

Revista de Derecho Privado

Cuarta Época
año X • núm. 21 • enero-junio de 2022

ISSN 2448-7902



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Revista de Derecho Privado, año X, núm. 21, enero-junio de 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico: ocbarney@unam.mx. Editor responsable: Oscar Cruz Barney. Número de reserva de derechos: 04-2016-021710000500-203. ISSN 2448-7902. Número de certificado de licitud de título: 5792. Número de certificado de licitud de contenido: 4471.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa de la publicación.

Cuidado de la edición: Celia Carreón Trujillo

Ricardo Hernández Montes de Oca

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Dr. Jorge Barrera Graf (†)
Fundador

Dr. Oscar Cruz Barney
Director

Mtra. Atala P. Mayer Goyenechea
Secretaria técnica

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca
Coordinación editorial

CONSEJO DE HONOR

Dr. Jorge Adame Goddard, Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma y Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra.

CONSEJO EDITORIAL

Hugo Alejandro Acciarri (UNS, Argentina), Dr. Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos (†) (UCM, España), Dr. Jorge Adame Goddard (UNAM, México), Dra. Rosa María Álvarez (UNAM, México), Lic. Javier Arce Gargollo (UNAM, México), Lic. Fernando Barrera Zamorategui (UNAM, México), Lic. José de Jesús Barroso Figueroa (UNAM, México), Dr. Rodolfo Cruz Miramontes (†) (UNAM, México), Luciano Benneti Timm (PUCRS, Brasil), Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma (UNAM, México), Dr. Miguel Ángel Borja Tovar (UNAM, México), Lic. Carlos Loperena Ruiz (ELD, México), Alfredo Bullard González (PUCP, Perú), Dra. Elva Leonor Cárdenas Miranda (UNAM, México), Dr. Alfonso Jesús Casados Borde (UNAM, México), Lic. Emilio González de Castilla del Valle (ELD, México), Mtro. Fernando Estavillo Castro (UIA, México), Dr. Nader Hakim (U. de Bordeaux, Francia), Fernando Castillo Cadena (PUJ, Colombia), Dr. Andrés Cruz Mejía (UNAM, México), Dr. Juan Javier del Granado (UNAM, México), Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez (UNAM, México), David Enríquez Rosas (ITAM, México), Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos (UNAM, México), Dr. Imer Flores Mendoza (UNAM, México), Dr. Flavio Galván Rivera (UNAM, México), Lic. Eduardo García Villegas (UNAM, México), Dr. Fran-cisco González de Cossío (UIA, México), Dra. Nuria González Martín (UNAM, México), Dr. Enrique Guadarrama López (UNAM, México), Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla (UNAM, México), Félix Huanca Ayaviri (UMSA, Bolivia), Mónica Infante Henríquez (PUCMM, República

Dominicana), Dr. Pedro Alfonso Labariega Villanueva (UNAM, México), Lic. Andrés Linares Carranza (UNAM, México), Juan Carlos Marín (ITAM, México), Dr. Fernando Medina González (UNAM, México), Bruno Meyerhof Salama (FGV, Brasil), Dra. Gloria Moreno Navarro (UNAM, México), Enrique Pasquel (PUCP, Perú), Carlos Patrón (PUCP, Perú), Christoph Paulus, (Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania), Dra. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña (UNAM, México), Dr. Othón Pérez Fernández del Castillo (UNAM, México) Lic. Bernardo Pérez Fernández del Castillo (UNAM, México), Francisco Reyes Villamizar (ISU, EUA), Dr. Jorge Eduardo Magallón Ibarra (UNAM, México), Dr. Jorge Antonio Sánchez Cordero Dávila (UNAM, México), Mtro. Guillermo Solórzano Leiro (UNAM, México), Dr. Javier Tapia Ramírez (UNAM, México), Dr. Óscar Vásquez del Mercado (UNAM, México) y Dr. Jorge Alberto Witker Velásquez (UNAM, México).

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Horacio Heredia Vázquez (†) (UNAM, México), Dr. Jaime Olaiz González (UP, México), Dr. Eduardo Montoya López (UNAM, México), Lic. Alfonso Pérez-Cuéllar Martínez (UIA, México), Lic. Miguel Ángel Hernández-Romo Valencia (ELD, México), Lic. Consuelo Visoso Lomelín (ITAM, México), Dra. Carmen Quijano Decanini (UIA, México), Mtro. Fernando Marcín Balsa (UIA, México), Mtra. Carlota Peón Guerrero (UIA, México), Mtra. Maggie Hambleton (UP, México), Lic. Arturo Pueblita Fernández (UIA, México), Dra. Karla Roel de Hoffmann (UP, México), Dra. Laura Velázquez Arroyo (UNAM, México), Lic. Sofía Gómez Ruano (UP, México), Mtra. María Audry Luer (Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania).

Asistente: Rebeca E. González Ortiz

Revista de Derecho Privado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-Sin Derivar 4.0 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

Primera edición: 30 de noviembre de 2023

2023. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN: 2448-7902

Contenido

Artículos

Sociedad por acciones simplificada	3
Ma. Susana DÁVALOS TORRES	
Antonio PALESTINA	
Evolución y regulación del <i>leasing</i> financiero en el contexto empresarial de Estados Unidos, Alemania y España. . .	43
Betzy Nataly GUTIÉRREZ MOROCCO	
Jefferson Alexander MARÍN OVIEDO	
Lory Celeste YAULLI TORRES	
Santiago Andrés INGA GONZALES	
Sheyla Prissila BARRIENTOS HUAMANI	
Obed VARGAS SALAS	
La validación de convenios para la constitución de los llama- dos derechos de vía usados para el transporte por ducto de hidrocarburos en México prevista en el artícu- lo 105 de la ley de hidrocarburos mediante diligencias de jurisdicción voluntaria	69
Fernando MARCIN BALSA	
La regulación de los ciberactivos y la insolvencia.	95
Luis Manuel C. MÉJAN	
La inscripción genérica prevista en la Ley del Mercado de Valores	115
Luis Alonso SUÁREZ DEL REAL TOSTADO	

Artículos

Sociedad por acciones simplificada

Simplified Joint Stock Company

Ma. Susana Dávalos Torres

 <https://orcid.org/0000-0003-1889-9678>

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: sdavalos@unam.mx

Antonio Palestina

Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico:

Resumen: En Colombia, España y México se ha abordado la figura de la sociedad unipersonal (SU). En Colombia, se reconoce la empresa unipersonal como una actividad económica organizada en la que una persona natural o jurídica destina parte de sus activos para actividades mercantiles, otorgando personalidad jurídica independiente. En España, se regulan las SU, permitiendo la afectación de bienes para fines mercantiles y limitando la responsabilidad del empresario. En México, se ha enfrentado resistencia doctrinaria para adoptar la SU, pero se ha incorporado la sociedad por acciones simplificada como una alternativa que brinda flexibilidad y beneficios en términos de responsabilidad. Aunque se ha propuesto el término “empresa” como denominación adecuada para las organizaciones unipersonales, el derecho mercantil mexicano necesita ponerse al día en la regulación societaria. La implementación adecuada de la SU puede impulsar el desarrollo económico y brindar nuevas oportunidades a los emprendedores. En resumen, la SU ha demostrado ser una solución exitosa para los pequeños comerciantes en estos países.

Palabras claves: Sociedad unipersonal, Actividad económica, Personalidad jurídica, Regulación, Sociedad por acciones simplificada, Regulación societaria.

Abstract: The figure of the sole proprietorship has been addressed in Colombia, Spain and Mexico. In Colombia, the sole proprietorship is recognized as an organized economic activity in which a natural or legal person allocates part of its assets to commercial activities, granting an independent legal personality. In Spain, sole proprietorships are regulated, allowing the allocation of assets for commercial purposes and limiting the liability of the entrepreneur. In Mexico, there has been doctrinal resistance to the adoption of the sole proprietorship, but the simplified corporation has been adopted as an alternative that offers

flexibility and advantages in terms of liability. Although the term “corporation” has been proposed as an appropriate denomination for sole proprietorships, Mexican commercial law has yet to catch up in the regulation of corporations. Proper implementation of the sole proprietorship can stimulate economic development and provide new opportunities for entrepreneurs. In conclusion, the sole proprietorship has proven to be a successful solution for small business owners in these countries.

Keywords: Sole proprietorship, Economic activity, Legal personality, Regulation, Simplified joint stock company, Corporate regulation.

Recepción: 21 de octubre de 2022

Aceptación: 25 de noviembre de 2022

Sumario: I. *Introducción*. II. *Generalidades*. III. *Forma*. IV. *Derecho comparado*. V. *Naturaleza jurídica*. VI. *Reflexión final*. VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

Hasta que fue aprobada la reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), solamente era posible la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada (SRL) y las sociedades anónimas (SA) con la participación de dos o más socios.¹ Claramente, ésta era la imposibilidad jurídica más importante en el derecho corporativo mexicano para permitir la constitución de (SU).

La necesidad de incorporar SU a nuestro sistema jurídico obedeció a cuestiones prácticas. Era frecuente encontrar que muchas sociedades se constituían utilizando testaferros, socios de favor o de conveniencia para cumplir simplemente con los requisitos legales de pluralidad de socios exigida por ley para poder constituir una sociedad. Tal como lo señaló la exposición de motivos a la reforma de la LGSM del 29 de abril de 2015:²

QUINTA. [...] uno de los principales fenómenos a los que el derecho mercantil se enfrenta día con día, tiene que ver [...] con eliminar barreras y

¹ La Ley General de Sociedades Mercantiles establece límites en el máximo de socios que pueden integrar la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima no tiene límites en este aspecto (artículos 61 y 89, fracción I).

² *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, Año XVIII, núm. 4264, V, anexo V, miércoles 29 de abril de 2015, pp. 4 y 5.

simulaciones que en la práctica suceden en gran parte de las empresas legalmente constituidas, por ejemplo, en aquellos casos en los que el socio es propietario prácticamente de todo el capital social y se deja al otro con el carácter de minoritario tan solo con una acción o mínima porción del capital para el cumplimiento del requisito impuesto por el ordenamiento inherente a la pluralidad.

[...] resulta indispensable, que no se impongan cargas adicionales a quienes opten por este tipo de figuras jurídicas, pero al mismo tiempo, que se establezcan los elementos mínimos indispensables para generar seguridad y certeza jurídica para quienes celebran actos jurídicos de cualquier naturaleza con las sociedades [...]

Cabe destacar que esta situación atenta contra el principio de separación de personalidades.³

Por otra parte, un número considerable de pequeñas y medianas empresas son las que en gran medida han contribuido a sostener la economía del país. Este tipo de empresas conocidas como pequeñas y medianas empresas (Pymes), representan el 52% del producto interno bruto (PIB) nacional, siendo según las estadísticas que ha realizado el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) un total

³ SOCIEDADES MERCANTILES. SU CONSTITUCIÓN CON UN SOCIO MAYORITARIO, EN TANTO PROPIETARIO CASI ABSOLUTO DEL CAPITAL SOCIAL, ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PERSONALIDADES. Ante la hipótesis de personas que deciden formar una sociedad con la única intención de limitar su responsabilidad, sucederá que, en tales negocios, aparecerá un socio con participación mayoritaria, en la generalidad de los casos con propiedad del capital social de manera casi absoluta, y tan solo figurará otra persona como accionista de un porcentaje mínimo, a fin de auxiliar al otro a cumplir con el requisito legal del mínimo de integrantes para formar la sociedad. El resultado de estas prácticas atentaría contra el principio de separación de personalidades, a la exigida independencia económica, volitiva y patrimonial de la sociedad, donde el socio mayoritario impondrá unilateralmente su voluntad, actuando y manejando los negocios supuestamente sociales conforme a sus personales intereses, operando con una confusión y mezcla de recursos financieros y materiales, así como de patrimonios entre aquellos que pudieran considerarse solo suyos y los de la sociedad o sus filiales y, finalmente como consecuencia, actuando y llevando a cabo relaciones comerciales bajo el nombre de una persona moral cuyo capital —contablemente— resulta insuficiente y que, por lo mismo, eventualmente le será imposible asumir sus compromisos. En estos casos, contrariamente a lo que pudiera pensarse, las personas (socios) que aparecen detrás de la sociedad, resultarán ilesas ante un posible conflicto de insolvencia de la persona moral, como consecuencia del beneficio de la limitación de responsabilidad otorgado por la ley, infringiéndose el aludido principio, a menos de que un remedio específico sea instado para resolver estas cuestiones. Tesis: I.5o.C.63 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXIII, agosto de 2013, t. 3, p. 1734.

de 4 millones 15 mil unidades empresariales en México,⁴ dejando en claro la relevancia y trascendencia que tienen en la economía nacional. Al exigirles, sin embargo, el cumplimiento de todos los requisitos que se establecían para una SRL o una SA, se frenaba la posibilidad de que las Pymes pudieran tener acceso a financiamiento que les permitiera crecer.

Por esta razón, la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados de la LXII Legislatura, presentó el 18 de marzo de 2015 una iniciativa de reforma a la LGSM, cuyo objetivo era, en términos del mismo texto:⁵

[...] que las sociedades micro y pequeñas tengan un proceso de institucionalización gradual, que les permita ser sostenibles en el tiempo y que su regulación promueva la creación de este tipo de empresas y el desarrollo de emprendedores en el país.

Algunos de los problemas que con los que comúnmente se enfrentan este tipo de empresas son: insuficiente acceso al financiamiento, bajos niveles de capacitación, compleja regulación, escasos incentivos a la innovación y obstáculos para el uso de las tecnologías de la comunicación e información, incapacidad para retener capital humano de calidad, competencia limitada en algunos niveles de la cadena productiva [...].

Gran parte de estas sociedades micro y pequeñas opera con el esquema de personas físicas con actividad empresarial, un esquema que, limita su acceso a beneficios como el financiamiento, genera incertidumbre en su permanencia en el tiempo y expone al emprendedor o empresario a una pérdida patrimonial.

Las legislaciones en las que se basaron los legisladores incluyen la Duodécima Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea (CEE) de 21 de diciembre de 1989, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (89/667/CEE)⁶ así como, los procesos legislativos de Francia, España, Estados Unidos, Colombia entre otros, países que han logrado flexibilizar sus esquemas, incenti-

⁴ *Pymes, eslabón fundamental para el desarrollo de México*; <http://www.promexico.gob.mx/negocios-internacionales/pymes-eslabon-fundamental-para-el-crecimiento-en-mexico.html>; (fecha de consulta 31 de octubre de 2015).

⁵ *Gaceta Parlamentaria*, op. cit., 2, p. 2.

⁶ Esta Directiva fue derogada por la Directiva 2009/102/CEE que entró en vigor el 21 de octubre de 2009, sin embargo, en la sustancia, las características de la directiva derogada se mantienen.

vando y facilitando su formalización, pues fue reconocida la necesidad de tener legislación adecuada y actualizada para las organizaciones que se constituyan por un socio único o, en su caso, devengan en unipersonalidad.

Si bien es cierto que, no solo la iniciativa previó la reforma a los artículos 58 y 87 de la LGSM, la iniciativa previó también la reforma y/o adición de los siguientes artículos de la LGSM:

- Artículo 1o. Se propuso la adición de un último párrafo para señalar que las sociedades de las fracciones III y IV se podrán conformar por un solo socio.
- Artículo 13 Bis. Se propuso la adición de este artículo a la ley para disponer la posibilidad de que el socio único pudiera contratar con la sociedad, los contratos que celebre, deberán constar por escrito e inscribirse en el sistema electrónico de la Secretaría de Economía (SE), asimismo, se incluyó la aclaración de que los contratos que no hayan sido inscritos y registrados no serán oponibles a la masa de la sociedad cuando ésta se encuentre en concurso mercantil; además, señaló la aplicación de todas las normas de la LGSM a estas SU en todo aquello que sea compatible.⁷

⁷ Artículo 13 Bis. Para los casos de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que se integren por un solo socio o accionista, los contratos celebrados entre el socio o accionista único y la sociedad, deberán constar por escrito o en su caso, bajo la forma documental que exija la ley de acuerdo con su naturaleza, y se transcribirán a un libro de actas que llevará la sociedad para tales efectos, que deberá ser firmado por el propio socio o accionista, dichos contratos deberán inscribirse por la sociedad en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía. Dicha inscripción será gratuita.

En caso de concurso mercantil del socio o accionista único o de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada, integrada por un solo socio o accionista, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro de actas y no se hayan inscrito en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía, como lo menciona el párrafo anterior.

Para los casos de las sociedades de responsabilidad limitada o anónima que se integren por un solo socio o accionista, todas las disposiciones que hacen referencia a “socios”, “miembros” o “accionistas”, se entenderán aplicables respecto del socio o accionista único. Asimismo, aquellas disposiciones que hagan referencia a “contrato social”, se entenderán referidas al “acto constitutivo”. A las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, integradas por un solo socio o accionista, les serán aplicables las disposiciones de los capítulos respectivos, salvo por las excepciones expresamente contenidas en esta ley y lo referente al régimen de convocatoria y celebración de las asambleas de socios o accionistas. Para el caso de estas sociedades,

- Fracción I del artículo 89. Se propuso su reforma para señalar que la SA se puede conformar por uno o más socios.
- Fracción V del artículo 91. Se propuso la reforma de esta fracción para establecer la salvedad de no necesitar nombrar a los comisarios en la SA unipersonal solo cuando se trate de micros y pequeñas conforme a las disposiciones que emita la SE para promover la competitividad y la estratificación de sociedades.
- Artículo 97 Bis. Se propuso la adición de este artículo para disponer someramente que se debiera hacer en los casos de la unipersonalidad sobrevenida en las sociedades inicialmente constituidas pluripersonalmente.⁸
- Fracción IV del artículo 229. Es de los numerales más importantes previstos en la iniciativa de reforma, ya que, en él, se prevé hoy día la imposibilidad de subsistencia de una sociedad en la que haya un único socio, pues de darse el supuesto, la sociedad debe ser disuelta, acto seguido, se procederá a su liquidación, con la reforma, este impedimento quedaría excluido de la ley.

Es de destacar que, el segundo transitorio de la iniciativa previó que la SE contaría con 180 días contados a partir de la entrada en vigor de la reforma para que emitiera las reglas necesarias para promover la competitividad y la estratificación de sociedades.

Finalmente, el 14 de marzo de 2016, se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, la reforma que incorporó la sociedad anónima simplificada a la LGSM. Cabe destacar que, según el artículo 273 de la misma ley, es de aplicación supletoria lo dispuesto por esta para la sociedad anónima, así como lo dispuesto para todas las sociedades mercantiles en materia de fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación.

las decisiones del socio o accionista único deberán constar por escrito y ser firmadas en el libro de actas.

⁸ Artículo 97 Bis. Del acto que traiga como consecuencia que un socio o accionista pase a ser propietario de todas las acciones, o bien que un socio o accionista deje de ser propietario de todas las acciones, o de la transmisión de un socio o accionista a otro de todas las acciones que integran el capital social, deberá dejarse constancia en el Registro Público de Comercio, a través de los medios electrónicos que al efecto ponga a disposición la Secretaría de Economía, dentro de los noventa días siguientes a su celebración.

II. Generalidades

1. Marco jurídico

- 1) Constitución. Como para cualquier otro tipo de sociedad, la base constitucional se encuentra en el artículo 9o. constitucional, conforme al cual: “No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito”.
- 2) Código de Comercio. La sociedad por acciones simplificadas es comerciante conforme al artículo 3o. de este ordenamiento, el cual dispone:

Artículo 3o.- Se reputan en derecho comerciantes:

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

- 3) LGSM. El régimen de la sociedad por acciones simplificada se encuentra regulada en los artículos 261 a 273.
- 4) Código Civil Federal (CCF). Aplicando el sistema de supletoriedad general conforme al Código de Comercio, en su artículo 2o., el Código Civil es de aplicación supletoria.

2. Definición

La LGSM había seguido un criterio integrado por dos elementos para definir cada tipo de sociedad mercantil: a) el nombre bajo el cual se constituye, es decir, la razón o la denominación social, y b) el tipo de responsabilidad para los socios por las deudas de la sociedad. Así, el artículo 87 de la LGSM define a la sociedad anónima como “la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones”. No obstante, cuando se incluyó la definición de la SAS, el legislador olvidó este criterio y se enfocó en incluir que puede ser constituido por una persona física, para quedar de la manera siguiente en el artículo 260 de la misma

ley: “la sociedad por acciones simplificada es aquella que se constituye con una o más personas físicas que solamente están obligadas al pago de sus aportaciones representadas en acciones”. Si bien es cierto que en el artículo 261, la ley ordena que “la denominación se formará libremente, pero distinta de la de cualquier otra sociedad y siempre seguida de las palabras ‘Sociedad por Acciones Simplificada’ o de su abreviatura ‘SAS’”, el tipo de nombre de esta sociedad no está integrado en la definición legal.

Consideramos que la definición elegida es desafortunada por ser parecida al de la sociedad anónima, pero deficiente. Recordemos que el tipo de nombre bajo el cual se constituye una sociedad es importante, pues está relacionado con el tipo de responsabilidad social de los socios. Específicamente, si una sociedad se constituye bajo una denominación social, se trata de una sociedad de capitales porque los socios tienen responsabilidad limitada frente a las deudas de la sociedad con terceros; mientras que, si una sociedad se constituye bajo una razón social, se trata de una sociedad de personas porque la garantía frente a los terceros acreedores de la sociedad es el patrimonio de los socios. Por esta razón, el legislador debería darle continuidad al sistema que utiliza la LGSM para definir a cada tipo social, y debería integrar a la definición de sociedad por acciones simplificada que se constituye bajo una denominación social.

Por lo anterior, nosotros definimos a la sociedad anónima simplificada como la que existe bajo una denominación social y se compone de uno o varios socios, personas físicas, cuya obligación por las deudas de la sociedad es subsidiaria, solidaria y se limita al pago de sus acciones.

3. Constitución

La constitución de la SAS precisa del cumplimiento de los siguientes requisitos, según el artículo 262:

1) Número de socios. A diferencia de la SA, la SAS puede ser constituida por una persona o más; no obstante, es necesario que se trate de una o varias personas físicas. Las personas morales quedan excluidas de la posibilidad de constituir SAS.

III. Forma

- Se trata de un contrato consensual, que no requiere más formas que hacerlo constar por escrito en medios electrónicos a través del sistema electrónico de constitución de la SE. Para ello, es necesario que los accionistas cuenten con certificado de firma electrónica avanzada vigente reconocido en las reglas generales que emita la SE, de tal manera que todos los socios firmen electrónicamente el contrato social, tal como lo exige la ley.
- Los datos que debe contener el contrato social, según el artículo 264 de la ley, son: a) en relación con la sociedad: denominación, domicilio, duración y objeto social; b) en relación con los accionistas: nombre y domicilio, Registro Federal de Contribuyentes, correo electrónico; c) en relación con las aportaciones sociales: número, valor y clase de acciones, y forma y términos de suscribir y pagarlas.
- Tal como lo señala el artículo 263 de la ley, la SE, previa verificación del cumplimiento de la ley, envía el contrato social al Registro Público de Comercio para su inscripción.
- No es necesario que el contrato se otorgue ante fedatario público.

1. Ingresos anuales

El legislador impuso una limitante a las sociedades por acciones simplificadas, en su artículo 260, en cuanto a los ingresos totales anuales de 5 millones de pesos,⁹ y ordena que “[en] caso de rebasar el monto respectivo, la sociedad por acciones simplificada, deberá

⁹ El mismo artículo aclara que: “El monto establecido en este párrafo se actualizará anualmente el primero de enero de cada año, considerando el factor de actualización correspondiente al periodo comprendido desde el mes de diciembre del penúltimo año hasta el mes de diciembre inmediato anterior a aquel por el que se efectúa la actualización, misma que se obtendrá de conformidad con el artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación. La Secretaría de Economía publicará el factor de actualización en el *Diario Oficial de la Federación* durante el mes de diciembre de cada año.” En este momento, el monto máximo de ingresos es de \$5,508,206.29, conforme al “Acuerdo por el que se da a conocer el factor de actualización a los ingresos totales anuales de una sociedad por acciones simplificada conforme a lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley General de Sociedades Mercantiles”, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 2018.

transformarse en otro régimen societario contemplado en esta Ley”; es decir, en alguno de los tipos sociales reconocidos por el artículo 1o. de la misma, diferentes a la SAS, a saber: sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple (SCS), SRL, SA y sociedad en comandita por acciones (SCA).

El incumplimiento de esta disposición consiste en imponer responsabilidad ilimitada a los accionistas por las deudas de la sociedad.

2. Socios

A. Responsabilidad

Tal como en la SA, la responsabilidad del socio o socios se limita al pago de sus acciones. Sin entrar a profundidad al tema de las acciones, recordemos que, las acciones son títulos, valor que representan las partes alícuotas en las que se divide el capital social.

En las sociedades anónimas hay varias clases de acciones, entre las que destacan las acciones ordinarias y las acciones preferentes. Las acciones ordinarias son las que confieren todos los derechos patrimoniales y corporativos establecidos por la ley para sus tenedores, mientras que las acciones preferentes son aquellas que confieren más beneficios en los derechos patrimoniales, a cambio de limitar los derechos corporativos. En ninguna de las disposiciones que regulan expresamente a la sociedad por acciones simplificada se establecen límites para la emisión diferentes clases de acciones, razón por la cual, aplicando el artículo 273 de la ley, que dispone que “en lo que no contradiga el presente capítulo son aplicables a la SAS las disposiciones que en esta ley regulan a la SA”.

B. Derechos y obligaciones de los socios

Como en cualquier sociedad mercantil, los socios tienen derechos y obligaciones. Los derechos de los socios se clasifican en derechos patrimoniales y derechos corporativos. Los principales derechos corporativos son el derecho a participar en los órganos de administración y el derecho de voto. Los principales derechos patrimoniales son la participación en las utilidades y los intereses constructivos. Por otra

parte, en cuanto a las obligaciones, en la SA son: el pago de las acciones y el deber de lealtad.

3. Órganos sociales

La SAS cuenta con todos los órganos sociales con los que cuentan los demás tipos sociales, es decir: órgano deliberante, órgano de administración y órgano de vigilancia. El órgano deliberante es la Asamblea de Accionistas, pero, según el artículo 266, si se trata de un solo socio, entonces será ese socio quien integre el órgano deliberante. El órgano de administración es el Consejo de Administración, pero, según el artículo 267, si la sociedad tiene solo un accionista, entonces será en quien recaiga la administración de la sociedad. El órgano de vigilancia, aplicando supletoriamente las disposiciones relativas a la sociedad anónima, es el comisario, el cual no tiene sentido de existir cuando la sociedad está integrada por un solo accionista.

IV. Derecho comparado

1. Colombia

En el caso de Colombia, la Ley 222 de 1995 introdujo formalmente la figura de la empresa unipersonal, regulando su forma de constitución. Esta ley introdujo el concepto de la empresa unipersonal,¹⁰ con lo cual, se dio la introducción al reconocimiento no solo de la posibilidad de afectar un grupo de bienes específicos a la realización de fines o actividades mercantiles, con la limitación de responsabilidad y el agregado de la personalidad jurídica, dando lugar a que en el derecho colombiano la constitución de este tipo de “sociedades” se flexibilizó para dar paso a la conformación legal de éstas a través de un documento privado, que simplemente requiere su inscripción en el registro mercantil. Lo anterior provocó en Colombia una discusión sobre esta figura y lo mucho que se contraponía con la visión contractual que de la sociedad dispone el Código de Comercio de Colombia (CCCol) en su

¹⁰ Véase p. 15.

artículo 98,¹¹ no obstante, la efectividad de esta figura en la práctica ha echado por tierra las críticas, pues hasta el 2008, en Colombia se habían ya constituido más de ochenta mil empresas unipersonales de responsabilidad limitada, datos que demuestran que los empresarios colombianos están a favor de estas organizaciones, pues genera régimen mucho más favorable y flexible. (Reyes Villamizar, 2010)

En Colombia, el avance que representó admitir la empresa unipersonal, simplemente fue el primer paso para incorporar otra figura de mayor interés y con una estructura particular, mediante la Ley 1014 de 2006 que permitió la constitución de SU con las ventajas ya plasmadas en la Ley 222. La Ley 1014 se propuso superar en definitiva el requisito de pluralidad para las sociedades de pequeñas dimensiones, esta ley recibió el nombre de “*Ley de Fomento a la Cultura del Emprendimiento*” y se aplicó a las sociedades de pequeñas dimensiones, consideradas como tales aquellas que no superaran los diez trabajadores, siempre que el monto de activos totales fuese inferior a quinientos salarios mínimos vigentes de forma mensual, (Reyes Villamizar, 2010, p. 49) esta ley fue de aplicación muy breve en cuanto a temporalidad, pero sirvió para la transición a la creación de una figura más extendida que vio la luz por primera vez en Francia, pues mediante la Ley 1258 de 2008, en Colombia se dio paso a la creación y constitución de las denominadas SAS, siendo el enlace entre la Ley 222, la Ley 1258 y la Ley 1014 de 2006, pues expresamente la Ley de la Sociedad por Acciones Simplificada (LSAS) en su artículo 46, se previó una orden perentoria en la que se estableció lo siguiente:

Sin perjuicio de las ventajas y beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico, una vez que entre en vigencia la presente ley, no se podrán constituir sociedades unipersonales con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses para transformarse en sociedades por acciones simplificadas. (Reyes Villamizar, 2010, p. 53)

¹¹ Artículo 98. Contrato de sociedad —concepto— persona jurídica distinta. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

El régimen que se estableció para esta conversión de sociedades representó el régimen de transición, sin que esto significase que las empresas unipersonales desaparecieran, simplemente que aquellas SU amparadas bajo la Ley 1014 tenían que acatar lo dispuesto en la Ley 1258, no viéndose obligadas a tales efectos las empresas unipersonales que no se hubieran acogido a la Ley 1014.

La Ley 1258 de 2008 fue creada específicamente para presentar una opción a los empresarios individuales de obtener beneficios de constituir una sociedad, puesto que la SAS cuenta con una regulación más flexible que la sociedad anónima tradicional. A este respecto, Reyes Villamizar (2010, p. 53) afirma que

Dentro de las más sobresalientes innovaciones que se incluyen en la ley sobre sociedades por acciones simplificada deben destacarse [...], la limitación de responsabilidad por obligaciones sociales —incluidas las derivadas de impuestos y deudas laborales—, la posibilidad de desestimación de su personalidad jurídica en hipótesis de fraude o utilización abusiva, la viabilidad del objeto indeterminado, término de duración indefinido, clasificación de acciones, voto múltiple, abolición del requisito de pluralidad para quórum y mayorías decisorias, la posibilidad de renunciar al derecho de ser convocado a reuniones de asamblea, la libertad de proporción entre capital autorizado y suscrito, el plazo amplio de dos años para el pago del capital sin sujeción a porcentaje definido de cuota inicial, la efectividad de acuerdos de accionistas [...], la supresión de prohibiciones a los administradores sociales y de los límites para la distribución de utilidades, y el régimen específico sobre abuso del derecho. (Reyes Villamizar, 2010, p. 8)

Es de mencionar que en lo no previsto por las disposiciones de esta nueva forma societaria, se hace la remisión a la regulación de la SA (Leal Pérez, 2011); en este sentido, los legisladores colombianos previeron esta sociedad como una forma de obtener las ventajas societarias de la sociedad anónima, pero con menores regulaciones, que en muchos casos, son supletorias de la voluntad de las partes, puesto que con la sociedad por acciones simplificada, se obtiene la limitación de la responsabilidad hasta el monto de lo aportado, se elimina la obligatoriedad de la existencia de algunos órganos societarios, así como, se eliminan las causales de extinción de la sociedad

por cuestiones relacionadas con el capital y su constitución se da por documento privado, registrado ante el registro mercantil.

Las SAS pueden constituirse por medio de documento privado ante las cámaras de comercio de Colombia, incluso vía Internet, lo que permite dar oportunidad a terceros que tengan el interés en saber sobre alguna información relacionada con estas sociedades, de acceder a la información también por Internet.

Cuando la sociedad se constituye por un socio único, éste podrá determinar libremente las normas que rijan el funcionamiento de la sociedad. Las decisiones que este socio tome deben quedar asentadas en el libro de la sociedad que corresponda. Este requisito es indispensable en todas las sociedades de naturaleza unipersonal, dado que ello da mayores garantías en la transparencia y buena administración que se esté llevando a cabo en estructuras societarias que no sean conformadas por más de un socio. También se puede prescindir de la Junta Directiva en este modelo de sociedad, puesto que la ley no la obliga a constituirarla, por lo que quedará a libre elección de considerarla en el estatuto social.

Finalmente, para los casos de transformación, escisión o fusión se estará a lo dispuesto por la voluntad del socio único para transformar de otro tipo societario a este y viceversa. Si se quiere transformar una sociedad a este tipo social, deberá, presentar los estatutos sociales con arreglo al artículo 5o. de la LSAS.

Por cuanto toca el tema de la disolución y liquidación de la SAS, la LSAS prevé que el procedimiento de disolución y liquidación se lleve con arreglo al procedimiento seguido para las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 36) y las causales previstas para su disolución son las mismas que se encuentran previstas en el artículo 218 del CCCol.

La SAS, en Colombia, puede además ser constituida por una pluralidad de personas, en el entendido que adquirirá la personalidad jurídica dicha sociedad en el momento que sea inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde la sociedad tenga su domicilio. Por otra parte, la SAS puede funcionar como un mecanismo de emergencia en los casos de unipersonalidad sobrevinida en las sociedades anónimas tradicionales, evitando colocarse en la causal de disolución de la sociedad, característica que abunda a la viabilidad de regularla en México, pues permitiría que las

sociedades donde todos los socios exceptuando uno se oponga a la disolución de la sociedad, mantenga con vida jurídica a la organización, simplemente procediendo a la devolución de las aportaciones sociales de los demás socios, así como al pago de los derechos que estos tengan frente a la sociedad, y, si bien, ya no con la forma societaria original y ya con restricciones, la sociedad no sería disuelta y puesta en liquidación. No obstante, esto no es impedimento para que ésta emita desde acciones ordinarias, bonos que de forma obligatoria o voluntaria se conviertan en acciones, acciones privilegiadas o con dividendo preferencial y sin derecho a voto y hasta acciones con dividendo fijo, mismas que se han colocado como un medio importante para que la sociedad se pueda allegar de capitalización, pues crean un incentivo para los inversionistas, ya que estas acciones reducen el riesgo, puesto que tienen preferencia en el pago de un mínimo retorno de la inversión, siendo este un instrumento muy atractivo para los casos de sociedades que necesitan urgentes inyecciones de capital, lo que también se ha traducido en que no necesariamente la obtención de mayores derechos económicos devenga en menores derechos políticos, pues esto no es obligatorio en estas sociedades (Reyes Villamizar, 2010, p. 86).

En cuanto al mal uso de esta forma societaria, el artículo 42 en su primer párrafo prevé lo siguiente

Quando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

Sin duda, la previsión de la posibilidad de usar esta sociedad para fines de fraude o perjuicio contra terceros da una certeza mayor en el correcto uso que se le pueda dar a esta sociedad.

Cabe destacar que una de las más importantes limitantes que se le impuso a la SAS es la imposibilidad de negociar sus acciones dentro del mercado de valores, lo que se debe a la flexibilidad con la que cuenta y que se contrapone con las reglas rígidas que deben observar las sociedades que participan en el Mercado de Valores, pues esta forma societaria es incompatible con las exigencias de gobierno

corporativo,¹² en consonancia con lo anterior, las sociedades que se constituyan bajo esta forma societaria, conforme a la Ley 1258, no pueden realizar actividades del sector asegurador, bursátiles y de intermediación financiera, ya que, tales actividades no están previstas como objeto de ellas.

Un aspecto destacable en este tipo de sociedad es la desjudicialización de los conflictos que se susciten entre el socio único con respecto a los socios o con sus administradores, pues es la superintendencia de sociedades bajo un procedimiento sumario verbal la que da solución a los conflictos que se presentan.

Finalmente, en cuanto al régimen tributario que debe seguir una sociedad de esta naturaleza, se estará a lo dispuesto en el régimen existente de la sociedad anónima, también, el amplio margen de maniobra que existe en estas sociedades permite que en los estatutos se determine libremente la existencia de uno u otro órgano que forme la estructura de la misma, si faltasen estas, será de aplicación supletoria el artículo 420 del Código Civil de Colombia¹³ dando a entender que las facultades serán ejercidas por el socio único y las de administración estarán a cargo de los representantes legales, aunque mientras la sociedad sea unipersonal, todas las funciones orgánicas podrán ser ejercidas por el socio único.

En 2008, siendo el primer año de vigencia de la Ley 1258, Colombia experimentó un aumento drástico de la constitución de este tipo de sociedades, pues en diciembre de ese año, ya se habían constituido 111 sociedades de este tipo contra 339 empresas unipersonales de responsabilidad limitada y 486 sociedades anónimas, y para mayo de 2009, las sociedades por acciones ya habían llegado a 1009, con-

¹² Se refiere a un conjunto de reglas que equilibran o alinean los intereses entre las diferentes partes.

¹³ Artículo 420. Funciones de la Asamblea General de Accionistas. La Asamblea General de Accionistas ejercerá las funciones siguientes:

1) Disponer qué reservas deben hacerse además de las legales; 2) Fijar el monto del dividendo, así como la forma y plazos en que se pagará; 3) Ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, funcionarios directivos o el revisor fiscal; 4) Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda; 5) Disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión; 6) Adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad y 7) Las demás que le señalen la ley o los estatutos, y las que no correspondan a otro órgano.

tra 288 y 220 de las otras respectivamente, número que aumentó para noviembre de ese año, pues el número alcanzó las 1192 contra las 147 y 1 de los otros dos tipos societarios también respectivamente, finalmente, para enero de 2010, la constitución de sociedades por acciones ya había llegado a las 1344 en ese mes, dando como resultado que el 70.18 % de las sociedades constituidas en el citado mes fueran de este tipo societario,¹⁴ lo cual hace ver que el crecimiento de esta figura societaria fue un acierto del legislador colombiano, pues permitió bajar la informalidad empresarial que en Colombia era de más del 50 % hasta el año 2010.

Como se puede ver, esta nueva forma societaria ha permitido el desarrollo de proyectos empresariales con mayores beneficios y con menos trabas de naturaleza formal.

2. España

En lo concerniente a la regulación española de la unipersonalidad en las sociedades, surge de acatar las determinaciones tomadas por la Comisión Económica Europea mediante la Duodécima Directiva, de 21 de diciembre de 1989, que estableció dentro de sus considerandos lo siguiente: “Considerando que conviene prever la creación de un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual en toda la Comunidad, sin perjuicio de las legislaciones de los Estados miembros [...]”.¹⁵ En tanto que su artículo 2, párrafo primero, puntualizó: “La sociedad podrá constar de un socio único en el momento de su constitución, así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular (sociedad unipersonal)”.¹⁶ El legislador español reguló mediante la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada (LSRL) y la LSA las SU, siendo en aquel momento Portugal el único país que dio paso al reconocimiento de la empresa unipersonal, reconociéndola como empresa individual de responsabilidad limitada, entendiéndola de forma similar a como

¹⁴ *Ibidem*, p. 5.

¹⁵ Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, de 21 de diciembre de 1989. Véase: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d0d7b240-4155-4885-9687-31409d63502f/language-es>

¹⁶ *Idem*.

lo hizo el legislador en Colombia, la afectación de ciertos bienes a la consecución de fines mercantiles con el beneficio de la limitación de la responsabilidad del empresario, generando con ello un patrimonio autónomo, con la anotación de que el legislador portugués, no admitió como los legisladores colombianos, otorgarle una personalidad jurídica diferente a la de la persona que constituyera la empresa individual.

La SRLU entonces fue regulada en España por la LSRL, ley en la que se preveía en el capítulo XI su normatividad, contando con solo cuatro artículos para tal fin, comprendiendo del numeral 125 al 129 donde solo se buscó dar nociones básicas para la instrumentación de este nuevo tipo societario, siendo el objetivo de esta organización el de impulsar a las empresas pequeñas y medianas para que pudieran tener cierta seguridad dentro del mercado, objetivos que podemos ver empatados con los dirimidos para su aceptación en Colombia y en la iniciativa de reforma en nuestro país.

Aunque estaba claro el objetivo, se debatió mucho el verdadero uso que podrían darle a este tipo societario los grandes grupos sociales con la finalidad de crear filiales que de esta manera pudieran estar totalmente controladas por la sociedad controladora.

Por otro lado, el legislador español, en esta etapa, no aceptó la figura de la empresa unipersonal, sino, la SRLU, por lo cual, autores españoles hicieron la distinción entre una y otra figura:

Si bien la figura del empresario individual de responsabilidad limitada y la de la sociedad unipersonal tienen en común el objetivo de política jurídica de permitir la participación en el tráfico del empresario individual con limitación de su responsabilidad, se trata en rigor de expedientes bien diferentes desde el punto de vista técnico-jurídico. [...], mientras el primero se basa en la separación de un patrimonio que se afecta a una actividad económica por un sujeto, el segundo parte de la existencia de una dualidad formal de sujetos (sociedad y socio). En ambos casos se prevén normas de protección de los terceros, pero solo en el segundo adquieren relevancia los aspectos jurídico-organizativos. [...] en la regulación del empresario individual con responsabilidad limitada, el fin exclusivo que se persigue sea el de limitar la responsabilidad al patrimonio afecto, no pretendiéndose dotar a la empresa de una determinada estructura organizativa, cuestión que, [...] resulta relevante en la disciplina de la sociedad unipersonal. (Jiménez y Díaz, 2001, pp. 6-17)

Como resultado, se dio paso a la regulación de sociedades y no de la empresa, señalándose que se aplicaría a este tipo societario unipersonal las reglas aplicables a la SRLU, entendiendo la LSRL en su artículo 125 por SRLU lo siguiente:

Artículo 125. Clases de sociedades unipersonales de responsabilidad limitada

Se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada:

- a) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica.
- b) La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal.

Texto que en esencia se mantiene vigente en la LSC en su artículo 12:

Artículo 12. Clases de sociedades de capital unipersonales.

Se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada o anónima:

- a) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica.
- b) La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales o las acciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal. (Jiménez Sánchez y Díaz Moreno, 2001, pp. 16 y 17)

En el año de 2010, fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado Español* el real decreto que contiene la nueva regulación sobre sociedades, intitulada Ley de Sociedades de Capital (LSC). Este cuerpo normativo reunió en un solo texto la regulación de las sociedades mercantiles, que se encontraban en ordenamientos independientes. La LSC consiste en la reunión de los textos de la Ley de Responsabilidad Limitada (LRL) y la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), además de la anexión de la regulación de la SCA. En este texto se agregó un título especial para la regulación de la sociedad limitada nueva empresa (SLNE), como especie de la SRL. Asimismo, se previó la regulación de las sociedades cotizadas, es decir, lo que en México conocemos como

Sociedades Anónimas Bursátiles. Finalmente, se incluyó un título para regular la SU, actualizando los supuestos y poniendo al día la normativa sobre este tipo de sociedades, pues aquella contenida en las leyes anteriores, ya se encontraba alejada de la realidad, lo que indicaba la necesidad de un nuevo cuerpo normativo más moderno y en sintonía con el entorno económica actual, hechos que fueron plasmados en la exposición de motivos de la LSC, así tenemos que en la exposición de motivos se explicó lo siguiente:¹⁷

[...]. Al redactar el texto refundido, el Gobierno no se ha limitado a reproducir las normas legales objeto de la refundición, sino que ha debido incidir en esa normativa en una delicada labor para cumplir fielmente con la encomienda recibida. El texto refundido contiene la integridad de lo que refunde. El mandato de armonización impone la supresión de divergencias de expresión legal, unificando y actualizando la terminología, e impone sobre todo superar las discordancias derivadas del anterior proceso legislativo.

Como resultado de la publicación y entrada en vigor de la LSC en 2010, la LSRL y la LSA quedaron privadas de vigencia y las reglas que estas preveían para ambos tipos societarios fueron incluidas en el cuerpo de la LSC. Con este proceso, entonces, España logró armonizar su legislación y poner al día la regulación de las formas societarias existentes en su régimen jurídico, dando en una sola ley las reglas a seguir al encontrarse frente a cualquiera de las sociedades que están normadas y previstas de forma puntual y precisa.

Los legisladores españoles incluyeron en su articulado, como una especie de Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL),¹⁸ a una nueva forma societaria que denominaron SLNE que, no se restringió a la constitución por un único socio, sino que también la abrieron a la posibilidad de que se constituya por dos o más socios, según dispo-

¹⁷ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, *Boletín Oficial del Estado* núm. 161, de 3 de julio de 2010. Véase: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-10544-consolidado.pdf>

¹⁸ Artículo 434. Régimen jurídico.

La sociedad nueva empresa se regula en este título como especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada.

ciones de la LSC española, esta ley refiere lo siguiente con respecto a este tipo societario en cuanto la unipersonalidad:

Artículo 438. Unipersonalidad.

1. No podrán constituir ni adquirir la condición de socio único de una sociedad nueva empresa, quienes ya ostenten la condición de socios únicos de otra sociedad nueva empresa.

A tal efecto, en la escritura de constitución de la sociedad nueva empresa, unipersonal o en la escritura de adquisición de tal carácter se hará constar por el socio único que no ostenta la misma condición en otra sociedad nueva empresa.

2. La declaración de unipersonalidad de la sociedad nueva empresa podrá hacerse en la misma escritura de la que resulte dicha situación.

La SU no se entiende como un subtipo de la pluripersonal de responsabilidad limitada, sino que se entiende a la SU como una manera de existir, pues por la forma que tiene, la sociedad puede entrar y salir de la unipersonalidad en virtud de que se registren transmisiones de partes sociales, pudiendo más de una vez cambiar su naturaleza de unipersonal a pluripersonal y viceversa (Jiménez Sánchez y Díaz Moreno, 2001, pp. 16 y 17). Al introducir el concepto de la empresa unipersonal,¹⁹ se abrió no solo de la posibilidad de afectar un grupo de bienes específicos a la realización de fines o actividades mercantiles con la limitación de responsabilidad y el agregado de la personalidad jurídica. Hoy día, entonces, las SU españolas cuentan con los mismos atributos de personalidad jurídica que cualquier otra constituida por más de una persona, sea de responsabilidad limitada o anónima, dando paso a la uniformidad del sistema societario del país ibérico y facilitando con ello la regulación de ambos tipos de constitución de sociedades, en el entendido de que, todas las reglas previstas para una sociedad pluripersonal, le serán aplicables a las unipersonales en todo aquello que no se contraponga por su naturaleza misma de la unipersonalidad, ejemplo de ello, tenemos que desde la Duodécima Directiva de la CEE se preveía en el artículo 4o. que el socio único ejercería las facultades de la Junta General, constando todas las deci-

¹⁹ Véase p. 15.

siones del mismo en actas, reglas que hoy se describen en el artículo 15 de la LSC.²⁰

En relación con la constitución de la sociedad, el otorgamiento de la escritura de constitución con las bases y requisitos que la LSC remite para las sociedades pluripersonales. El momento en que las sociedades en España tendrán el reconocimiento de la personalidad jurídica, será al momento de la inscripción en el Registro Mercantil, pues antes de ello, no se podrá hacer transmisión alguna de participaciones sociales. Asimismo, en el caso de que una sociedad que devenga en unipersonal, si transcurren 6 meses a partir de actualizado el supuesto y el socio único no inscribe tal situación en el Registro Mercantil, el socio único responderá solidaria, subsidiaria e ilimitadamente de las deudas sociales y, en cuanto proceda a la inscripción, dejará de responder con los mismos alcances por las deudas contraídas con posterioridad (artículo 14 de la LSC).

En cuanto al capital social, el artículo 10. de la LSC dispone que el capital de todas las sociedades se dividirá en participaciones sociales, además, señala que el capital mínimo con el cual las sociedades deben constituirse versa sobre los €3000.00, según disposición del artículo 4o., apartado 1 de la LSC.

Las SU, con arreglo a las disposiciones previstas en la LSC, podrá transformarse, escindirse o fusionarse como cualquier otra sociedad, en cuanto a sobrevenir la unipersonalidad de una sociedad pluripersonal, también la LSC prevé su válida existencia bajo el numeral 14, del cual ya se ha hecho mención, también, la ley ha zanjado la problemática que se había planteado sobre el mal uso de esta sociedad, remitiendo al artículo 13 en el que se señala la obligación de la publicidad de la constitución de una SU originaria o en su caso una sobrevenida, acto que debe constar en escritura pública y registrarse en el Registro Mercantil, en tanto que el artículo 15 consigna en su apartado 2 la obligación de que todas las decisiones del socio único se encuentren por escrito con su firma o la de su representante al ejercer sus facultades.

²⁰ Artículo 15. Decisiones del socio único.

1. En la sociedad unipersonal el socio único ejercerá las competencias de la junta general.

2. Las decisiones del socio único se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad.

des de Junta General y el artículo 16 dispone que los contratos que se realicen entre el socio y la sociedad deben constar igualmente por escrito, transcribiéndose al libro-registro de la sociedad, lo que nos lleva a señalar que el concepto de socio único que la legislación española ha adoptado es un concepto formal, pues se tendrá por socio único a aquel que tenga la titularidad del derecho de propiedad de todas las partes sociales o acciones de la sociedad.

Al respecto de lo comentado, Josefina Boquera Matarredona señala: “El concepto de socio único es formal y no sustancial. No es socio único la persona que tiene el dominio efectivo o de hecho de la sociedad, es decir, que dispone de todos los votos de la sociedad, sino el titular de todas las participaciones” (Boquera Matarredona, 1996, pp. 88 y 89).

Por lo anterior, es importante no derivar en la conclusión de qué socio único será aquel que se encuentre con la legitimación para ejercer los derechos inherentes a tal condición, lo que nosotros debemos considerar el punto importante no es la legitimación, sino, quien efectivamente es el propietario de las participaciones (Jiménez Sánchez y Díaz Moreno, 2001, p. 71).

Sin embargo, es en este punto donde se ha criticado la concepción formal de socio único por la posibilidad de encubrir situaciones que se pudiera pensar se traducen en unipersonalidad, al respecto, la autora comenta:

Puede suceder que una sociedad sea titular de todas las participaciones de otra sociedad, es decir, sea socia única de la misma, pero también puede darse el caso de una sociedad titular del 99,50 por 100 de las participaciones de una sociedad y que el resto sea de otra sociedad de la cual la primera posee todo el paquete de acciones o participaciones.

En el primer supuesto, la sociedad propietaria de todas las participaciones de otra sociedad es el socio único de esta, pero en el segundo supuesto estaremos ante una sociedad de dos socios controlada al ciento por ciento por uno de ellos, esta situación se presenta con frecuencia en los grupos de sociedades en los que la sociedad madre o dominante ejerce el control económico sobre sus filiales. Jurídicamente, no se considera este caso como socio único, pues la sociedad madre no es titular de todas las participaciones. (Boquera Matarredona, 1996, pp. 88 y 89)

También, el socio único podrá, en su caso, detentar algunas de las funciones de administrador de la sociedad, sin embargo, dentro de este tipo social también podrán existir administradores, pues no por el hecho de ser una SU, los órganos sociales quedan suprimidos, el reconocimiento a la existencia de administradores diferentes al socio único lo encontramos en el artículo 15, apartado 2 de la LSC donde se establece que las decisiones del socio único deberán ser formalizadas por este o por los administradores, por lo cual, las disposiciones que la LSC contenga para regular a este órgano, también le son plenamente aplicables a los administradores de SU, aunque como se mencionó, el socio único también se puede constituir como administrador si procede a realizar su nombramiento, ya que, la ley (artículo 212 de la LSC) no le impide que pueda constituirse como tal.

El socio único también puede ser acreedor de la sociedad ya sea porque esta no le haya pagado los beneficios pactados o por el incumplimiento de un contrato, asimismo, los acreedores que tenga la sociedad, se ven impedidos de ir en contra del patrimonio personal del socio único, pues este es inaccesible, en otro caso, los acreedores personales del socio único no podrán ir en contra del patrimonio social para exigir el cumplimiento de los créditos que tengan a su favor, en caso de que el patrimonio de este no alcanzaren, solo podrán ir contra la cuota o derecho que el deudor (socio único) tiene en la sociedad, ya que, las participaciones sociales si entran dentro del patrimonio personal.²¹

Una mención por separado merece la creación en la LSC de 2010 de los capítulos I - VII del título XII (artículos 434-454) donde se regula la SLNE, de la que se ha dicho que es una especialidad de la SRL, que puede o no, constituirse por un único socio, de actualizarse este supuesto, solo se puede ser socio único de una sola sociedad de este tipo, lo que el socio deberá hacer constar por escrito (artículo 438). Es posible que también en esta sociedad, el socio único se constituya en un órgano de administración, este tipo societario tiene características particulares, puesto que conforme a las disposiciones que regulan su constitución, el objeto social de estas sociedades, se limita a las actividades señaladas en el artículo 436 de la LSC,²² también, el capital

²¹ *Ibid.*, pp. 148 y 149.

²² Artículo 436. *Objeto social.*

social con el que se constituyen estas sociedades tienen el piso en €3000.00 y hasta un máximo de €120,000.00 (artículo 443), siendo especialmente destacable que haya un tope máximo de aportación, puesto que en la SRL, éste es inexistente, otra característica relevante es que en las transmisiones que se hagan de las participaciones sociales de la Sociedad Nueva Empresa, están limitadas a personas físicas, pues en caso de que una persona jurídica o moral las adquiera, contará con un plazo de 3 meses contados desde la adquisición para enajenarlas a personas físicas, de no hacerlo, esta sociedad quedará sometida a la regulación de la SRL (artículo 444), al verificarse la transmisión de las participaciones, podríamos estar frente a una sociedad que devendría en pluripersonal, si no se hizo la transmisión total de las mismas, dando lugar a que esta sociedad sea fácilmente modificada en su estructura social.

Finalmente, esta sociedad también puede transformarse en una de responsabilidad limitada, observando lo establecido en el artículo 454 de la LSC²³ y en lo demás no previsto en este título, la Sociedad Nueva Empresa se va a regir por las normas de la sociedad de la que deriva, es decir, de la de Responsabilidad Limitada.

1. La sociedad nueva empresa tendrá como objeto social todas o alguna de las siguientes actividades, que se transcribirán literalmente en los estatutos: agrícola, ganadera, forestal, pesquera, industrial, de construcción, comercial, turística, de transportes, de comunicaciones, de intermediación, de profesionales o de servicios en general.

2. Además, los socios fundadores podrán incluir en el objeto social cualquier actividad singular distinta de las anteriores. Si la inclusión de dicha actividad singular diera lugar a una calificación negativa del registrador mercantil de la escritura de constitución de la sociedad, no se paralizará su inscripción, que se practicará, sin la actividad singular en cuestión, siempre que los socios fundadores lo consientan expresamente en la propia escritura de constitución o con posterioridad.

3. En ningún caso podrán incluirse en el objeto social aquellas actividades para las cuales se exija forma de sociedad anónima ni aquellas cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo.

²³ Artículo 454. Continuación como sociedad de responsabilidad limitada.

1. La sociedad nueva empresa podrá continuar sus operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada, para lo cual requerirá acuerdo de la junta general y adaptación de los estatutos sociales de la sociedad nueva empresa a lo establecido para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Para la adopción de ambos acuerdos bastará la mayoría ordinaria.

2. La escritura de adaptación de los estatutos sociales deberá presentarse a inscripción en el Registro Mercantil en el plazo máximo de dos meses desde la adopción del acuerdo de la junta general.

Como se aprecia, la regulación de la SU en España es basta y con mejor organización, similar suerte ha corrido la legislación colombiana, por ello, insistimos en que si el aparato legislativo mexicano busca un buen modelo de regulación para la unipersonalidad en las mal llamadas sociedades constituidas de origen por un único socio o, en su caso, sociedades que se constituyeron pluripersonalmente y devinieron en unipersonal, sería bueno que con mayor detenimiento, estudio y mayor técnica analicen la regulación de los países que han servido de base en esta investigación, no descartamos los buenos puntos señalados en la iniciativa de abril del presente año redactada por los diputados mexicanos, pero si somos de la opinión que se puede mejorar si se toman los ejemplos de países que ya han regulado este tipo de organizaciones.

En años recientes, los legisladores españoles regularon la figura del Emprendedor de Responsabilidad Limitada para empresas muy pequeñas. Esta figura se constituye por medio de un acta notarial, y es aplicable solamente a personas físicas, en el entendido de que al empresario individual por disposición de ley obtendrá la limitación de responsabilidad bajo ciertas condiciones por realizar de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, con o sin trabajadores por cuenta ajena a su cargo.

En estos casos, el legislador español ha resuelto que la personalidad jurídica con la que actúe el emprendedor no sea distinta a la de este, en lo que podemos entender que se aplica el concepto de afectación patrimonial, tampoco ha limitado los montos por concepto de aportación de capital, disponiendo que estos simplemente dependan de la voluntad del empresario.

Para poder obtener la limitación de la responsabilidad, el empresario deberá inscribirse en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad con la condición de Empresario de Responsabilidad Limitada, indicando los datos de la vivienda habitual que quedará excluida de la responsabilidad de la empresa, para poder exceptuar la vivienda, esta no debe estar valuada en más de lo que dispone el artículo 8o. de la Ley 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización,²⁴ es decir, el empresario individual responderá

²⁴ Artículo 8o. Eficacia de la limitación de responsabilidad.

con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas salvo su vivienda si cumple con los requisitos legales que el legislador español ha establecido, pues es ese el aspecto particular donde aplica la responsabilidad limitada.²⁵

Esta organización no se encuentra regulada por la LSC que reconoce la unipersonalidad en las sociedades españolas, aunque es probable que atinadamente en México se le pudiera dar aplicabilidad, no abundaremos en ella, ya que, al respecto, la iniciativa presentada no menciona presupuesto alguno a este tipo de organización, por lo que vemos necesario seguir los apuntes que se han esgrimido acerca de la Sociedad de Responsabilidad Limitada Unipersonal española sobre la del Emprendedor de Responsabilidad Limitada.

V. Naturaleza jurídica

El reconocimiento de la sociedad o empresa unipersonal ha suscitado serios debates sobre el reconocimiento de la organización unipersonal como una sociedad, sobre todo, en el sector doctrinal, pues pode-

1. Por excepción de lo que disponen el artículo 1.911 del Código Civil y el artículo 6o. del Código de Comercio, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance al bien no sujeto con arreglo al apartado 2 de este artículo y siempre que dicha no vinculación se publique en la forma establecida en esta Ley.

2. Podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad la vivienda habitual del deudor siempre que su valor no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil.

En el caso de viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor del párrafo anterior.

3. En la inscripción del emprendedor en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio se indicará el bien inmueble, propio o común, que se pretende no haya de quedar obligado por las resultas del giro empresarial o profesional por cumplir con el apartado 2 de este artículo.

4. No podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable.

²⁵ Véase: <http://www.ipyme.org/es-ES/DesarrolloProyecto/FormasJuridicas/Paginas/FormasJuridicas-Descripcion.aspx?cod=ERL&nombre=Emprendedor%20de%20Responsabilidad%20Limitada&idioma=es-ES#d3>; consultada el 4 de noviembre de 2015.

mos encontrar dos problemas fundamentales en este reconocimiento: el primero versa sobre la deformación que de sociedad se hace, y el segundo es el relativo al reconocimiento de una personalidad jurídica diferente de los bienes afectados a la del socio único que los afectó.

Ambos aspectos significan un rompimiento con paradigmas del derecho escrito, pues implican cambiar la visión tradicional de lo que es una sociedad y del desarrollo de un patrimonio en términos de afectación.

Pensar en que es una sociedad siempre nos ha referido traer a la mente al menos a dos personas, ya sean físicas o morales (jurídicas o colectivas) que tienen fines y objetivos en común, por lo cual, mediante un contrato, acuerdan combinar recursos y esfuerzos para la consecución de los fines o intereses que comparten, ya sean o no, con finalidad económica y/o de lucro (dependiendo si se habla de sociedades mercantiles o civiles), tal es el caso que nuestra definición legal de sociedad, descrita en el CCF refiere lo siguiente: “Artículo 2688.- Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial”.

Queda en evidencia la necesidad en nuestro derecho nacional de cumplir con los requisitos de dos o más socios que intervengan en la constitución de una sociedad, para poder estar frente a una persona diferente a la de los socios que han suscrito el contrato de sociedad, en ese sentido, Barrera Graf (1983) apunta: “Hablar de sociedad compuesta de un solo miembro parece plantear una contradicción, porque sociedad, en efecto, hace necesaria referencia a pluralidad de persona” (p. 187).

Y en efecto, plantear una organización unipersonal en términos de sociedad da paso a una problemática de carácter conceptual. Al respecto, Barrera Graf, quien ha escrito sobre el tema en nuestro país, sostiene (1983, p. 187):

Estamos [...] ante una sociedad anómala que plantea múltiples problemas y dudas, tanto respecto a aspectos preferentemente doctrinales (de naturaleza jurídica), cuanto técnicos y prácticos, como el de la aplicación a estas sociedades con un solo socio de los elementos que la ley fija para las sociedades propiamente tales y de las normas

que regulan la organización y el funcionamiento de estas; e inclusive, de principios contractuales que se aplican supletoriamente a las sociedades de dos o más partes.

El debate de si debemos o no llamarles a estas organizaciones “sociedades” porque se conforman de un solo socio, va más allá de la mera disputa doctrinal del concepto, claro, es relevante no utilizar el concepto simplemente por acomodarlo a realidades económicas a las que la admisión de la SU está respondiendo, ya que, cobra mucha más relevancia considerar los aspectos técnicos y prácticos que meramente el conceptual.

La SU se ha explicado en Colombia y España como un patrimonio en afectación. Recordemos entonces que la teoría del Patrimonio Afectación nació como crítica a la concepción clásica del patrimonio propuesta por Aubry y Rau, en la que ellos sostenían que el patrimonio es una universalidad, haciéndose acreedores por parte de sus detractores a la crítica de que su teoría no se permitía la indivisibilidad y la inalienabilidad del patrimonio, mismo al que le atribuían características de la personalidad, incluso se podía llegar a la confusión (Muñoz Rocha, 2010, p. 24).

Por ello, se estructuró una nueva teoría sobre el patrimonio en la que se le da un tratamiento diferente, en donde se entiende a este como una afectación, teoría que tiene su fundamento en que la fuerza que une y cohesionan a los elementos del patrimonio para que formen una unidad no es la personalidad, sino la afectación del conjunto de bienes para la realización de un fin específico y determinado (Muñoz Rocha, 2010, p. 24), la teoría del patrimonio afectación expuesta por Planiol, Ripert y Picard, ha sido el sustento para las SU de forma inicial, ya que, se apela a que es dable constituir bajo esta teoría que el socio único pueda afectar directamente a la organización (empresa o sociedad) un número de bienes específico que se encuentran en su patrimonio, para así, constituir el patrimonio de la organización unipersonal.

El tema terminaría ahí, siempre y cuando se siguiera la línea de la teoría, si se dijera que esos bienes no constituyen una persona jurídica diversa a la del socio único, lo cual, lo cual no sucede, pues esta teoría no señala que los bienes afectados ostenten una personalidad jurídica diferente a la del titular del patrimonio. En países como esto

ha dado origen a hablar en Colombia de un patrimonio autónomo,²⁶ separándose de los demás patrimonios que pueda tener la persona, aseveración que ha significado un debate mayor por las implicaciones que tiene independizar de la persona un patrimonio en afectación, como lo son, el hecho de que esto se pueda prestar por ejemplo, a fraudes de acreedores.

En Colombia, el objetivo de este reconocimiento fue generar una clara separación de actividades, patrimonio y obligaciones entre el socio unipersonal y la sociedad en sí misma; que permitiera una mayor agilidad y transparencia en la actividad comercial.²⁷

Esta situación generó la misma problemática que en México al abrir el debate sobre el tema, ya que, en Colombia, la concepción de sociedad es similar a la mexicana, esto se debe a que el artículo 98 del CCCol refiere a la sociedad como una figura contractual.

Postura no muy distinta es la que se ha dado en España, misma que se originó de la Duodécima Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 21 de diciembre de 1989, en materia de Derecho de Sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (89/667/CEE),²⁸ con la que se dio paso a la admisión de la unipersonalidad, reconociendo, de inicio, la unipersonalidad en las sociedades, privando de existencia de forma inicial en su sistema jurídico a la empresa, aunque esta circunstancia ha cambiado en la legislación española,²⁹ al igual que en Colombia, se le ha

²⁶ La empresa unipersonal, como patrimonio autónomo, fue asumida posteriormente en el Código de las Obligaciones del Principado de Liechtenstein de 1926, bajo la figura denominada “Anstalt”.

²⁷ *Ibid.*, p. 1015.

²⁸ Esta directiva fue derogada por la Directiva 2009/102/CEE que entró en vigor el 21 de octubre de 2009, sin embargo, en la sustancia, las características de la directiva derogada se mantienen.

²⁹ Con posterioridad, en la Ley de Sociedades de Capitales, publicada en el *Boletín Oficial del Estado Español* por real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, se reconoció la figura de la sociedad limitada nueva empresa, como una especie de la Sociedad de Responsabilidad Limitada Unipersonal, asimismo, por Ley 20/2007 del estatuto del trabajo autónomo, Real Decreto 197/2009, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y Ley 31/2015 por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo

dotado de autonomía jurídica al patrimonio de la sociedad, con el mismo objeto perseguido en la nación sudamericana, evitar la confusión de patrimonios, limitar el actuar de los acreedores sobre los bienes afectados de la sociedad, sin poder ir contra los bienes que se encuentren fuera de ésta.

Así como en Colombia, en España, un debate similar sobre dotar de personalidad jurídica a la SU diferente de la del socio único se dio, con posturas a favor y otras en contra, pues quienes sostienen como principio la unidad del patrimonio, han visto la imposibilidad en la divisibilidad del patrimonio, lo que se traducía en el principal obstáculo para admitir esta figura en el derecho español, no obstante, los legisladores españoles, a sabiendas de la realidad societaria, optaron por romper con los paradigmas jurídicos y con ello dotar de personalidad jurídica a la SU.

La problemática resulta no ser tan conflictiva. No obstante, conforme a la teoría que sigue nuestro sistema jurídico, las personas solo tienen un patrimonio, y si tuviéramos que hablar de un patrimonio afectación, sería sólo en aquellos casos que la ley señale, como se podría entender en el caso del patrimonio de familia (artículo 723 del CCF), donde nos encontramos frente a una masa autónoma organizada jurídicamente en forma especial, así como el fondo mercantil. Sin embargo, no se les está dotando de una personalidad jurídica independiente, en ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que en el caso del fondo o negociación mercantil no hay una personalidad jurídica por no tener la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones como sí lo son las personas físicas y morales.³⁰

y de la Economía Social se reconoce la figura del Emprendedor de Responsabilidad Limitada.

³⁰ "NOMBRE COMERCIAL, DENOMINACIÓN, FUNDO O NEGOCIACIÓN MERCANTIL. POR CARECER DE PERSONALIDAD JURÍDICA, POR SÍ MISMOS NO PUEDEN SER TITULARES DE DERECHOS NI SUJETOS DE OBLIGACIONES. Las personas físicas y las morales tienen capacidad para ser titulares de derechos o sujetos de obligaciones, porque solamente ellas pueden ejercer o exigir el cumplimiento de los primeros y satisfacer o ser responsables de las segundas. Por tanto, un nombre comercial, una denominación, un fondo o una negociación mercantil que no respondan al concepto jurídico de personas físicas o de personas morales, no pueden ser titulares de derechos ni sujetos de obligaciones autónomamente considerados, por carecer de personalidad jurídica, y serán las personas físicas o las morales que obran por esas entidades, las que en realidad adquieran o asuman directamente

Una teoría más que ha buscado explicar el fenómeno de las SU es la del negocio indirecto, teoría que tomó Ascarelli de los autores Ihering y Kolher. Esta teoría sostiene que, en los negocios indirectos, las partes celebran un determinado negocio jurídico del cual, el fin que se proponen no es el normal y propio de él, sino que es un fin diverso, análogo al de otro negocio y que muchas veces carece de regulación típica en el ordenamiento legal respectivo (Barrera Graf, 2010, p. 98). Para Ascarelli las personas podrían hacer uso de una persona moral, con un patrimonio diferente al suyo, obteniendo las ventajas que esta le puede ofrecer para entrar en actividades que como persona física le están prohibidas o en su caso, poder actuar limitando la responsabilidad de la persona física, si bien, pareciere ser una buena explicación para comprender el tema de la SU, Barrera Graf señala al respecto: (Barrera Graf, 2010, pp. 200 y 201)

No consideramos aplicable [...] la teoría del negocio indirecto para explicar la sociedad con un solo socio, porque la finalidad común de los socios en las sociedades mercantiles no solo estriba en la ejecución de una actividad comercial, especulativa o no, sino en cualquiera otra, con tal que sea lícita, incluyendo los fines indirectos [...]. Podría aducirse que la finalidad social dejaría de ser común, cuando exista un solo socio; [...], las sociedades unimembres, [...] están abiertas al ingreso de nuevos socios, por lo que al dejar de ser unipersonales, su finalidad volvería a ser común; [...] la tesis del negocio indirecto no salva la objeción indicada, al afirmar que otros son los fines que busca el socio, porque a ello se podría replicar que en cuanto faltara ese elemento esencial del negocio social, y se planteará una finalidad personal, que no es propia del negocio caus Comunidad Económica Europea ales, dejaría de existir sociedad para hablarse de otro negocio jurídico, y entonces, se debería hablar, en todo caso, de conversión de negocio jurídico, más que de un negocio indirecto. [...], la tesis de Ascarelli no explica la naturaleza y la estructura de la sociedad unimembre misma; explicaría el tránsito de una sociedad plural a una singular; [...]. Se trata de un medio, de un procedimiento para explicar jurídicamente la concentración, pero no de la institución misma.

La crítica hecha por Barrera Graf sobre el negocio indirecto aplicada a la SU atiende puntualmente a la problemática que conllevaría

derechos y obligaciones.” Tesis: IX.1o.103 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 1364.

explicar a este tipo de sociedades bajo la lupa del negocio indirecto, ya que, no es dable concebir que a través de este tipo de mecanismos una sociedad se pueda constituir, por lo que nos adherimos a la crítica establecida por nuestro autor.

Ya señalamos la importancia que tendría reconocer en México la personalidad jurídica a la empresa, pues consideramos sería un término idóneo para nombrar a las organizaciones unipersonales de forma más adecuada y sin entrar a desvirtuar el aspecto contractual y las cuestiones técnicas que devienen de una verdadera sociedad, dando la pauta para poder tener una correcta denominación y que también se pueda generar la legislación pertinente que pueda cubrir claramente y de manera puntual las necesidades y limitaciones que tendría que tener el reconocimiento de la unipersonalidad en las actividades mercantiles en nuestro país.

A diferencia de otros países, en México, hablar de empresa en el ámbito del derecho dependerá incluso de la materia que estemos tratando, no obstante, en ninguna de ellas se le ha dado un reconocimiento de personalidad jurídica, en materia mercantil, ni en el CCM ni la LGSM, define a la empresa, pero si encontramos en la LNCM, la LFT y el CFF que se refieren a la empresa, pero desde puntos de vista diferentes, primeramente, por lo que toca a la LNCM, en su fracción IX del artículo 2o. señala lo siguiente:

Naviero o empresa naviera: Armador o empresa armadora, de modo sinónimo: la persona física o moral que teniendo bajo su propiedad o posesión una o varias embarcaciones, y/o artefactos navales, y sin que necesariamente constituya su actividad principal, realice las siguientes funciones: equipar, avituallar, aprovisionar, dotar de tripulación, mantener en estado de navegabilidad, operar por sí mismo y explotar embarcaciones.

El CFF al respecto de la empresa, en su artículo 16, último párrafo, alude a lo siguiente: “Se considera empresa la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este artículo, ya sea directamente, a través de fideicomiso o por conducto de terceros; [...]”.³¹

³¹ Las actividades a las que se refiere el citado artículo son las actividades comercia-

En tanto, la LFT en su artículo 16 define a la empresa de la forma siguiente: “Para los efectos de las normas de trabajo, se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios [...]”.

Como es sencillo de apreciar, en México no hay una uniformidad de lo que se entiende por empresa, lo cual, incluso, ha causado que en procedimientos de diversas materias donde se vea implicada la definición de empresa, pueda tener efectos contrapuestos o difíciles de llevar a cumplir porque no son dables se ejecuten los efectos previstos en la otra materia.

Recientemente, en materia de competencia económica, los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación emitieron la siguiente jurisprudencia:

EMPRESA. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

La elucidación del concepto empresa en materia de competencia económica responde a un criterio funcional, y abarca a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica, por lo que, si no cumple dicha condición, no es posible considerarla como empresa.³²

Este criterio brinda otra variante a las ya existentes, aunque se puede asemejar un poco a la concepción que se da de empresa en el CFF, sin embargo, no podemos hablar que con ello se le esté dando un reconocimiento de personalidad jurídica, puesto que el artículo 25 del CCF dentro de su composición no reconoce a la empresa como una persona moral dentro el derecho mexicano.³³

les, industriales, agrícolas, ganaderas, de pesca y silvícolas, mismas que son explicadas una a una por las seis fracciones que componen el numeral.

³² Tesis: I.4o.A. J/64, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 2176.

³³ Artículo 25.- Son personas morales:

- I. La Nación, los Estados y los Municipios;
- II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;
- III. Las sociedades civiles o mercantiles;
- IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;
- V. Las sociedades cooperativas y mutualistas;
- VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.

Siguiendo la tesitura del análisis del artículo en comento, la Dra. María Susana Dávalos Torres, al respecto del mismo artículo, señala:

La lista del artículo 25 del Código Civil Federal no es exhaustiva, pues es posible encontrar en cualquier otra ley el reconocimiento de la personalidad jurídica. La empresa, no obstante, no es reconocida como persona en ninguna ley. [...].

[...] Tomando como referencia la definición de Raúl Cervantes Ahumada,³⁴ desde nuestro punto de vista, la empresa es la actividad que le da el carácter de comerciante a una persona. La empresa es una actividad que consiste en coordinar u organizar tanto elementos corpóreos, así como el trabajo de las personas para producir o intercambiar bienes o servicios. (Dávalos Torres, 2010, p. 101)

No obstante, como ya lo hemos afirmado en otra parte, “La empresa no es una persona moral, es una actividad. No es un tipo de sociedad mercantil, es decir, la empresa no es un comerciante. La empresa es la actividad que realiza la sociedad mercantil o comerciante colectivo. La sociedad mercantil se sirve de la empresa para lograr su finalidad.” (Dávalos Torres, 2010, p. 102)

Atendiendo al caso, en Colombia, la empresa si tiene una definición expresa en su cuerpo normativo principal en materia mercantil, evitando así las múltiples interpretaciones como sucede en el caso mexicano, puesto que en su Código Civil de Colombia señala claramente lo que por empresa debe entenderse: “ARTÍCULO 25. EMPRESA-CONCEPTO. Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.

Además, la LEU, que ha sido el parteaguas en la legislación colombiana en referencia a la empresa unipersonal, señala:

Artículo 71. Concepto de empresa unipersonal.

VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

³⁴ Define a la empresa como la universalidad de hecho, constituida por un conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, coordinado para la producción o el intercambio de bienes y servicios destinados al mercado en general.

Mediante la Empresa Unipersonal, una persona natural o jurídica que reúne las calidades requeridas para ejercer el comercio podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil.

La Empresa Unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica.

Luego entonces, en Colombia no se abstraigo al concepto de empresa de lo que significa puramente, es decir, una actividad económica, sin embargo, si se complementó su significado al permitir que derivado de esa actividad económica se permita conformar una persona jurídica diferente a la de la persona física o moral (jurídica) que la está constituyendo, destinando parte de sus bienes (activos) a la realización de varias actividades mercantiles, mismas que se señalan en el Código Civil de Colombia siguiendo a la manera de la legislación mexicana (artículo 75 del CCM) un criterio formal sobre uno material,³⁵ en tanto cumpla con lo preceptuado en el segundo párra-

³⁵ ARTÍCULO 20. ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES CONCEPTO. Son mercantiles para todos los efectos legales:

1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos; 2) La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos; 3) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés; 4) La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos; 5) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones; 6) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos; 7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos; 8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras; 9) La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje; 10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora; 11) Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados; 12) Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes; 13) Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes; 14) Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios; 15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones; 16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;

fo del mismo artículo, con lo cual, a nuestro criterio, otorga la certeza jurídica necesaria para poder implementar un sistema de empresas unipersonales, además, de estar debidamente complementado por las normas necesarias para hacer de esta figura ya aceptada en el derecho colombiano, una nueva opción muy viable para los empresarios que tienen micros y pequeños negocios y que por esa circunstancia se ven en desventaja para poder acceder a financiamiento o a no arriesgar más en su negocio, debido a que si llegan a fracasar en su empresa, la totalidad de su patrimonio se vería afectado al tener que responder de las obligaciones contraídas.

Al dar paso a otorgarle personalidad jurídica a la empresa, entendida como empresa unipersonal, puede ser un buen antecedente para apoyar nuestra postura sobre admitir el término referido sobre el de SU, no obstante, somos concededores que en ambos casos (empresa o sociedad) llevará a un debate sobre si es o no posible abrir la puerta a estas organizaciones, dando lugar a que el sector doctrinal en México se muestre dividido, unos a favor otros en contra, pero lo que debe ser mucho más importante, no por demeritar el esfuerzo de la doctrina nacional, es atender a la realidad del derecho mercantil mexicano, que parece se va rezagando frente al derecho mercantil de otros países que se han estado poniendo a la vanguardia en la regulación societaria.

Postura diversa es la sustentada en España, donde de origen, la regulación de la unipersonalidad en su derecho no admitió la creación de la empresa en el mismo sentido que Colombia, recordemos que, la admisión de la unipersonalidad en este país europeo como en otros del viejo continente, devino por mandato de la Duodécima Directiva de la CEE de diciembre de 1989, sin embargo, el legislador español, reguló mediante la LSRL y la LSA a las SU, siendo en aquel momento Portugal el único país que dio paso al reconocimiento de la empresa unipersonal, reconociéndola como Empresa Individual de Responsa-

17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes; 18) Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios, y 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.

ARTÍCULO 21. OTROS ACTOS MERCANTILES. Se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales.

bilidad Limitada, entendiéndola de forma similar a como lo hizo el legislador en Colombia, la afectación de ciertos bienes a la consecución de fines mercantiles con el beneficio de la limitación de la responsabilidad del empresario, generando con ello un patrimonio autónomo, con la anotación de que el legislador portugués, no admitió como los legisladores colombianos, otorgarle una personalidad jurídica diferente a la de la persona que constituyera la empresa individual, en tanto que España optó simplemente por dejar de lado también las críticas doctrinales y utilizar la denominación de SU.

Es preciso señalar que, en España, inicialmente se ha utilizado “empresa” y “sociedad” como sinónimos. Sin embargo, la doctrina si hace la distinción entre lo que es una empresa y lo que es una sociedad, entendiendo que la empresa es la actividad que lleva a cabo la sociedad, es decir, la sociedad es la que lleva a cabo tareas empresariales.

En lo que respecta a la legislación española, no se da una definición legal de que es la empresa, sin embargo, la ley si distingue entre sociedades y empresario individual, haciendo mención de éste en basta parte del articulado de su Código de Comercio.

VI. Reflexión final

La regulación de la SU en Colombia y España es muy acertada, dejando de lado los conflictos doctrinarios para enfocarse en dar alternativas a los pequeños comerciantes. México tardó en superar los obstáculos que la doctrina tradicional ponía a la adopción de la sociedad unimembre, restringiendo las posibilidades de crecimiento y desarrollo de los pequeños comerciantes, razón por la cual consideramos como un paso adelante la incorporación de la sociedad por acciones simplificada en nuestro sistema jurídico.

VII. Bibliografía

- Barrera Graf, J. (1983). *Las sociedades en derecho mexicano*. UNAM.
Boquera Matarredona, J. (1996). *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada* (1a. ed.). Civitas.

- Código Fiscal de la Federación. 1981.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917.
- Dávalos Torres, M. S. (2010). *Manual de introducción al derecho mercantil* (1a. ed.). Nostra Ediciones.
- Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A. (2001). *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (2a. ed.). Civitas. pp. 6-17.
- Leal Pérez, H. (2011). *Derecho de sociedades comerciales: parte general y especial* (9a. ed.). Leyer.
- Ley General de Sociedades Mercantiles. 1934.
- Muñoz Rocha, C. I. (2010). *Bienes y derechos* (1ª. ed.). Oxford University Press.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, “por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital”, *Boletín Oficial del Estado*, 161. 3/06/2010. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-10544-consolidado.pdf>
- Reyes Villamizar, F. H. (2010). *SAS: La sociedad por acciones simplificada* (2a. ed.). Legis.
- Pymes, eslabón fundamental para el desarrollo de México*. <http://www.promexico.gob.mx/negocios-internacionales/pymes-eslabon-fundamental-para-el-crecimiento-en-mexico.html>; consultada el 31 de octubre de 2015.
- Tesis: I.5o.C.63 C (10a.) (2013). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época*.
- Tesis: IX.1o.103 K (2008). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época*.
- Tesis: I.4o.A. J/64 (2008). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época*.

Evolución y regulación del *leasing* financiero en el contexto empresarial de Estados Unidos, Alemania y España

*Evolution and Regulation of Financial Leasing in the Business
Context of the United States, Germany, and Spain*

Betzy Nataly Gutiérrez Morocco

 <https://orcid.org/0009-0005-8761-8050>
Universidad La Salle. Perú

Jefferson Alexander Marín Oviedo

 <https://orcid.org/0009-0009-6803-8332>
Universidad La Salle. Perú

Lory Celeste Yaulli Torres

 <https://orcid.org/0009-0003-3826-0844>
Universidad La Salle. Perú

Santiago Andrés Inga Gonzales

 <https://orcid.org/0009-0007-6313-198X>
Universidad La Salle. Perú

Sheyla Prissila Barrientos Huamani

 <https://orcid.org/0009-0000-5821-3939>
Universidad La Salle. Perú

Obed Vargas Salas

 <https://orcid.org/0000-0003-1084-3477>
Universidad La Salle. Perú

Resumen: La siguiente revisión constará de un extenso análisis al material existente referido a revistas y artículos con referencia al Leasing Financiero, enfocándose esencialmente en su evolución, analizando los cambios que tuvo

Revista de Derecho Privado, año X, núm. 21, enero-junio de 2022, pp. 43-68
ISSN 2448-7902

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM

que tener para llegar a ser una de las figuras empresariales más importantes y constantes en estos tiempos, examinando las tendencias de su uso, revisando como dicho arrendamiento llegó a regularse en distintos contextos, centrándose específicamente en los países de Estados Unidos, Alemania y España, teniendo como objetivo principal, el definir si el uso de dicho arrendamiento es factible como una alternativa de financiamiento para los antes mencionados países y si lo es para el nuestro.

Palabras clave: Leasing, Arrendamiento financiero, Legislación comparada, Derecho empresarial

Abstract: The following review will consist of an extensive analysis of the existing material referred to magazines and articles with reference to Financial Leasing, focusing essentially on its evolution, analyzing the changes it had to undergo to become one of the most important and constant business figures. In these times, how it came to be handled in different countries, examining the trends of its use, reviewing how said lease came to be regulated in different contexts, focusing specifically on the countries of the United States, Germany, and Spain, with the main objective, to define if said lease is feasible as a financing alternative for both countries and if it is for ours.

Keywords: Leasing, Financial Leasing, Comparative Legislation, Business Law

Recepción: 22 de junio de 20223

Aceptación: 1 de septiembre de 2023

Sumario: I. *Introducción*. II. *Contrato leasing financiero*. III. *Internacionalización del leasing financiero*. IV. *Legislación comparada entre EE. UU, Alemania y España*. V. *Perspectivas futuras y recomendaciones*. VI. *Otras formas de Financiamiento*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias*.

I. Introducción

El contrato de *leasing*, también llamado arrendamiento financiero o simplemente *leasing*, es un acuerdo en el que una empresa (arrendador) adquiere un bien que será rentado por otra empresa (arrendatario), a cambio de una mensualidad durante un plazo determinado. Esta herramienta de financiamiento ha evolucionado en los últimos años, adaptándose a través de éste a las necesidades de las empresas y a las exigencias del mercado, cobrando una mayor relevancia y sobre todo popularidad, ya que este se utiliza principalmente para adquirir bienes, sin comprarlos, de altos costos, como maquinaria pesada, equipo de tecnología, vehículos, entre otros, sin tener que realizar

un pago inicial significativo. Entre los beneficios que tiene esta práctica se encuentra la antes mencionada, el arrendatario no asume la propiedad del bien, más tiene la opción de adquirirlo al final del contrato, devolverlo o renovar el contrato, a ello se le suma el beneficio de que el arrendatario puede deducir los pagos de arrendamiento como gastos operativos en su declaración de impuestos, lo que resulta en un beneficio fiscal, siendo una de las principales razones de su uso en la actualidad.

En tal sentido, la siguiente revisión sistemática sobre el *leasing* financiero nos ofrecerá una perspectiva sobre cómo éste es utilizado como una alternativa de financiamiento para Estados Unidos, Alemania y España, teniendo como su principal finalidad analizar informes y artículos existentes más relevantes sobre el *leasing* financiero y brindar una visión detallada y rigurosa de los cambios con sus diferentes tendencias que han surgido en el contrato del *leasing* financiero en los últimos años, explorando su uso, características, ventajas y desventajas, así como las implicaciones fiscales y financieras que deben ser consideradas al elegir esta opción de financiamiento, implicando su evolución y asentamiento como fuente de financiamiento, dando aproximación que podría tener en un futuro no tan lejano y sobre todo comparando diversos conceptos y nociones básicas, ello permitiendo identificar las lagunas en la literatura existente y proporcionará una guía para futuras investigaciones sobre el tema.

II. Contrato *leasing* financiero

El *leasing* financiero, también conocido como arrendamiento financiero, es un acuerdo contractual en el que una parte, conocida como arrendador, proporciona un activo para su uso a otra parte, conocida como arrendatario, durante un período de tiempo específico a cambio de pagos periódicos. Es una herramienta financiera importante que puede proporcionar a las empresas la flexibilidad, el acceso a la tecnología y la conservación del capital que necesitan para crecer y prosperar. Por ello, se ha tenido que manejar el *leasing* financiero como una alternativa o medio para ayudar a las pequeñas o grandes empresas a crecer y producir económicamente sin tener que endeudarse.

Según Cervantes y Ruiz del Río (1996), el *leasing* financiero combina la transmisión de uso y financiamiento. Esto significa que se otorga el derecho de usar un bien, pero también implica un compromiso financiero. Aunque es una herramienta valiosa, puede generar confusión y debe ser entendido completamente por las partes involucradas.

Aunque el *leasing* financiero puede ser una opción atractiva para muchas empresas, su complejidad puede ser un obstáculo. No es siempre fácil de entender y eso puede llevar a malentendidos y decisiones financieras equivocadas. Éstas deben buscar como fin la obtención del bien mediante el contrato de *leasing* financiero, lo cual conlleva un respaldo, es así como las empresas pasan a ser dueños del bien, por último, es importante especificar y cumplir con las cuotas correspondientes para recién poder tener el uso correspondiente del bien.

La regulación y aplicación del *leasing* financiero varía considerablemente de un país a otro, lo que puede afectar su interpretación y uso. Además, la terminología utilizada puede cambiar dependiendo del país. Por ejemplo, en los Estados Unidos, donde el *leasing* financiero se originó como una respuesta a las crisis económicas de los años setenta, se utiliza el término "*leasing*". Aunque en español se traduce a veces como "crédito" o "arrendamiento", estas traducciones no capturan completamente la esencia del *leasing* financiero, que combina elementos de uso y financiamiento.

Por otro lado, en Francia, se ha criticado dicha terminología, y proponen como términos a usarse el de *equipement-vial*, qué traducido significa equipamiento, arrendamiento. En España, también fue criticada dicha terminología usada y se propuso como contrato de uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra. Como lo hace notar Ortúzar Solar (1990, pp. 125-127) "posteriormente se expande como técnica generalizada de financiación de arriendo de bienes muebles e inmuebles".

Afirma Pizarro Wilson (2022, pp. 4-26), la esencia del *leasing*, desde una perspectiva financiera, no es más que un "crédito común". Sin embargo, en el ámbito jurídico, el *leasing* no es simplemente otro tipo de arrendamiento. Posee una característica especial en su naturaleza: la opción de compra. Esta opción permite transformar la propiedad en una garantía a favor del propietario y brinda la oportunidad al poseedor de convertirse en propietario.

El *leasing* financiero no solo se presenta como una alternativa de financiamiento, sino que también ha evolucionado en diversas formas que han contribuido a la economía de varios países. Un ejemplo de esto es el *lease back*.

Como señala Mavila (2014), el *lease back*, también conocido como “venta y arrendamiento posterior”, “retroventa” o “retroarrendamiento”, es un arreglo en el que una empresa vende un activo fijo y luego lo arrienda de nuevo. El objetivo principal de esta estrategia es liberar capital, que generalmente se destina como capital de trabajo. En este modelo, el arrendatario no aumenta su capacidad productiva, sino que obtiene fondos que luego devuelve en forma de alquileres, perdiendo la propiedad de los activos en el proceso.

En términos sencillos, el *lease back* implica la compra, venta y arrendamiento de un activo, proporcionando liquidez a cambio de la cesión del bien. Por lo tanto, el *lease back* es un mecanismo de financiamiento a corto plazo que proporciona liquidez inmediata para satisfacer las necesidades de las empresas.

Por otro lado, Montoya Alberti (1991, pp. 163-191) destaca la modalidad del *leasing* operativo, que es comúnmente utilizado por los fabricantes para facilitar la venta de sus productos. Se cree que esta fue la primera modalidad de *leasing* y que surgió debido a los desafíos que enfrentaban los grandes productores de maquinaria para vender sus productos. En lugar de ser una modalidad financiera, es más bien una alternativa de venta que los fabricantes ofrecen a sus clientes.

Este enfoque ofrece a los fabricantes una forma innovadora de superar los desafíos de venta, proporcionando a los clientes una opción más accesible para adquirir productos. Sin embargo, es crucial que los clientes estén bien informados sobre los términos del contrato.

1. El triple elemento subjetivo

Para implementar un contrato de *leasing* financiero, se requiere inicialmente un acuerdo con una entidad financiera, a menudo referida como la empresa de *leasing*. En este contrato, la empresa de *leasing* adquiere un bien y luego lo alquila a la empresa arrendataria, que se compromete a realizar pagos periódicos. Estos pagos se entienden como la restitución del costo del bien, además de cubrir los impuestos y otros cargos asociados. Además, el contrato incluye una prome-

sa irrevocable de venta del bien, conocida como “opción de compra”. Aunque la empresa de *leasing* es una entidad legal, todo el proceso se rige por la Ley General de Organizaciones de Actividades Auxiliares de Crédito. Este triple elemento subjetivo —la empresa de *leasing*, la empresa arrendataria y la ley— es fundamental para la ejecución efectiva del contrato de *leasing* financiero.

Según Inostroza Sáez (2022, pp. 51-70), en una operación de *leasing* financiero intervienen tres partes clave: el proveedor del bien, la empresa de *leasing* y el usuario o arrendatario. Esto da lugar a la creación de dos contratos principales. El primero es un contrato de compraventa entre el proveedor y la empresa de *leasing*, en el cual la empresa de *leasing* adquiere el bien. El segundo es el contrato de *leasing* financiero propiamente dicho, que se celebra entre la empresa de *leasing* y el usuario, y establece los términos bajo los cuales el usuario arrendará el bien de la empresa de *leasing*.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo establece como requisito esencial para un contrato de *leasing* financiero mobiliario la intervención de tres partes. Si falta alguna de estas partes, el contrato no se consideraría un *leasing*. Esto subraya la importancia de la participación de todas las partes involucradas en este tipo de acuerdos.

2. Las ventajas del leasing financiero

El *leasing* financiero ofrece varias ventajas tanto para la empresa de *leasing* como para el usuario. Teniendo en cuenta a Boldó Roda (2016, pp. 159-179), una de las principales ventajas es el aumento de la liquidez para las empresas, ya que pueden utilizar los bienes necesarios para su actividad sin tener que hacer un gran desembolso inicial, como en una compraventa.

Esto reduce los costos en el proceso. Además, permite la renovación inmediata de los bienes de equipo que se han vuelto obsoletos o están dañados. También hay ventajas fiscales y contables, ya que las empresas pueden deducir las cuotas pagadas como gasto, lo que ha contribuido a la popularidad y difusión del *leasing* financiero.

Por otro lado, Montes de Oca Molina y Almeida Vintimilla (2020, pp. 55-79) señalan como la principal ventaja de aplicación del *leasing* la posibilidad de utilizar equipos modernos, separando la vida funcio-

nal comercial de la física, para alargar el uso del objeto en cuestión. Teniendo de esa manera la ventaja de obtener medios de financiamiento y capital de un bien de forma alternativa que no sea compraventa o el común arrendamiento, siendo esta la razón de ser del *leasing*.

Esto ofrece a las empresas la oportunidad de obtener financiamiento y capital de una manera alternativa a la compraventa o el arrendamiento convencional.

Es importante considerar estas diferencias para comprender plenamente las implicaciones y características de cada tipo de *leasing*.

Por ello Pérez Paputsachis (2016, pp. 139-154) sostiene que dicha modalidad difiere de la práctica internacional, pues en el *leasing* financiero se da la opción de compra al final del plazo, lo que permite al arrendador recuperar parte su inversión en la compra del bien en primera instancia, habida cuenta que lo ha adquirido específicamente para el arrendatario, a su vez debe cubrir el costo en el tiempo que dure el contrato de arrendamiento, por lo que, al establecer nuestra norma que la opción a compra se ejerza en cualquier momento, da lugar a que no se distinga de una manera concisa el *leasing* financiero del *leasing* operativo.

La diferencia entre el *leasing* financiero y el *leasing* operativo, en relación con la opción de compra al final del plazo, es relevante. Esta flexibilidad en la opción de compra puede generar ambigüedad en la distinción precisa entre ambas modalidades.

3. La regulación jurídica del *leasing*

La regulación jurídica del *leasing* establece las normas y derechos aplicables a las partes involucradas en el contrato, garantizando seguridad y protección en su ejecución.

Arnau Moya (2020, pp. 332-363) da a conocer que la regulación jurídica del *leasing* carece de una normativa integral en los ordenamientos jurídicos, a pesar de haber sido regulado en ciertas nociones en materia fiscal, es muy limitada su regulación en aspectos “jurídicos privados”

En vista de ello, el contrato de *leasing* tiene un carácter de contrato “atípico y complejo” por el cual predispone que su propia fuente de regulación sea lo acordado entre las partes.

Se cuestiona la estabilidad contractual y la protección de los derechos de las partes involucradas. También destaca la obligatoriedad de las entidades financieras de otorgar créditos al sector manufacturero, lo cual puede plantear desafíos en términos de evaluación y gestión de riesgos.

De acuerdo con Pérez Paputsachis (2016), se establece la posibilidad para el arrendatario de transferir su opción de compra, manteniéndose los derechos y las obligaciones de las partes sin alterar la naturaleza del *leasing*. Esta opción origina un derecho del arrendatario en el que permitirá al arrendador no retener el bien en caso de que el arrendatario no ejerza el uso de su opción de compra. Para concluir, Pérez Paputsachis (2016) manifiesta que la Ley de Servicios Financieros prioriza el crédito al sector manufacturero y establece en el proceso la obligatoriedad de las entidades a otorgar créditos al sector para el desarrollo productivo, democratizando así el crédito a este sector.

Esto conlleva examinar la estabilidad contractual, los derechos de las partes y los desafíos asociados a la gestión de riesgos. Estas consideraciones nos incitan a reflexionar y debatir sobre la regulación y práctica del *leasing* en busca de un mejor entendimiento y aplicación de este importante instrumento financiero.

III. Internacionalización del *leasing* financiero

El *leasing* financiero es una herramienta financiera que ha sido ampliamente utilizada en el ámbito empresarial durante las últimas décadas. Este instrumento permite a las empresas acceder a bienes de capital de manera más flexible, al posibilitar arrendarlos en lugar de adquirirlos directamente. El *leasing* financiero ha evolucionado considerablemente desde su origen, a medida que se han desarrollado nuevas formas de financiamiento y regulaciones más estrictas. En esta parte del artículo se analizará la historia y evolución del *leasing* financiero, los tipos de *leasing* financiero, su regulación internacional, tendencias actuales y casos de éxito.

1. Historia y evolución del leasing financiero

El arrendamiento o *leasing* financiero ha experimentado, a lo largo de los años, cambios significativos en su estructura de financiamiento y la regulación que lo posee. Según De Franco, Del Giudice y Mari (2015), en los últimos 20 años, el *leasing* financiero se ha convertido en un medio de financiamiento cada vez más popular, debido a que ofrece una amplia gama de beneficios para las empresas. Gosselin (2007, pp. 79-88) sostiene que el *leasing* financiero ha evolucionado a lo largo del tiempo, pasando de ser un medio de financiamiento de activos de capital a una herramienta de gestión de activos. El *leasing* financiero ha permitido a las empresas no solo adquirir activos de capital, sino también mantenerlos actualizados y renovados, lo que les permite mantener una ventaja competitiva.

Yap y Loo (2003, pp. 1-16) argumentan que el *leasing* financiero se originó en el siglo XIX, cuando los ferrocarriles y los tranvías utilizaron este instrumento para financiar la compra de equipos, que contribuyeran a un mejor desenvolvimiento en su función. Posteriormente, el *leasing* financiero se extendió a otros sectores, como el aeronáutico y el de equipos de construcción. La primera empresa de *leasing* financiero en los Estados Unidos fue “Fundamerica”, fundada en 1952.

A lo largo de su historia, el *leasing* financiero ha sufrido importantes transformaciones y se ha convertido en una forma de financiamiento muy utilizada por las empresas en las últimas décadas. Gracias a su evolución, el *leasing* financiero ahora no solo permite a las empresas adquirir activos de capital, sino también mantenerlos actualizados y renovados, lo que les da una ventaja competitiva en el mercado.

2. Tipos de leasing financiero

El *leasing* financiero se puede clasificar en diferentes tipos, según su estructura de financiamiento y sus aplicaciones en el ámbito empresarial. Kozak y Lysenko (2018, pp. 423-434) mencionan que los tipos de *leasing* más comunes son: el leasing financiero puro, el *leasing* financiero con opción de compra, el *leasing* operativo y el *leasing* de retroventa.

El *leasing* financiero puro implica que el arrendatario solo tiene la opción de comprar el activo al final del período de arrendamiento.

El *leasing* financiero con opción de compra, por otro lado, permite al arrendatario ejercer su opción de compra al final del período de arrendamiento, pero también le da la opción de cancelar el contrato de arrendamiento y devolver el activo al arrendador. El *leasing* operativo es un acuerdo de arrendamiento a corto plazo que permite a las empresas utilizar activos sin incurrir en los costos de adquisición y propiedad. El *leasing* de retroventa permite a las empresas vender sus activos a una empresa de *leasing* y luego arrendarlos de vuelta, lo que les permite obtener financiamiento a corto plazo.

Zeller (1999) señala que el *leasing* financiero también se puede clasificar en *leasing* financiero directo e indirecto. El *leasing* financiero directo implica que el arrendador y el arrendatario negocian directamente los términos del contrato de arrendamiento, mientras que, en el *leasing* financiero indirecto, el arrendador contrata a un intermediario financiero para administrar el contrato de arrendamiento.

3. Regulación internacional del leasing financiero

El *leasing* financiero es una herramienta financiera regulada en muchos países. La Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO, por sus siglas en inglés) ha emitido directrices para la regulación de las empresas de *leasing* financiero a nivel mundial. Según Halperin (2011, pp. 1-13), la regulación del *leasing* financiero tiene como objetivo garantizar que los arrendatarios y los arrendadores cumplan con las obligaciones establecidas en los contratos de arrendamiento y evitar conflictos entre las partes.

En Europa, la Directiva 2014/17/EU del Parlamento Europeo y del Consejo establece un marco legal para la regulación del *leasing* financiero en la Unión Europea. La directiva establece requisitos mínimos para la información que debe proporcionarse a los consumidores, así como para la evaluación de la solvencia y la responsabilidad en la contratación de *leasing* financiero.

4. Tendencias actuales en el leasing financiero

El *leasing* financiero sigue siendo una herramienta financiera popular en el ámbito empresarial, y se espera que continúe evolucionando en el futuro. Según De Franco, Del Giudice y Mari (2015), las tenden-

cias actuales en el leasing financiero incluyen el uso de tecnología de la información para la evaluación de riesgos y la gestión de contratos de arrendamiento, el uso de fuentes de financiamiento alternativas, como el crowdfunding, y la expansión del leasing financiero a nuevos sectores, como la tecnología de la información.

Además, según Gosselin (2007, pp. 79-88), se espera que el leasing financiero se convierta en una herramienta más flexible y personalizada en el futuro, permitiendo a las empresas adaptar los contratos de arrendamiento a sus necesidades específicas.

5. Casos de éxito en el uso del leasing financiero

El *leasing* financiero ha sido utilizado con éxito en una amplia gama de sectores empresariales. Un ejemplo de ello es el sector de la energía renovable. Según Velásquez, Córdoba y Vélez (2017, pp. 1507-1518), el leasing financiero ha sido utilizado con éxito en proyectos de energía renovable en Colombia, permitiendo a las empresas reducir sus costos de energía y mejorar su eficiencia energética.

Un caso un poco menos conocido es el de la empresa GECAS (GE Capital Aviation Services), la cual logró sobrevivir a la crisis financiera del 2008 basándose en el modelo que lograron establecer en 1990, el arrendamiento de aeronaves, en un principio se pensó que no daría frutos, que el gasto que se hacía, no era nada comparado al ingreso por mes, por cada dólar que iba, otro llegaba, más en la práctica, el leasing demostró ser un modelo de financiamiento bastante notable y ventajoso, ya sea por “incluir un reconocimiento de ingresos más temprano y un flujo de caja anticipado, así como la apariencia de un apalancamiento más favorable” (Dissanaike, Jayasekera y Meeks, 2022, p. 16) o, por tener un reconocido beneficio fiscal y tributario, el cual es la principal razón por la que se utiliza este método.

IV. Legislación comparada entre Estados Unidos, Alemania y España

Según Olivera Guerrero (2019), el *leasing* es un contrato originario de Inglaterra que surgió en los Estados Unidos. Así mismo lo define como una forma de financiamiento utilizada por las empresas para acce-

der al uso de equipos e innovaciones. De esta forma menciona que, en este contrato, las empresas obtienen el uso de activos de capital suministrados por una entidad financiera o una empresa de leasing. Dónde la entidad financiera adquiere la titularidad del bien, mientras que el inquilino tiene la opción de adquirirlo mediante una opción de compra al finalizar el contrato.

Montes de Oca Molina y Almeida (2020) mencionan que el leasing se puede definir como un contrato de naturaleza económica que permite el uso y disfrute de un bien a cambio de pagos periódicos.

Es así como se analizará cómo se ha ido adaptando el contrato del *leasing* en los países de Estados Unidos, Alemania y España. No obstante, el leasing ha desarrollado diferentes acepciones, donde todas están reglamentadas bajo un ordenamiento jurídico, según lo que indique cada país, pero especialmente se ha experimentado un fuerte desarrollo en Estados Unidos.

Pérez Paputsachis (2016, pp. 139-154) nos expresa que, en los Estados Unidos de Norteamérica, el *leasing* fue empleado desde 1872 hasta 1893 en la industria minera. Así mismo, mencionó que, durante este periodo, los capitalistas arrendaban equipos de manera temporal para la explotación de minerales.

Es por ello que, en primer lugar, hablamos de Estados Unidos, debido a que es uno de los países caracterizados por iniciar con el leasing financiero, con esto vamos viendo el progreso que ha tenido y que tiene hasta ahora actualmente, demostrando destacar así en el crecimiento de su economía. Sin embargo, es importante analizar su avance con el transcurso de los años.

1. Estados Unidos

Siguiendo a Mendoza y Morales (2016) mencionan que el sistema legal de garantías en Estados Unidos ha evolucionado de un enfoque disperso, a un sistema codificado conocido como el Uniform Commercial Code (UCC) donde indican que este código establece garantías mobiliarias que deben ser tratadas de manera igualitaria, ya que cumplen una función económica similar. Así mismo, indican que, desde una perspectiva jurídica, tanto las partes involucradas en la relación contractual como terceros deben recibir el mismo tratamiento y reconocimiento de eficacia en relación con estas garantías.

Es por ello por lo que Estados Unidos es el país que más posee en el mercado financiero, llegando a resaltar entre sus decisiones acerca de temas tanto económicos como políticos a nivel internacional. Asimismo, también se ha hecho distinguir con referencia al leasing, ya que éste es conocido por ser su país de origen, donde este ha alcanzado una gran difusión. Donde ellos mismos llegan a crear un sistema codificado, el cual es el Uniform Commercial Code (UCC).

Según Guamán Burneo (2019), el crecimiento del leasing en los Estados Unidos ha sido notable y se ha caracterizado por su rápida y exponencial expansión. De esta forma indica que este fenómeno se atribuye en parte a una cultura de consumo arraigada en la sociedad estadounidense. Donde hace notar que el *leasing* ha brindado una alternativa de financiamiento tanto para las empresas como para los consumidores, lo que ha contribuido a su popularidad en el sector privado. Asimismo, según Nechaev, Zakharov, Barykina, Vel'm y Kuznetsova (2022, pp. 536-553), América del Norte ha reafirmado su posición por ser el mercado líder en arrendamiento financiero a nivel mundial en términos de volumen de negocios. Mencionan que, en esta región, Estados Unidos juega un papel crucial en las transacciones de arrendamiento, representando aproximadamente un tercio del volumen total de nuevos negocios de arrendamiento y ventas de equipos a nivel global.

Donde podemos ver que el *leasing* con el transcurso del tiempo ha llegado a tener un crecimiento enorme dentro del mundo de los negocios. Es así como de acuerdo con Cano (2014), el crecimiento del leasing en Estados Unidos se vio respaldado por factores clave como las regulaciones fiscales, la disponibilidad de créditos bancarios a mediano plazo y un periodo de prosperidad económica con beneficios significativos. Además, define que las empresas desempeñaron un papel fundamental al comprometerse con una renovación acelerada de sus activos de capital. Estos elementos fueron importantes para el desarrollo exitoso del *leasing* en Estados Unidos.

2. Alemania

Como señala Cohnen (2016) tanto en España como en Alemania, las codificaciones legales no son determinantes a la hora de encontrar evidencia sobre la naturaleza jurídica específica del *leasing*. Sin em-

bargo, mencionan que es posible realizar comparaciones entre el *leasing* y los contratos típicos contemplados en nuestras leyes. De esta forma, desde el punto de vista de Ramos Campodarve (2001) jurídicamente en Alemania, el *leasing* se ha asimilado a un contrato de arrendamiento que implica la amortización parcial del valor del bien, dejando un valor residual. De esta forma, agrega que, en algunos contratos de leasing en Alemania, se ha llegado a contemplar la opción de que, al finalizar el período acordado, la empresa de *leasing* pueda exigir al arrendatario la adquisición del bien mediante el pago del valor residual.

Como podemos observar, el contrato de *leasing* en Alemania se ha visto desde diferentes puntos de vista de acuerdo a lo mencionado por los autores citados. Cohnen (2016) durante la cita mencionó que existen codificaciones legales, pero en Alemania, dentro del país, no consideran este instrumento tan importante como valorar desde un punto de vista realizando comparaciones. Asimismo, Ramos Campodarve (2001) indica cómo es que se realizan este tipo de contratos dentro del país y como es que mayormente terminan. La mayoría de las empresas de *leasing* dentro de Alemania suelen exigir que se adquiera los bienes que eran arrendados.

Cabanillas (1982) sostiene que la República Federal de Alemania, junto con Francia, ha sido uno de los países de Europa continental donde el *leasing* ha experimentado un mayor éxito. Sin embargo, es importante destacar que las condiciones de desarrollo de esta práctica han sido distintas en ambos países. Es así como Miranda (2021) enfatiza que el *leasing* se convirtió en una práctica especializada en toda Europa, ya que diversos empresarios comenzaron a reconocer los beneficios que ofrecía. De esta forma, el autor argumenta que esta figura legal permitía evitar gastos significativos para adquirir activos de producción o servicio, lo cual implicaba la inmovilización de grandes sumas de dinero que debían destinarse a la compra de dichos bienes.

Con todo lo mencionado por los autores citados anteriormente, el leasing en Alemania ha tenido un gran éxito dentro de diferentes partes de Europa, como menciona Cabanillas (1996, p. 478), el *leasing* si bien tiene su forma de ser, puede desarrollarse de maneras distintas.

3. España

Tal como expresa Carpio (2018), en España, el contrato de *leasing* tuvo sus inicios con la creación de las empresas Alequinsa y Alquiler a mediados de la década de 1960. Asimismo, menciona que la regulación específica del *leasing* en este país se estableció más tarde en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, promulgada el 29 de julio de 1988. De esta forma, Flores (1998) menciona que en España se establecieron las dos primeras compañías de *leasing* en 1965. Asimismo, indica que, durante este período, las empresas de *leasing* mantuvieron cierta relación con las instituciones bancarias y gradualmente comenzaron a asociarse entre sí.

Como mencionan los autores, el *leasing* en España inició a partir de las primeras empresas y compañías creadas entre los años 1960 y 1965.

Asimismo, indica Lombardo Morán (2023) que, en España, las leyes solamente regulan algunos aspectos contractuales del *leasing*, y no se puede considerar que exista una tipificación legislativa específica para este contrato mediante remisión a otros contratos existentes. Así mismo menciona que no hay ninguna ley que remita al régimen de otro contrato para determinar el marco legal adecuado para el *leasing*. Según lo que dice Ventura (2019) sostiene que, en España, el *leasing* encuentra su marco normativo en el Real Decreto Ley del 25 de febrero de 1977. Donde menciona que esta ley se enfoca en regular las inversiones financieras entre empresas con respecto al pago de impuestos y la distribución de dividendos entre ellas. De igual forma, destaca que en el artículo 19, la ley define a las empresas de arrendamiento financiero como aquellas que, sin importar su denominación, se dedican al arrendamiento de bienes de equipo y capital, así como de bienes adquiridos exclusivamente con el propósito de ser utilizados para este fin, por empresas constituidas de acuerdo con lo estipulado en el artículo 22 y de acuerdo con las especificaciones establecidas por el futuro usuario.

Es por ello por lo que abordando todo lo mencionado por los autores, se ve que el *leasing* en España se ha desarrollado de una manera extraordinaria, llegando a convertirse el *leasing* en una opción favorita de las empresas para sus negocios.

V. Perspectivas futuras y recomendaciones

Para Milanesi (2016, pp. 353-373) los últimos años el *leasing* ha cobrado una gran importancia como instrumento de adquisición alternativo a la opción de compra financiada, producto de la creciente dificultad y evolución de los negocios. Por lo tanto, el contrato de *leasing* financiero es una herramienta de financiamiento muy utilizada por empresas para adquirir activos fijos como maquinarias, equipos, vehículos, entre otros, sin tener que realizar una inversión inicial importante.

1. Perspectivas

A. Financiamiento estatal

Según Mendieta (2022, pp. 341-374) las diversificadas posibilidades de decisión para la satisfacción de necesidades en equipamientos públicos estarían dadas por una lista completa de medios disponibles para su realización. Por tanto, las autoridades podrían diseñar y elaborar directamente las obras, contratar su ejecución mediante contratos de arrendamiento, compraventa de activos o arrendamiento financiero (*leasing*).

Actualmente, el contrato de *leasing* financiero no solo aplica al sector privado, sino, como se ha podido observar, también ha alcanzado al sector público en la financiación de obras públicas. Por lo que se puede esperar que no solo sea un beneficio que favorezca a los privados, sino también a todo un país a través de sus Estados.

B. Digitalización

El contrato de *leasing* financiero se ha visto afectado por la pandemia de la COVID-19, lo que ha llevado a una mayor digitalización de los procesos. Esto ha permitido a las empresas reducir los costos y la complejidad de los procesos, lo que aumentará su uso en un futuro no muy lejano.

C. Competencia

La competencia en el mercado de *leasing* financiero ha aumentado en los últimos años, lo que ha llevado a una mayor transparencia y mejores condiciones para los clientes. Esta tendencia probablemente continúe en el futuro, lo que será beneficioso para las empresas que buscan adquirir activos de manera más eficiente.

D. Diversificación

Se estima que el contrato de *leasing* financiero se diversifique a medida que las empresas busquen nuevas formas de financiar sus operaciones. De esta manera, se espera que se desarrollen nuevos tipos de *leasing* financiero que cubran diferentes tipos de activos, lo que será beneficioso para las empresas que buscan financiar activos menos convencionales.

E. Regulación

Cortez y Espinoza (2021) recopilan varios casos en los que la sentencia del juzgado tiene relación con la aproximación a la figura del *leasing*, ya que el contrato celebrado se refiere a una promesa de compraventa de sepulturas; sin embargo, la sentenciadora aproxima la figura de la venta a plazo al *leasing*. De esta manera, quizá en un intento de sopesar el excesivo desequilibrio que se producía en perjuicio del consumidor, se intentó desentrañar la verdadera naturaleza del negocio.

Es así como, se espera que las regulaciones que afectan al contrato de *leasing* financiero se vuelvan más estrictas en el futuro para proteger a los consumidores y usuarios. Esto podría afectar la forma en que se estructuran los contratos de *leasing* financiero y puede aumentar los costos para las empresas. Además, esto podría incluir la imposición de límites en las tasas de interés, el plazo de los contratos y la transparencia en la información proporcionada a los clientes.

F. Adopción

Con la creciente necesidad de las empresas de obtener activos fijos, es probable que el contrato de *leasing* financiero siga siendo una op-

ción popular para el financiamiento en el futuro. Además, con el desarrollo de nuevas tecnologías y modelos de negocio, es posible que se presenten nuevas oportunidades para el *leasing* financiero en diferentes sectores.

2. Recomendaciones de uso

Domínguez (2021) nos dice que en la figura del arrendamiento mayormente las partes van a acordar el pago de los intereses moratorios, en caso de que el arrendatario no dé el importe de la renta o bien no entregue la posesión del bien conforme a lo pactado en el contrato. Entonces, es importante que las empresas comprendan los términos del contrato de *leasing* financiero, incluyendo los pagos, las condiciones de devolución y las opciones de compra. Esto les permitirá tomar una decisión informada y evitar sorpresas desagradables en el futuro. Por otro lado, se debe comprender los costos asociados con el contrato de *leasing* financiero, incluyendo los costos de financiamiento, los cargos por mantenimiento y las tarifas por cancelación anticipada. Esto permitirá determinar si el contrato de *leasing* financiero es una opción rentable.

Zúñiga, Villanueva, Pacheco y Pincheira (2022, pp. 1702-1720) indica que las Normas Internacionales de Información Financiera 16, sobre arrendamientos, rige desde el 2019 y afecta a los registros contables de los arrendatarios, generando un activo por derecho de uso y un pasivo por arrendamiento, los que hasta antes de esta norma estaban fuera del balance. Es así como el contrato de *leasing* financiero puede tener un impacto significativo en el balance de la empresa, especialmente si se trata de un activo importante. Las empresas deben considerar cuidadosamente cómo el contrato de *leasing* financiero afectará su balance y si esto afectará su capacidad para obtener financiamiento en el futuro.

Siendo así, es recomendable que las empresas busquen asesoramiento profesional de un experto en *leasing* financiero antes de firmar un contrato, evaluando cuidadosamente los términos y condiciones, incluyendo las tasas de interés, el plazo del contrato y las obligaciones del arrendatario. Esto les permitirá obtener una visión más clara de los términos del contrato y de los costos asociados, lo que les permitirá tomar una decisión informada.

En otras palabras, al planificar la adquisición de un activo fijo a través de *leasing* financiero, es importante considerar su ciclo de vida y el período de uso previsto. Esto puede ayudar a determinar si el *leasing* financiero es la opción más adecuada en comparación con otras alternativas de financiamiento. De esta manera se debe seleccionar un proveedor confiable y sólido, por ello es necesario investigar y elegir a aquellos que tengan una sólida reputación y estén respaldados por una institución financiera confiable.

VI. Otras formas de financiamiento

Además del contrato de arrendamiento, también conocido como *leasing* financiero, existen otras formas de financiamiento que las empresas podrían optar justamente para obtener un capital, además de los clásicos préstamos bancarios, el cual, cabe resaltar que se volvió en la forma más común de financiar un proyecto o un negocio.

Crowdfunding: el *crowdfunding* o también conocido como financiamiento participativo o colectivo, también siendo llamado como “micro mecenazgo” es una forma relativamente nueva de financiamiento colectivo en la cual una empresa busca capital a través de pequeñas inversiones de un gran número de personas, ello siendo realizado mayormente a través de plataformas en línea. Segura-Mojica (2021) lo define como un fenómeno “en el que concurren factores propios de la sociedad de la información y el conocimiento: digitalización, nuevos espacios de convivencia con una mediación tecnológica, y modelos alternativos de emprendimiento y financiación” (pp. 71-91).

Mientras que, por otro lado, Rubio Martín (2020, pp. 61-70) lo define como una herramienta, la que consiste en solicitar financiamiento a un amplio grupo de personas que se unen para hacer aportaciones limitadas, con el objetivo de lograr la meta propuesta al sumar todas las contribuciones.

El *crowdfunding* puede llegar adoptar diferentes formas, como donaciones, recompensas, préstamos o inversión de capital.

González, Valdés y Saavedra (2021) mencionan las diferentes maneras de presentación de *Crowdfunding* recurrentes en el país de México:

Donation based crowdfunding, donde se busca recaudar fondos a través de donaciones para proyectos sociales o culturales de organizaciones sin fines de lucro.

Reward based crowdfunding se basa en una aportación de cantidades variables, destinado a un proyecto en específico a cambio una “recompensa” que legalmente funciona como un contrato de compraventa.

Lending o debt based crowdfunding es donde el financiamiento se da a partir de préstamos que provienen de los promotores del proyecto que buscan fondeo, cabe resaltar que el pago que recibe el prestamista y los promotores se dará como un premio o interés sobre la cantidad inicialmente otorgada.

Factoring: el *factoring*, también denominado contrato de factorajes es una forma de financiamiento, mejor dicho, de conseguir liquidez de una forma más rápida que la usual, en la cual una empresa vende sus cuentas por cobrar a una entidad financiera, conocida como factor, el cual se encargará de cobrar las cuentas y asumiendo el riesgo de impago, recibiendo un adelanto de efectivo, generalmente alrededor del 80 % de las cuentas por cobrar.

Redondo (2019, pp. 37-54) define al *factoring* como una herramienta de financiamiento que implica que el emisor de un título valor, cediendo los derechos del documento a un tercero llamado factor, a cambio de recibir liquidez antes del vencimiento. El factor no reembolsa el valor total del documento al tenedor, sino que realiza un pequeño descuento correspondiente a la comisión que obtendrá, resaltando que el pago puede recaer en el factor o en el tenedor dependiendo de la negociación que se dé.

Camacho López y Riaño Saad (2019, pp. 173-207) revisando la legislación colombiana llegaron a las siguientes conclusiones respecto al contrato de *factoring*:

“a) Que la operación de factoring solo se refiere a derechos de carácter crediticio, es decir, a derechos personales de crédito y no a otros derechos; (b) Que esos derechos de carácter crediticio pueden estar contenidos en títulos valores o no, y (c) Que deben ser derechos ciertos”.

Contrato de *Underwriting*: En un acuerdo, en donde una empresa, al necesitar liquidez en cortos periodos de tiempo, emite y otorga acciones o bonos a un *underwriter* el cual comercializa y distribuye,

al publicitarlos para su compra, estableciendo obligaciones y derechos para ambas partes, “Este contrato puede consistir en un aseguramiento y/o colocación de la emisión.” García *et al.* (2019).

García Long (2022, pp. 11, 15, 92-116) lo define como aquel contrato que

es firmado entre un banco de inversión (a veces también llamado banco estructurador y/o colocador) y una empresa emisora de instrumentos de deuda. Debido a que la emisora no tiene experiencia en vender deuda al público, o a privados, necesita de un agente que le ayude a colocar dicha deuda.

Cabe resaltar que existen dos modalidades usadas comúnmente para lograr este pre financiamiento, resaltadas en la obra de García Long *et al.* (2019), *firm commitment underwriting* donde el banco “compra” todas las acciones emitidas, poniéndolas al mercado a cuenta propia, esta práctica elimina el riesgo de pérdida por parte del emisor al no tener la incertidumbre sobre la venta total de las acciones emitidas, ya que obtiene la totalidad de los fondos requeridos; por otro lado, en la modalidad *best efforts underwriting* el banco, el *underwriter*, solo realiza la colocación de las acciones emitidas al mercado, publicitando más no asegurando su venta, provocando, por lo tanto, una posible pérdida.

VII. Conclusiones

Con base en lo anterior, se puede decir que el arrendamiento financiero es una gran fuente de financiamiento y una maravillosa alternativa para obtener liquidez de una forma más segura para el uso y disfrute de un inmueble donde la remuneración es exponencialmente mayor al costo inicial que uno pagaría por el bien, que a pesar de las ventajas y desventajas, ha logrado perdurar a lo largo de la historia, reafirmando así que es una alternativa viable para un desarrollo empresarial en crecimiento, tomemos como ejemplo el leasing en diferentes países, como Estados Unidos, donde se suele utilizar el leasing como medio de capital de compra, especialmente en áreas como bienes y servicios (tomemos el ejemplo de GE Commercial Aviation Ser-

vices) y la tecnología, cabe resaltar que en este país, su regulación brinda ventajas fiscales para las empresas. En Alemania, se suele utilizar para empresas que necesitan financiar la adquisición de bienes de capital, por el contrario, utilizan el *leasing* como medio para mantener el flujo de caja, ya que no hay necesidad de realizar una inversión de capital inicial, teniendo en este país, una característica especial, la amortización del bien. En España, el *leasing* es una alternativa financiera popular utilizada principalmente por pequeñas y medianas empresas (pymes), ya que permite la compra de equipos y maquinaria necesarios sin incurrir en costos iniciales significativos más allá de su presupuesto, terminando como una forma más que viable como una alternativa de financiamiento.

En síntesis, el *leasing* financiero representa actualmente una gran oportunidad de crecer económicamente y de emprender, ya que constituye todos los aspectos positivos de comprar un bien, sin comprarlo realmente, ahorrando grandes cantidades de liquidez que podrían ser invertidos en otros aspectos, teniendo incluso la posibilidad de poder tener en propiedad total el bien, en efecto, es una gran forma, no solo de financiamiento, sino también de negocio y de emprendimiento empresarial.

VIII. Referencias

- Arnau Moya, F. (2020). La ignorada acción directa del arrendatario-usuario en el contrato de leasing. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12.
- Boldó Roda, C. (2016). Contratos del mercado financiero (I). Contratos de financiación crediticia. En J. M. Cuesta et al. (Ed.), *Derecho mercantil II* (4a. ed.). Huygens.
- Cabanillas, A. (1996), Finanzierungsleasing und arrendamiento financiero. *Anuario de Derecho Civil*. Editorial Duncker & Humblot.
- Cabanillas, A. (1982). La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales.
- Camacho López, M. E. y Riaño Saad, A. (2019). Análisis del retrac-to litigioso en Colombia y su posible ejercicio en las cesiones globales de crédito. *Revista de Derecho Privado*, 38. <https://doi.org/10.18601/01234366.n38.07>

- Cano, N. (2014). Conocimientos del producto *leasing* y *leasing* internacional. *Sistema Nacional de Bibliotecas SISNAB*. <http://hdl.handle.net/10823/852>
- Cervantes, B. y Ruiz del Rio, J. (1996). Contrato de Arrendamiento Financiero. *Revista de Derecho Notarial Mexicano*.
- Carpio, J. (2018). *Deficiencias normativas en el Decreto Legislativo 1177 que establece el régimen de promoción del arrendamiento para vivienda*. Repositorio Dspace.
- Cohnen, S. (2016). El contrato leasing: aspectos de su calificación jurídica. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (3). <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6274>
- Cortez y Espinoza (2021). Derecho del consumo. *Revista Chilena de Derecho Privado*.
- De Franco, G., Del Giudice, V. y Mari, M. (2015). The Evolution of Leasing: Trends and Prospects. *International Journal of Business and Management*, 10(3), 190-200.
- Directiva 2014/17/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, del 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm 1093/2010.
- Dissanaike, G., Jayasekera, R. y Meeks, G. (2022). Why Do Unsuccessful Companies Survive? U.S. Airlines, Aircraft Leasing, and GE, 2000-2008. *Business*. <https://doi.org/10.1017/S0007680521000465>
- Domínguez, G. (2021). Método para identificar la usura de los intereses pactados en un contrato de arrendamiento civil. *History Review*, 96(3), 615-642.
- Flores, M. (1998). *El leasing financiero internacional en el Tratado UNIDROIT*. Universidad, Valladolid.
- García Long, S., Hart, O., Bartlett III, R., Gadea Rivera, M., Lau, E., Vásquez Rebaza, W. y Morán, A. (2019), *Derecho contractual financiero. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*, Ediciones Normas Jurídicas SAC. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/193370/Derecho%20Contractual%20Financiero%20%20Estudios%20en%20Homenaje%20de%20la%20Facultad%20de%20De>

recho%20PUCP%20en%20su%20Centenario%20-%20SGL%202019.pdf?sequence=1#page=55

- García Long, S. (2022). Los mejores esfuerzos (*best efforts*) en la contratación corporativa y financiera. *Forseti. Revista de Derecho*. <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v11i15.1756>
- González, J., Valdés Medina, F. y Saavedra García, M. (2021). Factores de éxito en el financiamiento para pymes a través del Crowdfunding en México. *Revista Mexicana de Economía y Finanzas*. <https://doi.org/10.21919/remef.v16i2.471>
- Gosselin, M. (2007). Leasing: an Overview of the Evolution of a Financing Instrument. *The Journal of Applied Business Research*, 23(2).
- Guamán Burneo, J. J. (2019), El *leasing* como procedimiento de contratación pública en el Ecuador (Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).
- Halperin, S. (2011). Legal and Regulatory Framework for Leasing. *Journal of Equipment Lease Financing*, 29(2).
- Inostroza Sáez, Mauricio. (2022). Aplicación de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías en la operación de *leasing* financiero. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 35. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000200051>
- Kozak, A. y Lysenko, Y. (2018). *Leasing* as a Form of Financing: Classification and Types. *Journal of Security and Sustainability Issues*, 8(3).
- Lombardo Moran, A. (2023). El arrendamiento financiero de bienes inmuebles en Panamá, análisis doctrinal, legal y comparado (Doctoral dissertation, Universidad de Panamá).
- Martín Martín, S. (2015). El contrato de *leasing*. Su regulación en la Ley Concursal y en la *Legge Fallimentare*. *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 24. https://doi.org/10.5209/rev_CESE.2014.v24.48611
- Mávila H., D. (2014). Alquiler financiero. *Datos industriales*, 6(1). <https://doi.org/10.15381/idata.v6i1.5991>
- Mendieta Pineda, C. R. (2022). Contratos de asociación público-privada: límites a la realización de aportes con cargo al presupuesto público del Estado. *Revista Derecho del Estado*, (53).
- Mendoza, F. y Morales, L. (2016). El *leasing*, su naturaleza jurídica y la necesidad de una normativa general. *Finis Terrae*.

- Milanesi, G. S. (2016). El arrendamiento financiero y valuación de opciones reales. *Contaduría y administración*, 61(2).
- Miranda, C. (2021). *El Impacto del Arrendamiento Financiero en Panamá e Impact of Financial Leasing in Panama*.
- Montesdeoca Molina, B. R. y Almeida Vintimilla, C. C. (2020). El leasing financiero: una herramienta jurídica y económica subutilizada en Ecuador. *USFQ Law Review*, 7(1). <https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1730>
- Montoya Alberti, H. (1991). La sociedad de arrendamiento financiero como elemento del contrato de arrendamiento financiero. *Ius et Praxis*, 017. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1991.n017.3464>
- Nechaev, A. S., Zakharov, S. V., Barykina, Y. N., Vel'm, M. V. y Kuznetsova, O. N. (2022). Forming Methodologies to Improving the Efficiency of Innovative Companies Based on leasing Tools. *Journal of Sustainable Finance & Investment*, 12(2).
- Olivera Guerrero, F. J. I. (2019), *El contrato de leasing y su necesidad de regularlo jurídicamente en el derecho peruano*.
- Ortúzar Solar, A. (1990). El contrato de leasing. *Revista de Derecho*. (1-2).
- Pérez Paputsachis, W. I. (2016). El leasing financiero un medio para mejorar los resultados de la industria. *Fides et Ratio-Revista de Difusión cultural y científica de la Universidad La Salle en Bolivia*. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2071-081X2016000100010&lng=es&tlng=es
- Pizarro Wilson, C. (2022). El control constitucional de las leyes restrictivas de responsabilidad civil, a propósito del leasing de automóviles. *Estudios Constitucionales*, 20(1).
- Ramos Campodarve, J. J. (2001). El leasing: un producto financiero en alza. *Revista de Ciencias Jurídicas*.
- Real Pérez, A. (1991). Comentario a la STS 22 de abril de 1991. *CCJC*, 26.
- Redondo Puello, V. (2019). La factura electrónica como título valor en las operaciones de factoring. *Revista de Derecho Fiscal*. <https://doi.org/10.18601/16926722.n14.03>
- Rubio Martín, G. (2020). Análisis del crowdfunding en España, una nueva herramienta social para fomentar la sostenibilidad. *RE-ESCO: Revista de Estudios Cooperativos* (13). <https://doi.org/10.5209/reve.69182>

- Segura-Mojica, F. (2021). *Crowdfunding para el rescate de microempresas, Factores y percepciones de inversionistas potenciales en México*, *RETOS. Revista de Ciencias de la Administración y Economía*, 11(21). <https://doi.org/10.17163/ret.n20.2020.05>
- Velásquez, M. E., Córdoba, L. A. y Vélez, L. E. (2017). The Successful use of Leasing as a Financing Instrument in Renewable Energy Projects: the Case of Colombia. *Journal of Cleaner Production*.
- Ventura, C. y Roberto, C. (2019), *Incorporar en el Código Civil los contratos de leasing y outsourcing en la mejora de la seguridad de la legislación civil en Arequipa*.
- Yap, C. M. y Loo, C. C. (2003). The Evolution of Leasing in the United States and Singapore. *International Journal of Commerce and Management*, 13(1).
- Zeller, T. L. (1999). *The Leasing Handbook: Everything you Need to Know*. McGraw-Hill.
- Zúñiga, F., Villanueva, D., Pacheco, L. y Pincheira, R. (2022), Consecuencias financieras de la primera aplicación de la Norma Internacional de Información Financiera N 16 en Chile. *Revista Venezolana de Gerencia (RVG)*, 27(100).

La validación de convenios para la constitución de los llamados derechos de vía usados para el transporte por ducto de hidrocarburos en México prevista en el artículo 105 de la ley de hidrocarburos mediante diligencias de jurisdicción voluntaria

The Validation of Agreements for the Constitution of the So-Called Rights of Way Used for the Transportation by Pipeline of Hydrocarbons in Mexico Provided for in Article 105 of the Hydrocarbons Law by Means of Voluntary Jurisdiction Proceedings

Fernando Marcin Balsa

 <https://orcid.org/0009-0001-3333-7908>

Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. México

Correo electrónico: fmarcin75@gmail.com

Resumen: En este artículo se aborda la importancia de la validación jurisdiccional de convenios relacionados con derechos de vía para el transporte de hidrocarburos, destacando las cuestiones legales y las controversias que rodean este proceso en México. El procedimiento de validación establecido en el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos se centra en garantizar la legalidad y equidad de los acuerdos de voluntades relacionados con servidumbres voluntarias de paso para actividades de hidrocarburos, sin involucrar resolución de conflictos entre las partes. La controversia en torno al procedimiento adecuado para solicitar la revisión y validación de estos acuerdos ha generado discusiones jurisprudenciales, con opiniones divergentes de tribunales colegiados. Este artículo analiza esos debates y busca proporcionar conclusiones que puedan servir como base para un análisis más profundo de la jurisdicción voluntaria en este contexto.

Palabras clave: validación jurisdiccional, derechos de vía, convenios, utilidad pública, intereses privados.

Abstract: This article addresses the importance of jurisdictional validation of agreements related to rights of way for the transportation of hydrocarbons, highlighting the legal issues and controversies surrounding this process in Mexico. The validation procedure established in Article 105 of the Hydrocarbons Law focuses on guaranteeing the legality and fairness of voluntary agreements related to voluntary easements of way for hydrocarbon activities, without involving conflict resolution between the parties. The controversy surrounding the proper procedure to request the review and validation of these agreements

has generated jurisprudential discussions, with divergent opinions of collegiate courts. This article analyzes those debates and seeks to provide conclusions that may serve as a basis for a more in-depth analysis of voluntary jurisdiction in this context.

Keywords: Jurisdictional validation, rights of way, agreements, public utility, private interests.

Recepción: 31 de octubre de 2022

Aceptación: 25 de abril de 2023

Sumario: I. *Introducción. Planteamiento del Tema. La discusión jurisprudencial respecto al procedimiento legalmente apto para la validación jurisdiccional de convenios para la constitución de los llamados derechos de vía usados para el transporte por ducto de hidrocarburos.* II. *Desarrollo. Régimen Jurídico. Incerteza en la legislación y la decisión jurisprudencial por contradicción, respecto a la idoneidad de las diligencias de jurisdicción voluntaria, como la vía procedimental para solicitar la revisión y validación de los acuerdos a que se refiere el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos.* III. *Conclusiones. Uso y posesión de terrenos por utilidad pública y privada. El porqué de la validación jurisdiccional de los convenios (verificación del cumplimiento de la regulación y “definitividad de los efectos” la validación jurisdiccional obtiene la calificación de cosa juzgada y solo es impugnable en vía de amparo).*

I. Introducción. Planteamiento del Tema. La discusión jurisprudencial respecto del procedimiento legalmente apto para la validación jurisdiccional de convenios para la constitución de los llamados derechos de vía usados para el transporte por ducto de hidrocarburos

En el negocio del transporte de hidrocarburos por ducto, se conocen como derechos de vía o franja de desarrollo del sistema de transporte, a la franja de terreno donde se alojan las tuberías requeridas para la construcción, operación, mantenimiento e inspección de los ductos utilizados para el transporte de hidrocarburos. La importancia del estudio del régimen jurídico aplicable a dichos derechos de vía en el ordenamiento jurídico mexicano, inmediatamente, se encuentra en el papel que estos juegan en el desarrollo y logro de diversos proyectos de infraestructura considerados de utilidad pública e incluso de seguridad nacional, como lo son los ductos mediante los cuales se transportan los hidrocarburos en territorio mexicano. Por tanto, una

reflexión respecto de la protección jurisdiccional en el régimen jurídico, de los llamados derechos de vía de dichos ductos en el ordenamiento jurídico mexicano y de las instituciones jurídicas en las que se funda dicho régimen jurídico, permite comprenderlo de una manera más completa.

A partir de la entrada en vigor de la Reforma Energética del Sexenio 2012-2018. En la materia que nos ocupa, es decir, los llamados derechos de vía utilizados para el transporte de hidrocarburos por ducto, se insertaron algunas novedades legislativas con la entrada en vigor de la Ley de Hidrocarburos: a) la regulación de la formación de convenios de naturaleza privada, estableciendo lineamientos generales y modelos de convenios, con la participación de testigos sociales, peritos, organismos administrativos y jurisdiccionales, en la formación del consentimiento y otros elementos esenciales de estos convenios y su validación jurisdiccional, con la sanción de nulidad en caso de incumplir los requisitos regulatorios establecidos; b) la potencial instauración de un proceso de mediación, y c) en caso de que resulte imposible lograr un acuerdo, la constitución de una servidumbre legal de hidrocarburos o de ocupación superficial por utilidad pública, mediando una serie de protecciones para los afectados, entre ellas, la de indemnizar a los afectados por el gravamen sufrido y tolerado.

El presente estudio se concentra en un aspecto particular, la regulación de la concertación de convenios y su validación jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos, que a la letra reza:

Artículo 105. El acuerdo alcanzado en cualquier tiempo entre las partes deberá presentarse por el Asignatario o Contratista¹ ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente, con el fin de que sea validado, dándole el carácter de cosa juzgada.

Para lo anterior, el Juez o Tribunal Unitario Agrario procederá a:

I. Verificar si se cumplieron las formalidades exigidas tanto en la presente Ley como, en su caso, en la Ley Agraria y demás disposiciones aplicables, y

II. Ordenar la publicación de un extracto del acuerdo alcanzado, a costa del Asignatario o Contratista, en un periódico de circulación local y, en su caso, en los lugares más visibles del ejido respectivo.

¹ En materia de transporte entiéndase Permisionario.

El Juez de Distrito o Tribunal Unitario Agrario emitirá su resolución, que tendrá el carácter de sentencia, dentro de los quince días siguientes a la primera publicación a que se refiere la fracción II anterior, siempre que no tenga conocimiento de la existencia de un juicio pendiente que involucre los terrenos, bienes o derechos en cuestión.

En contra de la resolución emitida, solo procederá el juicio de amparo.

El artículo arriba transcrito ha sido objeto de controversias, de interpretación jurisprudencial, entre otros temas, en lo relacionado, con el procedimiento legalmente apto para solicitar la revisión y validación de los acuerdos a que se refiere el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos. Y ese es precisamente el objeto del presente estudio, mostrar el régimen jurídico aplicable y la discusión jurisprudencial al respecto, para realizar algunas conclusiones que sirvan de notas para un estudio más profundo sobre la jurisdicción voluntaria, particularmente aquello que Calamandrei atinadamente llama, administración pública del derecho privado.²

El punto de partida para llevar a cabo este estudio es la lectura de la siguiente tesis de jurisprudencia por contradicción, dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia:

EXPLORACIÓN, EXTRACCIÓN Y TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS. LOS ACUERDOS ENTRE LOS PROPIETARIOS O POSEEDORES DE LAS TIERRAS, BIENES Y DERECHOS AFECTADOS Y LOS ASIGNATARIOS, CONTRATISTAS Y PERMISIONARIOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 105 DE LA LEY RELATIVA, PUEDEN VALIDARSE MEDIANTE DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. La Ley de Hidrocarburos contiene una serie de disposiciones tendentes a regular los aspectos mandatados por el Poder Constituyente, que incluyen reglas para ordenar los procesos de negociación que habrán de celebrarse entre asignatarios, contratistas y permisionarios y, los propietarios o poseedores de las tierras, bienes y derechos que pudieran ser afectados por las actividades de los primeros. Para cumplir con la finalidad de realizar las actividades inherentes al ramo, la legislación en la materia confiere a los asignatarios o contratistas la facultad para suscribir contratos de uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos con sus propietarios según lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley de Hidrocarburos, los cuales deben realizarse de manera transparente y sujetándose a diversas disposiciones previstas en la propia ley, su reglamento y adicionalmente se prevén

² Véase Calamandrei, 1997, pp. 27-29.

procedimientos específicos y ágiles orientados a evaluar y, en su caso, validar los acuerdos libremente convenidos. Ahora bien, el procedimiento de validación previsto en el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos no es de cognición contenciosa, donde intervengan dos o más partes con pretensiones opuestas, sino que se trata de un procedimiento en el que la actuación del Juez se limita a verificar si el acuerdo alcanzado por las partes (contratista o asignatario y el propietario o titular de los terrenos, derechos o bienes que serán materia de uso, goce o afectación por la constitución de una servidumbre voluntaria) cumple con las formalidades previstas en la Ley de Hidrocarburos, en su caso, en la Ley Agraria y en las demás disposiciones aplicables, pero no dirime una disputa entre partes; por lo que al no haber contendientes en sentido estricto y estar ausente alguna controversia, es indudable que dicho procedimiento de validación puede solicitarse mediante diligencias de jurisdicción voluntaria que, por su especial naturaleza, faculta a los Jueces a autorizar o solemnizar ciertos actos, distintos de la actividad de juzgamiento; lo anterior en virtud de la instrumentación —sui géneris— del referido procedimiento, donde al atender a la naturaleza de la solicitud sometida a consideración del Juez, pueden advertirse elementos característicos que admiten ser analizados en esa vía, cuyas reglas sirven de soporte para el desahogo de las actuaciones que desarrollará el órgano jurisdiccional por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, teniendo como base las pautas generales para el procedimiento de validación a que se refiere el precepto de la ley especial indicada, sin que las particularidades, como son las relativas a que la resolución en torno a la validación o no del acuerdo de voluntades tendrá el carácter de sentencia y que esta constituirá cosa juzgada, resulten relevantes para excluir la viabilidad de la jurisdicción voluntaria, pues lo esencial es que se cumple la característica básica de ausencia de litigio; de manera que al atender a la importancia del análisis que se haga del convenio y en virtud de que lo que se busca es brindar la mayor seguridad jurídica posible, el procedimiento regulado para el trámite de las diligencias de jurisdicción voluntaria es legalmente apto para solicitar la revisión y, en su caso, validación de los acuerdos que regula el indicado artículo 105. Contradicción de tesis 221/2019. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito y los Tribunales Colegiados Décimo Quinto y Octavo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 18 de septiembre de 2019. Cinco votos de los Ministros Norma Lucía Piña Hernández, Luis María Aguilar Morales, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Juan

Luis González Alcántara Carrancá. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: César de la Rosa Zubrán.

Tesis y/o criterios contendientes:

El emitido por el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver los amparos en revisión 2/2019, 12/2019, 15/2019, 36/2019 y 61/2019, que dieron origen a la jurisprudencia I.15o.C.J/1 (10a.), de título y subtítulo: “SOLICITUD PARA VALIDAR UN CONTRATO DE SERVIDUMBRE VOLUNTARIA, CONTINUA Y APARENTE DE PASO, REGULADA POR EL ARTÍCULO 105 DE LA LEY DE HIDROCARBUROS. SI LA RESOLUCIÓN QUE RESUELVE EL FONDO DE AQUELLA ES MATERIA DE AMPARO DIRECTO, LA QUE LA DESECHA DEBE ENTENDERSE QUE PONE FIN A ESA INSTANCIA Y, POR ENDE, ES RECLAMABLE EN LA MISMA VÍA”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 28 de junio de 2019 a las 10:34 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 67, Tomo VI, junio de 2019, página 4905, con número de registro digital: 2020220.

Y el sustentado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito, al resolver el amparo en revisión 10/2016, en el que consideró que la solicitud de validación de los acuerdos o contratos regulados en el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos deben tramitarse mediante diligencias de jurisdicción voluntaria, ya que se trata de actos en los que por disposición de la ley y por solicitud de los interesados se requiere la intervención del Juez, sin que exista controversia entre las partes, con la única salvedad de que la resolución que se emite sí constituye cosa juzgada por disposición de la ley especial.

Tesis de jurisprudencia 79/2019 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de dos de octubre de dos mil diecinueve. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 72, noviembre de 2019; Tomo I; Pág. 294. 1a./J. 79/2019 (10a.)

II. Desarrollo. Régimen Jurídico. La incerteza en la legislación aplicable respecto del procedimiento legalmente apto para la validación de convenios, y la solución jurisprudencial a este problema

1. La postura del Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Este Tribunal Colegiado expuso que el contrato en que se fundaron las solicitudes planteadas en la vía de jurisdicción voluntaria se encuen-

tra regulado por el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos, de donde deriva lo siguiente:

- En términos del precepto indicado, un asignatario o contratista, en materia de transporte, entiéndase permisionario, tiene derecho a que el acuerdo alcanzado en relación con el uso, goce o afectación de terrenos, bienes o derechos sujetos a los regímenes previstos en la Ley Agraria, sea validado y adquiera la calidad de cosa juzgada, mediante una resolución que tenga el carácter de sentencia.
- El órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver sobre ese derecho a la validación, es un juez de distrito en materia civil o un Tribunal Agrario competente, acorde a las reglas de competencia por materia y territorio que les resulte inherente.
- El procedimiento inicia con la solicitud a la que deberá adjuntar el acuerdo existente entre las partes, que se presentará por el asignatario o contratista ante el juez de distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente, con el fin de que sea validado, dándole el carácter de cosa juzgada.
- La resolución que se emita tendrá el carácter de sentencia y debe contener la verificación de que se cumplieron las formalidades exigidas tanto en la Ley de Hidrocarburos como, en su caso, en la Ley Agraria y demás disposiciones aplicables.
- Previamente a la resolución deberá ordenar la publicación de un extracto del acuerdo alcanzado a costa del asignatario o contratista en un periódico de circulación local y en los lugares más visibles del ejido respectivo.
- La resolución debe dictarse quince días después de la publicación ya precisada, siempre que el órgano jurisdiccional (juez de distrito o tribunal agrario), no tenga conocimiento de la existencia de un juicio pendiente que involucre los terrenos, derechos o bienes en cuestión.
- En contra de la resolución emitida solo procederá el juicio de amparo.

Sobre esta base, el Tribunal Colegiado precisó que el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos utiliza conceptos jurídicos como cosa juz-

gada, resolución, sentencia y juicio de amparo, por lo que en su interpretación debe atenderse al sentido técnico de esos vocablos.

En ese contexto, la sentencia a la que se le atribuye, por disposición expresa del legislador en la norma analizada, la calidad de cosa juzgada, al resolver sobre la validación o no validación del acuerdo alcanzado entre las partes, constituye una sentencia de fondo que no admite recurso ordinario, y solamente procede en su contra el juicio de amparo, que necesariamente tiene que ser en la vía directa, porque la resolución tiene esas características ya señaladas al resolver una materia de fondo y con la calidad de cosa juzgada.

Por consiguiente, concluyó que los asuntos se rigen por un procedimiento especial, distinto a la vía ordinaria civil federal y de la vía de jurisdicción voluntaria, al encontrarse sujeto a un trámite especial, previsto también en una normatividad de carácter especial, como es la Ley de Hidrocarburos, en donde se prevé un plazo específico para promover y el juez, a fin de resolver acerca de la validación del contrato que se somete a su consideración, deberá verificar que se cumplan los requisitos ya sea de la Ley Agraria, o bien, de la propia Ley de Hidrocarburos y cumplido lo anterior, deberá resolver acerca de la validación del contrato, pero sin variar el procedimiento establecido para tal efecto.

Por esos motivos, determinó que si la resolución que resuelve sobre el fondo de la solicitud de validación es materia de amparo en la vía directa; entonces la determinación que la desecha debe entenderse que es una resolución que pone fin a esa instancia, e igualmente es irrecurrible y, por ello, solamente es reclamable mediante el juicio de amparo en vía directa.

2. La postura del Tercer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito

Este órgano colegiado estimó que la jurisdicción voluntaria promovida para la validación del contrato de servidumbre voluntaria, continua y aparente de paso, es la vía procesal idónea para dar cumplimiento a la obligación legal prevista en la Ley de Hidrocarburos, de acuerdo con el artículo 530 del Código Federal de Procedimientos Civiles aplicado supletoriamente a la Ley de Hidrocarburos, ya que se trataba de actos en los que por disposición de la ley o por solicitud de los intere-

sados se requería la intervención del juez, sin que exista controversia entre las partes. Así mismo, consideró que si bien existen criterios en el sentido de que las resoluciones emitidas en jurisdicción voluntaria no tienen la calidad de cosa juzgada, también es verdad que en relación con la validación del contrato referido, dicha categoría la prevé el numeral 105 de la Ley de Hidrocarburos, cuya observancia es obligatoria para el juez que conozca del asunto, pues debe entenderse que la legislación en la materia es de aplicación preferente a lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles, en atención al principio fundamental de que la ley especial debe prevalecer sobre la regla general.

3. El reconocimiento por parte de la Primera Sala del diferendo de criterios interpretativos y su estudio para establecer el criterio a prevalecer sobre la cuestión jurídica debatida

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia reconoció que los Tribunales Colegiados resolvieron la cuestión jurídica descrita de modo diferente, ya que mientras el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito estimó que, la solicitud de validación de los acuerdos o contratos regulados en el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos, se debe tramitar en una vía especial, distinta a la vía ordinaria civil federal y a la vía de jurisdicción voluntaria, con motivo de sus características especiales; en cambio, el Tercer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito llegó a la conclusión de que la solicitud de validación de ese tipo de acuerdos, regulados en el precepto indicado, deben ser tramitados mediante diligencias de jurisdicción voluntaria, ya que se trata de actos en los que por disposición de la ley y por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que exista controversia entre las partes, con la única salvedad que la resolución que se emite sí constituye cosa juzgada por disposición de la ley especial.

Por tanto, la Sala, con el propósito de establecer el criterio que debe prevalecer sobre la cuestión jurídica debatida, la estudió en tres apartados. El primero se ocupa del procedimiento previsto en el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos relacionado con la validación de los contratos de servidumbre voluntaria, continua y aparente de paso; en

el segundo se desarrolla lo relativo a demostrar que las diligencias de jurisdicción voluntaria son el medio idóneo para lograr la validación de los acuerdos alcanzados, y el último corresponde a la conclusión alcanzada reflejada en el criterio que debe prevalecer.

A. Procedimiento de validación previsto en el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos

En esta parte de su estudio, la Sala advierte que conviene precisar que la Ley de Hidrocarburos, contiene una serie de disposiciones tendientes a regular los aspectos mandatados por el Poder Constituyente, que incluyen reglas con el propósito de ordenar los procesos de negociación que habrían de celebrarse entre, por un lado, asignatarios, contratistas y permisionarios y, por el otro, los propietarios o poseedores de las tierras, bienes y derechos que pudieran ser afectados por las actividades de los primeros, cuyo objetivo constituye la salvaguarda de los derechos de los propietarios o poseedores de las tierras, dentro del marco constitucional, entre otros.

Para establecer instancias o procedimientos uniformes y ágiles para valuar contraprestaciones e indemnizaciones o para resolver controversias, se propusieron mecanismos y reglas a fin de que los procedimientos de adquisición, uso, goce o afectaciones de terrenos, bienes y derechos fueran justos, y respetaran los intereses de ambas partes, con el objeto de privilegiar la libertad contractual de los involucrados y alcanzar acuerdos libremente. Se planteó la intencionalidad de dotar de procedimientos específicos que permitieran a los interesados hacerse de bienes inmuebles o derechos que resultaran necesarios para el adecuado desarrollo de sus proyectos y a la par, beneficiar a los dueños de dichos terrenos, mediante contraprestaciones justas y equitativas, a fin de nivelar las asimetrías de poder que pudieran interferir en los procesos de negociación de los contratantes.

Para cumplir con la finalidad de realizar las actividades antes descritas, la legislación en la materia confiere a los asignatarios o contratistas, la facultad para suscribir contratos de uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos con sus propietarios según lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley de Hidrocarburos, dichos acuerdos de voluntades deben realizarse de manera transparente y sujetándose a diversas disposiciones previstas en la propia ley o su reglamento.

La Ley de Hidrocarburos establece en su artículo 101 que los acuerdos en cuestión se llevarán a cabo a través de un procedimiento especial de negociación, cuyo eje central será la transparencia, con lineamientos específicos para la elaboración de avalúos y con tabuladores oficiales, tomando especiales medidas cuando se trate de sujetos previstos en la Ley Agraria.

En la hipótesis de que no exista un acuerdo entre las partes, el artículo 106 de la Ley de Hidrocarburos regula el procedimiento que implica la posible constitución de una servidumbre legal, así como la potencial instauración de un proceso de mediación.

Lo anterior, permite considerar que, si bien, el legislador privilegió los acuerdos voluntarios celebrados entre partes para la constitución de la servidumbre voluntaria, no obstante ello, instauró diversos procedimientos para el caso de que resulte imposible o no exista consenso entre los intervinientes y facultó la vía contenciosa al juez de distrito en materia civil o Tribunal Agrario para que decidan la viabilidad y la creación del citado gravamen, acorde a lo que dispone el artículo 106, fracción I, en relación con el diverso 109 de la Ley de Hidrocarburos.

De igual forma, estableció el procedimiento administrativo de mediación, cuya tramitación inicia ante la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, para la viabilidad y aceptación de la contraprestación que corresponda al propietario afectado en sus bienes por la servidumbre propuesta y para el caso de no haber consenso entre los intervinientes, se podría solicitar el trámite correspondiente ante el Ejecutivo Federal para la constitución de tal gravamen por vía administrativa; lo anterior, según se advierte de lo dispuesto en la fracción II del artículo 106, en relación con los diversos 107 y 108 de la Ley de Hidrocarburos.

Los asuntos que dieron origen a los criterios contendientes se encuentran relacionados con acuerdos de voluntades donde se convino la constitución de servidumbres voluntarias de paso, con el objeto de hacer posible el traslado de hidrocarburos. Centrada la atención en ese específico acuerdo de voluntades, cuya validación se contempla en el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos, representa un gravamen real sobre el predio sirviente, que comprende el derecho de tránsito de personas, de transporte, conducción y almacenamiento de materiales para la construcción, maquinaria y bienes de todo tipo; de construcción, instalación o mantenimiento de la infraestructura o

realización de obras y trabajos necesarios para el adecuado desarrollo y vigilancia de las actividades amparadas por virtud de un contrato o asignación, así como todos aquellos que resulten necesarios para tal fin.

Como quedó indicado, el problema jurídico a resolver por la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación consistió en determinar si la jurisdicción voluntaria es el medio procesal idóneo para solicitar la validación del acuerdo relacionado con la constitución de la servidumbre voluntaria, continua y aparente de paso, o bien, si lo adecuado es que se sustancie una vía especial autónoma regida fundamentalmente por ese precepto. Para dar respuesta a esa interrogante conviene precisar algunas particularidades en relación con la materia del acuerdo o contrato sujeto a validación, para lo que resulta indispensable tener en cuenta preceptos de la ley sobre la materia que regulan, entre otras cosas, el aprovechamiento de recursos naturales en sectores energéticos por entes privados, como pueden ser el transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas natural, entre otros.

Para cumplir con la finalidad de realizar las actividades antes descritas, la legislación en la materia confiere a los asignatarios, contratistas, o permisionarios la facultad para suscribir contratos de uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos con sus propietarios, dichos acuerdos de voluntades deben realizarse de manera transparente y sujetándose a diversas disposiciones previstas en la propia ley o su reglamento.

El procedimiento para la validación de los contratos de servidumbre voluntaria, continua y aparente de paso para la conducción, transporte o distribución de hidrocarburos, se regula en el artículo 105 de la legislación indicada, que prevé un procedimiento, y una de sus finalidades es lograr la salvaguarda de los derechos de los propietarios y poseedores de tierras, para brindar certidumbre jurídica en torno a los acuerdos de voluntades celebrados, con la precisión de que estos sean justos, equitativos y en respeto de los intereses de ambas partes.

Con motivo de lo anterior, se implementó el procedimiento especial de validación de los acuerdos alcanzados, el cual quedó regulado en el numeral 105 transcrito, que tiene por objeto verificar que el acuerdo de voluntades se ajuste a la normatividad rectora, es decir, el

acuerdo alcanzado será presentado, pero no como una mera formalidad o simplemente para que la autoridad jurisdiccional tenga conocimiento del acuerdo y su contenido, sino que el artículo es categórico al precisar que el órgano jurisdiccional validará el acuerdo, es decir, la autoridad se encuentra facultada para analizar las particularidades del asunto y el cumplimiento de los requisitos normativos aplicables.

De manera que la circunstancia en que se remita el acuerdo en cuestión al juez de distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente, implica conferir una facultad extraordinaria que no se reduce a una formalidad, sino a la realización de un estudio propiamente de fondo de la cuestión planteada, pues del contenido de los artículos 114 y 115 de la Ley de Hidrocarburos deriva que los asignatarios o contratistas se abstendrán de realizar, directa o indirectamente, conductas o prácticas que resulten abusivas, discriminatorias o que busquen influir en la decisión de los propietarios o titulares de los terrenos, bienes o derechos, ya sea durante las negociaciones o procedimientos previstos para el uso y ocupación superficial.

Por ese motivo, la legislación prevé que el acuerdo será nulo (artículo 115), cuando contravenga la normatividad rectora, lo que hace necesario que el juzgador verifique el cumplimiento de ciertas exigencias, en atención precisamente a que se trata de una servidumbre de interés público, debido a la importancia del sector de hidrocarburos y de las actividades realizadas a su amparo.

Para validar el acuerdo alcanzado, el propio artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos establece que el juzgador tendrá que verificar si se cumplieron las formalidades exigidas en:

- a) La propia Ley de Hidrocarburos; en específico, los numerales 114 y 115;
- b) La Ley Agraria; en el supuesto del artículo 102, esto es, que estén involucrados terrenos, bienes o derechos sujetos a los regímenes previstos en dicha ley; y,
- c) Demás disposiciones aplicables.

Por tanto, solamente en el caso de que el juez de distrito o Tribunal Agrario hayan validado el acuerdo alcanzado, este podrá adquirir el carácter de cosa juzgada, ello a partir de una resolución que tendrá

el carácter de sentencia, en contra de la cual solamente procederá juicio de amparo.

Es decir, el procedimiento de validación relacionado con servidumbre voluntaria no reviste los caracteres de juicio de cognición, ni se contempla la intervención de partes, tampoco se involucra la existencia de conflicto entre estas, la actuación del juez se limita a verificar si se cumplieron las condiciones exigidas en la misma ley y demás disposiciones aplicables, sin que la llamada validación equivalga a definir una controversia, estableciendo el derecho de una parte frente a la otra.

La exposición de motivos de la Ley de Hidrocarburos confirma lo anterior, dado que la intervención estatal, en relación con los acuerdos o convenios que dicha ley regula, debe tener lugar sin perjuicio de respetar la libertad contractual, buscando simplemente asegurar un equilibrio entre los intereses de los asignatarios o contratistas, y los propietarios, poseedores o titulares de los terrenos de que se trate, y de ahí que la ley contemple la validación del convenio a cargo del órgano jurisdiccional, precisamente basado en el presupuesto de la existencia de un acuerdo de voluntades libremente formado; al efecto, en la exposición de motivos de la Ley de Hidrocarburos, se menciona que para el caso de no haber consenso entre contratistas y titulares del terreno o bien respectivo, se prevé demandar la constitución de una servidumbre legal, siendo esto último, evidentemente, el procedimiento contencioso que la ley contempla, no así el de validación del acuerdo de voluntades. Sobre el particular, la Primera Sala cita la exposición de motivos de la Ley de Hidrocarburos, que en lo conducente dice:

El proyecto de ley, que aquí se expone, contempla que la contraprestación, así como los términos y condiciones para la adquisición, uso, goce o afectación de terrenos, bienes y derechos necesarios para realizar las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, será negociada entre los propietarios, poseedores o titulares de dichos terrenos, bienes o derechos, y los asignatarios o contratistas. De esta manera, se busca privilegiar, en todo momento, la libertad contractual de los involucrados y permitirles negociar y alcanzar acuerdos libremente. No obstante, con el propósito de tener ciertos parámetros que sirvan como base para las negociaciones y eventuales acuerdos que se logren, se prevé la participación del Instituto Nacional de Avalúos de Bienes Nacionales, a efecto

de que se establezcan los valores mínimos de referencia a partir de los cuales se podrá iniciar la negociación.

Como ya se señaló, la intención es dotar de un procedimiento especial que permita a los interesados hacerse de los bienes inmuebles o derechos que resulten necesarios para el adecuado desarrollo de sus proyectos y, a la par, beneficiar a los dueños de dichos terrenos, con contraprestaciones que sean justas y equitativas. Por ello, la negociación deberá hacerse de manera transparente, para lo cual, los asignatarios o contratistas deberán expresar por escrito al propietario, poseedor o titular del terreno, bien o derecho de que se trate, su voluntad de adquirir, usar, gozar o afectar tales bienes o derechos [...]

Dada la diversidad de trabajos y actividades que podría realizarse al amparo de un contrato o asignación, se establece que la forma o modalidad de adquisición, uso, goce o afectación que se pacte deberá ser idónea para el desarrollo del proyecto en cuestión, según sus características. Asimismo, la contraprestación que se negocie deberá ser proporcional a las necesidades del asignatario o contratista conforme a las actividades que requiera realizar y podrá comprender pagos en efectivo o en especie, incluyendo compromisos para formar parte de proyectos y desarrollos en la comunidad o localidad, una combinación de estas, o cualquier otra prestación que no sea contraria a la ley. Asimismo, se señala expresamente que en ningún caso se podrá pactar una contraprestación asociada a la producción de hidrocarburos de los proyectos, toda vez que estos son propiedad de la nación[...]

Ahora bien, para el caso de que las partes no logren un acuerdo, la ley prevé dos alternativas: la primera es promover ante un Juez de Distrito competente la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos, nueva figura que se incorpora a nuestro sistema jurídico[...]

De la lectura de lo anterior, la Sala concluye que la ley privilegia y procura que los acuerdos voluntarios celebrados por las partes lleguen al escrutinio de las autoridades competentes a efecto de su validación a través del procedimiento descrito en el artículo 105 referido; pero no hay sustento para considerar que se trate de una jurisdicción contenciosa, al no existir contienda o disputa entre partes; al contrario, al estar ausente la pugna de voluntades, o sea, al ejercerse la jurisdicción entre personas que se hallan de acuerdo, de inicio, se advierte que la solicitud de validación admite ser tramitada mediante diligencias de jurisdicción voluntaria, al cumplirse el presupuesto esencial de esta vía, donde está ausente la cognición que tiene como

finalidad la declaración de un derecho o la constitución de una relación jurídica mediante el desarrollo de una controversia, esto, pese a que el procedimiento concreto a desahogar esté esencialmente previsto en la ley especial en materia de hidrocarburos, lo que se justifica enseguida.

4. Diligencias de jurisdicción voluntaria como medio para lograr la validación de los acuerdos a que se refiere el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos

La Sala define a la jurisdicción voluntaria como la función que ejercen los jueces, a solicitud de una o varias personas, en los casos especialmente previstos en la ley, que tiene como finalidad cooperar en el nacimiento de determinadas relaciones jurídicas. La característica primordial de la figura jurídica señalada es la ausencia de controversia, o de parte contendiente. Asimismo, determina que el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción debe entenderse como una especie del diverso de petición, que se actualiza cuando esta se dirige a las autoridades jurisdiccionales, motivando su pronunciamiento. Su fundamento se encuentra en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme al cual corresponde al Estado Mexicano impartir justicia a través de las instituciones y procedimientos previstos para tal efecto. Y citando a Calamandrei refiere que: “la función de la jurisdicción es la declaración de certeza”. Por tanto, considera que un elemento característico para lo cual se acude al juez, es para que sea él, bajo criterio técnico, quien realice la declaración de certeza.

La Sala, tomando en consideración que el juez encargado de la función jurisdiccional, además de la actividad de juzgamiento, tiene a su cargo funciones de distinta naturaleza, como es el caso de la jurisdicción voluntaria, que por su especial naturaleza faculta a los jueces autorizar o solemnizar ciertos actos, distintos de la actividad de juzgamiento. Los asuntos de jurisdicción voluntaria, como se ha dicho, carecen de conflicto, elemento fundamental de la verdadera jurisdicción ordinaria. Su base radica en que el o los peticionarios de mutuo acuerdo acuden ante una autoridad pública para que autorice o solemnice determinado acuerdo. Una particularidad que distingue a la jurisdicción voluntaria de la contenciosa es la inexistencia de partes,

ya que las denominaciones de actor y demandado se dan en virtud de un conflicto de intereses que conforman al litigio, entendido como el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la oposición del otro. Y citando a Caravantes explica que la jurisdicción voluntaria es aquella que ejerce el juez en actos o asuntos que, o por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admiten contradicción de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita a dar fuerza y valor legal a aquellos actos por medio de su intervención o de sus providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios. Y considera citando al autor Lino Enrique Palacio en *Manual de Derecho Procesal Civil*, al referirse a la jurisdicción voluntaria: “Tradicionalmente, se designa así a la función que ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas. Como ya se ha destacado, se trata de una función ajena al normal cometido de los órganos judiciales, el cual consiste en la resolución de los conflictos jurídicos suscitados entre dos o más personas”. En referencia a la definición anterior, con relación a las actividades que ejecuta el juez, se encuentran tres actividades fundamentales: “integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas”, por lo que en ese tipo de diligencias el órgano jurisdiccional actúa con la única finalidad de solemnizar, autorizar o garantizar cualquier derecho en estricto cumplimiento, en actos carentes de controversias y de esta manera dar la trascendencia para los posteriores efectos que surgen de los actos no contenciosos.

Por otro lado, la Sala también considera que otros autores como Calamandrei otorgan a la jurisdicción voluntaria un carácter intermedio entre la función jurisdiccional y administrativa, al decir que

[...]entre la función jurisdiccional y la administrativa, está la llamada jurisdicción voluntaria; la cual, aun siendo, como veremos enseguida, función sustancialmente administrativa, es subjetivamente ejercida por órganos judiciales y, por eso, se designa tradicionalmente con el nombre equívoco de jurisdicción, si bien acompañado con el atributo de voluntaria que tiene la finalidad de distinguirla de la verdadera y propia jurisdicción[...]

Respecto a este tema, la Sala cita a Rocco quién explica lo siguiente:

la jurisdicción voluntaria forma parte de la actividad administrativa del Estado y explica su razón de ser en la siguiente forma: a) Una de las maneras de proveer a la tutela de los intereses humanos, es conceder eficacia jurídica a la voluntad privada; b) Dicha eficacia puede estar subordinada a determinadas condiciones de forma o de tiempo, y especialmente a una confirmación de parte del Estado sobre la conveniencia o legalidad del acto; c) La jurisdicción voluntaria tiene como fin llevar a cabo esa confirmación, que en algunos casos se confía al órgano jurisdiccional, pero que no por ello deja de ser actividad administrativa; d) Mientras que la jurisdicción contenciosa tiene por objeto remover los obstáculos para la satisfacción de los intereses particulares y presupone una relación jurídica concreta ya formada, en la voluntaria sucede lo contrario, el Estado interviene para la formación de las relaciones jurídicas concretas, acreditando en forma solemne, la conveniencia o legalidad del acto que se va a realizar o se ha realizado ya.

La Sala, sobre la base de las acepciones doctrinales citadas, estima que la jurisdicción voluntaria es el conjunto de procedimientos a través de los cuales se solicita de una autoridad que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica de trascendencia social en beneficio del o los participantes, situación que se mantiene en tanto no cambien las circunstancias del negocio que les dio origen y mientras no surja una cuestión litigiosa o controvertida, donde el juez participa en forma imparcial e independiente con el objeto de generar un vínculo jurídico resultante por su intervención, a pesar de la inexistencia de conflicto de intereses entre el o los solicitantes. Y por lo anterior, concluye que se puede considerar a la jurisdicción voluntaria como una actividad jurisdiccional al ubicarse en la esfera extralitigiosa, al caracterizarse por la inexistencia de una confrontación de intereses, requisito indispensable para el surgimiento del litigio. Y explica que existen algunos aspectos propios de la jurisdicción contenciosa que no están presentes en la jurisdicción voluntaria:

- a) Carece de partes en sentido estricto, elemento de forma de la jurisdicción en los procedimientos de cognición, es decir, el petionario no solicita nada contra alguien.

- b) El juzgador solo conoce la “verdad” en parte, sobre todo de quien la presenta y no de una contraparte que puede oponer resistencia; por ello no juzga, únicamente emite un acto de declaración de certeza o lo rechaza.
- c) La sentencia con la cual se pronuncia el juez sobre los asuntos de la jurisdicción voluntaria carece de los elementos fundamentales que tiene cuando opera sobre asuntos contenciosos.

Por tanto, la Sala concluye que la jurisdicción voluntaria es un procedimiento de mera constatación o demostración de hechos o circunstancias en el que no es legalmente posible ejercitar acciones respecto de las cuales proceda oponer excepciones, ya que aquella sólo es procedente cuando no se plantea o suscita controversia alguna o conflicto entre partes determinadas, pues de existir, deberá ejercitarse en jurisdicción contenciosa y no en la voluntaria. Consecuentemente, lo que caracteriza a un procedimiento seguido en jurisdicción voluntaria es la ausencia de controversia, litigio o conflicto entre partes, es decir, que no haya oposición de intereses; además, no tiene partes en sentido estricto, porque el peticionario o pretensor no pide algo contra nadie, le falta, pues, un adversario. Tampoco tiene controversia; si esta apareciere, si a la pretensión del promovente se opusiere alguien que se considera lesionado por ella, el acto judicial se transforma en contencioso, cuya característica es llevar en potencia, al menos, la contienda. Al trasladar lo anterior al procedimiento de validación de los acuerdos de voluntades previstos en el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos, se estima que se trata de un procedimiento especial en el cual, con independencia de que sea promovido por el asignatario, porque a él es a quien la ley impone esa carga, debe entenderse que ambas partes en el contrato tienen interés en su validación, y su objeto es la intervención del juez para dotar de mayor fuerza al acto jurídico, corroborando en lo posible que este se ajuste a las exigencias legales, acto que por la trascendencia de su contenido, es necesaria la intervención del órgano jurisdiccional para la producción plena de sus efectos.

Lo anterior, porque tal procedimiento sometido a la función del aparato jurisdiccional, surge de la solicitud de una o varias personas, que tiene como finalidad cooperar en el nacimiento de determinadas relaciones jurídicas, con ausencia de controversia y de parte conten-

diente, por lo que el proceso de validación del convenio de servidumbre voluntaria planteado vía jurisdicción voluntaria es idóneo para que la autoridad analice las particularidades del asunto y el cumplimiento de la normatividad aplicable, con el objeto que se verifique la satisfacción de los requisitos para la validación del acto, mediante el estudio pormenorizado de la cuestión planteada, porque el juzgador debe verificar el cumplimiento de ciertas exigencias, en atención precisamente a que se trata de una servidumbre de interés público, debido a la importancia del sector de hidrocarburos y de las actividades realizadas a su amparo.

Ello encuentra sustento precisamente porque el juez interviene posteriormente a la celebración del acto para que este tenga eficacia legal, de ahí que el carácter diferencial de la jurisdicción voluntaria es su fin constitutivo, porque en ella se tiende a la constitución de nuevos estados jurídicos o al desenvolvimiento de relaciones ya existentes, donde el órgano jurisdiccional interviene para la formación de relaciones jurídicas concretas, acreditando en forma solemne la conveniencia del acto realizado, ya que el referido procedimiento de validación no es una controversia o proceso en el que dos partes intervengan en un litigio donde manifiesten pretensiones opuestas, sino que se trata de un procedimiento en el que únicamente se verifica que el acuerdo alcanzado por las partes, contratista, asignatario, o permisionario y el propietario o titular de los terrenos, derechos o bienes que serán materia de uso, goce o afectación) cumpla con las formalidades y requisitos previstos en la ley invocada, así como en las disposiciones aplicables, pero no dirime una disputa entre dichas partes. Sin que las particularidades de este procedimiento, como son las relativas a que la resolución que en torno a la validación o no validación del acuerdo de voluntades tendrá el carácter de una sentencia y que esta constituirá cosa juzgada, resulten relevantes para excluir la viabilidad de la jurisdicción voluntaria, pues lo esencial es que se cumple la característica básica de ausencia de litigio.

Por lo que, aun cuando en la redacción del artículo 105 de la legislación especial indicada no se haga alusión a litigio o parte demandada; sin embargo, en virtud de su instrumentación —sui generis— y dada la naturaleza de la solicitud sometida a consideración del juez, pueden advertirse elementos característicos que admiten ser analizados mediante diligencias de jurisdicción voluntaria.

Lo anterior, debido a que el precepto referido al disponer que el juez de distrito en materia civil o en su caso, el Tribunal Unitario Agrario tengan competencia para validar el acuerdo alcanzado en cualquier tiempo entre las partes, refleja una garantía que implica la intencionalidad de dotar de un procedimiento especial que permita a los interesados hacerse de ciertos derechos de inmuebles que resulten necesarios para el adecuado desarrollo de sus proyectos y, a la par, beneficiar a los dueños de dichos terrenos, mediante contraprestaciones justas y equitativas, ello a fin de nivelar las asimetrías de poder que puedan interferir en los procesos de negociación de los contratantes. Ello es así, porque no debe perderse de vista que la causa que origina el procedimiento especial es la validación del convenio, donde el juez o Tribunal Agrario deben verificar si en la celebración del acto jurídico se cumplieron las formalidades exigidas tanto en la legislación especial, como, en su caso, en la Ley Agraria y demás disposiciones aplicables, adicionalmente se debe ordenar la publicación de un extracto del acuerdo alcanzado, a costa del asignatario o contratista, en un periódico de circulación local y en los lugares más visibles del ejido respectivo, con el objeto que si no se tiene conocimiento de la existencia de juicios pendientes que involucren los terrenos, bienes o derechos en cuestión, se emita la resolución, que tendrá el carácter de sentencia, dentro de los quince días siguientes a la primera publicación a que se refiere la fracción II del precepto indicado.

La Ley de Hidrocarburos al exigir que los acuerdos sobre usos y ocupaciones superficiales sean presentados, por el asignatario, contratista, o permisionario, ante el juez de distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente, para que el órgano jurisdiccional en su caso valide los acuerdos, se estima acorde con la finalidad que se busca, ya que la función cotidiana de los jueces de distrito consiste en conocer de juicios de amparo o de índole federal y por razón de su especialización se encuentran en condiciones de analizar las particularidades del asunto y el cumplimiento de los requisitos normativos aplicables, con el objeto de dotar de mayor seguridad jurídica a los intervinientes, por ese motivo, se considera viable que la solicitud de validación a que se refiere el artículo 105 de la legislación indicada, siguiendo los actos esenciales descritos en ese precepto, se desahogue de conformidad con el procedimiento previsto para las diligencias de jurisdicción voluntaria, cuyas reglas pueden servir de soporte para el

desahogo de las actuaciones que desarrollará el órgano jurisdiccional por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, necesarios para la consecución del determinado fin, se reitera, teniendo como base las pautas generales para el procedimiento de validación a que se refiere el artículo 105 de la ley indicada.

Por lo que al atender a la importancia del análisis que se haga del convenio y en virtud de lo que se busca es brindar la mayor seguridad jurídica posible, se estima que la jurisdicción voluntaria es el procedimiento legalmente apto para solicitar la revisión y en su caso, validación de los referidos convenios, al ser un proceso voluntario en el que el órgano jurisdiccional sólo interviene para darle eficacia a la formación o creación de nuevas situaciones de derecho, cuyo procedimiento tiene reglas determinadas en el Código Federal de Procedimientos Civiles, lo que se estima razonable y coherente con el fin buscado. De ahí que se estime que las diligencias de jurisdicción voluntaria son el medio procedimental apto para validar los acuerdos descritos en el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos, para que el juez de distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario verifiquen el cumplimiento de las formalidades exigidas tanto en la Ley de Hidrocarburos como, en su caso, en la Ley Agraria y demás disposiciones aplicables.

III. Conclusiones. Uso y posesión de terrenos por utilidad pública y privada. El porqué de la validación jurisdiccional de los convenios (verificación del cumplimiento de la regulación y “definitividad de los efectos” la validación jurisdiccional obtiene la calificación de cosa juzgada y solo es impugnabile en vía de amparo)

Como había quedado expresado al inicio de este estudio, el objetivo del mismo es mostrar la discusión jurisprudencial arriba expuesta, y realizar algunas conclusiones que sirven de notas, precisiones, sugerencias de profundización de estudio, respecto de la administración pública del derecho privado mediante procedimientos de jurisdicción voluntaria.

De las conclusiones a las que llegó la Primera Sala al determinar el criterio de jurisprudencia prevaleciente citado al inicio del presente trabajo, se desprende claramente que el motivo de la regulación de

los convenios destinados al uso de los llamados derechos de vía para el transporte de hidrocarburos por ducto y su validación por medio de diligencias de jurisdicción voluntaria, es el de brindar, ante todo, seguridad y certeza jurídica. Cabe precisar, seguridad y certeza jurídica respecto del cumplimiento de la normatividad aplicable, toda vez que de dicha validación dependerá la calificación de cosa juzgada del contrato correspondiente.

Los Lineamientos y Modelos de Contratos destinados al establecimiento de los llamados derechos de vía fueron publicados en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de junio de 2016.³ De ellos se desprende qué es lo que requiere validación jurisdiccional y adquirirá la calidad de cosa juzgada sólo impugnabile en vía de amparo.

Los Lineamientos dejan claro que con independencia de la utilización obligatoria de los modelos de contrato que se indican: a) contrato de ocupación superficial; b) contrato de servidumbre voluntaria, continua y aparente de paso; c) contrato de arrendamiento; d) contrato de compraventa. Se podrán emplear otras modalidades de contratos. Al respecto, destaca la ausencia de un modelo de contrato de usufructo, el cual es muy socorrido en proyectos de esta naturaleza, sobre todo porque en materia agraria, aunque los ejidatarios pueden aprovechar su parcela o de las tierras de uso común mediante contratos, no pueden enajenar las tierras salvo mediante un proceso de desincorporación y dominio pleno. Por tanto, lo usual, tratándose del uso de tierras ejidales, es utilizar un contrato de usufructo como figura contractual idónea.

La figura jurídica contractual, predominantemente utilizada para el establecimiento de sistemas de transporte de hidrocarburos por ducto, es la servidumbre voluntaria, continua y aparente de paso. Es más, se podría afirmar que el nombre correcto de la materia de nuestro estudio es: derechos de servidumbre y no derechos de vía. Lo anterior, por ejemplo, porque los permisionarios por lo regular obtienen financiamiento para la construcción del sistema de transporte, y una de las garantías que usualmente se exige por parte de las entidades financieras, es la hipoteca del predio dominante, por consiguiente, de las servidumbres gravadas en su favor respecto de todos los predios sirvientes por donde pasa el ducto. Al respecto, cabe precisar que la

³ https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5439693&fecha=02/06/2016#gsc.tab=0

servidumbre tradicionalmente es considerada un derecho real de uso de una cosa ajena, pero la Ley de Hidrocarburos, en su artículo 98, prevé la posibilidad de que los permisionarios titulares de derechos de vía usados para el transporte de hidrocarburos por ducto, puedan disfrutar de dichos derechos de vía, percibiendo ingresos por permitir el uso de terceros de sus derechos de vía.

Otra precisión que se debe realizar es que los Lineamientos y Modelos de Contratos, al momento de determinar al titular del predio que sufrirá el gravamen, abren la posibilidad a que sean simples poseedores los que lo constituyan. Esta es una realidad fáctica en México, la irregularidad respecto de la tenencia de la tierra es la regla general. Por tanto, la certeza y seguridad jurídica que se debe realizar, por parte del órgano jurisdiccional, aparte de la validación de la participación de testigos sociales y peritos para la determinación tanto del espacio de terreno afectado, como de la justa contraprestación integral por su uso y ocupación. Es la calificación, por parte del órgano jurisdiccional, de la legitimación de gravar los inmuebles afectados de manera voluntaria, por parte de los titulares de los terrenos donde pasarán los ductos. En otras palabras, los Lineamientos y Modelos de Contratos prevén la posibilidad de que sean poseedores que no sean reconocidos plenamente como propietarios de determinado inmueble, lo graven mediante el establecimiento de una servidumbre. Siendo esto una contravención a lo establecido por el Código Civil Federal en los artículos 1109 al 1112, donde se establece que las servidumbres voluntarias sólo pueden ser establecidas por los propietarios o personas que tienen derecho a enajenar el bien inmueble que sufrirá el gravamen.

Aquí cabe anotar que, respecto a la identificación del titular idóneo para constituir la servidumbre de paso u otra modalidad de uso u ocupación superficial, los Modelos de Contratos prevén la necesidad de expresar a los posibles causahabientes respecto de la titularidad de los terrenos afectados. Asimismo, no se puede olvidar que el mismo procedimiento de validación, establece la necesidad de que se publique en un diario local de mayor circulación el acuerdo alcanzado y presentado para la validación, lo anterior, para que cualquier interesado con algún interés legítimo, manifieste lo que a su derecho convenga respecto o sobre la existencia de un juicio pendiente que involucre los terrenos, bienes o derechos en cuestión. Dejando así, una vez vali-

dado y causado estado las providencias de jurisdicción voluntaria con carácter de cosa juzgada, sólo quedaría la posibilidad de que algún tercer extraño propietario o poseedor interponga un amparo indirecto en contra de la resolución mediante la cual quedaron constituidos los derechos de vía correspondientes.

Otra precisión que se debe realizar es que los Lineamientos y Modelos de Contratos, prevén como requisito para la inscripción registral de los derechos sujetos a validación jurisdiccional, precisamente dicha validación jurisdiccional que le dé carácter de cosa juzgada. Por tanto, la titularidad de los permisionarios respecto de sus derechos de vía no será oponible a terceros, sino hasta que el contrato mediante el cual fueron establecidos dichos derechos haya sido validado jurisdiccionalmente.

No se puede dejar de lado lo interesante que resulta estudiar el equilibrio que se pretende establecer en aspectos de utilidad privada, utilidad pública y utilidad comunitaria. Por ejemplo, un tema concierne a este equilibrio será la defensa del derecho de vía por parte de los permisionarios, que por determinación de ley, no será oponible a terceros hasta que ha sido validado jurisdiccionalmente el contrato mediante el cual fue establecido dicho derecho de vía, y una vez validado, sólo será impugnabile en vía de amparo y tendrá calificación de cosa juzgada.

Lo anterior, con la salvedad de que el permisionario siempre podrá defender el uso y posesión de sus derechos de vía, mediante interdictos posesorios basados en la calificación de utilidad pública de la actividad que realiza, o pasado el tiempo, prescribiendo adquisitivamente los derechos de servidumbre. En este sentido, vale la pena recordar la idoneidad de la jurisdicción de los jueces de distrito en materia civil o Tribunal Unitario en Materia Agraria, que mencionó expresamente la Primera Sala al determinar que la jurisdicción voluntaria es la vía idónea para validar los acuerdos a los que se refiere el artículo 105 de la Ley de Hidrocarburos. Toda vez que el multicitado artículo 105 concluye diciendo que la resolución sólo será impugnabile en vía de amparo, entendemos que se refiere a la posibilidad de que los derechos de vía validados por autoridad jurisdicción, sólo podrán ser impugnados por amparos indirectos promovidos por terceros extraños afectados en su propiedad o posesión legítima; o por acciones colectivas fundadas en intereses legítimos que no se hubieren respetado,

por ejemplo, por afectaciones a pueblos originarios, derivadas de deficiencias en los mecanismos de consulta establecidos por la normatividad aplicable.

IV. Bibliografía

- Diario Oficial de la Federación (2016). “Lineamientos y Modelos de Contratos destinados al establecimiento de los llamados derechos de vía”, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5439693&fecha=02/06/2016#gsc.tab=0
- Tesis 1a./J. 79/2019, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, noviembre de 2019, p. 294.
- Calamandrei, Piero (1997). *Derecho Procesal Civil (Istituzioni di Diritto Processuale Civile)* (Enrique Figueroa Alonso, trad.). Harla.

La regulación de los ciberactivos y la insolvencia

Luis Manuel C. Méjan



<https://orcid.org/0000-0002-2609-1559>

Instituto Tecnológico Autónomo de México. México

Correo electrónico: lmejan@yahoo.com

Resumen: El objetivo de este artículo es explorar las implicaciones de los activos digitales o ciberactivos en la insolvencia. El texto comienza explicando el concepto de los activos digitales o ciberactivos con base en los Principios de la UNIDROIT en la materia y de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a los Mercados de Criptoactivos, para después explicar los diferentes tipos de instrumentos comprendidos por este concepto y así destacar su importancia económica con base en datos estadísticos. Posteriormente, hay un apartado dedicado a determinar la naturaleza jurídica de los activos digitales o criptomonedas para lo cual se desarrolla la clasificación histórica que se ha hecho de los bienes. En los siguientes apartados se problematiza la regulación de los activos digitales o criptoactivos, destacando los temas más relevantes en esta materia y aclarando que la regulación no se reduce a las criptomonedas. Finalmente, este estudio explora el tratamiento de los activos digitales o criptoactivos en los procedimientos de insolvencia, con base en el caso Celsius y las resoluciones del Juez Martin Glenn. El texto concluye haciendo una reflexión en torno a la necesidad de profundizar en la discusión de este tema.

Palabras clave: ciberactivos, criptomonedas, blockchain, token, smart contract insolvencia

Abstract: The aim of this article is to explore the implications of digital or cyber assets in insolvency. The text begins by explaining the concept of digital or cyberactive assets based on the UNIDROIT Principles on the matter and the proposed Regulation of the European Parliament and the Council on Cryptocurrency Markets, to later explain the different types of instruments understood by this concept and thus highlight its economic importance based on statistical data. Subsequently, there is a section dedicated to determining the legal nature of digital assets or cryptocurrencies, for which the historical classification that has been made of the assets is developed. In the following sections, the regulation of digital assets or crypto assets is problematized, highlighting the most relevant issues in this matter and clarifying that regulation is not limited to cryptocurrencies. Finally, this study explores the treatment of digital assets

or crypto assets in insolvency proceedings, based on the Celsius case and the resolutions of Judge Martin Glenn. The text concludes by reflecting on the need to deepen the discussion of this topic.

Keywords: cyberassets, criptocurrency, blockchain, token smart contract, insolvency

Recepción: 29 de julio de 2023

Aceptación: 12 de agosto de 2023

SUMARIO: I. *Presentación del tema.* II. *Concepto de activos digitales o ciberactivos.* III. *Estadística.* IV. *Clasificación de bienes.* V. *La regulación de los ciberactivos.* VI. *La regulación va más allá de las criptomonedas.* VII. *Los activos digitales en la insolvencia.* VIII. *Conclusión.* IX. *Bibliografía.*

The total addressable market is every single human on the planet. The vision is to change the future of money by creating the real super app, using a new form of currency that allows every single person to do anything they want inside of it: send money, trade, buy things, invest, borrow — you name it.

Sam Bankman-Fried

En ese momento CEO de FTX.¹

I. Presentación del tema

Para todo el mundo es claro hoy en día que existe un nuevo universo de actividad económica representado por los activos digitales también llamados ciberactivos. Prácticamente todo el mundo entiende o tiene una ligera idea de lo que significa el concepto y de cómo viene irrumpiendo en el quehacer ordinario. Si bien el autor de la frase que prologa este trabajo es un personaje cuya actividad ha sido cuestionada como delictuosa, contiene una verdad rotunda de lo que los creadores e impulsores de los ciberactivos se proponen y parece que lo van consiguiendo.

¹ “El mercado direccionable total es cada ser humano en el planeta. La visión es cambiar el futuro del dinero mediante la creación de la súper aplicación real, utilizando una nueva forma de moneda que permite a cada persona hacer lo que quiera dentro de ella: enviar dinero, comerciar, comprar cosas, invertir, pedir prestado, lo que sea” (Webster, 2022).

Históricamente, primero la humanidad conoció el telégrafo, luego el teléfono, luego la computadora y a partir de ahí se dejaron de ver cosas materiales y han aparecido conceptos sin, o al menos con poca, realidad material. Hoy se habla de inteligencia artificial, de activos digitales, de *blockchain*, de tecnología de registro descentralizado, de metaverso, porque son realidades que estrechan cada vez más a los seres humanos.

El propósito de este texto es tratar de precisar cómo un jurista debe visualizar esta nueva fenomenología y sus implicaciones en la insolvencia.

II. Concepto de activos digitales o ciberactivos

Las definiciones que se dan de este concepto son variadas. Se usa lo mismo en singular que en plural, aunque este último es el más frecuente. Aun cuando el término es hoy largamente usado, se trata de un concepto cuyo contenido es discutible (lo mismo que, según se comenta más adelante), su naturaleza jurídica; “[e]llo se debe, a la juventud del fenómeno y a la disparidad con que los diferentes Estados y organismos internacionales califican y definen la figura” (Cediel, 2023, p 22).

Los “Principios de UNIDROIT sobre Activos Digitales y Derecho Privado” disponen que la definición de “activo digital” incluye los registros electrónicos únicamente si estos son capaces de ser sujetos de ‘control’ y por tal se entiende que tener control supone la posibilidad exclusiva obtener beneficios del activo digital y de transferirlo a terceros a la vez que impedir que otros obtengan tales beneficios.² El concepto “control” viene a remplazar el concepto “propiedad”.

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a los Mercados de Criptoactivos utiliza precisamente el concepto “Cripto” en lugar de ‘digital’, añadido al término “activos”. Como ‘cripto’ significa que está encubierto, nos transmite la idea de que se trata de activos (nadie discute el término ‘activos’) que se encuentran

² Principios 2 y 6 Unidroit Principles on Digital Assets and Private Law. Digital asset’ means an electronic record which is capable of being subject to control. <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/digital-assets-and-private-law-public-consultation/>

ocultos en alguna otra realidad y por ello define “«Criptoactivo»»: una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar”.³

Una explicación generalmente aceptada refiere a cualquier forma de valor o propiedad que existe en formato digital y que utiliza la tecnología blockchain o de contabilidad distribuida (*Distributed Ledger Technology*), sin embargo, debe entenderse que habrá activos virtuales que surgen de ambientes o ecosistemas criptográficos usando blockchain y otros que no usan esa tecnología. En los primeros se carece de una autoridad central y/o de terceros de confianza.

Por lo anterior es conveniente distinguir dos caras de la moneda: una es la plataforma tecnológica en la que se producen, se distribuyen, se transmiten, se negocia con los activos. Hoy en día esta plataforma está constituida por la llamada *Distributed Ledger Technology* que algunos traducen como “contabilidad distribuida” y otros, como lo hace la Unión Europea, como “tecnología de registro descentralizado”. Refiere a una base de datos distribuidos en una pluralidad de computadoras (no en un solo servidor) que permite a múltiples partes acceder y usar los datos.

Especialmente, dentro de ese género (DLT o TRD) destaca la “cadena de bloques” o *blockchain*, cuyo conocimiento y popularidad deviene del uso que se hace de tal plataforma para la creación y operación de criptomonedas aunque es usado en múltiples otros campos (logística de suministro, propiedad intelectual, identidad, ciencias biológicas, energía, votaciones y procesos electorales) de todos estos terrenos podrán surgir, sin duda, activos digitales. Se trata de una cadena, que no es alterable, de diversos “bloques” que contienen información de tiempo, de valor y de transacción.

Hoy en día estas son las manifestaciones tecnológicas corrientes y en uso, pero no quiere decir que en el futuro no existan otras posibilidades. Lo mismo que pasó cuando se creó la firma electrónica como medio de autenticación de personalidades y de conclusión de un negocio jurídico. En ese entonces se insistía que cualquier normatividad

³ Artículo 3, inciso 2) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>

que se creara tomaría en cuenta que la que hasta entonces se usaba (las llaves asimétricas) podía ser reemplazada por otras más nuevas y que por ello debía ser neutra tecnológicamente hablando. (Por eso el Reglamento Europeo añade “u otra tecnología similar” (ver *ut supra*). Lo mismo debemos de considerar hoy. Es menester conocer y entender la operación de esta plataforma pero aceptemos que el día de mañana podrá existir una diferente. La otra cara son los productos en sí que se generan con la base de la plataforma tecnológica. Esta es la parte que el público usuario conoce, disfruta e incorpora a su quehacer cotidiano.

El más popular y conocido de estos activos digitales es la *criptomoneda*. Todos conocen el significado del concepto “moneda” el cual, en la disciplina de los juristas, ha creado toda una superestructura: el derecho monetario. Lo novedoso es que se añade la palabra “cripto” que significa “oculto, encubierto”⁴ con lo cual nos enfrentamos a una “moneda” que no quiere figurar como tal pero que realiza funciones iguales o parecidas. También se le nombra “cibermoneda”. (*Ciber* significa que guarda relación con redes informáticas⁵) lo cual indica que es una ‘moneda’ que opera en redes informáticas.

La gran preocupación es si este concepto realmente coincide con el que el derecho monetario atribuye a tal término, pues ello tiene implicaciones que chocan o preocupan a autoridades y reguladores, lo mismo que al mismo público consumidor.

De ahí en adelante surgen, especialmente en el mundo de lo financiero, una buena lista de criptoactivos o activos digitales que genéricamente son conocidos como *tokens* o “fichas”. Ejemplificativamente (pues no se puede ser exhaustivo) se enumeran:

Tokens o fichas que son activos referenciados a un activo específico (acciones, monedas, propiedades, derechos de voto, propiedad intelectual, etcétera), cuyo fin es mantener un valor más estable o ser un medio de transmisión, o de acceso a terceros, o para operar contratos inteligentes (*smart contracts*). Algunos pueden ser clasificados como derivados (los reguladores de valores en el mundo suelen verlos así) pues llevan por finalidad estar ligados a un subyacente.

⁴ “Cripto”, Diccionario de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/cripto-?m=form>

⁵ “Ciber”, Diccionario de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/ciber-?m=form>

Los hay de seguridad, fungibles, no fungibles, etcétera (*Utility Tokens, Security Tokens, Hybrid Tokens, Real World Asset Tokens*), más los que en este momento alguien está ideando.

Otra variante son los ICOs, Ofertas Iniciales de Monedas, sistema de financiamiento en donde la empresa emisora emite tokens y recaba de los inversionistas usualmente criptomonedas. Estos apuestan a que el proyecto del emisor prospere y obtengan utilidades, pudiendo además participar con derecho de voto en las decisiones del emisor o pudiendo adquirir servicios que este ofrece. Ordinariamente su operación se da en forma automática en un *smart contract*. Esta manera de financiamiento ha venido teniendo un importante desarrollo a pesar de los riesgos que conlleva.

Finalmente, el fenómeno es multidisciplinario, no compete solamente a los juristas, fundamentalmente porque abarca la concurrencia del saber científico de muchas ramas del saber y porque impacta directamente en la vida cotidiana de las personas, de los países, de la economía, bajo un paraguas global que no se detiene en fronteras. Un economista europeo, refiriéndose a uno de los activos digitales, la criptomoneda, lo dice: “Creemos que la llegada de una moneda digital es parte de un marco político, de la relación de los ciudadanos con la moneda, del papel en una democracia de los órganos representativos y parlamentarios frente a los órganos europeos no electos como es el Banco Central Europeo”.⁶

III. Estadísticas

Como una mera muestra de la importancia de esta actividad cabe decir que, al día que esto se escribe, tan solo en criptomonedas (entre otros activos digitales) existen en el mercado 9679 de ellas que representan un valor de 1,310,000,000,000.00 (1.31 trillones ingleses) de dólares.⁷ Este número es altamente volátil, pero muestra la importancia que este mercado va desarrollando.

⁶ “[N]ous estimons que l’arrivée d’une monnaie numérique s’inscrit dans un cadre politique, du rapport des citoyens avec la monnaie, du rôle dans une démocratie des instances représentatives et parlementaires vis-à-vis des organes européens non élus comme l’est la BCE” (Vauplane, 2023).

⁷ Cfr. Today’s Cryptocurrency Prices by Market Cap. <https://coinmarketcap.com/>

Una muestra del interés generalizado por estos activos muestra que, en México, el 67.5% de inversionistas y ahorradores considera como un activo en el cual invertir en criptomonedas hasta en un 23 % de los recursos que invierte (Flink, 2023).

IV. Clasificación de los bienes

El derecho ha conocido diversas maneras de clasificar a los bienes que integran un patrimonio. Inicialmente Roma clasificaba a los bienes en Res Mancipi y Res nec Mancipi. Los Res Mancipi era bienes que tenían una trascendencia económica por ser destinados a la producción, principalmente agrícola, de ahí que se transmitieran por *mancipatio*. Dice Gayo: 2, 22: *Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferetur* (cit. por Torrente Ruiz, 2005, p. 1079). Res Nec Mancipi era todas las demás que se transmitían por mera *traditio*.

Esta división fue diluyéndose en la historia hasta Justiniano que termina con ella y establece la clasificación clásica *Res Mobiles – Inmobiles*; los primeros eran objetos fácilmente trasladables (animales y objetos inanimados) mientras que los segundos incluían el suelo y las construcciones asentadas en él. No debe olvidarse que Roma instituyó además una gran cantidad de clasificaciones adicionales de algunos tipos de bienes (*Res nullius, obligata, privata, publicae, religiosae, sacrae, sanctae*, etcétera).

El Código Civil de los franceses, conocido como *Napoleón*, estableció la diferencia de bienes inmuebles y muebles los cuales podían ser por naturaleza o por determinación de la ley.⁸ “En el derecho antiguo la distinción tenía trascendencia porque servía para determinar la naturaleza de los estatutos reales o personales”, escribió Laurent (1881, p. 461). Planiol y Ripert lo explican por la duración y utilidad de las cosas y las rentas que producían y que constituían las llamadas “heredades” (Planiol y Ripert, 2002, p. 68).

La clasificación llega a nuestros días basándose más en el carácter físico transportable de los mismos. Sin embargo, ese criterio empieza a perder realidad, ya Napoleón señalaba que había bienes que

⁸ Artículos 516 et siguientes, *Code Civil des Français* (1804).

por naturaleza eran de una clase, pero por disposición de ley eran de la otra. Los mismos romanos añadían los *res se moventes* (animales, esclavos) pues su movilidad era originada por ellos mismos.

Los bienes no materiales han sido clasificados como muebles, ya sea por disposición expresa (los derechos de autor), o bien por designación genérica (conforme el artículo 759 del Código Civil mexicano), son muebles todos los demás no considerados por la ley como inmuebles.

¿Quiere esto decir con los activos digitales son bienes muebles? ¿No será posible argüir que se trata de una nueva clase de bienes? Esta discusión ya ha aparecido en la historia del derecho, por ejemplo, con la creación de los títulos valor y, sobre todo, cuando en la edad moderna han aparecido los valores del mercado bursátil a los que se han añadido figuras como los derivados.

Los activos digitales guardan con estos últimos una gran similitud, basada fundamentalmente en el hecho que son figuras que refieren a, o conllevan, otro bien subyacente, de tal suerte que en la doctrina que se viene creando alrededor de ellos, así como en la aplicación práctica de algunas jurisdicciones, los activos digitales vienen siendo materia de regulación por las autoridades que se ocupan del mercado de valores o *securities*. Tal cosa ha sucedido, por ejemplo, en Nigeria, en donde se ha decretado que criptomonedas, tokens y otros activos digitales deben caer bajo las regulaciones del mercado de valores. Un error es pensar que todos los activos digitales se reducen a criptomonedas.

Al parecer las criptomonedas fueron las primeras en irrumpir en el mercado conjuntamente con otras operaciones financieras que se operan a través de la tecnología. Crowdfunding, sandboxes, Fondos de pago electrónico, aplicaciones informáticas no fueron sino los primeros fenómenos que han surgido en el terreno de los activos digitales.

Tampoco se debe permanecer en los activos digitales de naturaleza financiera. La realidad virtual, los multimedias, la inteligencia artificial, el metaverso están trayendo una enorme cantidad de bienes, en el sentido jurídico de la palabra a los que los juristas deben voltear a ver para encajarlos en el mundo del derecho.

Cuando se dice “encajar los activos digitales en el mundo del derecho” no quiere decir nada más “regulación” Es cierto, por ahí se empieza, la formación mental del jurista convierte todo fenómeno jurídico

en normatividad, pero el derecho no es sólo “regular”, para eso no se necesita un jurista, basta un administrador o un político que definan a donde quieren llegar y las normas surgirán solas, pero a esas normas no es posible atreverse a llamarlas derecho.

Derecho es incorporar la realidad al mundo del ser humano para el bienestar de éste, para respetar su dignidad como ser superior de la creación y para permitirle una convivencia con justicia, libertad y felicidad.

V. La regulación de los ciberactivos

La gran batalla de los activos digitales se da precisamente en ese terreno, ¿deben ser regulados los activos digitales (tanto los actuales como los que el enorme ingenio del emprendedor humano aún tiene por diseñar)?

La doctrina ha oscilado hasta ahora en esa consideración debido a que ella pone un chaleco de fuerza a la creatividad y libertad de la operación de los mismos. Recuérdese que el nacimiento de estos activos se origina precisamente en el deseo de salir de los marcos rígidos de la regulación.

Recuérdese que muchos de estos fenómenos han nacido precisamente buscando eludir los chalecos de fuerza que constituyen las regulaciones y permitir una explosión de actividades que con una estricta regulación no son posibles. Una nota de información especializada narra:

Gary Gensler, presidente de la *Securities and Exchange Commission*, ha advertido repetidamente que las criptomonedas deben regularse para proteger a los inversores. El jueves 8 de septiembre de 2022 dio un gran paso hacia ese objetivo, diciendo que trabajará con el Congreso para ayudar a crear una legislación que aumente la supervisión de las criptomonedas. Gensler insistió en la necesidad de una regulación y dijo que las nuevas empresas de cripto no prosperarían sin ella. “*Detroit no habría despegado sin algunos semáforos y policías en el camino*”.⁹

⁹ Informe del New York Times según narra el boletín noticioso del American Bankruptcy Institute, ABI DAILY HEADLINES, 9 de septiembre de 2022.

Esa declaración obviamente provocó una reacción airada de la comunidad que ve su gran éxito y desarrollo justamente en que hoy actúan descentralizadamente. Sin embargo, la metáfora es feliz, gracias a los semáforos y a los policías de cruceros, los ciudadanos pueden circular con seguridad en las calles de las ciudades, omitirlos sería provocar una ley de la selva en el asfalto ciudadano.

Recuerdo el primer contacto con este mundo del que esto escribe fue el de un estudiante que llegó a mi cubículo universitario para preguntarme si para operar un sistema de *crowdfunding* había limitaciones legales. Cuando las primeras regulaciones aparecieron en mi patria descubrí con tristeza que aquél joven que operaba en su laptop un proyecto ilusionante iba a quedar fuera del mercado porque la ley le pedía: constitución formal, capitales mínimos, consejos de administración, gobierno corporativo y permitir a inspectores y supervisores que intervinieran en su actividad; si no lo hacía así no solamente enfrentarían una prohibición a su emprendimiento, sino que además sería un delincuente. Me pregunto y les pregunto a ustedes ¿está bien que frustremos así a un joven emprendedor? ¿Eso es crear derecho? ¿Para eso estamos los juristas?

¿Dónde poner el punto de equilibrio entre la total libertad y el imperio de la regulación y la autoridad? Esa es la historia de la humanidad y la disciplina de los activos digitales no se escapa a ella.

Los esfuerzos de regulación parecen centrarse hoy en día especialmente a criptomonedas y productos supra elaborados sobre ellas. La crisis de 2022 que algún periodista ha llamado “El Apocalipsis de las criptomonedas” y sus derivados, ha puesto un acento en la necesidad de regular. Lo sucedido con Binance, Voyager, Celsius, Three Arrows, Bittrex, Upbit, Nexo, Vault, CoinFlex, Zipmex, Cred, Coinbase Global, BlockFi y por supuesto con FTX y el gran villano de esta película Sam Bankman-Fried, no dejan duda al respecto. Las llamadas criptomonedas estables no han estado alejadas del problema.

Quienes ven y se ocupan la necesidad de una regulación les preocupan los siguientes tópicos que deberían incluirse en dicha regulación:

- Creación de un registro de emisores y otras entidades participantes.
- Qué entidades participantes son las que deben regularse.

- Validación de los productos que se generan en el mercado.
- Evitar el blanqueo de capitales.
- Proteger al consumidor y usuario.
- Asegurar y salvaguardar el sistema de pagos de un país.
- Proteger la intimidad financiera de las personas.
- ¿Deben regularse solamente ciertos aspectos o la totalidad del fenómeno?
- ¿Se regulan algunos activos digitales o todos? Por ejemplo, se habla de tokens que se asimilan a un valor (security) y otros que no son así.
- ¿Son aplicables por similitud las regulaciones de la banca, de la banca de inversión y de la banca central?
- Finalmente, no se olvide que el fenómeno conlleva un ingrediente fiscal. El tópico de impuestos y activos digitales es uno muy extenso que, por ahora, debe dejarse tan solo apuntado.

Estos últimos tópicos son los que ponen un mayor estrés al proyecto de regulación. El fenómeno que se vivió en 2022 fue muy parecido a un pánico de los inversionistas que acuden a las entidades bancarias a retirar sus recursos. Algo muy similar a lo sucedido a principios del siglo XX cuando JP Morgan logró encontrar el camino de solución que, además, llevó a la creación del Banco de la Reserva Federal (Naclerio, 2018, pp. 97-114). En esta ocasión no ha habido un JP Morgan.

La regulación puede llegar muy lejos: a la conductora de TV, Kim Kardashian, se le sancionó porque en redes sociales promocionó uno de estos productos sin informar que estaba recibiendo un pago del emisor para que lo hiciera (Securities Exchange Commission, 2022).

¿Debe un órgano rector como el Banco Internacional de Pagos o el *Financial Stability Board* o algún sucedáneo similar producir normas de alertas tempranas y de resolución de entidades operadoras de activos digitales? Los abogados preguntarían ¿Debería aplicarse el principio *Ubi eadem ratio, idem jus*?

El peligro de responder rápidamente que sí conlleva el riesgo que tiene toda tropicalización de vestir una figura con una ropa que no es la que se necesita o de trasladar lo que sirve en un lugar a otro donde no necesariamente funcionará igual y requiere soluciones distintas porque las cosas cambian, varían y se diferencian.

Ciertamente, esos sectores de la economía, las entidades del sector financiero, pueden sufrir afectaciones por el mercado de los activos digitales. Es por ello que esos sectores han decidido sumar a su catálogo de actividades las de los activos digitales, olvidando que hay activos digitales que no son necesariamente financieros y que no tienen por qué ser tratados como tales.

El Fondo Monetario Internacional ha mencionado que es necesario que la regulación sea de índole global en lugar de regulaciones nacionales que fragmentan el fenómeno (Narain y Moretti, 2022). Es necesario observar el fenómeno de los Activos Digitales como uno que trasciende fronteras. Esa es la visión de la propuesta de regulación europea y de los principios emitidos por UNIDROIT.

El Parlamento Europeo y su Consejo han elaborado dos propuestas de reglamentos que incluso han recibido ya un comentario, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: Una es la Propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo relativo a los mercados de criptoactivos.¹⁰ Otra es la Propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo sobre un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado.¹¹ De ambos proyectos se hacen comentarios y citas en otras partes del presente.

Se ven movimientos en ese sentido también en Italia y Portugal, Basilea y los bancos centrales se preocupan del tema; la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado inicia un proyecto en materia de Monedas Digitales de Bancos Centrales (*Central Bank Digital Cryptocurrency*). Algunos han dado un paso más allá, El Salvador y la República Centroafricana han declarado el bitcoin como moneda de curso legal. China ha emitido ya el YuanPay (Venezuela ya había intentado emitir un Petro). Los países que siguen la Ley Shariah han abierto el uso de cibermonedas (especialmente el bitcoin) pero guardan restricciones.¹²

¹⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>

¹¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020PC0594>

¹² "Therefore, in Shariah perspective, Bitcoin's publication as a currency, the use of

En India los funcionarios no están de acuerdo en si debe o no hacerse la regulación (Shukla et al., 2022). Argentina se inclina a pensar que se debe regular más a las Bolsas y no a los productos en sí (Vogt y Porporato, 2022). Zambia prepara regulación de criptomonedas para junio de 2023 (Mfula, y Savage, 2023) Hong Kong anuncia próxima regulación (Wong y Droulers, 2023), Canadá ya ha emitido reglas (Ontario Securities Commission, 2023). Las noticias nos llevan a preocupaciones similares en Corea (Grant, 2023), en Islas Vírgenes Británicas (British Virgin Islands Financial Services Commission) y en Singapur (Kaprun, 2023), así podemos seguir por todo el mundo.

Recientemente el CEO de Coinbase, una bolsa de criptomonedas, anunció que considera migrar de los Estados Unidos a los Emiratos Árabes Unidos, precisamente por la falta de claridad en la regulación de los Estados Unidos de América. “Buscamos un hogar donde establecer un centro internacional que sirva de largo alcance a los países del mundo”, Armstrong declaró.¹³

VI. La regulación va más allá de las criptomonedas

Efectivamente, hay áreas de donde podrán surgir nuevos activos digitales que no tendrán necesariamente una relación con activos financieros. Un ejemplo son las legislaciones de instituciones y productos de tecnología financiera que han hecho a un lado y han dejado afuera actividades, por ejemplo, de *crowdfunding*, que no tienen un componente financiero. La presencia de los llamados areneros (modelos novedosos o *sandboxes*), revelan que pueden existir muchas figuras que salen de la regulación, por lo menos la financiera.

UNCITRAL ha trabajado con intensidad en el desarrollo del comercio electrónico y no hay terreno más propicio para el comercio que el

bitcoin and its distribution is something that should be avoided as the bitcoin itself has elements of *maysir* and *gharar* in the practice sales of bitcoin. Moreover, it has a lot of harm from the benefits. For now, there are still many currency options that can be used normally to make a valid transaction tool” (Abdullah).

¹³ “We are looking for a home to set up an international hub that could serve the long tail of countries in the world”. “Coinbase looks to UAE as Global Crypto Hub”, *Competition Policy International*, 15 de mayo de 2023. Recuperado el 1 de junio de 2023 de: <https://www.competitionpolicyinternational.com/coinbase-looks-to-uae-as-global-crypto-hub/>

hacerlo, entre otras cosas, con activos digitales. El fenómeno que llevó en el siglo XIX a establecer un sistema de valores que convertían *commodities* materiales en subyacentes de otros productos económicos y jurídicos, de vida independiente, tiene hoy su amplia expansión en este mundo digital.

En el Foro de Desarrollo celebrado en 2013 por la conocida firma del área de cómputo, Intel, futurólogos y evangelistas presentaron 30 nuevas posibilidades de Activos Digitales entre los que aparecían: Música, Películas, Juegos, Publicidad, Identidad, Terapia y muchos más (Bridgewater, 2013).

Tal parece que la regulación es inevitable, pero es necesario precisar: La regulación tiene que ser hecha: a partir de una neutralidad tecnológica; promoviendo la creatividad y el ingenio; facilitando la expansión de la riqueza de las personas, de las corporaciones y de los países; protegiendo tanto al consumidor como al emprendedor; combatiendo el crimen y el uso inapropiado de la modernidad.

La regulación que se haga no debe de ser pensada tratando de evitar los riesgos que visualizamos desde la comodidad de un *statu quo*. No debe basarse en el miedo.

Los juristas tenemos que involucrarnos en estos procesos. Se van a hacer de todos modos; no podemos dejar que sean solamente ingenieros, emprendedores, financieros, matemáticos los que los diseñen e instrumenten. Esto me recuerda la expresión que usaba Spiros Bazinas, quien decía: “Sería como entregar un Stradivarius a un gorila”. La mente y la mano del jurista debe participar.

VII. Los activos digitales en la insolvencia

Cuando se trata de llegar a la insolvencia la problemática de los activos digitales parece complicarse y ello debido a diversos factores. El primero es la persona que se encuentra en situación de insolvencia. Puede ser una persona, ya física, ya jurídica, que ha hecho inversiones u operaciones en activos digitales y llega a la situación de insolvencia con ellos dentro de su hoja de balance ya sea en los activos o en los pasivos.

O bien, puede ser una empresa que ha operado como emisor, como custodio, como intermediario u otra de las categorías de en-

tidades que se han venido creando con la aparición de operaciones de criptoactivos. Respecto de estos cabría una similitud con el trato de las instituciones financieras puesto que es el antecedente más cercano. En ese sentido, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, por conducto de la cabeza del equipo sobre cumplimiento de criptomonedas, Eun Young Choi, acaba de hacer una declaración diciendo que ninguna de las firmas que operan como bolsas de criptoactivos es “Too big to fail” (Competition Policy International, 2023).

Otro de ellos, es el hecho de que no se ha llegado a una total dicha naturaleza la respuesta y el tratamiento que se pretenda dar a los mismos puede variar. Complica esa cuestión el hecho de que existen, como es sabido y se ha mencionado arriba, una gran variedad de tales activos digitales, cada uno de ellos más o menos parecido a figuras conocidas que brindan comodidad a quienes tienen que enfrentar la presencia de tales bienes en el contexto de la insolvencia. Esa situación se presenta sobre todo con las figuras de “derivados” de otros activos digitales y la forma como se adquieren, se conservan y se vigilan.

En una opinión reciente emitida con relación al caso *Celsius*, el juez Martin Glenn emitió una opinión que ha venido a constituir un hito sobre el tema, especialmente en los países de sistema *common law*. El quebrado manejaba cuentas de “adquirentes de cryptoassets” y alega que, teniéndolas en depósito, en una *Earn Account* eran suyas por lo que pide autorización para venderlos como actividad de negocio ordinaria mientras que los clientes de Celsius alegan que los activos digitales involucrados en su contrato eran de su propiedad por lo que permitir a Celsius que venda no es una operación ordinaria.

El Juez resuelve:

[...]cuando los activos de criptomonedas (incluidas las monedas estables, discutidas en detalle a continuación) se depositaron en Earn Accounts, los activos de criptomonedas se convirtieron en propiedad de Celsius; y los activos de criptomonedas restantes en las Cuentas de Ganancias en la Fecha de la Petición pasaron a ser propiedad de los estados de quiebra de los Deudores (los “Estados”)[...]

[...]incluso si el Tribunal determinara que los Titulares de cuentas prestaron activos digitales a Celsius, seguirían siendo acreedores no garantizados. Es un principio de ley que un préstamo de dinero o propiedad a otro crea una relación deudor-creedor. Y cita un caso (Masterwear

Corp., 229 B.R. 301, 310): “Bajo la ley de Nueva York, un banco y su depositante se encuentran en una relación deudor-acreedor que es de naturaleza contractual. El banco es dueño del depósito, el depositante tiene un derecho de pago contra el banco, y el banco tiene la obligación correspondiente de pagar a su depositante. En consecuencia, el congelamiento temporal de una cuenta por parte de un banco, sin más, no es ‘ni una toma de posesión de la propiedad [del depositante] ni un ejercicio de control sobre ella, sino simplemente una negativa a cumplir su promesa’”. (Glenn)

Sea cual fuere la naturaleza específica de los derechos que tengan las partes en un procedimiento de insolvencia hay que entender el principio clarísimo de atracción universal que se puede enunciar con dos asertos muy claros:

- Lo que pertenece al Deudor forma parte de la Masa de la Insolvencia.
- Lo que pertenece al Acreedor es parte de lo que puede reclamar al Deudor en un procedimiento de Insolvencia.

Por ello, ya sea que se trate de un bien material o inmaterial, de un mueble, un inmueble o un bien sui generis, si es un bien real o un derecho, forma parte de la Masa (ya activa, ya pasiva).

Al tratar el tema de Insolvencia, UNIDROIT indica en su Principio 19 que cuando se ha definido que un activo digital que se ha vuelto oponible a terceros, es oponible al representante de la insolvencia, los acreedores y cualquier otro tercero en un procedimiento de insolvencia, excepto cuando se debe aplicar una regla de derecho sustantiva o procesal aplicable en virtud de un procedimiento de insolvencia tales como la prelación de los créditos, las acciones de nulidad por fraude de acreedores o cuando la ejecución de un derecho está bajo el control y supervisión del representante de la insolvencia.

Esto significa que la reglamentación que se haga de los activos digitales deberá hacerse cargo de cuando una situación jurídica alrededor de ellos afecta sólo a unos involucrados y se puede oponer a terceros y habrá de definirse cuándo eso pueda ser una excepción al principio de atracción universal que supone y rige un proceso de insolvencia.

VIII. Conclusión

Debe concluirse que la naturaleza, aún sin definir, de los activos digitales, mientras se encuentren en el área patrimonial de los individuos en nada afecta para que deban ser incluidos en los procedimientos de insolvencia.

Evidentemente la peculiaridad de tales bienes provocará diversas opiniones de cómo deban de ser tratados en un procedimiento de insolvencia, lo cual no es ajeno a la disciplina del derecho de la insolvencia, simplemente recuérdese el caso de los fideicomisos, de los alimentos, de los créditos públicos, por citar unos ejemplos que han sido motivo de arduas discusiones acerca de cómo deben ser considerados en un procedimiento de insolvencia.

Una reflexión como la hecha en este artículo ciertamente no ha resuelto nada. La pretensión ha sido tan solo la de invitar a asomarse a una serie de fenómenos que están en el área de las Finanzas y el Derecho, para que cada quien, desde su *background*, desde su lugar y su posición, los contemple y aporte su pensamiento al respecto.

IX. Bibliografía

- Abdullah, O. Y. Naim Bin Abdul Rahaman Cryptocurrency In The Perspective Of Shariah. *Research Paper submitted to Graduate School of Business*. Universiti Utara Malaysia, In Fulfilment of the Requirement for the Master of Islamic Finance and Banking. https://etd.uum.edu.my/8300/1/S821928_01.pdf
- American Bankruptcy Institute (2022, 9 de septiembre). *Abi Daily Headlines*.
- Bridgewater, A. (2013, septiembre), What is a digital asset?. *Computer Weekly.com*. <https://www.computerweekly.com/blog/CW-Developer-Network/What-is-a-digital-asset>
- British Virgin Islands Financial Services Commission. *Guidance on Regulation of Virtual Assets in the Virgin Islands*. <https://www.bvifsc.vg/library/guidance-regulation-virtual-assets-virgin-islands-bvi>
- Cediel, A. (2023). *Tributación 4.0: Los cryptoactivos*. Tirant Lo Blanch. Code Civil des Français (1804). Imprimerie de la République, Ann XII.

- Coinbase looks to UAE as Global Crypto Hub (2023, mayo 15). *Competition Policy International*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/coinbase-looks-to-uae-as-global-crypto-hub/>
- Competition Policy International (2023, mayo 15). DOJ's Crypto Head Says No Exchange Is 'Too Big to Fail'. *Competition Policy International* de. https://www.competitionpolicyinternational.com/dojs-crypto-head-says-no-exchange-is-too-big-to-fail/?utm_source=Sailthru&utm_medium=email&utm_campaign=TechREG%2005/16&utm_term=techreg_nl
- Flink (Miflink Advisors Independiente, S.C) (2023, mayo 22). Departamento de Análisis del Periódico Reforma.
- Glenn, M. MEMORANDUM OPINION AND ORDER REGARDING OWNERSHIP OF EARN ACCOUNT ASSETS. In re: CELSIUS NETWORK LLC, et al. Chapter 11 Case No. 22-10964 (MG) Entered 01/04/23 13:24:42
- Grant, P. (2023, abril 28). Korea's New Crypto Bill Passes Key Legislative Subcommittee. *Regulation Asia*. <https://www.regulationasia.com/koreas-new-crypto-bill-passes-key-legislative-subcommittee/>
- Laurent, F. (1881). *Cours élémentaire de droit civil, Tome premier*, Bruylant-Christophe Cie, Librairie A. Maresq Ainé.
- Mfula, C. y Savage, R. (2023, abril 12). Zambia to finish cryptocurrency regulation tests by June-minister. *Reuters*. <https://www.reuters.com/world/africa/zambia-finish-cryptocurrency-regulation-tests-by-june-minister-2023-04-12/>
- Naclerio, R. A. (2018). The Federal Reserve and its Founders: money, politics, and politics, *JSTOR*, 97-114.
- Narain, A. y Moretti, M. (2022, septiembre). Regulating crypto. The right rules could provide a safe space for innovation. *Finance & Development*, International Monetary Fund. <https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2022/09/Regulating-crypto-Narain-Moretti>
- Ontario Securities Commission (2023, mayo 23). Registered crypto asset trading platforms. OSC. <https://www.osc.ca/en/industry/registration-and-compliance/registered-crypto-asset-trading-platforms>
- Planiol, M. y Ripert, G. (2002). *Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Los Bienes, Tomo III*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito

- Federal-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a los Mercados de Criptoactivos. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un Régimen Piloto de las Infraestructuras del Mercado Basadas en la Tecnología de Registro Descentralizado. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020PC0594>
- Kaprun, Z. (2023, marzo 14). The Light is Flashing Yellow for Crypto in Singapore. *Forbes. Digital Assets*. <https://www.forbes.com/sites/digital-assets/2023/03/14/the-light-is-flashing-yellow-for-crypto-in-singapore/?sh=15d6c05062b7>
- Securities Exchange Commission (2022, octubre 3). *SEC Charges Kim Kardashian for Unlawfully Touting Crypto Security*. <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-183>
- Shukla, V., Kumar Misra, M., Chaturvedi, A. (2022, febrero 4). Journey of Cryptocurrency in India. In View of Financial Budget 2022-23. *Quantitative Finance*. Arxiv.org. <https://arxiv.org/abs/2203.12606>
- Today's Cryptocurrency Prices by Market Cap. <https://coinmarketcap.com/>
- Torrente Ruiz, A. (2005), *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer.
- Unidroit Principles on Digital Assets and Private Law. <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/digital-assets-and-private-law-public-consultation/>
- Vauplane, H. (2023). Les monnaies numériques et les cryptoactifs, *Revue D'économie Financière. Revue Trimestrielle De L'association Europe Finances Régulations*, 149.
- Vogt, M. E. y Porporato, M. (2022). Criptoactivos como fuente de financiamiento para pymes. El caso de Argentina. *Cuadernos de contabilidad*. 23.
- Webster, K. (2022, noviembre 14). What you just read is my cynical take on Sam Bankman-Fried's Series B pitch to the Sequoia partners via a Zoom call in July of 2021. *PYMNTS*. <https://www.pymnts.com/cryptocurrency/2022/sam-bankman-fried-ftx-and-the-demise-of-the-cool-kids/> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que

se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>

Wong, K. y Droulers, A. (2023, mayo 22). Hong Kong Lets Retail Investors Trade Crypto in New Rules. *Bloomberg*. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-05-23/hong-kong-to-step-up-push-for-crypto-hub-in-contrast-with-clampdowns-in-asia#xj4y7vzkg>

La inscripción genérica prevista en la Ley del Mercado de Valores

Generic Registration Provided for in the Mexican Securities Market Law

Luis Alonso **Suárez del Real Tostado**

 <https://orcid.org/0000-0001-9993-7490>

Escuela Libre de Derecho. México

Correo electrónico: lusdelreal95@gmail.com

Resumen: Los mercados de valores latinoamericanos están sujetos a una regulación sumamente técnica y compleja, que muchas veces importan conceptos sin aparente significado o explicación. Una figura particularmente relevante en los mercados de valores es la inscripción de valores en los registros nacionales conducentes; constituye uno de los pilares modernos del mercado de valores y conlleva trascendentales consecuencias que se materializan en la vida económica de un país. Al margen de lo anterior, la legislación nacional mexicana ha regulado especies de inscripciones que, a su vez, pueden adoptar diversas modalidades. Desde 1975, el derecho bursátil mexicano regula una inscripción denominada “preventiva bajo la modalidad de genérica”, que constituye un sintagma difícil de entender. No obstante lo anterior, dicha modalidad de inscripción de suma importancia para el desarrollo de un mercado de valores mexicano, al establecer un régimen de excepción para la oferta de valores. En el presente trabajo se analiza que significa dicho tipo de inscripción, y que consecuencias jurídicas entraña.

Palabras Clave: valores, inscripción, genérica, México, mercados.

Abstract: The Latin-American securities markets are subject to highly technical and complex regulations that, oftentimes, imply concepts with no apparent meaning or explanation. The securities registration before relevant national registries is a legal figure of particular importance for the securities markets; it constitutes the cornerstone of the modern securities markets and entails serious consequences accounting for the economic thriving of countries. In light of the foregoing, Mexican law has regulated different strains of registrations that, in its turn, may adopt a manifold of modalities. Since 1975, Mexican securities market laws regulate a registration denominated “preventive in the generic modality”, which is a difficult term to understand. Despite of the foregoing, such registration category is of great importance for the sound development of the

Mexican securities market, as it establishes an exception regime for securities offerings. In this work, such kind of registration and its legal consequences are analyzed.

Keywords: Securities, Registration, Generic, Mexico, Markets.

Recepción: 9 de agosto de 2022

Aceptación: 31 de octubre de 2022

Sumario: I. *Introducción*. II. *Aproximación preliminar a la inscripción genérica*. III. *Régimen vigente*. IV. *Consideraciones accesorias en torno a la inscripción genérica*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

La inscripción de valores en el Registro Nacional de Valores (RNV)¹ se encuentra prevista en la Ley del Mercado de Valores (LMV)², y es regulada con mayor detalle en las Disposiciones de Carácter General aplicables a las Emisoras de Valores y a otros Participantes del Mercado de Valores (las “Disposiciones”).

Dicha figura importa una de las más relevantes no sólo para el derecho bursátil mexicano moderno sino para el propio mercado de valores nacional. Conforme a la fracción XIII del artículo 2 de las Disposiciones, se entiende por inscripción de valores aquella anotación realizada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) en el RNV respecto de los valores de una emisora y sus características.

El acto registral anteriormente descrito conlleva diversas consecuencias de conforme a la legislación mexicana:

- Permite que los valores inscritos sean objeto de oferta pública en México.
- Convierte a los valores inscritos en objeto de intermediación de valores.³

¹ Debido a los largos nombres y terminologías complejas utilizadas en nuestro derecho bursátil, se ha optado por utilizar algunos términos definidos. Se ofrece una disculpa al lector por el uso de una práctica profesional en el ámbito académico.

² Cualesquiera referencias a la LMV y sus artículos, corresponderán la Ley del Mercado de Valores publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2005, con última reforma publicada el 9 de enero de 2019.

³ Conforme al Artículo 138 de la LMV, aquellas casas de bolsa que intervengan o

- Cataloga al suscriptor de los valores como una “emisora” para efectos de la LMV y de las Disposiciones.
- Asume a los valores inscritos como objeto de inversión por parte de inversionistas institucionales y, consecuentemente, permite que estos los adquieran.
- En algunos casos, presenta beneficios fiscales relacionados con la adquisición, enajenación y pago de los valores.
- Los valores inscritos deberán de ser listados en una Bolsa de Valores y, consecuentemente, podrán ser negociados en un mercado secundario.⁴

Es menester aclarar que la inscripción de valores resulta de un acto administrativo que lleva a cabo la CNBV, a través de la Dirección General de Emisoras y de conformidad con la legislación aplicable. El acto registral surte efectos (i) en la fecha colocación de los valores, en caso de que sean objeto de oferta pública, o (ii) en la fecha de su inscripción, en caso de que se coloquen sin que al efecto medie oferta pública.

No obstante, a lo anteriormente expresado, también es adecuado mencionar que la inscripción de valores en el RNV tiene efectos meramente declarativos y no así constitutivos. En ese sentido, el artículo 79 de la LMV prescribe que la inscripción de valores (i) no convalida actos jurídicos que sean nulos conforme a la legislación aplicable, (ii) no implica certificación sobre la bondad de los valores inscritos en el mismo, o certificación sobre la solvencia, liquidez o calidad crediticia de la emisora.

Si bien, la advertencia del párrafo anterior se incluye de forma literal en los documentos de divulgación mexicanos, es válido preguntarse el porqué de dicha disposición. Lo anterior, considerando que en México existe un regulador en la materia que autoriza cada inscrip-

realicen operaciones con valores no inscritos podrán verse suspendidas o limitadas en sus actividades. Lo anterior, en el entendido, sin embargo, que las acciones representativas de capital social de personas morales no inscritas en el RNV también pueden ser sujetas de intermediación de valores.

⁴ Considerando que existe también el sistema internacional de cotizaciones, a través del cual se pueden listar y negociar valores que (i) no inscritos en el RNV, (ii) los emisores y el mercado de origen reciban reconocimientos de la Comisión, y (iii) satisfagan los requisitos del reglamento de la bolsa de valores

ción que se realiza en el RNV. La respuesta la proporciona Jesús de la Fuente, al analizar el enfoque adoptado en México en torno a la inscripción de valores. De la Fuente expresa que en México se ha adoptado el “enfoque de relevación de información”, al amparo del cual las autoridades permiten el acceso de valores al mercado, siempre y cuando el emisor revele al público inversionista toda la información relevante para la toma de decisiones de inversión (Fuente Rodríguez, 2002, pp. 613-614). Dicho enfoque se contraponen al “enfoque de mérito”, conforme al cual las autoridades evalúan la bondad de los valores y de los emisores previo a otorgarles un registro que permita llevar a cabo ofertas públicas o actividades de intermediación de valores; es decir, evalúan méritos del valor y emisor, como solvencia y liquidez del emisor o la circulación que alcanzará el valor (Fuente Rodríguez, 2002, pp. 613-614).

Dejando de lado las consideraciones secundarias en torno a la naturaleza de la institución, hemos de mencionar que la inscripción de valores en el RNV conlleva también la aplicación de un régimen jurídico especial a cargo del emisor. Dicho régimen puede traducirse en obligaciones, restricciones y sanciones. Un ejemplo de ello es la aplicación del Capítulo III del Título IV de la LMV; en el entendido, sin embargo, que existen excepciones a la regla.

Entrados en materia, y según lo expresado anteriormente, la inscripción consiste en un acto administrativo por virtud del cual se anotan determinados valores en el RNV. Nuestra legislación cataloga y regula a la inscripción de valores como un género, respecto del cual, consistentemente con la práctica internacional, existen especies o categorías especiales:

- Inscripción común: aquella relativa a una serie de valores que serán objeto de una oferta pública.
- Inscripción sin oferta: aquella relativa a valores que, no siendo objeto de oferta pública, serán colocados e inscritos en el RNV.

Inscripción preventiva: esta se subdivide en tres modalidades:

- *Conforme a la modalidad de listado previo*: aquella relativa a acciones de sociedades anónimas, que permite a dichas acciones ser objeto de oferta pública por un plazo determinado.
- *Conforme a la modalidad de programa de colocación*: aquella relativa a valores, que permite al emisor respectivo emitirlos y

colocarlos en una o más series, en forma sucesiva, durante un plazo y por un monto máximo.

- *Conforme a la modalidad de genérica*: aquella a valores de un mismo tipo o clase, sean parte o no de un programa de colocación, emitidos por ciertas personas previstas en la LMV. En lo sucesivo, la inscripción preventiva conforme a la modalidad de genérica será referida en el presente opúsculo como la “Inscripción Genérica”.

De las especies o categorías especiales anteriormente descritas, la preventiva es la que entraña un elemento de peculiar importancia en nuestro mercado de capitales, ya que permite llevar a cabo la emisión y colocación de diversas series de valores con sendas facilidades. Adicionalmente, cuenta con tres modalidades distintas que añaden complejidad a su análisis y entendimiento.

Como se anticipaba líneas arriba, la inscripción preventiva no es única de nuestro país, al ser un criterio derivado de la práctica internacional. Como ejemplo, tenemos a la *shelf registration* regulada en la Regla 415 (*Rule 415*) de la Ley de Valores de 1933 de los Estados Unidos de América (*U.S. Securities Act of 1933*)⁵, por virtud de la cual se permite a los emisores llevar a cabo ofertas de valores continuas o diferidas (*continuous or on a delayed basis*) en el futuro; en el entendido, sin embargo, que en ciertos casos sólo se pueden ofrecer y vender valores objeto de dicha *shelf registration* dentro de los tres años siguientes a la fecha efectiva de la declaración de inscripción (*registration statement*).

Nos atrevemos a afirmar que la *shelf registration* no es solo un ejemplo de las prácticas internacionales en materia de inscripción de valores, sino un verdadero precedente de la inscripción preventiva en nuestro país. Lo anterior, sustentando en que México contó con regulación en materia de inscripción preventiva hasta 2005, con la LMV.⁶

⁵ Regla 415 de la Ley del Mercado de Valores de 1933 de los Estados Unidos de América, consultado el 26 de julio de 2022, en la página de internet: [https://www.ecfr.gov/current/title-17/chapter-II/part-230#p-230.415\(a\)\(1\)\(x\)](https://www.ecfr.gov/current/title-17/chapter-II/part-230#p-230.415(a)(1)(x)).

⁶ Sin embargo, resulta relevante mencionar que la abrogada Ley del Mercado de Valores de 1975 sí preveía un antecedente para la actual inscripción preventiva en modalidad de genérica.

El precedente sin lugar a duda permite entender de mejor forma dicha categoría de inscripción. Sin embargo, el principal tema se presenta al analizar las modalidades de la inscripción preventiva, que son tres distintas difícilmente encontradas en otras jurisdicciones. El presente opúsculo se centra, precisamente, en un análisis general de la Inscripción Genérica.

II. Aproximación preliminar a la inscripción genérica

La modalidad de inscripción preventiva tiene como antecedente la Ley del Mercado de Valores de 1975. Dicha ley regulaba la inscripción de valores en el anteriormente llamado “Registro Nacional de Valores e Intermediarios” de forma somera. Únicamente preveía lo siguiente en su original artículo 15:

Los valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal, por las Instituciones de Crédito y de Seguros, por las organizaciones auxiliares de crédito y por las sociedades de inversión, se inscribirán en la Sección de Valores, sin necesidad de satisfacer los requisitos a que se refiere el Artículo 14, salvo que se trate de acciones, en cuyo caso debe cumplirse con lo que se señala en las fracciones III y V de dicho artículo.

Asimismo, se inscribirá en la Sección de Valores y sin que para ello sea necesario el cumplimiento de ningún requisito de los consignados en el Artículo 14, cualquier otro título suscrito o emitido por una institución de crédito, representativo de un pasivo a cargo de esta y susceptible, a juicio del Banco de México, S.A., de alcanzar amplia circulación.⁷

En síntesis, se preveía un régimen de excepción para los valores que fueran emitidos o garantizados por cuatro categorías específicas de personas: gobierno federal, instituciones de créditos y de seguros, organizaciones auxiliares de crédito y sociedades de inversión. El artículo 15 de la abrogada ley permitía que dichas personas inscribieran valores de forma “directa” en el registro relevante, sin necesidad de cumplir con los requisitos generales para valores de otros emisores.

⁷ Ley del Mercado de Valores, publicada en el Diario Oficial de la Federación (el “DOF”) el 2 de enero de 1975. Consultado el 25 de julio de 2022 en la página de internet: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=204170&pagina=24&seccion=0

Desafortunadamente, no existe doctrina o literatura que explique con mayor detalle el régimen del artículo 15 de la abrogada ley, o exposición de motivos que abunde sobre su regulación. Nos permitiremos deducir, con base en el artículo 15 en comento, que el régimen de excepción ahí previsto se encontraba vinculado a (i) la reconocida solvencia y carácter institucional de la persona sujeta al régimen de excepción, (ii) la especialización de la persona en la emisión de valores o el sector financiero, y (iii) una intención gubernamental por promover el crecimiento del mercado de valores mexicano.

Sobra decir que, conforme al artículo 15 de la abrogada ley, los sujetos beneficiados por la excepción estaban autorizados para inscribir, sin limitación alguna, cualquier tipo de valores en el Registro, sin estar obligados a cumplir con requisito alguno u obligación subsecuente. Hasta esta fecha, la Ley de Valores de los Estados Unidos no prevé un régimen similar.

Regresando a la evolución del precedente, el artículo 15 de la abrogada ley sufrió modificaciones ulteriores previas a la emisión de la Ley del Mercado de Valores, de tal forma que texto terminó en los siguientes términos:

Los valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal o por el Banco de México, los valores representativos de un pasivo a cargo de instituciones de crédito a plazo igual o menor a un año, así como las acciones representativas del capital social de sociedades de inversión, se inscribirán en el Registro Nacional de Valores, bastando la comunicación correspondiente a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en los términos y condiciones que la misma determine mediante reglas de carácter general, por lo que no será aplicable lo previsto por los artículos 14 a 14 Bis 4 de esta Ley.⁸

La esencia del texto original se mantuvo, con ciertas variaciones menores que dejan ver la transición a la regulación actual. En este punto vale la pena mencionar que, pese a no existir una denominación específica para la inscripción del artículo 15 de la abrogada ley, para efectos registrales se asentaba como “inscripción genérica”.

⁸ Ley del Mercado de Valores, publicada en el DOF el 2 de enero de 1975 y con última reforma el 28 de diciembre de 2004; abrogada a partir del 28 de junio de 2006 por decreto publicado en el DOF el 30 de diciembre de 2005.

Así mismo, es menester aclarar que la inscripción del artículo 15 de la abrogada ley no resultaba en letra muerta, toda vez que conforme a información disponible en el RNV,⁹ de 1977 a 2005, se realizaron aproximadamente 297 asientos para inscripciones conforme al artículo 15 de la abrogada ley.

Sustentado en el precedente y en la evidencia de uso de la figura legal en comento, en el proyecto de iniciativa de la LMV se reguló con mayor detalle la inscripción contenida en el artículo 15 de la LMV. El legislador mexicano consideró conveniente catalogarla como una modalidad de la nueva inscripción preventiva, bautizándola como “inscripción preventiva conforme a la modalidad de genérica”. Dejó de ser un simple régimen de excepción en materia de inscripción, para pasar a ser una institución nominada y regulada en los artículos 93 y 94. Eso sí, dicha institución nominada seguía caracterizada por importar un régimen de excepción ligado a criterios de carácter subjetivo.

Salvo por ligeras modificaciones en 2014, desde 2005 el régimen aplicable a la Inscripción Genérica se ha mantenido intacto. Con más de 17 años de vigencia, el régimen consiste en una mezcla de la LMV y de las Disposiciones.

A reserva de realizar del análisis legal detallado de la Inscripción Preventiva, en este punto podemos concluir, de manera preliminar, que la Inscripción Genérica es una modalidad de inscripción preventiva, a la cual pueden acceder personas que cumplen con determinados requisitos y que importa un régimen de excepción en materia de inscripción de valores. Así mismo, los elementos de su nomenclatura se explican de la siguiente forma:

- Preventivo: debido a la categoría en la que se clasificó a dicho régimen de excepción, y que se encuentra relacionado con la posibilidad de emitir valores en un momento futuro a aquel de la inscripción.
- Genérico: Por el objeto de la excepción, toda vez que se refiere a valores generales que podrán ser emitidos por la persona que obtenga la Inscripción Genérica. En otras palabras, se puede emitir de firma irrestricta un género de valores.

⁹ Conforme a información disponible en el sitio de internet del Registro Nacional de Valores <https://stivconsultasexternas.cnbv.gob.mx/ConsultaValores.aspx>, consultado el 25 de julio de 2022.

Habiendo concluido esta primera aproximación al sintagma “inscripción preventiva en modalidad genérica”, tanto en un contexto de precedentes como de significado general, procederemos a analizar el régimen legal.

III. Régimen vigente

Como se anticipó en la sección anterior, la Inscripción Genérica se encuentra regulada en los artículos 93 y 94 de la LMV, así como en el artículo 10 de las Disposiciones. En comparación con otras figuras jurídicas, es un régimen bastante breve, pero no por ello más sencillo de comprender. En ello sustentamos la necesidad de la presente explicación.

Considerando las aproximaciones que se han realizado al sintagma de la Inscripción Genérica, procederemos a analizar la regulación mexicana aplicable. Para efectos de claridad, hemos fragmentado el régimen en diversos componentes que serán analizados de forma individual. A saber, serán (i) los efectos de la Inscripción Genérica, (ii) los sujetos que pueden acceder a la Inscripción Genérica, (iii) los beneficios y excepciones que importa la Inscripción Genérica, y (iv) los procedimientos y trámites administrativos relacionados con la Inscripción Genérica.

1. Efectos de la Inscripción

La Inscripción Genérica implica, al igual que cualquier otra inscripción regulada por la LMV, una anotación en el RNV respecto de los valores de una emisora y sus características.

No obstante, a diferencia de las demás inscripciones, la Inscripción Genérica implica efectos más amplios. La Inscripción Genérica versará sobre valores de un mismo tipo y clase, ya sea en la modalidad de programa o no, que podrán ser emitidos y colocados de manera ilimitada. En otras palabras, el emisor que obtenga una Inscripción Genérica podrá emitir y colocar valores del tipo y clase inscrita de forma irrestricta, sin estar sujeto a monto o plazo alguno.

El resto de las modalidades de inscripción preventiva conlleva limitaciones en el monto máximo de los valores a ser emitidos, así

como el plazo para realizar las emisiones, que normalmente es de cinco años.

Encontramos ahí un particular efecto de la Inscripción Genérica: la apertura de una puerta irrestricta e ilimitada al mercado, al menos por lo que respecta al regulador bursátil. Sin embargo, hemos de precisar que existirán limitaciones externas, como el apetito de mercado y la regulación aplicable al emisor.

2. Sujetos

Entendidos los efectos de la Inscripción Genérica, analizaremos a los sujetos que pueden acceder a la misma. Hemos agrupado a los sujetos por categoría de persona, realizando algunos comentarios o explicaciones sobre la categoría y los valores correspondientes.

A. Los Estados Unidos de México

Conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM¹⁰) y la Ley Federal de Deuda Pública (LFDP),¹⁰ corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), la emisión de valores de los Estados Unidos Mexicanos (México). En virtud de lo anterior, son los valores emitidos por la SHCP aquellos que pueden ser objeto de la Inscripción Genérica.¹¹

Como dato adicional, la emisión, colocación, compra y venta de los valores representativos de deuda interna, son funciones privativas del Banco de México, de conformidad con la Ley del Banco de México (LBM).¹²

¹⁰ Ley Federal de Deuda Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1976, con última reforma publicada el 30 de enero de 2018.

¹¹ Únicamente existen cuatro asientos en el RNV correspondientes a inscripciones genéricas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El último de ellos de fecha 22 de mayo de 2006, correspondiente a pagarés emitidos por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Dichos pagarés efectivamente fueron objeto de oferta pública y eran aptos para ser listados en la Bolsa Mexicana de Valores, S.A.B. de C.V.

¹² Ley del Banco de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1993, con última reforma publicada el 10 de enero de 2014.

B. Personas que emitan valores garantizados por los Estados Unidos Mexicanos

Conforme a la LFDP y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF),¹³ también corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la SHCP, otorgar la garantía de México; en el entendido, sin embargo, que sólo se prevé la garantía en el contexto de operaciones crediticias celebradas con (i) organismos internacionales de los que México sea parte, (ii) entidades públicas o privadas nacionales, o (iii) países extranjeros.

Conforme al artículo 49 de la Ley de la Tesorería de la Federación,¹⁴ los documentos que amparen garantías o avales a cargo de México habrán de ser suscritos por la SHCP, a través de la Tesorería de la Federación y de las unidades administrativas correspondientes.

Pese a no existir mayor regulación para el otorgamiento de garantías, queda claro que las personas que podrán acceder a la Inscripción Genérica conforme al presente numeral son aquellas que emitan valores garantizados por México conforme a la LFDP y la Ley de la Tesorería de la Federación.¹⁵

C. Banco de México

El Banco de México es un órgano constitucional autónomo regulado por la CPEUM y la LBM. Conforme al artículo 7 de la LBM, el Banco de México está autorizado para emitir bonos de regulación monetaria (BREMS), con el único objetivo de regular la liquidez en el mercado y facilitar el manejo de operaciones en el mercado. En adición a dicha categoría de valor, el Banco de México no está autorizado a emitir valores.

Consecuentemente, conforme al artículo 93 de la LMV, los BREMS del Banco de México pueden ser objeto de Inscripción Genérica en el RNV. Resta mencionar que desde el 20 de junio de 2000, existe una

¹³ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976, con última reforma publicada el 5 de abril de 2022.

¹⁴ Ley de la Tesorería de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2015.

¹⁵ Caso reciente son los Certificados Bursátiles Fiduciarios emitidos por el Fondo Nacional de Infraestructura, que cuentan con el aval de México.

Inscripción Genérica de carácter global para todos los BREMS emitidos por el Banco de México.

D. Instituto para la Protección al Ahorro Bancario

El Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (IPAB) es un organismo descentralizado de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Se regula por la Ley de Protección al Ahorro Bancario,¹⁶ que en su artículo 68 faculta al IPAB para suscribir título de crédito con motivo de apoyos preventivos y programas de saneamiento financiero, en beneficio de instituciones de crédito o de sociedades en cuyo capital participe el IPAB. Dichos títulos de crédito son denominados Bonos de Protección al Ahorro (BPA) y deben de ser suscritos por el titular de la Secretaría Adjunta de Protección al Ahorro Bancario, ya sea con el titular de la Secretaría Adjunta Jurídica o con el secretario ejecutivo.

El IPAB cuenta con BPAs objeto de Inscripción Genérica global, misma que data del 24 de febrero de 2000.

E. Organismos Financieros Multilaterales de los que México sea parte

Pese a que la LMV no prevé una definición de Organismo Financiero Multilateral, la definición más próxima se ubica en el Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria,¹⁷ que define a los “Organismos Financieros Internacionales” de la siguiente manera:

Artículo 2. [...] XVII. Organismos financieros internacionales: las instituciones multilaterales, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento o Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, así como los fondos u organismos similares o filiales que involucran el otorgamiento de financiamiento, que tienen

¹⁶ Ley de Protección al Ahorro Bancario, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1999, con última reforma publicada el 11 de mayo de 2022.

¹⁷ Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de marzo de 2006, con última reforma publicada el 27 de febrero de 2022.

como objetivo fundamental promover el progreso económico, social y la protección ambiental de sus países miembros, a través del otorgamiento de donativos, cooperaciones técnicas y préstamos a los gobiernos de dichos países;¹⁸

Al amparo de lo anterior, se deberá de entender por Organismos Financieros Multilaterales, aquellas instituciones multilaterales que otorguen financiamiento, y que tengan como objetivo promover el progreso de los países que sean miembros del mismo.

Para ¿ poder acceder a la Inscripción Genérica, los Organismos Financieros Multilaterales deben de cumplir con dos requisitos: (i) que México sea parte de dicho Organismo Financiero Multilateral, ya sea por haber sido parte del tratado o acuerdo constitutivo, o por adherirse al mismo en un momento posterior, y (ii) que el tratado o acuerdo constitutivo faculte a dicho Organismo Financiero Multilateral a emitir los valores que se pretendan inscribir.

A la fecha del presente, los siguientes Organismos Financieros Multilaterales cuentan con valores con Inscripción Genérica:

- Corporación Financiera Internacional.
- Banco Centroamericano de Integración Económica.
- Banco Interamericano de Desarrollo.
- Corporación Andina de Fomento.
- Corporación Interamericana de Inversiones.

F. Instituciones de Banca Múltiple

Toda vez que el artículo 93 se refiere a Instituciones de Crédito, comprende también a Instituciones de Banca Múltiple reguladas por la Ley de Instituciones de Crédito, mismas que se encuentran autorizadas para realizar la emisión de valores.

Para que una Institución de Banca Múltiple obtenga la Inscripción Preventiva de valores, es necesario que los valores cumplan con un requisito, consistente en tener un plazo de vencimiento igual o menor a un año. A esta fecha, existen diversas Instituciones de Banca Múltiple

¹⁸ Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, publicada en el DOF el 28 de junio de 2006, y con última reforma el 13 de noviembre de 2020.

ple que cuentan con Inscripción Genérica de “certificados bursátiles bancarios”.

G. Instituciones de Banca de Desarrollo

Conforme al criterio aplicado para las Instituciones de Banca Múltiple, las Instituciones de Banca de Desarrollo están autorizadas para obtener la Inscripción Preventiva. Los valores objeto de Inscripción Genérica deberán de cumplir con el requisito descrito en el apartado 6 anterior. A esta fecha, existen diversas Instituciones de Banca de Desarrollo que cuentan con Inscripción Genérica de “certificados bursátiles de banca de desarrollo”.

H. Fondos de inversión

Anteriormente denominados como sociedades de inversión, los ahora llamados fondos de inversión son sociedades anónimas que tienen por objeto exclusivamente la adquisición y venta habitual y profesional de valores inscritos en el RNV o listados en alguna Bolsa de Valores, así como demás cosas objeto de comercio que sean susceptibles de formar parte de su patrimonio conforme a la legislación aplicable. Los fondos de inversión son regulados por la Ley de Fondos de Inversión (LFI)¹⁹, y llevan sus actividades con recursos provenientes de la colocación a persona indeterminada de acciones representativas de su capital social.

Conforme a la fracción VI del artículo 15 de la LFI, los fondos de inversión únicamente pueden emitir valores representativos de deuda a su cargo, para el cumplimiento de su objeto, mismos podrán ser objeto de Inscripción Genérica.

I. Sociedades de inversión especializadas en fondo para el retiro

Este apartado se refiere a las sociedades de inversión administradas y operadas por administradoras de fondos para el retiro (SIEFO-

¹⁹ Ley de Fondos de Inversión, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de junio de 2001, con última reforma publicada el 20 de mayo de 2021.

RES), que tienen como objetivo invertir los recursos provenientes de las cuentas individuales que reciban en términos de las leyes de seguridad social y de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (LSAR).²⁰ Las SIEFORES también pueden obtener la Inscripción Genérica de valores.

J. Organismos autónomos

Conforme al artículo 94 de la LMV, los “organismos autónomos” pueden también acceder a la Inscripción Genérica de valores, cuando de acuerdo con las leyes que los rijan se les permita contratar deuda pública a su cargo. La LMV no define qué se debe de entender por “Organismos Autónomos”.

Aunque un impulso inicial nos orillaría a pensar en “organismos constitucionalmente autónomos”, una revisión de la LFDP nos demuestra que estos no pueden contratar deuda pública, por lo que no resulta aplicable. Agrega un grado de complejidad la ausencia de Inscripciones Genéricas por parte de “Organismos Autónomos”.

Realizando un análisis sistemático de la LFDP y de la LOAPF, podría interpretarse que por organismos autónomos la LMV se refiere a organismos descentralizados, que tienen personalidad jurídica y patrimonio propios. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 11 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, las entidades paraestatales gozan de autonomía de gestión.

Lo anterior, adicionado a la fracción III de la LFDP, permite sustentar que las personas que pueden obtener la Inscripción Genérica conforme al presente apartado son los organismos descentralizados. A esta fecha, existen aproximadamente 79 organismos descentralizados, de los cuales cinco están en proceso de desincorporación.

K. Países extranjeros o niveles de gobiernos extranjeros

Finalmente, los países extranjeros y demás niveles de gobierno que les correspondan pueden acceder a la Inscripción Genérica de valo-

²⁰ Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 1996, con última reforma publicada el 16 de diciembre de 2020.

res. La LMV no prevé que se debe de entender por “país extranjero” o “niveles de gobierno que les correspondan”.

Si bien, dicha interpretación incumbe a la SCHP, consideramos que la “Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados”, también denominada Convención de Montevideo, habrá de guiar en la determinación de qué es un país extranjero y cuáles son sus niveles de gobierno.

Consideramos, pues, por “País Extranjero” aquellos estados que sean personas de derecho internacional conforme a la Convención de Montevideo y que hayan sido reconocidos por México conforme al mismo. Los niveles de gobierno habrán de ser aquellos que el propio país extranjero determine.

Resulta relevante mencionar que, a esta fecha, ningún país extranjero ha obtenido la Inscripción Genérica de valores. Sólo existen dos Inscripciones Genérica realizadas al amparo del presente apartado: (i) la del Banco de Desarrollo de Corea (KDB), y (ii) la del Banco de Exportaciones e Importaciones de Corea (KEXIM).

El análisis que precede permite realizar cuatro consideraciones en torno a la Inscripción Genérica. Primero, que el catálogo es un número “*clausus*”, por lo que únicamente los sujetos expresamente previstos en los artículos 93 y 94 de la LMV, y que se encuentran listados líneas arriba, pueden obtener la Inscripción Genérica. Excepcionalmente, se permite a la SHCP contemplar supuestos adicionales en las Disposiciones, cosa que no ha sucedido a esta fecha.

Segundo, que la Inscripción Genérica está reservada para las siguientes categorías de personas: (i) entes soberanos nacionales o extranjeros, listados en los numerales 1, 3, 4, 10 y 11 anteriores, (ii) entes no soberanos respaldados por México, listados en los numerales 2, 5 y 7 anteriores, y (iii) otros entes no soberanos, de reconocida solvencia y autorizados por México, listados en los numerales 6, 8 y 9.

Tercero, que todas las personas facultadas para obtener la Inscripción Genérica de valores cumplen con bases o criterios objetivos de solvencia y honor de deuda, ya sea por su pertenencia o respaldo por un ente soberano, o por el régimen legal y regulatorio al que se encuentran sujetos.

Cuarto, algunas de las personas con derecho a obtener la Inscripción Genérica de Valores cuentan con limitaciones regulatorias para la emisión de valores.

3. Excepciones y Beneficios

Ahora analizaremos las excepciones y beneficios que importa la Inscripción Genérica. A reserva de ahondar en ellos en las siguientes líneas, dichas excepciones y beneficios consisten en la inaplicabilidad de determinadas disposiciones de la LMV, que puede traducirse en (i) la exención de requisitos para la obtención de la inscripción, o (ii) la liberación en el cumplimiento de obligaciones aplicables a emisores.

A continuación, se describen las excepciones y beneficios que conlleva la Inscripción Genérica de valores; en el entendido, sin embargo, que las mismas sólo son aplicables a los valores que sean objeto de la inscripción y no así a los otros valores del emisor que sean objeto de una inscripción distinta:

A. Difusión de información

Toda vez que no es aplicable el artículo 6 de la LMV, no se requiere la autorización previa de la CNBV para la difusión de información con fines de promoción, comercialización o publicidad sobre los valores objeto de la inscripción.

B. Solicitud de autorización

Debido a la inaplicabilidad del artículo 85, no será necesaria la presentación de una solicitud de autorización que cumpla con los requisitos tradicionales. Sólo bastará que el emisor entregue una notificación previa y por escrito a la CNBV, señalando las características de los valores objeto de emisión. Lo anterior, en el entendido que previo a la oferta pública o colocación de los valores, será necesario un acto administrativo de la CNBV autorizando la Inscripción Genérica y la oferta pública de los mismos.

C. Documentos de oferta

Con motivo de la inaplicabilidad de los artículos 86 y 88 de LMV, no deberá de prepararse prospecto de colocación, folleto o suplemento informativo alguno en relación con los valores. No obstante lo anterior, debido a las prácticas de mercado, resulta necesaria la publicación de un aviso de oferta pública, así como de un aviso de colocación con fines informativos. Según resulte conveniente para el emisor, la preparación de documentos adicionales de divulgación podrá prepararse y distribuirse entre el público inversionista, a efectos de atraer inversión en los valores.

D. Dictamen de auditoría y opinión legal

Al amparo de la Inscripción Genérica, las emisoras están exentas del artículo 87 de la LMV, por lo que no deben de presentar un dictamen de auditoría externa, ni una opinión legal expedida por licencia en derecho externo.

E. Listado de valores

Salvo por lo que hace a SIEFORES, los valores objeto de Inscripción Genérica no deberán de ser listados en Bolsa de Valores alguna, ni será necesario obtener un dictamen favorable de alguna Bolsa de Valores.

F. Información periódica

Al amparo de la Inscripción Genérica, las emisoras están exentas en la presentación de información periódica, incluyendo reportes trimestrales, reportes anuales, reportes sobre eventos relevantes, entre otros.

G. Suspensión de inscripción

La CNBV no podrá decretar, como medida precautoria, la suspensión de la Inscripción Genérica. Consecuentemente, no será suspendida su cotización en bolsas de valores, de haber sido listados.

H. Listado

Salvo por lo que hace a SIEFORES, los valores objeto de Inscripción Genérica no deberán de ser listados en Bolsa de Valores alguna.

4. Procedimientos y trámites administrativos

Pese a que la Inscripción Genérica conlleva considerables beneficios y excepciones, ciertos procedimientos y trámites administrativos deben ser llevados a cabo para lograr la misma.

Por una parte, la Inscripción Genérica deberá de obtenerse mediante el acto administrativo relevante de la CNBV. Por la otra parte, una vez lograda la Inscripción Genérica, ciertos requisitos habrán de ser cumplimentados en relación con cada emisión y colocación de valores.

A continuación, se incluye una breve descripción de los procedimientos y trámites administrativos conducentes.

A. Autorización de Inscripción Genérica

De conformidad con lo expresado anteriormente, la emisión y colocación de valores objeto de Inscripción Genérica precisa de un acto administrativo previo de la CNBV, consistente en la anotación de los valores en el RNV. En otras palabras, previo a poder realizar la emisión de valores conforme a una Inscripción Genérica, se requiere un oficio de autorización emitido por la CNBV por virtud de la cual se autorice la Inscripción Genérica y la oferta pública de los mismos.

En este punto entran en juego los beneficios y excepciones descritas en el apartado anterior, toda vez que bastará la entrega de una solicitud simple a la CNBV. Con base en dicha solicitud, la CNBV de-tonará un proceso de revisión que, sujeto a la posibilidad de realizar requerimientos adicionales al emisor, derivará en la emisión del oficio de autorización antes referido.

B. Emisiones al amparo de la Inscripción Genérica

En adición a la obtención de autorización de la CNBV para la Inscripción Genérica y de conformidad con las Disposiciones, el emisor

deberá de notificar a la CNBV, por medios electrónicos, sobre cada emisión y colocación de valores. Dicha notificación deberá de realizarse dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de emisión que corresponda.

Las Disposiciones establecen que, una vez realizada la notificación que hemos referido, la CNBV llevará a cabo la inscripción de los valores en el RNV. Si bien, esto podría parecer contrario a nuestra afirmación sobre la necesidad de obtener una autorización previa de la CNBV, se explica por la naturaleza de la inscripción preventiva. Según se explicó anteriormente, la inscripción preventiva es de una naturaleza tal, que surte efectos con cada emisión de valores objeto de la misma.

5. Corolario

Considero que el análisis de los elementos que precede proporciona un entendimiento amplio sobre la Inscripción Genérica regulada en la LMV. Entendidos los antecedentes, significado, alcances y elementos, el objeto principal del presente opúsculo ha sido completado.

IV. Consideraciones accesorias en torno a la inscripción genérica

En este último apartado expondremos algunas consideraciones adicionales y puntuales en torno a la Inscripción Genérica. Dichas consideraciones no son exhaustivas y únicamente pretenden fomentar la discusión y análisis crítico de la Inscripción Genérica. Por lo anterior, serán presentadas de forma sumaria en puntos.

La inexistencia de un plazo máximo para la vigencia de la Inscripción Genérica ha resultado en que, a esta fecha, se mantengan como vigentes Inscripciones Genéricas antiquísimas y que, en algunos casos, corresponden a emisores ahora inexistentes. Si bien, esto no tiene mayores consecuencias, para efectos de claridad en el RNV, podría resultar conveniente implementar un sencillo proceso de renovación, de tal forma que Inscripciones Genéricas inutilizadas o correspondientes a emisoras ya no existentes no se mantengan vigentes.

La Inscripción Genérica se encuentra, desde sus precedentes, indefectiblemente unida a las ofertas de suscripción o enajenación de valores. En línea con lo anterior, dicha inscripción conlleva interesantes beneficios y exenciones para los emisores autorizados, pero únicamente en el contexto de la oferta para suscripción de valores.

Sin embargo, nuestra LMV no aborda la relación de la Inscripción Genérica con ofertas públicas de adquisición de los valores correspondientes. Si bien, se podría argüir que, por mayoría de razón, los valores objeto de Inscripción Genérica no deberían de estar sujetos a los procedimientos tradicionales de oferta de adquisición de valores, conforme al Artículo 11 del Código Civil Federal, las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a ningún caso que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

La ausencia de regulación en ese sentido resultaba coherente en la abrogada Ley del Mercado de Valores, toda vez que no regulaba las ofertas públicas de adquisición, pero en nuestra actual LMV el caso es distinto.

V. Conclusiones

Primera. La inscripción de valores es un elemento esencial de nuestro derecho bursátil. Sin ella, se verían coartadas las posibilidades de inversión en el país, así como las expectativas de crecimiento.

Segunda. Parte de nuestra regulación en materia de inscripción, en particular aquella referente a la inscripción preventiva, tiene como precedente la regulación de Estados Unidos de América en materia de valores.

Tercera. Desde 1975, la legislación nacional prevé un régimen de excepción para la inscripción de valores. Originalmente regulada en el Artículo 15 de la abrogada Ley del Mercado de Valores, la inscripción genérica permitía el registro de valores sin necesidad de cumplir requisitos tradicionales y de aplicación general.

Cuarta. En 2005, el régimen de excepción del artículo 15 de la abrogada Ley del Mercado de Valores se vio transformado en una modalidad de inscripción preventiva, denominada “genérica”. Dicha modalidad tiene una regulación sucinta y compleja, que se traduce en un obstáculo para la debida comprensión.

Quinta. La Inscripción Genérica versa sobre valores de un mismo tipo y clase, permitiendo que el emisor correspondiente realice emisiones y colocaciones de forma irrestricta.

Sexta. La Inscripción Genérica sólo puede ser obtenida por sujetos que se encuentren dentro de las categorías previstas en la LMV, que incluyen (i) entes soberanos, sean nacionales o extranjeros, (ii) entes no soberanos con garantía de entes soberanos, y (iii) entes no soberanos regulados y supervisados en México.

Séptima. La Inscripción Genérica constituye un régimen de excepción, al amparo del cual el emisor de los valores no debe de cumplir con disposiciones de la LMV o de las Disposiciones, incluyendo (i) autorización de información para difusión, (ii) formalidades en la solicitud a la CNBV, (iii) preparación de documentos de policitud, (iv) listado de valores, y (v) cumplimiento de obligaciones periódicas.

Octava. No obstante, a las excepciones, los emisores requieren de actos administrativos favorables para obtener la Inscripción Genérica, así como cumplir ciertos requisitos administrativos al amparo de cada oferta y colocación.

Novena. Existen áreas de oportunidad en la regulación de la Inscripción Genérica, que comprenden lagunas legales y omisiones.

VI. Bibliografía

- Fuente Rodríguez, J. (2002). *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Ahorro y Crédito Popular, T. I Grupo Financieros* (4a. ed.). Porrúa.
- Ley de Fondos de Inversión, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de junio de 2001, con última reforma publicada el 20 de mayo de 2021.
- Ley de la Tesorería de la Federación, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre de 2015.
- Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, *Diario Oficial de la Federación*, 23 de mayo de 1996, con última reforma publicada el 16 de diciembre de 2020.
- Ley de Protección al Ahorro Bancario, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de enero de 1999, con última reforma publicada el 11 de mayo de 2022.

- Ley del Banco de México, *Diario Oficial de la Federación*, 23 de diciembre de 1993, con última reforma publicada el 10 de enero de 2014.
- Ley del Mercado de Valores, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre de 2005, con última reforma el 9 de enero de 2019.
- Ley del Mercado de Valores, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 2 de enero de 1975, abrogada a partir del 28 de junio de 2006 por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 2005.
- Ley Federal de Deuda Pública, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1976, con última reforma publicada el 30 de enero de 2018.
- Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de marzo de 2006, con última reforma publicada el 27 de febrero de 2022.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de diciembre de 1976, con última reforma publicada el 5 de abril de 2022.
- Ley del Mercado de Valores de 1933 de los Estados Unidos de América.