

Revista de Derecho Privado

Cuarta Época
año X • núm. 22 • julio-diciembre 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. 22, julio-diciembre 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: Ricardo Hernández Montes de Oca, Katherine Ávalos, Samara Rodríguez

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
Secretaría 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. Francisco 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-Cuellar 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: 15 de diciembre 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

La posesión en derecho romano clásico y en derecho civil mexicano	3
Jorge ADAME GODDARD	
Responsabilidad social, empresarial, derechos humanos y empresas en México	33
Ma. Susana DÁVALOS TORRES	
Las sociedades en comandita en México	63
Carlos A. GABUARDI	
La digitalización del dólar americano y su impacto en los distintos países	127
Roberto SANROMÁN ARANDA	
El derecho de autor frente a las nuevas tecnologías en Cuba	147
Reynaldo Manuel TARRAGO AYRA	

Artículos

La posesión en derecho romano clásico y en derecho civil mexicano

Possession in Classical Roman Law and in Mexican Civil Law

Jorge Adame Goddard

 <https://orcid.org/0000-0002-6515-0945>

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

Resumen: Como parte de un estudio comparativo entre el régimen de posesión en los códigos civiles mexicanos y el régimen en el derecho romano clásico, se presenta aquí una exposición sintética del régimen en el derecho romano clásico, que distingue dos tipos de posesión, la pretoria o interdictal, que es simplemente una posesión protegida contra perturbaciones externas, y la posesión civil, que se asimila a la propiedad y sirve para adquirir bienes civiles por usucapio. El estudio concluye haciendo algunas observaciones comparativas con el derecho civil mexicano sobre cuatro puntos importantes: la noción de posesión, las cosas que pueden ser objeto de posesión, los recursos para defender la posesión y la adquisición de propiedad por medio de la posesión continua.

Palabras clave: régimen de posesión, posesión interdictal, usucapio, posesión continua.

Abstract: As part of a comparative study between the regime of possession in Mexican civil codes and the regime in classical Roman law, a synthetic exposition of the regime in classical Roman law is presented here, which distinguishes two types of possession, the pretoria or interdictal, which is simply a possession protected against external disturbances, and the possession civilis (civil possession), which is assimilated to property and serves to acquire civil property by usucapio. The study concluded by making some comparative observations with Mexican civil law on four important points: the notion of possession, the things that can be the object of possession, the resources to defend possession and the acquisition of property through continuous possession.

Keywords: possession regime, interdiction possession, usucapio, continuous possession.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Dos nociones de posesión en el derecho romano clásico.* III. *La posesión pretoria.* IV *La posesión civil.* V. *La usucapión.*

VI. *La prescripción de largo tiempo (longi temporis praescriptio)*. VII. *La posesión en el derecho posclásico*. VIII. *La usucapión y la prescripción en el derecho posclásico*. IX. *Puntos para el análisis comparativo de la posesión en el derecho romano clásico con el derecho civil mexicano*. X. *Bibliografía*.

I. Introducción

Este trabajo es parte de un estudio comparativo que estoy haciendo del régimen de la posesión en los códigos civiles mexicanos y el régimen de la posesión en el derecho romano clásico. El estudio de la posesión en los códigos civiles mexicanos ya fue publicado en esta misma revista,¹ ahora presento aquí el resultado del estudio del régimen correspondiente en el derecho romano.

Debo advertir que este estudio no pretende ser una obra monográfica especializada, en la que se profundice algunos aspectos del complejo e interesante régimen posesorio. Es tan solo un estudio en el que procuro presentar de forma sintética una visión de las reglas clásicas que regían la posesión en el derecho clásico, con el objeto de precisar los puntos en que compararé, con más profundidad, el régimen civil con el régimen clásico. El objetivo de esta comparación no es únicamente señalar las semejanzas y diferencias entre uno y otro régimen, sino además proponer un régimen que pueda resultar más adecuado en las circunstancias actuales de México, y que pueda ser también propuesto como régimen común en la República mexicana.²

El estudio romanista lo he basado, principalmente, en tres grandes tratados de derecho romano clásico, el de Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, el de Álvaro d'Ors, *Derecho Privado Romano* y el de Alejandro Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, cuyas fichas bibliográficas aparecen en la bibliografía al final del trabajo, así como en las fuentes que ellos citan.

En el derecho romano se distinguen claramente dos nociones de posesión, tanto por su origen como por sus efectos jurídicos, que son:

¹ *Revista de Derecho Privado*, núm. 19, año IX.

² Con ese mismo objetivo he publicado: "El concepto jurídico de «bienes»", en *Revista General de Derecho Romano*, núm. 36, 2020, pp. 1-17; y "La clasificación de los bienes en los códigos civiles de la República mexicana", *Revista de Derecho Privado*, núm. 19, enero-junio de 2021, pp. 4-50.

la posesión civil y la posesión pretoria. Esta diversidad de nociones o conceptos me parece que debe ser tenida muy en cuenta, máxime que hoy la posesión se presenta como un concepto unitario.

II. Dos nociones de posesión en el derecho romano clásico

El concepto más antiguo de posesión es el poder que ejerce sobre una cosa en litigio, aquel que la tiene durante un proceso reivindicatorio.³ En el antiguo proceso vindicatorio por medio del *sacramentum in rem*, en que ambas partes juraban que la cosa era suya, el pretor atribuía interinamente la cosa en disputa a uno de los litigantes, el que diera la mejor garantía (*predes litis et vindiciarum*) de que la devolvería con sus frutos, al que resultara vencedor. El que tenía la cosa interinamente pretendía ser propietario, al igual que la otra parte; ambas tienen que probar las causas por las que afirman haber adquirido la propiedad sobre esa cosa. La relación con la cosa del que la tiene bajo su poder y pretende ser propietario, no se llamó en el derecho arcaico *possessio*, sino *usus*,⁴ ese es el punto de partida para la elaboración posterior del concepto de posesión civil, que es la que lleva a adquirir la propiedad por *usucapio*.⁵

Posteriormente, en tiempo de la república, apareció la palabra *possessio*⁶ para designar el control efectivo que ejercía un concesionario a largo plazo (diez o veinte años) sobre una porción de tierra pública, es decir, de tierra de la propiedad del pueblo romano, sobre la cual el concesionario estaba asentado, y que podía usar, cultivar y disponer de los frutos que produjera, sin pretensión de adquirir su propiedad.⁷ Para defender al poseedor de tierra pública de las perturbaciones que podía sufrir, el pretor lo protegió por medio del interdicto *uti possidetis*, es decir, por medio de un decreto que emitía, después de conocer brevemente el caso, por el que prohibía que se perturbara al poseedor. De esta situación protegida por el pretor deriva el otro

³ Puede ser el actor o el demandado, el que haya dado mejor garantía (*predes litis et vindiciarum*) de que devolverá la cosa y sus frutos al vencedor.

⁴ XII Tablas 6,3: *usus auctoritas fundi biennium*.

⁵ Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, §94,II.

⁶ En la fórmula del interdicto *uti possidetis*.

⁷ D'ors, A. *Derecho Privado Romano*, § 143.

concepto de posesión, la posesión pretoria o interdictal. La palabra *possessio*, que se refería a esta relación de control sobre una cosa sobre la cual no se puede ni se pretende adquirir la propiedad, luego se extendió para designar al que tiene una cosa con la pretensión de ser propietario, con lo cual se propiciaba la confusión de ambas relaciones por tener un mismo nombre, aunque en el derecho clásico se mantuvo la diferencia por el uso de los calificativos civil (*possessio civilis*) o natural (*possessio naturalis*); la posesión civil es la que puede dar lugar a la usucapión, y la posesión natural es la que no puede dar lugar a la usucapión; en esta posesión natural se comprende a los poseedores defendidos por los interdictos o poseedores pretorios y a los que simplemente tienen la cosa, sin ninguna protección jurídica.

Aunque la más antigua es la posesión civil, expondré primero el régimen de la posesión pretoria, por ser más sencillo.

III. La posesión pretoria

A partir de la defensa del concesionario de tierras públicas,⁸ se fue ampliando la defensa de la posesión por medio de interdictos, que incluyó también la posesión de cosas muebles, y se dio en favor de otras personas, distintas de los concesionarios de tierras públicas, que tenían bajo su control una cosa con cierta independencia.

1. La defensa interdictal

El interdicto más antiguo, el llamado *uti possidetis*,⁹ era un interdicto prohibitorio que contenía una orden del pretor por la cual prohibía que

⁸ Podría ser que el concesionario no tuviera que pagar por tener la tierra (*ager occupatorius*), o que pagara una renta anual (*ager vectigalis*), o que pagara una cantidad inicial, como si lo comprara, pero seguía siendo tierra pública, por la cual el concesionario tenía que pagar algunas cantidades mientras la poseía (*ager quaestorius*), y había otras modalidades. En todos estos casos, las tierras eran públicas; las leyes agrarias de fines de la República establecieron que muchas de estas tierras pasaran a propiedad privada, por lo que, durante el Principado, las tierras públicas sólo se concesionaban mediante el pago de una renta anual o *vectigal*. Véase Kaser, *RPR* I, §94, III, 2, b.

⁹ Previsto en el Edicto del Pretor en su cláusula 247, según la reconstrucción de Lenel, *EP* § 247.

se perturbara al poseedor de un inmueble en el ejercicio de su posesión. En este interdicto prevalecía el poseedor actual del fundo, siempre y cuando (cláusula de posesión viciosa) no derivara su posesión por violencia, clandestinidad o precario respecto de la otra parte. Como en la controversia acerca de la perturbación posesoria, las dos partes podían alegar que una poseía y que la otra la perturbaba en la posesión, ambas eran a la vez actores y demandados, por lo que se decía que este era un interdicto “doble”. Aunque el interdicto servía para prohibir la perturbación posesoria del poseedor actual, y por eso era considerado un interdicto prohibitorio, podía servir para recuperar la posesión perdida, porque, en virtud de la cláusula de posesión viciosa, el que tuviera la posesión actual del fundo por haberla tomado clandestina, violentamente o a ruegos, perdía en el interdicto respecto del que fue despojado así de ella, y, por lo tanto, para cumplir la orden que le prohibía perturbar la posesión tenía que restituir el fundo al despojado.

Para facilitar la restitución al poseedor injustamente despojado, el pretor fue dando otros interdictos simples de carácter restitutorio. Al despojado por violencia de un fundo, le dio el interdicto *unde vi*,¹⁰ que puede ejercer en el plazo de un año contado a partir de que se ejerció la violencia, por el que se ordena al que hubiera hecho violencia para hacerse de la posesión del fundo que lo restituya al que previamente lo poseía; este interdicto tenía cláusula de posesión viciosa, por lo que si uno despojaba violentamente de un fundo a otro, y éste a su vez usaba la violencia para recuperar el fundo, el últimamente despojado no podía prevalecer con el interdicto porque él había obtenido su posesión violentamente; esto hacía que se favoreciera el recurso a la violencia en contra de aquel que se hizo de la posesión con violencia. Para evitar ese efecto, el pretor dio otro interdicto, sin cláusula de posesión viciosa, el llamado *unde vi armata*,¹¹ en el que prevalecía siempre el último despojado por medio de violencia con armas.

¹⁰ Previsto en el Edicto del Pretor en su cláusula 245, según la reconstrucción de Lenel. *EP* § 245. Es posible que existiera un interdicto restitutorio contra quien se hacía de la posesión clandestinamente (*int. De clandestina possessione*), pero que se dejó de usar porque la jurisprudencia interpretó que, si el poseedor original se enteraba de la toma clandestina y se oponía, el que retenía el fundo obraba violentamente y procedía contra él el interdicto *unde vi*. Ver D'ors, A. *Derecho Privado Romano* § 145.

¹¹ Previsto en el Edicto del Pretor en su cláusula 245.2, según la reconstrucción de Lenel (*Lenel, EP* § 245).

En el caso de que alguien hubiera dado gratuitamente la posesión de un fundo (*precario dans*) y el que lo recibió (*precarista*) no lo devolviera, el primero puede ejercer el interdicto *de precario*, por el que se ordena al *precarista* que lo restituya.

Desde el siglo III a. C. hubo otro interdicto para defensa de la posesión de bienes muebles, el interdicto *utrubi*,¹² en el que prevalecía quien hubiera tenido la cosa mueble más tiempo en los últimos doce meses, si no derivaba su posesión respecto del otro por violencia, clandestinidad o *precario*. Era también un interdicto doble en el que ambas partes fungían a la vez como actores y como demandados. La fórmula de este interdicto no se refiere a la posesión, sino al hecho de haber tenido la cosa durante más tiempo.

Por lo general, los interdictos dados por el pretor eran un decreto que contenía una orden de no impedir el libre ejercicio de la posesión sobre una cosa (interdicto prohibitorio) o de restituirla (interdicto restitutorio). Si aquel a quien se dirigía la orden no la obedecía,¹³ la otra parte podía iniciar una acción ordinaria, llamada *actio ex interdicto*, para exigir el pago de una cantidad de dinero equivalente al interés que tenía el actor en que se hubiera cumplido la orden dada por el pretor.

La protección interdictal tenía dos momentos. El primero es el procedimiento breve ante el pretor que concluye con la emisión o negación del interdicto. El segundo, es el juicio que se sigue cuando la orden interdictal no se cumple y que concluye con una sentencia que condena o absuelve.

Pero la protección interdictal es siempre provisional, porque no resuelve si el poseedor tiene derecho a poseer la cosa, sino que simplemente decide que puede seguir con el control físico de la cosa, por lo que el propietario siempre tiene la posibilidad de demandarlo con la acción reivindicatoria.

¹² Previsto en el Edicto del Pretor en su cláusula 264, según la reconstrucción de Lenel (Lenel, *EP* § 264).

¹³ La orden interdictal no se dirigía a una persona por su nombre, sino que se refería a ella por el pronombre personal tú (para el demandado) o él (para el actor), por ejemplo, “de donde le expulsaste te ordeno que lo restituyas”. Esto hacía que la parte que debía cumplir pudiera juzgar que la orden no le atañía a ella, porque, siguiendo el ejemplo, ella no había expulsado del fundo al actor; por eso se dice que la orden interdictal es una orden “hipotética”.

2. *Personas legitimadas para solicitar los interdictos*

La protección interdictal, originariamente concedida a los poseedores de tierras públicas, se extendió a otras personas que tenían una posesión con cierta independencia.

En primer lugar, se extendió a favor de los propietarios civiles, a quienes se reconoció que eran poseedores,¹⁴ por lo que podían ejercer los interdictos para defender o recuperar la cosa que hubieren dejado de tener, lo cual resultaba más sencillo que ejercer la acción reivindicatoria, porque en los interdictos no tenían que probar la propiedad civil. Como en el interdicto *uti possidetis* se discernía quién era el poseedor actual, y la acción reivindicatoria se ejercía en contra del poseedor, el trámite del interdicto posesorio llegó a ser un trámite preliminar para definir quién podrá ser el actor en la acción reivindicatoria (el que perdió en el interdicto) y quién el demandado (el que ganó en el interdicto).

La protección posesoria también se extendió a otras personas que, aunque reciben la posesión del propietario, la detentan con cierta independencia, como las siguientes:

Los poseedores civiles, esto es, las personas que tienen la posesión como consecuencia de un acto o justa causa para adquirir la propiedad, pero no la han adquirido por algún defecto formal, como el que compró un bien inmueble sin hacer el acto formal de adquisición, o el que recibió una cosa de la herencia, que piensa que es suya, pero no era de la propiedad del causante de la herencia, y otros casos en que se tiene justa causa para adquirir la propiedad. Así mismo, se reconoció que aquellos que tienen la posesión civil, es decir, que poseen como propietarios por creer tener una justa causa para adquirir la propiedad, también pueden servirse de los interdictos, aunque luego se demuestre que no son propietarios.¹⁵

¹⁴ Como lo expresa claramente la descripción del contenido de la propiedad: *uti, frui, habere* (es decir, tener como propietario) y *possidere*.

¹⁵ Eso indica que por medio de los interdictos se protege al propietario aparente, que puede ser alguien quien tiene la cosa, aun sin justa causa y de mala fe, es decir, sabiendo que lesiona el derecho de un propietario, como el ladrón. Véase Kaser, *DRP* I, § 94, III, 2. Esto es cierto, pero debe tenerse en cuenta que en los interdictos con cláusula de posesión viciosa (*uti possidetis, unde vi*) el que tiene la posesión actual del inmueble no prevalece respecto de aquel del cual derivó la posesión con vicio; por ejemplo, el que despojó violentamente no prevalece respecto del que fue despojado.

Quien recibía un fundo en precario, aunque debía devolverlo en cuanto se lo pidiera el dueño, de hecho, continuaba teniendo el fundo por mucho tiempo, por lo que se consideró que tenía una posesión sobre el fundo y la consiguiente defensa interdictal, si bien no podía prevalecer contra el dueño.

El acreedor pignoraticio, que recibe la cosa del propietario pignorante, también se consideró poseedor pretorio respecto de la cosa pignorada, cuya posesión podía defender o recuperar por medio de los interdictos, aunque sigue obligado a devolverla al pignorante en cuanto se pague la deuda.

Finalmente, los secuestrarios, es decir, aquellos que recibieran una cosa para entregarla a quien resulte determinado por un evento posterior, como el resultado de una competencia o de un juicio, mientras tienen la cosa, se consideran poseedores protegidos por los interdictos.

Las personas que tienen una cosa por haberla recibido del propietario, del cual dependen, como el arrendatario, el comodatario, el depositario y aun el usufructuario, no se consideraron como poseedores pretorios, sino como detentadores o poseedores naturales que, en principio, no disponen de la protección interdictal.

Los límites de la protección posesoria mediante interdictos no son muy precisos, porque sólo el interdicto *uti possidetis* hace referencia a la posesión como fundamento de la protección posesoria. Los demás interdictos no se referían a la posesión. Los tres interdictos recuperatorios se fundan en un hecho, sea el que alguien despoja con violencia simple o armada, sea el hecho de la negativa del precarista a devolver; el interdicto *utrubi* se refiere al hecho de haber tenido la cosa por más tiempo. Esto hizo que la protección interdictal se extendiera a otras personas que no eran consideradas poseedores, como los usufructuarios, que podían ejercer todos los interdictos, salvo el *uti possidetis*, y aun este mismo se les concedió como interdicto «útil» con la ficción de que el usufructuario posee la cosa usufrutuada.¹⁶

3. Visión general de la posesión pretoria

Como hipótesis general puede proponerse que la posesión pretoria es la tenencia o control física de una cosa que está protegida por los

¹⁶ Véase D'Ors, A. *Derecho Privado Romano* § 143 n. 9.

interdictos del pretor. Se distingue de la tenencia no protegida por los interdictos, a la que los juristas romanos denominaron posesión natural (*naturalis possessio*¹⁷) y en el derecho común medieval se conoció como detentación (*detentatio*).

La palabra *possessio*, si bien hace referencia al hecho de que alguien tiene el control físico de una cosa, como el concesionario asentado en una tierra pública, también tenía originalmente una connotación jurídica, pues no era el solo asentamiento en una tierra pública, sino un asentamiento concesionado por algún magistrado, de modo que indicaba un poder físico sobre una cosa jurídicamente reconocido. Cuando se extiende la palabra *possessio* para referirse al poder que ejercen los propietarios, los precaristas, los acreedores pignoratícios o los secuestrarios, sigue indicando un poder físico jurídicamente reconocido. En principio, la posesión pretoria presuponía una causa jurídica previa. Sin embargo, como los interdictos, salvo el *uti possidetis*, no hacían referencia a la posesión, podían ser utilizados por cualquier persona que tuviera una cosa, como ocurría claramente en el interdicto *utrubi*, en el que prevalecía la persona que hubiera tenido la cosa más tiempo en los últimos doce meses, aunque hubiera sido un ladrón.¹⁸ En ese caso, el poder de hecho que ejerce el ladrón sobre la cosa, o el que ejerce quien invadió violentamente un inmueble (de acuerdo con la fórmula del interdicto *unde vi armata*) está jurídicamente reconocido y protegido por el interdicto para evitar los actos violentos.

La posesión pretoria no precisa provenir de un acto jurídico previo, es simplemente el control físico protegido por los interdictos posesorios, con el fin de preservar la paz pública y evitar la violencia por propia mano.

¹⁷ También se dice *naturalis possessio*, aquella que se opone a la posesión apta para usucapir, es decir, la *civilis possessio*.

¹⁸ El interdicto *utrubi* no tenía cláusula de posesión viciosa, porque ni siquiera se refería a la posesión, sino al hecho de tener una cosa la mayor parte del año. Las fuentes (Gai 4,150 y PS 5,6,1) que hablan de una cláusula de posesión viciosa de este interdicto no parecen reflejar su régimen clásico. Véase D'Ors, A., *Derecho Privado Romano* § 143 n. 3.

IV. La posesión civil

Originalmente, se llamó *usus* al poder que ejercía una persona sobre una cosa respecto de la cual afirmaba ser propietario, por ejemplo, el poder que ejercía temporalmente sobre una cosa en litigio, aquel a quien el magistrado, en el antiguo proceso reivindicatorio, le otorgaba la posesión interina, mientras se resolvía quién era el verdadero propietario. Por otra parte, cuando se reconoció que quien tiene una cosa como propietario está protegido por los interdictos posesorios, se amplió el significado original de la palabra *possessio*, que inicialmente designaba el poder del concesionario de tierra pública que no pretendía ser propietario, para comprender también el poder que ejerce el propietario.¹⁹ Gracias a eso llegó a distinguirse el *usus* de la *possessio*,²⁰ y reconocerse que puede haber *possessio* sin *usus*, como es la posesión que tiene el acreedor *ignoraticio* o el secuestrario.

1. *Justa causa*

La posesión civil es la de quien tiene la cosa, considerando que la cosa es suya porque tiene una justa causa (o causa suficiente) para ser propietario. En la mayor parte de los casos, si existe una justa causa, el poseedor civil es realmente el propietario. Puede ser que el poseedor tenga una justa causa para adquirir, pero no ser propietario porque falta un acto formal de adquisición, por ejemplo, el comprador de un fundo que lo recibe por simple entrega sin hacerse el acto formal (*mancipatio* o *in iure cessio*) para adquirir la propiedad; o quien recibe la posesión de alguien que no es el propietario civil, como el heredero que recibe en la herencia una cosa que no era del causante. Para estos casos y otros semejantes se configuró la posibilidad de que el poseedor civil adquiriera la propiedad mediante la posesión civil continuada (*usucapio*) por un año, si la cosa era mueble, o por dos, si era inmueble. Los juristas desarrollaron la doctrina de la posesión civil para determinar cuál era la posesión apta para adquirir la propiedad mediante la usucapión.

¹⁹ Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 117, IV.

²⁰ D'Ors, A., *Derecho Privado Romano* § 142 n. 3.

2. Elementos de la posesión civil: *corpus* y *animus*

Dado que la posesión civil puede llevar a la adquisición de la propiedad por la posesión continuada (usucapión), los juristas clásicos, por medio de análisis casuístico, precisaron cómo se adquiere y se pierde. Concluyeron que la posesión civil se adquiere al poseer una cosa corporalmente, es decir, al tener el control físico (*corpore*) sobre ella,²¹ y tener también la voluntad de comportarse como propietario (*animus*). El ánimo o voluntad de ser propietario no es la intención de llegar a serlo, sino el juicio u opinión del poseedor de ser propietario porque tiene una justa causa para adquirir la propiedad de la cosa que posee; la justa causa es un acto que permite la adquisición de la propiedad, como la compra, la donación, el legado y otros más, que se examinarán en el análisis de la usucapión. La posesión civil, desde sus orígenes, ha sido posesión con justa causa.²²

El ánimo de quien posee con justa causa puede ser de buena o de mala fe. Es de buena fe cuando el poseedor ignora que lesiona los derechos de un propietario civil, y de mala fe, cuando sabe que lesiona los derechos del propietario civil. Por ejemplo, quien compra algo de quien no es su propietario, sin saber que el vendedor no es propietario, posee con justo título y con buena fe; pero quien compra sabiendo que el vendedor no es propietario, posee con justo título, pero de mala fe. Por lo general, se presume que quien posee con justa causa es poseedor de buena fe, por lo que, si alguien quiere negar la buena fe, debe probar que el poseedor conocía el vicio o defecto de la causa por la cual poseía. En el ejemplo mencionado sería probar que el poseedor sabía que el vendedor no era el propietario.

3. Adquisición de la posesión civil

El poseedor puede adquirir corporalmente la cosa por sí mismo o por medio de otra persona, por ejemplo, por medio de un hijo o esclavo sometido a su potestad, y en algunos casos se admitió en época clásica alta, que podía adquirirla por medio de un representante (*procu-*

²¹ En derecho posclásico se confunde el requisito de poseer con el cuerpo, es decir, el tener físicamente la cosa, con la cosa misma, a la que se llama *corpus*, véase Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 1.15, l.

²² Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, § 94, II, 1.

rator) o de un tutor.²³ Puede retener la posesión teniendo él mismo la cosa o habiéndola dejado a otra persona que tiene la obligación de devolvérsela, como a un arrendatario o un comodatario.

El *animus* requiere la voluntad del que adquiere, por eso no puede adquirir la posesión civil por falta de *animus* una persona dormida, ni una que ignora que existe una cosa, como el poseedor de un campo que no posee el tesoro que él ignora que está enterrado ahí, ni tampoco un loco. Pero, como la adquisición de la posesión es un acto material y no un acto jurídico, para adquirir la posesión civil no se requiere capacidad jurídica, y por eso, un menor puede adquirirla sin necesidad del consentimiento del tutor, incluso un menor de siete años cuando alguien le regala alguna cosa.²⁴

4. Retención de la posesión civil

Ordinariamente, el poseedor civil retiene la posesión mientras siga teniendo el control físico (*corpore*) de la cosa poseída y la convicción fundada de ser propietario (*animo*). Puede suceder que el control físico de la cosa lo retenga por medio de otra persona que tiene la cosa, pero está obligada a devolverla al poseedor en cierto momento, por ejemplo, un comodatario, un arrendatario o un depositario; en este caso el poseedor civil retiene la posesión porque sigue teniendo el *animus*, pero el *corpus* lo retiene por medio de un tercero.

Hay casos en que se interpretó que el poseedor civil retiene su posesión por el solo animo (*retinere animo tantum*); como quien ha extraviado una cosa que intenta recuperar, se dice que sigue siendo poseedor civil por el solo ánimo, mientras no deje de buscar la cosa, o quien posee un inmueble que únicamente usa en el invierno, se entiende que, aunque no esté en el inmueble en las otras estaciones, retiene la posesión por el solo ánimo.

5. Pérdida de la posesión civil

La posesión civil se pierde cuando el poseedor deja de tener alguno de esos dos elementos, esto es, cuando pierde el control físico de la

²³ Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, § 95, II, 4.

²⁴ D'Ors, A., *Derecho Privado Romano* § 147.

cosa, como cuando se la roban, o cuando pierde la causa para adquirir la propiedad, por ejemplo, cuando dona una cosa que posee, aunque no la entregue todavía, ya no es poseedor porque no tiene el ánimo de comportarse como propietario. Por supuesto, también la pierde cuando, por un solo acto, deja de tener esos dos elementos, por ejemplo, cuando entrega la cosa a un comprador.

6. Defensa de la posesión civil

El poseedor civil, por lo general, juzga que es propietario, aunque de hecho no lo sea, porque tiene alguna causa suficiente para adquirir la propiedad. Como poseedor civil tiene a su disposición los interdictos posesorios para evitar las perturbaciones o recuperar el control sobre la cosa si lo hubiera perdido. Y si no pudiera prevalecer con el interdicto, por ejemplo, por haber perdido el control físico de la cosa por más de un año, tiene entonces la acción Publiciana,²⁵ semejante a la acción reivindicatoria del propietario, con la cual podía recuperar la cosa de cualquier poseedor. Tal acción se dio a favor del poseedor civil a quien se le entregó una cosa por alguna justa causa, pero no adquirió la propiedad porque faltó un acto formal de adquisición, por ejemplo, el que compró un inmueble que se le entregó sin hacerse el acto formal de adquisición, o porque quien le entregó no era propietario civil. Con esta acción, el poseedor civil, que no ha adquirido la propiedad por usucapión, prevalecía contra cualquiera que tuviera el control físico de la cosa, salvo que fuera el propietario civil.

Cuando fue el propietario civil quien entregó la cosa al poseedor sin que se hiciera el acto necesario para que adquiriera la propiedad, el poseedor civil sabe que, de momento, no es propietario, pero que llegará a serlo, y cuenta con recursos para defenderse del propietario civil; si éste le exigiera la restitución de la cosa, el poseedor tiene la excepción de haberle sido entregada por el mismo propietario, y si la cosa hubiera vuelto al control físico del propietario, el poseedor civil podría recuperarla con la acción Publiciana, pues si el propietario opusiera la excepción de que él es el propietario de la cosa, el poseedor prevalece oponiendo la réplica de que la cosa le fue entregada por él.

²⁵ Prevista en el Edicto del Pretor en su cláusula 60, según la reconstrucción de Lenel (Lenel, *EP* § 60); era una acción «útil», porque en su fórmula se fingía que el actor había poseído el tiempo suficiente para adquirir la propiedad por usucapión.

Dada esa protección amplia que da la acción Publiciana al poseedor civil, incluso contra el propietario en ciertos casos, se afirmó que el poseedor civil era un propietario por derecho pretorio.

7. Posesión de buena o de mala fe

Por razón del ánimo, el poseedor puede ser calificado como de buena o de mala fe. Es poseedor de buena fe aquel que ignora que con su posesión civil lesiona los derechos del propietario legítimo; se presume que el poseedor civil, por poseer con justa causa, es poseedor de buena fe. Es poseedor de mala fe el que sabe que lesiona los derechos del propietario, aunque pueda alegar una justa causa para poseer, por ejemplo, el que compra una cosa que sabe que fue robada, posee con justa causa, pero de mala fe. El poseedor civil es siempre poseedor de buena fe, y únicamente él puede adquirir la propiedad por usucapión.

La buena o mala fe del poseedor es algo que puede determinar únicamente el juez²⁶ que conoce una acción reivindicatoria intentada por el legítimo propietario o una acción publiciana intentada por el poseedor civil contra otro poseedor. En el juicio, el juez tendrá en cuenta la buena o mala fe del poseedor demandado para determinar el grado de responsabilidad que tenga respecto de los frutos que haya producido la cosa, los daños que haya sufrido, así como para determinar la posibilidad de exigir el reembolso de los gastos y de las mejoras que el poseedor hubiera hecho.²⁷

El poseedor demandado podría ser un poseedor civil que recibió la posesión de alguien que no era propietario, sin que el poseedor supiera que quien le entregó no era propietario. En este caso, el poseedor civil, con justa causa y buena fe, tendrá que restituir la cosa al propietario, de acuerdo con lo que se exige a un poseedor de buena fe. Si el poseedor sabía que quien le entregó no era propietario, tendrá que restituir de acuerdo con las reglas que rigen la responsabilidad del poseedor de mala fe.²⁸

²⁶ D'Ors, A., *Derecho Privado Romano* § 147.

²⁷ D'Ors, A., *Derecho Privado Romano* § 151.

²⁸ La calificación de ser poseedor de buena o de mala fe también se puede hacer respecto del poseedor pretorio, defendido por los interdictos, cuando el propietario le reclama con la acción reivindicatoria; si el poseedor pretorio sabía que con su pose-

La mala fe del poseedor también podría tenerla en cuenta el juez, si tuviera que juzgar si un poseedor adquirió, por usucapión, la propiedad de la cosa que reclama el propietario civil. Si el poseedor poseía con justa causa y buena fe, era realmente poseedor civil y pudo adquirir la propiedad por usucapión; si poseía con justa causa, pero sin buena fe, no podría adquirir por usucapión.

V. La usucapión

Se origina en el antiguo derecho reconocido en la Ley de las XII Tablas, en la cual se afirmaba que, quien enajenaba una cosa mediante *mancipatio*, estaba obligado a ayudar al adquirente a defenderse en el juicio vindicatorio en el que un tercero reclamara ser propietario de esa cosa, y si el adquirente perdía el juicio, el enajenante debía pagarle una indemnización equivalente al doble del valor que había recibido por enajenar la cosa. Esta responsabilidad del enajenante duraba solo dos años, si se trataba de cosa inmueble, y uno si era mueble.²⁹ Pasado el plazo establecido, el adquirente podía vencer en un juicio reivindicatorio, sea como demandado, sea como demandante, con la sola prueba de que había poseído la cosa el plazo establecido, gracias a lo cual había adquirido el derecho de propiedad sobre ella. La usucapión fue originalmente un medio para consolidar una adquisición defectuosa, porque el enajenante no era propietario o porque hubo algún defecto en la forma de la *mancipatio*.

La regla de la Ley de las XII Tablas tenía algunas excepciones: no se aplicaba respecto de cosas que pertenecían a extranjeros, ni los

sión lesionaba los derechos del propietario, por ejemplo, el precarista que no ha entregado voluntariamente el inmueble a su propietario es poseedor de mala fe, lo mismo que el acreedor pignoraticio que, una vez pagado su crédito, no devuelve la cosa; en cambio, si el verdadero propietario reclama a un precarista que recibió la posesión del otro, ignorando que no era el propietario, es poseedor de buena fe, lo mismo que el acreedor pignoraticio que tiene una prenda que, sin saberlo, le fue entregada por alguien que no era el propietario.

²⁹ La ley de las XII Tablas (6,3) decía: *usus auctoritas fundi bienio, ceterarum rerum annus esto*. La palabra *usus* denotaba el control físico sobre la cosa, que después se denominó *possessio*; de *usus* derivó la palabra *usucapio* o adquisición por medio del uso. La palabra *auctoritas* se refiere a la garantía dada por el enajenante

extranjeros podían adquirir las de ciudadanos romanos,³⁰ ni se podían usucapir las cosas robadas,³¹ ni las enajenadas por una mujer sin la autorización de su tutor;³² tampoco la franja fronteriza entre dos fundos (*limes, confinium*),³³ ni el lugar de incineración de un cadáver (*bustum*), ni el vestíbulo de acceso al sepulcro (*forum*).³⁴

A partir de esas reglas, por las que se aceptaba que en el juicio vindicatorio prevalecía el adquirente que demostraba haber tenido la cosa en el plazo establecido, la jurisprudencia construyó la usucapión como un medio de adquirir la propiedad civil³⁵ de cosas muebles o inmuebles, por virtud de la posesión civil continuada, durante uno o dos años. Para que se diera el efecto adquisitivo de propiedad civil se requería, además del plazo, que la cosa pudiera ser usucapida, que se tuviera sobre ella la posesión civil, con justa causa y con buena fe. Se resumieron en cinco los requisitos para adquirir por usucapión: cosa apta para ser usucapida (*res habilis*), posesión civil (*possessio*) título o causa (*titulus*), buena fe (*fides*) y tiempo (*tempus*).

1. Cosas que pueden ser usucapidas

Podían ser cosas muebles o inmuebles, pero se excluían algunas. En principio, se respetaron las excepciones contenidas en la Ley de las XII Tablas, pero se fueron haciendo algunas modificaciones. Las cosas de extranjeros no podían ser objeto de usucapión, pero fue posible que pudieran ser adquiridas, ya en época clásica, por medio de figuras semejantes a la usucapión.³⁶

Se mantuvo la prohibición de usucapir cosas robadas, pero se aclaró, por la ley *Atinia*,³⁷ que la prohibición continuaba mientras la cosa no revertiera a la propiedad de su dueño. Parece ser que la pro-

³⁰ XII, T. 6,3 b. La regla dice que no se pueden adquirir las cosas que son de extranjeros, pero, como la usucapión llegó a ser un medio de adquisición de la propiedad civil, se entendió que los extranjeros no pueden adquirir por usucapión.

³¹ XII T. 8,17

³² XII T. 5,2

³³ XII T. 7,4

³⁴ XII T. 10,10.

³⁵ Y por ser propiedad civil no era accesible a los extranjeros.

³⁶ Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 130,II,6.

³⁷ Por la *Lex Atinia* (posiblemente del año 197 a.C.).

hibición de la ley de las XII Tablas era de carácter subjetivo, de modo que el ladrón no podía usucapir lo robado, mientras que la prohibición de la ley Atinia era de carácter objetivo, por lo que la cosa no podía ser usucapida ni siquiera por un adquirente de buena fe, a menos que la cosa robada hubiera vuelto a manos de su dueño original.³⁸

La prohibición de usucapir las cosas enajenadas por una mujer sin la autorización de su tutor fue cayendo en desuso, a medida que se debilitaba y desaparecía la tutela perpetua de las mujeres.

Se mantuvieron las prohibiciones de usucapir el lugar de incineración de un cadáver (*bustum*), el lugar para acceder al sepulcro (*forum*), y la franja divisoria de cinco pies entre dos fundos (*limes* o *confinium*), pero se hizo una prohibición más amplia respecto de todas las cosas consideradas fuera del comercio (*res extra commercium*)³⁹ que comprenden las de derecho divino (*res divini iuris*) como los sepulcros, los templos, las ofrendas, y las cosas del pueblo romano (*res publicae*), como los caminos, las plazas o las murallas; parece ser que en época clásica se llega a excluir de la usucapión las cosas del fisco imperial.⁴⁰

Quizá, a ejemplo de la prohibición de usucapir cosas robadas, se prohibió, por las leyes *Plautia de vi* y *Julia de vi*, ambas del siglo 1 a. C.,⁴¹ la usucapión de cosas muebles o inmuebles adquiridas violentamente (*res vi possessas*), mientras no retornasen a manos de su dueño.

Y también se prohibió la usucapión de las cosas donadas a los magistrados, en contra de la ley *Julia repetundarum*, que castigaba el delito de concusión (exacciones ilícitas).

2. Posesión apta para usucapir

Es únicamente la posesión civil, es decir, la que se tiene como propietario, porque se ha adquirido por medio de un acto previo suficiente para adquirir la propiedad, es decir, por medio de una justa causa y

³⁸ Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 130,II,3. Pomponio (D 41,3,24,1) dice que una cosa hurtada, si se purga el vicio, deja de ser considerada cosa hurtada y puede ser usucapida.

³⁹ Gai. 2,48; D. 41,3,9; Inst. 2,6,1.

⁴⁰ D 41,3,18; 41,3,24,12 y CJ 7,302; aunque se duda si esta exclusión se dio en época clásica o fue posterior.

⁴¹ Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 130,II,4.

con buena fe. La posesión debe ser continua, no interrumpida, durante todo el plazo requerido para usucapir.

3. *Justa causa*

Son justas causas (o títulos) para usucapir, las mismas que lo son para adquirir la propiedad mediante la simple entrega (*traditio*) de una cosa, es decir: la compra, la donación, el pago, la dote y el préstamo (*creditum*).⁴² Además, hay otras causas para usucapir: el abandono efectivo de una cosa (*derelictio*), el legado de efecto real (*legatum per vindicationem*) y la herencia.

Los juristas llegaron a admitir una causa o título general denominada *pro suo*, en el que incluyeron casos en los que alguien podía tener una cosa como si fuera propia aunque no la hubiera adquirido por alguna de las causas anteriormente mencionadas, por ejemplo, quien recibió unas cosas en dote antes del matrimonio, si éste no se verifica y sigue poseyendo las cosas, no las posee *pro dote* (pues no hubo matrimonio) pero sí las posee como propias (*pro suo*) y puede usucapirlas; o el esclavo manumitido, a quien no se le retiró el peculio que administraba, siendo ya libre lo posee como cosa propia (*pro suo*), y lo mismo ocurre con el hijo manumitido y su peculio, que lo posee como cosa propia cuando es ya *sui iuris*; otro caso es el de quien reclama una cosa como propia y el adversario, sin litigar, se la regresa, o bien, si el adversario se la regresa (por efecto de la cláusula arbitraria) para impedir que el juez lo condene; en estos dos casos el que reclamaba la cosa, la posee ahora como propia y puede usucapir.

En ese título *pro suo* también se admitieron los casos en que alguien poseía una cosa como propia porque confiaba, por error, en una causa defectuosa o inexistente; por ejemplo, el que recibió una cosa donada de quien no era su propietario; o el legatario que recibió una cosa por legado, sin saber, ni él ni el heredero que se la entregó, que el legado había sido revocado. El título inválido o inexistente en el cual alguien, por error, confía, fue posteriormente llamado “título putati-

⁴² No el préstamo de uso o comodato, sino el préstamo en el que, quien lo recibe, se hace propietario de la cosa prestada, que posteriormente debe devolver; la usucapición por causa de préstamo sería en los casos en que quien recibió, por algún defecto, no adquirió la propiedad, pero podrá adquirirla por usucapición y, por razón del préstamo, estar obligado a devolverla.

vo”. Algunos juristas aceptaban la validez de ese título para usucapir, pero la mayoría lo rechazaba.⁴³ La posibilidad de adquirir la propiedad por usucapión mediante el título putativo no es, como dice Kaser, porque los juristas renunciaron al requisito de probar una causa para usucapir, sino que se contentaron en ciertos casos con una causa defectuosa.⁴⁴

Hay una causa más que hace la posesión apta para usucapir, que es el decreto del pretor, por el que otorga la posesión de determinados bienes a una persona, por ejemplo, cuando otorga la posesión de bienes hereditarios al heredero (*bonorum possessio*), o cuando otorga la posesión, en segundo decreto, de una finca donde se realiza una obra a favor del propietario vecino al que puede perjudicar la obra (*missio in possessionem*).⁴⁵

Como es necesario tener una causa justa para poseer civilmente y poder usucapir, se formuló la regla de que nadie puede ser poseedor civil por su propia voluntad, esto es, que nadie puede cambiar por sí mismo la causa de su posesión (*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*),⁴⁶ de modo que, si alguien recibió una cosa como depositario, no puede afirmar que la posee como propia.

4. Buena fe

Este requisito parece haber sido un desarrollo de la antigua prohibición de usucapir cosas hurtadas o adquiridas por violencia, logrado por la jurisprudencia, que exige que el usucapiente tenga una recta conciencia respecto de su posesión, es decir, que confíe en que su adquisición proviene de una justa causa, y que, en consecuencia, ignora que con su posesión lesiona los derechos de un legítimo propietario.

La buena fe no implica necesariamente que el poseedor se crea propietario, puesto que puede saber que no lo es, porque adquirió una cosa *mancipi*, sin haberse realizado el acto formal (*mancipatio* o *in iure cesio*), por lo que sabe que no es propietario formal, y sabe también que su enajenante sigue siendo propietario civil, sin embargo, es

⁴³ Véase Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 130,IV,3.

⁴⁴ Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, §101,I,3

⁴⁵ Véase D’Ors, A., *Derecho Privado Romano* §174, iv.

⁴⁶ D 41,2,3,19.

poseedor de buena fe, porque tiene justa causa para adquirir y sabe que no lesiona los derechos del propietario.

La buena fe es un estado subjetivo, mientras que la justa causa es un acto objetivo, por lo que si alguien prueba una justa causa para adquirir se presume su buena fe. Quien quiera discutir la buena fe del poseedor, debe demostrar su mala fe, es decir, que sabía que el título era defectuoso o que lesionaba los derechos de un legítimo propietario.

Para usucapir, se requiere la buena fe en el momento en que se toma posesión de la cosa, por lo que si el poseedor posteriormente conoce que su causa de adquisición es defectuosa o que existe un legítimo propietario, puede, no obstante, adquirir por usucapión conforme al título *pro suo*, según la opinión de algunos juristas, por tratarse de un caso de título putativo.

Quien conoce que su título para poseer en concepto de propietario es defectuoso, por ejemplo, porque compró a quien sabía que no era propietario ni tenía mandato para vender, o porque obtuvo por coacción la donación de una cosa, es poseedor de mala fe, y aunque puede demostrar un título aparentemente suficiente para adquirir, no puede usucapir.

5. Tiempo

Se conservaron los plazos fijados en la Ley de las XII Tablas, de un año para adquirir la propiedad de cosas muebles y de dos años para inmuebles. La jurisprudencia entendió que el plazo debía ser completo, contado de día a día, a partir del momento en que se adquirió la posesión, y que debía ser continuo, es decir, sin interrupción.

La posesión se interrumpe cuando el poseedor pierde el control físico de la cosa, puede ser por alguna causa natural, como la inundación permanente de un fundo, o porque otro la toma (*usurpatio*: arrebatar el *usus*). Si la posesión se interrumpe, el antiguo poseedor ya no puede usucapir, y, si posteriormente recuperara la posesión, se inicia un nuevo plazo para usucapir y no le aprovecha el tiempo en que poseyó anteriormente.

El ejercicio de la acción reivindicatoria en contra del poseedor no interrumpe su posesión y éste puede usucapir después de la *litis contestatio* si cumple el plazo antes o después de la sentencia. Si resulta

el poseedor vencido y usucapió antes de la sentencia, tendrá que restituir la cosa, entregándola con la formalidad con que debe hacerlo un propietario, y si no llegó a usucapir, tendrá simplemente que entregar la cosa que podrá usucapir el vencedor, con el título *pro suo*.

En cambio, el heredero del poseedor sí puede sumar el tiempo en que poseyó su causante (*successio in possessionem*) para completar el plazo para usucapir.⁴⁷

El derecho clásico no reconoció la posibilidad de que el poseedor, que había adquirido la posesión por un acto de enajenación, sumara el tiempo de posesión de su causante al tiempo que él tenía poseyendo para completar así el plazo para adquirir. La brevedad de los plazos no lo hacía necesario.

VI. La prescripción de largo tiempo (*longi temporis praescriptio*)

La usucapión era un modo de adquirir la propiedad de derecho civil, es decir, un modo sólo accesible a los ciudadanos romanos y respecto de inmuebles ubicados en la Península Itálica. En las provincias del imperio se llegó a proteger al poseedor de un fundo por largo tiempo para defenderlo de la reclamación del que pretendía ser su propietario reconocido. La defensa, que tuvo su origen posiblemente en el derecho griego,⁴⁸ consistía en una especie de excepción que podía alegar el demandado, si había poseído el inmueble durante diez años, cuando el reclamante vivía en la misma ciudad donde estaba el fundo (*inter presentes*), o si lo había poseído durante veinte años cuando el reclamante vivía en ciudad distinta (*inter absentes*). El efecto de la prescripción era meramente defensivo, el poseedor podía seguir poseyendo.

Esta práctica provincial fue asimilada por los juristas romanos del siglo tercero, quienes procuraron entenderla desde la perspectiva

⁴⁷ El heredero también sucede al causante en cuanto que puede alegar la misma causa de posesión que éste tenía, así como su buena fe; por la misma razón, la mala fe del causante impide que el heredero adquiera por usucapión, aunque él tuviera buena fe. Véase Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano* § 130, VI, 3.

⁴⁸ Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, §101, II.

de la usucapión, y fue reconocida y sancionada mediante rescriptos imperiales.

Para poder oponer la prescripción, el poseedor debe demostrar un justo inicio de su posesión (*iustum initium possessionis*), lo cual posiblemente expresaba la necesidad de una justa causa y buena fe. Aunque originalmente servía para defender la posesión inmobiliaria, por un rescripto del emperador Caracalla se extendió a la posesión de cosas muebles.

Dada la duración de los plazos, diez veces mayores que los de la usucapión, se tuvo que reconocer la posibilidad de sumar los plazos de distintos poseedores. En la prescripción, el poseedor no solo puede sumar a su propio tiempo de posesión el tiempo que poseyó el causante de la herencia (*successio in possessionem*), sino también el tiempo que poseyó aquel de quien recibió la posesión por un acto particular de enajenación (*accessio possessionis*). Los plazos de la prescripción se interrumpen si se demanda al poseedor con un juicio reivindicatorio.

VII. La posesión en el derecho posclásico

Durante los siglos previos a la codificación justiniana (siglos IV y V), en los tiempos de la “vulgarización del derecho”, se pierde la distinción clara que había en el derecho clásico entre la propiedad, la posesión y los derechos reales sobre cosa ajena. La posesión es la noción predominante y para distinguir el mero poder de hecho sobre una cosa del derecho de propiedad, se dice que éste es una posesión definitiva o inexpugnable. De quien tiene un derecho de servidumbre se dice que posee parcialmente el fundo sirviente, y que el usufructo, así como otros derechos de uso y disfrute de una tierra a largo plazo, son una especie de propiedad limitada, por lo que puede ocurrir que sobre un mismo fundo exista dos o más “derechos de propiedad” distintos.⁴⁹

Justiniano intenta restablecer la distinción clásica, pero no lo logra del todo. Es cierto que recoge textos clásicos donde se reconoce la posesión como un poder de hecho sobre la cosa, a diferencia de la propiedad, que es el derecho a recuperar o reivindicar la cosa de cual-

⁴⁹ Kaser, *Das Römische Privatrecht* II, § 238.

quier poseedor, pero sigue la doctrina de la escuela jurídica oriental que da gran importancia a la voluntad o *animus*, de modo que entiende que la posesión requiere el ánimo o voluntad de ser propietario, que puede tener un fundamento real, o al menos supuesto. Con esta doctrina se llega a reconocer que puede haber posesión, aunque no se tenga el control físico sobre la cosa, mientras se tenga el *animus*, y de aquí se pasa a considerar la posesión como un derecho, que puede estar desvinculado del control físico de la cosa.

La consideración de la posesión como derecho conduce a aceptar que los derechos, y no solo las cosas, pueden ser objeto de posesión. Se usa entonces la palabra *quasipossessio* para designar la titularidad de un derecho de servidumbre o un derecho de usufructo, y consecuentemente, se acepta que esos derechos, al igual que el de propiedad, se pueden adquirir por medio de la entrega (*traditio*) o de la usucapión.⁵⁰

VIII. La usucapión y la prescripción en derecho posclásico

La distinción entre usucapión (modo de adquirir la propiedad) y la prescripción (excepción que permite continuar poseyendo) dependía de la diferencia entre ciudadanos y peregrinos (no ciudadanos), pues únicamente los ciudadanos podían adquirir por usucapión, y los extranjeros podían defender su posesión con la prescripción, y dependía también de la diferencia entre los fundos itálicos (los de la península), que son los únicos que pueden adquirirse por usucapión, y los fundos provinciales (todos los demás), cuya posesión está defendida por la prescripción. El emperador Caracalla otorga la ciudadanía a todos los habitantes del imperio, con lo que se borra esa diferencia entre ciudadanos y peregrinos, y posteriormente el emperador Diocleciano, al reorganizar el imperio, considera la península itálica como una provincia más, por lo que termina la diferencia entre fundos itálicos y provinciales. Al perderse esas diferencias básicas, la distinción entre usucapión y prescripción se hizo menos clara, y poco a poco la prescripción fue predominando.

⁵⁰ Kaser, *Das Römische Privatrecht* II, §239.

Constantino⁵¹ estableció una prescripción de cuarenta años con la que protegía a cualquier poseedor, sin necesidad de que tuviera ni justo título ni buena fe. Posteriormente, el emperador Teodosio II⁵² reduce el plazo a 30 años, y afirma que pasado ese plazo caducan todas las acciones, con lo cual la prescripción sirve como defensa ante cualquier acción real, no solo la reivindicatoria del propietario, también contra cualquier acción personal, por lo que admite lo que posteriormente se llamará prescripción extintiva de obligaciones. La noción de la adquisición de la propiedad por medio de la posesión continuada o usucapión ha sido abandonada, lo cual concuerda con la prevalencia que adquirió la noción de posesión respecto de la de propiedad en los siglos IV y V.

Justiniano unifica el régimen de la usucapión y la prescripción, como modos de adquirir la propiedad, pero define la usucapión como medio para la adquisición de cosas muebles y la prescripción, para los inmuebles. Respecto de ambas se exigen los requisitos de justo título y buena fe. El plazo para adquirir por usucapión es de tres años para los muebles, y de diez para los inmuebles, si es entre personas presentes en la misma provincia (ya no en la misma ciudad, como exigía Teodosio) y de veinte años, si es entre ausentes. Sin embargo, mantiene una prescripción en la que no se exige justo título, pero sí buena fe, con un plazo de treinta o cuarenta años, a la que se llamó posteriormente prescripción de larguísimo tiempo (*longissimi temporis praescriptio*). Por otra parte, delimita los bienes que no pueden ser objeto de usucapión ni de prescripción, entre los cuales ahora incluye los bienes del Fisco y los bienes de la Iglesia y sus fundaciones, así como los bienes que adquiere el hijo que provienen de la madre o de parientes maternos (*bona materna*).⁵³

⁵¹ Ley de Constantino, años 326-333, citada en el Papiro Columbia inv. 181-182, reproducido en *Fontes Iuris Romani anteiustiniani* III, p. 318.

⁵² CT 4,14,1 pr.

⁵³ Sobre estas exclusiones y períodos especiales para ciertos bienes, véase Kaser, *Das Römische Privatrecht* II, §243,III.

IX. Puntos para el análisis comparativo de la posesión en el derecho romano clásico con el derecho civil mexicano

Para evaluar el régimen civil de la posesión y proponer un régimen común a toda la República mexicana, que es el objetivo final de este estudio comparativo, conviene precisar los temas específicos sobre los cuales podrá hacerse la comparación y luego la propuesta de un régimen común. Propongo aquí los puntos que me parecen más importantes, aunque hay otros que también deberían ser objeto del análisis comparativo. Lo que ofrezco aquí es un esbozo de un análisis que deberá ser posteriormente desarrollado respecto de esos temas.

1. La noción o concepto de posesión

Los códigos civiles proponen un concepto único de posesión, que es el control físico que ejerce una persona sobre una cosa, si bien distinguen especies de posesión, como posesión derivada u originaria, que es una distinción que atiende al modo como se adquirió la posesión, si fue por entrega (posesión derivada) o por apoderamiento (posesión original); o hablan de una posesión a título de dueño (o posesión civil), o de posesión con buena o con mala fe; pero en principio tratan la posesión como una figura jurídica unitaria en un solo capítulo, en el que se dan reglas que, en principio, son aplicables a los diversos tipos de posesión, por ejemplo, se dice que el poseedor, es decir todo poseedor, tiene derecho a los interdictos.

Frente a eso, la experiencia romana, si bien reconoce que la posesión es la tenencia o control físico de la cosa, reconoce dos figuras jurídicas, con reglas propias cada una, la posesión pretoria, que es la protegida por los interdictos del pretor, y la posesión civil que es la que conduce a la adquisición de la propiedad y que está protegida por la acción publiciana.

Si bien, en ambos sistemas, se puede reconocer el hecho de la posesión como el poder que ejerce una persona sobre una cosa, la experiencia romana considera que la importancia de ese hecho depende su reconocimiento jurídico, que puede hacerse para que el poseedor pueda defenderse de las perturbaciones posesorias, mediante los interdictos, o para que el poseedor pueda adquirir la propiedad

por usucapión y sea defendido, mientras tanto, como si fuera un propietario por la acción publiciana. Por eso distingue dos instituciones jurídicas diferentes, la posesión pretoria y la posesión civil. Es algo semejante a lo que ocurre respecto del hecho del intercambio de una cosa por otra, que da lugar a dos instituciones jurídicas diferentes, la permuta, si se intercambia una cosa por otra, y la compraventa, si se intercambia una cosa por dinero. Por eso, parece más realista distinguir dos instituciones jurídicas en la posesión de cosas, y no una sola y, consecuentemente, dar reglas para cada una de ellas.

2. Objeto de la posesión

La posesión, en el derecho clásico es siempre de cosas corporales, como lo dice un conocido texto de Paulo⁵⁴ que afirma que se pueden poseer las cosas corporales, mientras que los códigos civiles admiten la posesión de derechos, lo cual ya se había afirmado en el derecho romano posclásico, pero contradice la noción misma de posesión como el control físico sobre una cosa.

Las cosas que pueden ser objeto de posesión, según los códigos civiles, son aquellas sobre las cuales se puede adquirir la propiedad, y algunos precisan que sea la propiedad privada. Esta visión parece sostenida por la idea de que el poseedor podrá convertirse en propietario, de modo que no puede poseer cosas que no puedan adquirirse. Esto contrasta con el derecho clásico, que admite la posesión pretoria, sobre cualquier cosa, incluso sobre bienes públicos, porque el poseedor no ha de adquirir la propiedad, por lo que puede tener la posesión de una zona en la playa, en una ribera, o en una vía pública, para hacer un uso exclusivo de ella, estar jurídicamente protegido por los interdictos, aunque nunca llegará a ser propietario.

Por eso, distinguiendo la posesión protegida por los interdictos, de la que pueda dar lugar a la adquisición de la propiedad, podrá afirmarse que son objeto de posesión interdictal las cosas corporales, sean de propiedad pública, sean de propiedad privada, mientras que solo pueden poseerse a título de propietario las cosas que pueden ser objeto de propiedad privada o público-privada, es decir, se excluyen las que sean de uso común.

⁵⁴ Paulo 54 *ad Edictum*, D 41,2,3 pr: Possidere autem possunt, quae sunt corporalia.

3. La protección posesoria

Todos los códigos civiles admiten la protección del poseedor por medio de interdictos de retener o recuperar la posesión, y algunos admiten la acción publiciana o plenaria de posesión. El derecho romano clásico contempla los interdictos posesorios, pero los ve como soluciones provisionales, por lo que no son emitidos como resultado de un juicio, sino de una decisión del pretor, después de una breve cognición del caso, y simplemente protegen las apariencias jurídicas, para preservar la paz pública, sin decidir el asunto de fondo, o sea el de quien tiene derecho sobre la cosa en cuestión; son semejantes a una medida precautoria, que puede ser superada como resultado de un juicio. En cambio, los interdictos posesorios se contemplan en los códigos de procedimientos civiles, y aun en el Código Nacional de Procedimientos Civiles (artículos 27, 1, 30) como “acciones reales” que se tramitan en juicios ordinarios, es decir, que otorgan decisiones definitivas. Vale la pena reflexionar si pudieran establecerse los interdictos como medidas cautelares para preservar la paz pública, que puedan ser expedidas rápidamente y antes de iniciar un juicio.

Respecto de la acción publiciana o plenaria de posesión, esta servía, en el derecho clásico, para proteger exclusivamente al poseedor civil como si fuera propietario civil, antes de que se cumpliera el tiempo necesario para usucapir, los poseedores pretorios no tenían esa acción. No parece conveniente que esta acción la tengan todos los poseedores, como parecen admitir algunos códigos civiles, en cambio, el *Código nacional de procedimientos civiles* (artículo 27) otorga esta acción únicamente al poseedor que ha adquirido con justo título y buena fe.

4. La adquisición de la propiedad mediante la posesión continuada

Los códigos civiles admiten la adquisición de la propiedad, por parte del poseedor a título de dueño, o con justa causa, sea de buena o de mala fe. Algunos códigos tratan de este tema, en el mismo capítulo o título que tratan de la posesión, y lo llaman “usucapión”, otros (la mayoría), que sigue al código federal, la denominan “prescripción adquisitiva”, y la tratan en un capítulo aparte denominado “de la

prescripción”, en el que tratan conjuntamente de la “prescripción positiva”, por la que se adquiere la propiedad, y de la “prescripción negativa”, por la que se extinguen las obligaciones.

Una primera cuestión es dilucidar si es conveniente tratar la prescripción positiva, como si fuera una especie del género prescripción, que es la adquisición o pérdida de derechos por el transcurso del tiempo. El régimen actual de prescripción parece más ligado al derecho posclásico del siglo V, especialmente a la constitución de Teodosio II (arriba citada) que estableció plazos para la extinción de acciones reales y personales. En realidad, la adquisición de la propiedad no es un efecto que se obtiene por el paso del tiempo,⁵⁵ sino por la posesión civil continuada durante cierto tiempo, y es muy diferente el hecho de adquirir la propiedad de la extinción de las obligaciones, que se dan en circunstancias y con condiciones muy diversas, por eso, parece mejor relacionar la prescripción positiva o usucapión, con la posesión civil y no con una abstracta figura de la adquisición y pérdida de derechos por el solo transcurso del tiempo.

Otra cuestión importante es la exigencia de la buena fe para adquirir la propiedad por usucapión, como la exigía el derecho clásico. La adquisición de la propiedad sin buena fe, y aun sin justa causa, fue introducida en el derecho posclásico del siglo IV por Constantino, y continuada por Teodosio II, en tiempos de las mayores invasiones de los pueblos del Norte que se asentaban en territorio del imperio y había que reconocerles derechos sobre las tierras que ocupaban. Fue una manera de regularizar lo que ocurría fuera del ámbito jurídico y legal. La mayoría de los códigos civiles mexicanos exige la justa causa o justo título, y la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana requiere la existencia de una justa causa, pero no se pronunció respecto de la buena fe. Todos los códigos admiten la adquisición de la propiedad a favor del poseedor de mala fe, e incluso a favor del que se hizo de la posesión por medio de un delito, como robo o despojo de inmuebles, y aunque exigen mayor tiempo de posesión, finalmente admiten que el poseedor de mala fe, como el que compra una cosa que sabe que es robada o un inmueble que sabe fue adquirido violentamente, pueda adquirir la propiedad. Esto resulta contradictorio de la misma no-

⁵⁵ El artículo 1135 del *Código civil federal* dice que la prescripción “es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo”.

ción del derecho, pues implica admitir que el dolo está jurídicamente protegido.

He tratado brevemente algunos puntos que merecen compararse con más detenimiento y detalle. Hay otros que deben ser tratados, como la responsabilidad del poseedor por los frutos, daños que sufriera la cosa poseída cuando tiene que devolverla a su legítimo propietario, o las formas y requisitos para adquirir y conservar la posesión, los casos en que se interrumpe la posesión, y otros más. He querido mencionar esos cuatro que me parecen los más importantes simplemente para mostrar lo fructífera que es la comparación entre el derecho civil contemporáneo y el derecho romano clásico.

X. Bibliografía

- Albanesse, Bernardo, *Le situazioni possessorie nel Diritto Privato Romano*, Palermo, Palumbo, 1985.
- CT: Codex Theodosianus, edd. Th. Mommsen-Paul M. Meyer, 3a. ed., Berlín, Weidman, 1962.
- D: Digesta (Corpus Iuris Civilis, vol. I, edd. Th. Mommsen-Paul Krüger, 16a. ed., Berlín, 1954). Versión Española de D'Ors, A., *El Digesto de Justiniano*, 3 vols., Pamplona, Aranzadi, 1968.
- D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 8a. ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991.
- Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, 2a. ed., 2 vols., Santiago de Chile, Thompson Reuters, 2013.
- Kaser, Max, *Das Römische Privatrecht*, 2a. ed., 2 vols., München, C.H. Beck'sche, 1975.
- Lenel, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, 2a. ed., Aalen, Scientia Verlag, 1974.
- XII T: Ley de las Doce Tablas, edición bilingüe, en Domingo, Rafael, *Textos de Derecho Romano*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

Responsabilidad social, empresarial, derechos humanos y empresas en México

Social Responsibility, Business, Human Rights and Business in Mexico

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

Resumen: El objetivo de este artículo es exponer los instrumentos internacionales que han sido adoptados por la Organización de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos y las empresas, así como otros instrumentos elaborados por organizaciones internacionales privadas como la Organización Internacional de Normalización (ISO, por sus siglas en inglés) y su adopción en México a través de Normas Oficiales Mexicanas. Este texto resalta que, ante este universo normativo en esta materia, es necesaria una ley especializada, que sistematice todo este universo de normas, así como la implementación de políticas públicas que promuevan modelos de negocios sustentables.

Palabras clave: derechos humanos, empresa, responsabilidad social empresarial, RSE, Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y los Derechos Humanos, ISO 26000:10.

Abstract: The objective of this article is to present the international instruments that have been adopted by the United Nations Organization in the field of human rights and companies, as well as other instruments elaborated by private international organizations such as the International Organization for Standardization (ISO, for its acronym in English) and its adoption in Mexico through Official Mexican Standards. This text highlights that, given this regulatory universe in this matter, a specialized law on the matter is necessary to systematize this entire universe of standards, as well as the implementation of public policies that promote sustainable business models.

Keywords: Human Rights, Corporation Corporate Social Responsibility, CSR, Guiding Principles on Business and Human Rights, ISO 26000:10.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Antecedentes históricos*. III. *Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y los Derechos Humanos*. IV. *Responsabilidad social empresarial*. V. *Reflexión*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

Además del Estado como sujeto del derecho internacional, en el siglo XX, se incluyeron a los organismos internacionales como sujetos no estatales, y más recientemente se ha expandido esta última categoría a otros sujetos como la empresa,¹ debido a los desafíos geopolíticos, sociales, económicos y medioambientales.²

La empresa en nuestro sistema jurídico no tiene personalidad jurídica reconocida, a pesar de que leyes como el Código Fiscal de la Federación,³ la Ley Federal del Trabajo⁴ y varias leyes mercantiles em-

¹ Cfr. Palombo, Dalia, *Business and Human Rights: The Obligations of the European Home States*, Londres, Hart Publishing, 2020.

² En derecho internacional se han incluido a las empresas estatales como parte de la noción de Estado, pero la globalización y el surgimiento de organizaciones terroristas han conducido al debate sobre la inclusión de entes distintos a los Estados como sujetos de derechos internacionales. Cfr. Côte, Charles-Emmanuel, "Non-state Actors, Changing Actors and Subjects of International Law", en Scott, Karen N. et al. (eds.), *Changing Actors in International Law*, Leiden, Brill, 2021, pp. 1 y ss.

³ El Código Fiscal de la Federación dispone en relación con la empresa en su artículo 16 lo siguiente:

Se entenderá por actividades empresariales las siguientes:

I. Las comerciales, que son las que de conformidad con las leyes federales tienen ese carácter y no están comprendidas en las fracciones siguientes.

II. Las industriales entendidas como la extracción, conservación o transformación de materias primas, acabado de productos y la elaboración de satisfactores.

III. Las agrícolas que comprenden las actividades de siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

IV. Las ganaderas que son las consistentes en la cría y engorda de ganado, aves de corral y animales, así como la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

V. Las de pesca, que incluyen la cría, cultivo, fomento y cuidado de la reproducción de toda clase de especies marinas y de agua dulce, incluida la acuicultura, así como la captura y extracción de las mismas y la primera enajenación de esos productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

VI. Las silvícolas que son las de cultivo de los bosques o montes, así como la cría, conservación, restauración, fomento y aprovechamiento de la vegetación de los mismos y la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

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

⁴ El artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo señala que "para los efectos de las

plan este término,⁵ ninguna disposición la reconoce como persona moral.⁶

La empresa es un concepto económico, que, como lo afirman Juan Ignacio Font Galán y Javier Pagador López, no es unívoco, no obstante, es posible explicar a la empresa como “una organización de factores productivos (capital y trabajo) para la producción e intermediación de bienes y servicios destinados al mercado”.⁷

Una de las definiciones más precisas, en términos jurídicos, de la empresa es la de Raúl Cervantes Ahumada en los siguientes términos: “universalidad de hecho, constituida por un conjunto de elementos materiales y valores incorpóreos, coordinado para la producción o el intercambio de bienes o servicios destinados al mercado en general”.

Recientemente, Iván Romo Valdovinos ha propuesto la siguiente definición de empresa: “conjunto organizado de sistemas operativos, administrativos, contables, económicos y financieros, constituidos bajo la normatividad aplicable, con personalidad jurídica y patrimonio propio y que tiene como finalidad la realización del objeto para el cual

normas de trabajo, se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que, como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa”.

⁵ Código de Comercio, Ley de Navegación y Comercio Marítimo y Ley sobre el Contrato de Seguro, por mencionar algunas.

⁶ El artículo 25 del Código de Comercio establece una lista enunciativa de las entidades a las cuales reconoce como personas morales, a saber:

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

⁷ Santiago Hernández, Ana Rosa, “La necesidad de una ley para regular la responsabilidad social de las empresas como garantía del respeto a los derechos humanos”, en Barajas Languren y Hübbe Contreras, Tadeo Eduardo (eds.), *Aportaciones actuales a los derechos humanos en la vida jurídica mexicana*, México, Tirant lo Blanch, 2015, p. 108.

fue creada buscando general valor para sus dueños y la generación de valor social”.⁸

La empresa entonces es una actividad que consiste en coordinar un conjunto de bienes tangibles e intangibles, así como el trabajo por un sujeto, sea una persona física o moral, con la finalidad de producir o intercambiar bienes o servicios. En nuestro sistema jurídico es esta actividad lo que hace que una persona física sea considerada como comerciante y para lo cual se constituye una sociedad mercantil.

Dado que los instrumentos internacionales que analizaremos se refieren a la empresa, emplearemos este término a lo largo de este trabajo sin dejar de reconocer que, en nuestro sistema jurídico, en el ámbito privado, son las sociedades mercantiles y el comerciante individual quienes llevan a cabo actividades empresariales.

II. Antecedentes históricos

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para complementar este instrumento y como resultado de un debate ideológico de la época entre países del bloque capitalista y países del bloque comunista, la Asamblea General elaboró dos pactos diferentes, uno sobre Derechos Civiles y Políticos y otros sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, ambos aprobados el 16 de diciembre de 1966.⁹ Este último destaca por reconocer e imponer a los Estados la obligación de proteger derechos tales como: el trabajo, alimentación, vivienda, salud y educación, entre otros. En 1968 se celebró la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos de la ONU en Teherán, en la cual se declaró la integralidad de los derechos humanos, para dejar atrás la división entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

Como una respuesta a las limitaciones del tradicional modelo de responsabilidad internacional estatal, en 1973 la ONU creó la Comi-

⁸ Romo Valdovinos, Iván Josué, *La conservación de la empresa mercantil*, México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 56.

⁹ Ambos ratificados por México el 20 de mayo de 1981. https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/12121 y https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/33397

sión de Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales, así como el Centro de Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales (CNUET). Tanto la Comisión como el CNUET llevaron a cabo una investigación sobre los efectos de la actividad empresarial internacional que dio como resultado un proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales. No obstante, después de una serie de discusiones de este proyecto en diferentes momentos, dada la oposición de los Estados receptores de empresas transnacionales, en 1994, este finalmente se abandonó y se acordó la disolución del CNUET.¹⁰

En 1976, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) emitió “Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales” (Directrices de la OCDE). Se trata de un código de conducta que comprende principios y normas no vinculantes, dirigido a las empresas multinacionales¹¹ y cuya finalidad es promover la inversión extranjera que coadyuve al progreso económico, medioambiental y social, sin constituir una excepción al principio de trato nacional en comercio internacional.¹² México se adhirió a estas Directrices, el 18 de mayo de 1994.

¹⁰ Rodríguez Garavito, César, “Empresas y derechos humanos. Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias”, en Rodríguez Garavito, César (ed.), *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*, Argentina, Siglo XXI-Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2018, p. 36.

¹¹ Conforme al punto 4 del apartado I sobre conceptos y principios de las Directrices, las empresas multinacionales son:

Empresas u otras entidades establecidas en más de un país y relacionadas de tal modo que pueden coordinar sus actividades de diversas formas. Aunque una o varias de estas entidades puedan ser capaces de ejercer una influencia significativa sobre las actividades de las demás, su grado de autonomía en el seno de la empresa puede variar ampliamente de una empresa multinacional a otra. Pueden ser de capital privado, público o mixto.

Cfr. <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

¹² De acuerdo con el punto 5 del apartado I sobre conceptos y principios de las Directrices: “El objetivo de las Directrices no es introducir diferencias de trato entre las empresas multinacionales y las empresas nacionales, sino reflejar prácticas recomendables para todas ellas. En consecuencia, se espera que las empresas multinacionales y nacionales tengan la misma conducta en todos los casos en los que sean aplicables a ambas las Directrices”. De hecho, este instrumento señala en el punto 7 del mismo apartado que los gobiernos no deben utilizar las Directrices con fines proteccionistas o que merme la ventaja comparativa de cualquier país destino de inversión por las empresas multinacionales.

Idem.

Las Directrices de la OCDE se han ido actualizando a través del tiempo, de tal manera que, hasta la última actualización de 25 de mayo de 2011, los principios son quince, a saber:¹³

- 1) Contribuir al progreso económico, social y medioambiental para lograr un desarrollo sostenible.
- 2) Respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos de las personas afectadas por sus actividades.
- 3) Estimular la generación de capacidades locales mediante una cooperación estrecha con la comunidad local, incluyendo los intereses de los empresarios, desarrollando simultáneamente las actividades de la empresa en los mercados interno y externo de una manera compatible con la necesidad de prácticas comerciales saludables.
- 4) Fomentar la formación del capital humano, especialmente creando oportunidades de empleo y ofreciendo capacitación a los empleados.
- 5) Abstenerse de buscar o de aceptar exenciones no contempladas en el marco legal o regulatorio relacionado con los derechos humanos, el medioambiente, la salud, la seguridad, el trabajo, el sistema tributario, los incentivos financieros u otras cuestiones varias.
- 6) Apoyar y defender los principios de buen gobierno corporativo y desarrollar e implementar buenas prácticas de gobierno corporativo, incluso a través de grupos de empresas.
- 7) Desarrollar e implementar prácticas autodisciplinarias y sistemas de gestión eficaces que promuevan una relación de confianza recíproca entre las empresas y las sociedades en las que ejercen su actividad.
- 8) Promover el conocimiento y el cumplimiento, por parte de los empleados de las empresas multinacionales, de las políticas de empresa mediante la difusión adecuada de las mismas, incluso a través de programas de capacitación.
- 9) Abstenerse de tomar medidas discriminatorias o disciplinarias contra los trabajadores que elaboren, de buena fe, informes para la dirección o, en su caso, para las autoridades competentes acer-

¹³ <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

- ca de prácticas contrarias a la ley, a las directrices o a las políticas de la empresa.
- 10) Implementar la debida diligencia basada en los riesgos, incorporándola, por ejemplo, a sus sistemas de gestión de riesgos con el fin de identificar, prevenir o atenuar los impactos negativos, reales o potenciales que se describen en los apartados 11 y 12, e informar sobre cómo se reacciona ante dichos impactos negativos. La naturaleza y el alcance de la debida diligencia dependen de las circunstancias de cada situación particular.
 - 11) Evitar que las actividades propias generen o contribuyan a generar impactos negativos en los campos contemplados por las directrices y tomar las medidas necesarias para tratarlos cuando se produzcan.
 - 12) Esforzarse por impedir o atenuar los impactos negativos, aun en los casos en que las empresas no hayan contribuido a los mismos, si están directamente relacionados con sus actividades, productos o servicios en virtud de una relación comercial. Esto no ha de interpretarse como una transferencia de la responsabilidad de la entidad que causa el impacto negativo hacia la empresa con la que mantiene una relación comercial.
 - 13) Además de responder a los impactos negativos en los ámbitos contemplados por las Directrices, fomentar, en la medida de lo posible, que sus socios comerciales, incluidos sus proveedores y contratistas, apliquen principios de conducta empresarial responsable conforme con las directrices.
 - 14) Comprometerse ante las partes interesadas, facilitándoles posibilidades reales de participación a la hora de planificar y tomar decisiones relativas a proyectos u otras actividades susceptibles de influir de forma significativa en las poblaciones locales.
 - 15) Abstenerse de cualquier injerencia indebida en las actividades políticas locales.

Este instrumento prevé un mecanismo de implementación llamado Puntos Nacionales de Contacto (PNC); se trata de organismos constituidos por cada uno de los gobiernos que se ha adherido a este instrumento con la finalidad de: a) asistir a las empresas y partes interesadas a tomar las medidas adecuadas para impulsar la aplicación de las Directrices, y b) constituir una plataforma de mediación y con-

ciliación para resolver los problemas que se presenten en la práctica. En México, el Punto Nacional de Contacto está adscrito a la Dirección General de Inversión Extranjera de la Secretaría de Economía, el cual presenta un informe ante la OCDE.

El Consejo de Administración de la entonces Oficina Internacional del Trabajo, ahora Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales, tanto estatales como privadas, y la política social en noviembre de 1977. La declaración se integra por un conjunto de principios basados en convenios y recomendaciones emitidos por la misma OIT, son de aplicación voluntaria y están dirigidos tanto a empresas multinacionales como a gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores en relación con los derechos fundamentales en el trabajo, esto partiendo del reconocimiento de las empresas multinacionales como organizaciones cuyas operaciones trascienden el ámbito nacional y que “pueden dar lugar a una concentración abusiva de poder económico y a conflictos con los objetivos de las políticas nacionales y los intereses de los trabajadores”.¹⁴ La declaración ha sido enmendada en distintos momentos, siendo la última en marzo de 2017.

En el año 2000, la ONU elaboró diez principios no vinculantes dirigidos a las empresas en relación con prácticas de desarrollo sostenible conocidos como el Pacto Global de Naciones Unidas. Debido a las resistencias y críticas a este instrumento, la Subcomisión de Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos elaboró en 2003 el proyecto de Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos conocido como Proyecto de Normas de Naciones Unidas, cuyo objetivo fue proponer estándares jurídicos en materia de derechos humanos aplicables a las empresas. Este proyecto tampoco prosperó pues, por la presión de varios Estados miembros, en donde se encuentran constituidas muchas de estas empresas, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas se negó a conceder valor jurídico a estos estándares y ordenó a la Subcomisión su

¹⁴ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf.

abstención de ejercer funciones de vigilancia en el cumplimiento de estas normas.¹⁵

No obstante, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, por exigencia del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, elaboró un informe consistente en la compilación y estudio de los estándares en materia de derechos humanos dirigidos a las empresas. Como consecuencia, la Comisión de Derechos Humanos solicitó al secretario general en turno que nombrara un representante especial sobre el tema. Fue entonces que John Ruggie, como Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para las Empresas y Derechos Humanos (RESG), se encargó de la elaboración de estándares en materia de derechos humanos para las empresas dando lugar a los “Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos” (Principios Rectores), adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 17/4, del 16 de junio de 2011.¹⁶

Dado su impacto y su contenido en relación con las empresas en su operación, dedicaremos la siguiente sección a los Principios Rectores, no sin antes mencionar que, en 2015 la Organización de Naciones Unidas lanzó una iniciativa llamada Pacto Mundial cuyo objetivo es lograr la sustentabilidad corporativa, mediante la colaboración directa con las empresas para que en su actividad se comprometan con el respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de los trabajadores, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción. El Pacto Mundial se traduce en diez principios clasificados en cuatro rubros, derechos humanos, trabajo y medio ambiente, a saber:

Principio 1: las empresas deberían apoyar y respetar la protección de derechos humanos declarados internacionalmente.

Principio 2: las empresas deberían asegurarse de no ser partícipes de vulneraciones de derechos humanos.

Principio 3: las empresas deberían defender la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

Principio 4: las empresas deberían defender la eliminación de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio.

¹⁵ Rodríguez Garavito, César, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 38 y ss.

Principio 5: las empresas deberían defender la abolición efectiva de la mano de obra infantil.

Principio 6: las empresas deberían defender la eliminación de la discriminación con respecto al empleo y la ocupación.

Principio 7: las empresas deberían apoyar un planteamiento preventivo con respecto a los desafíos ambientales.

Principio 8: las empresas deberían llevar a cabo iniciativas para fomentar una mayor responsabilidad ambiental.

Principio 9: las empresas deberían promover el desarrollo y la difusión de tecnologías respetuosas con el medio ambiente.

Principio 10: Las empresas deberían trabajar contra la corrupción en todas sus formas, como la extorsión y el soborno.

Actualmente, la ONU colabora con más de 11,000 empresas en más de 150 países.¹⁷

III. Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y los derechos humanos

Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y los derechos humanos en total son treinta y uno, a saber:¹⁸

- 1) Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.
- 2) Los Estados deben enunciar claramente qué se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.
- 3) En cumplimiento de su obligación de protección, los Estados deben:

¹⁷ <https://www.pactomundial.org.mx/>.

¹⁸ Cfr. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Nueva York y Ginebra, 2011, disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf.

- a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias.
 - b) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan, sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas.
 - c) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades.
 - d) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos.
- 4) Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.
 - 5) Los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos.
 - 6) Los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales.
 - 7) Puesto que el riesgo de violaciones graves de los derechos humanos es mayor en zonas afectadas por conflictos, los Estados deben tratar de asegurar que las empresas que operan en tales contextos no se vean implicadas en abusos de este tipo, adoptando entre otras las siguientes medidas:
 - a) Colaborar en la fase más temprana posible con las empresas para ayudarlas a determinar, prevenir y mitigar los riesgos que entrañen sus actividades y relaciones empresariales para los derechos humanos.

- b) Prestar asistencia adecuada a las empresas para evaluar y tratar los principales riesgos de abusos, prestando especial atención tanto a la violencia de género como a la violencia sexual.
 - c) Negar el acceso al apoyo y servicios públicos a toda empresa que esté implicada en graves violaciones de los derechos humanos y se niegue a cooperar para resolver la situación.
 - d) Asegurar la eficacia de las políticas, leyes, reglamentos y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos.
- 8) Los Estados deben asegurar que los departamentos y organismos gubernamentales y otras instituciones estatales que configuran las prácticas empresariales sean conscientes de las obligaciones de derechos humanos del Estado y las respeten en el desempeño de sus respectivos mandatos, en particular ofreciéndoles la información, la capacitación y el apoyo pertinentes.
- 9) Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo, a través de tratados o contratos de inversión.
- 10) Los Estados, cuando actúen en calidad de miembros de instituciones multilaterales que tratan cuestiones relacionadas con las empresas deberán:
- a) Tratar de asegurarse de que esas instituciones no limiten la capacidad de los Estados miembros de cumplir su deber de protección ni pongan trabas a la observancia de los derechos humanos por las empresas.
 - b) Alentar a esas instituciones, en el marco de sus respectivos mandatos y capacidades, a promover el respeto de los derechos humanos entre las empresas y a ayudar a los Estados que lo soliciten a cumplir su deber de protección contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas, en particular mediante iniciativas de asistencia técnica, fomento de la capacidad y sensibilización.
 - c) Inspirarse en estos Principios Rectores para promover el mutuo entendimiento y la cooperación internacional en la gestión

de problemas relacionados con las empresas y los derechos humanos.

- 11) Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.
- 12) La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.
- 13) La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas:
 - a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan.
 - b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.
- 14) La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.
- 15) Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:
 - a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

- b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos.
 - c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.
- 17) Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que:
- a) Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa.
 - b) Se base en un asesoramiento especializado, interno y/o externo.
 - c) Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios.
 - d) Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas.
 - e) Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.
- 17) Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos:
- a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales.
 - b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones.

- c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.
- 18) A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas, ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes, e incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas en función del tamaño de la empresa, de la naturaleza y el contexto de la operación.
- 19) Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas.
- A) Para que esa integración sea eficaz es preciso que:
- a) La responsabilidad de prevenir esas consecuencias se asigne a los niveles y funciones adecuados dentro de la empresa.
- b) La adopción de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permitan ofrecer respuestas eficaces a esos impactos.
- B) Las medidas que deban adoptarse variarán en función de:
- a) Que la empresa provoque o contribuya a provocar las consecuencias negativas o de que su implicación se reduzca a una relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial.
- b) Su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas.
- 20) A fin de verificar si se están tomando medidas para prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben hacer un seguimiento de la eficacia de su respuesta. Este seguimiento debe:
- a) Basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados.
- b) Tener en cuenta los comentarios de fuentes tanto internas como externas, incluidas las partes afectadas.

- 21) Para explicar las medidas que toman para hacer frente a las consecuencias de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben estar preparadas para comunicarlas exteriormente, sobre todo cuando los afectados o sus representantes planteen sus inquietudes. Las empresas cuyas operaciones o contextos operacionales implican graves riesgos de impacto sobre los derechos humanos deberían informar oficialmente de las medidas que toman al respecto. En cualquier caso, las comunicaciones deben reunir las siguientes condiciones:
 - a) Una forma y una frecuencia que reflejen las consecuencias de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos y que sean accesibles para sus destinatarios.
 - b) Aportar suficiente información para evaluar si la respuesta de una empresa ante consecuencias concretas sobre los derechos humanos es adecuada.
 - c) No poner en riesgo, a su vez, a las partes afectadas o al personal, y no vulnerar requisitos legítimos de confidencialidad comercial.
- 22) Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas, deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos.
- 23) En cualquier contexto, las empresas deben:
 - a) Cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen.
 - b) Buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas.
 - c) Considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen.
- 24) Cuando sea necesario dar prioridad a las medidas para hacer frente a las consecuencias negativas, reales y potenciales, sobre los derechos humanos, las empresas deben ante todo tratar de prevenir y atenuar las consecuencias que sean más graves o que puedan resultar irreversibles si no reciben una respuesta inmediata.

- 25) Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.
- 26) Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.
- 27) Los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas.
- 28) Los Estados deben estudiar la forma de facilitar el acceso a los mecanismos de reclamación no estatales que se ocupan de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas.
- 29) Para que sea posible atender rápidamente y reparar directamente los daños causados, las empresas deben establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y las comunidades que sufran las consecuencias negativas.
- 30) Las corporaciones industriales, las colectividades de múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración basadas en el respeto de las normas relativas a los derechos humanos deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de reclamación eficaces.
- 31) Para garantizar su eficacia, los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, deben ser:
 - a) Legítimos: suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación.

- b) Accesibles: ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos.
- c) Predecibles: disponer de un procedimiento claro y conocido, con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación.
- d) Equitativos: asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto.
- e) Transparentes: mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego.
- f) Compatibles con los derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- g) Una fuente de aprendizaje continuo: adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro.
- h) Basarse en la participación y el diálogo. Consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios.

De estos principios, tres son fundacionales y los demás son operativos en razón de cada uno de los fundacionales.

Los principios fundacionales pueden resumirse en los siguientes términos: proteger, respetar y reparar. Proteger le corresponde al Estado, mientras que respetar y reparar no solo le concierne al Estado sino también a las empresas.

Proteger es una conducta de hacer, que consiste en que el Estado debe impedir las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por cualquier persona, incluyendo las empresas.

Respetar, por otra parte, es una conducta de no hacer, pues, consiste en abstenerse de impedir la realización de los derechos humanos. El Estado es el primer obligado, pero, conforme a estos principios, además, es una obligación de las empresas en los siguientes términos: “deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”. En otras palabras,¹⁹ los derechos humanos pueden verse transgredidos por las empresas cuando las operaciones que realizan permiten la creación de impactos negativos en la esfera de las personas (empleados, clientes, proveedores o incluso las comunidades asentadas en torno a su zona de actividad), pero además se considera que existe violación a tales derechos en el supuesto de que las empresas no tomen las medidas adecuadas para prevenir, atenuar o, en su caso, remediar los resultados adversos que sean provocados por la corporación.

Este punto merece especial atención, pues conforme a los principios, hay tres formas en las que se puede considerar a las empresas como responsables de ocasionar violaciones a los derechos humanos:

- 1) Las actividades de la empresa provocan la afectación.
- 2) Las actividades de la empresa contribuyen a la afectación.
- 3) Las actividades de alguna entidad con la que la empresa mantiene relación comercial causan la afectación.²⁰

Es de destacar que este principio tiene implicaciones en cuanto al gobierno corporativo, pues, de acuerdo con el principio 15, las empresas tienen un deber de diligencia que consiste en implementar medidas y procedimientos para prevenir y mitigar consecuencias negativas sobre derechos humanos derivados de sus actividades y de las actividades que llevan a cabo con terceros con quienes tienen una relación comercial.²¹

Conforme al principio 16, para cumplir con este deber es necesario: a) expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante

¹⁹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Los Derechos Humanos en las Empresas*, CNDH, México, 2016, p. 9

²⁰ *Idem*.

²¹ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, *cit.*, p. 18.

una declaración aprobada al más alto nivel directivo de la empresa, con base en un asesoramiento especializado interno y/o externo; b) implementar un procedimiento que permita evaluar el impacto real y potencial de las actividades que lleva a cabo la empresa sobre los derechos humanos para lo cual se debe recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes, realizar consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación.²²

Esta obligación es para todas las empresas, independientemente de su tamaño o actividad comercial o industrial.

Remediar es una obligación del Estado que consiste en garantizar que los afectados tengan acceso a mecanismos de reparación rápida y eficaz, los cuales pueden consistir en disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas (ya sean penales o administrativas, por ejemplo, multas), así como medidas de prevención de nuevos daños, por ejemplo, los requerimientos o las garantías de no repetición. Los procedimientos de reparación deben ser imparciales y estar protegidos contra toda forma de corrupción o intento político o de otro tipo de influir en su resultado. Sin embargo, como ya mencionamos, también es una obligación de las empresas en los siguientes términos: “Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas, deben repararlas o contribuir a su reparación”.

IV. Responsabilidad social empresarial

En nuestro país, los derechos humanos en relación con las empresas se han explicado a partir del concepto de responsabilidad social empresarial (RSE).²³

El término “responsabilidad social empresarial” fue resultado de un debate en la doctrina económica norteamericana, que se venía gestando desde la década de 1930 entre Adolf A. Berle y Gardnier

²² *Ibidem*, pp. 19 y ss.

²³ Santiago Hernández, Ana Rosa, “La necesidad de una ley para regular la responsabilidad social de las empresas como garantía del respeto a los derechos humanos”, *cít.*, p. 78.

C. Means, por un lado, y Frank Dodd, por el otro.²⁴ Los primeros argumentaron que el objetivo de la sociedad anónima es la maximización del valor de los accionistas,²⁵ mientras que el segundo analizó la importancia de que el objetivo de la sociedad anónima es que los intereses de los accionistas estén alineados con los intereses de la comunidad.²⁶

Por otra parte, en 1953 Howard Bowen publicó el libro *Social Responsibilities of the Businessman* (cuya traducción ha sido publicada como *Responsabilidades sociales del empresario*), a quien se le atribuye el nacimiento de la responsabilidad social empresarial (Corporate Social Responsibility, CSR).

Fue hasta 1970 que el debate sobre el objetivo de la sociedad anónima fue retomado por Milton Friedman, economista ganador del Premio Nobel de 1976 y fundador de la llamada “Escuela de Economía de Chicago”, quien escribió un artículo en el cual afirmó que la finalidad de una compañía en un sistema económico de libre mercado es la obtención de ganancias para sus accionistas, pues buscar que las compañías asuman responsabilidades sociales desvía a las compañías de su función principal para convertirlas en actores políticos.²⁷ Tal como el título del artículo, esta se convirtió en la “Doctrina Friedman”, que caracterizaría las siguientes décadas en (des)regulación financiera.

En 1987, fue publicado el libro *Strategic Management: A Stakeholder Approach (Administración estratégica: perspectiva de todos los interesados)* escrito por Edward Freeman, texto en el que elabora una crítica a la teoría de la maximización del valor de los accionistas dados los problemas de riesgo moral, externalidades y poder monopólico, para lo cual propone como solución la maximización del valor no solo de los accionistas sino de todos aquellos que están involucrados

²⁴ Goyal, Lakshmi, “Stakeholder Theory: Revisting the Origins”, *Journal of Public Affairs*, 27 de noviembre de 2020, p. 2. e2559. <https://doi-org.pbidi.unam.mx:2443/10.1002/pa.2559>.

²⁵ Cfr. Berle, Adolf A. y Means, Gardiner, *The Modern Corporation and Private Property*, Nueva York, Macmillan, 1933.

²⁶ Cfr. Dodd, E. Merrick, “For Whom Are Corporate Managers Trustees?”, *Harvard Law Review*, vol. 45, núm. 7, 1932, pp. 1145-63.

²⁷ Cfr. Friedman, Milton, “A Friedman doctrine-The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits”, *New Yor Times Magazine*, Section Sunday Magazine, 13 de septiembre de 1970, p. 17.

o tienen un interés en las actividades de la sociedad anónima, ya sea porque se benefician o sufren un daño como consecuencia.²⁸

Finalmente, Michael Porter y Mark Kramer, en 2011, propusieron el concepto “Creating Shared Value” (crear valor compartido),²⁹ que consiste en fomentar la competitividad de la empresa, buscando el mejoramiento de las condiciones económicas y sociales de las comunidades en las que opera, de tal manera que se sea posible maximizar el valor social, dando lugar a lo que se conoce como la teoría de la responsabilidad social compartida.³⁰

La responsabilidad social empresarial “significa que una organización empresarial asume la responsabilidad por el impacto de sus actividades en sus empleados, clientes, la comunidad y el medio ambiente”.³¹

Ana Rosa Santiago Hernández, explica que³²

La actividad empresarial tiene repercusiones no solamente en el ámbito interno, es decir, con sus trabajadores, con sus directivos y con sus socios, sino que trasciende a otros grupos de interés con los que también está obligado a asumir una actitud responsable, por ejemplo: consumidores proveedores, discapacitados, ancianos, madres solteras, grupos étnicos, etcétera. Además, debe contribuir con la formación de prácticas profesionales de estudiantes, otorgamiento de becas, activar la economía local en la que la empresa se encuentra establecida, proporcionar productos y servicios de calidad, contribuir a la mejora del entorno social y cultural, respeto al medio ambiente y filantropía, entre muchas otras funciones.

Cabe destacar que la responsabilidad social empresarial es un concepto que implica para la empresa “asumir voluntariamente com-

²⁸ Goyal, Kshmi, *op. cit.*, p. 2.

²⁹ Porter, Michael E., y Kramer, Mark R, “Creating Shared Value”, *Harvard Business Review*, January-February, 2011.

³⁰ Newton, Alex, *The Business of Human Rights: Best Practice and UN Guiding Principles*, Routledge, 2019.

³¹ Ryszard Piasecki, “La Responsabilidad Social: Los desafíos y sus limitaciones”, en Wulf, Erico (ed.), *Responsabilidad Social Empresarial: Un desafío Corporativo*, Colombia, 2018.

³² Santiago Hernández, Ana Rosa, “La necesidad de una ley para regular la responsabilidad social de las empresas como garantía del respeto a los derechos humanos”, *cit.*, pp. 79 y 80.

promisos que van más allá de las obligaciones reglamentarias y convencionales, que deberían cumplir en cualquier caso”,³³ esto en razón de que trata de reconciliar intereses de todos los individuos y entes involucrados y afectados por su actividad.

En México, este concepto se puso en práctica en 1992 a través del programa de filantropía empresarial del Centro Mexicano para la Filantropía (CEMEFI) el cual se convertiría en 1997 en el Programa de Responsabilidad Social Empresarial.³⁴

En 2001 diversas organizaciones empresariales se aliaron para dar lugar a AliarSE, organización que tiene como finalidad la promoción y adopción de la responsabilidad social empresarial entre sus integrantes.³⁵

En 2010, la Organización Internacional de Normalización (*International Organization for Standardization*, por sus siglas en inglés ISO), emitió la norma ISO 26000:2010 Guía de responsabilidad social. Recordemos que las normas ISO son directrices no vinculantes, que cumplen una función vital en la estandarización de la calidad de los productos y servicios que se comercian internacionalmente, siendo los consumidores los principales beneficiados con su adopción.

La norma ISO 26000:2010 está dirigida a todo tipo de organizaciones, tanto del sector público como privado, incluyendo aquellas sin fines de lucro, cuyo objetivo es orientar a las empresas para lograr el desarrollo sostenible, es decir, en términos de la propia norma, asegurar una calidad de vida elevada, salud y prosperidad con justicia social, así como el mantenimiento de la capacidad de la tierra para conservar la vida en toda su diversidad.³⁶ Como bien lo señala la propia ISO 26000:2010, no puede reemplazar ni modificar las obligaciones del Estado en la materia. Cabe destacar que, a diferencia de otras

³³ *Idem*.

³⁴ Mazzotti Pabello, Giovanna Maddalena et al., *La Responsabilidad Social Empresarial (RSE) en México: la influencia de los valores culturales, el liderazgo, el contexto institucional y el “estilo” nacional en la normatividad y en su implementación*, Universidad Veracruzana, 2017, p. 136.

³⁵ Villalobos Grzybowicz, Jorge V. “AliarSE: la alianza para la Responsabilidad Social Empresarial en México”, *El Economista*, 14 de julio de 2014, disponible en: <https://www.economista.com.mx/opinion/AliarSE-la-alianza-para-la-Responsabilidad-Social-Empresarial-en-Mexico-20140714-0002.html>.

³⁶ Este instrumento además incluye recomendaciones en materia de igualdad de género.

normas ISO, no es posible obtener una certificación por su adopción y cumplimiento.³⁷

La norma ISO 26000:2010 parte de considerar que la empresa tiene una responsabilidad social dentro de su esfera de influencia y que esta adquiere un compromiso con las partes interesadas en su actividad. Esta norma identifica siete temas sobre los que versa, denominados materias fundamentales, de los cuales se derivan otros temas denominados asuntos. Las materias fundamentales son las siguientes: gobernanza de la organización (sistema de toma de decisiones al interior de la organización), derechos humanos, prácticas laborales, medio ambiente, prácticas de operación justas, consumidores, participación activa y desarrollo de la comunidad.³⁸ Con base en estos temas, la norma propone siete principios, a saber:³⁹

- 1) Rendición de cuentas, que consiste en que “una organización debería rendir cuentas por sus impactos en la sociedad, la economía y el medio ambiente. Este principio propone que una organización debiera aceptar un escrutinio adecuado y, además, aceptar el deber de responder a ese escrutinio”.
- 2) Transparencia, conforme a la cual “una organización debería revelar de forma clara, precisa y completa y en un grado razonable y suficiente la información sobre las políticas, decisiones y actividades de las que es responsable, incluyendo sus impactos conocidos y probables sobre la sociedad y el medio ambiente”.
- 3) Comportamiento ético, que propone que “una organización debería basarse en los valores de la honestidad, equidad e integridad. Estos valores implican la preocupación por las personas, animales y medio ambiente, y un compromiso de tratar el impacto de sus actividades y decisiones en los intereses de las partes interesadas”.
- 4) Respeto a las partes interesadas, que consiste en que “una organización debería respetar, considerar y responder a los intereses de sus partes interesadas”.

³⁷ <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>.

³⁸ https://www.iso.org/files/live/sites/iso.org/files/store/sp/PUB100258_sp.pdf.

³⁹ <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>.

- 5) Respeto al principio de legalidad, que “implica que una organización cumple con todas las leyes y regulaciones aplicables. Esto implica que una organización debería dar los pasos necesarios para conocer las leyes y regulaciones aplicables, para informar a aquellos dentro de la organización de su obligación de observar e implementar esas medidas”.
- 6) Respeto a la normatividad internacional de comportamiento, el cual está relacionado con el principio anterior, pues se refiere a que “una organización debería respetar la normativa internacional de comportamiento, a la vez que acatar el principio de respeto al principio de legalidad”.
- 7) Respeto a los derechos humanos, que se traduce en:⁴⁰
 - Respetar y, siempre que sea posible, promover los derechos establecidos en la Carta Universal de los Derechos Humanos.
 - Respetar la universalidad de estos derechos, esto es, que son aplicables de forma indivisible en todos los países, culturas y situaciones.
 - En situaciones donde los derechos humanos no se protegen, dar los pasos para respetar los derechos humanos y evitar beneficiarse de esas situaciones.
 - En situaciones en las que la ley o su implementación no proporcionan la protección adecuada de los derechos humanos, acatar el principio de respeto a la normativa internacional de comportamiento.

Como consecuencia, de la expedición de la ISO 26000:2010, la Secretaría de Economía emitió la Norma Oficial Mexicana (NOM) NMX-SAST-26000-IMNC-2011 GUÍA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL, la cual: “comparte un enfoque común con las áreas de calidad ambiental, normas laborales y derechos humanos, y de prácticas competitivas, que se canalizan a través de la aplicación de sistemas de gestión ambiental, de seguridad y salud laboral, y de calidad de productos y servicios”.⁴¹

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ <http://www.2006-2012.economia.gob.mx/comunidad-negocios/normalizacion/normalizacion-internacional/iso-26000>.

A diferencia de la ISO, las normas oficiales mexicanas son normas reglamentarias y, por lo tanto, son vinculantes.⁴² Desafortunadamente, la NMX-SAST-26000-IMNC-2011 adopta el contenido de la ISO 26000:10 no solo en cuanto a los temas y los principios, sino también en cuanto a que es solamente una guía en los siguientes términos:⁴³

- a) Esta norma mexicana no es una norma de sistemas de gestión. No es adecuada, ni pretende servir para propósitos de certificación, o uso regulatorio o contractual. Cualquier oferta de certificación o petición para obtener una certificación conforme a la Norma NMX-SAST-26000-IMNC se consideraría una tergiversación del propósito e intención de esta norma mexicana y una mala utilización de la misma. Dado que esta norma mexicana no contiene requisitos, ninguna certificación constituiría una demostración de conformidad respecto de esta norma mexicana.
- b) Esta norma mexicana tiene como propósito proporcionar orientación a las organizaciones sobre responsabilidad social y puede utilizarse como parte de las actividades de la política pública. Sin embargo, para los propósitos del Acuerdo de Marrakech, que establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), no se pretende que sea interpretada como una “Norma Mexicana”, “directriz” o “recomendación”, ni se pretende que proporcione ninguna base para cualquier presunción o conclusión de que una medida es coherente con las obligaciones de la OMC.
- c) Adicionalmente, no pretende sentar bases para acciones legales, quejas, argumentaciones u otras demandas en ningún proceso internacional, local o de otro tipo, ni pretende ser citada como evidencia de la evolución del derecho internacional consuetudinario.

La responsabilidad social empresarial converge con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y empresas, pero no son lo mismo. La responsabilidad social empresarial tiene su origen en la administración y las finanzas corporativas en

⁴² Tienen su fundamento constitucional en el artículo 89, fracción I, al disponer: “Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia”.

⁴³ <http://www.2006-2012.economia.gob.mx/comunidad-negocios/normalizacion/normalizacion-internacional/iso-26000>.

Estados Unidos, país que no ha ratificado muchos tratados en materia de derechos humanos, derecho del trabajo y derecho ambiental, y lugar en el cual están constituidas muchas de las empresas transnacionales que operan en todo el mundo.⁴⁴ En nuestro país, por el contrario, la responsabilidad social empresarial se ha ido alimentando de los avances en derecho internacional en materia de derechos humanos y las empresas, no obstante, esta ha funcionado como un mecanismo para que las empresas cumplan voluntariamente con los estándares internacionales en materia de respeto a los derechos humanos. Esto es de llamar la atención, pues, por un lado, la responsabilidad social empresarial siempre ha sido impulsada por las propias empresas, por otro lado, México ha ratificado más de 260 tratados internacionales en materia de derechos humanos,⁴⁵ de carácter general y otros específicos en materia de derecho de asilo, derecho internacional humanitario, desaparición forzada, personas con discapacidad, discriminación racial, educación y cultura, extradición, genocidio, medio ambiente, niños, niñas y adolescentes, migración y nacionalidad, minorías y pueblos indígenas, mujeres, penal internacional, propiedad intelectual, protección de datos personales, refugiados, salud, tortura y trabajo, los cuales, conforme a los artículos 1o. y 133 constitucionales son normas jurídicas vigentes de nuestro sistema jurídico.

Parece entonces que además de haber un problema de ineficacia de nuestro sistema jurídico, nuestro gobierno no ha elaborado ni llevado a cabo políticas públicas que impulsen la adopción de modelos de negocio sustentables y de respeto a los derechos humanos. Aunado a esto, tal como lo afirma Ana Rosa Santiago Hernández, falta una ley especializada en la materia,⁴⁶ pues la responsabilidad social empresarial se encuentra incluso reconocida por el artículo 25 constitucional,⁴⁷ al disponer que “el sector privado concurrirá con responsabilidad social al desarrollo económico”. El reto de expedir una ley especializada es además sistematizar su contenido, de tal mane-

⁴⁴ Fritz Foley et al., *Global Goliaths: Multinational Corporations in the 21st Century Economy*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2021.

⁴⁵ Cfr. <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>.

⁴⁶ Santiago Hernández, Ana Rosa, p. 93.

⁴⁷ Este párrafo que fue reformado por última vez en 1983, cfr. <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos#10560>.

ra que no solamente se trate de una reproducción de todos los instrumentos internacionales que ya hemos expuesto, que duplique el contenido de algunas leyes constitucionales como la Ley Federal del Trabajo o la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación por mencionar algunas, o que tenga un problema de congruencia con órganos que ya cuentan con facultades de proteger los derechos humanos en nuestro país, así como con las leyes especializadas en materia civil y mercantil, convirtiéndose en un obstáculo para su eficacia.

V. Reflexión

Ante un universo de normas internacionales sobre derechos humanos y empresas, y considerando tanto la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos en nuestro país, así como las obligaciones impuestas en los capítulos XXIII en materia laboral y el capítulo XXIV en materia de ambiental del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), que exigen el apego a estándares internacionales de protección de derechos humanos y medio ambiente, el gran desafío de México es trabajar en un diseño institucional que facilite que sus empresas sean competitivas con apego las normas protectoras de los derechos humanos.

VI. Bibliografía

- Acquier, Aurélien *et al.*, “Rediscovering Howard R. Bowen’s Legacy: The Unachieved Agenda and Continuing Relevance of Social Responsibilities of the Businessman”, *Business & Society*, vol. 50, núm. 4, 1 de diciembre de 2011.
- Berle, Adolf A. y Means, Gardiner, *The Modern Corporation and Private Property*, Nueva York, Macmillan, 1933.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Los Derechos Humanos en las Empresas*, México, CNDH, 2016.
- Côte, Charles-Emmanuel, “Non-state Actors, Changing Actors and Subjects of International Law”, en Scott, Karen N. *et al.* (eds.), *Changing Actors in International Law*, Leiden, Brill, 2021.

- Dodd, E. Merrick, “For Whom Are Corporate Managers Trustees?”, *Harvard Law Review*, vol. 45, núm. 7, 1932.
- Friedman, Milton, “A Friedman doctrine-The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits”, *New York Times Magazine*, Section Sunday Magazine, 13 de septiembre de 1970.
- Foley, Fritz et al., *Global Goliaths: Multinational Corporations in the 21st Century Economy*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2021
- Goyal, Lakshmi, “Stakeholder Theory: Revisiting the Origins”, *Journal of Public Affairs*, 27 de noviembre de 2020.
- Mazzotti Pabello, Giovanna Maddalena et al., “La Responsabilidad Social Empresarial (RSE) en México: la influencia de los valores culturales, el liderazgo, el contexto institucional y el “estilo” nacional en la normatividad y en su implementación”, Universidad Veracruzana, 2017.
- Newton, Alex, *The Business of Human Rights: Best Practice and UN Guiding Principles*, Routledge, 2019.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Nueva York-Ginebra, 2011.
- Palombo, Dalia, *Business and Human Rights: The Obligations of the European Home States*, Hart Publishing, London, 2020.
- Piasecki, Ryszard, “La Responsabilidad Social: Los desafíos y sus limitaciones”, en Wulf Erico (ed.), *Responsabilidad Social Empresarial: Un desafío Corporativo*, Colombia, 2018.
- Porter, Michael E. y Kramer, Mark R, “Creating Shared Value”, *Harvard Business Review*, enero-febrero de 2011.
- Rodríguez Garavito, César, “Empresas y derechos humanos. Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias”, en Rodríguez Garavito, César (ed.), *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*, Argentina, Siglo XXI-Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2018.
- Romo Valdovinos, Iván Josué, *La conservación de la empresa mercantil*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- Santiago Hernández, Ana Rosa, “La necesidad de una ley para regular la responsabilidad social de las empresas como garantía del respe-

to a los derechos humanos, en Barajas Languren y Hübbe Contre-
ras, Tadeo Eduardo (eds.), *Aportaciones actuales a los Derechos
Humanos en la vida jurídica mexicana*, México, Tirant lo Blanch,
2015.

Villalobos Grzybowicz, Jorge V., “AliaRSE: la alianza para la Responsa-
bilidad Social Empresarial en México”, *El Economista*, 14 de julio
de 2014.

Las sociedades en comandita en México

Limited Partnerships in Mexico

Carlos A. Gabuardi



<https://orcid.org/0000-0001-7995-0145>

Correo electrónico: cgabuardi@gmail.com

Resumen: Este artículo se centra en la relevancia de las sociedades en comandita como un vehículo efectivo para la colaboración entre el capital, así como la innovación y el trabajo cuando estos carecen de fondos. Se explora su historia desde Edad Media y se tratan las dos modalidades actualmente previstas en la ley en donde los socios comanditados asumen responsabilidad ilimitada y solidaria, mientras que los comanditarios tienen responsabilidad limitada al capital aportado: las sociedades en comandita simples y por acciones. A pesar de opiniones que sugieren su desuso, se destaca que estas sociedades siguen siendo utilizadas en México, especialmente en inversiones competitivas de subsidiarias de empresas extranjeras. El artículo enfatiza la importancia de comprender plenamente las implicaciones al elegir el tipo adecuado de estructuras societarias o contractuales para evitar problemas futuros cuando se realizan proyectos de negocios.

Palabras clave: sociedades en comandita, historia societaria, responsabilidad limitada, responsabilidad ilimitada, sociedad en comandita simple, sociedad en comandita por acciones, modalidades societarias, estructuras societarias alternativas.

Abstract: This article focuses on the relevance of limited partnerships as an effective vehicle for collaboration between capital, innovation and labor when they lack of financial means. It explores its history since the Middle Ages as well as the two modalities of limited partnerships currently regulated under the law where the limited partners assume unlimited and joint and several liability, while the limited partners have liability limited to the capital contributed: simple and by shares. Despite opinions suggesting that they are not used any longer, it is emphasized that these limited partnerships continue to be used in Mexico, especially in competitive investments in subsidiaries of foreign companies. This article emphasizes the importance of fully understanding the implications of choosing the most suitable type of corporate or contractual structures to avoid future problems when making business investments.

Keywords: limited partnerships, corporate history, limited liability, limited liability company, limited partnership, limited joint-stock company, corporate modalities, alternative corporate structures.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Brevísima referencia histórica*. III. *¿Qué es una sociedad en comandita?* IV. *Naturaleza societaria y mercantil de las sociedades en comandita*. V. *Los socios en las sociedades en comandita*. VI. *El nombre en las sociedades en comandita*. VII. *El rol de los socios en la vida corporativa de la sociedad*. VIII. *El rol de los socios en la vida patrimonial de la sociedad*. IX. *Derechos y limitaciones de carácter corporativo a los socios de las sociedades en comandita*. X. *Derechos y obligaciones comunes a todos los socios*. XI. *La disolución de la relación societaria en las sociedades en comandita*. XII. *El proceso de liquidación y la determinación de la cuota de liquidación*. XIII. *Conclusión*. XIV. *Bibliografía*.

I. Introducción

A principios de los años ochenta del siglo XX me vi en la necesidad de contratar un hojalatero para que construyera una canaleta para el agua de lluvia que al bajar del techo de mi casa caía como una enorme cortina, por lo que había que encausar toda esa agua hacia el drenaje pluvial. Esa canaleta había sido la solución recomendada.

No me acuerdo como llegué a él, pero contraté a un señor muy buena gente y gran conocedor del arte y la técnica de la hojalatería. Me admiraban sus habilidades y él me contaba de los muchos tipos de trabajo que sabía hacer. Recuerdo que en una de esas me dijo: si yo tuviera el dinero para comprar toda la herramienta que necesito, ya hubiera podido desarrollar un gran negocio.

Esta persona tenía casi todo lo necesario para desarrollar una empresa exitosa: conocimiento del negocio, conocía los proveedores, sabía desarrollar los clientes, hacía trabajos de gran calidad, pero le faltaba capital. Para mí, era claro que lo que aquel buen hombre necesitaba era un socio capitalista que creyera en él, en sus talentos y en sus habilidades de negocios.

¿Cuántos talentos, cuántas capacidades y cuántos magníficos proyectos se habrán perdido por falta de capital?

En mi opinión, era imprescindible encontrar un remedio para aquel tipo de situación y para mí era claro que la solución de aquella situación pasaba por la constitución de un tipo específico de socie-

dad: la sociedad en comandita. Así que cuál sería mi sorpresa al encontrar las siguientes palabras en el libro de *Derecho mercantil* del maestro Roberto Mantilla Molina: “En el siglo pasado [el siglo XIX desde la perspectiva del autor] se llegó a considerarla como un medio eficaz para resolver la cuestión social; pues él pensaba que era la fórmula justa para la colaboración del capital y el trabajo”.¹

Tendrían que pasar cerca de 40 años para que pudiera asesorar la creación y puesta en funcionamiento de una sociedad en comandita y funcionó con éxito. Finalmente, tenía la prueba empírica del que la fórmula societaria efectivamente era el vehículo adecuado no solo para la colaboración entre el capital y el trabajo, sino también, en más de un sentido, para el desarrollo económico basado en los principios de la libre empresa.

Aquello que se pensaba en el siglo XIX era lo mismo que yo había pensado a principios de los años ochenta, y agregaría más, es lo que todavía pienso, pues creo que en las sociedades en comandita se encuentra un vehículo idóneo para apuntalar el desarrollo económico basado en los principios de la iniciativa individual y la libre empresa. Este trabajo refleja mi estudio, mis reflexiones y mi experiencia en el ámbito de las sociedades en comandita.

II. Brevísimas referencias históricas

Hago esta brevísimas referencias históricas porque con frecuencia es difícil comprender las instituciones jurídicas del presente sin entender sus antecedentes y las maneras que históricamente determinaban la necesidad y la operación de estas.²

Por lo que entiendo, el origen de las sociedades en comanditas nos ha llegado a nosotros principalmente a través del derecho histó-

¹ Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil, introducción y conceptos fundamentales de sociedades*, 19a. ed., México, Porrúa, 1979, p. 264.

² “El presente y el pasado se penetran entre sí. A tal punto que en lo que se refiere a la práctica del oficio de historiador, sus lazos tienen doble sentido. Si para quien quiere comprender el presente, la ignorancia del pasado resulta funesta, lo recíproco —aunque no siempre se caiga claramente en la cuenta— no es menos cierto”. Bloch, Marc, *Apología para la historia o el oficio del historiador, edición anotada por Étienne Bloch*, 2a. ed., trad. de María Jiménez y Danielle Zaslavsky, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 70.

rico español e italiano y se remonta hasta la Baja Edad Media en un contrato llamado *Commenda*³ y del cual derivan varios de los contratos nominados que conocemos en la actualidad, incluyendo particu-

³ “Por último, analizando el derecho histórico español, la comenda ha tenido diversos significados, según especifica Martínez Guijon: a. Como guarda o tutela de menores, mujeres o personas que carecían de capacidad jurídica plena. Como ejemplos claros podemos citar: El Fuero de Estella que entendía por comenda la tutela testamentaria de los menores de edad, en Aragón, se dejaba en comenda al rey, la mujer, los hijos y todos los bienes de los infanzones cuando estos marchaban a la guerra. Refiriéndonos al derecho indiano, la comenda será una relación personal del español con el indio, en tanto en cuanto el primero debe cuidar del segundo. b. Las fuentes castellano, leonesas califican de *commendatus* al que solicita de un señor poderoso la custodia de personas débiles e inferiores a cambio de algún tipo de prestación. c. También la comenda puede tener un sentido de *mandare* o *praecipere*, encomendar u ordenar la realización de un acto, como puede ser administrar justicia o llevar a cabo la voluntad del testador. d. Otro significado es el de entrega de castillos para su custodia o de villas, ciudades, lugares, tierras y monasterios en provecho de la persona que los recibe. e. Se puede entender por comenda, además, una relación jurídica coincidente con el depósito o comodato. f. El último de los significados que analizaremos es el de la comenda en el ámbito mercantil y se entiende por tal un negocio jurídico de tipo lucrativo y basado en la confianza. Esta modalidad reviste diversas formas, pero generalmente se la concibe como contrato por el cual una persona entrega a otra un capital, que puede consistir en mercancías o dinero, para que con él negocie en el tráfico mercantil, dividiéndose luego los beneficios en la proporción establecida por la ley o convenida por las partes. La figura descrita es difícil de definir, ya que tiene caracteres de la comenda marítima, de la comenda-depósito, de la sociedad y de la comisión. Ahora bien, la nota que distingue la comenda mercantil es el ánimo de lucro. Esta última acepción será a la que nosotros vamos a hacer referencia”. Gutiérrez García, Cándida y Martí García, María Teresa, “Los negocios jurídicos por intermediario en Indias: «La Comenda»”, *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, Murcia, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano-BOE, 1996, t. IX, vol. III, pp. 2303 y 2304, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-B0230302340 (fecha de consulta: 15 de septiembre de 2023). “La comenda como negocio de confianza dirigido a obtener lucro, fue una de las instituciones que ha gozado de mayor importancia en la vida mercantil de la Península Ibérica. Pese a que se dan diversas formas bajo las cuales puede presentarse la comenda, en general hemos de decir que se la concibe, según arriba habíamos visto, como “contrato por el cual una persona *commendator* entrega a otra *commendatarius*, un capital, que puede consistir en mercancías o dinero, para que con él negocie en el tráfico mercantil, dividiéndose luego los beneficios en la proporción establecida por la ley o convenida por las partes. Independientemente de su concepto, el término comenda no es unitario, sino que viene referido a las diversas formas en la que se manifiesta, así vemos como se habla de comenda marítima, comenda depósito, comenda entremezclada con sociedad y la comenda comisión”. *Ibidem*, p. 2308.

lamente, el actual contrato de asociación en participación,⁴ así como las actuales sociedades en comandita.⁵

⁴ “Pero donde encontramos más claramente sus antecedentes es en la Edad Media, bajo instituciones como la *commenda*, la que permitía la inversión de capitales ociosos con fines lucrativos; inversión que de otra manera no era posible, sobre todo debido a que ciertos sectores como el clero y la milicia estaban impedidos para ejercer el comercio, de suerte que solo podían aportar capital a un comerciante, participar en los beneficios y en las pérdidas del negocio y mostrarse ajenos a este frente a terceros. En otras palabras, el desarrollo de la *commenda*, génesis de nuestra figura, se vio favorecido por circunstancias económicas, políticas y jurídicas (verbigracia, leyes canónicas contra la usura), de tal manera que su auge se presentó espectacularmente entre los siglos XV a XVIII sobre todo en España e Italia”, León Tovar, Soyla H., “La Asociación en Participación y otras figuras jurídicas afines”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XX, núm. 58, enero-abril de 1987, p. 7, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2315/2572> (fecha de consulta: 15 de septiembre de 2023).

⁵ “5. La sociedad en comandita simple. Constituye un ente social que encuentra su antecedente en el contrato medieval de la *commenda* (que también es antecedente de la asociación en participación)”, Castrillon Luna, Víctor M., *Tratado de Derecho Mercantil*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 271. “La sociedad en comandita deriva del contrato de *commenda*). Este contrato, pese a su nombre, era desconocido en el derecho romano, en el que, además, el sistema de los peculios lo hacía completamente innecesario. Originariamente, el contrato de *commenda* se presenta con una estructura jurídica discutida, que unas veces se asimila a la *locatio conductio*, otras veces al mandato, y en ocasiones a la comisión y a la *praepositio institutoria*. El contrato de *commenda* surge inicialmente en el comercio marítimo; mediante él, una persona (*commendator*) se interesa en las results de un viaje que un comerciante va a emprender, entregándole dinero o mercancías que pasan a la propiedad de aquel, quien contrata en nombre propio y dispone de las cosas como si fuesen suyas (*tractator*). Cuando del comercio marítimo pasa el comercio terrestre, la *commenda* deja de referirse a los efectos de un solo viaje, para hacerlo a una operación o a una serie de operaciones mercantiles realizadas por el *tractor*, en las que se interesan diferentes personas que, por razones de rango social y de la poca consideración que merecía el comercio, o por simples motivos de capacidad, no aparecían en las operaciones y quedaban ocultas tras la pantalla jurídica que constituía el tractor. La ley de 1408, dada en Florencia, exigió que estos contratos se registrasen para que se conociese claramente la posición y aportaciones de los comanditarios y de los comanditados. Este es el origen de la sociedad en comandita. Para llegar a tal resultado se mercan dos caminos que realmente no son incompatibles. Para unos, la exigencia de publicidad del contrato fue una necesidad para proteger a los acreedores de los abusos de los socios de las condescendencias en caso de insolvencia, para lo que era imperiosa conocer claramente la calidad de los socios y las cuotas que cada uno se había comprometido a aportar. Para otros, la publicidad a que nos referimos nació de la necesidad de presentar el contrato de *commenda* como un auténtico contrato de sociedad y no como un préstamo mutuo, ya que el derecho canónico prohibía el pago de intereses. Apartándose de esta concepción, se ha advertido que la sociedad en comandita surge de la sociedad colectiva en decadencia, en la que se introduce el principio de la limita-

En su origen, el contrato de *Commenda* ubicaba una parte que tenía conocimientos y experiencia en un oficio o tipo de trabajo, y otra parte que tenía capital y estaba dispuesto a poner dinero en juego para desarrollar un proyecto determinado. Y así, a lo largo de la historia se conservó esa estructura contractual que facilitaba el encuentro entre el capital y el trabajo.

ción de responsabilidad de algunos socios, tesis esta que no ha sido suficientemente demostrada. Desde la ley florentina de 1408, la sociedad en comandita apareció en los estatutos de diversas ciudades italianas, de donde pasó a la ordenanza general francesa de 1673, a las ordenanzas de Bilbao, y de ahí a los diferentes Códigos de Comercio, en los que ha sido reglamentada en diferentes fechas. Debe advertirse que en el proceso de formación de la sociedad en comandita, esta viene a diferenciarse de la sociedad en participación, por la circunstancia de ser esta un pacto que se mantiene en privado, sin uso de razón social, en tanto que en la sociedad en comandita en básica la inscripción pública y el empleo de un nombre colectivo. Los Códigos de Comercio mexicanos han reglamentado esta sociedad, de manera muy semejante a la que hoy nos ofrece la Ley General de Sociedades Mercantiles. Esta forma de sociedad ofrece la ventaja de permitir la combinación del trabajo con el capital, en cuanto que los socios capitalistas pueden intervenir limitando su responsabilidad, y, por lo tanto, haciendo desaparecer el inconveniente del riesgo ilimitado propio de las colectivas; pero, de todos modos, por ser una sociedad personalista no tiene la estabilidad necesaria para basar sobre ella las grandes empresas, que solo son posibles en condiciones de permanencia y duración prácticas ilimitadas". Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, 7a. ed. revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo, México, Porrúa, 2001, pp. 205 y 206. "2.1.4 - Societas. A veces la comenda se llevaba a cabo respecto de un socio a otro, es decir, al compañero que reside en Indias se le encarga la compra o venta de determinadas mercancías o el cobro de deudas, lo que nos lleva a pensar en un contrato de sociedad romana en la que una de las partes aporta su trabajo y la otra u otras el capital. No se trataría de una obligación que el socio capitalista impone al socio que aporta la actividad, sino que existiría un interés mutuo por parte de los socios en la práctica de los negocios. En estos casos, el factor se asemeja al compañero que no contribuye con aportaciones dinerarias a la formación del capital social. En cuanto a las responsabilidades exigidas al factor, numerosos documentos muestran que se obliga a que los socios respondan proporcionalmente a las pérdidas. En estos casos, el factor se asemeja al compañero que no contribuye con aportaciones dinerarias a la formación del capital social. En cuanto a las responsabilidades exigidas al factor, numerosos documentos muestran que se obliga a que los socios respondan proporcionalmente a las pérdidas. También vienen contemplados aquellos supuestos en los que el socio se sirve de los bienes en su propio beneficio o si se los ha apropiado indebidamente, de la misma manera que en el contrato de sociedad romana, el socio gestor viene obligado, frente a los demás socios, según que la actividad haya surgido por una relación basada en la "*negotiorum gestio*" tutelada por una "*actio negotiorum gestorum*" o bien, que la relación haya surgido en virtud de un mandato y como gestión de negocios en interés de otro, estando tutelada esta última por la "*actio mandati*." Gutiérrez García, Cándida y Martí García, María Teresa, *op. cit.*, pp. 2313 y 2314

Durante el siglo XIX se publicaron tres distintos Códigos de Comercio, de que incluían sendos capítulos sobre las sociedades mercantiles: el de 1854,⁶ el de 1884 y el de 1889.

El Código de Comercio de 1854 regulaba un tipo societario llamado “compañía en comandita” que

se formaba por una o más personas denominados socios comanditarios, quienes administraban los fondos que otro u otros socios llamados gestores manejaban exclusivamente en su nombre particular. La responsabilidad para los comanditarios llegaba hasta donde alcanzaban los fondos ministrados; en cambio, el gestor era responsable solidario de todas sus operaciones.⁷

El Código de Comercio de 1884 estableció un tipo societario llamado “sociedad en comandita”,

Se refirió a esta como aquella donde uno o varios socios no contribuyen más que en su capital, para estar a las resultas de las operaciones sociales dirigidas exclusivamente por otro y otros socios que contribuían con su capital y con su industria y que manejan la compañía bajo una denominación social. Los socios encargados de la dirección y manejo de la compañía eran responsables solidariamente por todas las operaciones realizadas.⁸

y las dividió en simples y compuestas.⁹

⁶ “[...]bajo el régimen centralista se promulgó el Código de Comercio de 1854, denominado Código Lares, con vigencia para toda la República, y que la Constitución de 1857, en su artículo 72, fracción X, confirió al Congreso de la Unión facultades expresas exclusivamente para “establecer las bases generales de la legislación mercantil”, bases generales que nunca llegaron a dictarse.” Salinas Martínez, Arturo, “Las sociedades mercantiles en el Código de Comercio de 1889”, *Centenario del Código de Comercio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 237.

⁷ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Empresas mercantiles*. Marco Jurídico, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023, P. 116

⁸ *Ibidem*, p. 130

⁹ “[...]Las primeras se regían por las disposiciones de las sociedades de comercio en general y las de la sociedad en nombre colectivo; en cambio, las segundas tenían algunas normas particulares, por ejemplo, tenían que dividir su capital en acciones, las cuales emitían a favor de algún individuo. En el contrato social debían especificar quiénes estarían a cargo de la administración, de lo contrario debían nombrar un consejo de administración, además de nombrar un consejo de inspección encargado de

Finalmente, el Código de Comercio de 1889 estableció dos tipos de sociedades en comandita, las simples y las por acciones.¹⁰

A las sociedades en comandita simple

le serán aplicables todas las disposiciones sobre sociedades en nombre colectivo, excepto en lo referente a los socios comanditarios. Se definió como “aquella que celebran uno o varios socios comanditados, ilimitada y solidariamente responsables de las obligaciones sociales, con uno o varios socios comanditarios que no son responsables de las deudas y pérdidas de la sociedad, sino hasta la concurrencia del capital que se comprometan a introducir a ella. La razón social solo podía comprender los nombres de los socios comanditados, no así de los comanditarios, debía terminar con las palabras “y compañía” u otras equivalentes y la frase “sociedad en comandita”. Por la clase de responsabilidad que adquirirían, solamente los socios comanditados podían ejercer actos de administración, si alguno de los socios comanditarios realizaba actos de esta naturaleza, quedaba solidariamente responsable frente a terceros. Se exceptuaba esta prohibición cuando ante la muerte o incapacidad del administrador, y a falta de disposición para nombrar a otro, tuviera que designarse interinamente a un socio comanditario. Los socios comanditarios eran responsables únicamente de la ejecución de su mandato.¹¹

La sociedad en comandita por acciones incluía uno o varios socios comanditados, ilimitada y solidariamente responsables de las obligaciones sociales, con accionistas comanditarios cuya responsabilidad está limitada al importe de sus acciones.¹²

El régimen de las sociedades mercantiles establecido por el Código de Comercio de 1889 estuvo vigente hasta 1934, año en que se publicó la Ley General de Sociedades Mercantiles actualmente en vigor.

Entiendo que desde el principio, la codificación mercantil mexicana recibe la influencia determinante de la legislación y la doctrina española, francesa e italiana.¹³

vigilar precisamente al de administración; en todo lo demás se regían por las mismas disposiciones que las compañías anónimas”. *Ibidem*, p. 130.

¹⁰ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *op. cit.*, p. 156.

¹¹ *Idem*.

¹² *Ibidem*, p. 159.

¹³ Sobre este tema, el insigne maestro Jorge Barrera Graf ha incluido un excelente resumen sobre los antecedentes históricos del derecho mercantil mexicano hasta el Có-

No obstante, prácticamente no he encontrado información con respecto a quienes fueron los juristas que redactaron la actual Ley General de Sociedades Mercantiles, ni con relación a las fuentes doctrinales, legislativas que les inspiraran, ni sobre cuáles fueron los problemas y limitaciones que se trataban de resolver con la nueva legislación, por lo que me parece que aquí hay un enorme vacío que eventualmente deberá ser llenado.

Consecuentemente, al no contar con fuentes históricas directas o indirectas, lo que señalo a continuación es el resultado de la intuición, las conjeturas y, hasta cierto punto, de la especulación.

Así, aunque no he logrado identificar quienes fueron los juristas que redactaron la actual Ley General de Sociedades Mercantiles, ni cuáles fueron los problemas y limitaciones que se trataban de resolver con la nueva legislación, intuyo que al no haber un rompimiento con el pasado, las fuentes doctrinales, legislativas que inspiraron la elaboración de la Ley General de Sociedades Mercantiles también se encuentran en la legislación y la doctrina española, francesa e italiana, pero entre esas fuentes me parece que es muy importante resaltar los proyectos de Código de Comercio italiano conocidos como “Proyecto Vivante” de 1920, y el “Proyecto D’Amelio” de 1925.¹⁴

digo de Comercio de 1889. Cfr. Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil, generalidades. Derecho de la empresa, sociedades*, México, Porrúa, 1989. pp. 11-29.

¹⁴ “Alcuni progetti di riforma del codice di commercio si susseguirono nel tempo: il progetto Vivante (1920); il progetto d’Amelio (1925)” Petrelli, Luca, “L’agricoltura quale esercizio diretto o indiretto del diritto di proprietà o di altri diritti reali nel codice del 1865”, *La Codificazione nell’Italia Postunitaria 1865 – 2015*, Atti del workshop Camerino, 29 ottobre 2015 a cura di Rocco Favale e Carlotta Latini, Università degli Studi di Camerino, Scuola di Giurisprudenza, Dottorato di Ricerca in Legal and Social Sciences, Camerino, 2016, p. 71, disponible en: https://afg.unicam.it/sites/afg.unicam.it/files/QUADERNI_2_2016_1.pdf (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). “Nel nominare con decreto 8 novembre 1919 la speciale commissione presieduta da Cesare Vivante e dal suo discepolo spirituale Angelo Sraffa, per una larga e meditata revisione della legislazione in materia mercantile, il Ministro guardasigilli Lodovico Mortara ne auspica prontamente il desiderato frutto: che viene rapidamente allestito in un nuovo e organico progetto preliminare di codice di commercio (più noto semplicemente col nome di progetto Vivante) pubblicato da ‘Hoepli’ a Milano nel 1922”. Verucchi, Marco, *Il diritto commerciale nel sistema privatistico ottocentesco. La teoria dei modelli di scambio e circolazione della ricchezza*, Tesi dottorato storia del Diritto, Università degli Studi di Firenze, 2011, p. 259, disponible en: <https://flore.unifi.it/retrieve/e398c378-c234-179a-e053-3705fe0a4cff/Verrucchi.pdf> (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). “La sottocommissione reale incaricata della redazione del nuovo codice di commercio –presieduta dal senatore Mariano D’Amelio (primo presidente della Corte

III. ¿Qué es una sociedad en comandita?

Para responder a esta cuestión, lo primero que habría que decir es que se trata de un género de sociedad mercantil que tiene dos especies que se identifican como si fueran dos tipos sociales distintos, aunque en mi opinión —tal y como lo explicaré más adelante— más bien se trata de dos modalidades de un solo tipo social.

En este sentido, el ilustre jurista italiano Cesare Vivante, al identificar a las sociedades en comandita apuntó lo siguiente:

Sociedad en comandita es aquella en que las obligaciones sociales están garantizadas por la responsabilidad ilimitada y solidaria de uno o más socios, llamados socios gerentes, y por la responsabilidad de uno o más socios que se llaman socios comanditarios limitados al capital aportado por estos a la sociedad. Lo mismo que la anterior, constituye una persona jurídica distinta de los socios, y ejerce el comercio con un patrimonio propio y una razón social, en la que solo deben figurar los nombres de los gerentes. Si los comanditarios dejasen comprender en ella sus nombres, perderían el beneficio de la responsabilidad limitada.¹⁵

Por su parte, la Ley General de sociedades Mercantiles en sus artículos 51 y 207 al definir las sociedades en comandita establecen respectivamente:

Artículo 51. Sociedad en comandita simple es la que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones.

di Cassazione unificata in Roma)— predispone e presenta, nel 1925, un progetto (pubblicato con un'ampia relazione dalla 'Libreria dello Stato') comprensivo delle procedure concorsuali, ma non anche della materia marittimistica, poiché si era ormai divisato di unificare in un solo codice la disciplina privatistica e pubblicistica della navigazione". *Ibidem*, p. 266.

¹⁵ Vivante, César, *Derecho Mercantil*, traducción, prologa y notas por Francisco Blasco Constans, Madrid, La España Moderna, edición facsimilar del original publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. s.a. (Se sabe que la traducción de esta obra se realizó entre los años 1928 y 1929, y que la publicación del Tribunal Superior de Justicia se fechó en el invierno de 2002-2003), p. 113.

Artículo 207. La sociedad en comandita por acciones, es la que se compone de uno o varios socios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones.

Naturalmente, las definiciones resultan insuficientes para explicar las instituciones jurídicas que identifican, pero es un buen comienzo, así que trataré de comparar el contenido de uno y otro artículo. Bajo el mismo nombre se identifican dos modalidades del mismo tipo social, a una se le llama simple y a otra por acciones.

Así, lo primero que llama la atención es que el calificativo (simple o por acciones parecería responder a elementos disímbolos) pues a lo simple se contraponen lo complejo,¹⁶ y en materia societaria, a las acciones como títulos representativos del capital social se contraponen los certificados de participación social.

Aparentemente, el nombre de sociedad en comandita simple viene desde las primeras legislaciones que admitieron la posibilidad de que las sociedades en comandita se pudieran organizar conforme a dos modalidades distintas, y en este sentido resulta de interés traer a colación que en el Código de Comercio de 1884 junto a las sociedades en comandita simple se preveía la existencia de las denominadas sociedades en comandita compuestas,¹⁷ que preveía que el capital social pudiera estar dividido en acciones, así como otras disposiciones relativas a la posibilidad de nombrar un consejo de administración, así como un consejo de inspección que haría las veces de un órgano de vigilancia.¹⁸

Frente a las diferencias encontradas en estas definiciones también encontramos importantes semejanzas, en ambas modalidades hay dos categorías de socios: los comanditados que en ambos casos responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, y los comanditarios que sólo responden de las obligaciones sociales hasta por el monto de capital aportado, inde-

¹⁶ Sin querer ahondar más en la cuestión histórica, todo parece indicar que en la legislación siempre ha habido una modalidad de sociedades en comandita que se ha calificado.

¹⁷ Véase la nota de pie de página número 9.

¹⁸ Cfr. Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *op. cit.*, p. 130.

pendientemente de que tales aportaciones estén representadas por certificados sociales de aportación o por acciones.

Pero hay algo más con respecto a esta diferenciación. Hay un principio básico en materia accionaria: “Las acciones son de igual valor y conferirán los mismos derechos”. Es claro que si tanto los socios comanditados como los comanditarios de una sociedad en comandita por acciones son socios capitalistas este principio puede operar sin problema.

Sin embargo, la situación se complicaría si se admite la posibilidad de que en una sociedad en comandita por acciones haya socios industriales, ya que, por su propia naturaleza, los títulos representativos de su partición societaria tendrían que representar capital y, por su propia naturaleza, los socios industriales, no pueden ser simultáneamente socios capitalistas.

Más adelante me cuestiono si acaso la intención del legislador era la de que en este tipo de sociedad no hubiera la posibilidad de admitir socios industriales, pero en mi opinión no hay motivos suficientes para eliminar esta posibilidad.

La razón de ser de esta doble categoría de socios son principalmente históricas y aunque la historia no se repite, las personas y sus necesidades sí, por lo que el buen juicio, el criterio y la sensibilidad con respecto a las necesidades de los socios bien pueden justificar el uso de este tipo societario el día de hoy, pero por el momento tan solo quisiera apuntar que efectivamente me parece que las sociedades en comandita son el vehículo idóneo para la colaboración entre el capital y el trabajo, así como para apuntalar el desarrollo económico basado en los principios de la libre empresa.

No obstante, estoy consciente de que grandes autores que han señalado que este es un tipo de estructura social al que cada vez se recurre menos y que incluso sé qué hay quienes opinan que las sociedades en comandita han caído totalmente en desuso y que el gran público ha preferido optar por otros tipos de organización societaria en las que ha encontrado mayores ventajas.¹⁹

¹⁹ Particularmente pienso en Joaquín Rodríguez Rodríguez quien en su *Tratado de Sociedades Mercantiles* ha anotado lo siguiente: “Por ambos motivos, la sociedad en comandita apenas si tiene importancia en la práctica, y muy particularmente en México, en donde puede decirse que es una forma social casi desconocida, pues su papel está atentado, con grandes ventajas, por las sociedades de responsabilidad limitada.” Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op. cit.*, p. 207.

Con franqueza, no tengo ni la menor idea en qué se han basado esas opiniones, pues desafortunadamente México es un país que se ha caracterizado por carecer de estadísticas confiables en casi todos los ámbitos.²⁰

Sin embargo, poco a poco me fui dando cuenta que esas opiniones no solamente no tenían ninguna base, sino que además estaban equivocadas, y con el tiempo fui descubriendo que en México hay muchas sociedades en comandita que efectivamente se encuentran operando a lo largo y ancho del país con todas las de la ley,²¹ por lo que contrario a lo que manifiesta el maestro Jorge Barrera Graf podríamos afirmar que al igual que sucede con las sociedades en nombre colectivo, con frecuencia los asociados bajo la estructura de las sociedades en comandita ya no son únicamente personas físicas nacionales dedicadas a actividades de poca monta, por lo que vale la pena hacer notar que la mayor parte de los ejemplos encontrados se trata de inversiones competitivas de subsidiarias de empresas extranjeras.²²

²⁰ Aún y cuando en México existen diversas fuentes estadísticas confiables (sobre todo viniendo del Instituto Nacional de Geografía y Estadísticas, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y del Banco de México), estas estadísticas se concentran principalmente en aspectos poblacionales y económicos; sin embargo, fuera de estas áreas las estadísticas confiables son prácticamente inexistentes. Por esa razón, a lo que habría que añadir la casi ausencia absoluta de trabajo de campo en materia jurídica, más allá de los datos obtenidos a partir de la experiencia personal y colectiva, es muy difícil afirmar con datos duros cuál es la situación que guardan ciertas instituciones jurídicas en nuestro país.

²¹ Algunos ejemplos de sociedades en comandita que actualmente funcionan en México son los siguientes: Arturo Cabrera Padilla Y Cia., S. En C. <https://vymaps.com/MX/Arturo-Cabrera-Padilla-y-Cia-s-en-c-444531925913983/> (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). BADER de Mexico S. en C. por A. de C.V. <https://bader-leather.com/es/nuestra-empresa/ubicacion/mexico> (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). BADER Jalisco S. en C. por A. de C.V. <https://bader-leather.com/es/nuestra-empresa/ubicacion/mexico> (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). KAYSER AUTOMOTIVE SYSTEMS S. en C. <https://www.kaysers-automotive.com/company/locations/?lang=en> (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). Ejo-tatf Fasteners de Mexico y Compañía, S. En C. <https://www.ejot-atf.com/presentation> en (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). Kromberg & Schubert México, S. en C. http://omawww.sat.gob.mx/comext/esquema_integral/Documents/Empresas_Certificadas_150618.pdf (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). Grupo Editorial Bauer México y Cia. S. En C. de C.V. <https://libromexico.org/empresa-grupo-editorial-bauer-mexico-y-cia-s-en-c-de-c-v-em-anzures-3530> (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). AWECO DE MEXICO S EN C DE CV <https://apodaca.guialis.com.mx/datos/aweco-de-mexico-s-en-c-de-cv/5891384> (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023).

²² Cfr. Barrera Graf, Jorge, *op. cit.*, p. 347.

Por otra parte, habría que agregar que en muchos otros casos, en lo que las partes involucradas optaron por otros tipos societarios o contractuales, las partes de negocio querían optar por el contenido sustantivo de un tipo social con características semejantes a los de la sociedad en comandita, pero ni supieron pedirlo, ni los asesoraron adecuadamente y solo llegan a descubrir su mala elección cuando están en medio de un problema con sus otros socios.²³

IV. Naturaleza societaria y mercantil de las sociedades en comandita

A riesgo de parecer redundante, lo primero que habría que decir es que las sociedades en comandita es de las auténticas y verdaderas sociedades mercantiles,²⁴ y que para que estas lleguen a constituirse

²³ Por ejemplo cuando un socio o grupo de socios son los dueños de una idea o un proyecto que promete, cuando encuentran socios capitalistas con mucha frecuencia se encuentran con problemas tales como el hecho de que los capitalistas con frecuencia están convencidos de que el capital les da inteligencia, visión y experiencia en todo tipo de negocios y sobre estas falsas bases tratan de decirle a los expertos como deben manejar su campo de experiencia y especialización; del mismo modo, es muy frecuente que una vez que el negocio ya sea exitoso, los capitalistas traten de obtener ventajas indebidas en perjuicio de los socios dueños de las ideas o de los proyectos, por ejemplo haciéndoles “corral” y diluyendo la participación societaria de los socios dueños de las ideas o de los proyectos.

²⁴ Desde un punto de vista estrictamente formal, vale la pena señalar que el artículo 1 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala expresamente en sus fracciones II y V que la ley reconoce a las sociedades en comandita simple y a las sociedades en comandita por acciones como especies de sociedades mercantiles y, por si hubiera duda, habría que agregar el complemento confirmatorio de este se encuentra en el primer párrafo del artículo 4 en el que expresamente se señala que “Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1º de esta Ley.” Sobre este particular, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis planteada en el expediente 233/2009, estableció lo siguiente: “SOCIEDAD MERCANTIL. SU CONCEPTO. La Ley General de Sociedades Mercantiles regula las sociedades mexicanas, reconociendo a las siguientes: I. Sociedad en Nombre Colectivo; II. Sociedad en Comandita Simple; III. Sociedad de Responsabilidad Limitada; IV. Sociedad Anónima; V. Sociedad en Comandita por Acciones; y, VI. Sociedad Cooperativa. Sin embargo, no señala lo que debe entenderse por sociedad mercantil, para lo cual es útil acudir a la doctrina y a la definición de sociedad civil contenida en el numeral 2688 del Código Civil Federal, conforme al cual, por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter

debe haber *Affectio Societatis*,²⁵ misma que en la práctica estatuaría queda explicitada (*iuris tantum*) mediante el uso de una declaración expresa en el que las partes que comparecen ante el notario público que formaliza la escritura constitutiva manifiestan que el propósito de la

preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial. Conforme a lo anterior, por exclusión natural de uno de los componentes de la definición legal de sociedad civil, se arriba al concepto de sociedad mercantil, a saber, el de la especulación, entendiéndose por esta la ganancia, beneficio o lucro que se sigue de una actividad. Luego, en términos generales, la sociedad mercantil es la persona jurídica distinta de los socios que la integran derivada del contrato de sociedad, por medio del cual se obligan mutuamente a combinar sus recursos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico y con fines de especulación comercial”. PLENO. Contradicción de Tesis 233/2009. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 10 de mayo de 2010. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Luis María Aguilar Morales. Secretario: Óscar Palomo Carrasco. El Tribunal Pleno, el doce de julio en curso, aprobó, con el número XXXVI/2010, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a doce de julio de dos mil diez. *Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia, ya que no resuelve el tema de la contradicción planteada.* [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta, t. XXXII, agosto de 2010, p. 245. Registro No. 163927. Por tanto, al clasificar como mercantiles a las sociedades pueden usarse por lo menos dos criterios: primeramente, el criterio formal, cuando las sociedades estén reguladas por una ley que las califica como mercantiles y, en segundo lugar, el criterio material de la especulación mercantil.

²⁵ “Hay, por último, un grupo de negocios jurídicos a cuyo estudio van encaminadas las consideraciones precedentes: los fines de quienes en ellos intervienen no son simplemente paralelos, coordinados, sino que coinciden totalmente; estos negocios jurídicos en los cuales, para la realización de un fin común, las partes prestan su propia actividad son los negocios sociales. De lo dicho resulta que la nota determinante del negocio constitutivo de una sociedad es la vinculación recíproca de las partes para la realización de un fin común. En efecto, otras notas, que suelen indicarse como constitutivas del concepto de sociedad, dependen lógicamente de la señalada finalidad común. Tales son la *affectio societatis*, la necesidad de aportaciones de los socios y la vocación a las ganancias y a las pérdidas. [...] la expresión *affectio societatis* ha de entenderse como la existencia de una igualdad tal entre las partes que las constituya en verdaderos socios”. Barrera Graf, Jorge, *op. cit.*, p. 173 “Algún autor ha dicho que por *affectio societatis* debe entenderse la colaboración activa, consciente e igualitaria de todos los contratantes con vistas a la realización del beneficio a dividir. Así considerada, la *affectio societatis* es el elemento subjetivo de la causa, que estimamos esencial y que se encuentra en la *comunidad del fin*, es decir, en la realización de un fin común de carácter lucrativo, como dice el CCF. De donde se deduce que el motivo o fin del contrato de sociedad no es otro que la *participación en los beneficios y en las pérdidas*”. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, 7a. ed. revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo, México, Porrúa, 2001, p. 45.

su comparecencia ante el fedatario es justamente otorgar un contrato de sociedad.²⁶

Así las cosas, quizá una de las principales implicaciones legales de la constitución de una sociedad mercantil en este caso, sea que la nueva entidad que se constituye adquiere personalidad jurídica a partir de su inscripción en el registro público de comercio.²⁷

Ahora, atendiendo a la naturaleza contractual del contrato societario, considero que la primera fuente para comprender el sentido y alcance de una determinada Sociedad en Comandita debe ser el Es-

²⁶ Por lo menos, debo decir que la práctica de afirmar que las partes que comparecen ante el Notario Público para formalizar la escritura constitutiva manifiestan que el propósito de su comparecencia ante el fedatario es justamente otorgar un contrato de sociedad. No obstante, me parece que esta manifestación de intención, aunque necesaria y recomendable, siempre podría ser susceptible de impugnación.

²⁷ En términos de lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, “Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales, frente a terceros consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica”, estableciéndose que “Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, en que hubiere incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados.” La doctrina conoce a este tipo de sociedades con el nombre de “sociedades irregulares”. “Procede ahora que examinemos los efectos del incumplimiento, bien sea del requisito de la redacción en documento notarial, bien del relativo a la inscripción. Las sociedades que adolecen de estos defectos son las llamadas sociedades irregulares”, Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op. cit.*, p. 123. “En contraposición con esa constitución regular, es decir, con la SR, existe la sociedad irregular (SI), que es aquella que sin estar inscrita en el Reg. de Co. se exterioriza frente a terceros, como si fuera una sociedad regular, constituida conforme a la LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES. La diferencia entre ambas figuras es de carácter extrínseco, no esencial; consiste en ostentarse y exteriorizarse, no en virtud de la inscripción de la sociedad en el Reg. de Co., previo el procedimiento de homologación judicial de su escritura social (Supra XX.11), que es el sistema de la *publicidad legal*, sino a virtud de negocios jurídicos que celebre con terceros, que sepan que contratan con una sociedad, a través de una persona física que actúe como su representante”. Barrera Graf, Jorge, *op. cit.*, p. 34. Aquí hay un tema en el que me parece que hay que seguir trabajando. La personalidad jurídica de las sociedades implica, entre otras cosas, que estas se convierte en centros de atribuciones de derechos, obligaciones y responsabilidades propias y distintas de las que les corresponden a los socios que las forman, que tienen nombre, domicilio y nacionalidad distinta de la de sus socios, así como la capacidad jurídica para actuar y obligarse por sí mismas, para comparecer ante autoridades jurisdiccionales con derecho propio, así como que tienen un patrimonio propio y distinto del de sus socios. *Cfr.* Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op. cit.*, pp. 105-111. “Las personas—sociedades tienen capacidad jurídica, un patrimonio, un domicilio y una nacionalidad”. Mantilla Molina, Roberto, *op. cit.*, p. 195.

tatuto Social de la sociedad de que se trate y —en mi opinión— dicho estatuto deberá aplicarse con preeminencia incluso sobre las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, siempre y cuando dicho estatuto no infrinja cuestiones de orden público, no afecte derechos de terceros o los mínimos legales establecidos para la protección de los socios, ni desnaturalice una institución jurídica que sea propia y esencial del tipo social en análisis.²⁸

Por otra parte, considero que en defecto de la voluntad estatutaria, habría que estarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley General de Sociedades Mercantiles para este tipo de sociedades y que en caso de que no haya disposición expresa para el tema en cuestión, el asunto de que se trate deberá regirse por las disposiciones comunes para todas las sociedades, siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con el tipo social que nos ocupa. Ahora, en caso de que la Ley General de Sociedades Mercantiles no cubra el tema en cuestión, entonces habrá que remitirse a las disposiciones de la legislación mercantil en sentido amplio²⁹ y en su defecto a lo establecido por el Código Civil Federal.³⁰

²⁸ Baso mi opinión en una interpretación, por mayoría de razón, de lo establecido en el párrafo tercero del artículo 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual a la letra dice: “Las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo, y, en su defecto, por las disposiciones generales y por las especiales de esta ley, según la clase de sociedad de que se trate”. Esta es mi opinión, aunque debo también señalar que esté un tema sobre el que todavía hay mucho que investigar y escribir. Por otra parte, más adelante, al comentar ciertas cláusulas estatutarias señalo la necesidad de indagar más a fondo sobre el alcance y los límites de la autonomía de la voluntad en los estatutos sociales de una sociedad, volviendo a preguntarme en qué medida quedan obligados los socios fundadores por los términos de los estatutos sociales que ellos firmen, y esto muy particularmente cuando dichos estatutos modifiquen algunos los derechos y obligaciones inherentes a su calidad de socio y al tipo social de que se trate, y del mismo modo me cuestiono sobre la validez, alcance y obligatoriedad de dichas cláusulas estatutarios en relación los socios supervivientes.

²⁹ En mi opinión, la legislación mercantil en su sentido más amplio —incluyendo los tratados internacionales— vigente en el momento de hacer la interpretación de que se trate, deberá proveer un contexto adecuado sobre las instituciones mercantiles que se desee aplicar supletoriamente a la Ley General de Sociedades Mercantiles, partiendo del principio de la especialidad y así hasta llegar a las leyes más generales, que en este caso es el Código de Comercio. Por ejemplo, en caso de hacer una interpretación sobre el régimen jurídico de las sociedades por acciones, lo apropiado sería recurrir a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

³⁰ Considero que el Código Civil Federal es la ley de última aplicación supletoria, en

V. Los socios en las sociedades en comandita

En mi opinión, los socios de una sociedad en comandita podrían ser tanto personas físicas como personas morales, pues no hay nada en la legislación vigente —ni en la naturaleza misma de esta sociedad— que impida los socios de las sociedades en comandita puedan ser personas morales.

Dicho lo anterior, habría que decir que por la propia naturaleza de las sociedades en comandita en estas necesariamente debe haber dos categorías distintas de socios y que solo por excepción expresamente prevista en los estatutos, un socio puede ser simultáneamente socio comanditado y socio comanditario.³¹

Por otra parte, el tratamiento jurídico que corresponde a los socios, ya sean comanditados, comanditarios, es que al igual que tienen con los socios de la sociedad en nombre colectivo,³² y su incorporación a la sociedad, trae aparejada las siguientes implicaciones jurídicas fundamentales: el surgimiento de la calidad de socio,³³ el deber

primer lugar porque así lo dispone el artículo 2 del Código de Comercio: “A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal”, y en segundo lugar, porque conforme al artículo 1 del Código Civil Federal, este ordenamiento es el que define la materia común en todos los asuntos del orden federal.

³¹ Aunque no existe disposición expresa que prohíba que un socio pudiera ser simultáneamente socio comanditado y socio comanditario, lo cierto es que por su propia naturaleza ambas categorías son incompatibles la una con la otra, ya que por ejemplo no se puede responder subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, y a la vez, tener una responsabilidad limitada al pago de las aportaciones hechas al capital social de la empresa.

³² Véase el último párrafo del artículo 57 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: “Los artículos 26, 29, 40 y 45 solo se aplicarán con referencia a los socios comanditados”.

³³ “El *status de socio*. El contrato de sociedad establece diversos derechos a favor del socio, que este ejerce frente a la sociedad. Al mismo tiempo, el socio tiene obligaciones que satisfacer. Estos derechos y estas obligaciones derivan de la calidad de socio, la que no es, pues, un derecho, ni siquiera una relación jurídica, no más bien, «un presupuesto de relaciones jurídicas». Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, cit., p. 63 “Con independencia de la colectividad a que el concepto se refiera, el de *status* supone los siguientes elementos: tratarse de una calidad jurídica frente a la colectividad; atributiva de derechos y obligaciones variadas. Si referimos estas dos notas a la situación del socio frente a la sociedad, podemos advertir que el socio tiene una calidad jurídica y no un simple derecho frente a la sociedad y que esta

de lealtad de los socios al proyecto societario³⁴ y la consideración *intuitu personae*³⁵ como razón justificante de su incorporación al proyecto social.

A continuación, me referiré a las principales notas que caracterizan de manera a ambas categorías de socios, en la inteligencia de que al referirme a otros elementos propios de las sociedades en comandita continuaré haciendo referencia a otras particularidades que le corresponden a unos y a otros.

1. Los socios comanditados

En términos de lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles, los socios comanditados, ya sean de una sociedad en comandita simple o de una sociedad en comandita por acciones, constituyen aquella categoría de socios que responden de manera subsidiaria y solidaria de las obligaciones sociales, por lo que en su mayor parte se puede afirmar que el régimen jurídico de los socios comanditados es equivalente al de los socios de las sociedades en nombre colectivo.³⁶

calidad le concede derechos varios y le impone diversas obligaciones, por lo que podemos decir que la calidad de socio significa un auténtico *status* jurídico". *Ibidem*, p. 64.

³⁴ Sobre este particular se puede citar de manera particular la obligación de no competencia que surge como consecuencia de la calidad de socio y a la cual me referiré más adelante. Véase el artículo 57, primer párrafo, en relación con el 35 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "Artículo 35. Los socios, ni por cuenta propia, ni por ajena, podrán dedicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la sociedad, ni formar parte de sociedades que los realicen, salvo con el consentimiento de los demás socios".

³⁵ "Intuitu persone. I. Locución latina que significa: Por razón de la persona o en atención a ella. Dícese de los contratos celebrados con una persona de la que se tiene en cuenta su especialización o versación en determinada materia, sus cualidades morales, la confianza que el contratante deposite en ella u otra característica que determine la elección del obligado, de forma insustituible. Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, 2a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, t. IV, p. 675.

³⁶ El artículo 51 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone que la sociedad en comandita "se compone de uno o varios socios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales", y por su parte, el artículo 207 del mismo ordenamiento señala que: "La sociedad en comandita por acciones, es la que se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales". Por tanto, se puede afirmar que en ambas modalidades de las sociedades en

Aunque el texto de la Ley General de Sociedades Mercantiles no define cómo deben interpretarse los términos “subsidiario”, “ilimitado” y “solidario”, que son justamente los que determinan el alcance de la responsabilidad de los socios comanditados con respecto a las obligaciones sociales.

De este modo, en los términos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la responsabilidad de los socios comanditados con respecto a las obligaciones sociales siempre será subsidiaria, lo que en términos del derecho de las obligaciones,³⁷ en los términos consagrados en el Código Civil Federal, lo cual implica que los socios responden de las obligaciones sociales solo en la medida en que se haya agotado en su totalidad el patrimonio de la sociedad.³⁸ En otras pala-

comandita los socios comanditados están sujetos al mismo régimen jurídico en cuanto a su responsabilidad con respecto a las obligaciones de la sociedad.

³⁷ “El Derecho de las Obligaciones se refiere a los derechos *in personam*, mientras que los derechos *in rem* constituyen el objeto del Derecho de los Bienes”. Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civil Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 7 Traducción libre del autor de los siguiente: “the law of obligations is concerned with rights in personam, whilst rights in rem are the subject matter of the law of property”.

³⁸ “SOCIEDADES EN NOMBRE COLECTIVO. De los antecedentes que dieron origen a nuestro Código de Comercio, se desprende la interpretación de que la sociedad en nombre colectivo, como persona moral distinta de la de los asociados, posee un patrimonio propio y debe responder con él, como obligada principal; y que el patrimonio de los socios, distinto de sus aportaciones a la sociedad, no se confunde con el patrimonio social. La responsabilidad de los socios, respecto a las obligaciones sociales, es solidaria entre ellos, pero subsidiaria respecto a la sociedad. La disposición del artículo 124 del Código de Comercio, sobre que las sentencias ejecutoriadas contra la sociedad, establecen la autoridad de la cosa juzgada contra los socios, es contraria a la garantía consignada en el párrafo segundo del artículo 14 constitucional, ya que nadie puede ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos; en apoyo de esta tesis, puede decirse: que los socios pueden tener excepciones personales que oponer y que se les privaría de este derecho, porque en la ejecución de sentencia están enumeradas limitativamente las excepciones procedentes; que resultaría ilusorio su derecho de hacer valer la excusión de bienes, ya que no habría procedimiento en el que pudiera demostrarse la existencia de bienes en el patrimonio social, cuando la sociedad tuviera interés en negar el hecho, y que la cosa juzgada decide solamente que la sociedad debe una prestación determinada, y esa es la verdad legal para los socios, pero la cosa juzgada no dice si existen o no, bienes sociales bastantes para cubrir el crédito, y a pesar de eso, el acreedor puede, por capricho o mala fe, dejar libres los bienes sociales y embargar injustamente a un socio; por tanto, es indispensable que se siga un juicio contra este, para poder trabar ejecución en sus bienes, una vez que se haya hecho excusión en los de la sociedad”. Amparo civil en revisión 2384/28. Solana Moisés. 27

bras, la primera garantía para los acreedores la constituye el patrimonio social, y la responsabilidad de los socios comanditados sólo sería exigible en la medida que dicho patrimonio social fuera insuficiente.

Ahora, el hecho de que la responsabilidad sea subsidiaria en lo sustantivo también implica que la responsabilidad de los socios comanditados debe ser “auténticamente subsidiaria, desde el punto de vista de la ejecución de la misma, en cuanto el socio puede pedir la excusión de los bienes sociales, antes de que se proceda con los suyos propios”.³⁹

No obstante, procesalmente hablando, la responsabilidad de los socios es “principal y no subsidiaria, en cuanto cabe que la sociedad y los socios comanditados puedan ser demandados conjuntamente”, pues “la falta de demanda simultánea contra la sociedad y contra el socio hace inejecutable contra este la sentencia dictada contra la sociedad, si no es a virtud de un nuevo juicio”.⁴⁰

de julio de 1929. Mayoría de tres votos. Disidentes: Joaquín Ortega y Francisco Díaz Lombardo. La publicación no menciona el nombre del ponente. Registro No. 365420. Localización: Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. XXVI. Página: 1774. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. (En mi opinión, aunque la legislación a la que se refiere esta tesis ya fue derogada, los mismos principios fueron adoptados por la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo que esta tesis sigue siendo aplicable en lo sustancial.)

³⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 8a. ed., México, Porrúa, 1969, t. I., p. 64.

⁴⁰ *Idem*. En este mismo sentido véase el artículo 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que a la letra dice: “La sentencia que se pronuncie contra la sociedad condenándola al cumplimiento de obligaciones respecto de tercero, tendrá fuerza de cosa juzgada contra los socios, cuando estos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad. En este caso, la sentencia se ejecutará primero en los bienes de la sociedad y solo a falta o insuficiencia de estos, en los bienes de los socios demandados. Cuando la obligación de los socios se limite al pago de sus aportaciones, la ejecución de la sentencia se reducirá al monto insoluto exigible” Sociedades en nombre colectivo, responsabilidad de los socios, respecto de las obligaciones de las. Si bien los socios de una sociedad en nombre colectivo deben responder de modo subsidiario, con todos sus bienes presentes y futuros, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, debe decirse que si la demanda ejecutiva mercantil no se promovió contra uno de los socios sino contra la sociedad, el embargo practicado en un bien del cual el socio acreditó tener legalmente la posesión, es violatorio de garantías en su perjuicio. TERCERA SALA. Amparo civil en revisión 5068/42. Ruisánchez Bada Ramón. 26 de octubre de 1944. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Hilario Medina. [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F., t. LXXII; p. 2134. Registro No. 349773. Sociedades en nombre colectivo, responsabilidad de los socios, respecto de las obligaciones de las. Si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 70 de la Ley General de Crédito Rural, los miembros de

La responsabilidad de los socios comanditados con respecto a las obligaciones sociales es —asimismo— solidaria entre ellos, por lo que los acreedores pueden exigirles individualmente a cada uno de los socios el total de las cantidades que se reclamen, mismas que los socios están obligados a cubrir íntegramente, quedándoles tan solo el derecho de repetir contra los demás socios por las cantidades que ellos hubieren pagado en exceso a la cuota que les llegare a corresponder.⁴¹

Finalmente, los socios comanditados habrán de responder con todo su patrimonio personal y de ahí lo ilimitado.⁴²

Por otra parte, debe mencionarse que los socios pueden optar por establecer límites a su responsabilidad con respecto a las obligaciones sociales, aunque de conformidad por lo establecido en la Ley General de Sociedades Mercantiles “Las cláusulas del contrato de sociedad que supriman la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, no producirán efecto alguno legal con relación a terceros; pero los socios pueden estipular que la responsabilidad de alguno o algunos de ellos se limite a una porción o cuota determinada”.⁴³

una sociedad en nombre colectivo deben responder con todos sus bienes presentes y futuros, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones y compromisos sociales que contraiga la empresa; también lo es que conforme al artículo 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, si la demanda ejecutiva mercantil no se promovió conjuntamente contra los socios, sino contra la sociedad, el embargo practicado en un bien del cual el socio ejecutado acreditó ser legítimo propietario, es violatorio de garantías individuales en su perjuicio. Segundo tribunal colegiado del décimo primer circuito. Amparo en revisión 241/90. Juan Aguilera Soto. 9 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Enrique Castillo Morales. Secretario: José Gutiérrez Verduzco. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F., t. VII, marzo de 1991, p. 217. Registro No. 223460. Observaciones. Nota: El artículo 24 a que se refiere esta tesis, corresponde al actual 25.

⁴¹ “La solidaridad se presenta en una obligación, cuando hay pluralidad de acreedores, de deudores, o de ambos, y cada acreedor puede exigir el todo del objeto y cada deudor debe pagar todo el objeto, no obstante que ese objeto es (sic) divisible, física o económicamente”. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 15a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 994. Véase también sobre este tema la tesis derivada del Amparo civil en revisión 2384/28. Solana Moisés. 27 de julio de 1929. *op. cit.*, nota 22.

⁴² “La responsabilidad de los socios en la sociedad colectiva es ilimitada, lo que significa que responden con todo su patrimonio por cualquiera cuantía de las obligaciones sociales”. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil, cit.*, p. 64, nota 22.

⁴³ Artículo 26 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Consecuentemente, la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y subsidiaria de los socios con respecto a las obligaciones sociales contraídas con terceros se convierte en una garantía de confianza y seguridad jurídica para el gran público que hace negocios con la sociedad.

2. Los socios comanditarios

Tanto en la sociedad en comandita simple como en la sociedad en comandita por acciones, los socios comanditarios sólo responden de las obligaciones sociales hasta por el monto de sus aportaciones,⁴⁴ aunque en la sociedad en comandita por acciones expresamente se indique que las aportaciones estén representadas por títulos denominados acciones, y en el caso de las sociedades en comandita simple implícitamente quede entendido que la calidad de socio está representada por otro tipo de documentos, incluyendo los llamados certificados de aportación.

En este sentido, me parece importante mencionar que la Ley General de Sociedades Mercantiles no hace referencia expresa a los “Certificados de Aportación”, sino que se trata de instrumentos nacidos de la práctica mediante los cuales la sociedad hace constar que se recibieron tales o cuales aportaciones de determinada persona a la que se le reconoce la calidad de aportante al capital social, en la inteligencia de que esos documentos no son títulos de créditos de carácter corporativo, sino meras pruebas de las aportaciones realizadas.

Por otra parte, en la última parte del artículo 51 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se indica que los “comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones”.

⁴⁴ En la última parte del artículo 51 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se indica que los “comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones”. Por su parte, el artículo 207 del mismo ordenamiento señala que los “comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones”, mientras que el artículo 208 indica que la sociedad en comandita se rige por las reglas de la sociedad anónima, por lo que en este caso el término “acciones” habrá de interpretarse de conformidad con el artículo 111 del ordenamiento en cita, que textualmente señala: “Las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente Ley”, de donde debe concluirse que las acciones son principalmente las aportaciones sociales que integran el capital social.

Asimismo, el artículo 207 del mismo ordenamiento señala que los “comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones”, y el artículo 208 indica que la sociedad en comandita se rige por las reglas de la sociedad anónima, por lo que puede concluirse, en este caso, el término “acciones” debe interpretarse de conformidad con el artículo 111 del ordenamiento en cita, que textualmente señala:

Las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente Ley.

Consecuentemente, concluyo que en el contexto del artículo 207 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el uso de término “acciones” se refiere principalmente a las aportaciones sociales que integran el capital social y que en el caso de las sociedades en comandita por acciones, tales aportaciones están representadas por los títulos valores a los que hace referencia el artículo 111 del ordenamiento en cita.

VI. El nombre en las sociedades en comandita

Por definición, la sociedad en comandita simple existe bajo una razón social,⁴⁵ y en los términos de la propia Ley General de Sociedades Mercantiles “La razón social se formará con los nombres de uno o más comanditados, seguidos de las palabras «y compañía» u otros equivalentes, cuando en ella no figuren los de todos. A la razón social se agregarán siempre las palabras «Sociedad en Comandita» o su abreviatura «S. en C»”.⁴⁶

⁴⁵ Artículo 51 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. “Sociedad en comandita simple es la que existe bajo una razón social”

⁴⁶ Cito la siguiente tesis aplicable por analogía. “sociedades, razón social de las. En las sociedades en nombre colectivo, solamente los nombres de los asociados pueden formar parte de la razón social, y si alguna persona, sin ser socio, hace figurar su nombre en la razón social, quedará sujeto a la responsabilidad solidaria de los socios, sin perjuicio de la penal, si a ello hubiere lugar. TERCERA SALA. Amparo civil directo 2404/25. Moats Wallace, P. 28 de abril de 1931. Unanimidad de cuatro votos.

Por otra parte, la propia Ley General de Sociedades Mercantiles indica que

Cualquiera persona, ya sea socio comanditario o extraño a la sociedad, que haga figurar o permita que figure su nombre en la razón social, quedará sujeto a la responsabilidad de los comanditados. En esta misma responsabilidad incurrirán los comanditarios cuando se omita la expresión “Sociedad en Comandita” o su abreviatura.

En este mismo sentido, “El ingreso o separación de un socio no impedirá que continúe la misma razón social hasta entonces empleada; pero si el nombre del socio que se separe apareciere en la razón social, deberá agregarse a esta la palabra «sucesores»”.⁴⁷ Y del mismo modo, “Cuando la razón social de una compañía sea la que hubiere

Ausente: Juan José Sánchez. La publicación no menciona el nombre del ponente. [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo XXXI; Pág. 2555. Registro No. 363983.” Un ejemplo típico del uso de la razón social en sociedad en comandita simple constituida por personas físicas lo encontramos en el siguiente caso: “Arturo Cabrera Padilla Y Cia., S. En C.” <https://vymaps.com/MX/Arturo-Cabrera-Padilla-y-Cia-s-en-c-444531925913983/> (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). Ejemplos de sociedades en comandita simple integradas por personas morales son los siguientes: KAYSER AUTOMOTIVE SYSTEMS S. en C. <https://www.kayser-automotive.com/company/locations/?lang=en> (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). Ejotatf Fasteners de Mexico y Compañía, S. En C. <https://www.ejot-atf.com/presentation> (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). Kromberg & Schubert México, S. en C. http://omawww.sat.gob.mx/comext/esquema_integral/Documents/Empresas_Certificadas_150618.pdf (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023). Grupo Editorial Bauer México y Cia. S. En C. de C.V. <https://libromexico.org/empresa-grupo-editorial-bauer-mexico-y-cia-s-en-c-de-c-v-emanzures-3530> (Consultado por última vez el 16 de septiembre de 2023). AWECO DE MEXICO S EN C DE CV <https://apodaca.guialis.com.mx/datos/aweco-de-mexico-s-en-c-de-cv/5891384> (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023).

⁴⁷ Artículo 57 in fine en relación con el 29 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. La siguiente tesis se cita por analogía: Sociedades, razón social de las. Conforme a los artículos 101 y 102 del código mercantil, solo los nombres de los asociados pueden formar parte de la razón social; y cuando esta sea la que haya servido a otra compañía, cuyos derechos y obligaciones han sido transferidos, debe agregarse a la razón social la palabra “sucesores”; más cuando a la razón social se le agrega también el nombre del establecimiento mercantil, no es indispensable que en el mandato que otorgue la sociedad, conste este nombre, pues la sociedad se individualiza con solo la razón social. Tercera Sala. Amparo civil directo 489/31. Pérez Félix. 18 de noviembre de 1931. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F., t. XXXIII, p. 2428 Observaciones. Nota: Los artículos 101 y 102 a que se refiere esta tesis, corresponden a los actuales 27 y 30 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, respectivamente. Registro No. 363503”.

servido a otra cuyos derechos y obligaciones han sido transferidos a la nueva, se agregará a la razón social la palabra «sucesores»⁴⁸.

Finalmente, cabría preguntarse si una sociedad en comandita simple puede adoptar un nombre distinto al de la mera razón social, y sobre este tema no solamente no encuentro ninguna razón que pudiera impedirlo, sino que además, en la sociedad en comandita por acciones sí está expresamente permitida esta posibilidad y como ya lo he comentado anteriormente, la diferencia fundamental entre las sociedades comanditas simples y las comanditas por acciones es la naturaleza jurídica de los documentos acreditativos de las aportaciones realizadas.

VII. El rol de los socios en la vida corporativa de la sociedad

El rol de los socios en la vida societaria, contemplado a partir de la perspectiva de su calidad de socio, puede analizarse desde una doble dimensión: la corporativa y la patrimonial.

1. Derechos y obligaciones patrimoniales de los socios

Además de los derechos y obligaciones que le corresponde por igual a todos los socios de las sociedades en comandita, desde una perspectiva corporativa los socios comanditados tienen el derecho de que sus nombres puedan aparecer en la razón social de sociedad en los casos en que se opte por esta alternativa.

Los socios comanditados están obligados a realizar las aportaciones a las que se hayan comprometido, ya sea en capital o en industria.⁴⁹

⁴⁸ Artículo 57, primer párrafo en relación con el Artículo 30 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁴⁹ “Aportaciones de industria. Socio industrial solo lo es quien se obliga a prestar su propia actividad para la consecución del fin social; el objeto de la aportación viene a ser la fuerza de trabajo, la capacidad del socio. En consecuencia, ninguna persona, ni la sociedad misma ni sus acreedores, puede obtener coactivamente la prestación prometida; tampoco puede obtenerse en caso de muerte del socio. De aquí que no pueda concederse a esta clase de aportaciones un valor objetivo, y que, como ya quedó apuntado, no cuentan en la determinación del capital social. Distinto es el caso si una

Las aportaciones pueden ser hechas en dinero, bienes, créditos o servicios susceptibles de ser valorados en dinero, en cuyo caso se tratará de socios comanditados capitalistas, en la inteligencia de que las aportaciones de bienes, salvo pacto en contrario, se entrenarán como traslativas de dominio.⁵⁰

La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones.⁵¹

Las aportaciones de industria se realizan aportando trabajo, en cuyo caso se tratará de socios comanditados industriales.⁵² En cualquier caso, al socio industrial le corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esa mitad se dividirá entre ellos por igual,⁵³ además de que el socio o socios industriales no reportarán las pérdidas.⁵⁴

Finalmente, los socios industriales podrán percibir, las cantidades que periódicamente necesiten para alimentos, en el concepto de que dichas cantidades y épocas de percepción serán fijadas por acuerdo de la mayoría de los socios o, en su defecto, por la autoridad judicial. Lo que perciban los socios industriales por alimentos se computará en los balances anuales a cuenta de utilidades, sin que tengan obliga-

persona aporta un trabajo ya realizado por ella, v. gr.: los estudios, planos y cálculos necesarios para la realización de un negocio. Sobre tales trabajos se tiene un derecho de propiedad científica o literaria, con valor objetivo; el fallecimiento de quien se ha obligado a una aportación de esta índole, en nada, impide su realización. En verdad, es una obligación de dar y no de hacer; y por ende, no es una aportación de industria, sino de capital, análoga a la que tiene como contenido los derechos del autor de una obra literaria, una patente, etcétera, en los que se ha plasmado la labor realizada". Mantilla Molina, Roberto, *op. cit.*, pp. 207 y 208.

⁵⁰ Artículo 11 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. "Salvo pacto en contrario, las aportaciones de bienes se entenderán traslativas de dominio. El riesgo de la cosa no será a cargo de la sociedad, sino hasta que se le haga la entrega respectiva".

⁵¹ Artículo 16 fr. I de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁵² Aunque no encuentro razones que pueden impedir la participación de socios industriales en las sociedades en comandita por acciones, lo cierto es que el artículo 211 de la Ley General de Sociedades Mercantiles no hace referencia a que lo previsto en los artículos 46 y 49 de dicho ordenamiento sean aplicables a las sociedades en comandita por acciones. Por lo tanto, si se deseara hacer esto, lo recomendable sería regular estos temas estatutariamente.

⁵³ Artículo 16, fracción II, de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁵⁴ Artículo 16, fracción III, de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

ción de reintegrarlo en los casos en que el balance no arroje utilidades o las arroje en cantidad menor.⁵⁵

2. *Derechos y limitaciones corporativas de los socios*

El rol de los socios desde la perspectiva corporativa se refiere a su participación en la vida orgánica de la sociedad⁵⁶ y en razón de la naturaleza de las Sociedades en Comandita, estos pueden clasificarse en tres categorías: los relativos a la autorización o aprobación de temas societarios, los relacionados con la administración de la empresa y aquellos que se refieren a la vigilancia de quienes conducen la administración.

3. *El rol de los socios en la autorización, aprobación o gestión de temas societarios*

El Colegio de Socios de la Sociedad en Comandita⁵⁷ tienen un rol principalísimo en la autorización o aprobación de temas societarios y, sin

⁵⁵ Artículo 49 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁵⁶ Don Joaquín Rodríguez y Rodríguez se refiere a los derechos y obligaciones de este tipo clasificándolos bajo el epígrafe de “derechos de consecución”, diciendo que son “derechos que, aunque dados en beneficio de los socios, solo lo significan en cuanto su ejercicio es una garantía de aquellos. [los derechos patrimoniales] A estos, podemos denominarlos *derechos de consecución*. Se ejercen dentro de la sociedad, bien en la forma de actividades de cooperación, en la formación y expresión de la voluntad social (*derechos de consecución administrativos*), bien en la forma de actividades de vigilancia sobre la sociedad y sobre sus órganos (*derechos de consecución de vigilancia*)”. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, cit., nota 17, pp. 65 y 66. Por su parte, Víctor M. Castrillón y Luna, frente a la categoría de los derechos patrimoniales, opone la de los que él llama “derechos administrativos o de índole corporativa” tal y como se lee a continuación: “en segundo lugar se encuentran los derechos administrativos o de índole corporativos, en los que destacan desde luego el ejercicio del derecho al voto y el de participar en la gestión social o bien en la vigilancia”. Castrillón y Luna, Víctor M., *Sociedades Mercantiles*, 3a. ed., México, Porrúa, 2008. p. 82

⁵⁷ Uso la expresión “Colegio de Socios” para referirme al colectivo de los socios de la sociedad, actuando de manera orgánica para conocer y decidir sobre los asuntos de la sociedad, ya sea de modo sincrónico o asincrónico. Sin embargo, aunque en el contexto de este trabajo el término me parece más ilustrativo y claro para entender como deben funcionar las decisiones colegiadas de los socios, estoy consciente de que cuando la Ley General de Sociedades Mercantiles se refiere a la colectividad orgánica de los socios usa – sin mucha precisión – los términos “junta” y “asamblea”.

lugar a duda, esta participación colegiada constituye a los socios en la instancia orgánica de mayor jerarquía en este tipo de sociedad.

La participación de los socios en la autorización o aprobación de temas societarios se ejercita a través del voto, que es un derecho que corresponde a todos los socios, ya sean industriales o capitalistas.⁵⁸

En principio, en las sociedades en comandita se computa por cabeza, pero la Ley General de Sociedades Mercantiles también contempla la posibilidad de que en el contrato social se establezca que el voto “Se compute por cantidades; pero si un solo socio representare el mayor interés, se necesitará además el voto de otro”.⁵⁹ Pero, “Para los efectos de este precepto, el socio industrial disfrutará de una sola representación que, salvo disposición en contrario del contrato social, será igual a la del mayor interés de los socios capitalistas”.⁶⁰

Igualmente, “Cuando fueren varios los socios industriales, la representación única que les concede este artículo se ejercitará emitiendo como voto el que haya sido adoptado por mayoría de personas entre los propios industriales”.⁶¹

Ahora bien, opino que dada la flexibilidad propia de la naturaleza de la Sociedad en Comandita, según esto queda planteado por las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, bastaría cualquier método—sincrónico o asincrónico— que asegure que las decisiones colegiadas de los socios hayan sido adoptadas tras haberle

(Véase los artículos 10, 19, 21, 33, 66, 72, 76 a 82, 91, 93, 95, 99 a 102, 113, 116, 132, 134, 136, 145, 152, 153, 158, 16 a 163, 166 a 168, 172, 173, 176 a 195, 199 a 201, 206, 216, 228 Bis, 246 y 247) Esta situación haría conveniente una aclaración terminológica en los Estatutos Sociales y no veo la razón por la cual no se podría usar el término “Colegio de Socios” haciendo la correspondiente aclaración terminológica. Aunque hay quienes afirman que se debe usar el término “Junta de Socios” para las sociedades personalistas, y el de “Asamblea de Socios” para las sociedades de capitales, pero después de haber revisado detalladamente el uso terminológico de la Ley General de Sociedades Mercantiles, me parece que esa es una distinción artificial que se reduce a una cuestión meramente semántica, que en sí misma no presenta mayores implicaciones jurídicas.

⁵⁸ De la lectura armónica del articulado de las Sociedades en Comandita resulta claro que todos los socios, ya sean industriales o administradores, tienen derecho al voto en los términos previstos en los Estatutos Sociales o la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁵⁹ Artículo 46 Ley General de Sociedades Mercantiles, primer párrafo *in fine*.

⁶⁰ Artículo 46 Ley General de Sociedades Mercantiles, segundo párrafo.

⁶¹ *Idem*.

concedido a estos la oportunidad suficiente para informarse de los asuntos sobre los que deberían votar, así como para reflexionar, deliberar y estudiar los asuntos en cuestión, otorgándoles asimismo, el tiempo suficiente para emitir su voto de manera eficiente y con conocimiento de causa.

No obstante, el silencio de la ley en este ámbito me lleva a concluir que este es uno de los aspectos que deben tener un adecuado tratamiento estatutario. Pero con todo, al volver los ojos hacia la práctica estatutaria actual, considero que caer en el exceso de adoptar los patrones de las sociedades anónimas en los estatutos de las sociedades en comandita —tal y como ahora ocurre— se convierte en un despropósito que rigidiza y burocratiza innecesariamente este tipo de sociedades.

Del mismo modo, en la Ley General de Sociedades Mercantiles se hacen varias referencias respecto a decisiones que deben ser tomadas directamente por los socios de manera calificada, tal y como sucede en lo relativo a la modificación del contrato social,⁶² la cesión de partes sociales,⁶³ y el nombramiento de administradores de la sociedad;⁶⁴ sin embargo, considero que el contrato social eventualmente también podría establecer estatutariamente que otros asuntos también deban necesariamente ser autorizados o aprobados por los socios mediante una votación calificada.

A. Asuntos que —en principio— requieren el voto unánime de los socios

A continuación, me referiré a los asuntos cuya autorización o aprobación requieren de voto unánime de los socios.

a. Modificaciones al contrato social

En los términos del artículo 34 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, “El contrato social no podrá modificarse sino por el consentimiento unánime de los socios, a menos que en el mismo se pacte que

⁶² Artículo 34 Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁶³ Artículo 31 Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁶⁴ Artículo 37 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

pueda acordarse la modificación por la mayoría de ellos. En este caso, la minoría tendrá el derecho de separarse de la sociedad”.

De la lectura de este artículo pueden desprenderse varios principios que derivan de la propia naturaleza de las Sociedades en Comandita:

- 1) Se confirma que el Colegio de Socios conforma el órgano supremo de la sociedad.
- 2) Se establece que —en principio— el voto para modificar el contrato social se debe computar por cabeza, por lo que a cada socio le corresponde un solo voto.
- 3) Se establece que —en principio— la modificación del contrato social requiere del voto unánime de los socios.
- 4) Se establece la posibilidad de prever estatutariamente de que haya modificaciones al contrato social que puedan ser resueltas por mayoría de votos de los socios.
- 5) En los casos en que se prevea que la modificación del contrato social pueda ser acordada por mayoría de votos de los socios, los socios disidentes tendrán el derecho de separarse de la sociedad.

b. Cesión de partes sociales y admisión de nuevos socios

Del mismo modo, conforme a lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, “Los socios no pueden ceder sus derechos en la compañía sin el consentimiento de todos los demás, y sin él, tampoco pueden admitirse a otros nuevos, salvo que en uno u otro caso el contrato social disponga que será bastante el consentimiento de la mayoría”.

- 1) Al igual que en el supuesto analizado con anterioridad, en este caso también opera la regla de que — en principio — el voto es por cabeza, por lo que a cada socio le corresponde un solo voto.
- 2) En este supuesto también se establece que — en principio — la modificación del contrato social requiere del voto unánime de los socios, pero que por excepción estatutaria estos asuntos puedan ser resueltos por mayoría de votos de los socios.

- 3) En este supuesto, la ley no prevé que los socios disidentes puedan separarse de la sociedad; sin embargo, me parece que este es un punto que debería considerarse en la redacción del estatuto social, atendiendo a la relevancia que tiene la calidad personal de los socios en la relación societaria.

Naturalmente, el contrato social podrá prever otros asuntos para los que se requiera el consentimiento unánime de los socios y en los que los disidentes podrán tener el derecho para separarse de la sociedad.

B. Asuntos que pueden adoptarse por el voto de la mayoría de los socios

Tal y como ha sido señalado, a menos de que expresamente se hubiera pactado estatutariamente que un determinado asunto requiere del voto unánime de los socios, el resto de las decisiones que corresponden al Colegio de Socios pueden ser adoptadas por mayoría.

Incluso habría que decir más, pues aun para aquellos asuntos en los que la ley establece que —en principio— se requiere del voto unánime de los socios, estatutariamente es posible prever que tales asuntos puedan ser aprobados por mayoría.

Finalmente, cabe mencionar que hay dos hipótesis en las que la propia Ley General de Sociedades Mercantiles establece expresamente que las decisiones se aprobarán por mayoría: el nombramiento y remociones de los administradores,⁶⁵ así como en los casos en que la enajenación o gravamen de bienes de la compañía, realizadas por el administrador cuando estos no constituyan el objeto social de la misma o no sea una consecuencia natural de la consecución del objeto social.⁶⁶

a. Práctica estatutaria

No obstante, en la práctica estatutaria de las sociedades en comandita simple⁶⁷ se puede observar que la participación de los socios en las

⁶⁵ Artículo 37 Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁶⁶ Artículo 41 Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁶⁷ Para efectos de mis comentarios en este apartado he tenido a la vista los Estatu-

decisiones de la sociedad se encuentra estructurada conforme a los patrones de las sociedades anónimas,⁶⁸ dedicándole un apartado entero a las asambleas de socios, a su convocatoria, a los asuntos que competen a cada una de ellas, así como a los *quorum* de asistencia y decisión pertinentes a cada caso.⁶⁹

He aquí algunas de las consecuencias resultantes de la práctica estatutaria a la que hago referencia:

- 1) Se establece formalmente el órgano denominado Asamblea de Socios y siguiendo los patrones de las sociedades anónimas se indica que estas operarán tanto en su modalidad ordinaria, como en su modalidad extraordinaria.

tos Sociales de varias Sociedades en Nombre Colectivo elegidas al azar y las cuales considero que representan el estado de la práctica estatutaria prevaleciente en el área metropolitana de Monterrey, N.L., México, a saber: López Rodríguez y Compañía, Sociedad en Nombre Colectivo, Loc. Cit.; García Puente Cantú & Asociados, S. en N.C., Loc. Cit.; Curiel y Asociados, S. en N.C., constituida mediante Escritura Pública No. 7,542 otorgadas ante la fe del Lic. Enrique J. Kuri Gallardo, Notario Público No. 84 en la Ciudad de Monterrey, N.L., con fecha 13 de marzo de 1995, inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de la Ciudad de Monterrey, N.L., bajo el No. 4075, Vol. 4., Libro No. 3, Segundo Auxiliar, Escrituras de Sociedades Mercantiles, con fecha 6 de septiembre de 1995; y Hernández López y Compañía, *op. cit.*, nota 26.

⁶⁸ Quizá esto se una consecuencia extrema del consejo dado por Rodríguez al referirse al funcionamiento del Colegio de Socios. “En defecto de disposiciones legales y estatutarias, se aplicarán a la convocatoria, reunión y acuerdos de la junta de socios de la colectiva, las normas propias de la sociedad de responsabilidad limitada y aun de la anónima, en la medida en que no sean incompatibles con la estructura personalista de aquella”. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles, cit.*, nota 17, p. 204.

⁶⁹ “No encontramos en la Ley General de Sociedades Mercantiles la expresión junta o asamblea de socios referida a la sociedad colectiva, aunque excepcionalmente se hable de convocar a los socios a una *junta*, al tratar de la liquidación de la sociedad (art. 246, fr. III). Sin embargo, la estructura colectiva de la sociedad nos recuerda que buen número de resoluciones no pueden ser adoptadas, ni no es con el previo consentimiento unánime o mayoritario de los socios. Per eso, hay que suponer el funcionamiento de un órgano colectivo, del que formarán parte —en potencia— todos los socios, que se reunirá previa convocatoria para atender a aquellas cuestiones que requieran la expresa manifestación de la voluntad de los socios. En examinar el posible grupo de decisiones de esta clase que puedan establecer los estatutos, debemos recordar la existencia de diferentes acuerdos que la ley reserva exclusivamente a los socios. De estos (sic) mencionaremos: el nombramiento y la revocación de administradores, las modificaciones estatutarias, la autorización para la cesión de las partes social, para enajenar inmuebles, para que socio se dedique a actividades del mismo género que la sociedad y otros más que pudieran citarse”. *Idem*.

- 2) Para que una asamblea pueda reunirse legalmente, esta debe ser convocada por órganos estatutariamente establecidos, observándose un protocolo rígido para la instalación de la misma y para la adopción de resoluciones en el que se requiere la presencia de escrutadores, la estricta observancia de una orden del día y de ciertos *quorum*.
- 3) Siguiendo los cartabones de las sociedades anónimas, se admite la posibilidad de la adopción unánime de acuerdos sin reunión física de los socios.
- 4) La estructura estatutaria del capítulo de asambleas asume que todos los socios siempre serán socios capitalistas y no establece un marco normativo para la participación efectiva de los socios industriales.⁷⁰

Naturalmente, esto no quiere decir que el establecimiento estatutario del órgano denominado “Asamblea de Socios” no pueda hacerse.

Claro que sí existe esta posibilidad y en ocasiones incluso puede haber circunstancias que hagan recomendable pactar ciertas reglas para el funcionamiento de un órgano de tal naturaleza, haciendo recomendable discriminar entre asuntos que le correspondan a una Asamblea General Ordinaria y otras a la Asamblea General Extraordinaria, aunque como he venido diciendo, en mi opinión esta debería ser la excepción y no la regla.

Sin embargo, considero que atendiendo a la naturaleza ágil y flexible de las sociedades en comandita simple, el establecimiento obligatorio de la “Asamblea de Socios” siguiendo los patrones de la sociedad anónima, me parece una medida un tanto burocrática e innecesaria que entorpece la naturaleza ágil y flexible que debe caracterizar la toma de decisiones del Colegio de Socios de las sociedades en comandita simple.⁷¹

⁷⁰ Esta situación se presenta en todos los estatutos sociales de las sociedades revisadas y a las cuales he venido haciendo referencia.

⁷¹ El punto es que en materia de sociedades mercantiles, el término “asamblea” tiene una connotación jurídica y orgánica muy concreta, cuya convocatoria, instalación y operación está a sujeta a ciertos protocolos muy formales que requieren ser rigurosamente observados para que la voluntad social expresada por la asamblea de socios pueda surtir efectos legales. Del mismo modo, me parece que el sistema rígido de las convocatorias, tal y como está previsto para las sociedades anónimas, se convierte en inapropiado para las Sociedades en Nombre Colectivo, por cuanto burocratiza innecesariamente el proceso de toma de decisiones.

No obstante, debe subrayarse que en los términos del artículo 208 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, para las sociedades en comandita por acciones, el sistema de las asambleas, tal y como está previsto en las sociedades anónimas, no es una opción y, por lo tanto, debe seguirse de manera obligatoria.

2. La administración de los negocios societarios

A. Contenido y alcance de “la administración”

En las sociedades mercantiles, cuando se habla de “la administración” se hace referencia tanto a la gestión cotidiana de los negocios societarios, como a la formación de la voluntad social en asuntos que no le pertenecen al Colegio de Socios y al uso de la firma social en la consecución de los asuntos de la sociedad.⁷²

El alcance del quehacer de “la administración” está determinado por la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como por los estatutos sociales de cada sociedad, en cuanto se refiere a la manera de constituir, integrar y operar el órgano de administración, como en cuanto se refiere al “objeto social” de la sociedad⁷³ de que se trate,

sariamente la vida societaria, derivando en que para que una asamblea pueda reunirse legalmente, esta debe ser convocada por órganos estatutariamente establecidos, observándose un protocolo rígido para la instalación de la misma, así como la estricta observancia de una orden del día y de ciertos quórum de asistencia y de decisión. Por ello, insisto en que la indiscriminada práctica estatutaria de establecer obligatoriamente la existencia de la Asamblea de Socios como órgano rígido, me parece inadecuada para las Sociedades en Nombre Colectivo, pues en la ley solo se establece la necesidad de un voto calificado para la aprobación de determinados asuntos, tales como la modificación al Contrato Social o la designación del órgano de administración.

⁷² Artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: “La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la Ley y el contrato social”. Aunque refiriéndose a la Sociedad Anónima, y esto puede ser relevante para las sociedades en comandita por acciones, Rodríguez hace esta misma aseveración en términos muy similares: “El administrador único o el Consejo de Administración es el órgano encargado de la representación y de la gestión de los negocios sociales”. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, cit., nota 17, p. 551.

⁷³ “[...]para VIVANTE el objeto de la sociedad, según el lenguaje del Código, está constituido por las operaciones mercantiles que se propone realizar. De modo parejo podemos decir que según la Ley General de Sociedades Mercantiles, el “objeto” es la finalidad de la sociedad, como se puede ver en la redacción de los artículos 3,6, frac-

pues en este se establecen los límites de la capacidad de ejercicio de la sociedad en cuestión.⁷⁴

B. Marco legal

Las sociedades en comandita opera conforme al principio de que — por regla general— la administración de la sociedad debe residir directamente en los socios y solo por excepción en personas extrañas,⁷⁵

ción, II, 182, fracción IV y 229, fracción II. Otro tanto cabe decir del Código de Comercio español”. *Ibidem*, p. 28.

⁷⁴ “Punto asaz discutido es el de si la capacidad jurídica de las sociedades está condicionada para la realización del fin social. Pienso que el artículo 26 del Código civil impone una respuesta afirmativa, puesto que declara que “las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios *para realizar el objeto de su institución*.” Mantilla Molina, Roberto L., *op. cit.* nota 2, p. 196. Aquí hay todo un tema a analizar con respecto a los llamados actos *ultra vires*, tanto desde la perspectiva de la sociedad, de los socios, de los administradores, así como de los terceros que mantienen vínculos de negocios con la sociedad de que se trate.

⁷⁵ *cfr.* Artículo 36 “Siempre que no se haga designación de administradores, todos los socios concurrirán en la administración”. No obstante, en la mayor parte de los estatutos revisados, o bien se admite la posibilidad de nombrar administradores no socios, o bien no se hace referencia a este punto. Me ha llamado la atención una cláusula que establece que la administración siempre debe ser colegiada, negando a los socios industriales el derecho a pertenecer al órgano de administración y añadiendo el mandato de qué dos de los cuatro administradores deberá hacerse a favor de personas que no sean socios: “ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO: La administración de la sociedad estará a cargo de la Junta de Administradores, dicha junta será integrada por dos socios capitalistas y dos personas no asociadas. Para que se considere que la Junta de Administradores apruebe algún acto, bastará cuando menos la firma conjunta de los dos socios capitalistas o la firma individual de las personas que en Asamblea ordinaria (sic) se designe.” López Rodríguez y Compañía, Sociedad en Nombre Colectivo, Loc. Cit. Cabe hacer los siguientes comentarios con respecto a esta cláusula: En primer lugar, se prevé implícitamente que en la junta de administradores no haya socios industriales; en segundo lugar, se prevé estatutariamente que la junta de administración esté integrada necesariamente por dos personas no asociadas; y en tercer lugar, que independientemente de que la junta de administración esté integrada por dos personas no asociadas, la firma de estas no es necesaria para la aprobación de actos cuya aprobación corresponda a la junta de administración. Ante esta cláusula cabe plantearse las siguientes interrogantes, ¿cuáles son los efectos jurídicos de esta cláusula en la que – estatutariamente – se excluye a los socios industriales de que su posible participación de la administración?, ¿cuáles son los efectos jurídicos de una cláusula en la que estatutariamente se establece que la junta de administración estará integrada por dos personas que no sean socios?, y ¿cuáles son los efectos jurídicos de que cualquier decisión que le corresponda al órgano de administración puede ser tomada sin la necesidad del voto de dos de sus miembros? Por otra parte, he encon-

además de que en caso de que el nombramiento de administradores recaiga en personas que no sean socios los que hubieren votado en contra de su nombramiento podrán ejercer el derecho a separarse de la sociedad.⁷⁶

En cualquier caso, el nombramiento o remoción de administradores se hará libremente y se decidirá por mayoría de votos,⁷⁷ aunque debe señalarse que “cuando el administrador sea socio y en el contrato social se pacte su inamovilidad, solo podrá ser removido judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad”.⁷⁸

Como he dicho, el uso de la firma social corresponde al órgano de administración, tal y como lo establece la propia Ley General de Sociedades Mercantiles, que a la letra dice: “El uso de la razón social corresponde a todos los administradores, salvo que en la escritura constitutiva se limite a uno o varios de ellos”.⁷⁹

Los administradores estarán facultados para enajenar o gravar bienes inmuebles de la compañía si esto constituye una de las actividades contempladas en el objeto social o cuando sea una consecuencia implícita del mismo, pero en los demás casos estos solo podrán enajenar o gravar con el consentimiento de la mayoría de socios.⁸⁰

En principio, tal y como está estructurada esta sociedad en la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cargo y las facultades relacio-

trado una cláusula estatutaria en la que expresamente se niegan la posibilidad de que los socios industriales participen en cualquier “cargo administrativo” dentro de la sociedad: “Los socios industriales no podrán intervenir en algún cargo administrativo dentro de la sociedad”. Artículo Octavo, *in fine*, de los Estatutos Sociales de Hernández López y Compañía, Sociedad en Nombre Colectivo, *op. cit.*, nota 26. Nuevamente, cabe preguntarse lo siguiente: ¿cuáles son los efectos jurídicos de una cláusula en la que —estatutariamente— se establece de manera expresa que los socios industriales no podrán participar en la administración de la sociedad? Todas estas cuestiones nos llevan a cuestionarnos sobre el alcance y los límites de la autonomía de la voluntad en los estatutos sociales de una sociedad, si los socios fundadores quedan obligados por los términos de los estatutos sociales que ellos firmen, aún y cuando modifiquen los derechos y obligaciones inherentes a su calidad de socio, y si los socios supervinientes quedan o no obligados por dichas cláusulas.

⁷⁶ *cfr.* Artículo 38. No he encontrado ningún caso de regulación estatutaria del derecho de separación justificado por esta causal.

⁷⁷ *cfr.* Artículo 37.

⁷⁸ Artículo 39.

⁷⁹ Artículo 44.

⁸⁰ *Cfr.* Artículo 41. “Siempre que no se haga designación de administradores, todos los socios concurrirán en la administración”.

nadas con la administración de la sociedad son personalísimas, de tal suerte que las facultades de los administradores solo podrán ser delegables de manera verdaderamente excepcional.

Ahora, en mi opinión, esto impone ciertas limitaciones y condicionantes para los casos en los que los socios comanditados sean personas morales.

Consecuentemente, el artículo 42 de la Ley General de Sociedades Mercantiles indica que “El administrador podrá, bajo su responsabilidad, dar poderes para la gestión de ciertos y determinados negocios sociales, pero para delegar su encargo necesitará el acuerdo de la mayoría de los socios, teniendo los de la minoría el derecho de retirarse cuando la delegación recayere en persona extraña a la sociedad”.

Los responsables de la administración de la sociedad están obligados a rendir cuentas de su encargo, pero en las sociedades en comandita “La cuenta de administración se rendirá semestralmente, si no hubiere pacto sobre el particular, y en cualquier tiempo en que lo acuerden los socios”.⁸¹

En cuanto a la formación de la voluntad en el órgano de administración, la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que “Las decisiones de los administradores se tomarán por voto de la mayoría de ellos, y en caso de empate, decidirán los socios”.⁸² Así como de que “Cuando se trate de actos urgentes cuya omisión traiga como consecuencia un daño grave para la sociedad, podrá decidir un solo administrador en ausencia de los otros que estén en la imposibilidad, aun momentánea, de resolver sobre los actos de la administración”.⁸³

Finalmente, debe subrayarse que ni en las sociedades en comandita simple, ni en las comanditas por acciones está permitido que los socios capitalistas puedan ejercer la administración en la sociedad,⁸⁴ imponiéndoles una gravísima sanción en caso de infracción a este principio, pues en los términos de la ley el socio comanditario que rea-

⁸¹ Artículo 43.

⁸² Artículo 45, primer párrafo.

⁸³ Artículo 45, segundo párrafo.

⁸⁴ Artículo 54 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. “El socio o socios comanditarios no pueden ejercer acto alguno de administración, ni aun con el carácter de apoderados de los administradores; pero las autorizaciones y la vigilancia dadas o ejercidas por los comanditarios, en los términos del contrato social, no se reputarán actos de administración”.

lice actos de administración quedará obligado solidariamente para con los terceros por todas las obligaciones de la sociedad en que haya tomado parte en contravención a esta disposición. También será responsable solidariamente para con los terceros, aun en las operaciones en que no haya tomado parte, si habitualmente ha administrado los negocios de la sociedad.⁸⁵

En otras palabras, la responsabilidad corporativa del infractor es directa y principal en conjunto con la sociedad, y no como sucede con la responsabilidad de los comanditados, que es subsidiaria a las obligaciones de la sociedad misma.

C. *Práctica estatutaria*

Al igual que lo comenté al referirme al Colegio de Socios —en su mayor parte— la práctica estatutaria de las sociedades en comandita simple también sigue los patrones de las sociedades anónimas en lo que se refiere al órgano de administración, aunque de una manera mucho más somera, aunque como lo he mencionado anteriormente, esto no es una opción para las sociedades en comandita por acciones que sí están obligadas a seguir estos patrones.

Esta situación hace que en su mayor parte el clausulado estatutario de las sociedades en comandita simple, con respecto al funcionamiento y operación del órgano de administración, se convierta en irrelevante dejando un enorme vacío jurídico en caso de dudas o conflictos relacionados con la integración y funcionamiento de este órgano societario.

De este modo, aunque las soluciones estructuradas conforme al tipo de la sociedad anónima pudieran ser recomendables para las sociedades en comandita simple integradas por grandes empresas o por sociedades multinacionales, no me parece que estas sean lo más recomendable para las sociedades en comandita simple constituidas para ser detentadas por un pequeño grupo de personas o cuando la razón por la que se elige este tipo societario pretenda subrayar el *intuitus personae*.

Por otra parte, un punto en el que coinciden todas las actas revisadas —aunque con pequeñas variaciones de carácter semántico— se

⁸⁵ Véase el artículo 55 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

refiere a la asignación de los poderes que le corresponden al órgano de administración.⁸⁶

3. La vigilancia de los negocios societarios

En la sociedad en comandita simple, la vigilancia del órgano de administración la deben ejercitar los socios no administradores mediante un interventor y tendrán el derecho de examinar el estado de la administración y la contabilidad y papeles de la compañía, haciendo las reclamaciones que estimen convenientes.⁸⁷

En la sociedad en comandita simple, la vigilancia del órgano de administración estará a cargo de uno o varios comisarios.⁸⁸ Los comisarios tienen facultades más amplias que los interventores, por lo que considerando que la ley restringe mucho las facultades del interventor, considero que esto abre la posibilidad para mejorar el contenido de esta institución.

VIII. El rol de los socios en la vida patrimonial de la sociedad

El rol de los socios desde la perspectiva patrimonial se refiere a su participación en la vida pecuniaria de la sociedad⁸⁹ y en razón de la

⁸⁶ En la práctica estatutaria mexicana, tanto en las sociedades en nombre colectivo, como en los demás estatutos de otras sociedades que he revisado a lo largo de mi vida profesional, puedo señalar que los poderes y facultades que se otorgan expresamente al órgano de administración de las sociedades (tanto mercantiles como civiles) son los siguientes: 1. Poder General para Pleitos y Cobranzas; 2. Poder General para Actos de Administración; 3. Poder General para Actos de Administración en el área Labora; 4. Poder General para Actos de Dominio; 5. Poder General Cambiario; 6. Facultades para delegar y revocar poderes. Más allá de estos poderes, cada estatuto asigna facultades diferentes en cada caso.

⁸⁷ Artículo 57 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en relación con el 47, que establece lo siguiente: “Los socios no administradores podrán nombrar un interventor que vigile los actos de los administradores, y tendrán el derecho de examinar el estado de la administración y la contabilidad y papeles de la compañía, haciendo las reclamaciones que estimen convenientes”.

⁸⁸ Artículo 208 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en relación con el 164, que establece lo siguiente: “La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios Comisarios, temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad”.

⁸⁹ “Derechos concedidos en beneficio económico exclusivo de los socios (*derechos*

naturaleza de las sociedades en comandita, estos pueden clasificarse en las siguientes categorías: derechos y obligaciones exclusivos de los socios industriales, derechos y obligaciones exclusivos de los socios capitalistas y derechos y obligaciones comunes a todos los socios.

1. Derechos patrimoniales exclusivos de los socios industriales

La calidad de socio industrial otorga ciertos derechos y obligaciones que son propios de esta categoría de socios.

A. Derecho de participación en las ganancias de la sociedad hasta por la mitad de las mismas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 16, fracción II, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, “Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esa mitad se dividirá entre ellos por igual”.

Aquí cabe hacernos algunas preguntas: primeramente, ¿cuál es el significado y alcance jurídico del término “ganancias”?, en segundo lugar, si existe la posibilidad lícita de variar la porción de “ganancias” que le corresponde al socio o socios industriales, y en tercer lugar, si existe la posibilidad lícita de que se pacte estatutariamente que los socios industriales participen en las ganancias en un porcentaje menor al cincuenta por ciento o de que los socios comanditados pacten entre sí diferentes porcentajes de participación en las ganancias de la sociedad.

Con respecto a la primera cuestión, me parece que para determinar el significado y alcance jurídico del término “ganancias” debe recurrirse a la disciplina contable, en donde se define de la siguiente

individuales patrimoniales), que estos ejercen contra la sociedad (*derechos patrimoniales*). Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, cit., nota 17, p. 65. “Los derechos patrimoniales, genéricamente hablando, son los de participar en proporción al monto que los socios tengan invertido en la sociedad, de los dividendos que en su caso arrojen los ejercicios sociales, previa aprobación que de ellos haga la asamblea ordinaria; y, los de participar, en forma también proporcional al monto de lo aprobado, de la cuota final de liquidación, una vez que la asamblea apruebe el balance final que es presentado por los liquidadores, al extinguirse la sociedad”. Castriellón y Luna, Víctor M., *Sociedades Mercantiles*, cit., nota 39, p. 84

manera: “Nombre que se da a las utilidades obtenidas por una empresa como resultado de las actividades realizadas durante un periodo determinado.”⁹⁰

Sin embargo, a modo de importante aclaración, cabe señalar la importancia de distinguir el término “ganancias” de los términos “utilidades”⁹¹ y “dividendos”⁹² pues se trata de cuentas contables diferentes cuyo contenido está determinado por conceptos contables distintos.

Por otra parte, al explorar la segunda y la tercera de las cuestiones planteadas, mi primera reacción sería que para responder a esta pregunta habría que revisar los motivos que explican la regla de la fracción II del artículo 16, la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como la posibilidad de su eventual actualización a la luz de las realidades del mundo empresarial de hoy en día.

En este sentido, me parece que este principio tuvo como finalidad evitar la defraudación de los trabajadores mediante la simulación de la relación laboral mediante el uso de sociedades en comandita cuya verdadera finalidad era defraudar los derechos laborales de los traba-

⁹⁰ López López, José Isauro, *Diccionario contable, administrativo y fiscal*, México, Ediciones contables, administrativas y fiscales, 2000. p. 59 En este mismo sentido también se dice que el término ganancias se refiere “saldo acreedor de la cuenta de *ganancias y pérdidas*” en un periodo determinado. *cf.* *The Free Dictionary by Farlex*, disponible en: <http://es.thefreedictionary.com/ganancia> (fecha de consulta: 11 de junio de 2011); a lo que habría que agregar lo señalado por el Diccionario de la Lengua Española, según se lee a continuación: “ganancias y pérdidas. 1. f. pl. *Com.* Cuenta en que anotan los tenedores de libros el aumento o disminución que va sufriendo el haber del comerciante en las operaciones mercantiles. En el deber de la contabilidad se anotan las pérdidas, y en el haber, las ganancias del comerciante”. *Diccionario de la Lengua Española*, 20a. ed., Real Academia Española, disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ganancia (fecha de consulta: 11 de junio de 2011).

⁹¹ El término “utilidades”, usado en un sentido amplio, puede ser considerado sinónimo de “ganancias”, por cuanto las “utilidades” se refieren a los resultados positivos arrojados por el “Estado de Pérdidas y Ganancias”. Sin embargo, en un sentido más restringido de connotaciones contable-financieras, fiscales, e incluso laborales, la cuenta de “utilidades” es una de las subcuentas del “Capital Contable” y a su vez puede incluir otras subcuentas tales como la de “utilidades retenidas” o incluso la de “utilidades” determinada para los efectos del “reparto de utilidades” al que se refiere la Ley Federal del Trabajo.

⁹² “DIVIDENDOS. Es la cantidad que, de utilidades, réditos, amortización de capital, etc., corresponde a los accionistas cuando en la asamblea se ha acordado su distribución o reparto correspondiente”. López López, José Isauro, *op. cit.*, nota 72, p. 122.

jadores de la empresa, haciéndolos pasar como si fueran socios de la empresa.

En consecuencia, considero que excepcionalmente, con fundamento en la autonomía de la voluntad y la posibilidad de excepción prevista en el primer párrafo del artículo 16 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, creo que sí se podría pactar en los estatutos sociales de una sociedad en comandita, que los socios industriales recibieran un porcentaje de participación menor al cincuenta por ciento, pero me parece que dicha participación porcentual menor debería estar justificada por alguna causa que se tendría que explicar en los motivos de las disposiciones estatutarias mismas y, además, sería sano que justificara *a priori* que ese arreglo no presentara las características de una simulación laboral en perjuicio de los socios industriales.

Con respecto a la última cuestión, considero que al igual que los socios pueden pactar entre sí que la responsabilidad de uno o varios de ellos se limite a una porción determinada,⁹³ también opino que efectivamente se podría convenir que entre los socios industriales pacten entre sí diferentes porcentajes de participación en las ganancias de la sociedad siempre y cuando dicha diferenciación viniera acompañada de un convenio de limitación de responsabilidad. Pero a diferencia de los pactos para limitar la responsabilidad de los socios que no surtirían efecto contra tercero y sólo darían a los socios el derecho de repetición contra los otros socios en caso de que se les exigiera un pago mayor al porcentaje de responsabilidad convenido, considero que estas disposiciones estatutarias inscritas en el Registro Público de Comercio sí surtirían efectos contra terceros.

B. Derecho a no participar en las pérdidas de la sociedad

En este aspecto, el artículo 16, fracción III, de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala, que salvo pacto en contrario, “El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas”. Para entender el alcance de esta disposición, primeramente, hay que comprender el alcance contable-financiero del término “pérdidas”, para luego avo-

⁹³ Véase el artículo 26 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

carños al significado del verbo “reportar”, tal como es usado en este caso.

En este sentido, de manera amplia se dice que una pérdida es la disminución en el patrimonio de una persona o empresa,⁹⁴ pero en un sentido más propio de la disciplina contable, se ha señalado que la pérdida corresponde a un resultado contable negativo dentro de la cuenta de pérdidas y ganancias a la que me he referido anteriormente, mientras que, por otra parte, el verbo “reportar”, tal como es usado en este caso, parece significar “producir algún beneficio o ventaja, o, por el contrario, dificultades o disgustos”.⁹⁵

Consecuentemente, opino que en los términos de la disposición que analizo, esto significa que, salvo pacto en contrario, a los socios industriales no se les puede repercutir las pérdidas habidas en determinado ejercicio.

Ahora, asumiendo que hay un pacto expreso en el sentido de que los socios industriales sí pueden participar en las pérdidas, habría que preguntarse cuáles son los parámetros de validez y legalidad de dichos pactos, así como sus efectos y alcances prácticos.

No obstante, me parece oportuno aclarar —en mi opinión— que esta situación no tiene ninguna implicación en el sentido de limitar la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria a la que están sujetos todos los socios comanditados, independientemente de su calidad de socios industriales o capitalistas.

C. Derecho a percibir alimentos

Sobre este particular, el artículo 49 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece lo siguiente:

Los socios industriales deberán percibir, salvo pacto en contrario, las cantidades que periódicamente necesiten para alimentos; en el concepto de que dichas cantidades y épocas de percepción serán fijadas por acuerdo de la mayoría de los socios o, en su defecto, por la autoridad judicial. Lo que perciban los socios industriales por alimentos

⁹⁴ “Pérdida. Disminución del patrimonio de una persona o empresa”. López López, José Isauro, *op. cit.*, nota 72, p. 122

⁹⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, *loc. cit.* http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=reportar (fecha de consulta: 14 de junio de 2011).

se computará en los balances anuales a cuenta de utilidades, sin que tengan obligación de reintegrarlo en los casos en que el balance no arroje utilidades o las arroje en cantidad menor.⁹⁶

En este sentido, conviene traer a colación que en su origen, las sociedades en comandita y muy principalmente las sociedades en comandita simple fueron originalmente conceptualizadas, planeadas y organizadas como la forma idónea para cobijar a pequeños grupos de individuos vinculados entre sí por lazos de confianza recíproca y que desean explotar un determinado negocio, apalancándose principalmente en el prestigio y calidad personal de los socios.

Consecuentemente, la ley ha creado las condiciones necesarias para proteger el sustento de las personas físicas que aportan su trabajo a la sociedad, brindándoles la posibilidad de recibir “alimentos”, es decir, las cantidades de dinero necesarias para garantizar la subsistencia de los socios industriales mientras se obtienen las ganancias.

En este sentido, ni la Ley General de Sociedades Mercantiles, ni el Código de Comercio definen aquello que debe entenderse por alimentos; por lo que este concepto debe interpretarse en los términos del Código Civil Federal, que es la legislación común supletoria a toda la legislación federal, y que en su artículo 308 señala que

Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.⁹⁷

⁹⁶ No obstante, opino que en estos casos la sociedad podría optar por registrar las cantidades otorgadas en exceso como una cuenta acreedora de la cuenta de capital contable, misma que eventualmente tendría que ser saldada por los socios industriales cuando se llegaren a generar suficientes ganancias como para compensar dichas sumas.

⁹⁷ El concepto y alcance jurídico de los “alimentos” ha sido explorado en numerosas ocasiones por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por los Tribunales Colegiados de Circuito, aunque esto ha ocurrido prácticamente solo en materia de familia. Sin embargo, considero que —mutatis mutandi— estos criterios también son aplicables por analogía y mayoría de razón a los socios industriales de las sociedades personalistas. A continuación transcribo algunos de los conceptos que en mi opinión reflejan los puntos fundamentales de esta institución conforme a dichos precedentes judiciales:

Así, este derecho a recibir alimentos parece justificarse únicamente en la medida en que los socios comanditados sean personas físi-

“ALIMENTOS. Objetivo fundamental de los. El objetivo fundamental de la figura jurídica de los alimentos, consiste en proporcionar al acreedor lo necesario para su propia subsistencia cotidiana en forma integral, entendiéndose por esta, el sustento, el vestido, la habitación, el entretenimiento, la atención médica, la educación en el caso de los hijos, etc., de acuerdo a las necesidades prioritarias del derechohabiente y las posibilidades de quien los debe dar, pero de ninguna manera pretende mantener un alto nivel de vida dedicada al ocio, estatus económico o social de alguien, quien así haya estado acostumbrado, sino solamente para que viva con decoro, ya que de lo contrario, se distorsionaría el verdadero y noble fin ético-moral de la institución que es el de proteger y salvaguardar la supervivencia de quien no está en posibilidad de allegarse por sus propios medios, los recursos indispensables para el desarrollo normal de ese valor primario que es la vida. Amparo directo 1776/95. Bertha Beatriz Guzmán. 24 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo. Secretario: Jaime Aurelio Serret Alvarez. Sexto tribunal colegiado en materia civil del primer circuito. Registro No. 204746. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. II, julio de 1995. Página: 208. Tesis: I.6o. C.11 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. “ALIMENTOS. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “CIRCUNSTANCIAS PERSONALES” PREVISTA EN EL ARTÍCULO 304 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO. [...] el concepto de alimentos sobrepasa a la simple acepción de comida, constituyendo un elemento de tipo económico que permite al ser humano obtener su sustento y sano desarrollo en los aspectos biológico, social y educacional propios de este; en consecuencia, los alimentos deben fijarse de conformidad con el caudal económico del deudor y las circunstancias personales del acreedor, entendiendo por estas, entre otras, el nivel económico y social en el que fue procreado, atendiendo a las costumbres propias de tal nivel, que obviamente es en el que fue procreado y que debe serle proporcionado por sus progenitores, cumpliendo su obligación de acuerdo a su propia situación social y económica, siempre y cuando estos puedan seguir otorgándose.” Amparo directo 253/98. José Gregorio Luna González. 22 de enero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Sara Judith Montalvo Trejo. Secretario: Luis Alberto Ibarra Navarrete. Primer tribunal colegiado del décimo circuito. Registro No. 193925. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. IX, mayo de 1999. Página: 988. Tesis: X.1o.17 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. “ALIMENTOS. La obligación de proporcionarlos no cesa por la circunstancia de que el acreedor alimentista alcance la mayoría de edad, pues también comprenden los necesarios para proporcionarle educación que le permita tener acceso a una profesión, arte u oficio. [...] el derecho hace coercible el cumplimiento de esa obligación a fin de garantizar al acreedor alimentista la satisfacción de sus requerimientos presentes y futuros, ya que la institución de alimentos no fue creada por el legislador para enriquecer al acreedor, o para darle una vida holgada y dedicada al ocio, sino simplemente para que pueda vivir con decoro y pueda atender a sus necesidades. Amparo directo 552/2007. 25 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Benito Alva Zenteno. Secretaria: Rosa María Martínez Martínez. Tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito. Registro No. 169972. Localización: Novena Época. Tesis: I.3o. C.677 C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, abril de 2008, p. 2290.

cas, aunque eventualmente podría haber razones que justificaran la existencia de un derecho equivalente para personas morales, pero en mi opinión si esto así se deseara habría que manejarlo como anticipos a las ganancias.

2. Obligaciones patrimoniales exclusivas de los socios capitalistas

La principal obligación exclusiva de los socios capitalistas es la de realizar aportaciones de capital, las cuales habrán de integrar la cuenta del capital social de la sociedad de que se trate y que a la vez determinarán el estándar para la distribución de las pérdidas y ganancias de cada ejercicio.⁹⁸

Aunque, en principio, la obligación de absorber pérdidas —cuando las hubiere— es exclusiva de los socios capitalistas.

IX. Derechos y limitaciones de carácter corporativo a los socios de las sociedades en comandita

1. Derecho a aprobar o rechazar el ingreso de nuevos socios

Aunque en principio este es un tema que corresponde al colegio de socios, dada la naturaleza *intuite personae* de las sociedades en comandita, situación que se hace aún más evidente en la sociedad en comandita simple, donde incluso el ingreso de nuevos socios requiere la aprobación unánime del Colegio de Socios, salvo que estatutariamente se hubiere pactado que la admisión de un nuevo socio puede ser aprobada por mayoría, salvo que se hubiere pactado una excepción expresa en el contrato social.⁹⁹

⁹⁸ Artículo 16, fracc. I, de la Ley General de Sociedades Mercantiles: “La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones”.

⁹⁹ En este sentido, el artículo 31 de la Ley General de Sociedades Mercantiles aplicable a la sociedad en comandita simple por referencia del artículo 57 del mismo ordenamiento, establece que la admisión de socios, ya sea por nuevo ingreso o por

2. Deber de no competir en negocios del mismo tipo que los negocios de la sociedad

En términos de lo dispuesto por los artículos 57 y 211 en relación con lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, todos los socios de las sociedades en comandita simple, y solamente los socios comanditados en las sociedades en comandita por acciones, “ni por cuenta propia, ni por ajena podrán dedicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la sociedad, ni formar parte de sociedades que los realicen, salvo con el consentimiento de los demás socios”.

3. Deber y prohibición para participar en la administración de la sociedad

En las sociedades en comandita, ya sean simples o por acciones, el derecho de participar en la administración de la sociedad le corresponde exclusivamente a los socios comanditados,¹⁰⁰ pues conforme a lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los socios comanditarios “no pueden ejercer acto alguno de administración, ni aun con el carácter de apoderados de los administradores; pero las autorizaciones y la vigilancia dadas o ejercidas por los comanditarios, en los términos del contrato social, no se reputarán actos de administración”.¹⁰¹

Este es un tema de gran importancia, ya que en los términos del artículo 55 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, “la transgresión de esta limitación implicaría que el socio comanditario infractor quedará obligado solidariamente para con los terceros por todas las obligaciones de la sociedad en que haya tomado parte en contravención a esa disposición, así como también será responsable solidariamente para con los terceros, aun en las operaciones en que no haya tomado parte, si habitualmente ha administrado los negocios de la sociedad.”¹⁰²

cesión de partes sociales requiere del consentimiento unánime de los socios, salvo que se hubiera pactado expresamente que este tema pudiera ser resuelto por mayoría.

¹⁰⁰ Conforme a lo dispuesto artículo 54 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹⁰¹ Esta disposición se aplica también a las sociedades en comandita por acciones en los términos del artículo 211 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹⁰² Artículo 55. “El socio comanditario quedará obligado solidariamente para con

X. Derechos y obligaciones comunes a todos los socios

1. Derechos y obligaciones comunes a todos los socios

A. Derechos corporativos

a. Derecho a participar y votar en el Colegio de Socios

Todos los socios tienen el derecho de participar con voz y voto en el Colegio de Socios,¹⁰³ así como para constituirse en asamblea especial para conocer de los asuntos que se refieran y conciernan de manera particular a la categoría de socios a la que ellos pertenecen.

b. Restricciones a la transmisión de la calidad de socio y derecho de preferencia en correspondiente

En términos de lo dispuesto por los artículos 31 y 33 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, aplicado por referencia conforme a lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los socios de las sociedades en comandita simple “no pueden ceder sus derechos en la compañía sin el consentimiento de todos los demás, y sin él, tampoco pueden admitirse a otros nuevos, salvo que en uno u otro caso el contrato social disponga que será bastante el consentimiento de la mayoría”.¹⁰⁴

En caso de que se autorice la cesión correspondiente “en favor de persona extraña a la sociedad, los socios tendrán el derecho del tanto, y gozarán de un plazo de quince días para ejercitarlo, contando desde la fecha de la junta en que se hubiere otorgado la autorización.

los terceros por todas las obligaciones de la sociedad en que haya tomado parte en contravención a lo dispuesto en el artículo anterior. También será responsable solidariamente para con los terceros, aun en las operaciones en que no haya tomado parte, si habitualmente ha administrado los negocios de la sociedad”. Del mismo modo, esta disposición se aplica también a las sociedades en comandita por acciones en los términos del artículo 211 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹⁰³ Aunque no hay ninguna disposición que establezca expresamente el principio de que los socios de unas sociedades en comandita tienen derecho a participar en el Colegio de Socios, esto se infiere tanto por la naturaleza misma del contrato de sociedad.

¹⁰⁴ Artículo 31.

Si fuesen varios los socios que quieran usar de este derecho, les competirá a todos ellos en proporción a sus aportaciones”.¹⁰⁵

Lo anterior se refiere a transmisiones *inter vivos* de las partes sociales, por lo que hay que anotar que la transmisión *mortis causa* de la calidad de socio requiere de pacto estatutario expreso,¹⁰⁶ aunque en mi opinión, esto no es óbice para que en los estatutos sociales se pueda prever el derecho de tanto de los socios supervivientes para aquellos casos en que la transmisión *mortis causa* de la calidad de socio recaiga en personas extrañas a la sociedad. Por otra parte, me parece que las reglas son más rígidas en las sociedades en comandita por acciones, ya que en términos de lo dispuesto por el artículo 209 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las acciones representativas del capital social “no podrán cederse sin el consentimiento de la totalidad de los comanditados y el de las dos terceras partes de los comanditarios”.

Sin embargo, creo que la rigidez de esta disposición admite la posibilidad de algunas modificaciones estatutarias con la generación de los consecuentes derechos en beneficio de los socios comanditados.

Igualmente, me parece que el tema de las transmisiones de acciones *mortis causa* es otro tema en el que la regulación estatutaria se hace imprescindible.

c. Derecho de separación para el caso de que se tomen algunas decisiones fundamentales para la vida de la sociedad, cuando se hubiere votado en contra de las mismas

Uno de los derechos comunes a los socios, que también revela la importancia del *intuitus personae* en la sociedad en comandita simple, se refiere al derecho de retiro de la sociedad para el caso de que se tomen decisiones fundamentales para la vida de la sociedad, incluyendo aquellos casos en los que un socio hubiere votado contra la

¹⁰⁵ Artículo 33.

¹⁰⁶ “Artículo 32. En el contrato social podrá pactarse que a la muerte de cualquiera de los socios continúe la sociedad con sus herederos”.

modificación del contrato social,¹⁰⁷ en caso de que nombre administradores a personas que no sean socios,¹⁰⁸ así como en otros casos en que los estatutos sociales expresamente prevean que la adopción de determinadas resoluciones confiera el derecho de separación a favor de los socios que hubieren votado en contra de ellas (por ejemplo, cuando la mayoría apruebe la admisión de nuevos socios).

La ley no prevé la existencia de estos derechos en las sociedades en comandita por acciones, pero nada impide que los mismos se puedan establecer estatutariamente.

B. Derechos patrimoniales

a. Derecho a participar en las ganancias de la sociedad

El derecho a participar en las ganancias de la sociedad es común para todos los socios de la sociedad.¹⁰⁹

b. Derecho a la cuota de liquidación

En principio, haciendo una interpretación estricta del artículo 48 de la Ley General de Sociedades Mercantiles parecería que solo los socios que hubieren aportado capital podrían participar recibir una cuota de liquidación una vez disuelta la sociedad.¹¹⁰

¹⁰⁷ Por referencia del artículo 57 con relación al artículo 34 de la Ley General de Sociedades mercantiles: “El contrato social no podrá modificarse sino por el consentimiento unánime de los socios, a menos que en el mismo se pacte que pueda acordarse la modificación por la mayoría de ellos. En este caso, la minoría tendrá el derecho de separarse de la sociedad”.

¹⁰⁸ Por referencia del artículo 57 con relación al artículo 38 de la Ley General de Sociedades mercantiles: Todo socio tendrá derecho a separarse, cuando en contra de su voto, el nombramiento de algún administrador recayere en persona extraña a la sociedad.

¹⁰⁹ Este principio deriva de una interpretación a contrario sensu del artículo 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual a la letra dice: “No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias”.

¹¹⁰ Artículo 48. El capital social no podrá repartirse sino después de la disolución de la compañía y previa la liquidación respectiva, salvo pacto en contrario que no perjudique el interés de terceros.

Sin embargo, esto podría ser un tanto injusto, por cuanto que los socios industriales también contribuyen al crecimiento del capital contable de la sociedad y al valor comercial de la sociedad misma, por lo que en mi opinión este es un tema que ameritaría un tratamiento estatutario mucho más preciso.

XI. La disolución de la relación societaria en las sociedades en comandita

En las sociedades en comandita la disolución de la relación societaria puede darse con respecto a la sociedad en sí misma, por incurrir en una causal de disolución, y consecuentemente con relación a todos los socios de dicha sociedad, pero, además, en la sociedad en comandita simple la disolución de la sociedad puede darse tan solo con respecto a determinados socios, en cuyo caso se estaría en presencia de lo que la propia Ley General de Sociedades Mercantiles llama “disolución parcial”.

1. Disolución de la relación societaria con efectos para la sociedad misma, como un todo

En las sociedades en comandita, la disolución de relación societaria puede tener efectos con respecto a la sociedad misma, teniendo como consecuencia la ulterior liquidación de la sociedad y finalmente la extinción de la misma.

Las causas de disolución pueden ser clasificadas en tres categorías: 1) causas generales de disolución; 2) causas especiales de disolución, y 3) causas estatutarias de disolución.

Las causas generales de disolución son aquellas que se aplican por igual a todas las sociedades mercantiles conforme a lo previsto por el artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y son las siguientes:

- i. Expiración del término fijado en el contrato social.
- ii. Imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar este consumado.
- iii. Acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la Ley.

iv. Disminución del número de accionistas, tal que este número llegue a ser inferior al mínimo que esta Ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona.

v. La pérdida de las dos terceras partes del capital social.

Por otra parte, conforme a lo previsto por el artículo 230 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las causas especiales de disolución son aquellas que se aplican sólo con respecto a las sociedades en comandita¹¹¹ y estas son las siguientes: la muerte, la incapacidad, la exclusión, el retiro de uno de los socios, o por rescisión del contrato social con respecto de uno de los socios.

Finalmente, debe decirse que los socios pueden prever causas adicionales de disolución según convenga a sus intereses. Estas son las llamadas de causas estatutarias de disolución.

2. Extinción de la relación societaria solo con respecto a determinados socios

Mientras que la disolución de la sociedad presume ser la causa jurídica que da origen al proceso de liquidación y consecuentemente a la extinción de la sociedad misma en toda su integridad, mediante pacto estatuario expreso podría preverse que la liquidación de uno o varios de los socios tan solo implicaría la extinción de la relación societaria con respecto a tal socio o socios en particular.¹¹²

De este modo, los estatutos sociales de una sociedad en comandita podrían prever que la relación societaria se extinguiría sólo con respecto a determinados socios por las siguientes causas: 1) en razón de la muerte, la incapacidad, la exclusión o el retiro de uno o varios socios, y 2) por rescisión de la relación societaria con respecto de uno o varios socios.

En este sentido, opino que al indicar las causas especiales de disolución de las sociedades en comandita, la Ley General de Sociedades Mercantiles confunde y revuelve los conceptos de disolución de

¹¹¹ En los términos del artículo 231 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, estas causas especiales de disolución también se aplican con respecto a los socios comanditados de las Sociedades en Comandita, ya sean simples o por acciones.

¹¹² Véase el primer párrafo del artículo 231 en relación con el 230 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

las sociedades con los supuestos de liquidación parcial de alguno o algunos de los socios.

Ahora, a pesar de la confusión a la que me he referido en el párrafo anterior, me parece que los supuestos de disolución parcial a los que se refiere la ley, también hacen una referencia implícita a la particular naturaleza de la relación *intuitus personae* que los socios mantienen tanto entre sí, como con respecto a la sociedad misma y a la propia relación de la sociedad en su conjunto, con respecto a las personas que la integran como socios.

Por otra parte, tal como lo mencioné anteriormente, considero que el tratamiento dado por la Ley General de Sociedades Mercantiles de los efectos de la muerte, la incapacidad, la exclusión y el retiro de los socios con respecto a la relación societaria resulta francamente inadecuado a la luz de la realidad actual, por lo que me parece que estos son temas que necesariamente requieren de un detallado, adecuado y preciso tratamiento estatutario, pues no hacerlo así equivaldría a dejar estas temáticas al garete.

Naturalmente, debe entenderse que cada una de estas causales implica un diferente tratamiento jurídico para hacerla efectiva; así, la muerte precisaría del certificado de defunción o del documento que decreta la presunción de muerte, la incapacidad requeriría de una resolución judicial, la exclusión necesitaría que se demostrara la procedencia de la causal de exclusión que se alega y el retiro de la voluntad de socio debidamente manifestada, ya sea con expresión de la causa o sin expresión de la misma, cuando esto fuere posible.

De otro lado, en los términos del artículo 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la relación societaria con respecto de uno o varios socios se puede darse por rescindida por cualquiera de las siguientes causas: 1) por uso de la firma o del capital social para negocios propios; 2) por infracción al pacto social; 3) por infracción a las disposiciones legales que rijan el contrato social; 4) por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía; 5) por quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio.

Sobre este particular, deseo comentar que resulta por demás interesante la referencia de la Ley General de Sociedades Mercantiles a la institución de la rescisión¹¹³ en materia societaria; no solo porque

¹¹³ “La Rescisión es un acto jurídico unilateral, por el cual se le pone fin, salvo que la

— en principio — la rescisión es una institución propia de los contratos de intercambio,¹¹⁴ sino también porque en su tratamiento se hace re-

ley lo prohíba, de pleno Derecho – ipso jure –, sin necesidad de declaración judicial, a otro acto bilateral plenamente válido, por incumplimiento culpable en este, imputable a una de las partes”. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 708.

¹¹⁴ Don Joaquín Rodríguez y Rodríguez, siguiendo la doctrina italiana y muy principalmente a Ascarelli, distingue entre contratos de intercambio, que son aquellos en los que las partes establece una relación obligaciones recíprocas entre sí, y los contratos de organización en los que el acuerdo de voluntades da origen a una entidad nueva que es con la que las partes quedan finalmente obligados. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, cit., nota 17, pp. 18-23. Como se desprende de la definición citada anteriormente – en principio – la rescisión es un instituto pensado principalmente en función de los contratos bilaterales de prestaciones recíprocas. Esta situación la he corroborado al dar revista a la doctrina y a algunos importantes precedentes judiciales que cito a continuación en esta nota, por tanto, en mi opinión, el hecho de que en las Sociedades en Nombre colectivo se haga referencia una institución propia de los contratos de intercambio me parece una anomalía terminológica (no obstante, reconozco que es una anomalía recurrente). A modo de ilustración, cito aquí un par de los precedentes a los que me he referido: a. *Compraventa, rescisión del contrato de, por incumplimiento en el pago de la cosa y no de una obligación de hacer*. Aunque el contrato de compraventa se hubiese pactado como obligación de la parte compradora, la de tramitar un préstamo bancario que le permitiera cubrir el saldo del precio del incumplimiento genera la rescisión, si del propio contrato se desprende que solo constituye el medio más seguro que los contratantes consideraron para obtener y cumplir respectivamente, el pago del precio del inmueble, y que, la obligación fundamental cuyo incumplimiento constituye causa de rescisión, es precisamente el impago de la cosa. De esta manera, y si en el contrato no se pactó lugar de pago, ni existe constancia de que la vendedora hubiese requerido a la compradora para que cubriera el pago, la acción rescisoria es improcedente. Segundo tribunal colegiado del cuarto circuito. Amparo directo 37/93. Héctor Fernando Guevara Samaniego. 10 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: José M. Quintanilla Vega. Registro No. 216318, Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XI, mayo de 1993, Página: 305, Tesis Aislada, Materia(s): Civil, y b. *Non Adimpleti Contractus*. Solo es admisible respecto de las obligaciones integrantes del Sinalagma y no por cuanto hace a las ajenas a él. Se dice que un contrato es bilateral, no por la circunstancia de que en él intervengan dos partes, sino por la pluralidad de sus efectos, caracterizado por la existencia de un ligamen recíproco entre la prestación y la contraprestación. El profesor Alberto Trabucchi explica, que “Son contratos sinalagmáticos bilaterales, o —como dice el código— con prestaciones recíprocas, aquellos de los que surgen, al mismo tiempo y para cada una de las partes, obligaciones y derechos a prestaciones recíprocas, ligadas entre sí por una relación de interdependencia”. Así, cuando falta esa recíproca dependencia entre las obligaciones de los contratantes (sinalagma) no se está en presencia de un contrato bilateral, aun cuando del acuerdo de voluntades surjan obligaciones a cargo de ambas partes. Existe el sinalagma genético y el sinalagma funcional. El primero se refiere a la relación de reciprocidad de obligaciones surgi-

ferencia al incumplimiento de obligaciones para con la sociedad misma, que es una persona con la que los socios —en principio— no han establecido una relación contractual (pues el contrato de sociedad se celebra con y entre los socios, mientras que la sociedad es el ente jurídico que surge como consecuencia de la contratación celebrada con y entre los socios).

Finalmente, me parece que el supuesto al que se refiere el inciso V del artículo 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (la quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio de uno

das del contrato, en el momento en que este se celebra. El funcional está en orden a la continuidad de la relación contractual. En ambos casos el sinalagma se refiere a las obligaciones principales, que son las que caracterizan el contrato celebrado. Al aplicar esas bases, al arrendamiento conceptualizado en el artículo 2398 del Código Civil Federal como un contrato mediante el cual “las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto”, se advierte que en este contrato el sinalagma genético se da entre la obligación del arrendatario de pagar un precio cierto y en dinero por el uso y goce de un bien, y la obligación del arrendador de conceder el uso y goce temporal de una cosa. En cuanto a la continuidad de la relación contractual, debe precisarse, que en virtud de que se está en presencia de un contrato de tracto sucesivo, el arrendatario debe seguir pagando la renta por el uso y goce del bien, en la forma y términos pactados en el contrato, mientras tenga el uso y goce de la cosa arrendada (sinalagma funcional). En términos del artículo 2398 del Código Civil Federal, la obligación del arrendatario de pagar la renta tiene razón de ser en la circunstancia de que la cosa arrendada esté en condiciones de ser usada. Así lo corroboran los artículos 2431, 2432 y 2445 del Código Civil Federal, los cuales prevén diversos motivos por los cuales no se causa o es disminuida la renta sobre la base de la imposibilidad total o parcial de usar la cosa arrendada. De esta manera se hace patente la interdependencia entre el pago de la renta y el uso y goce de la cosa arrendada, pues aquella no se causará o se verá disminuida si la cosa arrendada no puede usarse total o parcialmente. La obligación de dar mantenimiento a la cosa arrendada no es recíproca al pago de la renta, pues es una obligación accesoria, que para ser considerada como parte del sinalagma funcional entre el pago de la renta y el derecho de usar y gozar del bien arrendado ampliamente, precisa de la expresión del hecho y la demostración en autos, de que la falta de mantenimiento impidió el uso de la cosa o lo disminuyó de cualquier manera. Por consiguiente, el mero incumplimiento de dar mantenimiento al bien arrendado no es apto para acoger la excepción non adimpleti contractus, opuesta por el contratante, a quien se le demanda el cumplimiento o la rescisión de un contrato sinalagmático, porque esta solo es admisible respecto de las obligaciones integrantes del sinalagma, no así a las ajenas a él. Cuarto tribunal colegiado en materia civil del primer circuito. Amparo directo 530/2009. Efraín García Dueñas. 24 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Leticia Araceli López Espíndola. Registro No. 165509, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, enero de 2010, Página: 2151, Tesis: I.4o. C.210 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

de los socios), más bien me parece una causal de terminación que de rescisión (suponiendo que la rescisión fuere una institución viable en las sociedades mercantiles), pues estos supuestos de ninguna manera implican algún incumplimiento de obligaciones de los socios para con la sociedad.

XII. El proceso de liquidación y la determinación de la cuota de liquidación

1. El proceso de liquidación

El proceso de liquidación de las sociedades en comandita está regulado por el capítulo XI de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el que se indica que la liquidación de la sociedad estará a cargo de uno o más liquidadores,¹¹⁵ que salvo en los casos de expiración del plazo de la vida de la sociedad o cuando la disolución haya sido decretada por sentencia judicial, deberán ser nombrados en el mismo acuerdo en el que se haya acordado la liquidación de la sociedad de que se trate.¹¹⁶

El instrumento jurídico en el que se haya decretado la disolución de la sociedad, ordenándose la liquidación de la misma, junto con el nombramiento de los liquidadores, deberá ser inscrito en el Registro Público de Comercio.¹¹⁷

El órgano de liquidación remplace al órgano de administración de la sociedad,¹¹⁸ pero debe advertirse que el alcance las funciones de este órgano está limitado a los actos necesarios para la liquidación societaria en los términos señalados por el artículo 242 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y que los liquidadores son responsables personalmente de todos aquellos actos que ejecuten en exceso de los límites de su encargo.¹¹⁹

Así, conforme a lo establecido por el artículo 242 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, corresponde a los liquidadores:

¹¹⁵ Artículo 235 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹¹⁶ Artículo 236 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹¹⁷ Artículo 237 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ Artículo 235 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

1) concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución; 2) cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba; 3) vender los bienes de la sociedad; 4) liquidar a cada socio su haber social; 5) practicar el balance final de la liquidación, que deberá someterse a la discusión y aprobación de los socios, y una vez aprobado, se deberá depositar en el Registro Público de Comercio, y 6) obtener del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social, una vez concluida la liquidación.

Finalmente, debe decirse que el acuerdo sobre distribución parcial deberá publicarse en el Periódico Oficial del domicilio de la sociedad, y los acreedores tendrán el derecho de oposición en la forma y términos del artículo 9 de la propia Ley General de Sociedades Mercantiles¹²⁰ y que los liquidadores deberán mantener en depósito, los libros y papeles de la sociedad durante diez años contados a partir de la fecha en que se concluya la liquidación.¹²¹

2. La determinación de la cuota de liquidación

Los lineamientos para la determinación de la cuota de liquidación en las sociedades en comandita debe realizarse primeramente conforme a lo establecido por los estatutos sociales y, en su defecto, conforme a lo dispuesto por el artículo 246 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Sin embargo, en la práctica estatutaria es muy raro que los estatutos sociales contengan lineamientos claros para la determinación de las cuotas de liquidación, por lo que resulta sumamente importante hacer una lectura detallada de lo que dispone la ley en esta materia.

En la liquidación de las sociedades en comandita, salvo que hubiere estipulaciones estatutarias expresas en otro sentido, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 246 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, una vez pagadas las deudas sociales, el remanente del haber social se deberá distribuir entre los socios conforme a las siguientes reglas: I. Si los bienes en que consiste el haber social son de fácil división, se repartirán en la proporción que corresponda a la representación de cada socio en la masa común; II. Si los

¹²⁰ Artículo 243 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹²¹ Artículo 245 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

bienes fueren de diversa naturaleza, se fraccionarán en las partes proporcionales respectivas, compensándose entre los socios las diferencias que hubiere; III. Una vez formados los lotes, el liquidador convocará a los socios a una junta en la que les dará a conocer el proyecto respectivo; y aquellos gozarán de un plazo de ocho días hábiles a partir del siguiente a la fecha de la junta, para exigir modificaciones, si creyeren perjudicados sus derechos; IV. Si los socios manifestaren expresamente su conformidad o si, durante el plazo que se acaba de indicar, no formularen observaciones, se les tendrán por conformes con el proyecto, y el liquidador hará la respectiva adjudicación, otorgándose, en su caso, los documentos que procedan; V. Si, durante el plazo a que se refiere la fracción III, los socios formularen observaciones al proyecto de división, el liquidador convocará a una nueva junta, en el plazo de ocho días, para que, de mutuo acuerdo, se hagan al proyecto las modificaciones a que haya lugar; y si no fuere posible obtener el acuerdo, el liquidador adjudicará el lote o lotes respecto de los cuales hubiere inconformidad, en común a los respectivos socios, y la situación jurídica resultante entre los adjudicatarios se regirá por las reglas de la copropiedad; VI. Si la liquidación social se hiciere a virtud de la muerte de uno de los socios, la división o venta de los inmuebles se hará conforme a las disposiciones de esta Ley, aunque entre los herederos haya menores de edad.

Ahora, independientemente de si los bienes son fáciles de repartir o no,¹²² el punto está en determinar cuál es la proporción que le corresponde a la representación de cada socio en la masa común; pero este tema por sí mismo ameritaría un estudio por separado.

XIII. Conclusión

Durante años se ha dicho que las sociedades en comandita han caído en desuso e incluso se ha llegado a asegurar que las mismas carecen de una utilidad funcional y práctica en los tiempos actuales. Sin

¹²² Resulta interesante notar que para fijar los lineamientos básicos para la determinación de las cuotas de liquidación, la ley parte de la distinción entre “bienes fáciles de dividir” y “bienes de diversa naturaleza, o implícitamente, no fáciles de dividir”.

embargo, me parece que tales afirmaciones se han venido haciendo sin ningún sustento.

En otras partes del mundo, con frecuencia la decisión relativa al tipo corporativo se hace con base en criterios fiscales, pero generalmente ese no es el caso de México, pues nuestra legislación tributaria ha perdido de vista los objetivos macroeconómicos y de impulso al desarrollo que debe tener la materia tributaria.

Ahora, en ocasiones, las empresas extranjeras que hacen negocios en México efectivamente recurren a los criterios fiscales como uno de los elementos de su análisis, pero no a criterios mexicanos sino extranjeros, pues con frecuencia las legislaciones de los países en donde consolidan los grupos financieros a los que pertenecen dichas sociedades hacen que la temática tributaria pueda llegar a ser relevante para su toma de decisiones.

No obstante, desde una perspectiva meramente mexicana, el análisis habría que hacerlo principalmente mediante consideraciones de naturaleza jurídica corporativa, aunque tomando en consideración las implicaciones prácticas de las mismas.

Sin lugar a duda, México necesita nuevas y mejores estructuras societarias, pero también me parece que al mismo tiempo hay que entender y conservar los tipos sociales que actualmente existen en nuestra legislación mercantil, aprovechándolas y ajustándolas estatutariamente a las necesidades de los tiempos actuales y de los negocios específicos que tratemos de resolver y planear.

Finalmente, no debe perderse de vista que en México la mayor parte de las empresas comerciales son pequeñas y medianas, así como también, gran parte de las empresas mexicanas están controladas por familias o grupos cerrados, y en este sentido, las sociedades de personas ofrecen soluciones que en su mayor parte parecerían ser más idóneas y congruentes con la realidad.

XIV. Bibliografía

Amparo directo 552/2007. 25 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Benito Alva Zenteno. Secretaria: Rosa María Martínez Martínez. Tercer Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito. Registro No. 169972. Localización: Novena Época. Instancia:

- Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXVII, Abril de 2008. Página: 2290. Tesis: I.3o.C.677 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.
- Amparo civil en revisión 2384/28. Solana Moisés. 27 de julio de 1929. Mayoría de tres votos. Disidentes: Joaquín Ortega y Francisco Díaz Lombardo. La publicación no menciona el nombre del ponente. Registro No. 365420. Localización: Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. XXVI. Página: 1774. Tesis Aislada. Materia(s): Civil
- Amparo directo 1776/95. Bertha Beatriz Guzmán. 24 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo. Secretario: Jaime Aurelio Serret Alvarez. Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Registro No. 204746. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. II, Julio de 1995. Página: 208. Tesis: I.6o.C.11 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.
- Amparo directo 253/98. José Gregorio Luna González. 22 de enero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Sara Judith Montalvo Trejo. Secretario: Luis Alberto Ibarra Navarrete. Primer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. Registro No. 193925. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. IX, Mayo de 1999. Página: 988. Tesis: X.1o.17 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.
- Amparo directo 530/2009. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Efraín García Dueñas. 24 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Leticia Araceli López Espíndola. Registro No. 165509, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXI, Enero de 2010, Página: 2151, Tesis: I.4o.C.210 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.
- Amparo directo 37/93. Segundo Tribunal Colegiado Del Cuarto Circuito. Héctor Fernando Guevara Samaniego. 10 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: José M. Quintanilla Vega. Registro No. 216318, Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Se-

- manario Judicial de la Federación*, XI, Mayo de 1993, Página: 305, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.
- Amparo en revisión 241/90. Segundo Tribunal Colegiado Del Decimo Primer Circuito. Juan Aguilera Soto. 9 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Enrique Castillo Morales. Secretario: José Gutiérrez Verduzco. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VII, Marzo de 1991; Pág. 217. Registro No. 223460.
- Amparo civil directo 2404/25. Tercera Sala. Moats Wallace P. 28 de abril de 1931. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan José Sánchez. La publicación no menciona el nombre del ponente. [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo XXXI; Pág. 2555. Registro No. 363983.
- Amparo civil directo 489/31. Tercera sala. Pérez Félix. 18 de noviembre de 1931. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo XXXIII; Pág. 2428. Observaciones. Nota: Los artículos 101 y 102 a que se refiere esta tesis, corresponden a los actuales 27 y 30 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, respectivamente. Registro No. 363503
- Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil, generalidades. Derecho de la empresa, sociedades*, México, Porrúa, 1989.
- Bloch, Marc, *Apología para la historia o el oficio del historiador*, edición anotada por Étienne Bloch, 2a. ed., traducción de María Jiménez y Danielle Zaslavsky, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Castrillon Luna, Víctor M., *Tratado de Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 2008.
- Código Civil Federal, 1928, México.
- Código de Comercio, 1889, México.
- Contradicción de Tesis 233/2009. Pleno. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 10 de mayo de 2010. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Luis María Aguilar Morales. Secretario: Óscar Palomo Carrasco. El Tribunal Pleno el doce de julio en curso, aprobó, con el número XXXVI/2010, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a doce de julio de dos mil diez. *Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia, ya que no resuelve el tema de la contradicción*

planteada. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Agosto de 2010; Pág. 245. Registro No. 163927.

Gutiérrez García, Cándida y Martí García, María Teresa, “Los negocios jurídicos por intermediario en Indias: «La Comenda»”, *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Murcia, t. IX, vol. III, 1996, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-B0230302340 (fecha de consulta: 15 de septiembre de 2023).

Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 15a. ed., México, Porrúa, 2003. p. 994.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, 2a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, t. IV.

León Tovar, Soyla H., “La Asociación en Participación y otras figuras jurídicas afines”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XX, núm. 58, enero-abril de 1987. P. 7, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2315/2572> (fecha de consulta: 15 de septiembre de 2023).

Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil, introducción y conceptos fundamentales de sociedades*, 19a. ed., Porrúa, 1979.

Petrelli, Luca, “L’agricoltura quale esercizio diretto o indiretto del diritto di proprietà o di altri diritti reali nel codice del 1865”, *La Codificazione nell’Italia Postunitaria 1865-2015*, Atti del workshop Camerino, 29 ottobre 2015 a cura di Rocco Favale e Carlotta Latini, Università degli Studi di Camerino, Scuola di Giurisprudenza, Dottorato di Ricerca In Legal and Social Sciences, Camerino, 2016, p. 71 disponible en: https://afg.unicam.it/sites/afg.unicam.it/files/QUADERNI_2_2016_1.pdf (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023).

Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Empresas mercantiles. Marco jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023.

Ley General de Sociedades Mercantiles, 1934, México.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, 1932, México.

- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en: http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=reportar (fecha de consulta: 14 de junio de 2011).
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 8a. ed., México, Porrúa, 1969. T. I
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, 7a. ed. revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo, México, Porrúa, 2001.
- Salinas Martínez, Arturo, “Las sociedades mercantiles en el Código de Comercio de 1889”, *Centenario del Código de Comercio*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
- The Free Dictionary by Farlex*, disponible en: <http://es.thefreedictionary.com/ganancia> (fecha de consulta: 11 de junio de 2011).
- Verucchi, Marco, *Il diritto commerciale nel sistema privatistico ottocentesco. La teoria dei modelli di scambio e circolazione della ricchezza*, Tesi dottorato storia del Diritto, Università degli Studi di Firenze, 2011, disponible en: <https://flore.unifi.it/retrieve/e398c378-c234-179a-e053-3705fe0a4cff/Verrucchi.pdf> (fecha de consulta: 16 de septiembre de 2023).
- Vivante, César, *Derecho mercantil*, traducción, prologa y notas por Francisco Blasco Constans, Madrid, La España Moderna, Edición facsimilar del original publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. (Se sabe que la traducción de esta obra se realizó entre los años 1928 y 1929, y que la publicación del Tribunal Superior de Justicia se fechó en el invierno de 2002-2003).
- Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civil Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

La digitalización del dólar americano y su impacto en los distintos países

The Digitization of the American Dollar and its Impact in Different Countries

Roberto **Sanromán Aranda**

 <https://orcid.org/0000-0002-0682-6343>

Universidad Autónoma del Estado de México, del CU UAEM Valle de México. México
Correo electrónico: r_sanroman31@hotmail.com

Resumen: La aparición de la moneda fue un gran avance para los intercambios de bienes y trabajos, representando una realidad de gran utilidad para los países de todo el mundo. Parece complicado asignarle un valor a un papel, billete o una moneda metálica que represente el coste que se les puede dar a las cosas. Sin embargo, la historia nos ha demostrado que es imperante dicha necesidad cambiaria. El dinero ha tenido grandes modificaciones y se ha adaptado a las necesidades de los países. Ante tal acontecimiento aparece la moneda digital y las llamadas criptomonedas. Hay que distinguir entre la digitalización de la moneda que se maneja por medios tecnológicos y es respaldada por una autoridad financiera central, y las criptomonedas, que se rigen bajo un algoritmo matemático, y no cuentan con dicho respaldo, representando una especie muy particular que se desarrolla por distintos medios.

Palabras claves: Digitalización, moneda, dólar americano, impacto.

Abstract: It must be remembered that when currency appeared as a means of exchange, it was a great advance for the exchange of goods and jobs, since it has represented a very useful reality for countries around the world. It seems complicated to assign a value to a paper bill or a metallic coin that means the value that can be given to things, however, history has shown us that this exchange rate need prevails. Money has undergone great changes and has adapted to the needs of countries. In response to this event, digital currency and the so-called cryptocurrencies appear. We must distinguish between the digitization of currency that is managed by technological means and is supported by a central financial authority and cryptocurrencies that are governed by a mathematical algorithm, which is not supported by a central financial authority. Which may be a very particular species that are development through technological means.

Keywords: Digitization, currency, US dollar, impact.

Sumario: I. *Introducción*, II. *Antecedentes del valor de la moneda en el contexto internacional y nacional*, III. *Bibliografía*.

I. Introducción

Los cambios que han existido a lo largo de la historia, debido a las guerras, toma de decisiones políticas, y fluctuaciones en las inversiones en las casas de bolsa, han sido un factor importante en el desarrollo de los países. La actualidad tecnológica ha cambiado la forma de pensar de las personas y de los gobiernos. Prueba de ello es la intención de crear un dólar digital, denominado criptomoneda, que responda a las necesidades actuales de mercado internacional, de cambio y medio rápido para adquirir bienes y servicios en un mundo globalizado. Estados Unidos, como un país desarrollado, no se queda atrás de dicho proyecto, compitiendo con países como China, que ya cuenta con una moneda digital. Lo que se pretende con este artículo es crear conciencia del impacto que tendría la digitalización de la moneda en los Estados Unidos e incluso en otros países, y lo complejo que es que las naciones funcionen con las criptomonedas, situación que influiría en los mercados internacionales, así como en su aceptación y reconocimiento para llevar a cabo dicha intención.

II. Antecedentes del valor de la moneda en el contexto internacional y nacional

A través de la historia han surgido un sinnúmero de acontecimientos en los que tanto la moneda como sus instituciones han tenido una influencia de trascendencia global. Un ejemplo de esto es el valor que puede representar el capital frente a una situación mundial. A partir del acuerdo de Bretton Woods, después de la segunda guerra mundial, que pretendió que los países se fondearan financieramente para reconstruir Europa, se afirma que:

“Hace setenta y cinco años, delegados de 44 naciones se reunieron en el apartado Mount Washington Hotel en Bretton Woods, New Hampshire. Su misión, en palabras de Henry Morgenthau Jr., secretario del Tesoro de Estados Unidos, era diseñar acciones concretas para

establecer las bases económicas de una paz sustentada sobre una genuina cooperación internacional. La conferencia de Bretton Woods inició las instituciones que ahora conocemos como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Grupo Banco Mundial.” (Van Trotsenburg, 2019)

El propósito de dicha conferencia era dar certidumbre a la fluctuación de la moneda. Por consiguiente, los cambios que sufrió la economía a nivel internacional tuvieron afectaciones en los mercados financieros de modo importante. Un aspecto a resaltar es que: “se acordó como punto principal el establecer un tipo de cambio fijo y ajustable por el gobierno nacional, de acuerdo a intervenciones directas del Estado en el mercado financiero para evitar grandes fluctuaciones de la moneda nacional respecto al dólar estadounidense, el cual se convertiría en el patrón de referencia y convertibilidad a oro¹ de las demás monedas involucradas en el comercio internacional.” (Rojas, p. 1)

Como resultado del Bretton Woods se obtuvieron diversas instituciones financieras y comerciales, cuyos impactos se manifiestan en la participación y cooperación de la comunidad internacional en distintos aspectos. De ello resultó también el parámetro establecido por el dólar americano y el euro frente a otros países.

“Cualquier reforma fundamental que se quiera realizar en las instituciones financieras y comerciales (FMI, BM y OMC) será decidida por los principales poderes económicos, los Estados Unidos, Europa, Japón y quizá China. De la misma forma, las reformas realizadas por los estados líderes influirán en las que efectúen otras organizaciones globales y regionales. Esta misma tendencia experimentarán los países en desarrollo, de tal suerte que las reformas planteadas en sus países y regiones dependerán de que las naciones que hoy tienen el poder estén dispuestas a adoptar un sistema más democrático y flexible”. (Arenas, 2007, p. 173)

La moneda llega a tener un valor en función de muchas causas: decisiones políticas, económicas, por los bienes y servicios que los cuantifiquen, entre otras. Lo que puede representar una razón objeti-

¹ Pues en ese entonces y hasta 1971, el patrón oro, o el respaldo que hacía que cualquier moneda nacional valiera en el mundo, era su carácter de convertibilidad hacia dicho metal precioso. Después de ello se tomó la decisión de “respaldoarlo con la cantidad de bienes producidos por un país y su reconocimiento internacional”

va y subjetiva sin ningún respaldo real. Por lo mismo parece increíble que los países, a través de sus instituciones financieras, le den un valor que en muchos casos es irreal.

La oferta y demanda de los bienes y servicios pueden ser determinantes de su valor, y en la medida que muchas personas quieran pagar gran cantidad de recursos iguales el valor del dinero a pagar será mayor. Por el contrario, si existen pocas personas que quieran comprarlo el precio será menor. El dinero tendrá aceptación y será candidato a intercambio, en función de la confianza que una esfera social deposite en él. Tomemos el caso de la revolución mexicana, en la que Carranza emitió billetes para costear el movimiento armado: “sin embargo, las facciones villista y zapatista tomaron las mismas medidas, por lo que la credibilidad en los distintos billetes y el constante rechazo a los provenientes de las facciones enemigas colapsaron al sistema de pagos” (Segovia, 2023). La inestabilidad social, económica o política de una sociedad, puede dar pauta para la fijación del valor de su moneda.

Como ya se ha mencionado, el dinero ha sido sujeto de cambios en distintas épocas y en todos los países en los que ha contribuido de forma activa al intercambio económico. Por consiguiente, considero de interés decir que hay que ser objetivos en su aceptación e intercambio, dado a que esto influye positivamente en los mercados internacionales y en las sociedades modernas para lograr un mejor desarrollo económico, social, político, entre otros aspectos.

De conformidad con lo mencionado, es fundamental que el dinero cumpla con determinadas funciones, dotándolo de mayor utilidad y aceptación en la sociedad y en la vida económica de un país. A mayor detalle:

1. Funciones del dinero

Medio de pago o de cambio: cuando usted va a una tienda y compra un par de zapatos, el empleado de la tienda le entrega los zapatos que usted ha escogido y usted le entrega a cambio el dinero que cuestan. Esta es la función primordial del dinero: facilitar el intercambio por tratarse de un bien convencional de aceptación general y garantizado por el estado.

Depósito de valor: el intercambio se divide en dos partes. Por un lado, los individuos efectúan operaciones de venta (cambian bienes y servicios por dinero), mientras que, por el otro, efectúan operaciones de compra (dinero por servicios o mercancías). Esto implica una desagregación del cambio no solo material, sino también temporal. Es decir, el individuo que ha obtenido dinero posee un poder adquisitivo que podrá materializar en el momento que estime oportuno en el futuro.

Unidad de cuenta o de cambio: el dinero expresa en determinadas unidades los valores (precios) que ya poseen las cosas, facilitando hacer los cálculos económicos.

Patrón de pagos diferidos: cuando las personas celebran contratos que requieren pagos futuros, especifican que los mismos se realizarán en términos monetarios. Las deudas se expresan en términos de dinero. (¿Cuáles son las funciones del dinero?, 2002)

Como se ha mencionado, el dinero ha cumplido distintas funciones, por lo que es importante aplicarlo a las conocidas criptomonedas y las monedas digitales. En esa medida será entendida su aceptación en la sociedad, de tal forma que pueda ser respaldado y permitir un mejor desarrollo para los países miembros de una comunidad internacional, en la que los mercados deben tener una armonía en su desarrollo, así como gozar del intercambio de los bienes y servicios.

Por otra parte, hay que considerar que la tecnología ha permitido dar una gran evolución al dinero en virtud de que adquiere mayor relevancia en la vida de las personas, siendo una herramienta mediante la cual se realizan infinidad de transacciones reflejadas por una representación digital, permitiendo afirmar que es posible ser virtualmente rico, pero realmente pobre. Es decir, se puede tener millones de pesos, de dólares o de criptomonedas reflejados en una computadora, y perderlo todo en cuestión de segundos por la intromisión de un cracker o por un mal negocio, entre muchas causas más.

De conformidad con todo lo anterior, es conveniente mencionar que el dinero debe tener bases sólidas para que su intercambio sea sano y refleje un avance en los países que lo utilizan en sus distintas representaciones de acuerdo con su historia, su cultura, economía y mercados financieros, por mencionar algunos. Aunado a lo anterior, la creación de bases monetarias permite aumentar los activos del banco central. Hay diversas formas de hacerlo:

- a) Aumentando la cantidad de oro y divisas que posee el banco central.
- b) Aumentando el número de créditos que el banco central otorga a los bancos comerciales que necesitan liquidez. Existen varios tipos de interés dependiendo de la dificultad que tenga el banco comercial para financiarse en otros mercados.
- c) Comprando deuda pública mediante operaciones de mercado abierto.
- d) Aumentando los créditos que el banco central realiza al sector público.

Frente a la forma oficial de crear el dinero, existe otra manera que podríamos denominar “virtual”. Esta es el procedimiento por el cual los bancos comerciales también generan activo. Como saben, la actividad principal del sector bancario es la venta de dinero, así como el marcaje del precio por el tipo de interés.

Los bancos centrales fijan el coeficiente de reservas, que no es sino el porcentaje de dinero que, basado en los depósitos. El banco ha de tener en efectivo para satisfacer las necesidades de sus clientes. Es decir, si una entidad bancaria tiene un coeficiente de reservas del 10% y todos sus depósitos acumulan mil euros, esta entidad se verá obligada a tener siempre cien euros en efectivo. Cuanto menor sea este coeficiente, más dinero podrá prestar el banco. El fenómeno de creación de dinero bancario se conoce como “expansión múltiple de los depósitos bancarios”. (BBVA, 2023)

Dicha representación del dinero puede ser fijada caprichosamente o sin ningún respaldo, de ello resulta lo intangible y abstracto que puede aparecer el valor del dinero. A una obra de arte se le puede fijar su precio por valor estimativo o según su oferta y demanda, esto es dependiendo si se está en una época en que las personas invierten en ellas, en lugar invertir en otra cosa.

Es importante hacer la distinción entre una moneda digital y una criptomoneda, ya que se ha pensado que son lo mismo. Sin embargo, tienen diferencias que, a mayor detalle, se afirma:

Criptomonedas: son un medio de pago que se caracteriza por ser descentralizado, es decir, no necesitan pasar por el control de ninguna institución financiera para aprobar su valor. Uno de sus grandes peligros

es el hecho de que, al no contar con la validación de ninguna autoridad financiera, su valor es sumamente volátil. Criptomonedas más conocidas: Bitcoin, Ethereum, Tether, Binance Coin y Cardano.

Monedas Digitales: una moneda digital es considerada como una denominación de la moneda de curso legal, cuyo valor y confianza provienen de la depositada en el Banco Central que la emite y respalda. A este medio de pago digital se le conoce como Moneda Digital de Banco Central (MDBC) (Castilla, 2022).

Además de la fuente anterior, a mayor, se dice:

“Criptomoneda: es un medio de pago que se caracteriza por ser descentralizada, es decir, que no necesita pasar por el control de ninguna institución financiera para validar su valor, pero al mismo tiempo este mismo valor no se encuentra respaldado por ninguna autoridad del sector financiero.

La moneda digital, o pago digital, también es conocida como Central Bank Digital Currency (CBDC), que en español se traduce como Moneda Digital de Banco Central (MDBC).

De acuerdo con el documento del Banco de México (Banxico), titulado Estrategia de Pagos del Banco de México, actualmente se considera la creación de una MDBC, cuya principal motivación está determinada por las siguientes necesidades:

- A) Mayor adopción de pagos electrónicos por la población.
- B) Surgimiento de nuevos esquemas de negocio basados en pagos electrónicos.
- C) Mayor uso de pagos electrónicos por parte de entidades gubernamentales.
- D) Absorción de operaciones realizadas por otros medios de pago. (CONDUSEF, 2022)

Ante los cambios vertiginosos de las formas de representación del dinero en las economías de los países, debemos reconocer que ha sido un hecho patente a nivel mundial, además de los avances tecnológicos. No cabe duda que las noticias vuelan, sobre todo por la tecnología que de alguna manera da rapidez a los medios informativos y muy particularmente a la creación del dólar digital, que se cree tendrá grandes aspectos positivos. En un inicio, se ha pensado que es poco factible, sin embargo: “el gobierno del presidente Joe Biden se acerca a la creación de una moneda digital del banco central, conocida como

dólar digital, que dice fortalecerá el papel de Estados Unidos como líder en el sistema financiero mundial [...] Eswar Prasad, profesor de comercio en la Universidad Cornell, quien estudia la digitalización de monedas, dijo que el informe del Tesoro «adopta una posición positiva sobre cómo un dólar digital podría tener un papel útil para aumentar las opciones de pagos para individuos y negocios», al tiempo que reconoció los riesgos de su desarrollo». (El Financiero, 2022)

El interés de emitir un dólar digital por EE. UU. va en crecimiento, por lo que se pretende no quedar atrás en el mercado financiero internacional. Con dicha moneda digital se avanzará en relación con otros países como China, que ya cuenta con su moneda digital. A mayor detalle, al digitalizar una moneda también se pretende estar a la par, o por lo menos no dormirse en sus laureles con las denominadas criptomonedas que se aplican en un contexto internacional: “Tras las idas y venidas, la Reserva Federal estadounidense (FED) lanzará junto al grupo de instituciones financieras, tales como Citigroup, HSBC, Mastercard, entre otras, un dólar digital. Este lanzamiento será una prueba piloto de 12 semanas que contará con tecnología blockchain” (Más cerca de su dólar digital, 2022). Deben buscarse mecanismos de protección y aceptación generalizada al momento de operar la digitalización de la moneda, tales como seguridad en su posesión, un intercambio seguro, aceptabilidad en la adquisición bienes y servicios, un valor justo de conformidad con la oferta y demanda -es decir, fuera de una especulación subjetiva, que puedan ocasionarle un valor desproporcional con respecto a una economía en los mercados cambiarios internacionales- que tenga un respaldo real por el país que la emite, competitividad con respecto a otras criptomonedas en su intercambio, un reconocimiento por todos los países que conviven en la comunidad internacional, entre otras.

Sin duda el *blockchain* será un medio para el desarrollo de la moneda digitalizada que le dará protección y facilidad en las operaciones de cambio, ya que esta tecnología funciona como una cadena de bloques que se van generando parte por parte conforme se vayan aceptando y alimentando, y que a su vez se validan por todos los participantes, ya que en la medida que uno no lo haga no prosperará dicha cadena.

Las monedas basadas en la tecnología *blockchain* también han experimentado un importante auge en los últimos tres años en países como Estados Unidos, Brasil o Alemania. En España, el 16% de los encuestados afirmaba usar o poseer criptomonedas en 2021/2022, frente al 10% de 2018/2019. En cambio, en México (12%), uno de los dos países latinoamericanos recogidos en el gráfico, el porcentaje se mantiene invariable, y en China llega incluso a disminuir un punto porcentual. (Mena, 2022)

Como toda criptomoneda, es recomendable que sea poseída y manejada por el dueño sin que existan intermediarios que puedan hacer un uso indebido en su operación y posesión. En esa medida quedarán protegidos los dueños de la criptomoneda, tratándose del dólar americano.

Se ha afirmado que la transmisibilidad del dólar digital se llevará a cabo con seguridad y factibilidad a mayor abundamiento, y que de alguna manera podrá competir con otras criptomonedas. Además:

dijo Treat, un dólar digital operaría como efectivo, en el sentido de que toda la información necesaria para verificar que se ha realizado una transacción existe dentro del *token* almacenado en una billetera digital. Cuando se realiza un pago, esa información se codifica en el propio *token*, lo que hace que esa información sea un elemento permanente del *token* [...] (Gaver, 2021)

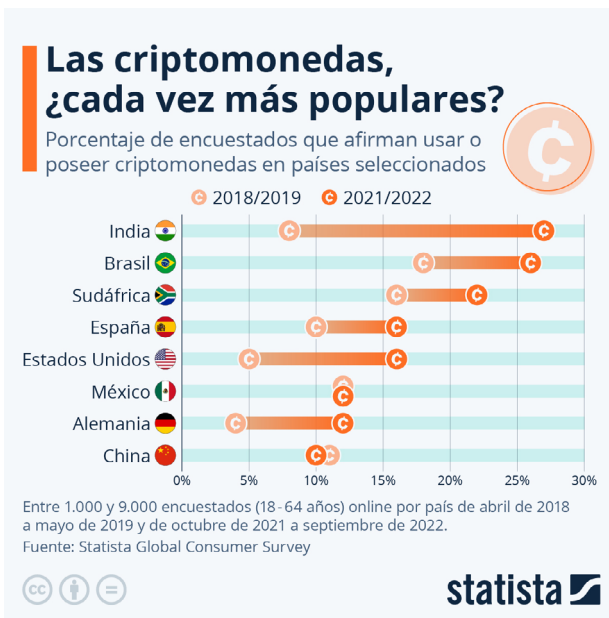
Así como existen aspectos positivos para la digitalización de la moneda, también hay preocupaciones que afirman que puede ser de beneficio para una persona pero afectar a otras. Dicho de otra forma: “si el dólar reemplazara a la moneda local como medio de cambio preferido, podría dañar el poder adquisitivo de las personas que dependen de él y dañar la capacidad del banco central local para administrar su propia oferta monetaria” (Garver, 2021). Como se mencionará más adelante, la utilización de las monedas digitales y las criptomonedas a nivel internacional puede influir en las economías de los países que manejen monedas de modo local, ya que las fluctuaciones conseguirían ser mucho más rápidas, situación de la que habrá que tener cuidado para no afectar a dichas economías en sus mercados.

La digitalización de una moneda puede traer la facilidad a las operaciones crediticias, ya que su entrega sería virtual, lo que constitu-

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2022.22.18828>

ye un medio fácil de realizar. Sin embargo, en medida que no existan fraudes por medio de la tecnología, tendrían más seguridad en las operaciones realizadas a través de ésta. Las nuevas generaciones están cada vez más acostumbradas al uso de ésta, es su *modus vivendi*, por lo que sin duda las personas nos iremos acostumbrando a dichos cambios. Es cada vez menos frecuente que las personas acudan a las instituciones bancarias para llevar a cabo sus operaciones crediticias debido a que todo lo hacen desde sus aplicaciones móviles, lo que de alguna manera también influye en el ágil movimiento de las criptomonedas.

A pesar de todos los esfuerzos que se han realizado por la aceptación de la digitalización de la moneda, y todavía más de las criptomonedas, no ha sido cosa fácil. Los países se han resistido ante dicho acontecimiento. Situación que debe ser superada con el tiempo en busca de un mayor beneficio de las naciones y su población, quien la utiliza como se puede apreciar en la siguiente gráfica:



(Mena, 2022)

Las ventajas y desventajas presentes en las monedas digitales se hacen palpables en el desarrollo de los avances tecnológicos, cuyas repercusiones abarcan distintos aspectos inherentes a las sociedades, tales como los económicos, culturales, jurídicos, políticos, entre otros. La aceptación paulatina de dichas ventajas y desventajas se señala a continuación:

Ventajas del dinero digital

- Más práctico. Con el dinero digital te olvidas de cargar dinero físico en los bolsillos.
- Más seguro. En el caso de las monedas digitales, puedes establecer un código para tus transacciones de modo que no pueda ser robado, desviado o perdido.
- Confidencial. Puedes mantener en reserva tus transacciones.
- Menos costos adicionales. Una moneda digital no tiene que imprimirse, almacenarse en un lugar físico o transportarse.
- Evita actividades ilegales. El dinero digital es fácil de rastrear porque deja una “huella” y eso dificulta delitos como la corrupción o la evasión de impuestos.

Desventajas del dinero digital

- Ataques cibernéticos. Los ataques cibernéticos realizados por hackers son uno de los riesgos latentes del dinero digital. A estos ataques se le suman las eventuales fallas informáticas que pueden ocurrir.
- Dificulta labor de bancos centrales. La labor monetaria de los bancos centrales se vería dificultada al no poder calcular la masa de las monedas digitales que usan las personas.
- Sin legislación. El dinero virtual, al ser creada y emitida por privados, carece de una legislación que las regule frente a eventuales nuevos delitos electrónicos.
- Sin acceso. Muchas personas aún no tienen acceso a este método de pago. (BBVA, 2023)

Al emitirse una moneda digital con respaldo de la Banca Central, se daría mayor seguridad al público en general, a diferencia de una

moneda emitida por la iniciativa privada, que ha representado un mayor riesgo por no tener un apoyo de la banca central y que se encuentra a disposición de la oferta y demanda, así como sujeta a un mayor número de especulaciones. Por lo que la idea de una moneda digitalizada que se encuentra ya muy avanzada en los Estados Unidos es cada vez más aceptada por otros países, lo que de algún modo permite un alcance globalizador. No es posible estar aislados de una realidad tecnológica que ha sido aceptada por casi todo el mundo, con mayor penetración en los países desarrollados que en los que se encuentran en vías de desarrollo, quienes no cuentan con recursos para su implementación o para la capacitación en su utilización. Todavía existen regiones donde no llega la tecnología, motivo por el cual se continúan usando la moneda metálica y el billete físico. Sin embargo, es una necesidad imperiosa la existencia del dinero digital, dada la agilización en las transacciones y la reducción de costos en su manejo, entre otras ventajas que ya se han mencionado.

Considero interesante mencionar que existe una moneda digital emitida por la banca privada, que de algún modo tiene representación con el dólar americano. Hay que tener presente que la economía internacional está dolarizada, ya que esta unidad se usa mundialmente en muchas operaciones digitales. Según opiniones, dicha situación puede ser de utilidad para los Estados Unidos, a mayor detalle:

el pago de bienes y servicios se realiza mediante *stablecoins* u otros activos digitales; se trata de representaciones monetarias de una moneda legal emitida por un actor privado. Más del 95% de estos *stablecoins* están denominados en dólares.² En consecuencia, son un instrumento de la dominación monetaria de Estados Unidos y forman parte de su política [...] para Estados Unidos, el desarrollo y el crecimiento del uso de *stablecoins* denominadas en dólares sirve para reforzar, consolidar e incluso fortalecer el uso del dólar como moneda mundial para el comercio internacional o nacional y como moneda de reserva, y, por lo tanto, establece aún más la supremacía monetaria estadounidense. Desde este punto de vista, los emisores de *stablecoins* en dólares pueden compararse a «sustitutos» del *Federal Reserve Board*, como las milicias privadas pueden serlo de los ejércitos

² Los *stablecoins* en dólares representan aproximadamente 140,000 millones de dólares de capitalización bursátil, frente a 5000 millones de dólares en *stablecoins* denominados en euros.

nacionales. Estos emisores privados desempeñan un papel de precursores en la digitalización del dinero. (Vauplane, 2023)

Existe un interés importante por parte de los Estados Unidos para digitalizar la moneda de un modo seguro y cuidadoso frente a los mercados internacionales. Además de esto, al respecto:

[...] indicó la funcionaria. La subsecretaria de finanzas internas para el Departamento del Tesoro de EE. UU., Nellie Liang, ha informado que el gobierno federal de este país está acelerando sus investigaciones sobre la posible emisión de un dólar digital [...] Liang resaltó que una moneda digital de banco central (CBDC) para EE. UU tendría beneficios claros. «Podría usarse como un activo de respaldo para las monedas estables, lo que podría facilitar la transferencia de valor entre las CBDC además de respaldar una mayor interoperabilidad y elección». La funcionaria también mencionó los riesgos potenciales de lanzar un dólar digital a nivel minorista, lo que podría dejarlo vulnerable a posibles corridas del mercado que resulten desestabilizadoras [...] (El Cronista, 2023).

Sin duda, la digitalización del dólar americano está en su máximo análisis, ya que para EE. UU representará una oportunidad de seguir expandiendo su poderío económico, y poder así competir con los países en el contexto internacional. Ciertamente, la digitalización de las economías ha sido un común denominador, ya que aunque la moneda no haya sido digitalizada, muchas expresiones, así como diversos intercambios de bienes y servicios que se llevan a cabo en todo el mundo, sí. Que los productos se cobren en dólar y que el pago se realice por medio digital, significa un dominio de una moneda en particular. Así como el dólar, puede ser cualquier otra moneda.

La integridad financiera también sufriría. Sin medidas sólidas de lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, los *criptoactivos* pueden ser utilizados para lavar dinero obtenido por medios ilícitos, financiar el terrorismo y evadir impuestos. Esto podría presentar riesgos para el sistema financiero de un país, su balance fiscal y sus relaciones con países extranjeros y sus correspondientes bancos. (Tobías, 2021)

“Dinero digital emitido en forma de pasivo del banco central. Las empresas privadas también están ampliando fronteras, con dinero que puede enviarse a teléfonos móviles, popular en África Oriental y China, y con monedas estables, cuyo valor depende de la seguridad y la liquidez de los activos que las garantizan” (Tobías, 2021). No solo se trata de comercializar la moneda en un mercado determinado, como puede ser el caso de la digitalización de la moneda y las llamadas criptomonedas, sino abrir fronteras en el intercambio de bienes y servicios, al igual que del mercado de divisas. “Los países pueden ir aún más lejos y aprobar leyes que fomenten el uso de *criptoactivos* como moneda nacional, es decir, como unidad monetaria oficial (en la que pueden expresarse las obligaciones monetarias) y forma de pago obligatoria en las compras diarias” (Tobías, 2021). “Y los cambios en el estatus de moneda de curso legal y la unidad monetaria de un país suelen exigir modificaciones complejas y amplias a la legislación monetaria para evitar crear un sistema legal desarticulado” (Tobías, 2021). Será mucho más fácil penetrar en los mercados internacionales con moneda digital que con las monedas tradicionales. Ello podrá impactar positivamente en el contexto internacional, sin embargo, como ya se ha mencionado, se debe tener cuidado con las economías tradicionales, donde manejan la moneda metálica y el papel billete, debido a que su entrada en los mercados financieros internacionales es más difícil.

La digitalización del dólar americano no es una preocupación tan importante como su aplicación transfronteriza, incluso se afirma: “es muy importante para nosotros participar en el establecimiento de estándares en las transacciones transfronterizas”, dijo al Comité de Servicios Financieros de la Cámara de Representantes en mayo de 2022. “Nuestra capacidad para definir esos estándares dependerá de si tenemos o no una oferta digital” (El Financiero, 2023)

El manejo del dólar digital no debe ser la preocupación principal para un país —ya que se aplica en un mercado minorista—, sino el mercado mayorista que implica mover el dinero a través de la tecnología de una máquina para impactar los mercados de divisas internacionales e influir notablemente el movimiento de los bienes y servicios de todo el mundo. Si la moneda digital cumple las funciones que tiene el dinero en un contexto internacional, será candidata a una mayor

aceptación, siempre y cuando se encuentre respaldada por la casa de moneda de un gobierno determinado:

entre los esfuerzos para acelerar los pagos internacionales está Project Bridge, un experimento que involucra al Banco Popular de China y los bancos centrales de Hong Kong, los Emiratos Árabes Unidos y Tailandia. Este proyecto, el más avanzado de su tipo, está ensayando formas de manejar transferencias y transacciones de divisas en múltiples monedas digitalizadas (El Financiero, 2023).

El dólar americano digital, al igual que cualquier otra moneda digital que tenga respaldo por sus respectivos países, impactará positivamente, siempre y cuando su función como dinero sea aceptado y respete las soberanías de los países con relación a los mercados de divisas y de bienes y servicios de todo el mundo. “Una forma de facilitar las transacciones mayoristas sería «tokenizar» los dólares que los bancos comerciales tienen depositados en el banco central, convirtiéndolos en paquetes digitales al estilo Bitcoin, pero sin el anonimato” (El Financiero, 2023)

A través de la historia, nos damos cuenta de cómo el dinero se va ajustando a las épocas y a las sociedades. No debemos quedar obsoletos ante los acontecimientos que ocurren en todo el mundo, como son el caso de la digitalización de los mercados en los países, ya que comprenden un cambio que se va alineado con los nuevos tiempos y las necesidades de las naciones en el contexto internacional. De alguna manera se trata de una reingeniería seguida por distintos países para lograr su desarrollo ante los cambios volátiles de los mercados financieros, así como para su aplicación en el intercambio de bienes y servicios, y para la satisfacción de las necesidades de la sociedad en una época moderna que requiere dichos cambios y avances.

De acuerdo con todo lo anterior se puede concluir:

- Los cambios que ha tenido el dinero a través del tiempo han obligado a las civilizaciones a adaptarse de conformidad con sus necesidades y sus circunstancias. La vertiginosidad que tiene el dinero ha penetrado rápidamente en los países para el intercambio de los bienes y servicios y el movimiento de sus economías,

impactado en el orden social, político, cultural, jurídico, económico, propiamente por mencionar algunos.

- La digitalización del dólar americano es una necesidad de actualidad, pues dará pauta para competir con las monedas digitales e incluso las criptomonedas. Hay que distinguir entre la digitalización de la moneda, que se maneja por medios tecnológicos y es respaldada por una autoridad financiera central, y las criptomonedas, que se rigen bajo un algoritmo matemático, y no cuentan con dicho respaldo, representando una especie muy particular que se desarrolla por distintos medios.
- El apoyo en la digitalización del dólar americano de la Banca Central es un indicio de la seguridad y confianza que tendrá dicha moneda al incursionar en los mercados como un medio de cambio entre la población.
- La digitalización de la moneda ha sido aceptada por la sociedad como medio de pago, permitiendo su aplicación en diversas operaciones.
- Las monedas digitales deben estar respaldadas por sus respectivos gobiernos, y también deben ser utilizadas de manera mayorista, para que exista un mayor impacto en todas las fronteras. Es decir, en la medida en que cumplan su función como dinero y sean reconocidas por la mayoría de los países, lograrán penetrar en los mercados internacionales. Los países cuya moneda se maneja de modo tradicional, deben guardar precauciones
- Como se ha visto en el contexto internacional, tanto la moneda digital como las criptomonedas no ha sido del todo aceptadas. Sin embargo, cada vez se tiene mayor confianza en ambas, sobre todo en las primeras.
- El dólar americano digital, al igual que cualquier otra moneda digital que tenga respaldo por sus respectivos países, impactará positivamente, siempre y cuando su función como dinero sea aceptado y respete las soberanías de los países con relación a los mercados de divisas y de bienes y servicios de todo el mundo.
- México no se queda atrás ante los cambios que ha tenido el dinero con relación a su digitalización, al nacimiento del llamado dinero digital y las criptomonedas. Sin embargo, otros países en desarrollo van con mayores cambios y adopciones a dichas monedas digitales. Por tal motivo debemos estar preparados, ya que

- no podemos quedar aislados en economías que tienen poco movimiento comercial.
- Siempre debe existir una reingeniería en la forma de vida de las personas, en especial en todo aquello que afecta su vida económica, jurídica, cultural, política, tecnológica, social, por mencionar algunos campos.
 - Los gobiernos deben aceptar que los tiempos cambian y las generaciones son distintas, pues de ello resulta importante no retroceder en las políticas que lleven a cabo, ya que se debe recordar que distintas disciplinas como la economía, el derecho, la medicina, el comercio, entre otras, son progresivas y dinámicas.
 - Los mercados comerciales ya son internacionales y todo ello implica un constante movimiento de divisas, dinero digital y de criptomonedas en los países que, en mayor o menor medida, dependen del desarrollo en el que se encuentren. Ello implica la modernidad y la actualidad.
 - Los cambios son buenos, siempre y cuando se tengan bases sólidas para que no se quebranten reglas necesarias para su buen desarrollo.
 - El derecho, la economía, la medicina, la administración, entre otras disciplinas, son necesarias para que el ser humano se desarrolle y logre sus fines existenciales. Por ello debe tener profesionistas preparados en las distintas áreas de conocimiento y buscar una armonía y aplicación en todas ellas. Es necesario concientizar a la población de lo importante que es contar con una economía sana, un comercio leal y transparente, una normativa jurídica justa, una medicina humana y actual una administración correcta, pues de ello dependerá un desarrollo ejemplar para los países y el logro de bienestar general y bien común para los integrantes de la sociedad.

III. Bibliografía

Arellano Rosales, R. (2007). Breve repaso de la muerte de Bretton Woods y las condiciones para una nueva arquitectura financiera mundial. *Contribuciones desde Coatepec* (13). <https://www.re-dalyc.org/pdf/281/28101307.pdf>

- BBVA (2023). Cómo crean el dinero los bancos centrales. <https://www.bbva.com/es/como-se-crea-el-dinero-2/>
- BBVA (2023). Dinero digital, ventajas y desventajas. <https://www.bbva.pe/blog/mis-finanzas/ahorro/dinero-digital-ventajas-y-desventajas.html>
- Castilla, F. (2022). Conoce la diferencia entre criptomonedas y las monedas digitales. *Hablemos de dinero*. <https://hablemosdedinero.com.mx/nota/conoce-la-diferencia-entre-criptomonedas-y-las-monedas-digitales>
- CONDUSEF. Criptomonedas o monedas digitales, ¿cuál es la diferencia? <https://revista.condusef.gob.mx/2022/07/criptomonedas-o-monedas-digitales-cual-e>
- De Vauplane, H. (2023). El dólar digital y la estabilidad de la supremacía estadounidense. <https://legrandcontinent.eu/es/2023/03/14/el-dolar-digital-y-la-estabilidad-de-la-supremacia-estadounidense/>
- El Cronista (2023). ¿Se viene el dólar digital? El Tesoro de los EE. UU. está debatiendo su emisión. <https://www.cronista.com/espana/criptomonedas-es/se-viene-el-dolar-digital-el-tesoro-de-los-ee-uu-esta-debatiendo-su-emision/>
- El Financiero (2022). Agencias de EU ‘aprueban’ la creación del dólar digital. Estados Unidos busca mantener su papel como ‘líder’ del sistema financiero mundial con una ‘moneda digital’. <https://www.elfinanciero.com.mx/mundo/2022/09/16/agencias-de-eu-aprueba-la-creacion-del-dolar-digital/>
- El Financiero (2023). Dólar digital: para bancos y gobiernos, no para ti. Ensayan con transacciones transfronterizas las 24 horas del día, los 365 días del año. <https://www.elfinanciero.com.mx/bloomberg-businessweek/2023/09/04/dolar-digital-para-bancos-y-gobiernos-no-para-ti/>
- ¿Cuáles son las funciones del dinero? *GestioPolis.com*. <https://www.gestiopolis.com/cuales-son-las-funciones-del-dinero/>
- Más cerca de su dólar digital: cómo es el plan de la Fed para lanzar su propia criptomoneda. IproUP. <https://www.iproup.com/innovacion/36002-dolar-digital-como-es-el-plan-cripto-de-estados-unidos>
- Mena Roa, M. (2022). La adopción de las criptomonedas en el mundo. *Statista*. <https://es.statista.com/grafico/18425/adopcion-de-las-criptomonedas-en-el-mundo/>

- Mena, Roa, M. (2022). La adopción de las criptomonedas en el mundo [Infografía]. *Statista*. <https://es.statista.com/grafico/18425/adopcion-de-las-criptomonedas-en-el-mundo/>
- Rhoda Weeks-Brown, T. A. (2021). ¿Criptoactivos como moneda nacional? Un paso demasiado grande. *IMF Blog*. <https://www.imf.org/es/Blogs/Articles/2021/07/26/blog-cryptoassets-as-national-currency-a-step-too-far>
- Rob, G. (2021). Estados Unidos considera lanzar “dólar digital”: los pros y los contras. *Voz de América*. https://www.vozdeamerica.com/a/economia-finanzas_estados-unidos-considera-lanzar-dolar-digital-pros-contra/6074339.html
- Rojas Navarrete, G. Los acuerdos de Bretton Woods. <https://www.tierraadentro.cultura.gob.mx/los-acuerdos-de-bretton-woods/>
- Segovia, P. (2023). *La historia del fracaso de un billete nacional en la revolución*. <https://relatosehistorias.mx/nuestras-historias/la-historia-del-fracaso-de-un-billete-nacional-en-la-revolucion>
- Van Trotsenburg, A. (2019). Bretton Woods: 75 años de solidaridad con América Latina y el Caribe. <https://www.bancomundial.org/es/news/opinion/2019/07/15/bretton-woods-75>

El derecho de autor frente a las nuevas tecnologías en Cuba

The Copyright Against the New Technologies in Cuba

Reynaldo Manuel Tarrago Ayra

 <https://orcid.org/0000-0001-6480-6474>

Departamento Penal y Empresarial, Universidad de Oriente de Cuba. Cuba
Correo electrónico: rtarrago@uo.edu.cu

Resumen: El presente demuestra la concepción del derecho de autor como dinamizador del desarrollo tecnológico en Cuba, y se parte de los cambios ocurridos en el país con el perfeccionamiento de los Lineamientos de la Política del Partido, y la Agenda del Plan Nacional de Desarrollo Económico Social hasta el 2030.

Palabras claves: Derecho de autor, tecnología.

Abstract: The present demonstrates the conception of copyright as a catalyst for technological development in Cuba and is based on the changes that have taken place in the country with the improvement of the Party Policy Guidelines and the National Social Economic Development Plan Agenda until 2030.

Keywords: Copyright, technology.

Sumario: I. Breve introducción sobre derecho de autor. II. Relación derecho de autor y tecnología. III. Reflexiones finales. IV. Bibliografía.

I. Breve introducción sobre derecho de autor

Podemos decir que cuando el hombre dominó el fuego hace 400,000 años, dio el primer salto tecnológico que le garantizaría luz y calor, cocer el barro y transformar la materia. Después lo animaría el deseo de caminar más rápido, de legar más lejos, volar más alto, entonces comenzó a inventar.

El hacha paleolítica, la rueda, la imprenta y la computadora son contribuciones al progreso humano y responden a la necesidad del

hombre de superar sus limitaciones naturales, de satisfacer sus deseos siempre presentes, de mejorar su situación existencial como individuo y como colectividad.

Tecnología es el conocimiento sistemático de los procesos de la industria y su aplicación, la relación entre la ciencia y la técnica; es la respuesta del hombre a los obstáculos que cada etapa de su historia y la naturaleza le plantea. Es por eso que tecnología y desarrollo están estrechamente vinculados.

Antes del invento de la imprenta, la mayoría de los inventos se perdieron en el tiempo. Una vez inventada por los chinos y rescatada por Gutenberg, en 1438 permitió editar libros y asentar datos para la historia y junto con la brújula y la pólvora se convirtió en uno de los aportes más importantes de su época. A partir de entonces lo mejor del ingenio humano se puso al alcance de muchos, surgiendo la necesidad de proteger a los creadores de las diferentes obras originales, cualquiera que esta sea, a través del derecho, surgiendo así el derecho de autor, de manera que derecho de autor y tecnología están históricamente vinculados.

Con este trabajo pretendemos poner al descubierto alguno de los problemas que plantea el desarrollo tecnológico a esta rama del derecho y su influencia en el mismo como parte de la superestructura de la sociedad.

II. Relación derecho de autor y tecnología

La lucha de contrarios, entre lo nuevo y lo viejo, es la fuente y el contenido intrínseco de todo desarrollo. El desarrollo implica siempre contradicciones, y sólo su eliminación asegura el movimiento progresivo.

La unidad y lucha de contrarios es la fuente del desarrollo. El desarrollo es imposible sin contradicciones y la superación de las mismas. Esta lucha entre lo que nace y lo que muere es la ley objetiva del desarrollo, es el contenido interno del proceso del desarrollo, y este se realiza siempre poniendo de relieve las contradicciones inherentes a los objetos y fenómenos.

Lo nuevo no puede conciliarse con lo viejo que traba su desarrollo y combate contra lo que lo frena y triunfa y asegura el progreso. Cuando lo nuevo triunfa no desecha todo lo viejo, sino que acoge lo bueno,

lo nuevo evoluciona, cambia, envejece y de motor se convierte en traba y así sucesivamente.

El derecho y las relaciones jurídicas no son más que el reflejo de las condiciones económicas de la sociedad. El contenido del derecho está en función de las relaciones económicas, de la base económica de la sociedad. La base es el conjunto de las relaciones de producción que corresponden a un estadio determinado del desarrollo de las fuerzas productivas.

La superestructura está constituida por las instituciones políticas y jurídicas y por determinadas formas de conciencia social que corresponden a la base dada. La base no es inmutable, se modifica, tiene carácter económico y la superestructura pone al servicio de la sociedad las ideas políticas, jurídicas, estéticas, etcétera, y refleja los cambios acaecidos en el nivel de desarrollo de las fuerzas productivas, no de manera inmediata, sino a continuación y por medio de esos cambios. Por la influencia de la superestructura en la base, la acelera o modera el desarrollo social.

Desde el surgimiento del derecho de autor, este está vinculado estrechamente con la cultura y los avances tecnológicos. Para que se efectúe un desarrollo cultural es importante tener una industria de derecho de autor con una economía sana que permita una importación y exportación del producto protegido, que va a permitir además enriquecer las culturas nacionales.

Con una legislación adecuada de derecho de autor, incluyendo los derechos conexos, resulta más fácil para los autores y los titulares de los derechos sobre las obras desarrollar su trabajo en las industrias del derecho de autor a escala nacional y no ir al extranjero, apoyando de esta forma la cultura nacional, que tan importante resulta para la identidad de cada nación, además de posibilitar la participación internacional en convenios que posibilite el intercambio cultural internacional. La falta de una legislación nacional adecuada dificulta e incluso hace imposible la cooperación e intercambio entre los países, que verían sus obras desprotegidas a merced de terceros, perdiendo el control de sus contribuciones, lo que perjudicaría el fisco de cada país y, por lo tanto, el desarrollo general del mismo.

En esta rama del derecho los intereses económicos son enormes, al entrar el producto creado en el comercio: intereses de autores, intérpretes o ejecutantes, productores e incluso consumidores, y co-

rresponde lograr al legislador el equilibrio adecuado entre ellos. Los factores que determinan y contribuyen a que estos derechos adquieran ese valor económico pueden ser:

- Los derechos exclusivos.
- Aplicación y observancia eficaz de ellos.
- La limitación de esos derechos.
- La duración de esos derechos.
- La cobertura internacional de los derechos.
- El avance tecnológico.

Este último es el que nos ocupa, y este avance tecnológico afecta fundamentalmente los derechos patrimoniales porque: proporcionan nuevas formas de explotación de las obras; aparecen solicitudes de nuevos derechos (digitalización y limitaciones); permiten un más fácil acceso a las obras y la utilización masiva de estos y con una mayor calidad.

El impacto económico de la legislación del derecho de autor radica en el resultado de las denominadas industrias de derecho de autor, la cual cada día adquiere en los países mayor importancia.

Las industrias de derecho de autor “son las que participan en la fabricación o producción de bienes o servicios a los que se aplica la legislación del derecho de autor”¹ las cuales dependen directamente de su legislación.

Cuando se habla de industrias de derecho de autor debemos pensar en miles de millones de dólares, no obstante resulta difícil el calcular su importe por la naturaleza de su contenido, que son activos intangibles que adquieren valor cuando entran en explotación, además de existir diferentes formas de cálculos; inversión que hay que proteger para poder obtener las ganancias y que no resulten pérdidas que a la larga perjudiquen el desarrollo social del país.

En varios países se han realizado estudios de mercado que tienen las industrias de derecho de autor y conexos dentro de la economía

¹ Olson, Henry, “La importancia económica y cultural del derecho de autor”, *Nun Novo Mundo do direito de autor? Il Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direito Conexos*, t. I, Lisboa, 1994, p. 60.

nacional. Aquí no se incluye, por la fecha, una de las principales cuestiones que es el avance tecnológico.²

Cuando se habla de industrias de derecho de autor, debe recordarse que el valor total del mercado mundial de la industria audiovisual se calcula en unos 290,000 millones de dólares estadounidenses.³

En estudios recientes en la Comunidad Europea se ha comprobado, que el sector audiovisual ha conocido durante los últimos años una tasa de crecimiento del 6% anual en términos reales, que siguen manteniéndose y en términos más generales, la contribución de las actividades protegidas por los derechos de autor y afines supondría entre el 3% y el 5% del producto interno bruto de la Comunidad.⁴

En nuestro país, la gestión para tramitar el cobro y el pago de los derechos de nuestros compositores por la reproducción y difusión de su obra, tanto en el ámbito nacional como internacional, lo realiza la ACDAM (Agencia Cubana de Derecho de Autor Musical). Hasta inicio del siglo XXI los resultados eran pobres, en el orden nacional la recaudación apenas pasaba los 868,000 pesos (MN) y el internacional 1,900 dólares. Ya en 2008 se notó un incremento en la captación al alcanzar más de 15 millones de pesos en el país y 269,000 dólares. Para que se tenga una idea del peso económico de esa actividad, debe saberse que la recaudación en el mundo asciende a 6000 millones de dólares anuales.

La importancia de una regulación adecuada de los derechos de autor y conexos ante los avances tecnológicos se reafirma cada vez más cuando analizamos algunas cifras que nos darán una idea de la dimensión de los ingresos que están dejando de percibir autores, editores, artistas, intérpretes, productores de fonogramas y videograma con el hábito de la copia privada. Algunos estudios cifran en 26,000 millones el número de fotocopias realizadas anualmente en España, con una pérdida económica de no menos de 45,000 millones de pesetas anuales.

² Olson, Henry, "La importancia económica y cultural del Derecho de Autor" en el II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Libro *Nun Novo Mundo do direito de Autor?* Lisboa, Editorial COSMOS, 1994, p. 64.

³ *Ibidem*, p. 63.

⁴ Libro Verde sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la información; Bruselas, 19/7/1995, COM (95) 382, final, p. 12.

El impacto tecnológico sacó al derecho de autor de la posición secundaria en que se le situaba por afectar a un grupo reducido de personas. Entre ellas, escritores, dramaturgos, compositores, artistas plásticos, cuyas actividades se reconocían como vitales, pero que se desarrollaban en áreas económicamente restringidas, la cultura, la educación, la información y el espectáculo, sin incidencia en la formación de las riquezas nacionales.

La innovación tecnológica ha generado, paradójicamente, no solo la posibilidad de nuevos tipos de actividad económica, sino que al mismo tiempo ha facilitado los medios a través de los cuales el resultado del esfuerzo de una persona puede ser objeto de un uso indebido. De esta manera, la creciente importancia de las industrias y personas que necesitan protección. En materia de derecho de autor, contra el uso indebido de sus productos, particularmente su reproducción, ha hecho que se presione para la modernización de los sistemas existentes en cuanto a la protección de la propiedad intelectual. La evolución del derecho de autor y los derechos conexos puede resumirse en una serie de reacciones y adaptaciones del entorno jurídico a los cambios técnicos. El régimen actual es producto de una reflexión y una experiencia adquirida en un entorno tecnológico basado en técnica analógica.

La problemática jurídica en torno al programa de computación se planteó en las últimas décadas, una vez que la secuencia de instrucciones dirigidas a un sistema informático se separó de la máquina, operación realizada por la IBM por cuestiones comerciales. Convirtiéndose de esta forma, el programa de ordenador, en un bien intelectual autónomo con sus propias características. Antes de esa separación, los programas de computación se relacionaban con la manipulación de la máquina, por lo que el productor del programa se amparaba en la propiedad industrial, como pieza que formaba parte de un equipo o a través del secreto. Cláusulas de confidencialidad contenidas en contratos o convenios.

A la separación del software se unió la facilidad de copiado de programas contenidos en soportes magnéticos, cuya reproducción se hacía en minutos. A esto se une además la aparición y difusión de computadoras personales, que utilizan software estándares, cuyas copias no autorizadas circulan impunemente. Al software lo conforman elementos ocultos, estructuras internas del programa no legibles por el

ser humano, sino a través de las máquinas y que constituyen el código objeto. Estos elementos ocultos forman parte de la expresión creativa y son susceptibles de plagio. Además, la función final que utiliza el usuario del programa de computación es el programa de aplicación, pero este requiere de un soft preexistente que constituye el ambiente bajo el cual opera la aplicación. A los efectos de evitar confusiones al intérprete de la ley, consideramos que resulta necesario aclarar expresamente que la protección se extiende a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador. Y así lo recoge la Directiva europea de 1991 y en la Decisión Andina 351, donde se plantea que la tutela comprende tanto a los programas operativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto. En nuestro país en este sentido la ley es omisa, siendo necesario regular este aspecto, pues se ha alcanzado un cierto desarrollo en la producción del software en Cuba.

Los sistemas de información automatizados dependen de los llamados bancos o bases de datos, es decir, de colecciones o compilaciones de información en forma de textos o registros. Sus elementos pueden ser obras protegidas o un acervo de información clasificada u organizada de forma sistemática. Cuando se trata de una base electrónica, ello implica una organización informática, un sistema de manejo de base de datos, un diseño de la base y de su estructura, así como la selección e instrumentación del soft que permite operarlo, es decir, que presupone la existencia de un programa informático protegido como obra originaria, diseñado para almacenar, clasificar y seleccionar la información y que goza de protección en el marco de los derechos de autor. Esta base de datos tiene muchas ventajas en relación con el material impreso, como son:

- Todo el material disponible de un material determinado puede almacenarse en una sola base.
- Se puede buscar fácilmente en una misma fuente con diversidad de temas uno en específico.
- Se ofrece la información a gran velocidad y a grandes distancias, por su capacidad de almacenamiento y posibilidades de selección se garantiza su éxito comercial.

No obstante, desde el punto de vista del derecho de autor, las bases de datos presentan dificultades en tres órdenes de cosas:

- 1) Surge el tema de sí, la incorporación en bases de datos de obras protegidas total o parcialmente constituye un acto sometido a limitaciones desde el punto de vista de derechos de autor.
- 2) Se plantea la duda de si la recuperación de la información almacenada constituye un acto de restricción con arreglo a la legislación autoral.
- 3) Necesidad de una protección adecuada de la recopilación de datos.

En el ámbito de los derechos morales, tales bases podrían lesionar, por una parte, el derecho de paternidad cuando se omitiera el nombre del autor(es) de las obras compiladas, comentadas o resumidas y, por otra parte, si las modificaciones, adaptaciones o resúmenes desvirtuaran la obra original mediante transformaciones o supresiones, se afectaría el decoro de la creación primigenia o la reputación de las personas protegidas por la ley.

En cuanto a los derechos patrimoniales, tienen las siguientes incidencias:

- 1) Respecto al derecho de reproducción, la sola introducción de las obras en la memoria de la máquina implica su fijación en un soporte material y, en consecuencia, una modalidad de uso sometida a autorización previa.
- 2) La salida de la información contenida en la base de datos a través de impresora constituye un acto de reproducción exclusivo del autor.
- 3) La puesta a disposición al público de los ejemplares contentivos de la información almacenada constituye un acto de distribución exclusivo del autor.
- 4) El acceso por el público a las bases de datos por medio de pantalla constituye un acto de comunicación pública sometida en consecuencia a la autorización de los autores de las obras así comunicadas.
- 5) La adaptación o transformación de las obras originarias para su incorporación a las bases de datos es un acto de modificación, lo que igualmente constituye una potestad de sus respectivos autores.

Por lo tanto, se hace necesario en nuestro país definir legalmente con sumo cuidado estos aspectos.

Los avances tecnológicos han dado a la luz una serie de creaciones sobre las cuales aún no existen criterios de protección totalmente establecidos dentro del seno de la comunidad internacional, dada su reciente aparición, la naturaleza y en encuadramiento jurídico de la protección es objeto de largas discusiones, análisis y controversias; estas nuevas creaciones son:

- 1) *Obras creadas por el computador*: La premisa fundamental en este tipo de obra es que un computador por sí mismo no puede crearlas y, por tanto, siempre acepta la participación creativa del ser humano. Se reconocen las contribuciones de quienes realizaron los programas utilizados como herramientas para crear dichas obras, así como aquellas contribuciones de quienes realizaron los preparativos técnicos para su realización final. En este sentido, la Ley del Reino Unido y otras legislaciones a tono con la normativa internacional estipulan que cuando una obra literaria, dramática, musical o artística haya sido generada mediante un computador, se considerará que el actor es la persona que realizó los preparativos para obtenerla.
- 2) *Circuitos integrados*: Este tipo de elemento, también conocido como *Chip*, se refiere a componentes que realizan funciones electrónicas. Son circuitos electrónicos miniaturizados que contienen como partes fundamentales un control de lógica, un codificador de instrucciones y un circuito de procesamiento aritmético. En este caso sólo es materia de protección el esquema de trazado del circuito, independientemente de si dicho esquema esté fijado a no a un Chip, es decir, que la protección va dirigida a aspectos que conciernen a su diseño y no a aquello relacionado con su fabricación material.
- 3) *Sistemas de inteligencia artificial*: Los sistemas de expertos son los más importantes dentro de estos, pues poseen en su memoria conocimientos especializados en determinado campo que les permiten no sólo responder a las preguntas y resolver problemas, sino también explicar la lógica de las soluciones dadas y medios que se ha utilizado para llegar a ellos. En este tipo se plantea la problemática en cuanto a la protección, planteándose dos co-

rrientes, una que sostiene que estos sistemas de expertos son una categoría completa y concreta de programa de computador y debería otorgársele una protección especial, y otra que sostiene que es una combinación de base de datos y programa de computación por lo que compartirían la protección que concede el derecho de autor.

- 4) *Las multimedia*: Técnicamente, se trata de computadoras que tienen CD, bocinas, micrófonos y son capaces de mostrar imágenes y trabajar con sonido, es un sistema interactivo que permite captar y combinar en único soporte lógico y un solo lenguaje de signos, expresiones de imágenes, colores, palabras y sonidos. Puede operar con obras preexistentes o en movimiento, en dos o tres dimensiones, lo cual tiene implicaciones en cuanto a los derechos de adaptación, traducción y transformación que comprende el derecho de autor. Es nuestra opinión que, perjudicada por su novedad, la obra multimedia ha sufrido un tratamiento inadecuado. La multimedia para los teóricos del derecho de autor constituye la más reciente posibilidad de evolución tecnológica, lo que no permite aún que la doctrina y mucho menos la legislación tenga opiniones y criterios comunes y definidos de cómo debe ser su tratamiento a la luz del derecho de autor. La tecnología multimedia se ha querido asimilar a los programas de ordenador, pero no tienen con ellos ningún parecido en cuanto a su desarrollo creativo y propósito funcional. Tampoco es una base de datos, aunque necesariamente contenga una base de datos en el sentido de la informática. No puede clasificarse como una obra audiovisual, ni tampoco como una creación literaria, plástica o musical.

La tecnología digital es otro avance tecnológico que de una forma u otra repercute en el derecho de autor. Es un medio tecnológico mediante el cual los datos se registran de forma procesable por un computador, de manera que se garanticen reproducciones casi idénticas, sin defectos de fidelidad, a una impresionante velocidad y con una masa enorme de información, siendo un sistema muy económico. A esta tecnología digital se une el avance en las telecomunicaciones, lo que hace accesible a toda la información por medios inalámbricos o de conductores físicos como la fibra óptica. La globalización de la información.

Esta nueva tecnología influye en las distintas categorías de obras en su utilización:

- Obras escritas: libros, folletos y cualquier tipo de obras expresadas mediante letras, signos o marcas convencionales pueden ser incorporadas en archivos de textos, produciéndose una reproducción electrónica de comprobado éxito en la industria editorial en cuanto a calidad. Esto puede crear un aumento del desempleo en las editoriales y paralizar las mismas.
- *Obras musicales o sin letras*: pueden ser grabadas y mezcladas en un pequeño soporte digital, permitiendo una nítida y fiel reproducción y un casi total desplazamiento de los soportes analógicos. Ha permitido remasterizar una gran parte del catálogo fonográfico mundial realizando una reproducción digital con óptica láser, permitiendo el disfrute de dichas obras, incluso sincronizándose con imágenes, dando lugar a los videoclips. El fonograma por sus propias características es susceptible ante los avances cada vez mayores de la tecnología, siendo el más vulnerable. Es un producto que el público aficionado tiene y lo utiliza constantemente, que reproduce una y otra vez y su calidad es la misma, siendo siempre original y *no copia* y los equipos de grabación pueden llegar a tener bajo costo. En la época del Convenio de Roma y de Ginebra la ejecución pública y la radiodifusión se consideraban usos primarios y el fonograma secundario, al aparecer la tecnología digital (transmisión por cable y fibra óptica) lo cual permite operar con cientos de canales, generando un intercambio público-programación enorme y además aumentando extraordinariamente la cantidad del sonido, ya tenemos que pensar de manera diferente en el *uso primario del fonograma*.

En este punto del problema, entonces ¿cómo van a ser remunerados los que participan en el proceso de fijación?; desaparece prácticamente el soporte y, por lo tanto, su venta, ¿cómo retribuir al artista y al productor?, la tecnología digital ofrece tantas posibilidades a veces inimaginables de utilización y explotación que ¿cómo podríamos remunerar equitativamente a los sujetos de estos derechos conexos ante tal variedad y ante la gran inversión que debían realizar los productores de fonogramas? Ante esta situación, entonces habría que aumentar el nivel de protección, y es por ello que se crean dos comi-

tés de expertos de la OMPI que realizaron los estudios pertinentes, dando lugar a dos propuestas de nuevos tratados sobre el asunto, uno sobre derechos de autor y el otro para los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.

— *Obras cinematográficas y demás obras audiovisuales*: expresadas por cualquier procedimiento son digitalizadas y comercializadas al público a través de la red con anuncio de una progresiva desaparición de alquiler de videocasetes.

El advenimiento de la tecnología digital no ha dejado de plantear problemas al determinar lo que es obra y quién es el autor de las mismas formas de expresión que se logran por medio de la digitalización. En cuanto a lo primero ya hemos dicho algo y referente a lo segundo, se plantea el problema de que las producciones antes mencionadas se realizan por un sinnúmero de colaboradores, lo que hace difícil o imposible identificar los aportes realizados por cada uno de ellos, además de que un buen número de estas obras es creado bajo la relación de empleo donde se destaca el conflicto entre el autor empleado y el empleador, siendo este último el titular de los derechos patrimoniales.

La tecnología digital ha permitido el desarrollo masivo de las bases de datos y los CD-ROM. Desde un principio, el acercamiento de las bases de datos al derecho de autor en demanda de la protección otorgada por este sistema puso de manifiesto dudas sobre la idoneidad del mismo para una tutela suficiente, no ya de la creación expresada por medio de esa base, sino de las inversiones asociadas a la misma. Hay que tener presente que esas producciones suponen una inversión cuantiosa en recursos humanos, técnicos y económicos. Inversión muy necesaria desde el punto de vista político, tomando en cuenta que las bases de datos son un instrumento de gran valor para el desarrollo del mercado de la información y de gran utilidad en muchas actividades, tales como la meteorología, defensa, investigación científica, etcétera.

Entre estas actividades además debemos destacar, y porque interesa a este trabajo, la que se pone de manifiesto en la tendencia siempre creciente de utilización de obras protegidas, almacenadas en forma digital y que están disponibles en cualquier momento por el usuario mediante conexión a distancia.

Hay que tener mucho cuidado con esta situación, ya que el contenido de esas bases de datos puede estar, y en muchas ocasiones así

es, vinculado con intereses muy relevantes, tales como los de seguridad nacional, la libertad de información. La educación, la investigación científica, etcétera, lo cual requiere de un tratamiento particular a las inversiones realizadas por la propiedad intelectual.

Esas innovaciones han motivado la inquietud acerca de en qué medida la información por medios digitales podrá sustituir al libro convencional y si el estado actual de las legislaciones autorales permite garantizar a los autores y demás titulares de derechos intelectuales una participación adecuada en la explotación de obras y otras producciones tuteladas, porque será más barato, en un futuro, la suscripción a una base de datos que la adquisición permanente de los ejemplares impresos de las obras.

Las mezclas de diferentes grabaciones sonoras pueden ser objeto de verdaderas producciones fonográficas ilícitas, que además de lesionar los derechos morales y patrimoniales de los autores o intérpretes, afectan gravemente los intereses de la industria fonográfica, convirtiéndose en un delito de piratería sujeta a sanciones.

La tecnología digital está operando en el campo de la música y el fonograma mediante los procesos de codificación de señales analógicas o grabaciones de ese carácter, efectuadas en su día y almacenadas en “masters” en posesión de los productores discográficos. Estas máquinas codificadoras permiten fácilmente el retoque, la manipulación y la inserción de determinados elementos sonoros, en tiempo real. Todo este adelanto lleva a una progresiva desmaterialización del soporte o la necesidad de redefinir, desde el punto de vista jurídico, conceptos tales como *publicación*, *comunicación pública*, *reproducción*, *distribución*, etcétera. Por ejemplo, en la publicación se utiliza la palabra “ejemplares” que incluía a los soportes, al desmaterializarse, es necesario que se incluya en la definición o regulación *otros medios o vías de acceso al público*; en el caso de la distribución, ya no sería poner *ejemplares* en el mercado, sino que existiría la distribución electrónica, sin desplazamiento físico del soporte y en el caso del alquiler y préstamo como forma de distribución habría que prohibir la copia de la fijación artística.

La tecnología digital está produciendo una internacionalización y globalización, pues la aparición de esta abre enormes posibilidades técnicas para el desarrollo del servicio audiovisual.

En la medida en que se aumentan los elementos susceptibles de transmisión se producen un conjunto de efectos técnicos y jurídicos, como son, entre los más importantes:

- 1) La revisión paulatina de conceptos en diversas áreas jurídicas, por ejemplo, en el orden probatorio y de contratos, ya muchas de las transmisiones se realizan a través de transmisiones digitales, sin que necesariamente la voluntad de las partes quede materializada en un soporte. En derecho laboral, a través de la figura del teletrabajo, que planteará la duda acerca de la existencia o de los derechos y obligaciones que forman parte de la relación de dependencia.
- 2) Los sonidos y las imágenes que se logran hacen que el público no necesite los soportes físicos que contienen las obras para su recepción, lo que estimulará la grabación privada, incluso la piratería.
- 3) En lo referente a la obra audiovisual aparecen los intereses jurídicamente tutelados de los autores, el productor de fonograma, cuando ostente derechos patrimoniales sobre la obra, los intérpretes y ejecutantes, el productor del fonograma utilizado en el filme o en la producción audiovisual.
- 4) Si se trata de programa contentivo de una competencia deportiva u otro espectáculo semejante, estarán en juego el derecho del organizador, el derecho del organismo que con el consentimiento del organizador del evento realiza la producción, el derecho de los atletas o competidores cuando la ley aplicable reconozca el derecho de arena. Adicionalmente, pueden concurrir en algunos casos otros intereses autorales o conexos, por ejemplo: las ceremonias de apertura y clausura de los juegos olímpicos, donde se ejecutan obras musicales, se emplean grabaciones sonoras y se interpretan o ejecutan presentaciones artísticas.
- 5) Si el programa contiene informaciones o sucesos, aparecen, por una parte, los derechos de los periodistas y, por otra, la de los organismos que realizan la producción.

Al aparecer las superautopistas de la información al combinarse la nueva tecnología con las comunicaciones, plantea al derecho de autor el problema de determinar el derecho aplicable en caso de con-

flicto, cosa que adquiere relevante importancia en las sociedades de la información por su carácter transfronterizo. En el caso de la radiodifusión vía satélite vemos un ejemplo, porque un solo acto de radiodifusión puede recibirse en varios territorios nacionales con diferentes normativas.

Internet es el modelo operante de la infraestructura global de la información y constituye una nueva forma de organización y explotación de medios y procedimientos de comunicación. Es un sistema mundial constituido por personas, información y computadoras. En el ámbito del derecho se está acuñando un término que recoge el abanico de problemas que se relacionan con la transgresión de las leyes a través de las redes y que se corresponden con el campo jurídico y ético, *el ciberdelito*, es decir, el delito que es cometido utilizando las ventajas que se dan en el ciberespacio.

Dentro de Internet, la explotación de contenidos a escala global amplía notablemente la posibilidad de ocurrencia de conflicto de leyes. Esto se debe a la distribución por medio de la red de obras protegidas por el derecho de autor que son usadas por una cantidad imprevisible de usuarios finales en distintos lugares. En este entorno, la ausencia de reglas acerca de la legislación aplicable puede transformar prácticamente en inejecutable los derechos que se pretenda asegurar a los interesados.

En general, los nuevos retos tanto de índole jurídico como cultural que se le plantean a esta rama del derecho ante la circulación de obras por una red son:

- Influencia en las tradicionales nociones de autor y obra.
- El estatuto de explotación de los autores y de los titulares de derechos conexos.
- En el derecho moral.
- En los acuerdos contractuales.
- Las limitaciones a las prerrogativas de los autores en el contexto digital de forma tal de preservar entre la sociedad, la tecnología y los autores un equilibrio de intereses.
- La armonización internacional de leyes para equiparar los niveles de protección. Este problema se plantea esencialmente en la globalización y la transfronterización que se da en las redes.

- La determinación del derecho aplicable ante la transfronterización de las redes, la nacionalidad de las obras y el lugar de origen.
- El nuevo papel de la gestión colectiva de los derechos.
- La protección de medios técnicos.

Uno de los problemas que más afectan al derecho de autor, a la luz de las nuevas tecnologías, es la *piratería*, considerada como la reproducción no autorizada de obras protegidas por derechos de autor y conexos con finalidades comerciales. Además, se consideran como tal, todas las operaciones comerciales relativas a dicha reproducción. La piratería incluye en este sentido el contrabando, esto es, la grabación no autorizada de actuaciones y comercialización posterior de esas copias. También se asocia frecuentemente con la usurpación, es decir, el uso no autorizado de una presentación comercial integral del producto en ocasión de su marca u otra indicación protegida.

La piratería afecta el exclusivo derecho de reproducción que tiene el autor, su obra y el del productor fonográfico sobre sus fonogramas, así como, el derecho que tienen, en determinados casos, los artistas, intérpretes o ejecutantes de impedir la reproducción sin su consentimiento de la fijación de su ejecución o interpretación. El pirata que reproduce una obra fonográfica, sin autorización de sus titulares y los vende, enriqueciéndose ilícitamente con ello, es peor que un ladrón que roba bienes materiales, ya que además de robar lo que es fruto de la creación y esfuerzo intelectual, este delincuente trabaja dentro de mafias verdaderas, que destruyen clandestinamente el sistema de circulación de bienes culturales, perjudicando directamente a creadores intelectuales, artistas intérpretes, a productores de fonogramas, al Estado y a toda la sociedad. La piratería agrava el desempleo, ya que la industria musical honesta baja considerablemente las ventas de sus fonogramas e inevitablemente debe reducir el personal que en ella labora, llegando incluso al cierre de las instalaciones. La piratería conlleva incluso a otros delitos (*pluralidad de acciones*) y otros agentes que cometen ilícitos (*pluralidad de agentes*) que ocasionan *pluralidad de daños*. En ella concurren: estafa, contrabando, defraudación de rentas de aduana, evasión de impuestos, uso ilegal de marcas, uso ilegal de logotipo, etcétera. La piratería abarca los procesos de fabricación, embalaje, exportación, importación, oferta de venta, alquiler, préstamo, la venta, etcétera.

Es necesario antes de continuar dejar claro un aspecto que es importante y es que hay que diferenciar la piratería, que en muchos países es considerada como un delito, de la reprografía ilegal. La utilización generalizada de las máquinas fotocopiadoras ha representado un desafío para los legisladores y para los titulares de derechos intelectuales y para los organismos que trabajan en la promoción y protección del derecho de autor. Si bien esta técnica representa un beneficio para el usuario, no lo es para el creador y el editor, para los cuales representa una seria amenaza. Por lo que corresponde al derecho de autor encontrar el justo equilibrio entre ambos intereses y que ninguno salga perjudicado.

La reprografía “consiste en hacer copias facsimilares, tangibles, perceptibles visualmente, de un original o de una copia de una obra, en cualquier tamaño y forma, por cualquier sistema o técnica”.⁵

Esta reprografía se vuelve ilícita cuando las obras que se reproducen son obras protegidas por el derecho de autor, y se realizan sin autorización de su titular o rebasando las limitaciones que ha establecido la ley.

Existen dos factores que han estimulado la reprografía y son:

- 1) Uno económico, que es la necesidad de acceso a la información y el costo de la obtención de esa información. Esta situación donde más se pone de manifiesto es el sector universitario. Es necesario que las editoriales universitarias y académicas y aquellas que producen obras científicas y técnicas diseñen políticas a fin de producir obras al alcance del público consumidor, a precios que se adapten al presupuesto del público en general.
- 2) Otro factor es la dependencia científico-técnica que históricamente ha tenido América Latina de los grandes centros productores de conocimiento. Definitivamente, las editoriales universitarias pueden cumplir un papel importante en la producción científica y tecnológica, ya que tienen un público formado por especialistas, docentes, estudiantes y un público consumidor por excelencia de esas publicaciones.

⁵ Lipszyc, Delia, *Derechos de Reproducción reprográfica en las Convenciones Internacionales y en las legislaciones nacionales en América Latina*, Santafé de Bogotá, Seminario Regional sobre reprografía en América Latina y el Caribe, 1995.

La reprografía ilegal trae consecuencias negativas tanto económicas como sociales y educativas. Pues por lo menos 300 mil millones de páginas de libros, periódicos y revistas se han fotocopiado en el mundo entero. Además, con la neurosis de la fotocopia se corre el riesgo de que se pierdan jornadas enteras de biblioteca para fotocopiar textos que posteriormente no serán leídos, y lo más lamentable de la reproducción ilegal es que se ha convertido en un hábito social. Aquí deberíamos preguntarnos si con esa práctica no se perdería o se está desestimando el hábito de lectura, la investigación y la transmisión fraccionada del conocimiento.

Todo este impacto del avance tecnológico ha obligado, como hemos dicho, a que internacionalmente se trate de buscar una protección en estos aspectos, no obstante constituye un reto para los países menos desarrollados y del tercer mundo estar a la altura de estas regulaciones, pues la normativa internacional siempre remite a las legislaciones nacionales y estos países siempre se verán presionados por las grandes transnacionales, monopolios y los países de la OMC.

Al multiplicar las posibilidades de creación, acceso, distribución, utilización, etcétera. La sociedad de la información multiplica las situaciones en las cuales las diferencias entre los derechos de los Estados pueden convertirse en trabas al intercambio de productor y servicios. Esto es así, pues con los avances tecnológicos la circulación de obras se hace cada vez más de manera inmaterial.

El carácter global y universal de los problemas que plantean los avances tecnológicos ha propiciado la discusión a escala internacional, con la participación activa de organismos internacionales especializados. Aparece entonces para 1993 una Ley Tipo de Derecho de Autor, donde se incluyen toda una serie de regulaciones acerca de los mismos conceptos que introducen los avances tecnológicos, tales como: se amplía el concepto de autor incluyendo al titular; se amplía el concepto de radiodifusión incluyendo la vía satélite, la transmisión por cable, etcétera; se amplía el concepto de obra colectiva, etcétera.

Se adoptan además los acuerdos ADPIC en 1993, donde se incluye todo lo referente a la Propiedad Intelectual, incluyendo la protección específica de los derechos conexos, los programas de ordenador, base de datos, etcétera.

Aun cuando las nuevas tecnologías plantean algunos problemas que deben resolver y que de hecho se hacen, los derechos de autor se

basan en principios claves, que estos cambios tecnológicos no lo afectan en su naturaleza, sino más bien en su interpretación.

En cuanto a los derechos conexos podemos asegurar que estos son el resultado de la evolución tecnológica y por ello ante estos avances se adopta el Convenio de Roma en 1961 que fue quedando atrás y en 1971 y 1974 se adoptan convenios conocidos como “Convenio Fonograma” y “Convenio Satélite” ampliando los derechos de los titulares y los conceptos de fonograma, radiodifusión, distribución por cable, etcétera.

Sin embargo, el avance de la ciencia y la técnica no se detiene, la OMPI con su Comité de Expertos no dejó de trabajar y en 1996 se adoptaron dos nuevos tratados, uno de Derecho de Autor y otro sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas, ambos tratados abarcan:

- 1) La aplicación del derecho de reproducción al almacenamiento de obras en sistemas digitales.
- 2) Las limitaciones y excepciones aplicables en el medio digital.
- 3) Las medidas tecnológicas de protección.
- 4) La información sobre la gestión de derechos.

Estos tratados tienen el gran avance de reconocer los servicios interactivos a diferencia de los anteriores.

Sin embargo, al tratar las medidas tecnológicas, si bien se avanza, no se agota el problema porque no prevé cómo limitar la posibilidad de abuso por parte del autor que aplicando una medida técnica ocasione daños a los usuarios sin prevenirlos, como por ejemplo no poder entrar a determinados archivos o borrarlos.

Cuando en el Tratado de la Interpretación y Ejecución de Fonogramas se reconoce el derecho de puesta a disposición como un nuevo derecho que surge por los avances tecnológicos (al poder hacerlo por medios inalámbricos o por cable desde cualquier lugar) no aclara cómo se realiza esa puesta a disposición, si por suscripción o por acceso directo, lo cual es necesario regular todavía porque este último perjudicaría los intereses legítimos de los titulares del derecho.

Este mismo tratado reconoce y regula lo relativo a interpretaciones, ejecuciones de artistas y productores de fonogramas, pero no lo hace de los videogramas en cuanto a la remuneración de los mismos, ni la puesta a disposición. En cuanto al derecho de reproducción de

los artistas, hay avances, pero no se aclara si esa protección también alcanza a las fijaciones parciales. En cuanto al derecho de alquiler, que es un derecho nuevo, se excluye al sector audiovisual, que es el que más lo utiliza.

Esta situación está muy presente en nuestro país, teniendo en cuenta que nuestra Ley Autoral es de 1977 y que en ella no se regulan otros derechos afines a los derechos de autor y muchos conceptos que hoy en día han ido modificándose internacionalmente y en otros países, en nuestro país no ha sucedido así, quedándose estancada nuestra legislación, no reconociéndose ampliamente algunos nuevos derechos, lo cual no estimula lo suficiente la creación intelectual y el desarrollo social.

Ante la situación que hemos visto en todo el trabajo y la desactualización de nuestra legislación, se trabaja en Cuba en un proyecto de ley que no protege sólo un derecho personal, sino que crea la plataforma legal para sustentar una sólida industria y economía nacionales en la esfera cultural, artística y científica sobre la base de nuestro sistema socialista. Para nuestro país, en este momento, la reinserción en el sistema multilateral de comercio, una adecuada legislación cultural potenciará sin dudas los ingresos por este concepto, a la vez que estimulará el enriquecimiento del patrimonio cultural de la nación.⁶

Este proyecto se hizo necesario además al ingresar Cuba en 1995 en la OMC que incluye los Acuerdos ADPIC y la entrada en vigor para nuestro país en 1997 del Convenio de Berna.

En el proyecto se evidencian novedades en relación con la Ley 14 actualmente en vigor. La más importante quizás es el principio de protección automática por el solo hecho de la creación. Se incorporan tres derechos especiales: derecho de participación; el derecho de acceso y el de remuneración compensatoria por copia privada; se incluyen los derechos conexos, se incorpora un título para las acciones civiles, administrativas y penales para evitar las violaciones a los derechos de autor; se incluye lo relativo al Registro Nacional de los Derechos de Autor; las funciones del CENDA; se incorpora el título sobre las entidades de gestión colectiva que garanticen la recaudación y distribución de los ingresos que es totalmente novedosa.

⁶ Documento de la Asamblea Nacional del Poder Popular "Fundamentos del Proyecto de Ley de Derecho de Autor".

Hasta ahora este proyecto tiene la necesaria flexibilidad para adaptarlo a las evoluciones de la sociedad sin que sea necesario introducir modificaciones a la ley que resulte aprobada.

Lo que queda entonces para nuestro país es la firma del Convenio de Roma y los nuevos tratados de la OMPI para estar a tono con todos los avances tecnológicos y la legislación internacional.

El VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, celebrado en abril de 2011, aprobó los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución. En ellos se declara, entre otros aspectos, dar continuidad a la política de ciencia y técnica y desarrollar las tecnologías en el país (Lineamiento 111); y actualizar los programas de formación e investigación en las universidades en función del desarrollo económico y social del país y de las nuevas tecnologías (Lineamiento 152).

La Agenda del Plan Nacional de Desarrollo Económico Social hasta el 2030, con énfasis en la educación de posgrado y cumplimiento de los objetivos No. 3,5,6 contentivos en: contribuir al desempeño de los profesionales de los sectores económicos de la sociedad, favorecer la formación permanente de los egresados; incrementar los resultados de la investigación-desarrollo y la gestión de la innovación, lograr impacto de los procesos universitarios integrados sobre el desarrollo económico y social, consolidan a la universidad como aliado estratégico de los gobiernos en materia de desarrollo local, así como incrementar las acciones de visibilidad de la universidad.

III. Reflexiones finales

Las nuevas tecnologías han influido decisivamente en el desarrollo actual del derecho de autor, posibilitando la creación de nuevas obras protegidas y facilitando la explotación y uso de las creaciones intelectuales.

Existen quienes plantean la muerte del derecho de autor a causa de las nuevas tecnologías, fundamentalmente la digital. Pero es conocido que toda innovación plantea dificultades y de ellas no está excluido el derecho de autor, de manera que no hay motivos para que esta rama del derecho desaparezca.

En la actualidad, el gran reto del derecho de autor es lograr la adaptación de sus normas al nuevo entorno tecnológico para lograr una efectiva protección a los titulares de derechos morales y patrimoniales y estimular e incentivar la creación intelectual.

Las nuevas tecnologías en el marco de los derechos de los creadores han acelerado la eliminación de las fronteras nacionales para abogar por una protección en el ámbito internacional. Lo que pone en evidencia la importancia que ha cobrado esta materia en el mundo.

Quedan cuestiones por resolver aún sobre todo con la actividad de vendedor de discos audiovisuales y musicales los que constituyen violaciones negativas al derecho de reproducción y el copyright; pues son copias piratas que inciden en la difusión y comercialización de obras de los autores y productores de fonogramas, los que ven laceados sus derechos.

Otra actividad que carece de seguridad jurídica es la actividad de programador de equipos de cómputo, en lo referente a la creación de software. Ya que no se regula la protección de todas aquellas personas que ejercen el trabajo por cuenta propia en dicha actividad, lo que incide en el inexistente registro y comercialización ineficaz del software.

Aunque la ley autoral cubana no incluye expresamente la protección a las nuevas obras creadas a la luz de las nuevas tecnologías ni las nuevas formas de explotación, la integración al Convenio de Berna y a la OMC y en especial a los acuerdos TRIP han propiciado que se lleve a cabo una modernización de conceptos y la introducción de nuevos derechos así como, una posible modificación de la ley autoral vigente para adaptarla a las nuevas condiciones.

IV. Bibliografía

- Antequera Perilli, Ricardo, “El Derecho de autor frente a la tecnología digital y la infraestructura global de la información”, *Curso Nacional de la OMPI sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos a la luz del nuevo escenario internacional*, La Habana, Cuba, 1996
- Colectivo de Autores, *Sistemas de conmutación digital*, 1995.
- Delgado Porras, Antonio, *Tecnología Digital y los Conceptos de Obra y Autor*, OMPI, 1995

- Delgado Porras, Antonio, *La protección jurídica de las bases de datos en la ley de transposición al derecho español de la Directiva 96-9*, Separata de la publicación editada por la Universidad Oberta de Cataluña sobre la jornada de Derecho de Autor, 3 de abril de 1998.
- Lipszyc, Delia, *Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Argentina, Ediciones UNESCO-CERLAC-ZAVALLIA, Buenos Aires, 1993.
- Millé, Antonio, *Interferencia de la tecnología digital en las normas para la protección del derecho de autor y los derechos conexos y la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales y la protección internacional*, Santafé de Bogotá, Colombia, Comité de expertos de América Latina, el Caribe y Canadá. Ediciones Unesco, 1996.
- Muller, Joao Carlos, “Los derechos intelectuales ante el desafío tecnológico. ¿Adaptación o cambio? (en los derechos Conexos)”, III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo 1997. Editado por OMPI, Ministerio de educación y Cultura, Consejo de derecho de Autor de Uruguay y IIDA, t. I, Brasil.
- Olson Suecia, Henry, *La importancia económica y cultural del derecho de autor*, II Congreso Iberoamericano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Lisboa, 1994, Editorial COSMOS, t. I.
- Rudomín, Isaac, *Las autopistas digitales desde el estrecho de Bening hasta las Tierras de Fuego: Las Américas y la infraestructura global de la información*, Simposio Mundial de la OMPI, 1995.
- Torres, Mónica, *Reprografía Ilegal*, La Habana, Documento del Seminario sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, 1997.
- Zapata López, Fernando, *Las nuevas tecnologías. Desafíos para el Derecho de Autor, Ponencia*, Santafé de Bogotá, Colombia, 1997.