

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

*Las acciones de las sociedades anónimas
como medio de compensación adicional
para sus altos empleados*

Ensayo de Derecho Mercantil Comparado

TESIS PROFESIONAL

que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

presenta

MISAELOCTAVIO ESTRELLA BLANCO

Ciudad Universitaria, D. F., 1969



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

***Las acciones de las sociedades anónimas como
medio de compensación adicional para sus
altos empleados***

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

*Las acciones de las sociedades anónimas
como medio de compensación adicional
para sus altos empleados*

Ensayo de Derecho Mercantil Comparado

TESIS PROFESIONAL

que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

presenta

MISAEI OCTAVIO ESTRELLA BLANCO

Ciudad Universitaria, D. F., 1969

INDICE

CAPITULO I

	Pág.
INTRODUCCION AL PROBLEMA	19
I. Origen de las opciones en Estados Unidos de América	21
A. Razón de su existencia	21
1. Punto de vista fiscal	21
2. Características de una opción otorgada al amparo de las reformas de 1950 y 1954 a la Ley del Impuesto sobre la Renta	24
B. Ejemplo de una opción al amparo de las reformas de 1950 y 1954 a la Ley del Impuesto sobre la Renta	25
C. Reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta en 1964	26
II. Estado actual de las opciones en Estados Unidos de América	30
III. Origen en México de las opciones	31

CAPITULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	33
I. Opción de Compraventa Americana	33
II. Intención de las partes al celebrar la opción	37
A. El empleado como parte de la empresa	37
B. Compensación adicional	38
C. Atracción y retención de empleados clave	39

CAPITULO III

	Pág.
ASPECTO NEGATIVO DE LAS OPCIONES	41
I. Como fuente de obligaciones	41
A. Consentimiento	42
B. Objeto	42
C. El fin o motivo	44
D. La forma	44
E. La lesión	45
F. La capacidad de las partes	48
II. Naturaleza del contrato y su clasificación	49
III. Análisis de problemas específicos	50
A. Las sociedades mexicanas tienen prohibido adquirir sus propias acciones	50
B. Restricción sobre la transferibilidad de las acciones	53
C. Ley Federal del Trabajo	56
D. Derecho Civil	59

CAPITULO IV

ASPECTOS POSITIVOS DE LAS OPCIONES: SOLUCION	61
I. Desvinculación de la operación de las acciones del contrato de trabajo	61
II. Una solución. Acciones de Tesorería	62
III. Otras soluciones	65
A. Usufructo de acciones	67
B. Fideicomiso de acciones	76
CONCLUSIONES	86
BIBLIOGRAFIA	89
Legislación	89
Jurisprudencia	90
Decisiones Americanas	90
Otras Referencias	90

*Esta tesis fue elaborada bajo la supervisión del licenciado
Jorge Barrera Graj, a quien agradezco su cooperación.*

*A mi padre, licenciado Juan Estrella Campos, con
profundo respeto y agradecimiento por la educación
que nos ha legado.*

A mi madre, in memoriam

*A mi hermana Marcia, en reconocimiento a su superación
académica en el renglón de la enseñanza en Estados
Unidos de América.*

*A mi maestro, el licenciado Fernando Vázquez Arminio,
quien me prestó ayuda teórica y práctica en la
elaboración de este ensayo.*

*Al licenciado Eduardo Vázquez Rodríguez, quien me
sugirió puntos importantes en la preparación de este
trabajo y que en general ha colaborado en el proceso
de mi maduración profesional*

*Al licenciado Jess N. Dalton, quien gentilmente me
ha dado facilidades para preparar esta tesis, incluyendo
el uso de su magnífica biblioteca.*

Capítulo I

INTRODUCCION AL PROBLEMA

Desde épocas inmemoriales se ha dado un fenómeno muy curioso: la legislación siempre se encuentra rezagada en relación a las prácticas comerciales.

Los romanos, desde los albores de su imperio, tuvieron una legislación avanzada para regular la propiedad en sus más variadas formas, pero fue necesario que los mercaderes crearan sus propios tribunales para resolver sus disputas, ya que la legislación entonces vigente no abarcaba ni comprendía sus problemas específicos.

En nuestra época se sigue observando el mismo fenómeno. Por ejemplo, nuestro Código de Comercio es anacrónico; claro está que en este caso preciso, se ha tratado de suplir las omisiones de ese ordenamiento con leyes especiales como la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y otras.

Con estos antecedentes, presentaré un caso concreto sobre un problema mercantil que no se encuentra específicamente regulado por nuestra legislación, por ser demasiado nuevo en México.

El problema es el siguiente: Estamos en presencia de una sociedad anónima mexicana, constituida de acuerdo con las leyes aplicables —Artículo 2º del Reglamento de la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional de 29 de marzo

de 1926—, que permite accionistas extranjeros. Para simplificar, diremos que no hay restricción en cuanto al monto de participación de capital extranjero.

El domicilio de la sociedad está en la ciudad de México, con un capital de \$ 500,000.00 M. N.

Dicha sociedad ha realizado ventas en su primer año de existencia de \$ 2,500,000.00 M. N., sin haber revelado sus utilidades. Sin embargo, no ha distribuido dividendos ya que desea reinvertir esa utilidad.

Una de las razones de las buenas ventas radica en que la sociedad contrató a un gerente que antes trabajaba con un competidor; el incentivo fue un mayor salario. Ahora la sociedad comprende que tendrá que compensarlo por sus esfuerzos para no correr el riesgo de perderlo.

Se reúnen los miembros del Consejo, entre los cuales se encuentra un abogado americano (autorizado por la Secretaría de Gobernación para atender dichas juntas), y se discute la aceptación que ha tenido el producto de la compañía y el brillante porvenir. Se recomienda felicitar al Gerente, pero todos los miembros del Consejo saben que habrá que compensar económicamente sus esfuerzos.

El abogado americano sugiere que se le dé al Gerente oportunidad de llegar a ser accionista de la sociedad, ya sea a través de una promesa unilateral de compraventa de acciones o de una cesión gratuita.

El abogado explica que por medio de la promesa unilateral de venta (opción), el Gerente adquiriría el derecho de comprar cierto número de acciones a su valor actual en el mercado, pudiendo ejercer su derecho en un plazo no mayor de cinco años. El incentivo en este caso sería que en dicho término las acciones pudieran ya haber subido de precio. Por otra parte, de bajar el precio, el Gerente no estaría obligado a comprarlas.

En el caso de la cesión, se celebraría un contrato por medio del cual el Gerente adquiere acciones de la compañía gratuitamente, siempre y cuando cumpla con ciertas condiciones.

La idea parece atractiva a los miembros del Consejo, pero francamente reconocen que no comprenden cómo operan dichos planes.

He aquí la esencia de este modesto trabajo: *las acciones de la sociedad anónima como medio de compensación adicional para sus altos empleados*. Y el objeto principal será la adaptación de dichos planes a nuestro medio comercial y legislación vigente, por lo que indudablemente muchos aspectos adicionales del problema se tratarán someramente.

Mas aún, nos concretaremos a examinar la promesa unilateral de compraventa de acciones (a la que llamaremos *opción* de aquí en adelante), ya que es el plan más comúnmente empleado, y por medio del cual se otorga al empleado el derecho de comprar, dentro de cierto lapso, un número determinado de acciones al precio estipulado en la misma promesa.

I. *Origen de las opciones en Estados Unidos de América*

A. *Razón de su existencia*

1. *Punto de vista fiscal*. Es bien sabido que los norteamericanos tienen la preocupación constante de cumplir (o eludir) su obligación fiscal hacia el gobierno federal, principalmente: Impuesto sobre la Renta y, además, al gobierno estatal que a veces cobra un Impuesto sobre la renta adicional, y otros impuestos diferentes de naturaleza local.

Con anterioridad a 1950, el uso de las opciones como incentivo para los altos empleados de la sociedad no había tenido gran aceptación entre las empresas, ya que la Secretaría de Hacienda de Estados Unidos de América (*The Treasury Department**) determinó que la diferencia entre el precio de las acciones estipulado en la

* Algunas referencias aparecen en inglés porque no se pueden cambiar, ya que así se citan en Estados Unidos; sin embargo, el sustentante tratará de explicar su significado.

opción y el valor que tuvieran en el mercado al ejercerse el derecho de compra, representaba un ingreso ordinario acumulable (*ordinary income*) para el empleado. Como resultado de esta decisión, cabía la posibilidad de que el promisorio tuviera que pagar, determinado por la cuantía de sus otros ingresos, hasta un máximo del 91% de dicha utilidad. Durante este período, los tribunales de segunda instancia hicieron revisión de decisiones tomadas por la Secretaría de Hacienda, pero los resultados fueron contrarios a los intereses de los empleados y las compañías otorgantes. En efecto, estos alegaban que la diferencia mencionada en el párrafo anterior, no representaba una utilidad ordinaria acumulable para el empleado, sino que se trataba de ingresos derivados de inversiones de capital no acumulables y sujetos a la tasa máxima del 25%.

En algunos casos los tribunales decidieron en favor de los empleados y las compañías que les otorgaban opciones, aceptando el argumento de que las opciones representaban para los empleados inversiones en bienes y que, por tanto, a su aumento de valor se debería de aplicar la tarifa especial para ingresos no acumulables derivados de inversiones de capital, o sea, hasta el 25% como máximo.¹ En otros casos similares, la decisión fue contraria y el aumento en valor fue considerado como ingreso ordinario acumulable, aplicándose la tarifa máxima, o sea, el 91% de Impuesto.²

No cabe duda que estas decisiones producían confusión y pocas compañías se aventuraban a usar las opciones como un incentivo para sus empleados.

En 1950, el Congreso de la Unión Americana modificó la ley del Impuesto sobre la Renta, facilitando el uso de las opciones. El razonamiento del Congreso fue el mismo que las compañías anteriormente habían alegado en su favor; a saber, que estas opciones

¹ ABRAHAM ROSENBERG, 20 TC 5 (1953); DELBERT v. GESSEMAN, 38 BTA 258 (1938). (La decisión de Rosenberg aparece en el libro número 20 del Tribunal Fiscal (Tax Court), página 5, con fecha 1953; el juicio de Delbert aparece en el libro número 38 del Board of Tax Appeals (un tribunal administrativo que maneja apelaciones fiscales federales), página 258, 1938).

² *Commissioner v. Smith*, 324 US 177 (1945). (La decisión aparece en el libro número 324 de la Suprema Corte de Estados Unidos, página 177, 1945.)

eran planes de incentivo y convertían a sus altos empleados en accionistas de la sociedad, por lo que la diferencia entre el precio de las acciones estipulado en el contrato y el valor real de las mismas en el mercado al ejercitar la opción, debería de recibir un tratamiento fiscal especial, ya que no era utilidad derivada de la actividad lucrativa del causante, sino de inversiones de capital.³

Ciertas restricciones fueron impuestas por la reforma a la ley mencionada, para asegurarse que las opciones realmente fueran planes de incentivos y tuvieran derecho a recibir el trato fiscal deseado.

La Ley del Impuesto sobre la Renta de 1950 y sus reformas de 1954 en su artículo 421 parcialmente señala los siguientes puntos importantes:

a) La opción podría ser concedida únicamente a empleados de la compañía y ejercida durante el término del empleo o dentro de los tres meses siguientes a la terminación del mismo.

b) La opción no sería transferible, excepto por herencia.

c) El precio estipulado debería de representar, cuando menos, el 85% del valor en el mercado de las acciones al concederse la promesa.

Para aquellos empleados que dominaran, directa o indirectamente, más del 10% del total de las acciones emitidas, el precio debería de ser cuando menos el 110% del valor en el mercado de dichas acciones al concederse la opción.

d) La opción debería de tener un límite de 10 años.

e) Las acciones adquiridas en esta forma no podían venderse dentro de un término de dos años a partir de la fecha de la opción, ni tampoco dentro de los seis meses siguientes a la fecha de haberla ejercido.

La utilidad que se obtiene de la venta de acciones adquiridas por empleados, de acuerdo con este esquema, recibía el tratamiento

³ S. Rep. No. 2375, 81st Cong., 2d Sess. 59-60 (1950). (Reporte del Senado No. 2375, del Octogésimo Primer Congreso, segunda sesión, páginas 59 y 60, 1950.)

fiscal especial otorgado a ingresos derivados de inversiones de capital no acumulables, o sea, la tarifa máxima del 25%.⁴

2. *Características de una opción otorgada al amparo de las reformas de 1950 y 1954 a la Ley del Impuesto sobre la Renta.* No se transcribe el artículo 421 de la Ley del Impuesto sobre la Renta y su reglamento, por ser demasiado extenso, pero de su contenido se deduce que no establece mayores bases para el otorgamiento de estas opciones a los empleados; era posible concederlas a uno, a dos, o a todos, de así desearlo. No se restringía el número de acciones que se podía poner a disposición de los empleados. Por tanto, el manejo de estos planes como incentivos se regían generalmente por el criterio del Consejo de Administración de las compañías otorgantes.

El sustentante platicó con abogados americanos que ejercían la profesión durante la vigencia de la ley que nos ocupa y le informaron que generalmente las opciones se daban a ejecutivos jóvenes; aquellos que se encontraban cercanos a jubilarse ya no tenían esperanzas de ser incluidos en tales planes. Usualmente, los empleados elegidos eran aquellos que ocupaban altos puestos dentro de la organización de la empresa.

Altos empleados es un término difícil de definir, pero en general, podemos afirmar que son aquellos individuos que por ocupar puestos clave dentro de la organización interna de la compañía, son directamente responsables del desarrollo satisfactorio de la administración, manejo y crecimiento de la empresa.

Fue así que teniendo el camino libre y para tomar ventaja de las reformas fiscales antes indicadas, muchas compañías implantaron planes de incentivo para sus empleados por medio de las opciones. A mediados de 1961 más del 65 por ciento de las com-

⁴ Verifíquese en el *Internal Revenue Code, Section 421* (Ley del Impuesto sobre la Renta de Estados Unidos de América, Artículo 421. De ahora en adelante "IRC" en las notas al calce); además puede verse Commerce Clearing House, *Federal Tax Guide* (New York, New York 1961), páginas 1117 y 1118, párrafos 2830 y 2831. (Esta última publicación es una guía para abogados).

pañías cuyas acciones manejaba la bolsa de Nueva York (*New York Stock Exchange*), había adoptado como propias estas opciones.⁵

B. Ejemplo de una opción al amparo de las reformas de 1950 y 1954 a la Ley del Impuesto sobre la Renta

Tal fue la aceptación que tuvieron estos planes de incentivo que vale la pena ilustrarlos con un ejemplo:

"El Consejo de la compañía Y, incluyendo al Presidente Smith, decide que el mismo Presidente Smith, quien gana 100,000.00 dólares como sueldo anual, necesita un aliciente adicional para obtener mejores resultados de su trabajo. Por lo tanto, se le concede el derecho de adquirir, por medio de una opción, 5,000 acciones de la compañía Y al precio de 95.00 dólares por acción.

"Al concedérsele la opción, el valor real en el mercado es de 100.00 dólares por cada acción.

"Unos cuantos años después, cuando Smith decide ejercitar la opción, el valor en el mercado de las acciones de la compañía Y ha subido a 250.00 dólares por acción. Invierte 475,000.00 dólares y obtiene parte del activo con valor de 1,250,000.00 dólares, o sea que obtuvo una utilidad de 775,000.00 dólares.

"Después de unos años, el valor de las acciones de la compañía Y ha subido a 400.00 dólares por acción, Smith vende sus 5,000 acciones por 2,000,000.00 de dólares, obteniendo una utilidad real de 1,525,000.00 dólares (2,000,000.00 - 475,000.00 dólares).

... "Bajo la ley anterior a 1950, la utilidad obtenida al ejercer la opción (775,000.00 dólares) hubiera formado parte de sus

⁵ Industrial Relations Counselors Inc. *Restricted stock options: The Intent & the Controversy* (New York, N. Y., 1963), página 6; Message from the President of the United States transmitting recommendations relative to a Revision of Our Tax Structure, January 24, 1963. (La organización mencionada *Industrial Relations Counselors, Inc.*, publicó un panfleto sobre el tópico de las opciones; la petición en segundo término fue presentada por el Presidente Kennedy al Congreso en 1963, pidiendo reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta, entonces vigente.)

ingresos ordinarios acumulables, sujeta a la tarifa para dichas utilidades (con un máximo de 91%). El resto de la utilidad ... (750,000.00 dólares), resultante del alza de las acciones después de haberlas adquirido, se consideraría utilidad derivada de inversiones de capital no acumulable sujeta a la tarifa máxima del 25%...

"Sin embargo, gracias a la generosidad del Congreso en 1950, toda la utilidad (1.525,000.00 dólares) de Smith, se considera derivada de inversiones de capital sujeta a la tarifa que impone un máximo de 25%. Como resultado, su utilidad neta —después de haber pagado sus impuestos— es de 1.143,750.00 dólares, en vez de una suma mucho menor de la que hubiera permitido la ley anterior..."⁶

C. *Reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta en 1964*

El ejemplo nos revela por qué se consideraba que estos planes incentivos no servían como inversión, sino más bien para evadir impuestos. Como consecuencia, se desató una controversia muy acalorada en Estados Unidos, que culminó en 1963 con la petición por parte del entonces Presidente Kennedy al Congreso para que aboliera los beneficios hacendarios hasta entonces otorgados a las opciones objeto de este trabajo.⁷

El Congreso de la Unión, si bien sabía que las ventajas hacendarias otorgadas por la ley de 1954 (y 1950) habían dado cabida a innumerables abusos, también estaba seguro que las opciones servían en muchos casos como legítimo incentivo para altos empleados ocupando puestos clave.⁸

⁶ AFLCIO, Industrial Union Department, Research Section, *The Stock Option Scandal*, (1959), páginas 83-84. (Una unión de sindicatos llamada American Federation of Labor & Congress of Industrial Organizations, publicó un estudio en contra de las opciones, bajo el título de *El escándalo de las opciones*. No se especificó lugar de edición.)

⁷ Message from the President of the United States, *supra*, (explicada en la nota 5.)

⁸ H. R. Rep. No. 749, 88th Cong., 1st session at 65 (1963); S. Rep. No. 830, 88th Cong., 2nd session at 89 (1964.) (Reporte No. 749 de la Cámara de Diputados, Octogésimo octavo Congreso. Primera Sesión, página 65 en 1963 y Reporte No. 830 del Senado, Octogésimo octavo Congreso, Segunda Sesión, página 89 en 1964.)

Por ello, en vez de seguir las indicaciones del entonces Presidente Kennedy, el Congreso aprobó un nuevo sistema, mucho más complejo que el anterior, pero destinado a ser más equitativo.

Por razones de brevedad, simplemente haré un bosquejo de las llamadas Opciones Calificadas (*Qualified Stock Options*) que sustituyeron al tipo de opciones que conocimos en el ejemplo anterior y que representa la parte más importante de las reformas.

El artículo 422 (b) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1954, con sus reformas de 1964, define el término "Opción Calificada" como una opción otorgada después del 31 de diciembre de 1963 a un empleado, en relación con su empleo, ya sea por la compañía-patrona, su accionista principal (*parent corporation*) o una subsidiaria.

Dicha opción deberá llenar los siguientes requisitos:

1. Deberá ser otorgada de acuerdo con un plan escrito, aprobado por los accionistas de la sociedad ya sea doce meses antes o después de que sea implantado [por aquellos que llevan el manejo de la compañía].⁹

2. El plan escrito deberá especificar el número de acciones que en total podrá emitirse para otorgar opciones.¹⁰

3. Se deberá especificar en el plan qué empleados o clases de empleados podrán recibir opciones.¹¹

4. La opción deberá otorgarse en un término de diez años a partir de la fecha en que se adoptara o fuera aprobado el plan por los accionistas. La fecha que ocurra primero.¹²

5. La opción deberá ser ejercida en un término de cinco años a partir de la fecha en que fuera otorgada.¹³

El reporte de la Cámara de Diputados antes mencionado en la página 12, explica que se redujo el término para ejercer la opción de diez a cinco años, con el objeto de que el aumento en el

⁹ IRC Section 422 (b) (1) (1954).

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² IRC Section 422 (b) (2) (1954).

¹³ IRC Section 422 (b) (3) (1954).

valor de las acciones y la opción misma dependiera más bien de los esfuerzos de los altos empleados y no del aumento general que el mercado permite en un lapso mayor; además, el período más corto serviría para que los altos empleados se convirtieran en accionistas tan pronto como les fuera posible.

6. El precio de las acciones no podrá ser menor al valor de las mismas en el mercado al otorgarse la opción, excepto en aquellos casos de genuino e involuntario error.¹⁴

Como el lector recordará, el precio antes de la reforma podría ser hasta un mínimo del 85% del valor de las acciones en el mercado al otorgarse la opción. Por ejemplo, una acción con valor en el mercado de \$ 100.00 podía venderse al empleado en \$ 85.00, por lo que este último ganaba \$ 15.00 al ejercer la opción. Al eliminar el 15% se trató de reducir la naturaleza compensatoria de las opciones.¹⁵

7. Para evitar que se cancelaran y ajustaran precios estipulados de las acciones, cuando éstas bajaran en el mercado,¹⁶ se prohibió que un empleado pudiera ejercer sus derechos de adquisición, mientras tuviere pendientes de ejercer otras opciones.¹⁷ Hay excepciones a esta regla que a nosotros no nos interesa tratar.

8. El promisorio-empleado no podrá, al habersele otorgado la opción, ser propietario de acciones que representen más del 5% del derecho de voto o del valor total de todas las diferentes clases de acciones de la compañía-promitente, su principal accionista o una subsidiaria.¹⁸ La excepción a esta regla general un tanto complicada, se encuentra en el mismo párrafo de la ley, y se refiere a casos en los que la compañía-promitente, sola o en combinación con su principal accionista, o una subsidiaria, tenga un capital menor a \$ 2,000,000.00 dólares.

9. El nuevo espíritu de la ley es que las opciones sean ver-

¹⁴ IRC Section 422 (b) (4) 1954).

¹⁵ H. R. Rep. No. 749, *supra*, at 65 (Nota anterior al calce No. 8, página 65.)

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ IRC Section 422 (b) (5) 1954).

¹⁸ IRC Section 422 (b) (7) 1954).

daderas inversiones y no compensación adicional, evadiendo el pago del Impuesto sobre la Renta correspondiente; por tanto, se requiere que el empleado mantenga en su poder durante un mínimo de tres años las acciones antes de revenderlas.¹⁹

Ahora bien, si el empleado decide vender sus acciones dentro de un período menor al de tres años, la diferencia entre el monto pagado por las acciones y el valor en el mercado de las mismas al adquirir el derecho de recibirlas, se considera como compensación.²⁰

A estas alturas el lector tal vez se pregunte ¿cuáles son los efectos de estas reformas?

Los efectos son los siguientes:

I. El empleado no obtiene ninguna utilidad cuando se le concede la opción o cuando la ejerce.²¹

II. Una vez que se ha cumplido con todos los requisitos impuestos por la reforma, el empleado puede disponer de las acciones y si hubiere utilidad derivada de dicha operación, será considerada como producto de una inversión de capital y, en consecuencia, no acumulable.

El resultado del trato fiscal al vender las acciones depende primordialmente del precio estipulado; si éste representa, cuando menos, el 95% del valor en el mercado de las acciones al concederse la opción, la utilidad o pérdida derivadas se considerarán como producto de una inversión de capital. Si el precio se calculó entre el 85% y el 95% del valor en el mercado de las acciones, la diferencia entre dicho precio y el valor de las acciones en el mercado al concederse la opción, o bien la diferencia entre el precio de la opción y el valor en el mercado de las acciones al enajenarlas, cualquiera que sea menor, se tendrá como utilidad ordinaria acumulable.²² La diferencia, en caso de haber utilidad al enajenar las

¹⁹ IRC Section 422 (a) (1) (1954).

²⁰ Reg. to the IRC of 1954, Section 1.421-6 (d) (1) (Reglamento a la Ley del Impuesto sobre la Renta).

²¹ IRC Section 421 (a) (1) (1954).

²² IRC Section 425 (c) (1) (A) (1954).

acciones, se estimará como no acumulable por provenir de inversiones de capital.

Como ya se dijo, si se enajenan las acciones sin haber transcurrido el período de tres años, la diferencia entre el precio estipulado en la opción y el valor de las acciones al ejercerlas, limitada por el monto de la utilidad realmente derivada, se apreciará como utilidad ordinaria acumulable en el año en que se vendan las acciones. La diferencia, de haber alguna, se le reconoce como utilidad derivada de inversiones de capital.²³

II. *Estado actual de las opciones en Estados Unidos de América*

No cabe duda que las reformas mencionadas tuvieron como fin acabar con los abusos hasta entonces existentes y en realidad terminaron con los antiguos métodos que usaban las compañías para compensar a sus altos empleados.

Los antiguos planes se modificaron para cumplir con los nuevos requisitos y aún hoy en día existen. Además, muchos abogados, usando nuevos estratagemas, han preparado otros planes para sus clientes que no se rigen por las reformas.

En un reciente artículo publicado por *Fortune Magazine*, se menciona que las opciones objeto de este trabajo, a pesar de la reforma, continúan creciendo en popularidad. Aproximadamente el 75% de las compañías manufactureras que aparecen en la lista de la Bolsa de Nueva York (*New York Stock Exchange*) las utilizan hoy en día. El mismo artículo, sin embargo, anota que la importancia de los planes incentivos ha decrecido; por ejemplo, el *National Industrial Conference Board* dijo en un reporte que el promedio de acciones que se autorizaron para ser adquiridas por los

²³ MILTON MEYER, *Stock Options: How the 1964 Act Changes Corporate Option Planning*, N. Y. U. 23 rd. Annual Institute on Federal Taxation (N. Y., N. Y. 1965), página 187. (Este trabajo fue presentado por el señor Meyer en un seminario que sobre el tema fiscal se celebra anualmente en la Universidad de Nueva York y subsecuentemente se publica en forma de artículo.)

empleados decayó de 4.9% en 1959 a 2.9% en 1966, en proporción directa al total de las acciones emitidas por las compañías.²⁴

III. *Origen en México de las opciones*

Nos ha sido imposible encontrar material en México que se refiera a las opciones objeto de este trabajo; es más, hablé con varios maestros de la materia y no pudieron proporcionarme bibliografía que me guiara, por lo que decidí que la única forma de indagar el origen de estos planes de incentivo sería a través de abogados mexicanos, litigantes que se especializaran en la materia, así como contadores y auditores que manejan industrias grandes y principalmente americanas, porque seguramente éstas serían las que hubiesen querido implantar los planes de incentivo por conocerlos.

De cinco despachos de abogados, tres me indicaron que sí se les había presentado el problema. Un despacho en los dos últimos años, otro en los últimos seis meses y el tercer en el último año. Los otros dos despachos dijeron conocer del tema, pero que ninguno de sus clientes, según sabían, había tratado de implantar un plan semejante.

Me entrevisté con cuatro despachos de contadores y auditores; todos conocen perfectamente las opciones, pero me indicaron que ninguno de sus clientes las usaba.

En mi opinión, esta es una prueba fehaciente de lo novedoso que es el tema de esta modesta tesis. Espero contribuir en algo para que en caso de que estos planes se popularicen en México, haya una base cuando menos de donde partir. Por ello, la solución que se le dará al problema será de carácter práctico.

²⁴ JEREMY MAIN, *An Expanding Executive Pay Package*, Fortune Magazine, June 15, 1968 (Chicago, Ill.), páginas 166-168. (Artículo escrito por el Sr. Main en relación con la compensación de los altos empleados.)

Capítulo II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Para poder enfocar el problema en forma más concreta es necesario examinar el tipo de contrato más comúnmente empleado en Estados Unidos de América, a raíz de la reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1964, para otorgar planes de incentivos a los altos empleados de las compañías.

I. *Opción de compraventa americana*

Esta opción se reproduce en la forma que se usa en Estados Unidos; es una mera traducción, por lo que nos sorprenderá no sólo la forma sino también el contenido de ella. En el último capítulo trataremos de adaptarla a nuestra legislación vigente.

OPCIÓN DE COMPRAVENTA DE ACCIONES CELEBRADA EL 31 DE DICIEMBRE DE 1968, ENTRE STAR CORPORATION, UNA SOCIEDAD CONSTITUIDA DE ACUERDO CON LAS LEYES DE ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (DE AQUÍ EN ADELANTE "LA COMPAÑÍA") Y EL SEÑOR LIEF SCHULDE (DE AQUÍ EN ADELANTE "EL EMPLEADO").

CONSIDERANDO, que el Consejo Directivo de la *Compañía* opina que los intereses de la *Compañía* y de sus accionistas se bene-

ficiarán al otorgar incentivos adicionales a ejecutivos calificados que empleen sus esfuerzos continuos, iniciativa e intuición como hombres de negocios para llevar a cabo satisfactoriamente el desarrollo de la *Compañía*, las partes convienen en celebrar este convenio al tenor de las siguientes

CLÁUSULAS:

I. La *Compañía* otorga al *Empleado* como aliciente adicional por el hecho de ser empleado, pero de ninguna manera como sustituto de su salario u otra compensación que reciba por sus servicios, el derecho de comprar, de acuerdo con los términos y condiciones que se especificarán más adelante, todo o parte de un total de 100 acciones del capital social de la compañía al precio conveniente de \$ 100.00 por acción o a un precio equivalente al 100% del valor en el mercado que tengan dichas acciones al otorgarse este contrato, en caso de que el valor en el mercado, determinado subsecuentemente, sea superior al precio estipulado de \$ 100.00 por acción. Dichas acciones podrán formar parte de un aumento de capital autorizado pero no emitido, o de aquellas acciones de la compañía que aparezcan en su balance como acciones emitidas por la sociedad y que hayan sido adquiridas por la misma.

II. El término de la opción fenecerá el 31 de diciembre de 1973 y no podrá ser ejercida después de esa fecha. El derecho del empleado de comprar acciones tendrá las siguientes limitaciones:

a) El *Empleado* no podrá adquirir las acciones antes del 31 de diciembre de 1969;

b) Después del 31 de diciembre de 1969 el *Empleado* tendrá el derecho de adquirir TREINTA POR CIENTO (30%) de las acciones objeto de este contrato;

c) A partir del 31 de diciembre de 1970, el *Empleado* tendrá el derecho de comprar TREINTA POR CIENTO (30%) adicional de las acciones objeto de este contrato.

d) A partir del 31 de diciembre de 1971 el *Empleado* tendrá

derecho de comprar el remanente de las acciones, o sea, CUARENTA POR CIENTO (40%) de las acciones objeto de este contrato.

III. La opción otorgada en este acto no podrá ser ejercida mientras que el *Empleado* tenga pendiente de ejercer otra opción, similar a ésta, o de las llamadas restringidas, que fuera otorgada antes del 31 de diciembre y que permitiera al *Empleado* comprar acciones de esta *Compañía*, su subsidiaria o del principal accionista de la misma (*Parent Corporation*) o de otra compañía de la cual alguna de las tres anteriores fuera causahabiente.

IV. La opción otorgada se podrá ejercer mediante aviso por escrito recibido por la *Compañía* con diez días de anticipación, especificando el número de acciones que se comprará en dicho momento acompañando el precio que se pagará por las mismas en efectivo o mediante cheque certificado pagadero a la *Compañía*.

V. La opción podrá ser ejercida únicamente mientras viva el *Empleado* y únicamente por él mismo, y no podrá ser ejercida, a menos que sea y haya sido empleado de tiempo completo, ya de la *Compañía* o de una subsidiaria de la misma, continuamente desde la fecha de este contrato, con las siguientes excepciones:

a) En caso de que el *Empleado* deje de prestar sus servicios por cualquier razón (excepto muerte) y que haya sido empleado continuamente durante un año anterior a dicho evento, podrá dentro de un término de tres meses a partir de su separación de la empresa, ejercer la opción otorgada en este contrato.

b) En caso de que el *Empleado* muriera durante el término del contrato de trabajo sin haber ejercido completamente la opción, las siguientes personas podrán ejercerla en un término de un año a partir de su muerte:

Sus herederos o los representantes de éstos, quienes hayan adquirido el derecho otorgado en esta opción mediante disposición testamentaria, intestado o en cualquier otra forma al deceso del *Empleado*; pero únicamente en la misma extensión en que el *Empleado* hubiere podido ejercerla en la fecha de su muerte.

VI. El *Empleado*, conviene en que las acciones adquiridas al

ejercer la opción únicamente serán para inversión personal y no para distribución; por tanto al notificar a la *Compañía* que desea ejercer alguna parte de la opción, ratificará por escrito tal compromiso. La misma obligación anterior tendrán sus herederos en el momento de ejercer la opción.

VII. Ni el *Empleado*, ni sus herederos, tendrán la calidad de accionistas de la *Compañía*, en relación con las acciones que puedan adquirir al ejercitarse la opción, hasta que los certificados representando las acciones sean emitidos y entregados de acuerdo con las condiciones aquí estipuladas.

VIII. A menos que se especifique lo contrario en este convenio, la opción otorgada y los derechos y privilegios que confiere la misma no podrán ser transferidos, excepto por sucesión testamentaria o intestado, cedidos, pignorados o hipotecados en forma alguna y no estarán sujetos a embargo u otro procedimiento similar; cualquier acto que indique que se quiere transmitir, ceder, pignorar, hipotecar o disponer de dicha opción o los derechos o privilegios de la misma, o al tratar de embargarse, la opción otorgada por medio de este convenio y los derechos y privilegios que confiere la misma cesarán automáticamente y la opción será nulificada, excepto en aquellas partes que ya hayan sido ejercidas.

IX. Ni el *Empleado* ni sus herederos podrán enajenar las acciones adquiridas al amparo de esta opción, sin primero ofrecerlas en venta a la *Compañía*.

Dicha oferta se hará por escrito y la *Compañía* podrá aceptarla o no dentro de un término de treinta días a partir de su fecha. El precio de compraventa será el valor de las acciones en el mercado al aceptar la oferta.

Si la *Compañía* no acepta la oferta en el término especificado, el *Empleado* o sus herederos podrán disponer libremente de las acciones.

Para garantizar lo anterior, las acciones adquiridas por el *Empleado* o sus sucesores permanecerán en custodia del Tesorero de la *Compañía*, quien expedirá un recibo por las mismas.

triunfaban, otros no, pero todos sabían que lo que hacían era para sí mismos.

Hoy en día, aunque los negocios pequeños aún existen, la mayoría de los ejecutivos trabajan para alguien más. Esto es ya un hecho en México y más aún en Estados Unidos donde las grandes compañías son públicas y los accionistas se cuentan a veces por millones. En algunos casos, los ejecutivos se sienten sin ningún arraigo, esto es, no conocen ni se identifican con la compañía para la cual trabajan. Esto es grave ya que el triunfo o el fracaso de las sociedades depende mucho de la forma en que sus ejecutivos profesionales desarrollen su trabajo en bien de la empresa.

Es por eso que las sociedades han pensado en que al convertirlos en accionistas, los ejecutivos se identificarán con la empresa no solamente como aquellos que la manejan, sino como propietarios de la misma, sabiendo que sus esfuerzos o sus fallas se reflejarán en la utilidad que obtenga la empresa y ellos como accionistas ya sea en forma de dividendos o con el alza del valor de sus acciones.

Al participar en una opción de compraventa de acciones, el empleado utilizará su talento para aumentar las ganancias de la sociedad de la cual él forma parte.

B. *Compensación adicional*

Quienes hacen uso de estos planes como alicientes alegan que los ejecutivos al recibir la posibilidad de obtener utilidades mayores al salario que reciben, encuentran un incentivo que beneficia a la compañía. Sobre todo en Estados Unidos, como ya hemos dicho, porque debido al alto impuesto sobre la renta mientras más gana un ejecutivo más se lleva el *Tío Sam*.

Muchas personas piensan que los ejecutivos producen aunque no se les den esos incentivos, pero es humano que a todos guste ser remunerados por sus servicios. No es necesario que se interprete que los ejecutivos necesitan amasar grandes cantidades de dinero, pero eso sí, todos aspiramos a vivir holgadamente, sin problemas

económicos. Después de todo el dinero es el único instrumento negociable y aceptado en todo el mundo.

C. *Atracción y retención de empleados claves*

Cuando un país obtiene un desarrollo económico alto, es muy difícil conseguir ejecutivos capaces y sobre todo retenerlos. Así en Estados Unidos de América las compañías se “piratean” unas a otras la gente que creen puede hacer triunfar sus negocios.

Pongamos un ejemplo: un ejecutivo que trabaja con una compañía grande (de la cual no es accionista), se le ofrece un empleo en otra compañía más pequeña —menos dinero, mucho trabajo y pocas prestaciones adicionales— pero con un potencial tremendo para que en término de varios años la empresa se pueda convertir en un éxito rotundo. Es imposible pensar siquiera que dicho ejecutivo se iría de la compañía donde recibe mayores prestaciones para unirse a la más pequeña, a menos que ésta, por medio de una opción, le ofrezca sus acciones y la oportunidad de crecer junto con ella. Estos planes han sido usados por muchas compañías, pequeñas y grandes, para atraer y sobre todo *retener* a sus altos empleados que ocupan puestos clave. Existen, pues, como factor muy importante para evitar el movimiento de los ejecutivos de compañía a compañía.

Capítulo III

ASPECTO NEGATIVO DE LAS OPCIONES

I. *Como fuente de obligaciones*

Del texto de la opción inferimos que es distinta de aquellos contratos que conocemos en México, por lo que será menester estudiarla desde un punto de vista básico o sea, como fuente creadora de obligaciones.

Estudiar la opción como fuente creadora de obligaciones, tiene por objeto iniciarnos en los problemas específicos que nos ocuparán en la tercera parte de este capítulo, que, realmente, constituye la temática de este ensayo. En consecuencia, el estudio objeto de este inciso I, no puede ser profundo y, más aún, parecerá deficiente si se le compara con trabajos presentados por sustentantes que escribieron sobre el tema de contratos exclusivamente.

Nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, Libro IV, de las Obligaciones, Artículos 1794 y 1795, dicen respectivamente.

“Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.”

“El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.”

Según algunos autores mexicanos como Rojina Villegas y Borja Soriano, el primer artículo establece los elementos esenciales del contrato mientras que el artículo 1795 enumera los requisitos para la validez del mismo.

A. Consentimiento

Principiemos con el consentimiento que se define como “el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones”.²⁵ Cuando el consentimiento no existe, falta al contrato un elemento esencial para su existencia.

En el problema planteado, el consentimiento fue expreso y se manifestó por escrito. La compañía consintió en obligarse a transmitir al empleado un número de acciones mediante una compraventa; siempre y cuando éste reúna las condiciones que se especifican en el propio documento.

B. Objeto

Rojina Villegas y Borja Soriano parecen estar de acuerdo en que hay objetos directos e indirectos en todos los contratos; con esto quieren decir que el objeto directo del contrato es la creación de la obligación de dar, hacer o de no hacer y que, por ejemplo, en los contratos que estamos analizando, la compraventa o entrega de las acciones es el objeto indirecto.

La obligación debe ser posible, física y jurídicamente. En nues-

²⁵ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo III (Teoría General de las Obligaciones), México, 1967, página 54. (No menciona casa editorial.)

tros contratos existe una imposibilidad para ejecutar la acción de hacer, ya que la sociedad misma se obliga a celebrar en el futuro un contrato de compraventa de acciones, y en México la Ley General de Sociedades Mercantiles prohíbe que una compañía adquiera sus propias acciones, por lo que mucho menos podrá disponer de ellas. Este punto lo trataremos más ampliamente cuando abordemos el problema mercantil.

La obligación de dar las acciones, también debe ser posible física y jurídicamente.

Es físicamente posible porque ellas existen en la naturaleza; las acciones están en el comercio y son susceptibles de determinación por lo que la obligación jurídica también es posible.

Según el artículo 1825 del Código Civil vigente:

“La cosa objeto del contrato debe:

- 1º Existir en la naturaleza.
- 2º Ser determinada o determinables en cuanto a su especie.
- 3º Estar en el comercio.”

Los artículos 1827 y 1828 determinan que el objeto de la opción es imposible por ser incompatible con una norma jurídica que debe regirla necesariamente (la Ley General de Sociedades Mercantiles) y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. Como hemos dicho, este punto lo trataremos posteriormente en este mismo capítulo al analizar el problema de derecho mercantil.

Otro requisito es la licitud del objeto.

El artículo 8º del propio Ordenamiento dice: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.” Por otra parte, el artículo 1830 expresa: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.” El artículo 1831 ordena: “El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.” El

2225 contiene la sanción cuando se viola alguno de los artículos anteriores: “La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa según lo disponga la ley.”

Como resultado de la lectura de estos artículos, podemos concluir que el objeto de nuestro contrato es lícito porque no va en contra de las buenas costumbres ni de las leyes de interés público, prohibitivas o imperativas, y en consecuencia la nulidad que impone el artículo 2225 no le es aplicable.

C. *El fin o motivo*

Los siguientes artículos introducen la noción del *fin o motivo determinante*: 1795, 1831 y 2225 mencionados en incisos anteriores, y el 1813.

El artículo 1795, fracción III, precisa que el motivo o fin ilícito invalida el contrato. El 1831 prescribe que el fin o motivo determinante de la voluntad de los contratantes no debe ser contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

¿Cuál es la sanción de un fin ilícito en el contrato? El artículo 2225 nos dice que la nulidad.

El artículo 1813 nos indica que el error cuando recae sobre el motivo determinante invalida el contrato. Tal parece que el error sobre el motivo está íntimamente relacionado con el consentimiento.

D. *La forma*

En general los artículos 1832 a 1834 del Código Civil vigente, especifican la forma de los contratos:

“1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.”

“1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario, pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas pueden exigir que se dé al contrato la forma legal.”

“1834. Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. . .”

Por otra parte, la fracción IV del 1795 también prescribe que “El contrato puede ser invalidado:

. . .

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.”

Y el 1796 prescribe:

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. . .”

La opción objeto de este estudio no es de aquellos contratos que deban revestir una forma establecida por la ley, como la compraventa de un bien inmueble con valor mayor de \$ 500.00 y al constar por escrito el consentimiento se ha manifestado cumpliendo aún con el artículo 1795.

El artículo 1832 no presenta problema ya que las partes estipularon precisamente qué obligaciones quieren asumir y los artículos 1833, 1834 y 2232 no son aplicables.

E. La lesión

Al iniciar el estudio de la lesión, es aconsejable transcribir el cuarto punto del informe enviado por la comisión redactora del Código Civil a la Secretaría de Gobernación, el 20 de mayo de 1928,

para conocer el sentido que quiso imprimirle el legislador al artículo 17 del propio Código Civil vigente.

“4º Se dio a la clase desvalida e ignorante una protección efectiva, modificándose las disposiciones inspiradas en los clásicos prejuicios de la igualdad ante la ley y de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos. Se comprendió que los hombres tan desigualmente dotados por la naturaleza y tan diferentemente tratados por la sociedad, en atención a su riqueza, cultura, etc., no pueden ser regidos invariablemente por la misma ley y que la sociedad debe ir en auxilio del ignorante y del miserable cuando es vilmente explotado. Por eso se dispuso en el artículo 18 del Proyecto que cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene el derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser esto imposible, la reducción equitativa de su obligación. En realidad, este artículo no hace más que extender a todos los contratos la rescisión por lesión enormísima que el Código vigente concede, en su artículo 1658, para la compraventa. No hay razón para que se rescinda la compraventa cuando es leonina y se consideren inatacables los otros contratos, aunque en ellos intervenga la misma inicua explotación.

Esta reforma no se inspiró, como alguno ha pretendido, en el Código Ruso, sino en el Código Suizo de las Obligaciones, artículo 21, y en el Código Civil Alemán, artículo 138.

La Comisión procuró suavizar los efectos de esta disposición limitando el ejercicio de la acción a un plazo corto, con el objeto de mantener la estabilidad que es indispensable en las transacciones económicas.”²⁰

²⁰ Ediciones Andrade, *Nuevo Código Civil para el Distrito y Territorios Federales* (México, 1964), páginas 30-6.

El artículo 17 a la letra dice:

“Art. 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación.”

Del texto de este informe y del artículo 17 citado, autores como Borja Soriano y Rojina Villegas infieren que la lesión en nuestro derecho tiene un doble carácter: objetivo y subjetivo.²⁷ Es subjetivo en cuanto que consideran que la lesión es un vicio en el consentimiento del perjudicado y objetivo, porque toman en cuenta la desproporción o desequilibrio entre las prestaciones pactadas.

El artículo transcrito menciona lucro evidentemente desproporcionado, suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, como elementos de la lesión y da el remedio: la rescisión del contrato o la reducción de la obligación.

El artículo 2228 insiste: “. . . la lesión . . . de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.” Es posible que nuestros legisladores cometieran un error al usar las palabras rescisión en el artículo 17 y nulidad en el 2228. Los dos tratadistas mencionados creen que el legislador quiso decir *nulidad* y no rescisión en ambos preceptos.

El artículo 2230 especifica que la nulidad por causa de lesión sólo puede ser invocada por el perjudicado, quien también puede convalidar el acto por medio de una ratificación expresa o tácita, artículo 2231.

El artículo 2234 preceptúa: “El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.” Si el perjudi-

²⁷ MANUEL BORJA SORIANO, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, Porrúa, México, 1962, página 264; RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *ob. cit.*, páginas 123 - 124.

cado ejecutara algunos de aquellos actos, el contrato sería convalidado y se extinguiría el derecho de pedir la nulidad por parte del perjudicado.

Al analizar la opción americana a la luz de lo dispuesto en el Código Civil vigente, podemos afirmar que no existe lesión alguna, ya que de las prestaciones pactadas no se derivan desproporción o desequilibrio. Por otra parte, dado que es un contrato mercantil, por ser de compraventa de acciones, es aplicable el artículo 385 del Código de Comercio que prescribe:

“Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión pero al perjudicado, además de la acción criminal que le compete, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con fraude o malicia en el contrato o en su cumplimiento.”

No es difícil entender el por qué, en materia mercantil, la lesión no da lugar a la rescisión del contrato, ya que se supone que cuando menos uno de los contratantes tiene el propósito de lucro y tal vez ambos sean expertos en la materia, por tanto, los elementos de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria no existen.

F. *La capacidad de las partes*

El artículo 450 del mismo Código Civil vigente dice:

“Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;
- III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir.
- IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.”

Suponemos que ninguno de los ejecutivos a los que se les da el derecho de obtener las acciones, caen bajo alguno de los supuestos de este artículo, por tanto, desde ese punto de vista no existe incapacidad.

En cuanto a la sociedad, aun siendo extranjera, tiene capacidad para contratar por ser una persona moral. Para evitar problemas acerca de la personalidad de su apoderado, conviene que antes de firmar el contrato, se le otorgue un poder de acuerdo con nuestra legislación civil ante el cónsul mexicano más cercano.

II. *Naturaleza del contrato y su clasificación*

La compraventa de acciones constituye un acto comercial, según el artículo 75, fracción III, del Código de Comercio vigente:

“La ley reputa actos de comercio:

...

fracción III. Las compras y ventas de porciones, *acciones* y obligaciones de las sociedades mercantiles.”

La fracción III del artículo 75 se aplica claramente a la opción, porque al ejercerla el empleado notificaría a la sociedad y ésta tendría la obligación de celebrar un contrato de compraventa de acciones, lo cual se encuentra dentro del espíritu y la letra de dicha fracción.

A mayor abundamiento, el artículo 1º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito considera como cosas mercantiles a los títulos de crédito “. . . y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio.” “Ahora bien, dentro de la categoría de dichos títulos se comprenden. . . aquellos que incorporan derechos de participar en una colectividad (acciones de sociedades) . . . ”²⁸

²⁸ JORGE BARRERA GRAF, *Tratado de Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1957, página 114; de acuerdo, entre otros, FELIPE DE J. TENA, *Derecho Mercantil Mexicano*, Tomo I, Porrúa, México, 1944, página 62.

III. *Análisis de problemas específicos*

Habiéndose establecido que la opción es mercantil, será necesario abordar los problemas mercantiles primero, ya que, en última instancia, la solución más acertada a este problema, en la opinión del sustentante, es netamente mercantil.

A. *Las sociedades mexicanas tienen prohibido adquirir sus propias acciones*

Este punto es importante porque en el contrato que hemos estudiado, la sociedad pacta directamente con el alto empleado, obligándose a venderle las acciones.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles prohíbe terminantemente a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones, salvo en casos excepcionales: adjudicación judicial y amortización por reducción de capital. Si nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles prohíbe que las sociedades adquieran sus propias acciones, es obvio que al no poder adquirirlas tampoco puedan contratar para disponer de ellas.

Veamos el por qué de la prohibición a la que se refiere el artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Este precepto establece:

“Se prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial, en pago de créditos de la sociedad.

En tal caso, la sociedad venderá las acciones dentro de tres meses a partir de la fecha en que legalmente pueda disponer de ellas; y si no lo hiciera en ese plazo, las acciones quedarán extinguidas y se procederá a la consiguiente reducción del capital; en tanto pertenezcan las acciones a la sociedad no podrán ser representadas en las asambleas de accionistas.”

Autores nacionales y extranjeros están de acuerdo en que esta prohibición tiene fundamento en razones prácticas, por ejemplo:

a) Al comprar sus propias acciones la sociedad pagaría con el patrimonio social el importe de ellas, devolviendo parte de dicho capital al accionista e infringiendo el principio de la estabilidad del capital.²⁹

b) “La adquisición por parte de la sociedad podría crear en el mercado de valores una actividad falsa y engañosa, con propósito de especulación y de fraude.”³⁰

c) Se considera que al adquirir la sociedad sus propias acciones se puede violar el principio de la igualdad de los accionistas, ya que se restituye anticipadamente el importe de sus aportaciones, lo cual puede tomarse como un trato de preferencia.³¹

d) Por último, Rodríguez y Rodríguez considera que se “suscita el problema de confusión entre el sujeto activo y el pasivo de las prestaciones y derechos que la acción supone.”³²

e) En la obra de Antonio Polo, relacionada con el Código de Comercio Español, aparece el siguiente extracto de una sentencia y que aporta otra razón para la existencia de la prohibición que nos ocupa:

“Con el fin de proteger a los acreedores de la Sociedad Anónima, evitándoles la merma de su garantía ante una posible disminución de su patrimonio, reflejada en el fondo capital de la compañía, y con el fin también de impedir una actuación abusiva de los órganos de ésta en punto al curso de las acciones, el artículo 166 del Código de Comercio limita la capa-

²⁹ JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *Tratado de Sociedades Mercantiles*. Tomo II, Porrúa, México, 1959, página 262; ROBERTO L. MANTILLA MOLINA, *Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1965, página 383; JOAQUÍN S. GARRIGUEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I. Aguirre, Madrid, 1936, páginas 248-249; ANTONIO POLO, *Leyes Mercantiles y Económicas*. (Código de Comercio Español). Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, página 305.

³⁰ JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *ob. cit.*

³¹ JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *ob. cit.*; ANTONIO DE J. LOZANO, *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*. Tomo I, Librería Madrileña de Juan Buxo, México, 1899, página 142.

³² JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ. *Ibid.*

cidad adquisitiva de la sociedad por compra de sus propias acciones, consintiéndola únicamente si las destina a la amortización y el precio se paga con cargo a sus beneficios o con cargo al capital que habrá de ser proporcionalmente reducido..." (sent. de 17 de junio de 1941).³³

La prohibición de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles no es nueva, ya que el Código de Comercio Mexicano de 1888, anterior a ley vigente, incluía el artículo 184:

"Queda prohibido a las sociedades anónimas comprar sus propias acciones, salvo en los siguientes casos:

- I. Cuando se compren acciones liberadas con la autorización de la Asamblea General y con fondos que provengan de beneficios que no sean los destinados al fondo de reserva.
- II. Cuando la compra se haga a virtud de una autorización prevista de antemano por los Estatutos.
- III. Cuando se haga con el capital de la sociedad, guardando todas las formalidades exigidas para la reducción del capital social.

Los títulos comprados en el primer caso indicado, no podrán ser representados, en las asambleas generales, y no se computarán en la formación de las mayorías de que hablen los Estatutos.

Los títulos de acciones comprados en los dos últimos casos, serán anulados."³⁴

Veamos cómo en Estados Unidos de América aparentemente las sociedades anónimas sí pueden adquirir sus propias acciones.

La regla general, en la mayoría de los Estados, es que de no existir restricciones constitucionales, estatutarias o en la escritura constitutiva, una sociedad solvente puede comprar sus propias accio-

³³ ANTONIO POLO, *ob. cit.*, página 305.

³⁴ ANTONIO DE J. LOZANO, *ob. cit.*, página 142.

nes, máxime cuando para hacerlo utiliza fondos que no necesita para su desarrollo, o bien, utilidades no distribuidas.³⁵

Esta no siempre ha sido la regla en Estados Unidos y existe un buen número de entidades federativas que no la siguen; por ejemplo, Utah, Kansas, Missouri y Washington.³⁶

En Inglaterra, se prohíbe que las sociedades adquieran sus propias acciones. La regla fue impuesta en el caso de *Trevor v. Whitworth*. (12 App. Cas 400, 1887).³⁷ La Corte decidió que las compañías no pueden comprar sus propias acciones porque si lo hacen para revenderlas sería "traficar con acciones", actividad para la cual no estaban autorizadas por su escritura constitutiva. Además, argüía la Corte, si las acciones eran adquiridas para ser retiradas de la circulación, habría una reducción no autorizada del capital social.

Aunque el derecho americano está íntimamente relacionado con el inglés, esta regla no duró mucho en Estados Unidos y como hemos expresado, la mayoría de los estados, con ciertas restricciones, acepta que la sociedad adquiera sus propias acciones.

No entablaré polémica sobre cuál de las reglas es mejor, la nuestra, la inglesa o la americana; dejaré al lector decidir por sí mismo ya que el propósito de este trabajo no es pedir la modificación de la legislación mexicana vigente, sino demostrar cómo podemos, a pesar de ella, adaptar los planes de incentivos a nuestro medio.

uno de los pilares de la estructura económica y jurídica de los pueblos modernos...”;³⁸ claro que nos referimos al mundo capitalista. El mismo Rodríguez y Rodríguez considera que las *acciones* se rigen por este principio, por ser bienes, y además por su calidad de títulos de crédito.³⁹

Los principales tratadistas de derecho mercantil mexicano están de acuerdo en que las acciones son títulos de crédito,⁴⁰ excepto Mantilla Molina quien sostiene que “. . . la acción es un título-valor con características restringidas o sea, es un cuasi título-valor. . .”⁴¹

El lector habrá notado que en la opción, se le prohíbe al empleado que transfiera libremente sus acciones. La primera impresión es que dicha restricción viola el principio de la libre circulación de las acciones. Pero por otra parte, sabemos que dicha transferibilidad no es absoluta ya que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 130 establece:

“En el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones nominativas sólo se haga con la autorización del consejo de administración. El consejo podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado.”

Esta restricción es una excepción a la regla general que consagra la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en sus artículos 70 y 26. “Los títulos al portador se transmiten por simple tradición.” “Los títulos nominativos serán transmisibles por endoso y entrega del título mismo, sin perjuicio de que puedan transmitirse por cualquier otro medio legal.”

³⁸ JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, Tomo I, página 378.

³⁹ *Ibid.* página 379.

⁴⁰ De acuerdo en que la acción es un título de crédito: RAÚL CEVANTES AHUMADA, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Herrero, México, 1964, página 164; JORGE BARRERA GRAF, *Acto de Comercio*, sobretiro de la Revista de la Facultad de Derecho, México, 1955, páginas 116-117.

⁴¹ ROBERTO L. MANTILLA MOLINA, *Apuntes sobre las acciones de las Sociedades Mercantiles*, México, 1951, página 48.

Habiendo establecido que se pueden imponer ciertas restricciones a la libre circulación de las acciones, nos debemos preguntar si las acciones, objeto de la opción que estamos estudiando, deben ser nominativas y si la restricción de que el empleado no transfiera sus acciones se debe pactar en la escritura constitutiva de la sociedad o sus reformas. De ser afirmativas las respuestas, todo lo que tendríamos que hacer sería pulir un poco la redacción de la prohibición para que estuviera dentro del espíritu y la letra del artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de no ser así tendríamos que solucionar el problema en otra forma según trataremos en el capítulo siguiente.

En Estados Unidos de América, como en todo país capitalista, se reconoce el principio de la libre circulación de los bienes; sin embargo, las sociedades generalmente pueden restringir la libre circulación de sus acciones pactando con el empleado que al darse por terminado su empleo, éste tendrá la obligación de ofrecérselas en venta primero a la sociedad-patrona.⁴² Para asegurarse que así será, muchas veces las acciones permanecen “en depósito” con el tesorero de la sociedad hasta que ocurra la terminación del empleo.

¿Cuáles son las razones que pueden tener las sociedades para restringir la libre circulación de sus acciones?

En relación con la opción que hemos visto como ejemplo, el autor de este trabajo habló con las personas que la prepararon y le sugirieron lo siguiente:

1. Conservarlas en poder de un grupo determinado de accionistas.
2. Evitar que el empleado pueda venderlas a un competidor.
3. Evitar que el empleado pueda especular con las acciones en el mercado libre, haciéndolas subir o bajar de precio al venderlas todas de una vez.

⁴² *Arentsen v. Sherman Towel Service Corporation*, et. al., 185 N. E. 822, 352 Ill. 327 (1933); *Corpus Juris Secundum*, Vol. 18 *ob. cit.*, Section 391, página 926. (La decisión de Arentsen puede consultarse en dos obras; a). Libro número 352 de las decisiones del estado de Illinois, página 327 y b). Libro número 185, correspondiente a juicios del Noroeste de Estados Unidos, página 822.)

4. Conservar un determinado número de acciones para el fin que se persigue, o sea, el dar incentivos a los altos empleados de la sociedad.

Los motivos de las compañías me parecen lícitos y prácticos. Por parte del empleado puede haber la objeción de que realmente no se le transfieren las acciones con todos sus atributos. Esto también lo veremos en el capítulo siguiente cuando pongamos a consideración del lector las posibles soluciones al problema que nos ocupa.

C. *Ley Federal del Trabajo*

En la opción, la sociedad como patrona se obliga a transmitir las acciones al alto empleado. Es precisamente aquí donde surge el problema laboral, ya que por considerar la Suprema Corte a los gerentes y altos empleados como trabajadores, la relación de ellos con la empresa se rige por la Ley Federal del Trabajo.

Si el Gerente, alto empleado para nuestro estudio, es considerado como trabajador, el artículo 86 de dicha Ley determina el monto de su salario. La regla general es que cualquier beneficio económico adicional otorgado en el contrato a favor del trabajador, forma parte de su salario.

La Suprema Corte ha resuelto qué salario debe de servir de base para fijar el monto de las prestaciones de ley.

“El salario que debe servir de base para fijar el monto de las prestaciones que la ley otorga a los trabajadores, comprende, de conformidad con el artículo 86 de la Ley Federal del Trabajo, tanto los pagos hechos por cuota diaria, como las gratificaciones, percepciones, habitación y cualquiera otra cantidad que sea entregada al trabajador a cambio de su labor ordinaria. . . ”⁴³

⁴³ Amparo directo 2562/1962. Instituto Mexicano del Seguro Social. Octubre 17 de 1963. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Mtro. María Cristina Salmorán de Tamayo.

Al obligarse el empleado, en la opción a revender a la sociedad las acciones que haya obtenido, se podría considerar que devuelve parte del salario que se le ha pagado por su trabajo.

Dicha renuncia está prohibida por el artículo 123 en su fracción XXVII, inciso h) de la Constitución General y por el artículo 22, fracción IV de la Ley Federal del Trabajo.

Por otra parte, al surgir un conflicto laboral, el monto de la liquidación final aumentaría en relación con el valor de las acciones que el Gerente hubiera adquirido al haber ejercido la opción.

Sin embargo, es posible que no se presente este problema en la opción que analizamos, ya que aunque los Gerentes sean considerados como trabajadores, la jurisprudencia de la Corte ha establecido lo siguiente:

“Los Gerentes deben ser considerados como trabajadores sólo cuando sean parte integrante de la empresa y no estén vinculados a los resultados económicos de la actividad de la misma, pues en este caso, incuestionablemente tienen el carácter de patronos.”⁴⁴

Esta Jurisprudencia no es clara ya que la Corte no define ni explica la expresión “parte integrante de la empresa”.

Pues bien, supongamos que un Gerente, presta sus servicios a una sociedad cuyo capital está representado por un millón de acciones emitidas y suscritas, ¿qué pasa si se le diera al gerente una acción o diez acciones? ¿podría considerársele como parte integrante de la empresa? La lógica nos dice que no sería justo que el gerente perdiera la protección que le otorga la Ley Federal del Trabajo por el simple hecho de tener diez acciones. Supongamos que al gerente se le dieran 100,000 acciones, tal vez en este caso la Corte sí diría que el gerente “es parte integrante de

Jurisprudencia y tesis sobresaliente 1955-1963, actualización como laboral (Ediciones Mayo), México, 1968, página 527.

⁴⁴ Jurisprudencia 511, Compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al Tomo CXVIII), página 963.

la empresa”, ya que sus acciones probablemente le produzcan fuertes utilidades y está sujeto a las pérdidas y fluctuaciones económicas de la empresa.

Recientemente, la Corte, al ratificar su tesis jurisprudencial, en el amparo directo número 8157-66 Adolfo Ramírez, deja entrever que la calidad del empleado radica en la cuantía de su participación.

“...es inconcuso que si un individuo es accionista de una sociedad de capital, sujeto a las pérdidas y ganancias económicas de la empresa, *de acuerdo con su participación* en ella, no puede tener el carácter de trabajador, aunque preste servicios personales a la empresa, pues tales servicios tendrán su parte en la relación derivada del contrato de sociedad y no en un contrato de trabajo.” (Subrayado por el sustentante).

Lo que confirma nuestro punto de vista de que existen “grados de vinculación”; esto es, la cuantía de acciones que posee un gerente determina si es o no parte integrante de la empresa.

En Estados Unidos no existe el problema laboral que se presenta en México, ya que la famosa *Wagner Act* no le da a los trabajadores derechos *per se*, sino que básicamente les otorga procedimientos para que puedan negociar colectivamente con sus patrones en igualdad de circunstancias, a través de sus representantes.⁴⁵

La razón es que al final del siglo pasado y a principios de éste, cuando se iniciaron los movimientos de los trabajadores para sindicalizarse y poder negociar con sus patrones y exigir mejores condiciones de trabajo, se consideraba que dicha conducta era criminal y se les perseguía por las autoridades civiles.

Los patrones, como consecuencia, se negaban a reconocer a los representantes de los trabajadores para negociar con ellos.

A raíz de la aprobación de la *Wagner Act*, cambió la situa-

⁴⁵ MORRIS D. FORKOSCH, *A Treatise on Labor Law*, 2d Ed. The Bobs-Merrill Co., Inc. Indianápolis, Ind. 1965, página 530; National Labor Relations Act, Section 1 (b) (La primera obra es un tratado de derecho del trabajo y la referencia se encuentra en la página 530; la National Labor Relations Act, es la legislación popularmente llamada la “Wagner Act” y la referencia se encuentra en el art. 1 (b) de la misma.)

ción y los empleados adquirieron el derecho de negociar con sus patrones. Lo han hecho en una forma tan brillante que la ley no necesita especificar cuales prestaciones mínimas son las que se le deben dar al trabajador porque éstas se estipulan en los contratos de trabajo que como resultado de las negociaciones celebran patrones y empleados.

Esto no quiere decir que en Estados Unidos no exista, digamos, una ley del salario mínimo, pues todos nosotros sabemos que sí existe, pero se aplica a trabajadores que no pueden tratar en igualdad de circunstancias con sus patrones por no estar sindicalizados.

D. *Derecho Civil*

En la cláusula VI de la opción se menciona que “las acciones se adquieren para inversión y no para distribución”. Si esta fuera una prohibición completa de no vender las acciones, la cláusula sería nula según el artículo 2301 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

Sin embargo, la cláusula IX aclaró que la empresa tiene únicamente derecho de preferencia cuando el empleado desea vender sus acciones.

El mismo ordenamiento permite dicha estipulación en su artículo 2303:

“Puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que el comprador quisiera vender la cosa que fue objeto del contrato de compra-venta.”

Capítulo IV

ASPECTOS POSITIVOS DE LAS OPCIONES: SOLUCION

Una vez introducidos al complejo problema de las opciones, es conveniente que decidamos qué solución se les puede dar en México para su adopción definitiva. Al iniciar este trabajo, advirtió el sustentante que el principal propósito sería adoptar las opciones a nuestra actual legislación y no pedir su cambio.

La finalidad primordial de adaptar a nuestro medio los planes de incentivos a ciertos empleados-clave, es obtener su superación económica, que redundaría en beneficio de la economía del país al aumentar su capacidad de adquisición y compra. Nada hay, entonces, de censurable o inadmisibile en este intento, por lo que el primer paso para encontrar la solución será desvincular la operación de las acciones del contrato de trabajo.

I. Desvinculación de la operación de las acciones del contrato de trabajo

Dos problemas esenciales presenta el ejemplo de contrato que estudiamos en el segundo capítulo y analizamos en el anterior a éste: la relación laboral y la prohibición a las sociedades anónimas de adquirir sus propias acciones.

Primeramente, creemos que la sociedad-patrona y el alto empleado deben de celebrar un simple contrato de trabajo en los términos de la legislación vigente.

Como segundo paso, el consejo de administración tendría que convencer a los accionistas de la necesidad de que se le conceda al alto empleado la oportunidad de ser accionista.

En la práctica, al concederse las opciones, el alto empleado ya ha trabajado algún tiempo con la sociedad, o bien esta quiere atraerlo, hurtándose a un competidor o a otra compañía; en ambos casos, se conoce su capacidad y los accionistas pueden estimar su valía con cierta facilidad. Por tanto, no sería difícil que el consejo de administración convenciera a los accionistas de que se le deba otorgar a aquél la oportunidad de llegar a ser accionista.

Por último, habrá que presentarles a los accionistas la forma de vender las acciones, evitando los problemas laborales y mercantiles que tratamos en el capítulo tercero.

II. *Una solución. Acciones de tesorería*

Convencidos los accionistas de que es conveniente para los intereses de la sociedad que sus altos empleados lleguen a ser accionistas, debemos de resolver también cuáles acciones se les permitirá suscribir. Podrían los accionistas formar un fondo para dicho fin, contribuyendo proporcionalmente al monto de sus acciones, pero no creo que estén dispuestos a hacerlo, máxime si sus acciones están subiendo en el mercado y/o produciendo dividendos muy altos. Por ello, es posible que a través de las acciones de tesorería se pueda resolver el problema.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, artículo 216, nos precisa el concepto de acciones de tesorería:

“El contrato constitutivo de toda sociedad de capital variable deberá contener, además de las estipulaciones que corresponden a la naturaleza de la sociedad, las condiciones que se fijen para el aumento y la disminución del capital social.

En las sociedades por acciones, el contrato social o la asamblea general extraordinaria fijarán los aumentos de capital y la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones. *Las acciones emitidas y no suscritas a los certificados provisionales, en su caso, se conservarán en poder de la sociedad para entregarse a medida que vaya realizándose la suscripción.*”

También la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares expresa:

Art. 8º “

...

fracción III: *Las sociedades anónimas podrán emitir acciones no suscritas que conservarán en la caja de la sociedad y que serán entregadas a los suscriptores contra el pago total de su valor nominal y de las primas que, en su caso, fije la sociedad.*”

Por último, la Ley General de Instituciones de Seguros en su artículo 17 dice:

“fracción I. Estarán facultadas para emitir *acciones no suscritas, que se conservarán en la caja de la sociedad y que serán entregadas a los suscriptores contra el pago total de su valor nominal...*”

Los tres artículos citados se refieren a acciones “emitidas pero no suscritas”. Mantilla Molina critica dicha terminología porque, en su opinión, son acciones *creadas* pero no emitidas.⁴⁶ Parece tener razón el maestro Mantilla Molina, ya que la emisión de las acciones, *strictu sensu*, sólo tiene lugar cuando alguien las suscribe y se po-

⁴⁶ ROBERTO MANTILLA MOLINA, *ob. cit.*, página 436.

nen en circulación mediante la expedición de títulos provisionales o definitivos.

En el derecho americano, las acciones de tesorería son aquellas “que han sido emitidas por haber sido suscritas y que la sociedad adquiere posteriormente ya sea por compraventa o donación, pero que no son retiradas o canceladas ni tampoco consideradas como acciones no emitidas”.⁴⁷

En algunos casos también se dice que las acciones de tesorería pueden ser acciones *no emitidas* y que la sociedad conserva en su poder para el desarrollo de sus fines sociales. En el caso de las acciones no emitidas, la escritura constitutiva de la sociedad o las leyes mercantiles deben permitir que dichas acciones sean consideradas de tesorería, ya que van en contra de la regla general en Estados Unidos de que las acciones *no suscritas* y *no emitidas*, no son acciones de tesorería.⁴⁸

En conclusión, podemos decir que nuestras acciones de tesorería son diferentes a las del derecho americano y se asemejan más a las *unissued shares* o sea, acciones no emitidas.

Volviendo a nuestro problema diremos que la condición *sine qua non* para la existencia de acciones de tesorería es que la sociedad sea de capital variable, por lo que, para efectos de este inciso, supondremos que así es.

La solución consistiría en decretar un aumento sin que se suscribiera y dejar que la sociedad conserve en caja las acciones que representen el capital autorizado hasta que el consejo de administración considere oportuno colocarlas; y en este caso, permitir que los altos empleados las suscriban.

Las acciones de tesorería son recomendables, siempre y cuando se desee que el alto empleado se convierta en accionista en toda la extensión de la palabra, porque, salvo la restricción que permite el artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles,

⁴⁷ BALLANTINE, *ob. cit.*, página 614.

⁴⁸ *Corpus Juris Secundum*, *ob. cit.*, Section 212, Vol. 18, pág. 645.

no podrá limitarse la forma en que las use o disponga de ellas una vez que las haya suscrito.

Desde otro punto de vista, al emplear acciones de tesorería, la sociedad no podrá otorgarlas al empleado por medio de las opciones de que nos hemos ocupado sin que ello implique responsabilidades de carácter laboral; por tanto, considero que si bien, se resuelven los problemas mercantiles, no se solucionan los laborales.

III. *Otras soluciones*

De no ser aceptable la solución anterior, debemos analizar cuidadosamente qué derechos son aquellos que la sociedad le quiere conferir al empleado. Como el lector recordará, en la opción americana se le venden al empleado las acciones de las que deriva todos los derechos de socio: dividendos, voto, impugnar acuerdos, información, preferencia en caso de aumentos de capital, cuotas de amortización y liquidación.

En la opción que vimos en el capítulo segundo, se le prohíbe al alto empleado disponer de las acciones sin antes ofrecerlas en venta a la sociedad. Esta limitación puede incluirse o dejar de incluirse, de acuerdo con el deseo de la sociedad.

Para darle otra solución al problema, sugerimos que los accionistas se pongan de acuerdo en aumentar el capital de la sociedad con el único propósito de que las acciones que representan dicho aumento se otorguen a sus altos empleados mediante opciones.

La condición *sine qua non* de esta solución es que todos los accionistas, menos uno, estén conformes en renunciar a su derecho de preferencia. El que suscribe, usando las acciones, resultado del aumento, celebraría directamente con el alto empleado un contrato de usufructo de acciones o a través de algún banco, un contrato de fideicomiso.

Dos problemas se presentan en esta solución: primero, la posible violación del artículo 198 de la Ley General de Sociedades

Mercantiles y segundo, cómo asegurarse de que el accionista que suscribe celebre el contrato mencionado.

El primero, se resolvería porque los accionistas que acordaran el aumento estarían presentes o representados en la asamblea extraordinaria en la que se discutiría la razón del acrecentamiento de capital. El abstenerse de suscribir el aumento decretado simplemente indicaría la renuncia a su derecho de preferencia por parte de todos los accionistas menos uno, más no implicaría una restricción a la libertad de voto.

El segundo problema, es de carácter práctico ya que sería difícil obligar al accionista-suscriptor a celebrar el contrato de usufructo o de fideicomiso, por lo que sería necesario que el suscriptor fuera una persona de amplia solvencia moral y económica —tal vez el presidente del consejo de administración— a quien todos los accionistas tuvieran confianza.

Al desvincular la operación de las acciones del contrato de trabajo, se evita la relación laboral y los peligros que entraña, ya que entre el accionista como persona física o moral y el alto empleado no existe ninguna relación laboral.

A modo de paréntesis, quisiera aclarar que no estoy tratando de evadir la Ley Federal del Trabajo meramente para favorecer a los patrones, sino que considero que al darle al empleado acciones, la compañía lo hace como un aliciente más, por lo que sería injusto que en caso de un conflicto laboral la sociedad estuviera obligada a pagarle una liquidación incrementada precisamente por el incentivo mismo que de ninguna manera es remuneración por su trabajo en sentido estricto, sino realmente un aliciente de gracia.

Al celebrarse un contrato interaccionistas, se respetaría la prohibición del artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles porque el adquirente de las acciones, objeto del aumento de capital, no es la sociedad misma sino una persona distinta. Por otra parte, no existirá la posibilidad de que el alto empleado transmita las acciones, ya que como veremos, no tendrá la posesión de ellas.

Ahora bien, esta solución no es completa. Tiene desventajas, ya que no se puede seguir *totalmente* el desco de la sociedad, al otorgar los derechos sobre las acciones al alto empleado, porque la forma misma del usufructo o del fideicomiso no lo permiten; en la opción americana que vimos se otorgó por cinco años, el empleado podía ejercerla en cualquier tiempo durante ese lapso, con ciertas limitaciones, (ver número II de la opción). Al celebrar, ya sea un contrato de usufructo o de fideicomiso, ambas partes tendrán que saber exactamente el número de acciones objeto del mismo y no podrá quedar al arbitrio del alto empleado el decidirlo posteriormente.

Además, en Estados Unidos de América, en el caso de que el precio de las acciones baje en el mercado, el alto empleado simplemente no ejercería su derecho de compra, mientras que a través de un contrato de usufructo o de fideicomiso no tendría esa alternativa, porque los derechos relacionados con las acciones los adquiere al instante mismo en que firma el contrato como usufructuario o fideicomisario.

Hechas estas observaciones estudiaremos el contrato de usufructo de acciones y en segundo término, el de fideicomiso.

A. *Usufructo de acciones*

Nuestra legislación mercantil no regula expresamente el usufructo de acciones, por lo que supletoriamente se aplica el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. En su artículo 980 encontramos la definición de usufructo:

“El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos.”

La opción americana que nos ocupó en el capítulo segundo nos revela que la sociedad desea que el alto empleado o bien sus herederos, disfruten de los beneficios inherentes a las acciones,

mientras él permanezca a su servicio, o sea, temporalmente. Nosotros nos limitaremos al empleado sin incluir a sus herederos, pero reconociendo que el usufructo puede constituirse a favor de varias personas simultánea o sucesivamente conforme al artículo 982 del Código Civil.

El artículo 987 del mismo ordenamiento, nos indica que tenemos el camino casi completamente libre al prescribir:

“Los derechos y obligaciones del usufructuario y del propietario se arreglan, en todo caso, por el título constitutivo del usufructo.”

Como la sociedad desea vender las acciones tendremos que constituir un usufructo a título oneroso, permitido por el Código Civil vigente en su artículo 1010.

He aquí el modelo de contrato que propondríamos:

CONTRATO DE CONSTITUCIÓN DE USUFRUCTO DE ACCIONES QUE CELEBRA, POR UNA PARTE, EL SEÑOR ELIN PAPADÓPULOS, A QUIEN EN LO SUCESIVO SE DESIGNARÁ COMO “EL PROPIETARIO” Y POR OTRA, EL SEÑOR JOSUÉ NABOR BLANCO, POR SU PROPIO DERECHO, A QUIEN EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ COMO “EL USUFRUCTUARIO”, AL TENOR DE LAS SIGUIENTES DECLARACIONES Y CLAUSULAS:

DECLARACIONES :

I. Declara el PROPIETARIO que es accionista de una sociedad mexicana denominada EK, S. A. DE C. V.

II. Continúa declarando el PROPIETARIO que en reconocimiento y para estímulo de la labor que junto con otras personas ha venido desempeñando el señor Josué Nabor Blanco dentro de la empresa EK, S. A. DE C. V., y que indirectamente ha redundado en beneficio del PROPIETARIO en forma de dividendos y aumento del valor en el mercado de las acciones de que es titular,

desea hacer partícipe de dichos beneficios al mencionado señor Josué Nabor Blanco, mediante la constitución de un usufructo sobre algunas de las acciones nominativas de que es titular en el capital social de EK, S. A. DE C. V.

III. Declaran ambas partes que, en atención al motivo anterior, celebran el presente contrato de constitución de usufructo oneroso sobre acciones nominativas del capital social de EK, S. A. DE C. V., que formalizan de acuerdo con las siguientes

CLÁUSULAS :

PRIMERA. El PROPIETARIO constituye usufructo en favor del señor Josué Nabor Blanco sobre 100 acciones nominativas del capital social de EK, S. A. DE C. V., con valor nominal de \$ 1,000.00 (UN MIL PESOS) cada acción, totalmente pagadas, las cuales se encuentran representadas por el título número cincuenta y uno.

SEGUNDA. El USUFRUCTUARIO cubrirá al PROPIETARIO como retribución del usufructo que en su favor constituye, la cantidad de \$ 1,250.00 M.N. por acción, o sea, el equivalente al valor que dichas acciones tienen en libros, según auditoría externa practicada al día 31 de noviembre de 1968.

TERCERA. Como consecuencia del usufructo que se constituye, el PROPIETARIO conserva la nuda propiedad de las acciones, así como la posesión de las mismas y el USUFRUCTUARIO tiene sobre ellas los derechos especificados en la cláusula cuarta.

CUARTA. El usufructo en este contrato, tiene como finalidad que el PROPIETARIO conserve en su poder los títulos que amparen las acciones dadas en usufructo para llevar a cabo lo siguiente:

1. Que el USUFRUCTUARIO reciba información en relación con las actividades de EK, S. A. DE C. V. y principalmente en lo concerniente al balance anual de la misma.

2. Que el USUFRUCTUARIO pueda ejercer el derecho de voto en las asambleas de EK, S. A. DE C. V., así como impugnar

acuerdos en los términos de la Ley General de Sociedades Mercantiles o la escritura constitutiva de EK, S. A. DE C. V.

3. Que el USUFRUCTUARIO pueda cobrar el importe de los dividendos que se decreten, respecto de las acciones dadas en usufructo.

4. Que el USUFRUCTUARIO reciba la cuota de amortización que pueda corresponderle en relación a las acciones materia de este contrato, en caso de disminución de capital.

5. Que el USUFRUCTUARIO reciba la cuota de liquidación, de corresponderle alguna, en relación a las acciones dadas en usufructo, en caso de disolución parcial o total, así como liquidación de EK, S. A. DE C. V.

6. a) Que el PROPIETARIO ejerza el derecho de preferencia en el caso de suscripción de aumentos de capital, siguiendo las instrucciones que le dé el USUFRUCTUARIO y siempre y cuando este último lo haya provisto con los fondos necesarios para llevar a cabo dicha suscripción.

La nuda propiedad de las acciones suscritas de acuerdo con el párrafo anterior, corresponderán al PROPIETARIO y necesariamente formarán parte del usufructo. El incremento del usufructo se hará constar en anexos firmados por todos los contratantes que formarán parte de este contrato.

b) En caso de que las asambleas anuales de accionistas decretaran la capitalización de las utilidades acumuladas posteriormente a la constitución del usufructo y, como consecuencia, la sociedad emitiera nuevas acciones, la nuda propiedad de las que corresponda suscribir al PROPIETARIO de acuerdo con el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pertenecerá siempre a éste, pero el USUFRUCTUARIO tendrá el usufructo de las nuevas acciones en los términos del presente contrato y determinado proporcionalmente por el número de acciones de las cuales derive derechos de USUFRUCTUARIO.

Igual procedimiento se seguirá en el caso de que la sociedad aumentara su capital por capitalización de las reservas constitui-

das con posterioridad a la fecha de este contrato. El segundo párrafo del inciso 6 a) de esta cláusula se aplicará también en este caso.

El USUFRUCTUARIO tendrá sobre las acciones mencionadas en el inciso 6 a) y b) de esta cláusula, todos los derechos mencionados en la misma, ejerciéndolos en la forma prescrita.

QUINTA. Con objeto de que el USUFRUCTUARIO pueda ejercer los derechos que se atribuyen en la cláusula anterior, el PROPIETARIO se obliga a lo siguiente:

1) Comunicar a EK, S. A. DE C. V. la constitución del presente usufructo para que ésta anote en el libro de registro de accionistas la doble titularidad sobre las acciones objeto de este usufructo.

2) Se encargará de que el USUFRUCTUARIO reciba información en relación con las actividades de EK, S. A. DE C. V., y principalmente en lo concerniente al balance anual de ésta, así como sus asambleas ordinarias o extraordinarias.

Si la administración de EK, S. A. DE C. V., se negara a proveer al USUFRUCTUARIO la información mencionada en el párrafo anterior, el PROPIETARIO estará obligado a dársela directamente.

3) A depositar las acciones en los términos de la escritura constitutiva de EK, S. A. DE C. V., o de las leyes aplicables y a dar poder amplio, cumplido y bastante al USUFRUCTUARIO para que pueda asistir a las asambleas de dicha compañía a ejercer su derecho de voto en relación con las acciones dadas en usufructo.

El USUFRUCTUARIO notificará en forma fehaciente al PROPIETARIO en caso de que desee impugnar algún acuerdo tomado por la sociedad, disponiendo éste de tres días, a partir de haber sido notificado, para depositar las acciones dadas en usufructo en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como para entregar al USUFRUCTUARIO el certificado de depósito que ampare dichas acciones.

Al concluirse el juicio, en su caso, el USUFRUCTUARIO devolverá al PROPIETARIO el certificado que se acompañó a la demanda.

4) A darle al USUFRUCTUARIO los correspondientes cupones adheridos a los títulos de las acciones para que pueda cobrar los dividendos decretados por la asamblea de accionistas.

5) En caso de haberse decretado ya sea la disminución de capital mediante amortización de acciones o la disolución de la sociedad, el PROPIETARIO entregará al USUFRUCTUARIO el o los títulos necesarios para que éste pueda recibir la cuota correspondiente, en su caso.

SEXTA. Se extinguirá este usufructo en cualquiera de los casos previstos por el artículo 1038 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, exceptuando la causa prescrita por la fracción IX por tratarse de un usufructo a título oneroso.

Especialmente, se extinguirá el USUFRUCTO en el momento en que el USUFRUCTUARIO deje de prestar sus servicios a EK, S. A. DE C. V., por cualquier causa, incluyendo el despido injustificado, renunciando expresamente desde ahora el USUFRUCTUARIO a cualquier acción civil o mercantil que pudiera tener en contra de EK, S. A. DE C. V., con motivo de la terminación de este contrato por cualquier causa.

Al surgir alguna causa para que se extinga este contrato, quedará resuelto y se aplicará el siguiente procedimiento:

a) Cualquiera de las partes, o sus herederos, lo notificarán por escrito a los auditores externos de EK, S. A. DE C. V., quienes determinarán y harán saber a las partes el valor en libros de las acciones, computado al final del mes anterior en que haya surgido la causa para dar por terminado el usufructo.

Para determinar el valor de las acciones, los auditores usarán las prácticas de contabilidad que EK, S. A. DE C. V. emplee normalmente y dispondrán del plazo de 30 días, a partir de la fecha de haber sido notificados por las partes, tanto para determinar el valor de las acciones como para comunicarlo por escrito a las mismas.

b) El PROPIETARIO tendrá cinco días, a partir de la fecha en que haya sido notificado por los auditores externos de EK, S. A. DE C. V. para entregar al USUFRUCTUARIO o a sus herederos, el valor de las acciones calculado por los auditores.

Al cumplir con lo anterior el nudo propietario recuperará el pleno goce de los derechos derivados de las acciones dadas en usufructo.

SEPTIMA. En atención al motivo de la constitución del presente usufructo, las partes convienen expresamente en que éste no podrá ser enajenado o gravado por el USUFRUCTUARIO, para cuyo efecto renuncia expresamente al derecho que le concede el artículo 1002 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, y conviene que la violación de esta renuncia será causa de terminación del usufructo.

OCTAVA. En el caso de que el PROPIETARIO pretendiera usar el derecho que le concede el artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, para separarse de EK, S. A. DE C. V., tendrá 5 días a partir de la fecha de la asamblea que origine su decisión para notificar al USUFRUCTUARIO, quien tendrá 5 días más para optar libremente, por el reembolso de las acciones o continuar en la sociedad.

Si el USUFRUCTUARIO optara por el reembolso, lo comunicará en el plazo indicado al PROPIETARIO para que éste cobre las cantidades que por ese concepto correspondan con arreglo a la ley o a los estatutos, las cuales enterará al USUFRUCTUARIO.

Si por el contrario, el USUFRUCTUARIO optara porque el PROPIETARIO no ejercite el derecho de separación, este último transmitirá la nuda propiedad de las acciones al USUFRUCTUARIO extinguiéndose, como consecuencia el usufructo.

NOVENA. El PROPIETARIO, tendrá en todo tiempo, el derecho de transmitir las acciones dadas en usufructo a condición de que el adquirente reconozca expresamente, ante el USUFRUCTUARIO y ante EK, S. A. DE C. V., el usufructo constituido sobre las acciones que adquiera.

Dicha transmisión podrá hacerla el PROPIETARIO sin necesidad de comunicarlo al USUFRUCTUARIO u obtener su consentimiento, para cuyo efecto, este último renuncia expresamente al derecho del tanto que le concede el artículo 1005 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

DECIMA. En caso de pérdida de capital y que la asamblea de EK, S. A. DE C. V. tome el acuerdo de reconstituirlo, quedará a elección del PROPIETARIO la aportación de la parte que corresponda a las acciones dadas en usufructo, así como la constitución del usufructo sobre dichas acciones; en este último evento, el USUFRUCTUARIO deberá previamente enterar al PROPIETARIO una nueva retribución por el usufructo que será igual a la cifra que el PROPIETARIO haya desembolsado por concepto de aportación a la reconstitución del capital.

DECIMAPRIMERA. Queda expresamente establecido que las partes, en ningún tiempo, podrán utilizar las acciones materia del usufructo para caucionar la gestión de administrador, consejero o comisario que tengan en EK, S. A. DE C. V., o que en el futuro se les asigne.

DECIMASEGUNDA. Todos los gastos que se originen con motivo de la ejecución de este contrato, así como los de su autorización ante notario o corredor, serán por partes iguales.

DECIMATERCERA. Las partes designan como domicilio para todos los efectos de este contrato, los siguientes:

PROPIETARIO:

USUFRUCTUARIO:

DECIMACUARTA. Para el conocimiento de cualquier controversia que se suscite con motivo de la interpretación de este contrato, las partes renuncian expresamente al fuero de su domicilio y se someten expresamente a la jurisdicción de los Tribunales del Partido Judicial de México.

Leído que fue por ambas partes el presente contrato, y enteradas del valor y contenido de todas y cada una de sus cláusulas,

lo ratifican y firman en la ciudad de México, D. F., a los 31 días del mes de diciembre de 1968.

PROPIETARIO

Elin Papadópolos

USUFRUCTUARIO

Josué Nabor Blanco

Enterada de los términos de este contrato, para los efectos de las inscripciones necesarias en el libro de registro de accionistas.

EK, S. A. DE C. V.

La principal virtud del contrato anterior es que no se paga ninguna comisión a un tercero para que conserve las acciones en custodia. Esto representaría un ahorro considerable de tratarse de un buen número de acciones con alto valor. Por ejemplo, si el contrato que propone el autor como segunda solución fuera un fideicomiso, habría que pagar al banco fiduciario cuando menos, $\frac{1}{2}\%$ sobre el valor total de las acciones por aceptar el cargo más $\frac{1}{2}\%$ anual por el manejo.

Excepto por la oportunidad que se le concede al alto empleado de llegar a ser accionista, todas las ventajas del contrato son realmente para el propietario; por ejemplo, la naturaleza misma del contrato permite que el propietario conserve, no sólo la nuda propiedad, sino también la posesión de los títulos que representan las acciones. Es precisamente por esta razón que el contrato es bastante complicado, y en sus cláusulas cuarta y quinta casi exhaustivo, para asegurarle al empleado, hasta donde es humanamente posible, que realmente puede disfrutar de los derechos inherentes a las acciones.

Desde el punto de vista del accionista que celebra el contrato con el empleado como un incentivo para éste, es difícil censurarlo por tomar tantas precauciones, pero no será fácil convencer al alto empleado de que él podrá disfrutar de todos los derechos mencionados en el contrato de usufructo. Sabemos que las partes se obli-

gan en un contrato a cumplirlo, pero muchas veces es necesario demandar el cumplimiento. Puede ser que en un momento dado el empleado tenga que demandar como usufructuario para poder ejercer sus derechos.

Por otra parte, en el contrato se supone que las acciones son nominativas porque la sociedad emisora necesariamente tendría un libro de registro de accionistas en el cual podría hacer la anotación referente a la doble titularidad de las acciones que forman parte del usufructo. Esto no indica que sería imposible usar acciones al portador, pero sería más difícil porque la sociedad por carecer de libro de registro de accionistas, podría no saber cuáles acciones pudiesen estar sujetas a la doble titularidad; por tanto, el nudo propietario, al tener la posesión de las acciones y de querer hacerlo, podría ejercer todos los derechos de accionista a pesar de la existencia del contrato de usufructo.

En el caso de acciones al portador, tal vez se tuvieran que depositar con un tercero, lo cual complicaría aún más el contrato, y de intervenir una institución bancaria se desvirtuaría el propósito del usufructo de no pagar comisión a un tercero como en el caso del fideicomiso.

Además, como ya se dijo, el nudo propietario siempre conserva no sólo la nuda propiedad, sino también la posesión. Tal vez esto contribuiría a que el alto empleado no se sintiera parte de la empresa en el sentido que la sociedad desea (problema psicológico).

Es así, que pesando las ventajas y desventajas del contrato de usufructo, el autor de este trabajo prefiere que se utilice el fideicomiso como vehículo que solucione los problemas laboral y mercantil, en el sentido de que el alto empleado verdaderamente se considere parte de la empresa.

B. *Fideicomiso de acciones*

Dada la intención de las partes y su calidad, la mejor solución

sería celebrar un contrato de fideicomiso por las razones que se expondrán inmediatamente.

En primer lugar, el artículo 351 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito nos indica que los bienes fideicomitados no forman parte del patrimonio del fideicomitente y sólo se destinarán para los fines del fideicomiso, en este caso, hacer posible que el fideicomisario ejerza los derechos especificados en el contrato.

Como consecuencia de lo anterior, el contrato de fideicomiso que proponemos simplemente enumera los derechos que se otorgan al fideicomisario, no siendo necesario incluir todo el procedimiento por medio del cual el alto empleado pueda ejercerlos porque con la certificación que al efecto le expida el fiduciario podrá hacerlo.

Además, la institución fiduciaria está obligada, de acuerdo con el contrato que veremos más adelante y las leyes aplicables, a vigilar por los intereses del fideicomisario como buen padre de familia.

Desde el punto de vista del fideicomitente, existe la garantía que el alto empleado no podrá disponer de las acciones porque son propiedad fiduciaria del banco mientras dure el fideicomiso y al darse por terminado, éste tiene la obligación de ofrecerlas en venta primeramente al mismo fideicomitente.

En este contrato de fideicomiso se pueden emplear acciones al portador, ya que serán propiedad fiduciaria del banco; por tanto, no es indispensable que la sociedad tenga conocimiento de la constitución del fideicomiso, como sí lo es en el caso del usufructo por haber una doble titularidad.

En el contrato de fideicomiso que examinaremos, puede aparecer como fideicomitente una sociedad extranjera o una mexicana; sin embargo, es la opinión del sustentante que, cuando menos al principio, serán compañías americanas las que aparezcan como fideicomitentes por ser ellas quienes conocen las opciones.

A continuación, veremos el modelo del contrato que proponemos:

que él ha sido seleccionado para recibir los beneficios que se establecerán en este contrato y que por su parte está conforme con los requisitos que debe satisfacer y las condiciones que se le impongan para ejercer los derechos que se le concedan.

III. El señor Eduardo Villalpando Paéz declara:

a) Que el Banco es una institución de crédito constituido y que funciona de acuerdo con las leyes mexicanas, y tiene su domicilio en la ciudad de México, Distrito Federal.

b) Que EK Corporation, le ha explicado las bases de este convenio que están contenidas en los párrafos anteriores y que está conforme en aceptar el cargo de Fiduciario, ya que no existe ningún impedimento para ello.

CLÁUSULAS:

PRIMERA. EK Corporation, como Fideicomitente y por conducto de su representante legal el señor Lief Schlude, afecta y entrega en fideicomiso irrevocable al Banco , 100 acciones al portador con valor nominal de \$ 1,000.00 M. N., cada una, amparadas por el título definitivo No. 7, expedido por EK, S. A., el día 14 de septiembre de 1968.

SEGUNDA. Como contraprestación por la constitución del presente fideicomiso, el fideicomisario paga a la fideicomitente, la cantidad de \$ 1,000.00 M. N., por acción, o sea su valor nominal.

TERCERA. Constituyen el patrimonio del fideicomiso las 100 acciones al portador mencionadas en la cláusula primera. Como consecuencia de la afectación fiduciaria contenida en este contrato, la Fideicomitente no se reserva ninguna acción o derecho sobre los bienes fideicomitados, ya que la propiedad y titularidad pasan al Fiduciario libres de todo gravamen, por lo que tendrá la facultad de ejercer los derechos derivados de las acciones en los términos de este contrato.

CUARTA. El Banco por conducto de su representante, acepta el cargo de Fiduciario que se le encomienda y

protesta cumplirlo fielmente, otorgando por medio de este documento el recibo más eficaz para todos los efectos legales que procedan.

QUINTA. La Fideicomitente designa como Fideicomisario en este contrato al señor Josué Nabor Blanco.

Por su parte, el señor Blanco conviene:

a) En que el ejercicio de los derechos derivados de este contrato, se sujetará siempre a la condición de que continúe como Gerente o en otra capacidad preste sus servicios a EK, S. A.

b) En que los derechos especificados en este contrato, no podrán ser objeto de cesión alguna por parte del Fideicomisario.

SEXTA. El Fideicomiso constituido en este contrato tiene como finalidades las siguientes:

A. Que el Fiduciario conserve en su poder los títulos que amparan las acciones fideicomitidas, para lo siguiente:

1. Que el Fideicomisario reciba información en relación con las actividades de EK, S. A., y principalmente en lo concerniente al balance anual de la misma.

2. Que el Fideicomisario pueda ejercer el derecho de voto en las asambleas de EK, S. A., así como impugnar acuerdos de conformidad con la Ley General de Sociedades Mercantiles o la escritura constitutiva de EK, S. A.

3. Que el Fideicomisario pueda cobrar el importe de los dividendos que se decreten, respecto de las acciones fideicomitidas.

4. Que el Fideicomisario reciba la cuota de amortización que pueda corresponderle, en relación a las acciones fideicomitidas, en caso de disminución de capital.

5. Que el Fideicomisario reciba la cuota de liquidación, de corresponderle alguna, en relación con las acciones fideicomitidas, en caso de disolución parcial o total, así como liquidación de EK, S. A.

6. Aumentos de capital.

a) Que el Fiduciario ejerza el derecho de preferencia en el caso de suscripción de aumentos de capital, siguiendo las instruc-

ciones que le dé el Fideicomisario siempre y cuando este último lo haya provisto con los fondos necesarios para llevar a cabo dicha suscripción. Las acciones suscritas de acuerdo con el párrafo anterior, necesariamente incrementarán el patrimonio del fideicomiso.

b) Si una asamblea extraordinaria de accionistas de EK, S. A., decretara la capitalización de las utilidades acumuladas posteriormente a la constitución de este fideicomiso, el fiduciario recibirá las nuevas acciones emitidas por la sociedad, en proporción al número de acciones fideicomitidas. Estas acciones formarán parte del patrimonio del fideicomiso.

Igual procedimiento se seguirá en el caso de que EK, S. A., aumentara su capital por capitalización de las reservas constituidas con posterioridad a la fecha de este contrato, así como una revaluación de activo o cualquier otro procedimiento que traiga como consecuencia un aumento que no implique nuevas aportaciones a la sociedad.

El Fideicomisario tendrá sobre las acciones precisadas en el inciso 6 a) y b), todos los derechos mencionados en esta cláusula para ejercerlos en la forma prescrita.

B. Que el Fiduciario devuelva a la Fideicomitente las acciones patrimonio del fideicomiso, al extinguirse éste de acuerdo con la cláusula décima.

SEPTIMA. En el ejercicio de sus funciones, el Fiduciario tendrá plenos poderes y facultades para llevar a cabo lo siguiente:

a) Previas instrucciones específicas dadas por escrito por el Fideicomisario, expedir la certificación necesaria o entregar los documentos requeridos en su caso para que el Fideicomisario pueda ejercer los derechos objeto de la cláusula sexta.

b) Ejercer todos los derechos y acciones que se deriven de los bienes fideicomitidos, por medio de su legítimo representante o apoderado nombrado al efecto, pero sin desvirtuar el propósito de la cláusula sexta de este contrato.

OCTAVA. El Fideicomisario está obligado a inscribirse en el Registro Federal de Causantes, al establecerse esa obligación

en relación con la percepción de dividendos, debiendo proporcionar al Fiduciario el número de registro que se le haya asignado, para todos los efectos legales a que hubiere lugar.

NOVENA. "ART. 46. A las instituciones o departamentos fiduciarios les estará prohibido:

...
II. Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen, o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del Artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomienda.

Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al Fideicomitente o Fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.

Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, no producirá efecto legal alguno.

En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertará en forma notoria, esta fracción y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión;..."

DECIMA. Este fideicomiso tendrá la duración que para los de su clase señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Se extinguirá este fideicomiso en cualquiera de los casos previstos por el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con excepción de lo previsto en la fracción VI, ya que tiene el carácter de irrevocable.

Especialmente, se extinguirá el fideicomiso en el momento en que el señor Blanco deje de prestar sus servicios a EK, S. A., por

cualquier causa, incluyendo el despido injustificado, renunciando expresamente desde ahora el señor Blanco a cualquier acción civil o mercantil que pudiera tener en contra de EK, S. A., con motivo de la terminación de este contrato por cualquier causa.

Al surgir alguna causa para dar por terminado el fideicomiso, se seguirá el siguiente procedimiento:

a) La Fideicomitente o el Fideicomisario notificarán por escrito al Fiduciario inmediatamente.

b) La Fideicomitente notificará inmediatamente a los auditores externos de EK, S. A. Estos determinarán y harán saber a las partes el valor que tengan en libros las acciones, computado al final del mes anterior en que haya surgido la causa para dar por terminado el Fideicomiso.

Para determinar el valor de las acciones, los auditores usarán las prácticas de contabilidad que EK, S. A., use normalmente y dispondrá de un término de 30 (treinta) días, a partir de haber sido notificados por la Fideicomitente, tanto para determinar el valor de las acciones como para comunicarlo por escrito a los contratantes.

c) Al ser notificado por los auditores externos, la Fideicomitente tendrá 30 (treinta) días para decidir y notificar al Fiduciario si desea o no cubrir al Fideicomisario, o a quien represente sus derechos, el importe de las acciones. De ser afirmativa su decisión, deberá depositar el importe con el Fiduciario al momento de comunicárselo.

d) El Fiduciario tendrá cinco días, a partir de la fecha en que la Fideicomitente le comunique su decisión para hacer lo siguiente:

1) Si la Fideicomitente decidió cubrir el valor en libros de las acciones, el Fiduciario recibirá el dinero de la Fideicomitente, lo entregará al señor Blanco o a quien represente sus derechos, cancelará cualquier limitación que aparezca en las acciones, patrimonio del fideicomiso por razón del mismo y las entregará en propiedad a la Fideicomitente.

2) Si la Fideicomitente decide no cubrir al Fideicomisario, o a quien represente sus derechos, el valor de las acciones, el Fiduciario hará la cancelación mencionada en el inciso d) 1) de esta cláusula y las entregará en propiedad al Fideicomisario o a quien represente sus derechos.

DECIMA PRIMERA. El Fiduciario percibirá de la Fideicomitente, por concepto de honorarios las siguientes cantidades:

a) Por aceptación del cargo, la cantidad de \$ 500.00 M. N.

b) Una cantidad igual al $\frac{1}{2}\%$ anual, calculado sobre el valor nominal de las acciones afectas en fideicomiso, pagadero por semestres vencidos.

Una vez que se haya presentado alguna causa para dar por terminado el fideicomiso y que la Fideicomitente haya cumplido con las obligaciones contraídas en la cláusula décima, este último liquidará al banco todos los gastos y honorarios incurridos hasta esa fecha, dándose por terminada la intervención del Fiduciario por cuenta de la Fideicomitente.

Si a partir de la fecha mencionada en el párrafo anterior, sigue prestando sus servicios el Fiduciario porque el Fideicomisario no recoja ya sea las acciones o el importe de las mismas, los honorarios y gastos del banco incurridos por esta causa, los cubrirá el mismo Fideicomisario.

DECIMA SEGUNDA. La Fideicomitente se reserva el derecho de designar en cualquier momento nuevo Fiduciario si así lo considera conveniente, sin el consentimiento del Fideicomisario.

Si el Fiduciario cesare en el cargo por estar incapacitado o por no poder continuar desempeñándolo por cualquier otra causa, la Fideicomitente podrá designar un Fiduciario, firmando el correspondiente contrato en términos idénticos al presente documento y si esto no es posible, se harán las modificaciones necesarias por los contratantes, pero sin desvirtuar la generalidad de sus disposiciones ni los derechos y obligaciones del Fideicomisario.

En cualquiera de estos casos, el Banco entregará todos los

bienes que tenga en su poder por su encargo al nuevo Fiduciario y su responsabilidad se limitará a la fecha de esa entrega.

DECIMA TERCERA. Este contrato se regirá por el contenido de sus propias cláusulas y en lo que no esté previsto en ellas por lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en las demás disposiciones legales aplicables, siendo competentes los Tribunales del Partido Judicial de la ciudad de México, para cualquier controversia.

DECIMA CUARTA. Cualquier notificación o aviso que deba efectuarse a las partes contratantes, se hará por escrito y se comunicará a la correspondiente parte de manera indubitable.

Para lo anterior, las partes señalan como sus domicilios los siguientes:

La Fideicomitente:

El Fiduciario:

El Fideicomisario:

Los señores Lief Schlude y Eduardo Villalpando Páez acreditan sus respectivas personalidades con las copias que se agregan a este contrato como anexo.

El presente contrato se firma por los contratantes en la ciudad de México, Distrito Federal, el día 31 de diciembre de 1968.

EL FIDUCIARIO

LA FIDEICOMITENTE

Banco

EK Corporation

EL FIDEICOMISARIO

Josué Nabor Blanco

El contrato de fideicomiso resuelve los problemas laborales y mercantiles por las siguientes razones:

1. No existe relación de trabajo entre el Fideicomitente y el Fideicomisario.

2. Se respeta la prohibición del artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, porque la sociedad no adquiere sus propias acciones.

3. Por el hecho de que las acciones son propiedad fiduciaria del banco, se limita la libre transferabilidad de las acciones, respetando las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles y de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Los dos contratos presentados son los vehículos por medio de los cuales las sociedades anónimas mexicanas pueden adoptar planes de incentivo para sus empleados, utilizando sus propias acciones.

Se les debe de considerar como compensación adicional, a pesar de que el empleado compra las acciones, por dos razones fundamentales:

a) El aumento del valor de las acciones en el mercado o en libros, se encuentra íntimamente ligado con el trabajo que desarrolle el alto empleado. Es precisamente este aumento, lo que servirá como compensación adicional y de no ser accionista no participaría del fruto de sus esfuerzos.

b) El alto empleado recibirá dividendos, suponiendo que la empresa siga operando con éxito. Otra ventaja que sólo tienen aquellos que forman parte de la sociedad.

Estas dos razones justifican la adopción de las opciones en nuestro medio, teniendo en cuenta que una sociedad capitalista en desarrollo, como la nuestra, necesita gente que se interese en el crecimiento de la empresa para la cual trabaja.

Conclusiones

1. Las opciones para otorgar compensación adicional a los altos empleados en Estados Unidos de América, tuvieron su origen en la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1950 y 1954 que les dio un tratamiento fiscal favorable.

2. La reforma de 1964 a la Ley del Impuesto sobre la Renta de Estados Unidos, trató de eliminar el refugio que se había

creado para los altos empleados, quienes evadían en gran parte el pago de dicho impuesto.

3. A pesar de la reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta, hoy en día las opciones siguen creciendo en popularidad, si no en importancia.

4. La existencia de las opciones tiene tres razones fundamentales en Estados Unidos de América:

a) Que el alto empleado se considere parte de la empresa para la cual trabaja.

b) Que el alto empleado reciba compensación adicional.

c) Que la sociedad pueda retener al alto empleado.

5. Desde el punto de vista de nuestra legislación, la opción no reúne todos los requisitos prescritos por los artículos 1794 y 1795 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales vigente, por lo que habrá que adaptarla si se desea su implantación en México.

6. Las opciones son de naturaleza mercantil, en los términos del artículo 75, fracción III, del Código de Comercio vigente.

7. Para adaptar los planes de incentivo en nuestro medio, se tienen que resolver tres problemas primordiales:

a) Las sociedades mexicanas tienen prohibido adquirir sus propias acciones.

b) La opción americana restringe la transferabilidad de las acciones.

c) La Ley Federal del Trabajo considera cualquier prestación adicional otorgada al empleado como parte de su salario.

8. Se resuelven los tres problemas anteriores, desvinculando la operación de las acciones del contrato de trabajo.

9. La operación de las acciones se maneja en la siguiente forma:

a) Mediante acciones de tesorería.

b) Que un accionista, por su propio derecho, celebre un contrato de usufructo de acciones directamente con el alto empleado.

c) Que un accionista, por su propio derecho, a través de una

institución fiduciaria, celebre un contrato de fideicomiso de acciones, en el que el alto empleado sea el fideicomisario.

10. Las ventajas de las soluciones b) y c) son de que no existe la relación laboral entre el accionista y el alto empleado; se respeta la prohibición del artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles porque la sociedad no adquiere sus propias acciones; la naturaleza misma de los contratos restringe la transferabilidad de las acciones, sin violar la Ley General de Sociedades Mercantiles y la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

11. Se justifica la adopción de estos planes incentivos en México, porque aumentaría la producción de las empresas y, en consecuencia, se lograría la superación económica de algunos trabajadores mexicanos que redundaría en beneficio de la economía del país.

BIBLIOGRAFIA

- Ballantine on Corporations*, Chicago, Illinois, 1946.
- BARRERA GRAF, JORGE, *Tratado de Derecho Mercantil*, México, 1957.
- BORJA SORIANO, MANUEL, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, México, 1962.
- CERVANTES AHUMADA, RAÚL, *Títulos y Operaciones de Crédito*, México, 1964.
- FORKOSCH, MORRIS D., *A Treatise on Labor Law*, Indianápolis, Ind., 1965.
- GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1936.
- LOZANO DE J. ANTONIO, *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*, Tomo I, México, 1899.
- MANTILLA MOLINA, ROBERTO L., *Derecho Mercantil*, México, 1965.
- MANTILLA MOLINA, ROBERTO L., *Apuntes sobre las Acciones de las Sociedades Mercantiles*, México, 1951.
- POLO, ANTONIO, *Leyes Mercantiles y Económicas*. (Código de Comercio Español), Tomo I, Madrid, 1956.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, JOAQUÍN, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, Tomos I y II, México, 1959.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo III (Teoría General de las Obligaciones), México, 1967.
- TENA, FELIPE DE J., *Derecho Mercantil Mexicano*, Tomo I. México, 1944.

LEGISLACION

- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.*
Código de Comercio.
Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.
Internal Revenue Code of 1954.
Ley General de Sociedades Mercantiles.
Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley General de Instituciones de Seguros.
Nueva Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.
Regulations to Internal Revenue Code of 1954.

JURISPRUDENCIA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (1917 - 1954), México.

DECISIONES AMERICANAS

Abraham Rosenberg, 20 TC 5 (1953).
Arentsen v. Sherman Towel Service Corporation. et. al., 185 N. E. 822, 352
Ill. 327. (1933).
Commissioner v. Smith, 324 US 177 (1945).
Delbert v. Gesseman, 38 BTA 258 (1938).

OTRAS REFERENCIAS

AFLCIO. *The Stock Option Scandal* (1959).
H. R. Rep. No. 749 (1963).
Corpus Juris Secundum, Vols. 18 y 19.
Industrial Relations Counselors Inc., *Restricted stock options: the intent and
the controversy*, N. Y., N. Y., 1963.
MAIN, JEREMY, *An Expanding Executive Pay Package*. (1968).
Message from the President of United States, January 24, 1963.
MEYER, MILTON, *Stock Options: How the 1964 Act Changes Corporate Option
Planning* (1965).
S. Rep. No. 830 (1964).