

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL**

**“EL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS
INSTITUCIONES DE SEGUROS”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
RUFINO RAMOS SALINAS

MÉXICO, D. F.

2011



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

DR. ISIDRO AVILA MARTINEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

PRESENTE.

El alumno: **RAMOS SALINAS RUFINO**, realizó bajo la supervisión del **SUSCRITO**, el trabajo titulado: **"EL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS INSTITUCIONES DE SEGUROS"**, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El trabajo realizado por dicho alumno reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Atentamente.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, a 27 de Junio del año 1998

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO

DIRECTOR

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumna.
AFMP*/mrc.

100 UNAM
UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE MEXICO
1910 2010

ESTE TRABAJO ESTÁ DEDICADO A LA

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**POR TODO LO QUE HA SIGNIFICADO
EN MI PASADO, EN MI PRESENTE Y
POR LO QUE HABRÁ DE SIGNIFICAR
EN MI FUTURO.**

G R A C I A S

**AL SR. BENITO RAMOS, EL
MEJOR DE MIS MAESTROS.**

**A MI ESPOSA, MARU FERNÁNDEZ Y
A MIS HIJOS ALONSO, DANIEL Y
NATALIA, POR ELLOS ME SIENTO
EN LA PLENITUD DE MI EXISTENCIA.**

**A MI MADRE,
SRA. OFELIA SALINAS.**

**A MIS ENTRAÑABLES AMIGOS: ABRAHAM
JARAMILLO Y DAVID FERNÁNDEZ.**

**AL DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL
DR. ALBERTO FABIÁN MONDRAGÓN PEDRERO, QUIEN DIO
LUZ A MI CAMINO Y ME AYUDÓ A QUITAR LA DOLOROSA Y
LACERANTE “PIEDRA DEL ZAPATO”.**

R E C O N O C I M I E N T O

MI GRATITUD Y RECONOCIMIENTO DE SIEMPRE AL SISTEMA MAPFRE EN GENERAL Y DE MANERA ESPECIAL A LA INSTITUCIÓN ASEGURADORA MAPFRE TEPEYAC, S.A. A QUIEN LE DEBO LO QUE SOY Y LO QUE HE SIDO TANTO EN EL ÁMBITO PERSONAL COMO EN EL PROFESIONAL.

TAMBIÉN DESEO HACER PATENTE MI RECONOCIMIENTO, MI RESPETO Y AMISTAD A SU EQUIPO DIRECTIVO Y ESPECIALMENTE AL LIC. ALFREDO BONIFAZ, SECRETARIO GENERAL Y DIRECTOR JURÍDICO DE MAPFRE TEPEYAC, S.A.

EL APOYO PERSONAL Y PROFESIONAL DEL LICENCIADO BONIFAZ HA SIDO DETERMINANTE PARA QUE ESTE TRABAJO HUBIESE VISTO SU CULMINACIÓN.

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN	I
Capítulo Primero. La Administración de las Sociedades Mercantiles	1
1. Concepto de Sociedad Mercantil	1
2. Constitución de la Sociedad Mercantil	7
3. La Sociedad Anónima	12
3.1 Asambleas	16
3.2 Administración	22
3.3 Vigilancia	27
Capítulo Segundo. Las Sociedades Mercantiles y su vinculación con el Mercado de Valores	32
1. Concepto	32
2. La Sociedad Anónima Bursátil	39
2.1 Asambleas	44
2.2 Administración	51
2.3 Vigilancia	63
3. Soporte Jurídico en la Ley de Mercado de Valores	67
4. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores	71
5. Otras Autoridades Reguladoras	73
Capítulo Tercero. Instituciones de Seguros	75
1. Concepto	75
2. Organización	80
3. Operación	84
4. Administración	105
5. Responsabilidades de los Administradores	113
6. La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas	117
7. Otras Autoridades Reguladoras	122
Capítulo Cuarto. Instituciones de Fianzas	131
1. Concepto	131
2. Organización	133
3. Operación	137
4. Administración	161
5. Responsabilidades de los Administradores	171
6. La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas	175

7. Otras Autoridades Reguladoras	178
Capítulo Quinto. Códigos de Buen Gobierno en las Instituciones de Seguros	182
1. El Buen Gobierno Corporativo	182
2. Los Códigos de Buen Gobierno	204
3. Beneficios de su aplicación. Responsabilidad social corporativa	209
4. El caso de MAPFRE	214
Propuestas	229
Conclusiones	231
Bibliografía	235

INTRODUCCIÓN

El Gobierno Corporativo en las Instituciones de Seguros, tema que constituye el objeto del presente trabajo, ha cobrado auge y vigencia en la actualidad, más aún considerando que hoy en día ha ganado relevancia en el ámbito empresarial, no por ser nuevo, sino por hacerse cada vez más necesario. Así, por ser relevante para la empresa, lo es para la sociedad en su conjunto. La empresa se ha convertido en una verdadera institución de la sociedad. Su protagonismo en la vida cotidiana es definitivo en virtud de que, hasta hoy, ha probado ser la forma más eficaz para atender las necesidades humanas.

El buen gobierno de las organizaciones constituye un elemento importante para el desarrollo del sector privado y, por lo tanto, para el combate a la pobreza. Permite el necesario acceso al capital para que los proyectos puedan crecer a tasas más aceleradas y con horizontes más ambiciosos. Optimiza la administración de riesgos fomentando que directivos, consejeros y empleados, así como la comunidad de inversionistas participen colegiadamente en la estrategia a largo plazo. Además, aumenta la productividad y la competitividad y apoya la lucha contra la corrupción en todos los sectores de la sociedad.

Las instituciones de seguros, como parte del sector financiero del país, han dado muestra de activa participación en el tema de Gobierno Corporativo. En este trabajo se presentan ejemplos de ello. Cabe destacar la publicación del documento denominado *Buenas Prácticas en las Instituciones de Seguros* elaborado por La Dirección para Asuntos Financieros y de Empresas de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), en donde se establecieron las Normas para la Buena Práctica en la Administración de Reclamación de Seguros, mismas que fueron adoptadas por el Consejo de la OCDE el 24 de noviembre de 2004.

De esta manera, el Seguro como institución, prospera mejor dentro de una sociedad en la cual las relaciones legales están bien organizadas, las

conocen todos y se imponen con imparcialidad. Un sistema de justicia imparcial es básico para un programa fuerte de seguro, pues su mecanismo se hace efectivo, generalmente, a través de un contrato legalmente imponible. El seguro no puede prosperar donde las influencias políticas, las guerras o revoluciones frecuentes, la deshonestidad de la gente perturban la vigencia del sistema jurídico o el ejercicio de la ley. El seguro tampoco puede prosperar cuando los encargados de dar viabilidad a la empresa: inversionistas, consejeros, directivos, administradores y empleados actúan con desapego a la normatividad vigente y a los principios de Buen Gobierno Corporativo, cuyos elementos se analizan en el presente estudio.

Un instrumento fundamental del Buen Gobierno Corporativo, lo constituyen los códigos de conducta empresarial, mismos que se sustentan en normas que descansan sobre una base moral y ética adoptada en forma voluntaria por la administración de la empresa. Se nutren de valores aceptados como válidos en la sociedad y con ello cuidan su prestigio. También afirman el sentido de responsabilidad social de la empresa y educan sobre el cumplimiento de la ley, la evaluación de riesgos y la conciencia anticorrupción. Inhiben la posibilidad del fraude.

Por otra parte, en lo que respecta a su contenido, el presente estudio consta de cinco capítulos, además de un apartado de Propuestas y uno más de Conclusiones.

El capítulo Primero se denomina: “La Administración de las Sociedades Mercantiles”; en él, se establece el concepto de “Sociedad Mercantil” y su constitución; además, debido a su notable influencia en el sector empresarial, se da preeminencia a la Sociedad Anónima y a la manera en que se constituye, administra y vigila.

El capítulo Segundo: “Las Sociedades Mercantiles y su vinculación con el Mercado de Valores”, se refiere a la Ley del Mercado de Valores y se hace énfasis en la Sociedad Anónima Bursátil y a su Asamblea, Administración y Vigilancia. También, se realiza un análisis de la Comisión Nacional Bancaria y

de Valores y de otras autoridades reguladoras, como el Banco de México y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

“Instituciones de Seguros” e “Instituciones de Fianzas” son los títulos de los capítulos Tercero y Cuarto, respectivamente, en los que se realiza un análisis de la naturaleza, objeto y misión de la empresa de seguros y de la empresa de fianzas, así como también se incursiona en su organización, operación y administración. En ambos capítulos se otorga especial relevancia a la Responsabilidad de los Administradores y a los deberes de diligencia y de lealtad que forman la esencia de sus funciones. Así también, se estudian la naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y de otras autoridades reguladoras, tales como la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cabe destacar la importancia que en ambos capítulos se concede al objeto y esencia de las empresas aseguradoras y afianzadoras: el contrato de seguro y el contrato de fianza, respectivamente. Por ello, se revisa con amplitud su concepto, contenido, sujetos que intervienen y elementos que lo integran.

En lo que concierne al capítulo Quinto: “Códigos de Buen Gobierno en las Instituciones de Seguros”, se analiza el concepto de “Buen Gobierno Corporativo”, así como los Códigos de Buen Gobierno; qué son y cuáles son sus componentes básicos: los valores y principios de buena fe, la ética y la moral; la honradez empresarial, las decisiones colegiadas y nuevamente, la lealtad para con la propia organización, con sus accionistas, empleados, proveedores, clientes e incluso para la competencia.

En el capítulo que se comenta, también se estudia, cuáles son los beneficios de la aplicación del Buen Gobierno Corporativo y la Responsabilidad Social Corporativa, considerada como la clave del Buen Gobierno de la Empresa, entendida como la necesaria equidad en sus relaciones con los distintos grupos de interés que confluyen en la empresa: accionistas,

empleados, clientes, proveedores, competidores, y la sociedad en general, incluyendo la protección al medio ambiente (en inglés a todo este conjunto se le denomina *stakeholders*). Considero que es parte esencial del Buen Gobierno de la Empresa, ya que no parece coherente que una empresa presuma de buen gobierno, y mantenga o tolere irregularidades o abusos en sus relaciones con sus *stakeholders* cuyos derechos e intereses son tan importantes como los de los accionistas, a los que fundamentalmente se refieren los Códigos de Buen Gobierno.

Asimismo, en el capítulo en cuestión se explica el caso de MAPFRE (Mutualidad de la Agrupación de Propietarios de Fincas Rústicas de España), Institución Aseguradora que se encuentra a la vanguardia en el tema del Buen Gobierno Corporativo, pues su órganos de gobierno han sentido tradicionalmente una especial preocupación por estos asuntos, por lo que han acuñado desde hace tiempo un conjunto de principios y normas que se han ido adaptando a los cambios estructurales experimentados durante su vida social, y que han acreditado su eficacia en el devenir de los años.

En este sentido, me permito subrayar que lo importante son las tendencias, las orientaciones, los nuevos caminos y el poder comprobar que en el ámbito empresarial, social y político se están desarrollando interesantes iniciativas no deja de ser esperanzador.

Es evidente que estos procesos de cambio en la forma de pensar y de actuar en las diversas organizaciones públicas o privadas (solidaridad, ética, compromiso con el medio ambiente, etcétera), obedecen a procesos más o menos lentos y paulatinos y exigen la implicación de toda la sociedad, encabezada por sus representantes políticos, sindicales, religiosos, deportivos, artísticos y culturales.

Capítulo Primero

La Administración de las Sociedades Mercantiles

1. Concepto de Sociedad Mercantil

A efecto de conocer con mayor precisión el significado y alcance de la sociedad mercantil, considero necesario analizar en primera instancia la definición de los términos “empresa” y “empresa mercantil”; para luego estar en aptitud de adentrarnos con mayor rigor al estudio del tema que nos ocupa.

Empresa, en su sentido gramatical da la noción de la realización de una acción que conlleva algún riesgo, esfuerzo especial o cierta dificultad. Por lo tanto, “emprender” significa: “Empezar o dar principio a una obra o empresa, en especial, cuando exige esfuerzo o riesgo”.¹

Por otra parte, al analizar la connotación jurídica de este término, observo que no existe una definición legal al respecto, sin embargo, como toda actividad humana, este ente se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico mexicano.² Sobre el particular, los autores Soyla León Tovar y Hugo González García señalan: “No hay que perder de vista que la economía generó la concepción de empresa y que este fenómeno económico, al tener consecuencias jurídicas, ha sido trasladado al derecho. Como tal, sea pública o privada, la empresa “necesita” de una estructura jurídica que la cubra, ya que alrededor de ella habrá siempre derechos que ejercitar y obligaciones que cumplir. Desde el punto de vista jurídico aún no hay un concepto preciso de la empresa, y es de temer que nunca lo haya. Por otra parte, es de advertir que la conceptualización de la empresa está en constante evolución, de ahí que el

¹ Foronda Eladio, Pascual (Coordinador General), “El Pequeño Larousse Ilustrado”, 13ª. ed., Editorial Larousse, México, 1994, pág. 380.

² Cabe aclarar que el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo, nos da una definición de “empresa”, pero ésta se entiende únicamente para efectos de las relaciones existentes entre trabajador y patrón, como a continuación se transcribe: “Para efectos de las normas de trabajo, se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa”.

derecho, a pesar de llevar muchos años “cortejándola”, no ha logrado tomar plena posesión de ella”.³

Al respecto, Rafael de Pina Vara, establece: “La empresa como figura jurídica, es un concepto problemático. No existe, de hecho, una definición legal que la englobe en su complejidad. Nuestra legislación mercantil no reglamenta a la empresa en forma orgánica, sistemática, considerada como unidad económica. Se limita a regular en forma particular algunos de sus elementos (por ejemplo: las obligaciones fiscales, las obligaciones laborales, las marcas, las patentes, etc.)”.⁴

En este sentido, el maestro Jorge Barrera Graf indica: “La empresa o negociación mercantil es una figura de índole económica, cuya naturaleza intrínseca escapa al derecho. Su carácter complejo y proteico, la presencia de ella de elementos dispares, distintos entre sí, personales unos, objetivos o patrimoniales otros, como son su titular (el empresario), que tanto puede ser un individuo, como una sociedad, un organismo estatal o una sociedad controlada por el Estado (en las empresas públicas), y un personal heterogéneo y variable con diferente grado de vinculación con aquél; la presencia de un patrimonio o sea, la hacienda, compuesto de bienes, derechos y obligaciones de índole varia; la existencia de relaciones propias y exclusivas de ella, como la clientela, la llamada propiedad comercial, el aviamiento, o sea, la actividad intelectual y hasta moral del empresario, así como ciertos derechos como los de la propiedad inmaterial (nombre comercial, patentes, marcas), y un régimen tuitivo propio, que prohíbe y sanciona la competencia desleal y que establece límites a su concurrencia en el mercado, hace de la empresa una institución imposible de definir desde el punto de vista jurídico”.⁵

³ León Tovar, Soyla y González García, Hugo, “Derecho Mercantil”, 1ª. ed., Editorial Oxford, México, 2010, pág. 304.

⁴ De Pina Vara, Rafael, “Elementos de Derecho Mercantil Mexicano”, 31ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2008, pág. 27.

⁵ Barrera Graf, Jorge, “Instituciones de Derecho Mercantil”, 2ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2010, pág. 81.

En consecuencia, una vez que ha quedado establecida la imposibilidad de establecer un concepto jurídico, puro y simple de la noción de empresa, debido a la complejidad de los múltiples factores y componentes que la integran, es factible ceñirnos a la idea de “empresa mercantil”, cuya definición doctrinaria es coincidente entre los diversos autores especialistas en la materia. Así, el autor en cita nos indica: “La empresa o negociación mercantil es una figura esencial del nuevo derecho mercantil, que consiste en el conjunto de personas y cosas organizadas por el titular, con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente lucrativa de producción o de intercambio de bienes o de servicios destinados al mercado”.⁶

“Se trata, en primer lugar, del titular de la negociación y de la organización que impone a ella el empresario; en segundo lugar, de un conjunto organizado de personas y de bienes y derechos, e inclusive de obligaciones que aquel asume; en tercer lugar, de una actividad de carácter económico (producción y distribución de bienes, prestación de servicios); y en cuarto, que va dirigida o está destinada al mercado, o sea, al público en general”.⁷

En igual sentido se pronuncia Rafael de Pina Vara, cuando dice: “La realización de actos de comercio presupone la función de aportar al mercado general de bienes o servicios, con fines de lucro. Esta actividad es realizada por el comerciante –individual o social- a través de la organización de los elementos patrimoniales y personales necesarios elementos que en su conjunto integran su *empresa*. De aquí la definición de carácter económico: la empresa es la organización de una actividad económica que se dirige a la producción o al intercambio de bienes o servicios para el mercado. Marassi ha dicho, en el mismo sentido, que la empresa es la organización profesional de la actividad económica del trabajo y del capital tendiente a la producción o al cambio”.⁸

⁶ Ibidem, pág. 82.

⁷ Ibidem, pág. 83.

⁸ De Pina Vara, Rafael, ob. cit., pág. 27.

Para concluir las referencias a la empresa mercantil, los precitados autores León Tovar y González García también proponen una definición en la que prácticamente se contienen de manera abreviada los elementos señalados con anterioridad, como a continuación se transcribe: “Del análisis realizado de una serie de conceptos expuestos por varios autorizados tratadistas y iusperitos, resulta que cada uno de ellos propone datos y elementos de la más diversa naturaleza; sin embargo, existe una sistemática coincidencia en lo referente a dos pilares: organización y finalidad. Junto con ellos aparecen también los términos producción, bienes, actividad, económico(a).”⁹

“En consecuencia, consideramos que empresa es el conjunto organizado e integral de elementos objetivos y subjetivos bajo cohesión jurídica, orientados hacia una actividad económica para la producción, circulación o consumo de satisfactores en un mercado determinado”¹⁰

Ahora bien, una vez que se ha establecido qué es, en qué consiste y cuál es la función de la empresa mercantil, me referiré a la relación que ésta guarda con la sociedad mercantil, ya que existe confusión entre ambas figuras y pareciera que son términos sinónimos, cuya ambigüedad surge precisamente porque aún no se consigue determinar el real significado de la empresa. Al respecto, es pertinente dejar asentado que “... la empresa carece de personalidad jurídica. De esta afirmación resulta que la sociedad es titular de la empresa. Dicha titularidad le otorga a aquella el carácter de empresario. El empresario es el sujeto de derecho capaz de asumir derechos y obligaciones, que si bien nacen y se formalizan en nombre de la sociedad, se proyectan generalmente sobre la empresa. (...) La empresa no constituye una persona jurídica; esto es, no tiene una personalidad jurídica propia. De hecho, el artículo 25 del Código Civil Federal, que reconoce a las personas morales, no se refiere a las empresas, sino en todo caso, a las sociedades mercantiles...”¹¹

⁹ León Tovar, Soyila y González García, Hugo, ob. cit., pág. 307.

¹⁰ Ídem.

¹¹ León Tovar, Soyila y González García, Hugo, ob. cit., págs. 316 y 317.

Una vez realizadas estas consideraciones, es menester abordar el concepto de “sociedad mercantil” y encontramos que la Ley General de Sociedades Mercantiles (en lo subsecuente LGSM), no define lo que es una sociedad mercantil; sólo determina en el artículo 4 que se reputan mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas por la ley, o sea, que adopten cualquier denominación consagrada por el artículo 1º. del mencionado ordenamiento, a saber: sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad en comandita por acciones, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima y sociedad cooperativa. Esto significa que únicamente tienen existencia legal las sociedades que expresamente reconoce la LGSM, de tal manera que quienes estén interesados en formar una sociedad mercantil, necesariamente tendrían que hacerlo bajo los tipos ya mencionados, pues cualquier otra forma de organización que no se ajuste a alguna de las estructuras que reconoce el texto legal, tendría el efecto de un reconocimiento de sociedad irregular.

En este orden de ideas, para determinar el concepto de sociedad mercantil, debemos establecer en primer lugar el concepto de sociedad, que de manera coloquial nos da la idea de la unión de individuos con un fin común.

“En términos muy generales, la sociedad puede ser definida como una agrupación de personas, permanente o transitoria, voluntaria u obligatoria, la cual se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, y a la que el derecho atribuye o niega personalidad jurídica”.¹²

El sentido amplio del concepto sociedad, nos lleva a determinar que existen sociedades civiles y sociedades mercantiles, dependiendo del fin para el cual se formó la sociedad. Así, el artículo 2688 del Código Civil Federal indica: “Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial”. (El subrayado es nuestro).

¹² García Rendón, Manuel, “Sociedades Mercantiles”, 2ª. ed., Editorial Oxford, México, 1999, pág. 3.

“Si el aspecto económico llega a ser preponderante en la finalidad perseguida en común, no puede realizarse mediante el tipo de la asociación civil. Entre los diversos fines de carácter económico debe distinguirse conforme a la legislación mexicana aquellos que constituyan una especulación comercial de los que no tienen esta característica (...) Si varias personas conviene en cultivar en común un terreno, se propondrán un fin que, de acuerdo con nuestra legislación, no podría calificarse de especulación mercantil, y que, sin embargo, tiene un contenido propiamente económico: la agrupación será entonces una sociedad civil”.¹³

Como se mencionó, en los diversos cuerpos normativos, se encuentran delimitadas y reguladas ambas figuras, la sociedad civil y la sociedad mercantil. En este sentido, Jorge Barrera Graf establece que aquéllas están regidas por el derecho común; es decir, por el Código Civil de cada entidad federativa; se trata de una materia reservada a los Estados por la Constitución de acuerdo con el artículo 124; en cambio, las sociedades mercantiles, están regidas por leyes federales. La principal de éstas es la LGSM, como ordenamiento de carácter general en materia de sociedades.¹⁴

De lo anterior se infiere que si la sociedad civil encuentra sustento en la legislación civil, la sociedad mercantil tiene su fundamento en las disposiciones que rigen la actividad comercial.

“La sociedad mercantil ha sido definida por la doctrina de muy distinto modo. Citaremos, como ejemplo, la definición de Uria, quien considera que la sociedad mercantil es la asociación de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual participando en el reparto de las ganancias que se obtengan.”¹⁵

¹³ Mantilla Molina, Roberto, “Derecho Mercantil”, 24ª. ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1986, pág. 187.

¹⁴ Barrera Graf, Jorge, ob. cit., pág. 253.

¹⁵ De Pina Vara, Rafael, ob. cit., pág. 54.

“... puede definirse a la sociedad mercantil como el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para alguno de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley mercantil”.¹⁶

“... entendemos por sociedad mercantil, una persona jurídica colectiva formada por dos o más personas físicas o naturales y que también pueden ser colectivas, organizadas para realizar lícitamente actos de comercio, con objeto de obtener una ganancia y cumpliendo con los requisitos que en primer lugar señala la Ley General de Sociedades Mercantiles y en otras leyes mercantiles especiales”.¹⁷

2. Constitución de la Sociedad Mercantil

“La constitución de la sociedad crea un nuevo sujeto jurídico: la persona social, al mismo tiempo que engendra derechos y obligaciones de los que son titulares las partes que en dicha constitución intervienen, derechos y obligaciones cuyo conjunto forma el estado o calidad de socio. Para que se produzca la plenitud de estos efectos precisa la observancia de ciertas formas y requisitos, cuya omisión acarrea la irregularidad de la sociedad”.¹⁸

“En este tema de la formación o constitución de las sociedades debe considerarse y examinarse tres etapas distintas del proceso relativo, cada una de las cuales plantea problemas jurídicos propios, y que culminan con el perfeccionamiento del contrato social. Posterior a dicha culminación surge una nueva fase, la de mayor importancia en la vida de la sociedad y aquella para cuya consecución ésta se constituyó, a saber, el funcionamiento del nuevo ente. A pesar de que esta última fase es posterior a aquella relativa a su constitución ambas están vinculadas inescindiblemente, de tal manera que resulta impensable el funcionamiento sin la constitución, y tampoco ésta, sin el cumplimiento de la finalidad social (el fin común de los socios). Las primeras

¹⁶ Mantilla Molina, Roberto, ob. cit. pág. 188.

¹⁷ Acosta Romero, Miguel, “Nuevo Derecho Mercantil”, pág. 269, citado por León Tovar, Soyila y González García, Hugo, ob. cit., pág. 345.

¹⁸ Mantilla Molina, Roberto, ob. cit. pág. 207.

etapas pueden considerarse y explicarse como manifestaciones contractuales: tratos, contrato preliminar y contrato definitivo o perfecto; pero la etapa de funcionamiento no se explica en función y a través del concepto de contrato, sino de un negocio especial de organización. No obstante es cierto que varios de los elementos característicos del negocio social, visto éste en su conjunto, se plantean en la primera fase contractual pero sólo actúan y operan en la segunda fase; nos referimos a la personalidad moral, a las aportaciones de los socios y su correlato, el capital social, y en fin, a todos y cada uno de los órganos sociales. De aquí que al plantearse el problema de la naturaleza jurídica de la sociedad, haya que admitirse que se trata de un negocio *sui generis*, que surge como contrato y al cobrar vida y funcionar, cambia tal estructura para convertirse en un negocio complejo de especiales características”.¹⁹

“Como todo contrato, el de sociedad está siempre precedido de negociaciones y tratos, que pueden frustrarse y no llevar a nada, o bien tener éxito y conducir, ya sea a un contrato preliminar de sociedad, o a la formación del contrato social y a su constitución definitiva. (...) La constitución de la sociedad supone que todos los socios fundadores convengan sobre todos los requisitos y los elementos del contrato social; en las SR,²⁰ a la etapa inicial seguirá la protocolización notarial (art. 5º.), y, finalmente, la inscripción en el Registro de Comercio (art. 2º. párrafo primero). En cambio, en las SI²¹ no opera su inscripción en el Registro de Comercio, y ellas, a través de su fundador o de un representante, se ostentan ante tercero (art. 2º. Párrafo segundo LGSM). En efecto, si una persona (vgr. el promotor), celebra operaciones a nombre de la sociedad, ésta surge y se le atribuye personalidad; y quien o quienes hayan actuado por ella asumen responsabilidad por las operaciones que celebren”.²²

En lo que concierne a la constitución de la sociedad mercantil, desde la perspectiva puramente legal, para fines prácticos me permito transcribir el

¹⁹ Barrera Graf, Jorge, ob. cit., pág. 317.

²⁰ Se refiere a las Sociedades Regulares.

²¹ Se refiere a las Sociedades Irregulares

²² Barrera Graf, Jorge, ob. cit., págs. 318-321.

artículo 6 de la LGSM, en el que se establecen los elementos de la escritura constitutiva:

“Artículo 6. La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

I.- Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad;

II.- El objeto de la sociedad;

III.- Su razón social o denominación;

IV.- Su duración;

V.- El importe del capital social;

VI.- La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización.

Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije;

VII.- El domicilio de la sociedad;

VIII.- La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores;

IX.- El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social;

X.- La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad;

XI.- El importe del fondo de reserva;

XII.- Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente, y

XIII.- Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.

Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma”.

“De la lectura de dicho precepto se deduce que la constitución de la sociedad debe constar en escritura pública y que ésta debe contener el contrato social propiamente dicho y los estatutos. Ahora bien, puesto que se habla de escritura constitutiva, de contrato social y de estatutos, nos parece que, aunque el legislador no hace una distinción clara entre estos tres conceptos, doctrinalmente, al menos, sí se pueden diferenciar uno del otro, como a continuación lo haremos”.²³

Cabe aclarar que aún cuando el autor Manuel García Rendón indica que la constitución de la sociedad debe constar *en escritura pública*, en realidad lo correcto es utilizar la denominación de *documento público*, toda vez que la Ley Federal de Correduría Pública, señala en su artículo 18 la facultad de los Corredores de extender póliza o acta, según el acto o hecho jurídico de que se trate, de modo que dicho ordenamiento literalmente señala: *Póliza es el instrumento redactado por el corredor para hacer constar en él un acto jurídico, convenio o contrato mercantil en el que esté autorizado a intervenir como fedatario. En tanto que Acta es la relación escrita de un hecho jurídico de naturaleza mercantil.*

“El contrato social se forma con las declaraciones y acuerdos entre los socios respecto a los asuntos a que se refieren las primeras siete fracciones del artículo 6 de la LGSM”.²⁴

“Los estatutos son las reglas de organización y funcionamiento de la sociedad, según establece el último párrafo del artículo 6 de la LGSM. Este

²³ García Rendón, Manuel, ob. cit., pág. 113.

²⁴ Ídem.

concepto engloba, además, las reglas concernientes a la disolución y liquidación de la sociedad, pues en estas operaciones deben reglamentarse la integración y funcionamiento de los órganos de liquidación. Los estatutos sociales son connaturales a todo negocio social, de modo que, si se omiten, se aplican supletoriamente las disposiciones de la ley, concernientes a la organización, funcionamiento, disolución y liquidación de cada especie de sociedad (art. 8 LGSM). Esto Significa que los estatutos pueden ser omitidos o modificados. Pero la modificabilidad de los estatutos no es absoluta, por cuanto se rigen por ciertas reglas imperativas de la ley, cuya infracción produce la nulidad de la estipulación que las acuerde. Así, por caso, serán nulos los pactos que disminuyan los *quórumes* de asistencia y votación para las juntas o asambleas de socios o, en general, los que impidan a éstos el ejercicio de sus derechos”.²⁵

En cuanto al documento público o social, Manuel García Rendón continúa señalando: “El derecho notarial reglamente cinco clases de instrumentos públicos, a saber: el protocolo, la escritura pública, el testimonio, las copias certificadas y las actas notariales. (...) Escritura pública es el instrumento que el notario asienta en su protocolo y autoriza con su firma y sello para hacer constar el o los actos jurídicos que en el mismo se contienen. Es el instrumento público notarial que contiene el contrato social y, en su caso, los estatutos que rigen la organización, funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad”.²⁶

En el mismo orden de ideas, respecto del precepto legal que se comenta, el autor Víctor M. Castrillón y Luna establece: “Los estatutos de la escritura de la sociedad se pueden clasificar en tres grupos de cláusulas, a saber; las esenciales, que representan la identidad del ente individual, en cuya ausencia u omisión la sociedad sería nula, por la transgresión a una norma de carácter público y en nuestro derecho se encuentran contenidas en las primeras siete fracciones del artículo 6º de la LGSM; las naturales, que son estipulaciones que en caso de no ser incorporadas, serían suplidas por la

²⁵ García Rendón, Manuel, ob. cit., pág. 119-120.

²⁶ Ibidem, págs. 122-124.

propia ley, de modo que su omisión no produce consecuencia alguna desfavorable para la sociedad y son las que se contienen en las fracciones VIII a la XIII de la propia ley, pero que normalmente son incorporadas como cláusulas, cuyo contenido suele ser transcripción de la propia norma. Finalmente identificamos un tercer grupo de cláusulas a las que llamamos accidentales que se refieren a las estipulaciones que otorguen los socios que sin estar previstas en la ley, siendo lícitas, son también válidas.²⁷

“Por ello, Mantilla Molina señala que pueden distinguirse en el negocio social, como en todo negocio jurídico, cláusulas esenciales, naturales y accidentales y que las primeras son las cláusulas indispensables que permiten subsumir el negocio concreto en una categoría jurídica por ajustarse al concepto de ésta; que cláusulas naturales son aquellas tan acordes con el tipo de negocio correspondiente, que la ley presume su existencia y suple la voluntad de las partes y; que son accesorias las pactadas libremente por las partes para mejor satisfacer sus aspiraciones, que no desvirtúan el tipo de negocio concertado, que son tan variadas como las necesidades y la fantasía de las partes y que serán válidas mientras no contraríen las disposiciones imperativas de la ley”.²⁸

3. La Sociedad Anónima

El artículo 87 de la LGSM señala: “Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones”.

“De dicha definición destacan: a) el uso de la denominación social; b) la limitación de responsabilidad de los socios; y, c) las acciones. Para Joaquín Rodríguez, citado por Soyla León y Hugo González, esta definición es incompleta ya que omite datos necesarios para comprender la verdadera fisonomía de la sociedad anónima, porque se trata de una sociedad mercantil

²⁷ Castrillón y Luna, Víctor M., “Ley General de Sociedades Mercantiles Comentada”, 5ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2010, págs. 28 y 29.

²⁸ Ídem

con denominación, de capital fundacional dividido en acciones, cuyos socios limitan su responsabilidad al pago de las mismas”²⁹

“Se trata de un ente social de enorme importancia que ha servido para el desarrollo de las grandes corporaciones en el mundo entero porque permite la inversión de capitales sin límite alguno y sin mayor responsabilidad para los socios que solamente arriesgan el monto de lo invertido en ellas con la fácil transmisibilidad de la participación accionaria en valores pecuniarios, que bien manejada constituye una fuente de riqueza y que además resulta muy adecuada a las necesidades del capitalismo de nuestra era, que la utiliza de manera constante como el instrumento más idóneo de organización empresarial individual o agrupada”.³⁰

“Joaquín Rodríguez y Rodríguez enfatiza la gran importancia que la sociedad anónima tiene y al efecto señala, “la historia del mundo contemporáneo no puede escribirse sin hacer referencia continua a la sociedad anónima. Casi todas las grandes empresas de la humanidad en los tiempos modernos están vinculadas a estas sociedades. La sociedad anónima representa una forma de organización estable y permanente, pero al mismo tiempo es una sociedad de responsabilidad limitada por lo que los que participan en ella no sienten el temor de las pérdidas ilimitadas que pueden comprometer toda su situación patrimonial y finalmente la división del capital en acciones permite que participen en la sociedad miles de asociados. Sociedad que ha surgido con el albor del capitalismo y con él se ha desarrollado y alcanzado su máximo esplendor como su instrumento más potente en el campo de organización de empresas”.³¹

“Roberto Mantilla Molina, por su parte señala que la sociedad anónima posee una estructura jurídica que la hace especialmente adecuada para realizar empresas de gran magnitud que normalmente quedan fuera del campo de acción de los individuos o de las sociedades tipo personalistas que carecen

²⁹ León Tovar, Soyla y González García, Hugo, ob. cit. pág. 520.

³⁰ Castrillón y Luna, Víctor M., ob. cit., pág. 103.

³¹ Ídem.

de capital suficiente para acometerlos y que permiten obtener la colaboración económica de un gran número de individuos, cada uno de los cuales, ante la perspectiva de una razonable ganancia, no teme arriesgar una porción de su propio patrimonio que unida a la de muchos otros llega a construir una masa de bienes de la magnitud requerida por la empresa que se va a acometer y que por formar un patrimonio distinto de los socios, resulta independiente por completo de las vicisitudes de la vida de ellos y que por otra parte, la fácil negociabilidad del título que representa la aportación del socio, le permite considerarlo como un elemento líquido de su patrimonio, que como tal, fácilmente puede convertirse en dinero”.³²

“Para Joaquín Garrigues son características de la sociedad anónima:

a) La división del capital en acciones incorporadas a títulos de fácil transmisibilidad;

b) El carácter impersonal, en tanto lo que interesa al socio no es su actividad c) sino su aportación patrimonial;

c) La participación de los derechos de los socios proporcionada a la participación del capital;

d) Que se trata de una sociedad de responsabilidad limitada en donde el socio no se obliga frente a la sociedad a responder más que por la cuantía de su aportación, y;

e) Que es una sociedad regida democráticamente (igualdad de derechos y régimen de mayorías”.³³

En cuanto a la constitución de la sociedad anónima, la LGSM, regula a la sociedad anónima de acuerdo con los preceptos que enseguida se transcriben:

³² Ídem.

³³ Ídem.

Artículo 89.- Para proceder a la constitución de una sociedad anónima se requiere:

I.- Que haya dos socios como mínimo, y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos;

II. Que el capital social no sea menor de cincuenta mil pesos y que esté íntegramente suscrito;

III.- Que se exhiba en dinero efectivo, cuando menos el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario, y

IV.- Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario.

Artículo 90.- La sociedad anónima puede constituirse por la comparecencia ante Notario, de las personas que otorguen la escritura social, o por suscripción pública.

Artículo 91.- La escritura constitutiva de la sociedad anónima deberá contener, además de los datos requeridos por el artículo 6º, los siguientes:

I.- La parte exhibida del capital social;

II.- El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 125;

III.- La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones;

IV.- La participación en las utilidades concedidas a los fundadores;

V.- El nombramiento de uno o varios comisarios;

VI.- Las facultades de la Asamblea General y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto las disposiciones legales puedan ser modificadas por la voluntad de los socios.

Artículo 92.- Cuando la sociedad anónima haya de constituirse por suscripción pública, los fundadores redactarán y depositarán en el Registro Público de Comercio un programa que deberá contener el proyecto de los estatutos, con los requisitos del artículo 6º, excepción hecha de los establecidos por las fracciones I y VI, primer párrafo, y con los del artículo 91, exceptuando el prevenido por la fracción V.

3.1 Asambleas

La LGSM, en su artículo 178, enuncia que la asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad y que podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta, y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración, como enseguida se transcribe:

Artículo 178.- La Asamblea General de Accionistas es el Órgano Supremo de la Sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el Administrador o por el Consejo de Administración.

En los estatutos se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de asamblea, por unanimidad de los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto o de la categoría especial de acciones de que se trate, en su caso, tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas reunidos en asamblea general o especial, respectivamente, siempre que se confirmen por escrito. En lo no previsto en los estatutos serán aplicables en lo conducente, las disposiciones de esta ley.

“La declaración legal de que la asamblea es el *órgano supremo* de la sociedad, debe interpretarse en el sentido de que, jerárquicamente, goza de mayores atribuciones que los demás órganos sociales, es decir, que sus resoluciones pueden convalidar o dejar sin efectos las resoluciones de los otros órganos sociales (administradores, gerentes, comisarios) y no en el sentido de

que es un órgano omnímodo, pues sus facultades encuentran su límite en los derechos inderogables de los socios y de terceros, así como en las disposiciones de orden público y las buenas costumbres”.³⁴

“Por lo que se refiere a la ejecución de las resoluciones o acuerdos de la asamblea, tal función debe realizarse por conducto de delegados que, en ciertas circunstancias, actúan como representantes de la sociedad, y no de la asamblea, habida cuenta que ésta carece de personalidad jurídica”³⁵

“Conceptualmente, el término *asamblea* evoca dos ideas: la de un grupo de personas reunidas transitoriamente con un fin determinado y la de la que la reunión fue convocada. Por consiguiente, en el contexto del asunto que estamos tratando y conforme a lo que acabamos de exponer, se puede decir que la asamblea es el conjunto de accionistas legalmente convocados y transitoriamente reunidos para formar y expresar la llamada *voluntad colectiva* de la sociedad, en la resolución de los asuntos que les tiene encomendados la ley o el contrato social”.³⁶

Por su parte, el autor Oscar Vásquez del Mercado menciona que la sociedad expresa su voluntad por medio de la asamblea, que basta ese solo hecho para justificar la existencia de la asamblea. “Si por órgano entendemos aquella institución que forma la voluntad del ente, la asamblea de accionistas, en una sociedad de capitales, es un órgano. Es el órgano deliberante de la sociedad, así como el consejo de administración, al cual se confía la ejecución de los negocios en curso, es el órgano de representación y los comisarios son el órgano de vigilancia.”³⁷

“El control de una sociedad se encuentra en las manos de sus miembros, y por esta razón la asamblea de socios se presenta en la sociedad como el cuerpo supremo de ésta. De ella emanan las decisiones con base en

³⁴ García Rendón Manuel, ob. cit., pág. 357.

³⁵ Idem.

³⁶ Ibidem, pág. 358.

³⁷ Vásquez del Mercado, Oscar, “Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles”, 2ª.ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, pág. 18.

las cuales la sociedad debe gobernarse. Por medio de la asamblea los componentes de la sociedad, es decir, los socios, expresan su voluntad y dirigen la marcha de los negocios. La voluntad que emerge del órgano, esto es, de la asamblea, será la que prevalezca y se imponga a todos los socios. (...) Los accionistas, reunidos en asamblea general, tienen autoridad soberana para estatuir sobre todos los problemas que interesen a la sociedad, dentro de los límites fijados por la ley y por los estatutos”.³⁸

En lo que concierne a las clases de asambleas, la LGSM clasifica las asambleas en constitutivas, generales y especiales y a su vez, clasifica a las generales en ordinarias y extraordinarias.

Asambleas Constitutivas

La LGSM regula la constitución de la asamblea constitutiva para el caso de la suscripción pública, en sus artículos 99, 100 y 101, que por su importancia, se transcriben a continuación:

Artículo 99.- Suscrito el capital social y hechas las exhibiciones legales, los fundadores, dentro de un plazo de quince días, publicarán la convocatoria para la reunión de la Asamblea General Constitutiva, en la forma prevista en el programa.

Artículo 100.- La Asamblea General Constitutiva se ocupará:

I.- De comprobar la existencia de la primera exhibición prevenida en el proyecto de estatutos;

II.- De examinar y en su caso aprobar el avalúo de los bienes distintos del numerario que uno o más socios se hubiesen obligado a aportar. Los suscriptores no tendrán derecho a voto con relación a sus respectivas aportaciones en especie;

III.- De deliberar acerca de la participación que los fundadores se hubieren reservado en las utilidades;

³⁸ Ídem.

IV.- De hacer el nombramiento de los administradores y comisarios que hayan de funcionar durante el plazo señalado por los estatutos, con la designación de quiénes de los primeros han de usar la firma social.

Artículo 101.- Aprobada por la Asamblea General la constitución de la sociedad, se procederá a la protocolización y registro del acta de la junta y de los estatutos.

“Con arreglo a lo dispuesto por el artículo 100, la asamblea constitutiva es competente para comprobar la existencia de la primera exhibición prevenida en el proyecto de estatutos; para examinar y, en su caso, aprobar el avalúo de los bienes distintos de numerario que uno o más socios se hubieren obligado a aportar, en la inteligencia de que los suscriptores del programa no tendrán derecho de votar en relación con sus respectivas aportaciones en especie; para deliberar acerca de la participación que los fundadores se hubieren reservado en las utilidades y para nombrar a los administradores y comisarios, con la designación de quienes, entre los primeros, han de usar la firma social.”³⁹

Asambleas Generales

“Las asambleas generales son aquellas cuyos *quórumes* de asistencia y votación se computan teniendo en cuenta la *totalidad* de las acciones en que se divide el capital social. Estas asambleas se subclasifican en ordinarias y extraordinarias (artículo 179 LGSM). Lo que distingue a unas de otras no es la periodicidad con que deben reunirse, sino la competencia que tiene para ocuparse de diversos asuntos (artículos 180, 181 y 182, fracciones I a XI) o bien, los quórumes de asistencia y votación que la ley o el contrato social exigen para su validez (artículo 182, fracción XII)”.⁴⁰

“La asamblea general ordinaria de accionistas podrá celebrarse en cualquier tiempo, pero, en todo caso, deberá reunirse por lo menos una vez al

³⁹ García Rendón Manuel, ob. cit. pág. 359.

⁴⁰ Ibidem, pág. 360.

año, dentro de los cuatro meses siguientes a la clausura del ejercicio social, y se ocupará, además de cualquier otro asunto incluido en el orden del día, de los siguientes: a) Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores a que se refiere el artículo 172 de la LGSM, tomando en cuenta el informe de los comisarios y adoptar las medidas que juzguen oportunas; b) En consecuencia, tomar las medidas oportunas para la mejor marcha de las operaciones y negocios sociales; c) en su caso, nombrar al administrador único o a los miembros del consejo de administración; d) En su caso, nombrar a los comisarios; e) Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos”.⁴¹

“Para que una asamblea general ordinaria se considere legalmente reunida, deberá estar representada en la misma, cuando menos, la mitad del capital social, y sus resoluciones sólo serán válidas cuando hayan sido adoptadas por la mayoría de los votos presentes. Si la asamblea general ordinaria no pudiere celebrarse en el día señalado para su reunión, se hará una segunda convocatoria, con la expresión de dicha circunstancia, y en la asamblea se decidirá sobre los asuntos indicados en el orden del día, cualquiera que sea el número de las acciones representadas, por mayoría de los votos presentes”.⁴²

Por otra parte, en cuanto a las asambleas generales extraordinarias de accionistas, De Pina Vara continúa señalando: “La LSM (sic) (art. 182) considera que son asambleas generales extraordinarias de accionistas, las que se reúnen para tratar de cualesquiera de los siguientes asuntos: a) prórroga de la duración de la sociedad; b) Disolución anticipada de la sociedad; Aumento del capital social; Reducción del capital social; e) Cambio de “objeto” de la sociedad; f) Cambio de nacionalidad de la sociedad; g) Transformación de la sociedad; h) Fusión con otra sociedad; i) Emisión de acciones privilegiadas; j) Amortización de la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce; k) Emisión de obligaciones; l) En general, cualquiera otra modificación

⁴¹ De Pina Vara, Rafael, ob. cit., pág. 122.

⁴² Idem.

del contrato social y los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exija un *quórum* especial”.⁴³

“Para que una asamblea general extraordinaria se considere legalmente reunida, deberán estar representadas, cuando menos, las tres cuartas partes del capital social, a menos que la escritura constitutiva fije una mayoría más elevada, y las resoluciones serán válidas cuando se adopten por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social”.⁴⁴

Asambleas especiales

“Las asambleas especiales son las que se integran con una categoría especial de accionistas. Deben celebrarse en el domicilio de la sociedad y su constitución y funcionamiento se rigen por las normas comunes a todas las asambleas, en cuanto al domicilio en que deben celebrarse y en lo que toca a su convocatoria, y por las especiales de las asambleas extraordinarias, en lo que concierne a sus quórums de asistencia y votación”.⁴⁵

La LGSM opone al concepto de asamblea general el de asamblea especial.

“Cuando se haya pactado en la escritura constitutiva que el capital social se divide en varias clases de acciones con derechos especiales para cada una, los accionistas que formen cada categoría deberán reunirse para tratar de cualquier proposición que pueda afectar sus derechos. Esto es, la asamblea general no puede adoptar resoluciones que perjudiquen los derechos de una clase o categoría especial de accionistas, sin que éstos, reunidos en asamblea especial, acepten previamente la decisión que afecte sus derechos. Las decisiones de las asambleas especiales deberán ser adoptadas por la mayoría exigida para las modificaciones del contrato social. Esta mayoría se

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ García Rendón Manuel, ob. cit., pág. 360.

computará en relación al número total de acciones de la categoría de que se trate”.⁴⁶

“Las asambleas especiales serán presididas por el accionista que designen los socios presentes. En general, son aplicables a este tipo de asambleas las disposiciones relativas a asambleas generales, en cuanto se refiere a convocatoria, lugar de reunión, representación, actas, etc.”.⁴⁷

3.2 Administración

La administración de la sociedad puede confiarse a una persona, que la ley denomina administrador, o a un grupo de personas, llamado consejo de administración.

“El órgano de administración de la sociedad debe ser desempeñado de manera personal; es temporal, revocable y remunerado, y al mismo corresponde, como ejecutivo que es, por un lado llevar la dirección de los negocios sociales; la administración de la propia sociedad, en donde destaca la necesidad de que se lleve y mantenga un sistema de contabilidad adecuado a las necesidades de la empresa; les corresponde, por un lado, tener la representación de la sociedad, además de que es su responsabilidad hacer que se cumplan los acuerdos de las asambleas, tomados de conformidad con la ley y los estatutos sociales”.⁴⁸

En lo que respecta a la remuneración de los administradores, el artículo 180 Fracción III de la LGSM señala que mediante la Asamblea Ordinaria, se determinan los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

La LGSM, señala en los artículos 142, 143 y 144, cuáles son los órganos de la administración de la sociedad anónima en los siguientes términos:

⁴⁶ De Pina Vara, Rafael, ob. cit., pág. 123.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Castrillón y Luna, Víctor M., ob. cit., pág. 160.

Artículo 142.- La administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

Artículo 143.- Cuando los administradores sean dos o más, constituirán el Consejo de Administración.

Salvo pacto en contrario, será Presidente del Consejo el Consejero primeramente nombrado, y a falta de éste el que le siga en el orden de la designación.

Para que el Consejo de Administración funcione legalmente deberá asistir, por lo menos, la mitad de sus miembros, y sus resoluciones serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes. En caso de empate, el Presidente del Consejo decidirá con voto de calidad.

En los estatutos se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de sesión de consejo, por unanimidad de sus miembros tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas en sesión de consejo, siempre que se confirmen por escrito.

Artículo 144.- Cuando los administradores sean tres o más, el contrato social determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación, pero en todo caso la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero. Este porcentaje será del diez por ciento, cuando se trate de aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores.

“El carácter personal del cargo de administrador impide que sea desempeñado por medio de representantes. De aquí que necesariamente haya de recaer en personas físicas ya que las morales siempre actúan por medio de representantes. (...) En cuanto a la designación de los administradores, queda ya señalado que compete a la asamblea ordinaria de accionistas designar el órgano de administración. Aunque el acuerdo referente al nombramiento ha de hacerse por mayoría, la ley ha concedido una especial protección al grupo que

ha quedado en minoría, siempre que alcance el veinticinco por ciento del capital social, y que los administradores designados sean tres o más, caso en el cual la referida minoría nombrará un consejero. El porcentaje será del 10% cuando se trate de sociedades que tengan inscritas sus acciones en bolsa, según la reforma de 21 de enero de 1981”.⁴⁹

En lo que respecta a los requisitos para ser administrador, Roberto Mantilla Molina indica: “... sólo las personas físicas pueden ser administradores. Por lo demás, cualquiera persona que no esté inhabilitada para ejercer el comercio puede ser administrador, sea socio o extraño a la sociedad.”⁵⁰

“Garantía del manejo de los administradores. Los administradores prestarán la garantía que determinen los estatutos o, en su defecto, la asamblea general de accionistas, para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos”.⁵¹

Al respecto, la vigente Ley General de Sociedades Mercantiles, señala en su artículo 152: *Los estatutos o la asamblea general de accionistas, podrán establecer la obligación para los administradores y gerentes de prestar garantía para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos.*

“Atribuciones de los administradores.- Las atribuciones de los administradores resultan de los artículos 10, 142, 158 y 173 de la LSM. A ellos les corresponde la representación de la sociedad y la dirección de los negocios sociales, dentro de los límites que les señalen la escritura constitutiva y los acuerdos de la asamblea de accionistas, de los cuales son ejecutores (art. 158, frac. IV), y ante la cual responden de sus actos”.⁵²

⁴⁹ Mantilla Molina, Roberto, ob. cit. pág. 419.

⁵⁰ Ibidem, pág. 420.

⁵¹ Ibidem, pág. 421.

⁵² Ibidem, pág. 423.

“Responsabilidad de los administradores.- Los administradores son responsables frente a la sociedad del fiel desempeño de su cargo (art. 157); tal responsabilidad es solidaria: entre los componentes de un mismo consejo (arts. 158 y 159), y entre los que se suceden en el cargo (art. 160). En el primer caso, sólo se exime de la responsabilidad solidaria el consejero que haya manifestado su inconformidad con el acto que la engendra; pero no el que haya estado ausente en el momento de tomarse la correspondiente resolución. En el segundo caso, para salvar su propia responsabilidad, los administradores deben poner en conocimiento del comisario, inmediatamente que las conozcan, las irregularidades que hubieran cometido sus predecesores”.⁵³

Por tratarse de un tema que cada vez cobra mayor relevancia, me permitiré transcribir en la parte que nos ocupa, la conferencia que el Secretario General de MAPFRE Tepeyac, S.A., Lic. Alfredo Bonifaz, dictó sobre la Responsabilidad de los Administradores con motivo de las VII Jornadas de Seguro y Reaseguro 2009, celebradas los días 23 y 24 de septiembre en la ciudad de México.⁵⁴

“Este trabajo tiene por objeto, determinar las obligaciones que, a la luz de los diversos Ordenamientos jurídicos aplicables en México, tienen los administradores de una entidad económica, ya que en la medida en que se produzcan incumplimientos a tales obligaciones, incurrirían en responsabilidades que a su vez podrían generar ciertos perjuicios que les fueran imputables, y por ende reclamables, lo que se traduciría en lo que se conoce como la responsabilidad profesional de administradores y directores (director’s and officer’s liability o D&O), que el Diccionario MAPFRE de Seguros define como la obligación de reparar, exigida a ciertos mandos de la empresa, como consecuencia de los perjuicios económicos ocasionados a terceros en el desarrollo de su función en la empresa”.

⁵³ Ibidem, pág. 429.

⁵⁴ Bonifaz Molina, Carlos Alfredo, Conferencia: “Responsabilidad de los Administradores”, consultable en Memorias de las VII Jornadas de Seguro y Reaseguro, organizadas por Swiss Re, pág. 27.

Así, se insiste, tendrá que efectuarse un análisis de las obligaciones para los administradores de una empresa, a efectos de determinar, en su caso, las responsabilidades en las que eventualmente podrían incurrir en el ejercicio de su actividad, aplicándose para tal efecto lo dispuesto en los artículos 161 y 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

I. La Ley General de Sociedades Mercantiles.

El artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que la administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad, en el entendido, prevé el artículo 143 siguiente, que cuando los administradores sean dos o más constituirán el consejo de administración. Se puede deducir con absoluta claridad –casi como una verdad de Pero Grullo-, que la función del Consejo de administración se circunscribe, precisamente, a administrar la sociedad, lo que implica la realización de ciertas acciones tendientes a representar, dirigir y gobernar a la sociedad, dentro de los límites, claro está, que se establecen en la propia Ley y en los estatutos sociales que la rigen, respondiendo frente a la sociedad de sus actos, según se lee en artículo 158 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Dicho sea de paso, lo mismo ocurre en el caso del gerente o gerentes de la sociedad, que son nombrados por la asamblea general de accionistas o por el propio consejo de administración, en la medida en que tendrán las facultades de representar a la sociedad y ejecutar los actos, dentro de los límites y acotaciones que el consejo de administración les encomiende, según lo disponen los artículos 145 y 146 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La responsabilidad de los administradores resulta ser solidaria entre sus propios integrantes, e incluso, con los que les hayan precedido por las irregularidades en que en que hubieren incurrido éstos, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 158 y 160 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en la inteligencia de que en ambos casos, es posible eximir de responsabilidad a quien hubiere manifestado su inconformidad en el momento

de la deliberación y resolución del acto de que se trate, o por haberlas denunciado oportunamente a los comisarios.

En definitiva, el artículo 158 de la Ley en comentario establece los casos específicos en los que los administradores responden solidariamente frente a la sociedad, y que son, a saber: (i) De la realidad de las aportaciones efectuadas por los socios; (ii) Del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas; (iii) De la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley, y (iv) Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas.

A su vez, los artículos subsecuentes, 162 y 163 prevén los casos en que la asamblea de accionistas puede exigir responsabilidad a los administradores, así como la posibilidad de ejercitar en contra de éstos la acción de responsabilidad civil.

Visto lo anterior, parece que de conformidad con la Ley General de Sociedades Mercantiles, aunque si existen obligaciones específicas a cargo de los administradores de una sociedad, las responsabilidades atribuidas a los mismos, son solamente exigibles por los accionistas, siempre que se satisfagan ciertos requisitos puntuales establecidos en el propio Ordenamiento.

3.3 Vigilancia

La vigilancia de la marcha regular de las sociedades anónimas corresponde a los comisarios, el cual es un órgano necesario, y las funciones de quien lo desempeña son temporales, revocables y remuneradas.

En lo que respecta a la remuneración de los comisarios, el artículo 180 Fracción III de la LGSM señala que mediante la Asamblea Ordinaria, se determinan los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

“La vigilancia es una actividad de carácter permanente al interior del ente social, realizada por un órgano que puede ser individual o colegiado (comisario o consejo), designado por la asamblea, que tiene como misión genérica la de supervisar las actividades de gestión y representación que en forma permanente realiza la administración, y cuenta, además, con facultades y obligaciones específicas establecidas en la ley o bien los estatutos sociales, tales como la revisión del informe que anualmente debe presentar la administración a la asamblea general ordinaria, en relación con el cual deben rendir un informe complementario que los propios miembros de la vigilancia deben realizar; convocar a la celebración de asambleas en defecto de los administradores, hacer que se inserten en el orden del día de las asambleas de accionistas los asuntos que consideren de importancia, participar en las asambleas de accionistas y en las sesiones del consejo de administración, con voz pero sin voto, etcétera”.⁵⁵

Los preceptos legales aplicables a la designación y funciones del órgano de vigilancia, textualmente señalan:

Artículo 164.- La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios Comisarios, temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

Artículo 165.- No podrán ser comisarios:

I.- Los que conforme a la Ley estén inhabilitados para ejercer el comercio;

II.- Los empleados de la sociedad, los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de un veinticinco por ciento del capital social, ni los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un cincuenta por ciento.

⁵⁵ Castrillón y Luna, Víctor, ob. cit., pág. 179.

III.- Los parientes consanguíneos de los Administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo.

Artículo 166.- Son facultades y obligaciones de los comisarios:

I.- Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que exige el artículo 152, dando cuenta sin demora de cualquiera irregularidad a la Asamblea General de Accionistas;

II.- Exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados.

III.- Realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones que la ley les impone y para poder rendir fundadamente el dictamen que se menciona en el siguiente inciso.

IV.- Rendir anualmente a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el Consejo de Administración a la propia Asamblea de Accionistas. Este informe deberá incluir, por lo menos:

A) La opinión del Comisario sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad son adecuados y suficientes tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad.

B) La opinión del Comisario sobre si esas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.

C) La opinión del comisario sobre si, como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.

V.- Hacer que se inserten en la Orden del Día de las sesiones del Consejo de Administración y de las Asambleas de Accionistas, los puntos que crean pertinentes;

VI.- Convocar a Asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los Administradores y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente;

VII.- Asistir, con voz, pero sin voto, a todas las sesiones del Consejo de Administración, a las cuales deberán ser citados;

VIII.- Asistir, con voz pero sin voto, a las Asambleas de Accionistas, y

IX.- En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo todas las operaciones de la sociedad.

“Deber de lealtad.- Cuando los comisarios tengan en cualquier operación un interés opuesto al de la sociedad, deberán abstenerse de toda intervención. El comisario que viole tal prohibición, será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad por dicho motivo (arts. 156 y 170 LSM)”.⁵⁶

Responsabilidad.- En cuanto a las responsabilidades de los comisarios, lo mismo que los administradores, son responsables de la comisión de actos dolosos, ilícitos y culposos.

Los comisarios, dice el artículo 169 de la LSM, serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen.

Se precisa que cada uno de los comisarios será individualmente responsable para con la sociedad para el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen, aclarándose así que cada uno de esos comisarios podrá desempeñar, aisladamente de los demás, las labores de vigilancia que le incumben. En el mismo sentido, los comisarios serán

⁵⁶ De Pina Vara, Rafael, ob. cit., pág. 135.

responsables -solidariamente-, con los que le hayan precedido, por las irregularidades cometidas por éstos, si conociéndolas no las denuncian a la asamblea general de accionistas, para se que ejercite la correspondiente acción de responsabilidad.⁵⁷

⁵⁷ Ídem

Capítulo Segundo

Las Sociedades Mercantiles y su vinculación con el Mercado de Valores

1. Concepto

En el presente apartado expondré el concepto del Mercado de Valores, así como de Derecho Bursátil y su relación con el Derecho Financiero y sobre todo con el Derecho Mercantil y de manera especial con las Sociedades Mercantiles, ya que es en esta íntima relación de donde surge la Sociedad Anónima Bursátil, a la que me referiré en los subsecuentes apartados.

Sobre el Mercado de Valores el autor Víctor Manuel Giorgana Frutos, citado por el maestro Erick Carballo Yáñez, explica: "... no sólo el dinero representa riqueza o valor, ya que hay otros instrumentos que lo hacen como las acciones de las sociedades, los certificados de depósito de mercancías, etcétera, que representan cosas o mercancías; pero también los hay que representan, dinero, como las acciones, las obligaciones y demás documentos que se emitan en serie o en masa, títulos de crédito y otros documentos que otorguen a sus titulares, derechos de crédito, de propiedad o de participación en el capital de personas morales emitidos en el extranjero, cuya oferta e intermediación se efectúe de acuerdo con la Ley del Mercado de Valores, que en su conjunto se les llama títulos valor o títulos de crédito en los casos determinados por la Ley aplicable, instrumentos que a su vez son objeto de oferta y demanda y también tienen su Mercado, un precio, una oferta y una demanda".⁵⁸

Sobre el particular, la acepción española del vocablo "Mercado" significa el lugar público cubierto o al aire libre donde se vende y compran mercancías, no obstante, en nuestra materia deja de ser público, en virtud de que solamente

⁵⁸ Carballo Yáñez, Erick, "Tratado de Derecho Bursátil", 4ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2006, pág. 38.

pueden concurrir a él sus socios que son los intermediarios de valores, por lo que si una persona pretende adquirir o vender cualquiera de las mercancías a que se refiere el párrafo anterior, deberá hacerlo con la intervención de una Casa de Bolsa y mediante el uso de cualquiera de los medios que prevé al efecto la Ley de la materia; es por eso que ésta se denomina Ley del Mercado de Valores, es decir, la ley que regula el lugar en donde se efectúan las compras y ventas de valores, pese a lo cual esa regulación trasciende el ámbito de ese sitio para regular además a los socios del mismo, la materia propia de la negociación como son los valores, etcétera.⁵⁹

En el mismo sentido, el autor Jorge Savransky, citado por el maestro Erick Carvallo, expresa: "... el Mercado de Valores es aquel en el que se negocian títulos valores públicos o privados. Constituye un mecanismo institucionalizado para la canalización del ahorro y la inversión y, al igual que en los mercados de dinero, la confianza pública debe ser resguardada. De ahí que el principio que rige la oferta pública de valores es el denominado de "transparencia"; esto es, que el inversor cuente con elementos de juicio objetivos y certeros acerca de la naturaleza y alcance de la inversión que efectuará".⁶⁰

En el mundo del Mercado de Valores, la intermediación reviste especial trascendencia afirma el Lic. Víctor Manuel Giorgana Frutos, pues es ésta la que le da vida, dinamismo, energía, convirtiendo a esta actividad en el eje del movimiento de los ahorros, impulsando el desarrollo de la economía nacional vía la inversión de éstos en la empresa. Por esto –continúa exponiendo Giorgana- la intermediación bursátil debe contemplarse desde dos diferentes ángulos: desde el empresario que desea hacerse de recursos para lo cual requiere que lo asistan para ponerse en contacto con los ahorradores; y también desde el de quien se ha privado de disfrutar bienes presentes y desea invertir sus fondos en la forma más productiva y segura, y así se busca quien le ayude. De esta suerte se hace patente la necesidad de que exista una persona que ponga en contacto a quienes teniendo intenciones e intereses distintos,

⁵⁹ Cfr. Carvallo Yáñez, Erick, ob. cit., pág. 38.

⁶⁰ Cfr. Carvallo Yáñez, Erick, ob. cit., pág. 39.

son coincidentes y complementarios y, además, que esto se haga en forma rápida y eficiente, permitiendo que las operaciones tengan liquidez, economía y expedición; regulándose de manera integral, coordinada y sistemática las actividades de quienes intervienen en dicho mercado.⁶¹

De esta brillante exposición se deriva el contenido de la intermediación, consiste en poner en contacto a una persona que ofrece bienes con aquellas que están dispuestos a adquirirlos.⁶²

Una vez que ha quedado establecido lo que se entiende por Mercado de Valores, explicaré, el significado de Derecho Financiero y de Derecho Bursátil, pues ambos conceptos tienen estrecha relación con el Mercado de Valores. Como a continuación se verá.

El Derecho Financiero, es "... el conjunto de las legislaciones de instituciones de crédito y bursátiles que regulan la creación, organización, funcionamiento y operaciones de las entidades bancarias y de valores, así como los términos en que intervienen las autoridades financieras y la protección de los intereses del público. También podrían incluirse dentro del citado concepto, las legislaciones de seguros, fianzas, organizaciones y actividades auxiliares del crédito, de ahorro y crédito popular y Ley para Regular las Agrupaciones Financieras que forman parte del Derecho Financiero".⁶³

Si partimos de este concepto de Derecho Financiero, las normas que lo integran, entre otras son:

- Derecho Bancario
- Derecho Bursátil
- Derecho de Seguros

⁶¹ Cfr. Carvallo Yáñez, Erick, ob. cit., pág. 25.

⁶² Cfr. Carvallo Yáñez, Erick, ob. cit., pág. 25.

⁶³ De La Fuente Rodríguez, Jesús, "Tratado de Derecho Bancario y Bursátil", Tomo I, 6ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2010, pág. 4.

- Derecho de Fianzas
- Derecho de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito
- Derecho de Ahorro y Crédito Popular
- Derecho de Agrupaciones Financieras

Cada uno de los citados contenidos se integran como: *El conjunto de normas jurídicas relativas a la constitución, funcionamiento y operación de las entidades financieras respectivas, así como la intervención de las autoridades y la protección de los intereses del público.*⁶⁴

Al respecto, el tratadista Erick Carvallo indica que el Derecho que regula las actividades del sector financiero mexicano es un Derecho especial, comparable en su estructura y conformación, al Derecho Fiscal o Tributario, ya que incluye por una parte normas aplicables a los particulares que intervienen en los procesos financieros, que definitivamente pertenecen al sector privado del Derecho, y por otra parte regula las actividades desarrolladas por las autoridades que podrán y deberán atender el desenvolvimiento de tales procesos en la práctica diaria, actividades que no pueden encuadrarse sino dentro del Derecho Público, es decir, interactúan dentro del proceso de las propias actividades materia del mal llamado Derecho Bancario, del Derecho Bursátil y de aquellas ramas que como ya quedó expresado, ni siquiera reciben un nombre como las reguladoras de las Agrupaciones Financieras, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, seguros e Instituciones Mutualistas y las aplicables a las Fianzas e Instituciones de Fianzas.⁶⁵

Ahora bien, en lo que respecta al Derecho Bursátil, como parte integrante del Derecho Financiero, es una rama de un derecho nuevo, público y privado por su especial naturaleza, cuyo contenido es el conjunto coordinado de estructuras tanto formales como ideales, que permiten a los seres humanos y a los demás sujetos e instituciones organizar, instrumentar e intervenir en las actividades concernientes a las operaciones con valores y demás documentos

⁶⁴ Cfr. De la Fuente Rodríguez, Jesús, ob. cit., pág. 4.

⁶⁵ Cfr. Carvallo Yáñez, Erick, ob. cit., pág. 2.

que reciban el mismo tratamiento, así como en las operaciones asimiladas al tráfico tanto bursátil como extrabursátil.⁶⁶

De acuerdo con el autor en cita, del concepto vertido, podemos extraer en resumen, los siguientes elementos:

1. El Derecho Bursátil no representa una rama independiente de Derecho, forma junto con el Derecho que regula a las demás actividades y entidades del sistema financiero mexicano, una nueva categoría de Derecho privado y Público.

2.- Si bien es cierto que el contenido esencial de tal Derecho lo componen los valores, no deben soslayarse los papeles y documentos que por ministerio de la Ley del Mercado de Valores, deben considerarse como tales y, por tanto, reciben el mismo tratamiento y quedan incluidos dentro de nuestra materia, sobre todo cuando son títulos de crédito innominados conforme lo refiere el artículo 2º. De dicha Ley.

3.- Las actividades de organización, instrumentación e intervención en operaciones con valores, incluyen a seres humanos, personas morales e instituciones públicas, por tanto, quedan incluidas las tareas relativas a la calificación de valores, las aplicables a los lugares en donde estos serán calificados, emitidos, negociados y depositados; así como las actividades de las autoridades que supervisan el sano desenvolvimiento de las operaciones en estudio.

4.- las operaciones que circundan al mundo bursátil, no sólo se realizan a través de las Bolsas de Valores, ya que existe la posibilidad de que las Casas de Bolsa negocien valores fuera de ellas según lo apuntan los artículos 109, 204 fracción IV y 223 de la Ley del Mercado de Valores; igualmente es innegable que no todas las actividades que celebran estos intermediarios pertenecen al tráfico bursátil, sin embargo por ser efectuadas por Casas de

⁶⁶ Ibidem, pág. 10.

Bolsa reciben el tratamiento de operaciones extrabursátiles, como lo es el financiamiento que pueden otorgar para la adquisición de valores con garantía de éstos, los fideicomisos bursátiles y las cauciones bursátiles, que en ambos casos no siempre desembocan en la venta de los valores que componen su contenido, sino que incluso por vía del endoso pueden ser restituidos a sus titulares; por tanto, por Mercado Extrabursátil deberá entenderse aquél que incluye instrumentos que tienen todas las características para ser negociados a través de una Bolsa de Valores, pero que no se realizan en ella y, por actividades extrabursátiles, aquellas que no forman parte de las actividades que en Bolsa de Valores deben efectuar las casas de Bolsa.⁶⁷

Una vez que han quedado desarrollados los conceptos de de Mercado de Valores, Derecho Financiero y Derecho Bursátil, expondré el concepto de Derecho Mercantil y la relación que guardan entre sí estas ramas del Derecho.

El Dr. Cervantes Ahumada señala: “El derecho, considerado en visión general, es un conjunto coordinado de construcciones ideales, derivadas de un poder público efectivo y destinadas a actuar o realizarse en la vida humana de relación social. En este concepto se comprenden las diversas categorías de normas (organizativas, definitorias, sancionadores, etc.) y todas las instituciones (sujetos, cosas, contratos, etc.) que integren el vasto campo del ordenamiento jurídico”.⁶⁸

“Es cierto que el derecho mercantil es derecho del comercio; pero es también derecho de los comerciantes, y de las empresas y de las cosas involucradas en el tráfico mercantil”.⁶⁹

“Podemos, en consecuencia, definir al derecho mercantil como el conjunto coordinado de estructuras ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la

⁶⁷ Ibidem, págs. 10-11.

⁶⁸ Cervantes Ahumada, Raúl, “Derecho Mercantil”, 4ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, pág. 21.

⁶⁹ Idem.

actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado general”.⁷⁰

“Conviene aclarar: integran el ordenamiento jurídico mercantil normas (las leyes mercantiles), sujetos (comerciantes), cosas (empresas, moneda, títulos de crédito, mercancías, etc.). Todas esas instituciones derivan de un poder público efectivo (las leyes, del poder legislativo, los títulos de crédito y las sociedades, de la voluntad particular, que actúa por delegación legal, etc.). Y todas las instituciones integrantes han sido constituidas idealmente para realizarse o actualizarse en la actividad mercantil. Así, aunque los no comerciantes usen la moneda y los títulos de crédito, esas instituciones se inventaron para actuar en la vida comercial y en ella realizan su principal función”.⁷¹

Con relación a las definiciones vertidas por el autor en cita, el maestro Erick Carvallo señala:

“Derivado del concepto recién invocado el Dr. Cervantes agrega que el Derecho Mercantil es un conjunto coordinado de estructuras ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado general; sin embargo esta concepción nos parece incompleta para los fines que perseguimos ya que no evalúa esa doble posición de la materia jurídica financiera, por lo que reiteramos que la derivación del Derecho Bursátil y de las demás actividades jurídico financieras, no encuadran del todo dentro del Derecho Mercantil, sino únicamente por lo que hace al acto de comercio; todo lo anteriormente comentado parece ser confirmado además, por las disposiciones especiales en materia de quiebras y concursos mercantiles, cuando el quebrado o concursado es una Institución Financiera, ya que en

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Idem.

tales casos no se aplican todas las reglas generales de la Quiebra o de los concursos mercantiles a que se sujetan los demás comerciantes”.⁷²

“Sea que partamos de la premisa de que la rama del derecho aplicable a las actividades y Entidades del sector financiero, debe ser considerada como una materia independiente dentro del ordenamiento jurídico general, o bien, de que éste es una de las ramas en que se divide el propio derecho mercantil, la relación se hará patente ya que tanto las normas aplicables a las sociedades mercantiles, a los actos de comercio, a los contratos comerciales, a los procedimientos ante los tribunales, etcétera, tiene cabida dentro del estudio de nuestra materia sin que tales premisas constituyan normas de la misma.”⁷³

1. La Sociedad Anónima Bursátil

El 30 de diciembre de 2005 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la nueva Ley del Mercado de Valores (LMV) que abrogó a la antigua ley de 1975. La nueva LMV regula de manera sistemática y detallada el mercado de valores, poniendo especial énfasis en la conducta de los participantes en el mercado.

Desde el punto de vista de derecho societario, una de las principales innovaciones contenidas en la LMV lo constituye la creación de tres especies de sociedad anónima: la sociedad anónima promotora de inversión, la sociedad anónima promotora de inversión bursátil y la sociedad anónima bursátil (SAB).

Conforme a la LMV, son SABs aquellas sociedades anónimas que “obtengan la inscripción en el Registro (Nacional de Valores) de acciones representativas de su capital social o títulos de crédito que representen dichas acciones..., tales como certificados de participación ordinaria y otros valores. Por definición, por tanto, toda sociedad que pretenda cotizar sus acciones en el mercado de valores deberá constituirse y regir su estructura orgánica como una SAB.

⁷² Carvallo Yáñez, Erick, ob. cit., pág. 8.

⁷³ Ibidem, pág. 23.

Sobre el particular, la LMV regula:

Artículo 10.- Las sociedades anónimas que se ubiquen en alguno de los supuestos siguientes, estarán sujetas a lo previsto en esta Ley:

I. Adopten o se constituyan con el carácter de sociedades anónimas promotoras de inversión.

II. Obtengan la inscripción en el Registro de las acciones representativas de su capital social o títulos de crédito que representen dichas acciones, en cuyo caso tendrán el carácter de sociedades anónimas bursátiles.

Las sociedades anónimas promotoras de inversión no estarán sujetas a la supervisión de la Comisión, salvo que inscriban valores en el Registro.

Artículo 11.- Las sociedades anónimas que pretendan constituirse a través del mecanismo de suscripción pública a que se refiere el artículo 90 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, deberán inscribir las acciones representativas de su capital social en el Registro y obtener la autorización de la Comisión para realizar su oferta pública, ajustándose a los requisitos que les sean aplicables en términos de esta Ley.

“La SAB es una especie de sociedad anónima y, como tal, la regulación contenida en la LMV es parcial. La LMV establece sólo algunas reglas especiales aplicables a las SABs, mientras que la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) es aplicable de forma supletoria. La SAB conserva desde luego las características esenciales de la sociedad anónima, tales como la limitación de la responsabilidad de los accionistas, su regulación como sociedad de capitales más que de personas y la representación de los derechos sociales en títulos negociables, entre otras. Sin embargo, la SAB presenta características distintivas muy importantes, que la hacen, en algunos sentidos, radicalmente diferente a la sociedad anónima tradicional. En específico, la SAB está sujeta a un régimen muy particular en cuanto a su

funcionamiento interno, que la separa significativamente de la sociedad anónima tradicional”.⁷⁴

“... la estructura orgánica de la SAB, esto es, la integración, funcionamiento y competencia de los diferentes órganos sociales que la forman, ha sufrido un cambio radical con respecto a la sociedad anónima. Este cambio, de hecho, ha sido uno de los principios rectores de la nueva LMV y así lo planteó el Ejecutivo Federal en la exposición de motivos (sic) que acompañó a la iniciativa de ley. (...) planteó la necesidad de “modernizar” la estructura corporativa de las sociedades listadas en bolsa, labor que había quedado inconclusa en la reforma a la legislación bursátil aprobada en junio de 2001. Atendiendo al llamado “conflicto de agencia” que surge por la separación de la administración y la propiedad de la empresa y “la divergencia de intereses entre accionistas mayoritarios y los minoritarios”, así como la necesidad de proteger los intereses de los accionistas de las SABs, la Exposición de Motivos plantea la necesidad de “reorganizar” o “reestructurar” la SAB en cuatro líneas, tres específicas y una general”.⁷⁵

“Entre las específicas, la Exposición de Motivos plantea el reconocimiento de la existencia de grupos de empresas que integran una misma unidad económica, la “redefinición” de las funciones asignadas a los órganos sociales y, finalmente, la precisión de las responsabilidades de los consejeros, directivos y auditores externos de la SAB. En lo general, la Exposición de Motivos plantea una serie de modificaciones al régimen aplicable a la SAB, incluyendo modificaciones a los derechos de minorías, régimen de información y eventos relevantes y la elevación a rango de ley de la regulación de las ofertas públicas de adquisición”.⁷⁶

En cuanto a las principales innovaciones contenidas en la LMV, se puede afirmar que se establece una auténtica reestructuración, más que

⁷⁴ Burgeño Colín, Luis, Ensayo: “La nueva estructura orgánica de la sociedad anónima bursátil” en la obra “Temas Selectos de Derecho Bursátil Contemporáneo”, Coordinado por Jorge Familiar, 1ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2008, pág. 85-86.

⁷⁵ Ibidem, pág. 86.

⁷⁶ Idem.

redefinición de funciones de los órganos sociales de la SAB, especialmente del consejo de administración.

En efecto, respecto de la reestructuración de los órganos sociales de la SAB, Luis Burgueño realiza un análisis comparativo sobre las nuevas funciones de cada uno de los referidos órganos sociales, como a continuación se indica:⁷⁷

Respetando la asamblea de accionistas el carácter de órgano supremo de la sociedad, la LMV altera sustancialmente la estructura de los demás órganos sociales. En primer lugar, la LMV regula expresamente la figura del director general, a quien encomienda la gestión y conducción de los negocios sociales y la ejecución de los acuerdos de la asamblea de accionistas y del consejo de administración. Al atribuirle funciones y facultades específicas y establecerle el carácter de necesario, la LMV eleva al director general al nivel de órgano social obligatorio y no simplemente opcional, como son los gerentes de las sociedades anónimas.

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

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

⁷⁷ Ibidem, págs. 86-87.

En su exposición de motivos (sic), el Poder Ejecutivo insistió que esta reestructuración es acorde con la realidad de las sociedades anónimas modernas y que, por tanto, la legislación viene a recoger en buena medida prácticas corporativas establecidas. Así, por ejemplo, la exposición de motivos (sic) señala sin rubor que *“ningún consejo de administración ni en México ni en el mundo, lleva a cabo la administración del día a día de la sociedad, sino que la delega en el Director General”*, afirmación que por absoluta es de prueba imposible. Por ello, la exposición de motivos (sic) se insiste en el carácter *“lógico”* y *“acorde con la realidad”* de la reestructuración propuesta y finalmente aceptada en la LMV.

Sobre la modernización de la estructura de la Sociedad Anónima Bursátil, la Exposición de Motivos de la LMV establece:⁷⁸

Otro aspecto fundamental que la reforma del 2001 abordó de manera insuficiente fue la modernización a la estructura corporativa de las empresas listadas en bolsa y que esta Iniciativa denomina como sociedades anónimas bursátiles. La legislación mercantil dota de cierta flexibilidad a la sociedad anónima en cuanto a los requisitos que se exigen para utilizar dicho modelo societario, al admitir tanto a la pequeña y mediana empresa, como a la grande, sin distinción alguna. Si bien la empresa como ente económico y jurídico ha evolucionado a través del tiempo, la evolución de las empresas públicas en el contexto de la globalización de los mercados de valores hace impostergable una reforma de fondo a la estructura corporativa de las empresas listadas en bolsa en México. En muchos sentidos, las reformas propuestas adecuan el régimen jurídico a la práctica actual.

La reorganización societaria se plantea sólo para las sociedades anónimas bursátiles, cuyas acciones se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Valores, por dos razones fundamentales: la primera consiste en el problema de agencia que deriva de la separación de la propiedad y la administración de la empresa y de la divergencia de intereses entre los

⁷⁸ Exposición de Motivos de la Ley del Mercado de Valores, Decreto de 8 de diciembre de 2005, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 30 de diciembre de 2005.

accionistas mayoritarios y los minoritarios. La segunda razón es el tipo de derechos y obligaciones de los acreedores, en contraposición con los de los accionistas, ya que tratándose de acreedores, el derecho a cobrar una suma de dinero no se ve violentado cuando exista una afectación del patrimonio social, salvo en el caso de insolvencia o de quiebra, mientras que los accionistas de sociedades cuyas acciones se encuentran colocadas entre el público inversionista, además de correr riesgos semejantes al del acreedor, también están expuestos al riesgo de ver afectado el valor de su inversión en todo momento.

Por lo anterior, -continúa la Exposición de Motivos- se estima necesario reorganizar a las sociedades anónimas cuyas acciones coticen en alguna bolsa de valores, en lo siguiente:

- La conceptualización de grupos de empresas como una misma unidad económica.
- La redefinición de funciones de los órganos sociales de la empresa.
- Las responsabilidades de consejeros, directivos y auditores externos.
- Otras precisiones al régimen de sociedades anónimas bursátiles.

2.1 Asambleas

La asamblea de accionistas sigue siendo el órgano supremo de la SAB. La LMV no limita en forma alguna la competencia que la LGSM confiere a la asamblea de accionistas para *“acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la sociedad”*. La asamblea sigue teniendo competencia para tomar toda clase de resoluciones relacionadas con la sociedad, incluyendo en materias relacionadas con la operación y conducción del negocio social.

Sobre el particular, Luis Burgueño señala: “... la LMV establece limitaciones a la actuación del consejo de administración y el director general que fortalecen a la asamblea de accionista. En auténtica función de control y

vigilancia, la LMV establece que el consejo de administración y el director general deben someter a la aprobación de la asamblea aquellas operaciones o serie de operaciones que puedan ser consideradas como un solo acto y que representen el 20% o más de los activos consolidados de la sociedad y sus subsidiarias. Significativamente en estas asambleas tendrán derecho a voto las acciones de voto restringido o limitado”.⁷⁹

Al respecto, LMV, establece:

Artículo 47.- La asamblea general ordinaria de accionistas, en adición a lo previsto en la Ley General de Sociedades Mercantiles, se reunirá para aprobar las operaciones que pretenda llevar a cabo la sociedad o las personas morales que ésta controle, en el lapso de un ejercicio social, cuando representen el veinte por ciento o más de los activos consolidados de la sociedad con base en cifras correspondientes al cierre del trimestre inmediato anterior, con independencia de la forma en que se ejecuten, sea simultánea o sucesiva, pero que por sus características puedan considerarse como una sola operación. En dichas asambleas podrán votar los accionistas titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido.

La LMV contiene disposiciones tendientes a asegurar que la asamblea sigue manteniendo su eficacia como medio a través del cual los accionistas ejercen sus derechos. Estas disposiciones tienden a evitar concentraciones excesivas en el poder de voto de grupos de accionistas, sea mediante tomas de control, la concentración de derechos de voto desproporcionados, fideicomisos y sindicatos de voto y otras formas similares.

Entre las disposiciones de la LMV que tienden a proteger la eficacia de la asamblea destacan las siguientes:

a) Cláusulas para prevenir tomas de control o *Poisson Pillis*.

Las SAB pueden establecer en sus estatutos sociales cláusulas que establezcan medidas tendientes a prevenir la adquisición de acciones que

⁷⁹ Burgeño Colín, Luis, ob. cit., págs. 87-88.

otorguen el control de la sociedad por uno o más accionistas o terceros ajenos a lo sociedad, como enseguida se anota:

Artículo 48.- Las sociedades anónimas bursátiles podrán estipular en sus estatutos sociales cláusulas que establezcan medidas tendientes a prevenir la adquisición de acciones que otorguen el control de la sociedad, por parte de terceros o de los mismos accionistas, ya sea en forma directa o indirecta, siempre que dichas cláusulas:

I. Sean aprobadas en asamblea general extraordinaria de accionistas en la cual no haya votado en contra el cinco por ciento o más del capital social representado por los accionistas presentes.

II. No excluyan a uno o más accionistas distintos de la persona que pretenda obtener el control, de los beneficios económicos que, en su caso, resulten de las referidas cláusulas.

III. No restrinjan en forma absoluta la toma de control de la sociedad. Tratándose de cláusulas que requieran de aprobación del consejo de administración para la adquisición de un determinado porcentaje del capital social, deberán establecerse criterios a considerar por parte del referido consejo para emitir su resolución, así como el plazo a que deberá sujetarse para ello sin que exceda de tres meses.

IV. No contravengan lo previsto en esta Ley para las ofertas públicas forzosas de adquisición, ni hagan nugatorio el ejercicio de los derechos patrimoniales del adquirente.

Cualquier cláusula estatutaria de las previstas en este artículo que no cumpla con los requisitos antes señalados será nula de pleno derecho.

Las sociedades anónimas bursátiles no podrán estipular las cláusulas a que se refiere el artículo 13, fracciones I a III de esta Ley, salvo por lo que se refiere a lo establecido en el artículo 54 del presente ordenamiento legal.

b) Principio una acción, un voto

La LMV establece que las SAB sólo pueden emitir acciones ordinarias, esto es, con derechos plenos de voto, y que sólo podrán emitirse acciones sin derecho a voto o de voto limitado o restringido, siempre y cuando i) se obtenga la autorización previa de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; ii) las acciones emitidas no excedan del 25% del capital efectivamente colocado entre el público inversionista, o bien iii) la Comisión nacional bancaria y de Valores amplíe dicho límite, lo que podrá hacer cuando se trate de acciones forzosamente convertibles en ordinarias en un plazo no mayor a cinco años, o bien, se trate de acciones representativas de inversión neutra, que limiten los derechos de voto de los accionistas en función de su nacionalidad, con lo que se evita que los accionistas mayoritarios tengan un poder de voto desproporcionadamente mayor a su participación económica.

c) Derechos de los accionistas en lo individual

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

d) Derechos de las minorías, deberes impuestos a las mayorías

La LMV establece derechos a favor de las minorías que detenten porcentajes significativos de acciones, sean con derecho a voto limitado o restringido.

Así, los accionistas o grupos de accionistas que detenten el 5% o más del capital social total (independientemente del porcentaje de acciones colocadas entre el público inversionista), tienen derecho a ejercitar las acciones de responsabilidad en contra de los miembros y secretario del consejo, director general, personas con poder de mando y otras personas a quienes la ley

impone los deberes de diligencia y lealtad, en términos del artículo 38 de la LMV.

En igual sentido, los accionistas o grupos de accionistas que detenten 20% o más del capital social, tienen derecho a ejercer la acción de oposición judicial para impugnar resoluciones de asambleas, en términos del artículo 201 de la LGSM. La LMV aclara, sin embargo, que este derecho sólo puede ejercerse contra aquellas resoluciones respecto de las cuales los accionistas tuvieran derecho de voto, por lo que la posición de las acciones de voto restringido o limitado es más desfavorable.

Por último, es necesario enfatizar que una de las innovaciones más significativas que introduce la LMV es el deber de lealtad impuesto a los accionistas mayoritarios y otras personas con poder de mando. Así, los accionistas mayoritarios no pueden, entre otras conductas, aprovechar o explotar en beneficio propio, sin la previa dispensa del consejo, oportunidades de negocios que correspondan a la sociedad o sus subsidiarias, hacer uso indebido de información relevante no revelada, proporcionar información a sabiendas que es falsa o que induce a error, ocultar u omitir revelar información relevante y otras conductas que constituyen violaciones al deber de lealtad impuestas en los artículos 35 y 36 de la LMV. La imposición de este deber de lealtad es sumamente positiva y reconoce la existencia del llamado “conflicto de agencia” entre los accionistas mayoritarios y minoritarios, que surge de la discordancia de intereses entre ambos grupos de accionistas.

Con relación a lo aquí señalado, la LMV señala en lo conducente:

Artículo 49.- Los accionistas de las sociedades anónimas bursátiles, sin perjuicio de lo que señalen otras leyes o los estatutos sociales, gozarán de los derechos siguientes:

I. Tener a su disposición, en las oficinas de la sociedad, la información y los documentos relacionados con cada uno de los puntos contenidos en el orden del día de la asamblea de accionistas

que corresponda, de forma gratuita y con al menos quince días naturales de anticipación a la fecha de la asamblea.

II. Impedir que se traten en la asamblea general de accionistas, asuntos bajo el rubro de generales o equivalentes.

III. Ser representados en las asambleas de accionistas por personas que acrediten su personalidad mediante formularios de poderes que elabore la sociedad y ponga a su disposición a través de los intermediarios del mercado de valores o en la propia sociedad, con por lo menos quince días naturales de anticipación a la celebración de cada asamblea.

Los formularios mencionados deberán reunir al menos los requisitos siguientes:

a) Señalar de manera notoria la denominación de la sociedad, así como el respectivo orden del día.

b) Contener espacio para las instrucciones que señale el otorgante para el ejercicio del poder.

El secretario del consejo estará obligado a cerciorarse de la observancia de lo dispuesto en esta fracción e informar sobre ello a la asamblea, lo que se hará constar en el acta respectiva.

IV. Celebrar convenios entre ellos, en términos de lo establecido en el artículo 16, fracción VI de esta Ley.

La celebración de los convenios referidos en la fracción IV de este artículo y sus características, deberán notificarlos a la sociedad dentro de los cinco días hábiles siguientes al de su concertación para que sean reveladas al público inversionista a través de las bolsas de valores en donde coticen las acciones o títulos de crédito que las representen, en los términos y condiciones que las mismas establezcan, así como para que se difunda su existencia en el reporte anual a que se refiere el artículo 104, fracción III, inciso a) de esta Ley, quedando a disposición del público para su consulta, en las oficinas de la sociedad. Dichos convenios no serán oponibles a la sociedad y su incumplimiento no afectará la validez del voto en las

asambleas de accionistas, pero sólo serán eficaces entre las partes una vez que sean revelados al público inversionista.

Los miembros del consejo de administración, el director general y la persona física designada por la persona moral que proporcione los servicios de auditoría externa, podrán asistir a las asambleas de accionistas de la sociedad.

Artículo 50.- Los accionistas titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el diez por ciento del capital social de la sociedad tendrán derecho a:

I. Designar y revocar en asamblea general de accionistas a un miembro del consejo de administración. Tal designación, sólo podrá revocarse por los demás accionistas cuando a su vez se revoque el nombramiento de todos los demás consejeros, en cuyo caso las personas sustituidas no podrán ser nombradas con tal carácter durante los doce meses inmediatos siguientes a la fecha de revocación.

II. Requerir al presidente del consejo de administración o de los comités que lleven a cabo las funciones en materia de prácticas societarias y de auditoría a que se refiere esta Ley, en cualquier momento, se convoque a una asamblea general de accionistas, sin que al efecto resulte aplicable el porcentaje señalado en el artículo 184 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

III. Solicitar que se aplase por una sola vez, por tres días naturales y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados, sin que resulte aplicable el porcentaje señalado en el artículo 199 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Los accionistas de la parte variable del capital social de una sociedad anónima bursátil no tendrán el derecho de retiro a que se refiere el artículo 220 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Artículo 51.- Los titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el

veinte por ciento o más del capital social, podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales respecto de las cuales tengan derecho de voto, sin que resulte aplicable el porcentaje a que se refiere el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

2.2 Administración

En este apartado explicaré la importancia que tiene la redefinición de funciones del consejo de administración de la SAB; el papel que juegan los consejeros, incluyendo los independientes, así como la relevancia e interés que cobra la figura del director general.

En lo concerniente a la administración de la SAB, la Exposición de Motivos de la LMV señala la necesidad de modificar la estructura corporativa de las empresas bursátiles la cual surge de una constatación fáctica, más que jurídica, referida a la existencia de una evidente disociación entre el modelo legal de administración, con el modelo práctico de operación de las empresas. La disociación es más evidente en las empresas bursátiles que por su dimensión, complejidad y convivencia en un mercado de valores globalizado, hace necesario replantear la forma en que se administra y vigila su patrimonio.

Al respecto, el Lic. Alfredo Bonifaz, en la conferencia que dictó sobre la Responsabilidad de los Administradores con motivo de las VII Jornadas de Seguro y Reaseguro 2009, celebradas los días 23 y 24 de septiembre en la ciudad de México⁸⁰, establece: “Era evidente que en virtud del entorno económico mundial y de las exigencias del gran público inversionista al objeto de velar por sus intereses, se imponía la necesaria adecuación de la legislación en materia de valores. Temas como la revelación y transparencia de la información, protección de los derechos de minorías, un buen gobierno corporativo o societario, entre otros, debían ser materializados en una legislación, de manera que se constituyeran en pilares para la protección de la

⁸⁰ Bonifaz Molina, Carlos Alfredo, Conferencia: “Responsabilidad de los Administradores”, consultable en Memorias de las VII Jornadas de Seguro y Reaseguro, organizadas por Swiss Re, págs. 28-29.

propiedad y los derechos de los inversionistas, especialmente, a través de la incorporación de reglas claras y puntuales que se tradujeran en medidas de control en la administración de las sociedades emisoras, para evitar la unilateralidad en la toma de decisiones, toda vez que no siempre coinciden los intereses de los administradores, de los accionistas minoritarios y de los accionistas mayoritarios”. Así lo reconoció la exposición de motivos de la Ley del Mercado de Valores vigente.

“... durante los últimos años hemos sido testigos de escándalos corporativos, algunos relacionados con manipulaciones contables y otros con abusos directos a los derechos de accionistas minoritarios en los mercados de valores con mayor desarrollo en el mundo...”, reza el séptimo párrafo de la Exposición de Motivos. Asimismo, reconocía que era imperante modificar la estructura corporativa de las empresas emisoras, en virtud de que la forma en que se organiza la administración refleja una disociación entre el régimen jurídico vigente, (refiriéndose a la ley que abrogaba), y la realidad moderna operativa y práctica del mercado de valores, especialmente por lo que hacía a las funciones y responsabilidades asumidas por consejeros, directivos y el comisario”.

Así, al incorporar en la Ley del Mercado de Valores vigente la figura de la “Sociedad Anónima Bursátil”, contempló, en relación con las funciones de los órganos sociales de la empresa, la redefinición de las funciones del consejo de administración y del director general, entre otras, pero que para efectos del presente documento, son las que por el momento, nos interesan.

En cuanto a la redefinición de funciones del consejo de administración, la Exposición de Motivos establece que el régimen vigente de la LGSM establece que el consejo de administración es el encargado de llevar a cabo la gestión y conducción de los negocios del día, asegurando la existencia y mantenimiento de los sistema de contabilidad, control y registro de la sociedad. Sin embargo, el funcionamiento discontinuo del consejo de administración, la estructura colegiada y el carácter deliberante de dicho órgano, no resulta ser idóneo para llevar a cabo la gestión y conducción de los negocios del día a día

en las empresas de grandes dimensiones o de aquellas cuyas acciones se encuentren cotizadas en bolsa. Más aún, ningún consejo de administración ni en México ni en el mundo, lleva a cabo la administración del día a día de la sociedad sino que la delega en el director general. El problema es que el consejo no queda absuelto de las responsabilidades de la conducción diaria de los negocios, llegando al extremo de que es responsable de llevar los registros contables, lo que no debe corresponder a un grupo que se reúne cada tres meses.

Para resolver esta problemática, existen tendencias y posturas en las que se determina el alcance real de la gestión que debe corresponder al consejo de administración. En nuestro caso, la LMV adopta la corriente que propone unificar en un solo órgano las funciones de administración y vigilancia, que en nuestro caso sería el consejo de administración, dejando la dirección del giro ordinario del negocio a los ejecutivos y empleados de la empresa, lo que la identifica con la tradición jurídica de los sistemas anglosajones, y, desde hace tiempo, con amplia aceptación en el derecho continental europeo.

La idea de asignar al consejo de administración la función general de definir las estrategias y políticas con que deberá ejecutarse, por parte de la dirección general, la gestión y conducción de los negocios y la existencia y mantenimiento de los sistema de contabilidad, control y registro de la sociedad, dan sustento sólido al hecho de atribuir al consejo la función de supervisión y control, en virtud de no tener conflicto de interés.

Las funciones del consejo claramente definidas en la Iniciativa confirman que se tiene un régimen robusto de vigilancia de la sociedad por parte del consejo de administración que se apoya, como se precisa más adelante, en uno o más comités integrados por consejeros independientes para vigilar las funciones de auditoría y de buenas prácticas societarias, así como en la figura de un auditor externo totalmente independiente que no tiene conflicto de interés.

Así y en torno al consejo de administración, destacan los siguientes puntos fundamentales:

- La administración estará encomendada a un consejo de administración y un director general.
- El consejo de administración estará integrado por veintiún consejeros, de los cuales, cuando menos, el veinticinco por ciento deberán ser independientes.
- El secretario, que no forma parte de dicho órgano, quedará sujeto a las obligaciones y responsabilidades establecidas en la Ley.
- El consejo de administración contará con el auxilio de uno o más comités que establezca para tal efecto.
- La obligación de constituir comités de auditoría y de prácticas societarias, en los que participarán necesariamente consejeros independientes.
- Los consejeros independientes deberán contar con experiencia, capacidad y prestigio profesional, además de que puedan desempeñar sus funciones libres de conflictos de interés y sin estar supeditados a intereses personales, patrimoniales o económicos.
- La independencia será calificada por la asamblea de accionistas.
- No podrán ser consejeros independientes los directivos relevantes⁸¹ o empleados de la sociedad que integren el grupo empresarial; las personas físicas que tengan influencia significativa⁸² o poder de mando en la sociedad; los accionistas que sean parte del grupo de personas que mantenga el control de la sociedad, y clientes, prestadores de servicios, proveedores, deudores o acreedores importantes, entre otros.
- El consejo debe sesionar por lo menos, cuatro veces durante cada ejercicio social.

Ahora bien, en lo que respecta a la integración del consejo de administración, la LMV indica que éste se debe integrar por un máximo de veintiún consejeros. Sin embargo, dicho ordenamiento no señala un mínimo de consejeros, por lo que en principio la SAB es libre de determinar el número de Consejeros siempre y cuando no excedan de veintiuno. No obstante, la LMV señala que el consejo de administración debe auxiliarse de al menos un comité (de prácticas societarias y auditoría), cuya integración mínima es de tres

⁸¹ El director general de una sociedad sujeta a la Ley del Mercado de Valores, así como las personas físicas que ocupando un empleo, cargo o comisión en ésta o en las personas morales que controle dicha sociedad o que la controlen, adopten decisiones que trasciendan de forma significativa en la situación administrativa, financiera, operacional o jurídica de la propia sociedad o del grupo empresarial al que ésta pertenezca, sin que queden comprendidos dentro de esta definición los consejeros de dicha sociedad sujeta a la Ley.

⁸² La titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de cuando menos el veinte por ciento del capital social de una persona moral.

consejeros. Por tanto, el consejo de administración de una SAB tiene que estar integrado por al menos tres consejeros. Adicionalmente, hay que considerar el derecho que la ley confiere a los accionistas que detentan 10% o más de las acciones con derecho a voto para designar un consejero y su respectivo suplente.

Consejeros

En cuanto al nombramiento y duración en el cargo, por regla general, los consejeros deben ser nombrados por mayoría de votos de los accionistas, en asamblea general. Sólo excepcionalmente, cuando i) uno o más consejeros han concluido su cargo por expiración del plazo por el que fueron designados o renuncia, sin que la vacante haya sido cubierta dentro de los treinta días naturales siguientes, o ii) cuando se actualice alguno de los supuestos señalados en el artículo 155 de la LGSM, el mismo consejo puede designar consejeros a título provisional, que podrán ser o no ratificados por la asamblea de accionistas.

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

A diferencia de los consejeros de las sociedades anónimas privadas, que deben seguir en funciones hasta que sus sustitutos sean designados y ocupen sus cargos, los consejeros de las SABs cuyo plazo de designación expire o que renuncien sólo están obligados a seguir en funciones por treinta días naturales. Esta disposición protege a los consejeros de las SABs, quienes tienen la certeza de que su responsabilidad sólo se extiende por treinta días naturales más, independientemente de la fecha en que el consejo o al asamblea nombren a los sustitutos y éstos ocupen sus cargos.

En otro orden, en lo tocante a los requisitos aplicables a todos los consejeros, la LMV no establece muchos requisitos específicos que deban cumplir los consejeros de la SAB. Simplemente señala que no pueden ser consejeros de una SAB aquellas personas que hubieren desempeñado el cargo de auditor externo de la sociedad o de alguna de las personas morales que integran el grupo empresarial o consorcio al que ésta pertenezca, durante los doce meses inmediatos anteriores a la fecha del nombramiento.

Adicionalmente, siguen siendo aplicables los requisitos establecidos en la LGSM respecto de los administradores de las sociedades anónimas y por tanto sólo pueden ser consejeros personas físicas no inhabilitadas para ejercer el comercio. Los consejeros pueden ser o no accionistas o empleados de la sociedad y no existen restricciones en cuanto a la nacionalidad, residencia, edad, experiencia y capacidad de los consejeros en general. Así, los accionistas mayoritarios gozan de libertad casi absoluta para elegir a los miembros no independientes del consejo de administración.

Sobre la administración de la SAB, la ley señala:

Artículo 23.- Las sociedades anónimas bursátiles tendrán encomendada su administración a un consejo de administración y un director general, que desempeñarán las funciones que el presente ordenamiento legal establece.

Artículo 24.- El consejo de administración de las sociedades anónimas bursátiles estará integrado por un máximo de veintiún consejeros, de los cuales, cuando menos, el veinticinco por ciento deberán ser independientes. Por cada consejero propietario podrá designarse a su respectivo suplente, en el entendido de que los consejeros suplentes de los consejeros independientes, deberán tener este mismo carácter.

En ningún caso podrán ser consejeros de las sociedades anónimas bursátiles, las personas que hubieren desempeñado el cargo de auditor externo de la sociedad o de alguna de las personas morales que integran el grupo empresarial o consorcio al que ésta pertenezca,

durante los doce meses inmediatos anteriores a la fecha del nombramiento.

Asimismo, el consejo de administración designará a un secretario que no formará parte de dicho órgano social, quien quedará sujeto a las obligaciones y responsabilidades que este ordenamiento legal establece.

Los consejeros continuarán en el desempeño de sus funciones, aun cuando hubiere concluido el plazo para el que hayan sido designados o por renuncia al cargo, hasta por un plazo de treinta días naturales, a falta de la designación del sustituto o cuando éste no tome posesión de su cargo, sin estar sujetos a lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El consejo de administración podrá designar consejeros provisionales, sin intervención de la asamblea de accionistas, cuando se actualice alguno de los supuestos señalados en el párrafo anterior o en el artículo 155 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. La asamblea de accionistas de la sociedad ratificará dichos nombramientos o designará a los consejeros sustitutos en la asamblea siguiente a que ocurra tal evento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 50, fracción I del presente ordenamiento legal.

Artículo 25.- El consejo de administración, para el desempeño de las funciones que esta Ley le asigna, contará con el auxilio de uno o más comités que establezca para tal efecto. El o los comités que desarrollen las actividades en materia de prácticas societarias y de auditoría a que se refiere esta Ley, se integrarán exclusivamente con consejeros independientes y por un mínimo de tres miembros designados por el propio consejo, a propuesta del presidente de dicho órgano social. Tratándose de sociedades anónimas bursátiles que sean controladas por una persona o grupo de personas que tengan el cincuenta por ciento o más del capital social, el comité de prácticas societarias se integrará, cuando menos, por mayoría de consejeros independientes siempre que dicha circunstancia sea revelada al público.

En este orden de ideas, los administradores tienen obligaciones inherentes a su cargo, destacando primordialmente el deber de diligencia y el deber de lealtad, que se describen a continuación:

El deber de diligencia. Como se había precisado con antelación, los integrantes del consejo de administración tienen la obligación de ejercer sus funciones de manera diligente -deber de diligencia-, y para lo cual deberán actuar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad y personas morales que ésta controle. Lo anterior significa, según se explica en la Exposición de Motivos de la Ley, que los consejeros deberán siempre ceñirse al deber de diligencia, empero, deberá favorecerse la discrecionalidad técnica, ya que de lo contrario, se generaría una percepción de riesgo por responsabilidades que inhibirían la toma de decisiones, sobre todo, cuando en ocasiones por esa delgada línea puede llegarse a considerar como negligencia transformada en culpa, lo que auténticamente fue un infortunio. Es por ello que la Ley les concede a los consejeros la posibilidad de solicitar la información razonablemente necesaria para la toma de adecuada de decisiones, así como requerir la presencia de directivos relevantes y auditores externos, precisando que los directivos relevantes y demás empleados son responsables de la información presentada al consejo de administración.

Las sociedades anónimas bursátiles podrán pactar indemnizaciones y contratar en favor de los miembros del consejo de administración seguros, fianzas o cauciones que cubran el monto de la indemnización por los daños que cause su actuación a la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, salvo que se trate de actos dolosos o de mala fe, o bien, ilícitos conforme a ésta u otras leyes.

El deber de lealtad. Por otra parte, nos encontramos con el deber de lealtad, consistente en la obligación de los consejeros y de los directores de guardar confidencialidad respecto de la información y los asuntos que tengan conocimiento con motivo de su cargo en la sociedad, cuando dicha información o asuntos o sean de carácter público.

Básicamente, los miembros del consejo de administración faltarán al deber de lealtad cuando voten o tomen decisiones existiendo conflicto de interés y no revelen que tienen un conflicto de interés; favorezcan a sabiendas a un grupo de accionistas; aprueben operaciones con personas relacionadas sin ajustarse a los requisitos establecidos en la propia Ley del Mercado de Valores, y aprovechen oportunidades de negocio, sin consentimiento de la sociedad, o sus bienes, entre otras.

En el caso del deber de lealtad, la responsabilidad consistente en indemnizar los daños y perjuicios ocasionados con motivo de los actos, hechos u omisiones a que hacen referencia los artículos 34, 35 y 36 de la Ley del Mercado de Valores, será solidaria entre los culpables que hayan adoptado la decisión y será exigible como consecuencia de los daños o perjuicios ocasionados. La indemnización que corresponda deberá cubrir los daños y perjuicios causados a la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa y, en todo caso, se procederá a la remoción del cargo de los culpables.

La sociedad afectada, en ningún caso, podrá pactar en contrario, ni prever en sus estatutos sociales, prestaciones, beneficios o excluyentes de responsabilidad, que limiten, liberen, sustituyan o compensen las obligaciones por la responsabilidad a que se refieren los preceptos legales mencionados en el párrafo anterior, ni contratar en favor de persona alguna seguros, fianzas o cauciones que cubran el monto de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Consejeros Independientes

Con relación a los consejeros independientes, el autor Salomón Vargas García señala: “Son el grupo de personas físicas que por lo menos integran el veinticinco por ciento del Consejo de Administración y se encargarán de emitir opiniones respecto de las actividades de la emisora, así como formar parte del Comité de Auditoría. Esto se establece como una protección a las minorías. La

función del Consejero Independiente es la de colaborar en defensa de los derechos minoritarios”.⁸³

La figura del Consejero Independiente es prevista en la LMV, aunque podría ser un medio de control importante para cualquier sociedad, pactándolo en sus estatutos sociales. Las operaciones que se pretendan apartar del objeto social que pudieran celebrarse entre los socios, que formen parte del órgano de administración o con personas que mantengan vínculos patrimoniales o en su caso parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, cónyuge o concubinario, la compra o venta del diez por ciento más del activo, el otorgamiento de garantías por un monto mayor al treinta por ciento de los activos, así como otras operaciones que representen más del uno por ciento del activo de la emisora, requerirán de la aprobación y serán facultad indelegable del Órgano de Administración.⁸⁴

Se puede decir que los requisitos para los consejeros independientes que establece la LMV son de dos clases: por una parte, como requisitos generales, se establece que los consejeros independientes deben ser designados atendiendo a “su experiencia, capacidad y prestigio profesional” y que “por sus características puedan desempeñar funciones libres de conflictos de interés y sin estar supeditados a intereses personales, patrimoniales o económicos”. Estos requisitos, como puede apreciarse, se establecen de manera ambigua y están sujetos a la valoración subjetiva de los accionistas que los designan. La ley no establece qué clase y mínimo de experiencia deben reunir los consejeros, la manera de valorar su “capacidad y prestigio profesional” o los criterios conforme a los cuales puede determinarse que estén “libres de conflicto de interés” o no “supeditados” a intereses. Es la asamblea general de accionistas que los designe o ratifique quien debe calificar la independencia de los consejeros, lo que para efectos prácticos deja la determinación de la independencia al criterio de la mayoría de los accionistas.

⁸³ Vargas García, Salomón, “Nociones de Contratación Bursátil. Aspectos prácticos a considerar para la celebración de contratos bursátiles”, 1ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2009, págs. 30-31.

⁸⁴ Cfr. Vargas García, Salomón, ob. cit., pág. 31.

El Director General

“Según el artículo 23 de la LMV, la administración de la SAB se encomienda, conjuntamente, al consejo de administración y al director general. De esta forma, habría que considerar que el consejo de administración es precisamente un órgano de administración de la sociedad. Sin embargo, del análisis de las funciones asignadas por la LMV al consejo, se desprende que dicho órgano ha dejado de ser, en buena medida, un órgano de administración para convertirse en un órgano de dirección estratégica, control y vigilancia”.⁸⁵

Es por ello que se puede afirmar que en la LMV se establece que la *gestión, conducción y ejecución*, de los negocios de la SAB y sus subsidiarias corresponde al director general, quien debe actuar bajo la dirección estratégica del consejo de administración, por lo que el director general debe ajustarse a las estrategias, lineamientos y políticas establecidas por el propio consejo. Para el desempeño de su labor, el director general se auxilia de un equipo gerencial, integrado por directivos relevantes, y de los demás empleados de la sociedad y sus subsidiarias. En tal carácter, aunque la LMV no lo señale expresamente, el director general tiene la facultad de seleccionar, contratar y remover a los demás directivos y empleados de la sociedad, asignarles funciones, girarles instrucciones para el desempeño de sus labores y determinar su retribución (sujeto, en el caso de los directivos relevantes, a los lineamientos establecidos por el consejo de administración), entre otras facultades propias de un órgano de administración.⁸⁶

El director general sustituye al consejo como el auténtico órgano de administración de la sociedad, así como a los gerentes generales y especiales cuyo nombramiento prevé, de manera no obligatoria, la LGSM. Como reconoce la exposición de motivos (sic) que acompañó la iniciativa de la LMV, el director general es ahora legalmente el *“responsable de la conducción y administración*

⁸⁵ Burgeño Colín, Luis, ob. cit., pág. 98.

⁸⁶ Cfr. Burgeño Colín, Luis, ob. cit., pág. 112.

cotidiana de la empresa”, lo que viene a reconocer una realidad en la mayoría de las sociedades anónimas⁸⁷

El director general es un órgano unitario. La LMV no prevé la posibilidad que la administración cotidiana de la sociedad recaiga en dos o más personas, comités directivos o ejecutivos u órganos similares, por lo que consideramos que esta posibilidad está vedada, dado el carácter imperativo y de orden público de las disposiciones de la LMV. En este sentido, la LMV adopta en definitiva el modelo de administración prevaleciente en los países anglosajones, específicamente los Estados Unidos de América. Las funciones del director general son acordes con su naturaleza de órgano de administración. Además de gestionar los negocios sociales, el director general tiene funciones eminentemente ejecutivas, en materia de *dirección*, en materia de *contabilidad, control y registro* y en materia de *información* según lo establece el artículo 44 de la LMV, mismo que se transcribe en la parte que interesa:

Artículo 44.- Las funciones de gestión, conducción y ejecución de los negocios de la sociedad y de las personas morales que ésta controle, serán responsabilidad del director general, conforme a lo establecido en este artículo, sujetándose para ello a las estrategias, políticas y lineamientos aprobados por el consejo de administración.

El director general, para el cumplimiento de sus funciones, contará con las más amplias facultades para representar a la sociedad en actos de administración y pleitos y cobranzas, incluyendo facultades especiales que conforme a las leyes requieran cláusula especial. Tratándose de actos de dominio deberá ajustarse a lo dispuesto conforme al artículo 28, fracción VIII del presente ordenamiento legal.

El director general, sin perjuicio de lo señalado con anterioridad, deberá:

I. Someter a la aprobación del consejo de administración las estrategias de negocio de la sociedad y personas morales que ésta controle, con base en la información que estas últimas le proporcionen.

⁸⁷ Ibidem, págs. 112-113.

II. Dar cumplimiento a los acuerdos de las asambleas de accionistas y del consejo de administración, conforme a las instrucciones que, en su caso, dicte la propia asamblea o el referido consejo.

III. Proponer al comité que desempeñe las funciones en materia de auditoría, los lineamientos del sistema de control interno y auditoría interna de la sociedad y personas morales que ésta controle, así como ejecutar los lineamientos que al efecto apruebe el consejo de administración de la referida sociedad.

IV. Suscribir la información relevante de la sociedad, junto con los directivos relevantes encargados de su preparación, en el área de su competencia.

V. Difundir la información relevante y eventos que deban ser revelados al público, ajustándose a lo previsto en esta Ley.

VI. Dar cumplimiento a las disposiciones relativas a la celebración de operaciones de adquisición y colocación de acciones propias de la sociedad.

(...)

XII. Establecer mecanismos y controles internos que permitan verificar que los actos y operaciones de la sociedad y personas morales que ésta controle, se hayan apegado a la normativa aplicable, así como dar seguimiento a los resultados de esos mecanismos y controles internos y tomar las medidas que resulten necesarias en su caso.

2.3 Vigilancia

El consejo de administración de la SAB tiene como una de sus funciones, la de actuar como órgano de control y vigilancia de la sociedad. A diferencia de la sociedad anónima privada, en que estas funciones corresponden al comisario, en la SAB el órgano de vigilancia es el mismo consejo de administración. Este cambio tan trascendental tiene múltiples implicaciones, de tal manera que estas funciones son acordes con la realidad de las sociedades anónimas, no sólo bursátiles, sino incluso, también en las privadas.

Como se ha señalado, mientras que al consejo de administración de la SAB corresponde la dirección estratégica de la sociedad, al director general y los directivos relevantes corresponde la gestión y conducción de los negocios sociales. Por tanto, la primera y principal función del consejo en materia de vigilancia es verificar que el director general y demás directivos relevantes gestionen los negocios de la sociedad y sus subsidiarias en forma adecuada, sujetándose a las estrategias generales, lineamientos y políticas señaladas por el mismo consejo. En caso de tener conocimiento de irregularidades, el consejo de administración debe determinar e implementar las acciones correspondientes a fin de subsanar y corregir dichas irregularidades, según lo establece la fracción VI del artículo 28 de la LMV.

Comités de Auditoría y prácticas societarias

Las funciones de control y vigilancia atribuidas al consejo deben ser desempeñadas a través de uno o más comités de auditoría y prácticas societarias. Es importante reiterar que estos comités son constituidos por el consejo y se integran por miembros del mismo consejo, si bien deben tener el carácter de independientes. A través de estos comités, el consejo de administración vigila la gestión, conducción y ejecución de los negocios sociales, esto es, la labor del director general y su equipo gerencial.

Aquí radica una de las principales características de la función de vigilancia y la estructura orgánica de la SAB: El consejo de administración no es objeto de vigilancia por un órgano social profesional y especializado. Si acaso, la labor del consejo de administración, es vigilada únicamente por la asamblea de socios a través de las facultades de designación y remoción de los consejeros y los accionistas individuales y agrupados en minorías que pueden ejercer las acciones de responsabilidad civil. A diferencia del consejo de administración de la sociedad anónima tradicional, quien se encuentra bajo la vigilancia ilimitada y en todo tiempo del comisario, el consejo de administración no rinde cuentas más que a la asamblea, órgano no profesional y de labor discontinua.

Para salvaguardar su independencia e imparcialidad, la LMV establece que los comités de auditoría y prácticas societarias deben integrarse exclusivamente por consejeros independientes designados por el consejo a propuesta de su presidente. En este punto, cabe aclarar que al ser órganos colegiados, los comités de auditoría y prácticas societarias deben operar por acuerdo: los miembros del comité no pueden ejercitar individualmente las funciones atribuidas al órgano colectivo. Esta característica probablemente resta eficacia a su labor de vigilancia, pues los comités operan, por regla general, de manera discontinua.

En cuanto a sus funciones, los comités de auditoría y prácticas societarias, las desarrollan principalmente de carácter consultivo. Su principal función es emitir opinión previa sobre ciertos asuntos, para su consideración y decisión por el consejo y la asamblea, así como vigilar la actuación del consejo de administración y la dirección general. Salvo la facultad conferida a los comités para convocar a asamblea de accionistas y otras facultades (como la de realizar investigaciones, requerir reportes e investigar incumplimientos), los comités cuentan con pocas facultades ejecutivas.

Sin embargo, en materia de auditoría, contabilidad y vigilancia, son las más exhaustivas y que más semejan a las anteriormente asignadas al comisario.

El comité de auditoría cuenta con facultades muy amplias e importantes para llevar a cabo la vigilancia de los negocios sociales, la debida contabilidad y reporte de la situación financiera de la sociedad y, en general, para verificar el cumplimiento de la LMV y los estatutos sociales.

Por otra parte, el comité de prácticas societarias tiene por principal función el emitir su opinión al consejo de administración sobre ciertas cuestiones que la LMV establece, particularmente sobre el desempeño de directivos relevantes, operaciones con partes relacionadas y significativas, así como el otorgamiento de dispensas a consejeros, directivos y otras personas para aprovechar oportunidades de negocios que correspondan a la sociedad.

El comité de prácticas societarias puede también convocar a asambleas de accionistas y, al igual que el comité de auditoría, debe, por conducto de su presidente, elaborar y presentar un informe anual sobre las materias de su competencia al consejo de administración.

El Auditor Externo

En la SAB, la responsabilidad de auditar los estados financieros y emitir dictamen sobre el informe anual que debe elaborar el director general recae en el auditor externo y la firma o despacho de auditoría a que pertenezca. La contratación de la firma de auditores debe ser aprobada por el consejo de administración, con la previa opinión del comité de auditoría, de acuerdo con lo que establece el artículo 28, fracción III, inciso j) de la LMV.

El auditor externo es una persona física, quien debe reunir requisitos de honorabilidad y otros requisitos personales y profesionales que establezca la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) mediante reglas de carácter general. Debe además ser socio de una persona moral que preste servicios de auditoría, normalmente un despacho de contadores. La firma de auditores debe, a su vez, cumplir con ciertos requisitos: debe cumplir con los requisitos de control de calidad y no ubicarse en ninguno de los supuestos de falta de independencia que establezca la CNBV, los cuales deben considerar posibles vínculos financieros o de dependencia económica, prestación de servicios de consultoría y otros servicios distintos al de auditoría y plazos máximos durante los cuales los auditores puedan prestar sus servicios a la SAB.

En este sentido, la Exposición de Motivos realiza un reconocimiento expreso del auditor externo: La presente Iniciativa hace un reconocimiento a la figura del auditor externo y también limita su participación en la sociedad a la auditoría de estados financieros, señalando expresamente sus responsabilidades. La experiencia nacional e internacional indica que la mejor manera de lograr que el proceso de auditoría a los estados financieros sea imparcial, es que no haya ningún tipo de conflicto de interés, por lo que es

imprescindible que el auditor externo no tenga relación alguna con la sociedad, más allá de su función revisora.

3. Soporte Jurídico en la Ley de Mercado de Valores

Es evidente que las disposiciones contenidas en la Ley General de Sociedades Mercantiles resultan insuficientes en el contexto político, social, y sobre todo, económico actual, pues la realidad ha superado en demasía los alcances de la misma. La propia Ley del Mercado de Valores publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1975 no contenía ninguna disposición relevante y detallada, relativa a la administración y vigilancia de las sociedades emisoras, si bien contenía artículos tendientes a constituir, organizar y supervisar el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, como la única manera real, eficaz y objetiva –considerada en su momento-, para proteger los intereses de los ahorradores, respecto de la adquisición de los valores inscritos en dicho Registro, en virtud de que sólo respecto de tales títulos podía haber una garantía adecuada de información.

La Ley del Mercado de Valores de 1975 encontró en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, el mecanismo adecuado para dar certidumbre al gran público inversionista respecto de los papeles emitidos por sociedades mercantiles, sin embargo, la legislación seguía siendo insuficiente, pues aunque los motivos de la citada Ley reconocían un importante desarrollo del sistema financiero mexicano, especialmente en el mercado de dinero, y quizás porque se suponía que en el mercado de valores era por el contrario, reducido, y cuyo crecimiento, incluso, hasta “raquítico”, es que no se visualizó la creación de un esquema en el que se establecieran responsabilidades específicas a los administradores de las sociedades mercantiles emisoras, frente a los accionistas.

Lo anterior demuestra, que las legislaciones se desarrollan en función de la evolución de las sociedades y de los contextos, y por otra parte, que parecía que hasta ese momento, solamente se centraba la atención en la responsabilidad de los administradores frente a los accionistas, limitado el

término a aquellos propietarios de acciones según hayan aportado capital para la constitución de una sociedad. Es cierto que los accionistas de una sociedad, en un sentido amplio, pueden considerarse a aquellas personas físicas o morales propietarias de acciones de una empresa, adquiridas en el mercado de valores, y es precisamente a éstas, a las que habría que proteger, en aras de lograr un desarrollo adecuado y equilibrado de un sistema financiero.

Por Decreto de 8 de diciembre de 2005, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 30 de diciembre de 2005, se creó la Ley del Mercado de Valores vigente, en el entendido de que en el párrafo segundo de su artículo Primero Transitorio se dispuso que a la fecha de entrada en vigor de dicha Ley, quedaría abrogada la Ley del Mercado de Valores publicada en el citado Diario el 2 de enero de 1975, salvo por algunas excepciones particulares.

El fundamento legal de la SAB se encuentra plasmado en los artículos 10 y 11 de la LMV, así como en el artículo 22, mismos que a continuación se transcriben:

Artículo 10.- Las sociedades anónimas que se ubiquen en alguno de los supuestos siguientes, estarán sujetas a lo previsto en esta Ley:

I. Adopten o se constituyan con el carácter de sociedades anónimas promotoras de inversión.

II. Obtengan la inscripción en el Registro de las acciones representativas de su capital social o títulos de crédito que representen dichas acciones, en cuyo caso tendrán el carácter de sociedades anónimas bursátiles.

Las sociedades anónimas promotoras de inversión no estarán sujetas a la supervisión de la Comisión, salvo que inscriban valores en el Registro.

Artículo 11.- Las sociedades anónimas que pretendan constituirse a través del mecanismo de suscripción pública a que se refiere el artículo 90 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, deberán inscribir las acciones representativas de su capital social en el

Registro y obtener la autorización de la Comisión para realizar su oferta pública, ajustándose a los requisitos que les sean aplicables en términos de esta Ley.

Artículo 22.- Las sociedades anónimas cuyas acciones representativas del capital social o títulos de crédito que representen dichas acciones, se encuentren inscritas en el Registro, formarán su denominación social libremente conforme a lo previsto en el artículo 88 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, debiendo adicionalmente agregar a su denominación social la expresión "Bursátil", o su abreviatura "B".

Las sociedades anónimas bursátiles estarán sujetas a las disposiciones especiales que se contienen en el presente ordenamiento legal y, en lo no previsto por éste, a lo señalado en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Las entidades financieras que obtengan la inscripción en el Registro de las acciones representativas de su capital social o títulos de crédito que las representen, estarán sujetas a lo dispuesto en las leyes especiales del sistema financiero que las rijan y demás disposiciones secundarias emitidas conforme a dichas leyes, así como a lo siguiente:

I. Los accionistas tendrán los derechos establecidos en los artículos 48 a 52 de esta Ley.

II. El capital social estará compuesto conforme a lo establecido en las leyes relativas al sistema financiero que las rijan. Cuando las mencionadas leyes no regulen dicha composición, la entidad se ajustará a lo previsto en esta Ley.

Las entidades financieras podrán emitir acciones no suscritas que conserven en tesorería, así como adquirir y colocar las acciones representativas de su capital social, en términos de lo previsto en los artículos 53, 56 y 57 del presente ordenamiento legal, salvo tratándose de sociedades de inversión en instrumentos de deuda, de renta variable y especializadas en fondos para el retiro, las cuales estarán sujetas, según corresponda, a la Ley de Sociedades de Inversión, a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y a las disposiciones de carácter general que emanen de dichas leyes.

III. La revelación de información, adicionalmente a lo previsto en las leyes especiales del sistema financiero que las rijan y disposiciones secundarias que emanen de dichas leyes, se regirá por lo dispuesto en los artículos 104 a 106 de esta Ley y disposiciones de carácter general que emanen del presente ordenamiento legal, salvo tratándose de sociedades de inversión en instrumentos de deuda, de renta variable y especializadas en fondos para el retiro, las cuales estarán sujetas a la Ley de Sociedades de Inversión, a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y disposiciones de carácter general que emanen de dichas leyes.

IV. La integración, organización y funcionamiento de los órganos sociales, incluyendo los de administración y vigilancia, deberán ajustarse a lo establecido en las leyes especiales del sistema financiero que las rijan y disposiciones secundarias que emanen de dichas leyes, salvo tratándose de sociedades controladoras de grupos financieros que quedarán sujetas en dichas materias a lo previsto en el presente ordenamiento legal.

Sin perjuicio de lo anterior y con la salvedad mencionada, las funciones que el presente ordenamiento legal prevé para la asamblea de accionistas, el consejo de administración, los comités que desempeñen las funciones en materia de prácticas societarias y de auditoría, y el director general de las sociedades anónimas bursátiles, deberán realizarse en las entidades financieras de que se trate, por algún órgano social o persona, en términos de lo dispuesto en las leyes especiales del sistema financiero que las rijan y disposiciones que emanen de éstas. Cuando las normas especiales respectivas no regulen alguna de las funciones, la entidad financiera deberá sujetarse respecto de esa función a lo previsto en esta Ley.

V. Los accionistas, así como los titulares de los órganos sociales y personas que tengan a su cargo la administración y vigilancia de la entidad financiera, responderán por sus actos en los términos que, en su caso, contemplen las leyes especiales del sistema financiero que las rijan y conforme a la legislación mercantil y del orden común aplicables.

Tratándose de sociedades controladoras de grupos financieros, los accionistas y las personas que tengan a su cargo la administración y vigilancia de la entidad, estarán sujetas en materia de funciones, deberes y responsabilidades a lo previsto en el presente ordenamiento legal.

4. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores

“La inspección y vigilancia de las instituciones de banca y crédito, así como de otras instituciones financieras, están a cargo de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), a partir del primero de mayo de 1995. Debe señalarse que con anterioridad a dicha fecha, funcionaban de manera separada, las Comisiones Bancaria y la de Valores. El 28 de abril de 1995, se publicó la Ley de la Comisión Nacional bancaria y de Valores (LCNBV) que las unifica en consideración a los graves problemas que en materia de vigilancia del sistema financiero han venido presentándose, apenas dos o tres años después de la re-privatización”.⁸⁸

“La CNBV es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con autonomía técnica y facultades ejecutivas en términos de la ley. Tiene por objeto supervisar y regular, en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público. También será su objeto supervisar y regular a las personas físicas y demás personas morales, cuando realicen actividades previstas en las leyes relativas al sistema financiero (artículos 1 y 2 de la LCNBV)”.⁸⁹

Por su parte, el Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez, indica que los tres grandes objetivos que se persiguen con esta ley son:

- Dotar a la entidad supervisora de un régimen que procure un apego a criterios técnicos en cuanto a la autorización, regulación y supervisión de las entidades que forman parte del sector financiero.
- Planeación y la continuidad en el largo plazo en la aplicación de directrices y estrategias de supervisión que procuren mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo de los sistemas financieros en protección de los intereses del público.

⁸⁸ De Pina Vara, Rafael, ob. cit. pág. 324.

⁸⁹ Idem.

- Que los países cuenten con personal altamente capacitado y con experiencia en las tareas de supervisión acumulada.⁹⁰

En cuanto a su objeto, la CNBV tendrá por objeto supervisar y regular en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, a fin de:

- Procurar su estabilidad y correcto funcionamiento.
- Mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público.
- También será su objeto, supervisar y regular a las personas físicas y morales, cuando realicen actividades previstas en las leyes relativas al citado sistema financiero.

En lo relativo al marco jurídico, se integra por dos vertientes:

- Las leyes, reglamentos y circulares que le proporcionan facultades en su carácter de órgano supervisor del sistema financiero mexicano, y
- Los ordenamientos que le son aplicables por su naturaleza jurídica de órgano desconcentrado de la SHCP o en su caso del Banxico o descentralizado.

Las facultades que le otorgan a la CNBV los diversos ordenamientos aplicables a esta institución desconcentrada, se ejercen a través de los siguientes órganos:

- Juntas de Gobierno;
- Presidencias;
- Vicepresidencias;
- Contraloría Interna;
- Direcciones Generales; y
- Demás Unidades Administrativas necesarias.

⁹⁰ Cfr. De la Fuente Rodríguez, Jesús, ob. cit., pág. 164.

5. Otras Autoridades Reguladoras

El Banco de México

“El Banco de México es el banco central mexicano, considerado como una persona de derecho público con carácter autónomo, cuyas actividades generales se rigen por lo dispuesto en los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de donde deriva la propia Ley del Banco de México. El Objetivo prioritario de esta institución es procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional que corresponde al Estado; siendo importante acotar, que por ministerio de la propia Constitución Política, no constituyen monopolios las funciones que el estado ejerce a través del Banco de México en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes”.⁹¹

“El Banco Central tiene como actividades definidas la regulación de los cambios monetarios, intermediación y los servicios financieros, contando con atribuciones de autoridad, necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia; por ende, promueve el sano desarrollo del sistema financiero mexicano que junto con la intermediación y los servicios financieros son la parte central de sus funciones; para alcanzar tales efectos, expide disposiciones que tienen como propósito el sano desenvolvimiento del invocado sistema financiero, razonando siempre las causas que motivan el lanzamiento de cada disposición”.⁹²

Secretaría de Hacienda y Crédito Público

El Poder Ejecutivo de la Unión es el encargado de la Administración Pública Federal, que se compone de la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado y la Consejería Jurídica del citado Poder Ejecutivo.

⁹¹ Carvallo Yáñez, Erick, ob. cit. pág. 254.

⁹² Idem

En el caso de las Instituciones citadas en segundo y tercer lugar, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal agrupa sus actividades generales, sin perjuicio de lo que disponen, cada uno de los Reglamentos Internos que las rigen.

Tratándose de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), tal dependencia es la entidad encargada de proyectar y coordinar la planeación nacional del desarrollo y de la dirección de la política monetaria y crediticia, lo cual en cierta medida se logra mediante el control de los intermediarios financieros; para la consecución de estas finalidades, está dotada de facultades exclusivas para ejercer las atribuciones que les señalen las leyes en materia de Banca, Seguros, Fianzas, Valores y organizaciones Auxiliares del Crédito.

En este sentido, es innegable que la LMV establece un gran número de atribuciones que son del ejercicio exclusivo de la Secretaría en comentario, que entre muchas otras cosas, el artículo 5 instruye que la SHCP será el órgano competente para interpretar, a efectos administrativos, con la previa opinión de la CNBV, los preceptos de la propia LMV, y mediante disposiciones de carácter general, proveer a todo cuanto se refiere a la aplicación de la misma Ley.

Por otra parte, es la autoridad a cuyo cargo están los proyectos de leyes que impactan al sector financiero, en virtud de que forma parte íntegra de los asuntos financieros nacionales; asimismo depende de ella como organismos autónomos, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, por lo que su alcance va más allá de los asuntos puramente tributarios y de planeación económica.

Capítulo Tercero

Instituciones de Seguros

1. Concepto

“Puede ser definida, en síntesis, como la manifestación técnica y organizada que realiza la función socioeconómica de la compensación de riesgos”.⁹³

“La existencia del riesgo, junto con la reparación de las consecuencias dañosas que su ocurrencia (siniestro) pueda producir, son los elementos básicos que dan razón de ser a la Institución”.⁹⁴

La Institución Aseguradora tiene dos grandes estructuras a saber:

a) Seguridad Social:

Con esta expresión se alude a un sistema obligatorio de protección, operado por el Estado, el cual está dirigido al bienestar y protección de la población.

Comprende un conjunto de medidas de previsión ejercidas por determinados Organismos e Instituciones Oficiales dirigidos a cubrir las contingencias que pudieren afectar a los trabajadores asalariados y autónomos y a sus familiares. Sobre esta base, se garantiza, por ejemplo, la asistencia sanitaria en caso de enfermedad o accidente, la prestación económica en caso de incapacidad laboral, vejez, desempleo, fallecimiento, etc.

La prima o cuota que el Estado recibe por estas coberturas es aportada conjuntamente por los empresarios y los trabajadores.

⁹³ Curso Mapfre de Introducción al Seguro, impartido por la Fundación Mapfre Estudios, a través de ITSEMAP México, S.A. de C.V., de marzo a agosto de 1999.

⁹⁴ Ídem.

b) Seguros Privados:

Estos son operados por sociedades mercantiles de derecho privado, con quienes los asegurados contratan libremente, las coberturas que les interesan, dentro de la amplia gama de posibilidades que estos seguros ofrecen, todas ellas destinadas a proteger intereses individuales.

La Compañía de Seguros no florece en una economía que es primordialmente agrícola o industrialmente subdesarrollada. Y ello ocurre no porque los riesgos no existan, sino porque no están desarrollados en el grado necesario para respaldar a una institución altamente organizada que los maneje. En una sociedad agrícola, los individuos tienden a ser relativamente independientes y están dispuestos a asumir muchos más riesgos de los que se aceptan en las sociedades industrializadas. Es más, en las sociedades agrícolas la gente no depende tanto del dinero como en las sociedades más avanzadas. Una gran parte de las necesidades del agricultor se satisfacen en casa, y de ese modo hay muy poco comercio. Un siniestro que destruye una cosecha probablemente no dejará al agricultor completamente sin provisiones, porque tiene otras cosechas o la ayuda de sus vecinos que satisfarían sus necesidades. Si se quema un edificio, tal vez los vecinos cooperarían voluntariamente para repararlo o rehacerlo sin sentirse la necesidad de una remuneración en dinero efectivo. Al contrario, en una sociedad altamente desarrollada e industrializada, los trabajadores dependen de sus ingresos en dinero efectivo. Sus trabajos son bastante especializados, de manera que si ocurre algún hecho que interrumpe sus rentas o destruye sus bienes acumulados, esto supone un desastre económico. En consecuencia, en las sociedades industriales los métodos de asumir sus riesgos deben estar asimismo altamente desarrollados.⁹⁵

El seguro, como institución, prospera dentro de una sociedad en la cual las relaciones legales están organizadas, las conocen todos y se imponen con

⁹⁵ Diplomado en Seguros, impartido por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Manual Panorámica de Seguros, Operaciones y Ramos, pág. 26.

imparcialidad. Un sistema de justicia imparcial es absolutamente básico para un programa fuerte de seguro, pues el mecanismo del seguro se hace efectivo, generalmente, a través de un contrato legalmente imponible. El seguro no puede prosperar donde las influencias políticas, las guerras o revoluciones frecuentes, la deshonestidad de la gente perturban la vigencia del sistema jurídico o el ejercicio de la ley. Aun cuando no exista ninguna prueba de la afirmación anterior, parece lógico suponer que un asegurador no podría desarrollar sus funciones si no tuviera la seguridad de poder ejercer sus facultades legales de acuerdo con sus contratos. Valga un ejemplo; una guerra puede ocasionar tales perjuicios a una economía que de hecho impida a una compañía de seguros cumplir sus obligaciones. En Japón, por ejemplo, el impacto de la II Guerra Mundial en las compañías de seguros de vida provocó su completa reorganización.⁹⁶

La estabilidad jurídica y política es fundamental para el adecuado desarrollo de una Institución Aseguradora; sólo así puede desempeñar su función de manera correcta y eficaz. En el mismo sentido se lee en el contenido del Curso “El Sistema de Seguros en México”, al que tuve oportunidad de asistir y que fue preparado de manera especial para servidores adscritos al Poder Judicial, en sus ámbitos Federal y Local, el cual tuvo una concurrencia y aceptación verdaderamente plausible.

En la ponencia del C.P. José Covarrubias Martínez, quien en el año 1998 fungía como Director General de la A.M.I.S. (Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros, A.C.), se indica:

“Una vez reunidas estas habilidades, técnica y jurídica, disponiéndose además de información confiable y suficiente, puede garantizarse la suficiencia de los fondos y el cumplimiento de los compromisos contraídos, estableciéndose el precio justo y las condiciones de participación. Surge pues la necesidad de un especialista que aprovechando economías de escala, haga que se consigan de manera óptima el objetivo común y la tranquilidad que

⁹⁶ Cfr., Diplomado en Seguros, impartido por el por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Manual Panorámica de Seguros, Operaciones y Ramos, pág. 27.

subyace en el hecho de sentirse protegido. Este especialista es el SECTOR ASEGURADOR.”⁹⁷

Las Instituciones de Seguros, estructuradas como sociedades anónimas establecen el precio de sus servicios, en la prima, así como un cargo por su intermediación y una utilidad lícita y razonable. La mayor parte de dicho precio la constituyen las provisiones técnicas para el pago de sus responsabilidades, que no son otra cosa más que una redistribución de sus ingresos por este concepto, entre quienes resultaron afectados. Pero como ha podido desprenderse de todo lo anterior, el seguro es el único negocio en el precio que se establece y cobra, antes de conocerse los costos finales. El cálculo de probabilidades y las matemáticas financieras permiten aproximar con bastante exactitud la distribución en el tiempo de los eventos futuros cuya ocurrencia se cubre en el contrato de seguro. Sin embargo, la precisión no existe, de tal manera que cobrado el precio, es necesario guardarlo y administrarlo en forma de reservas técnicas, la mayor parte de las veces por períodos que no reconocen fronteras anuales, sobre todo en seguros de vida, para que en todo momento existan recursos suficientes.⁹⁸

Para ofrecer sus programas de protección, las empresas de seguros se constituyen de acuerdo a las leyes mercantiles, de sociedades y en particular conforme a lo establecido por la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros. De acuerdo a la tendencia globalizadora y de apertura comercial del país, dicha ley, a partir del año de 1990 permite la participación del capital extranjero en las aseguradoras mexicanas. De tal manera que actualmente existen, constituidas como sociedades anónimas de capital fijo o variable, las siguientes modalidades de empresas de seguros: 1.- de capital totalmente mexicano; 2.- De capital mayoritariamente mexicano; 3.- Filial o de capital mayoritariamente extranjero: La sociedad anónima mexicana autorizada para organizarse y funcionar como institución de seguros y en cuyo capital participe mayoritariamente una institución financiera del exterior o una sociedad

⁹⁷ Curso: El Sistema de Seguros en México, impartido por la Universidad de Estudios de Posgrado en Derecho, en coordinación con la Asociación Mexicana de Derecho de Seguros y Fianzas, A.C., Ponencia de José Covarrubias Martínez, mayo de 1998.

⁹⁸ Cfr., Curso: El Sistema de Seguros en México, Ponencia de José Covarrubias Martínez.

controladora filial. Todas ellas pueden realizar las mismas operaciones, garantizándose por parte de las autoridades el compromiso de trato nacional.⁹⁹

Por otra parte, en su aspecto formal, la institución aseguradora se considera junto con el tomador o asegurado, como un elemento personal del contrato de seguro. En este sentido, la institución aseguradora es quien se obliga a cubrir el riesgo y, en caso de siniestro, a realizar la prestación convenida para tal eventualidad.

“Asegurador, es la persona jurídica que suscribe el contrato junto con el tomador y a quien corresponde la obligación de asumir la cobertura del riesgo, que conlleva, en caso de siniestro, la obligación de pagar una indemnización, un capital, una renta u otra prestación convenida, al tomador”.¹⁰⁰

“La naturaleza jurídica del asegurador tiene que responder a la forma jurídica de la sociedad, es decir, debe ser necesariamente una persona jurídica a fin de poder exigir adecuadamente las responsabilidades financieras y sociales derivadas de su actividad, evitando que una persona física pueda asumir coberturas de seguro, con el riesgo de insolvencia patrimonial”¹⁰¹

En este mismo sentido, el autor José de Jesús Martínez Gil señala: “Asegurador. Compañía de Seguros. Asegurador directo es el nombre que se le da a la compañía de seguros que asume un riesgo, previo acuerdo directo y personal con el asegurado, para distinguirlo de aquellos supuestos en que la obligación directa no se produce en contra de la misma, por ejemplo, reasegurador”.¹⁰²

Finalmente, continuando con el concepto formal de la institución aseguradora, el autor Octavio Sánchez Flores establece: “Se ha definido como

⁹⁹ Cfr., Curso: El Sistema de Seguros en México, Ponencia de José Covarrubias Martínez.

¹⁰⁰ Elguero Merino, José María, “El Contrato de Seguro”, 1ª. ed., Editorial MAPFRE, S.A. Fundación MAPFRE Estudios, Instituto de Ciencias del Seguro, Madrid, 2004, pág. 48.

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² Martínez Gil. José de Jesús, “Manual Teórico y Práctico de Seguros”, 1ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, pág. 49.

la persona que, mediante la formalización de un contrato de seguro, asume las consecuencias dañosas producidas por la realización del evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, asumiendo en nuestro país la forma de sociedad anónima o sociedad mutualista”.¹⁰³

“Su actividad se encuentra orientada a la práctica del seguro. Los términos empresa de seguros e institución de seguros son sinónimos, ya que la actividad aseguradora, en la práctica, y en la totalidad de los países, sólo puede ser llevada a cabo por personas jurídicas y mediante alguna de las formas de sociedad que reconocen como válidas las respectivas legislaciones”¹⁰⁴

2. Organización

De acuerdo con la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (LIS), sólo pueden tener el carácter de empresas aseguradoras las que se organicen y funcionen como instituciones de seguros o como sociedades mutualistas. La fracción I del artículo 3º. de la LIS, prohíbe a toda persona física o moral distinta de las señaladas, la práctica de cualquier operación activa de seguros en territorio nacional.

Asimismo, en términos del artículo 29 de la LIS, las instituciones de seguros deberán ser constituidas como sociedades anónimas de capital fijo o variable, con arreglo a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM).

Para organizarse y funcionar como institución de seguros se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).

¹⁰³ Sánchez Flores, Octavio Guillermo de Jesús, “La Institución del Seguro en México”, 1ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, pág. 146.

¹⁰⁴ Ídem.

En cuanto a su organización y de conformidad con el precitado artículo 29 de la LIS, las instituciones de seguros deberán contar con un capital mínimo pagado por cada operación o ramo que se les autorice, expresado en Unidades de Inversión, el cual se deberá cubrir en moneda nacional en el plazo previsto en esta fracción y que será determinado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público durante el primer trimestre de cada año, para lo cual deberán considerarse, entre otros aspectos, los recursos que sean indispensables para apoyar la adecuada prestación del servicio que representa la actividad aseguradora, la suma de los capitales pagados y reservas de capital con que opere el conjunto de instituciones que integren el sistema asegurador, la situación económica del país y el principio de procurar el sano y equilibrado desarrollo del sistema y una adecuada competencia.

El capital mínimo deberá estar totalmente suscrito y pagado a más tardar al 30 de junio del año en que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público lo haya fijado. Cuando el capital social exceda del mínimo deberá estar pagado cuando menos en un 50%, siempre que este porcentaje no sea menor del mínimo establecido.

Tratándose de sociedades de capital variable, el capital mínimo obligatorio estará integrado por acciones sin derecho a retiro. El monto del capital con derecho a retiro, en ningún caso podrá ser superior al capital pagado sin derecho a retiro.

Las acciones deberán pagarse íntegramente en el acto de ser suscritas.

El capital social de las instituciones de seguros podrá integrarse con una parte representada por acciones de voto limitado hasta por un monto equivalente al treinta por ciento del capital pagado, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En razón del origen de los accionistas que suscriban su capital, las instituciones podrán ser:

- De capital total o mayoritariamente mexicano; o
- De capital total o mayoritariamente extranjero, en cuyo caso se les considerará como Filiales de Instituciones Financieras del Exterior.

No podrán participar en forma alguna en el capital de las instituciones de seguros, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad.

En el supuesto de que uno o más accionistas pretendan obtener el control de la administración en una Institución de seguros, deberá acompañar a su solicitud, según corresponda:

- Relación de las personas que, en su caso, pretendan adquirir el control de la institución de seguros de que se trate indicando el capital que suscribirán, la forma en que lo pagarán, así como el origen de los recursos con los que se realizará dicho pago;
- Señalar los nombres, nacionalidad, domicilios y ocupaciones de los consejeros, funcionarios y contralor normativo, quienes deberán cumplir con los requisitos establecidos en las fracciones VII Bis y VII Bis-1 del artículo 15 del ordenamiento legal en cita;
- Plan de actividades de la institución de seguros de que se trate, el cual deberá contemplar, en lo conducente, los aspectos señalados en el artículo 16 de la LIS;
- Programa estratégico para la implementación de las políticas y normas a que se refiere el numeral 1 de la fracción I del artículo 29 Bis de la LIS, y
- La demás documentación conexas que requiera la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a efecto de evaluar la solicitud correspondiente.

Se obtiene el control de una institución de seguros cuando se adquiriera el treinta por ciento o más de las acciones representativas del capital social pagado de la propia institución, se tenga el control de la asamblea general de accionistas, se esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, o por cualquier otro medio se controle a la institución de seguros de que se trate.

Podrá estipularse que la duración de la sociedad sea indefinida; pero no podrá ser inferior a 30 años. La sociedad sólo podrá tener por objeto el funcionamiento como institución de seguros, en los términos de la LIS.

Todas las asambleas y juntas directivas se celebrarán en el domicilio social, debiendo estar éste siempre dentro del territorio de la República;

Deberá celebrarse una asamblea general ordinaria cada año, por lo menos, y en la escritura se establecerá el derecho de los socios que representen, por lo menos, el 10% del capital pagado para pedir que se convoque a asamblea extraordinaria. Si el consejo no expidiere la convocatoria pedida, señalando un plazo no mayor de un mes a contar de la fecha en que reciba la petición para la reunión de la asamblea, el comisario, a moción de los accionistas interesados, expedirá la convocatoria en los mismos términos en que el consejo debiera hacerlo.

En las asambleas generales extraordinarias de accionistas las decisiones deberán tomarse cuando menos, por una mayoría del 80% del capital pagado con derecho a voto, salvo que se trate de segunda convocatoria, caso en el cual las resoluciones se adoptarán, por lo menos, con el voto del 30% del capital pagado con derecho a voto.

La convocatoria contendrá la respectiva orden del día, en la que se deberán listar todos los asuntos a tratar en la asamblea de accionistas, incluso los comprendidos en el rubro de asuntos generales que se sometan a deliberación e impliquen resolución de la misma.

La documentación e información relacionada con los temas a tratar en la correspondiente asamblea de accionistas, deberán ponerse a disposición de los accionistas por lo menos con quince días de anticipación a su celebración.

3. Operación

Este apartado se subdividirá en dos grandes temas: por una parte se explicará en qué consiste la operación y funcionamiento de la institución aseguradora, y por la otra, se desarrollará, aunque someramente, el contrato de seguro, ya que es la esencia y razón de ser de la empresa de seguros, así como su concepto y marco legal.

a) Operación y Funcionamiento

Por su contenido y a fin de evitar omisiones, me permito transcribir el artículo 34 de la LIS, en el que se establece la operación y funcionamiento de la empresa de seguros:

Artículo 34.- Las instituciones de seguros, sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

I. Practicar las operaciones de seguros, reaseguro y reafianzamiento a que se refiera la autorización que exige esta Ley.

I Bis.- Celebrar operaciones de reaseguro financiero en términos de las fracciones I Bis y XIII Bis-1 del artículo 35 de esta Ley;

II. Constituir e invertir las reservas previstas en la Ley.

III. Administrar las sumas que por concepto de dividendos o indemnizaciones les confíen los asegurados o sus beneficiarios.

III bis. Administrar las reservas correspondientes a contratos de seguros que tengan como base planes de pensiones relacionados con la edad, jubilación o retiro de personas a que se refiere el segundo párrafo de la fracción I del artículo 8o. de esta Ley;

IV. Actuar como institución fiduciaria en negocios directamente vinculados con las actividades que les son propias. Al efecto, se considera que están vinculados a las actividades propias de las instituciones de seguros los fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguros que se celebren.

Asimismo, podrán actuar como institución fiduciaria en los fideicomisos de garantía a que se refiere la Sección Segunda del Capítulo V del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sujetándose a lo que dispone el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito y bajo la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Tratándose de instituciones de seguros autorizadas para practicar operaciones de vida también se considerarán vinculados con las actividades que les son propias, los fideicomisos en que se afecten recursos relacionados con primas de antigüedad, fondos individuales de pensiones, rentas vitalicias, dividendos y sumas aseguradas, o con la administración de reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establecen las leyes sobre seguridad social y de primas de antigüedad.

Cuarto párrafo (Se deroga).

En lo no previsto por lo anterior, a las instituciones de seguros fiduciarias les será aplicable lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, podrá determinar mediante reglas de carácter general otros tipos de fideicomisos en los que podrán actuar como fiduciarias las instituciones de seguros.

V. Administrar las reservas retenidas a instituciones del país y del extranjero, correspondientes a las operaciones de reaseguro y reafianzamiento.

VI. Dar en administración a las instituciones cedentes, del país o del extranjero, las reservas constituidas por primas retenidas correspondientes a operaciones de reaseguro o reafianzamiento.

VII. Efectuar inversiones en el extranjero por las reservas técnicas o en cumplimiento de otros requisitos necesarios, correspondientes a operaciones practicadas fuera del país.

VIII. Constituir depósitos en instituciones de crédito y en bancos del extranjero en los términos de esta Ley.

IX. Recibir títulos en descuento y redescuento a instituciones de crédito, organizaciones auxiliares del crédito y sociedades financieras de objeto múltiple, así como a fondos permanentes de fomento económico destinados en fideicomiso por el gobierno federal en instituciones de crédito;

X. Otorgar préstamos o créditos.

X Bis.- Emitir obligaciones subordinadas, las cuales podrán ser no susceptibles de convertirse en acciones, o de conversión obligatoria en acciones, así como emitir otros títulos de crédito, en los términos previstos en las fracciones XIII Bis y XIII Bis-1 del artículo 35 de esta Ley;

XI. Operar con valores en los términos de las disposiciones de la presente Ley y de la Ley del Mercado de Valores.

XI Bis.- Proporcionar de manera directa, a las sociedades de inversión servicios de distribución de acciones, en los términos de la Ley de Sociedades de Inversión;

XII. Operar con documentos mercantiles por cuenta propia, para la realización de su objeto social.

XIII. Adquirir, construir y administrar viviendas de interés social e inmuebles urbanos de productos regulares.

XIV.- Adquirir los bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto social;

XIV Bis.- Invertir en el capital de las administradoras de fondos para el retiro y en el de las sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro, en los términos de la legislación aplicable;

XV.- Actuar como comisionista con representación de empresas extranjeras para efectos de lo previsto en los incisos 1) y 2) de la fracción III del artículo 3o. de esta Ley; y

XVI.- Efectuar, en los términos que señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las operaciones análogas y conexas que autorice.

Por su parte, el artículo 7 de la LIS, establece cuáles son las operaciones y ramos de la actividad aseguradora: Las autorizaciones para organizarse y funcionar como institución o sociedad mutualista de seguros, son por su propia naturaleza intransmisibles y se referirán a una o más de las siguientes operaciones de seguros:

Operaciones y Ramos de Seguros (Art. 7º LIS)

I.- Vida.

II.- Accidentes y Enfermedades.

En los siguientes ramos:

- a) Accidentes Personales;
- b) Gastos Médicos; y
- c) Salud.

III.- Daños

La operación de Daños se divide en nueve ramos:

- a) Responsabilidad Civil y Riesgos Profesionales.
- b) Marítimo y Transporte.
- c) Incendio.
- d) Agrícola y de animales.
- e) Automóviles.
- f) Crédito.
- g) Crédito a la vivienda.

- h) Garantía financiera.
- i) Diversos
- j) Terremoto y otros riesgos catastróficos; y
- k) Los especiales que declare la SHCP.

Acreditada solvencia (Art. 14 LIS)

Por observancia de esta Ley, las instituciones de seguros se consideran empresas de acreditada solvencia, y no están obligadas a constituir fianzas y depósitos legales, salvo en los casos de juicios fiscales, laborales o de amparo.

Principios que deberán observar en su actividad las instituciones de seguros (Art. 36 LIS)

Ofrecer y celebrar contratos en las operaciones autorizadas, conforme a los sanos usos y costumbres, con el propósito de lograr una adecuada selección de los riesgos que asuma. (Fracción I).

Determinar sobre bases técnicas, las primas netas de riesgo a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con los asegurados. (Fracción II):

Si se estipula en el contrato devolución de prima, pago de dividendos o bonificaciones, éstas no deberán afectar la prima neta de riesgo. (Fracción III).

Indicar de manera clara y precisa, el alcance, términos, condiciones, exclusiones, limitantes, franquicias o deducibles y cualquier otra modalidad en las coberturas o planes. De igual manera se deberá procurar claridad y precisión en toda comunicación individual o colectiva que la institución tenga con sus asegurados, contratantes, beneficiarios y público en general. (Fracción IV).

Seguridad y liquidez (Art. 56 LIS)

Las compañías de seguros deberán invertir los recursos que manejen en términos que les permita mantener condiciones adecuadas de seguridad y liquidez. A tal efecto, la SHCP, determinará las clasificaciones que las propias instituciones deberán hacer de sus activos.

Margen de solvencia, “capital mínimo de garantía” (Art. 60 LIS)

Las instituciones deberán contar con un capital mínimo de garantía, determinado conforme a las reglas que dicta la SHCP a fin de garantizar la sana operación en cada ramo.

Se define como “la cantidad necesaria y suficiente de recursos patrimoniales para absorber pérdidas por variación en: siniestralidad, inversiones, e insolvencia de reaseguradores”.

La institución deberá contar con el adecuado apoyo de los recursos patrimoniales y de previsión, con relación a los riesgos y a las responsabilidades asumidas. (Fracción I).

Establecer políticas para la adecuada selección de riesgos, así como para la cesión y aceptación del reaseguro y reafianzamiento. (Fracción II).

Mantener un nivel apropiado de recursos patrimoniales, con relación a los riesgos financieros que asuma. (Fracción III).

Prohibiciones para las aseguradoras (Art. 62 LIS)

A fin de garantizar la solidez de las instituciones, entre otras causales, se les prohíbe:

- Dar en garantía sus propiedades.

- Obtener préstamos.
- Realizar contratos de reaseguro que impliquen la asunción de pasivos.
- Asumir riesgos u otorgar financiamientos bajo esquemas de reaseguro financiero, cuando no se trate de instituciones autorizadas para practicar exclusivamente el reaseguro.
- Dar en reporto títulos de crédito.
- Dar en prenda los títulos o valores de su cartera.
- Operar con sus propias acciones, salvo en los casos previstos en la Ley del Mercado de Valores.
- Aceptar riesgos mayores de los establecidos en la propia ley.
- Otorgar avales, fianzas o cauciones.
- Comerciar con mercancías de cualquier clase.
- Explotar por su cuenta industrias, comercios, minas o granjas. (Con excepción de Sanatorios, Talleres y demás servicios destinados exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones derivadas de las pólizas de seguros. Art. 67 LIS).
- Repartir dividendos a los accionistas, mientras las reservas y el capital no se encuentren debidamente constituidos.

b) El seguro, concepto y marco legal

El seguro puede ser analizado desde diversos puntos de vista. Algunos autores destacan el principio de solidaridad al considerar como tal la institución que garantiza un sustitutivo al afectado por un riesgo, mediante el reparto del daño entre un elevado número de personas amenazadas por el mismo peligro; otros señalan el principio de contraprestación, al decir que el seguro es una operación en virtud de la cual, una parte (el asegurado) se hace acreedor, mediante el pago de una remuneración (la prima), de una prestación que habrá de satisfacerle la otra parte (el asegurador) en caso de que se produzca un siniestro. También ha sido considerado el seguro desde su aspecto social (asociación de masas para el apoyo de los intereses individuales), matemático (transformación de un valor eventual en un valor cierto), de costo (el medio más económico para satisfacer una necesidad eventual), etc.¹⁰⁵

Desde el punto de vista general, puede entenderse como una “actividad económico-financiera que presta el servicio de transformación de los riesgos de diversa naturaleza, a que están sometidos, los patrimonios en un gasto periódico presupuestable, que puede ser soportado fácilmente por cada unidad patrimonial.”¹⁰⁶

En mi opinión, el seguro es el instrumento de carácter legal, investido de un principio básico de solidaridad y ayuda mutua, por medio del cual, una persona, física o moral, garantiza su certidumbre económica con el pago de una prima hecho a una institución aseguradora, la que a su vez, le indemnizará en los términos pactados en caso de materializarse la eventualidad prevista en dicho pacto.

El seguro es la institución de previsión, para la protección de las necesidades y consecuencias dañosas de estos riesgos; los cuales no se evitan, pero a través suyo se reparan los perjuicios patrimoniales derivados del

¹⁰⁵ Cfr., Curso Mapfre de Introducción al Seguro, impartido por la Fundación MAPFRE Estudios, a través de ITSEMAP México, S.A. de C.V., de marzo a agosto de 1999.

¹⁰⁶ Ídem.

siniestro. La asistencia mutua 'en caso de pérdidas' es la misión fundamental del Seguro, por lo tanto la institución del Seguro es de un alto valor ético. Como ya hemos mencionado, el Seguro estimula la protección, es decir, su tarea no es solamente la de cubrir pérdidas, sino también de prevenirlas. Por ejemplo, las Compañías que operan el Ramo de Incendio cooperan con las Empresas Aseguradas para disminuir o eliminar riesgos serios de incendio. Sugieren mejoras en el tipo de construcción de edificios, recomiendan la instalación de hidrantes y el uso de equipos contra incendio, ofreciendo reducciones en la tarifa. Las Compañías que cubren el riesgo de explosión de calderas, periódicamente hacen revisiones a las calderas aseguradas, comprobando los aparatos de seguridad y observando los procesos de planta mientras la caldera funciona. También con regularidad, se llevan a cabo inspecciones que comprenden: la comprobación de la presión, la identificación de los tubos débiles u oxidados, etc., independientemente, los dueños de talleres y fábricas en los que funcionan aparatos de alta presión, adquieren los seguros con el objeto de obtener la indemnización implícita en el contrato en caso de siniestro, pero también para conseguir el servicio de verificación, ya que de hecho una parte importante de la prima que se cobra sirve para cubrir el gasto de inspección. También las Compañías de Seguros colaboran directa o indirectamente con las autoridades para el mejoramiento de la Salud Pública. Por ello, puede afirmarse que el Seguro contribuye a prolongar el promedio de vida. El Seguro de Vida proporciona tranquilidad a la familia en el momento de que el sostén o algún miembro de la misma llegase a fallecer, evitando, de esa manera, efectos desfavorables como podrían ser: la desintegración familiar, la delincuencia juvenil, falta de salud, trabajo infantil y padecimientos mentales. Por ello se afirma que el Seguros Contribuye a la conservación de la salud física y mental.¹⁰⁷

El Seguro ofrece un beneficio de acumulación inmediata de dinero. Todo individuo prudente y previsor hace planes para resolver sus necesidades futuras y las necesidades de quienes dependen de él, con el objeto de dejar el capital suficiente para la manutención de su viuda e hijos, o conformar una

¹⁰⁷ Cfr., Diplomado en Seguros, impartido por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Manual Introducción al Seguro, México, 1997-1998, p.13.

reserva económica para hacer frente a enfermedades o accidentes serios. Para ello, tiene que transcurrir varios años y estar seguro el individuo de que habrá de vivir todo ese tiempo. Gozar de buena salud, tener un éxito normal en los negocios, producir sin interrupción, etc., sólo bajo estas condiciones supuestas la suma que requiere podría ser reunida. Sin embargo, si en lugar de intentar acumular y administrar esa cantidad por sí mismo, se adquieren las correspondientes pólizas de: Seguro de Vida, Accidentes y Enfermedades, Incendio, etc., la fortuna se crea en el acto y está disponible cuando se necesite. El negocio de Seguros requiere la asistencia de servicios profesionales, en virtud de que es un negocio altamente técnico. Implica la asistencia de expertos para analizar los riesgos, tales como: médicos, ingenieros, químicos, actuarios, administradores, abogados, etc.¹⁰⁸

Los agentes corredores de Seguros son necesarios y representan a la Aseguradora. Cada día están mejor capacitados y prestan su servicio profesional a los asegurados, asesorando a la vez a las empresas aseguradas, sin costo adicional, ya que los honorarios de los agentes son pagados por las compañías. Un factor determinante, que contribuye al desarrollo del Seguro, es la tendencia instintiva llamada por los psicólogos “el anhelo de seguridad”. El conocimiento de que el fuego, los accidentes automovilísticos y otras catástrofes fuera del control del ser humano, pueden, repentinamente dar entrada a la incertidumbre y arruinar los sacrificios hechos durante toda la vida y que estos, a su vez, pueden eliminarse parcial o totalmente por medio del Seguro. Los seguros generan seguridad y desvanecen la ansiedad, el miedo y la incertidumbre, proporcionando así, un estado agradable de tranquilidad y paz mental.¹⁰⁹

Marco Legal del Seguro. El Contrato

Desde un punto de vista legal, “El contrato de seguro es aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro

¹⁰⁸ Ibidem, pág. 14

¹⁰⁹ Ibidem, págs. 14-15

de los límites pactados, el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”.¹¹⁰

Esta definición, proporcionada por la legislación española, pretende, al igual que la regulación mexicana, unificar en un solo concepto a las diversas clases de seguros, con el riesgo de caer en la insuficiencia o ambigüedad, como enseguida se verá.

“La LCS ha recogido, en su artículo 1, una definición del contrato de seguro con el fin de delimitar esta modalidad contractual. Al propio tiempo, ha procurado comprender bajo una única definición las diversas modalidades del contrato de seguro. Si la tarea definitoria contenida en las leyes es, como se sabe, difícil y peligrosa, quizá lo sea aún más con relación a un contrato como el de seguro, cuya delimitación ha sido objeto de una amplia atención por parte de los juristas, que no han sido ajenos, por otro lado, a las distintas concepciones sobre el seguro mantenidas desde saberes diferentes (como la economía, o la técnica del seguro)”.¹¹¹

La redacción del artículo 1 ha sido poco original, en cuanto que, con ciertas variaciones, ha seguido el ejemplo de otras leyes. Se trata de una definición descriptiva que puede ser objeto de alguna crítica por cierta falta de rigor, en especial al indicar el objeto de la prestación del asegurador, ya que el artículo 1 termina diciendo –en forma poco expresiva- que éste puede haberse comprometido a satisfacer “*otras prestaciones convenidas*”. Esta imprecisión del legislador quizá deba entenderse como el reconocimiento de la libertad que tiene las partes para convenir en el contrato el objeto de la prestación del asegurador de manera que el artículo 1 podría haber quedado reducido a indicar que el contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de la cobertura, a satisfacer al asegurado, o a un tercero, las prestaciones convenidas.¹¹²

¹¹⁰ Sánchez Calero, Fernando, et. al, “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones”, 3ª. ed., Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2005, pág. 7.

¹¹¹ Idem.

¹¹² Cfr., Sánchez Calero, et. al., ob. cit., pág. 31.

En México, la Ley Sobre el Contrato de Seguro (LCS) define al contrato de seguro de la siguiente manera:

Artículo 1.- Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato.

Con relación a este artículo, en una obra de reciente creación (salió a la luz en el presente año 2011), el Lic. Pablo Medina Magallanes propone la siguiente definición del contrato de seguro:

“Aquel acuerdo de voluntades por medio del cual una persona física o moral le traslada a otra necesariamente moral las consecuencias económicas del acaecimiento de un determinado riesgo, quien le garantiza el pago de éstas a cambio del pago de una contraprestación”¹¹³.

Con respecto al concepto del contrato de seguro establecido por la LCS, el maestro Luis Ruiz Rueda, indica que se trata de una definición impropia por lo siguiente: “En realidad, como es fácil comprobar, el artículo 1º. de nuestra ley, no da una verdadera definición del contrato, mediante la determinación de género próximo y de diferencia específica, sino que se limita a una descripción en que cuida de enumerar los elementos esenciales específicos del contrato y su función, así como de precisar en el artículo 2º. lo que debe entenderse por el elemento empresa; pero no constituye ni puede constituir una verdadera definición, porque su forma es tal que claramente divide al seguro en dos grupos o subtipos diferentes, lo que le quita toda unidad y si bien presupone el género próximo, que es el de contrato, la diferencia específica desaparece al dividir esa pretendida diferencia específica, en dos lo que equivale a pretender dar dos definiciones correspondientes a dos contratos semejantes, pero no da la definición de uno solo, independientemente de que sea de daños o de personas, a pesar de que es un hecho universal que tanto la doctrina como la

¹¹³ Medina Magallanes, Pablo, “Ley Sobre el Contrato de Seguro. Comentada”, 1ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2011, pág. 2.

jurisprudencia y la práctica, universalmente llaman *contrato de seguro* a esas dos variedades, a las que se pretende dar naturaleza diferente, que son las comprendidas en el artículo 1º. Además tanto nuestra como las leyes extranjeras consideran esos dos pretendidos grupos de seguros, como contrato de seguro en general y los rigen con una ley única”.¹¹⁴

Asimismo, el maestro Luis Ruiz Rueda señala:

Independientemente de todos los defectos que tengan los artículos 1 y 2 de la L.C.S., tienen la ventaja indiscutible de precisar los elementos esenciales específicos del contrato de seguro, los cuales son:

- Riesgo;
- Prima;
- Garantía, prestación del asegurador, y
- Empresa¹¹⁵

Aspectos legales relevantes del contrato de seguro

La buena fe (Artículos 1, 8, 9, 10, 47 LCS)

El contrato de seguro está basado en la BUENA FE, principio básico y característico de todos los contratos, que obliga a las partes a actuar entre sí con la máxima honradez, sin torcer arbitrariamente el sentido recto de los términos recogidos en su acuerdo, y sin limitar o exagerar los efectos que naturalmente se derivarían del modo en que los contratantes hayan expresado su voluntad y contraído sus obligaciones.

La buena fe tiene una especialísima importancia en el contrato de seguro. En cuanto al asegurado, este principio le obliga a describir total y claramente la naturaleza del riesgo que pretende asegurar, a fin de que el

¹¹⁴ Ruiz Rueda, Luis, “El Contrato de Seguro”, 1ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, págs. 48-49.

¹¹⁵ Cfr., Ruiz Rueda, Luis, ob.cit., pág. 51.

asegurador tenga una completa información que le permita decidir sobre su denegación o aceptación y, en este último caso, pueda aplicar la prima correcta; asimismo, el asegurado debe procurar que no ocurra el siniestro o, una vez producido, intentar la disminución de sus consecuencias. En cuanto al asegurador, la buena fe le exige facilitar al asegurado una información exacta de los términos en que se formaliza el contrato, ya que muy difícilmente puede aquél conocer o interpretar correctamente las condiciones de la póliza que se le presenten en el momento de su aceptación y firma; asimismo, el asegurador debe redactar con claridad el clausulado de las pólizas, de forma que el asegurado pueda conocer por sus propios medios el alcance de las condiciones a que se compromete.

Además, es de buena fe porque el asegurado confía plenamente su patrimonio a la aseguradora pagando la prima en forma anticipada con la certeza de que en caso de materializarse el evento previsto en el contrato verá plenamente resarcido el daño causado a su patrimonio o a su persona.

“La buena fe es la obligación de conducirse honrada y concienzudamente en la formación y ejecución del negocio jurídico, sin atenderse necesariamente a la letra del mismo”.¹¹⁶

En términos generales, puede decirse que la fe es una adhesión de nuestra inteligencia a la palabra de otro. Pero esta adhesión de nuestra inteligencia no se da gratuitamente, es fruto de la autoridad, de la integridad o de la fama pública de que goza la persona que dice o afirma algo. Así, cuando un hombre íntegro y leal nos dice o afirma una cosa, la admitimos, la aceptamos, tenemos fe en su palabra. Y es que dar su palabra a alguien es darse o comprometerse uno mismo. La autoridad de la persona produce

¹¹⁶ Diplomado: Derecho de Seguros, impartido por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, abril de 1999 a enero de 2000. (“Definición y Celebración del Contrato de Seguro”, Exposición del Lic. Gabriel Corvera Caraza”).

confianza y la confianza la fe que hace que otro crea, que acepte como verdadero algo que no ha comprobado que lo es.¹¹⁷

Aceptación automática (Art. 6 LCS)

Se consideran aceptadas las solicitudes presentadas a la compañía, si ésta no contesta dentro de 15 días contados a partir de la recepción, siempre y cuando se trate de solicitudes para:

- Prorrogar,
- Modificar, o
- Restablecer un contrato suspendido

Es importante destacar que esta disposición NO SE REFIERE A:

- Seguro de personas, en ningún caso
- Solicitud de nuevos negocios
- Solicitud de aumento de suma asegurada.

La propuesta o solicitud (Artículos 8, 9, 10 y 47 LCS)

La persona que solicite un Seguro está obligado a declarar, “por escrito”, de acuerdo al cuestionario relativo que le proporcionará la compañía, todos los hechos importantes para la apreciación del riesgo.

Tales hechos deberán ser declarados con toda fidelidad, tal como los conozca y deba conocer al momento de la solicitud.

Cualquier omisión o inexacta declaración sobre estos hechos facultará a la compañía para declarar rescindido de pleno derecho el contrato, aún cuando la omisión o inexactitud no hayan influido en la realización del siniestro.

¹¹⁷ Cfr., Segundo Congreso Nacional de la Asociación Mexicana de Derecho de Seguros y Fianzas, A.C., celebrado en la ciudad de Guanajuato, del 5 al 7 de noviembre de 1998. (“La Buena Fe antes de la Celebración del Contrato de Seguro”, Ponencia del Lic. Orencio Vega Casián).

Reaseguro (Art. 18 LCS)

Aún cuando la empresa se haya reasegurado, seguirá siendo la única responsable frente al asegurado.

Datos que debe contener la póliza (Art. 20 LCS)

- Nombre y domicilio de las partes, y firma de la aseguradora,
- Persona o cosa asegurada,
- Riesgos amparados,
- Suma asegurada,
- Vigencia,
- Cuota o prima, y
- Condiciones generales y especiales.

Perfeccionamiento del contrato (art. 21-I LCS)

El contrato de Seguro se perfecciona en el momento en que el solicitante se entera de que el riesgo ha sido aceptado por la compañía, sin embargo respetando que el medio de prueba es la póliza, en términos del artículo 19 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro.

No es necesario que se haya entregado la póliza, ni que se haya pagado la prima.

Puede celebrarse sujeto a plazo, a cuyo vencimiento se iniciará su eficacia para las partes.

Caracteres fácilmente legibles (Art. 24 LCS)

Para que tengan validez legal, todas las cláusulas de la póliza deberán estar escritos o impresos en caracteres fácilmente legibles. Es la Comisión

Nacional de Seguros y Fianzas quien determinará si se ha cumplido este requisito.

Plazo para pedir rectificaciones (art. 25 LCS)

Si el contenido de la póliza o sus modificaciones no concuerdan con lo solicitado, el asegurado podrá pedir la rectificación correspondiente, dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la póliza. Transcurrido dicho plazo, se entenderá aceptada la póliza tal y como se expidió.

Lugar de pago de la prima (Art. 31 LCS)

El asegurado, está obligado salvo pacto en contrario a pagar la prima en el domicilio de la aseguradora.

Compensación de préstamos y primas pendientes (Artículos 28 y 33 LCS)

Si existen préstamos sobre la póliza, o primas pendientes de pagar la aseguradora podrá descontar dichas cantidades del pago que debe hacer el beneficiario.

Vencimiento de la prima (Art. 34 LCS)

Salvo pacto en contrario, se entenderá que la prima vencerá en el momento de la celebración del contrato.

Vigor del seguro antes del pago de la prima (art. 35 LCS)

No tendrán validez, ni podrá eludir su responsabilidad la Aseguradora por medio de cláusulas o condiciones que convengan en que solamente después de pagada la prima, tendrá vigor el Seguro.

Pagos fraccionados (Art. 37 al 39 LCS)

Podrá convenirse el pago de la prima en forma semestral, trimestral o mensual. Obviamente, con sus respectivos recargos por pago fraccionado.

Plazo de espera para el pago de la prima (Art. 40 LCS)

El asegurado disfruta de un plazo período de espera de 3 a 30 días naturales contados a partir de la fecha de su vencimiento para cubrir la prima respectiva. Si el siniestro ocurre dentro de dicho plazo, la compañía está obligada a responder.

Cancelación por falta de pago (Art. 40 LCS)

Si la póliza no es pagada dentro del plazo de espera, los efectos del contrato cesarán automáticamente a las doce horas del último día del plazo.

Carácter imperativo del artículo anterior (Art. 41 LCS)

Será nulo cualquier convenio que pretenda privar de sus efectos a las disposiciones del artículo anterior.

Adeudo de la totalidad de la prima (Art. 44 LCS)

Salvo estipulación en contrario, la prima cobrada por el período en curso, se adeudará en su totalidad inclusive cuando la empresa aseguradora no haya cubierto el riesgo sino durante una parte de ese tiempo.

Nulidad de la cobertura (Art. 45 LCS)

El contrato será nulo si en el momento de su celebración el riesgo hubiere desaparecido o el siniestro se hubiera ya realizado.

Las exclusiones deben ser claras y precisas (Art. 59 LCS)

La empresa responderá de todos los acontecimientos que presenten el carácter del riesgo amparado, a menos que en el contrato se excluyan de una manera precisa determinados acontecimientos.

El espíritu de esta disposición, se confirma en la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, al regular el seguro marítimo, en el Art. 224, que establece que las cláusulas oscuras o confusas, deben interpretarse en el sentido menos favorable para quien las redactó.

Carácter imperativo de la Ley Sobre el Contrato de Seguro. (Art. 193 LCS).

Todas las disposiciones de la LCS son de carácter imperativo, a no ser que admitan expresamente el pacto en contrario. Esto significa, que las cláusulas contrarias al mandamiento de la ley, no tendrán validez alguna salvo que la propia ley lo admita expresamente.

Caracteres Esenciales del Seguro

El seguro es una actividad de servicios y no una actividad industrial. En esta última, las notas características radican en la existencia de unos bienes (materia prima) que quedan convertidos en artículos de uso o consumo, y en el hecho de que en dicha transformación el elemento capital (maquinaria) tiene gran importancia; por el contrario, la actividad de servicios constituye una prestación eminentemente personal que elimina en quien la recibe la necesidad de prestar una atención especial o desarrollar una actividad particular para conseguir determinados fines. Además, en las actividades de servicios predomina el elemento trabajo (acción personal de las empresas que la prestan). La actividad aseguradora tiene un marcado acento financiero y económico, no sólo porque se percibe un precio (prima), cuya contraprestación consiste generalmente en una masa económica (indemnización), sino también y principalmente porque desempeña la importante tarea financiera de lograr

una redistribución de capitales al motivar que un elevado número de unidades patrimoniales puedan ser afectadas por las pérdidas (siniestros) que se produzcan en cualquiera de ellas.¹¹⁸

Por otro lado, otro fin del seguro consiste en la transformación de riesgos en pagos periódicos presupuestables. Esta idea de transformación no ha de interpretarse en su sentido estricto, sino en su carácter amplio de cambio que experimentan las prestaciones satisfechas por los asegurados (primas), al poder convertirse en una considerable masa de capital con motivo de los riesgos de diversa naturaleza a que están afectos los patrimonios personal y financiero de los individuos. Pero ha de señalarse, además, que el seguro supone también otros servicios, tan importantes como, por ejemplo, los siguientes: ayuda para el ahorro, particularmente mediante algunas modalidades del seguro de vida, estimulando las inversiones familiares; asistencia técnica, especialmente en los riesgos de naturaleza industrial (v. gr. prevención y protección contra incendios); asistencia médica, clínica, quirúrgica o de rehabilitación funcional (accidentes del trabajo, por ejemplo), o servicio de asistencia judicial (defensa procesal, prestación de fianzas individuales, etc.), especialmente en los riesgos de responsabilidad civil.¹¹⁹

Necesidad y Función del Seguro. Su objeto

El Hombre se ha visto amenazado de una forma u otra de perder lo que le interesa, o lo que es propio: y por la limitación de sus facultades, siente la necesidad de protección económica para su persona y los suyos, así como para los bienes, contra las consecuencias ruinosas resultantes de los riesgos que le persiguen y que en ocasiones destruyen su patrimonio y sus esperanzas frustrando sus previsiones. Como no es posible suprimir los riesgos que acompañan la vida del hombre, éste trata de ponerse a cubierto de las consecuencias económicas resultantes de los mismos mediante el ahorro individual pero resulta insuficiente y antieconómico como medio de previsión,

¹¹⁸ Cfr., Curso Mapfre de Introducción al Seguro, impartido por la Fundación Mapfre Estudios, a través de ITSEMAP México, S.A. de C.V., de marzo a agosto de 1999.

¹¹⁹ Ídem.

ya que es muy fácil al momento de reproducirse alguno de estos acontecimientos, los fondos acumulados no basten para cubrir los daños, o bien se inmovilicen importantes capitales durante mucho tiempo, sustrayéndolos de la actividad económica para hacer frente a sus posibles situaciones que quizá nunca lleguen a concretarse.¹²⁰

Era preciso crear una institución jurídica, capaz de poner al hombre a cubierto de los riesgos que le amenazan cada día, con el mínimo sacrificio económico posible y así, la humanidad, paralelamente con el progreso de su civilización ha inventado, desarrollado y perfeccionado el seguro.¹²¹

En sentido amplio, el objeto del seguro es la compensación del perjuicio económico experimentado en un patrimonio a consecuencia de un siniestro. Aparte de este sentido, que puede identificarse con la finalidad del seguro, el objeto, en su aspecto contractual, es el bien material afecto al riesgo sobre el cual gira la función indemnizatoria. Es tan grande la importancia de este elemento del contrato, que la clasificación del seguro más comúnmente admitida agrupa las diversas modalidades de cobertura en función de los objetos asegurados; en este sentido, se habla de seguros de riesgos personales, riesgos agrícolas, riesgos patrimoniales, etc. En los seguros personales el objeto está constituido por la propia persona humana, sometida al riesgo de muerte, accidente o enfermedad que, a su vez, pueden dar motivo a incapacidades permanentes o parciales, intervenciones quirúrgicas, gastos médicos, etc. En los seguros agrícolas el objeto se halla representado por las explotaciones agrícolas, pecuarias o forestales afectas al riesgo de helada, granizo, incendio, muerte o robo de ganado, etc. En los seguros industriales el objeto lo integran las propiedades comerciales e industriales sobre las que pesa la eventualidad de posibles daños de muy diversa naturaleza (incendio, pérdida de beneficios, rotura de maquinaria, etc.). En los seguros familiares el

¹²⁰ Cfr., Diplomado en Seguros, impartido por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Manual Introducción al Seguro, México, 1997-1998, pág.13.

¹²¹ Ídem

objeto está constituido por los conceptos diversos que integran el patrimonio de una persona: automóvil, vivienda, mobiliario, etcétera.¹²²

4. Administración

De conformidad con artículo 29, fracción VII de la LIS, la administración de la institución de seguros está encomendada a un Consejo de Administración y a un director general, en sus respectivas esferas de competencia.

Integración y función del Consejo

La integración y funciones del Consejo de Administración, además de regirse por las demás disposiciones jurídicas aplicables, se sujetarán a lo siguiente:

- El número de los consejeros propietarios no podrá ser inferior de cinco ni superior de quince, de los cuales cuando menos el veinticinco por ciento deberán ser independientes. Por cada consejero propietario se designará su respectivo suplente, en el entendido de que los consejeros suplentes de los consejeros independientes, deberán tener este mismo carácter.
- El Consejo de Administración deberá reunirse por lo menos cada tres meses y, en forma extraordinaria, cuando sea convocado por: el Presidente del Consejo; al menos el veinticinco por ciento de los consejeros; o cualquiera de los comisarios de la institución.
- Para la celebración de las sesiones ordinarias y extraordinarias del Consejo de Administración se deberá contar con la asistencia de cuando menos el cincuenta y uno por ciento de los consejeros, de los cuales por lo menos uno deberá ser consejero independiente.

¹²² Cfr., Curso MAPFRE de Introducción al Seguro, impartido por la Fundación MAPFRE Estudios, a través de ITSEMAP México, S.A. de C.V., de marzo a agosto de 1999.

- Cada accionista, o grupo de accionistas que represente por lo menos un 10% del capital pagado de una institución de seguros, tendrá derecho a designar un consejero. Sólo podrá revocarse el nombramiento de estos consejeros, cuando se revoque el de todos los demás, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 31 de la LIS.
- El Presidente del Consejo de Administración tendrá voto de calidad en caso de empate.

Requisitos que deben reunir los consejeros y el contralor normativo

Conforme a lo que dispone la fracción VII Bis del precitado artículo 29, los nombramientos de consejeros y contralor normativo de las instituciones de seguros se sujetarán a lo siguiente:

- Deberán recaer en personas con calidad técnica, honorabilidad, historial crediticio satisfactorio, así como con amplios conocimientos y experiencia en materia financiera, legal o administrativa.
- El contralor normativo, así como la mayoría de los consejeros deberán residir en el territorio nacional.

Prohibiciones para los Consejeros

En ningún caso podrán ser consejeros de una institución de seguros:

- Los funcionarios y empleados de la sociedad, con excepción del director general o su equivalente y funcionarios de la sociedad que ocupen cargos con las dos jerarquías administrativas inmediatas inferiores a la de aquél, sin que éstos constituyan más de la tercera parte del consejo de administración.

- Los cónyuges de los mismos o las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, o civil, con más de dos consejeros.
- Las personas que tengan litigio pendiente con la institución de seguros de que se trate.
- Las personas sentenciadas por delitos patrimoniales intencionales, las inhabilitadas para ejercer el comercio o para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o en el sistema financiero mexicano.
- Los concursados que no hayan sido rehabilitados.
- Los servidores públicos de las autoridades encargadas de la inspección y vigilancia de las instituciones de seguros.
- Quienes realicen funciones de regulación de las instituciones de seguros, salvo que exista participación del Gobierno Federal en el capital de las mismas.
- Los servidores públicos del Banco de México, del Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.
- Quienes participen en el consejo de administración de otra institución de seguros o de una sociedad controladora de una institución de seguros que practiquen la misma operación o ramo, cuando la institución de que se trate no mantenga nexos patrimoniales de control entre las mismas, en los términos establecidos en la propia ley.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior a quien sea propietario directa o indirectamente de cuando menos el dos por ciento de las acciones representativas del capital social de ambas instituciones o sociedades.

Los Consejeros Independientes

Los consejeros independientes, así como los contralores normativos, deberán acreditar haber prestado por lo menos cinco años sus servicios en puestos de alto nivel decisorio, cuyo desempeño requiera conocimientos y experiencia en materia financiera, legal, administrativa o relacionada con la actividad aseguradora, y que en ningún caso sean:

- Empleados o funcionarios de la institución en el momento de su designación, incluyendo aquellas personas que hubieren ocupado dichos cargos durante el año inmediato anterior.
- Los consejeros independientes no podrán ser designados con el carácter de empleado o funcionario de la institución.
- Accionistas que sin ser empleados o funcionarios de la institución, tengan poder de mando sobre los funcionarios de la misma. Los accionistas no podrán ser contralor normativo de la institución.
- Socios o empleados de sociedades o asociaciones que presten servicios de asesoría o consultoría a la institución o a las empresas que pertenezcan al mismo grupo económico del cual forme parte ésta, si las percepciones que aquéllas reciban de éstas representen el 10% o más de sus ingresos.
- Clientes, proveedores, deudores, acreedores, socios, consejeros o empleados de una sociedad que sea cliente, proveedor, deudor o acreedor importante de la institución.

- Se considera que un cliente o proveedor es importante cuando los servicios que le preste la institución o las ventas que le haga a ésta, representen más del diez por ciento de los servicios o ventas totales del cliente o del proveedor, respectivamente. Asimismo, se considera que un deudor o acreedor es importante cuando el importe del crédito es mayor al quince por ciento de los activos de la institución o de su contraparte.
- Empleados de una fundación, asociación o sociedad civiles que reciban donativos importantes de la institución.
- Se consideran donativos importantes a aquéllos que representen más del quince por ciento del total de donativos recibidos por la fundación, asociación o sociedad civiles de que se trate.
- Consejeros, directores generales o funcionarios de alto nivel de una sociedad en cuyo consejo de administración participe el director general o un funcionario de alto nivel de la institución.
- Cónyuges o concubenarios, así como los parientes por consanguinidad, afinidad hasta el primer grado, o civil, respecto de alguna de las personas mencionadas en los incisos c) a f) del numeral 3 de la fracción VII Bis del artículo 29 en comento, o bien, hasta el tercer grado, en relación con las personas señaladas en los incisos a), b), y h) del numeral 3 de dicho precepto legal.
- Quienes hayan ocupado un cargo de dirección o administrativo en la institución o en el grupo financiero o económico al que, en su caso, pertenezca la propia institución, durante el año anterior al momento en que se pretende hacer su designación.
- Agentes, apoderados de agentes persona moral o ajustadores.

El Director General

El artículo 29 de la LIS, fracción VII Bis-1, establece los requisitos que recaen en la designación del director general.

El nombramiento de director general de la institución de seguros o su equivalente, deberá recaer en persona que cuente con elegibilidad crediticia y honorabilidad, y que además reúna los requisitos siguientes:

- Ser residente en territorio mexicano en términos de lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación.
- Haber prestado por lo menos cinco años sus servicios en puestos de alto nivel decisorio, cuyo desempeño requiera conocimiento y experiencia en materia financiera, legal o administrativa.
- No tener alguno de los impedimentos que para ser consejero señalan los incisos c) a f) y h) del numeral 3 de la fracción VII Bis del artículo 29 de la LIS.
- No estar realizando funciones de regulación de las instituciones de seguros.

Los funcionarios que ocupen cargos con las dos jerarquías inferiores a la del director general o su equivalente, además de cumplir con los requisitos previstos en el primer párrafo y en los incisos a), c) y d) de la fracción en cita, deberán contar con experiencia y conocimientos de al menos cinco años en las materias que se relacionen con las funciones que le sean asignadas.

Los actos del director general y de los funcionarios que ocupen cargos con la jerarquía inmediata inferior a la de éste, en el desempeño de sus funciones, obligarán invariablemente a la institución de seguros de que se trate, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurran personalmente.

El Contralor Normativo

En cada institución de seguros existirá un contralor normativo responsable de vigilar el cumplimiento de la normatividad externa e interna aplicable, conforme a lo previsto en el artículo 29 Bis-1 de la LIS.

Por la importancia de esta figura, me permito transcribir dicho artículo, pues se trata de un órgano de reciente creación (2002) y que sin embargo, tenemos conocimiento de que será sustituida por un órgano de auditoría (Comité de Auditoría), a la luz del proyecto de Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas.

Artículo 29-BIS-1.- Las instituciones de seguros deberán dotar al contralor normativo de los recursos humanos y materiales que requiera para el buen desempeño de las funciones a su cargo.

El contralor normativo deberá ser nombrado por el consejo de administración de la institución de seguros, el cual podrá suspenderlo, removerlo o revocar su nombramiento debiéndose notificar de este hecho a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, dentro de los diez días hábiles siguientes. En el supuesto de suspensión, remoción o revocación del nombramiento, en dicha comunicación deberán exponerse las razones por las cuales se adoptó esa decisión.

El contralor normativo reportará únicamente al consejo de administración y, si así lo establecen los estatutos de la sociedad, a la asamblea de accionistas de la institución de que se trate, no estando subordinado a ningún otro órgano social ni funcionario de la institución.

El contralor normativo realizará las siguientes funciones:

I.- Proponer al consejo de administración de la institución la adopción de medidas para prevenir conflictos de interés y evitar el uso indebido de la información;

II.- Recibir los dictámenes de los auditores externos contable y actuarial, y, en su caso los informes del comisario, para su conocimiento y análisis;

III.- Revisar y dar seguimiento a los planes de regularización de la institución en términos de lo previsto en los artículos 74 y 74 Bis de esta Ley;

IV.- Opinar y dar seguimiento respecto de los programas de autocorrección de la institución necesarios para subsanar las irregularidades o incumplimientos de la normatividad externa e interna aplicable en términos de lo previsto en el artículo 74 Bis-2 de esta Ley;

V.- Presentar anualmente a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas un informe del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, en la forma y términos que establezca la propia Comisión mediante disposiciones de carácter general, y

VI.- Informar al consejo de administración, a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y, en su caso, al director general, de cualquier irregularidad grave que detecte en el ejercicio de sus funciones, aunque no sea materia de la aplicación de programas de autocorrección a los que se refiere el artículo 74 Bis-2 de esta Ley.

El contralor normativo deberá ser convocado a las sesiones del consejo de administración y de los comités a los que se refiere la fracción I, inciso 3) del artículo 29 Bis de esta Ley, participando con voz pero sin voto.

Las funciones del contralor normativo se ejercerán sin perjuicio de las que correspondan al comisario y a los auditores externos de la institución de que se trate, de conformidad con la legislación aplicable.

El contralor normativo será responsable por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones previstas en esta Ley, pudiendo ser sancionado de conformidad a lo previsto en la misma.

5. Responsabilidad de los Administradores

Antes de efectuar un análisis de las obligaciones y responsabilidades de los administradores de las instituciones de seguros, debo señalar que en líneas anteriores se indicó cuáles son los órganos que participan en la administración de la institución aseguradora, así como los requisitos, prohibiciones y elementos esenciales de éstos.

En el mismo sentido, se estableció que los actos del director general y de los funcionarios que ocupen cargos con la jerarquía inmediata inferior a la de éste, en el desempeño de sus funciones, obligarán invariablemente a la institución de seguros de que se trate, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurran personalmente.

Por lo tanto, es necesario ahora, mencionar las obligaciones indelegables del consejo de administración descritas en el artículo 29 Bis de la LIS, que a manera de resumen, enseguida se enuncian:

- Las políticas y normas en materia de suscripción de riesgos, inversiones, administración integral de riesgos, reaseguro, reaseguro financiero, comercialización, desarrollo de la institución y financiamiento de sus operaciones.
- Las normas para evitar conflictos de intereses entre las diferentes áreas de la institución.
- La constitución de comités de carácter consultivo.
- Los consejeros y demás miembros de los comités a los que se refiere esta fracción, estarán obligados a abstenerse expresamente de participar en la deliberación y votación de cualquier asunto que implique para ellos un conflicto de interés. Asimismo, deberán mantener absoluta confidencialidad respecto de todos aquellos actos, hechos o acontecimientos relativos a la institución de seguros, así como de toda deliberación que se lleve a cabo en los comités, sin perjuicio de la obligación que tendrá la institución de proporcionar toda la información que le sea solicitada al amparo de la LIS.

- La realización de operaciones de reaseguro financiero y la emisión de obligaciones subordinadas o de otros títulos de crédito.
- El nombramiento del contralor normativo de la institución.
- Las normas para prevenir y evitar conflictos de intereses.
- La celebración de contratos o realización de operaciones con personas relacionadas, cuando excedan el monto que para estos efectos determine la asamblea de accionistas.

Los consejeros y funcionarios se excusarán de participar en las discusiones y se abstendrán de votar en los casos en que tengan un interés directo.

En todo caso, las operaciones con personas con quien se tuviere una relación de intereses, no deberán celebrarse en términos y condiciones más favorables, que las operaciones de la misma naturaleza que se realicen con el público en general.

Las operaciones de seguros con personas relacionadas no requerirán la aprobación del consejo de administración, sin embargo, en los casos que el propio consejo defina, deberán hacerse de su conocimiento poniendo a su disposición la información relativa a las mismas, en los términos que establezcan las normas para prevenir y evitar los conflictos de intereses que apruebe el consejo de administración.

Ahora bien, de la misma manera en que se fijaron las responsabilidades de los administradores en la sociedad anónima bursátil, podemos concluir que rigen los mismos principios para la institución aseguradora, a saber: El deber de diligencia y el deber de lealtad, que se traducen en las siguientes disposiciones:

El deber de diligencia

Los integrantes del consejo de administración tienen la obligación de ejercer sus funciones con esmerado cuidado y eficiencia, además de poner a beneficio de la sociedad, sus conocimientos técnicos y experiencia. A título de ejemplo este principio se desprende de las disposiciones siguientes:

- Los nombramientos de los consejeros y del contralor normativo deberá recaer en personas con calidad técnica, honorabilidad, historial crediticio satisfactorio, así como con amplios conocimientos y experiencia en materia financiera, legal o administrativa.
- El director general deberá elaborar y presentar al consejo de administración, para su aprobación, las políticas para el adecuado empleo y aprovechamiento de los recursos humanos y materiales de la institución, los cuales deberán considerar el uso racional de los mismos, restricciones para el empleo de ciertos bienes, mecanismos de supervisión y control, en general, la aplicación de los recursos a las actividades propias de la institución y a la consecución de sus fines.
- El director general deberá en todos los casos proporcionar datos e informes precisos para auxiliar al consejo de administración en la adecuada toma de decisiones.
- Los consejeros independientes, así como los contralores normativos, deberán además acreditar haber prestado por lo menos cinco años sus servicios en puestos de alto nivel decisorio, cuyo desempeño requiera conocimientos y experiencia en materia financiera, legal, administrativa o relacionada con la actividad aseguradora.

El deber de lealtad

Este principio se traduce en la obligación de los consejeros y de los directores de guardar confidencialidad respecto de la información y de los asuntos que tengan conocimiento con motivo de su cargo en la sociedad. De modo fundamental, los miembros del consejo faltarán al deber de lealtad

cuando incumplan con sus obligaciones inherentes a su cargo. Este principio, a guisa de ejemplo se observa en las siguientes disposiciones:

- Los consejeros estarán obligados a abstenerse expresamente de participar en la deliberación y votación de cualquier asunto que implique para ellos un conflicto de interés. Asimismo, deberán mantener absoluta confidencialidad respecto de todos aquellos actos, hechos o acontecimientos relativos a la institución de seguros de que sean consejeros, así como de toda deliberación que se lleve a cabo en el consejo, sin perjuicio de la obligación que tendrá la institución de proporcionar toda la información que le sea solicitada al amparo de la presente Ley.

En ningún caso podrán ser consejeros de una institución de seguros:

- Los funcionarios y empleados de la sociedad, con excepción del director general o su equivalente y funcionarios de la sociedad que ocupen cargos con las dos jerarquías administrativas inmediatas inferiores a la de aquél, sin que éstos constituyan más de la tercera parte del consejo de administración.
- Los cónyuges de los mismos o las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, o civil, con más de dos consejeros.
- Las personas que tengan litigio pendiente con la institución de seguros de que se trate.
- Las personas sentenciadas por delitos patrimoniales intencionales, las inhabilitadas para ejercer el comercio o para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o en el sistema financiero mexicano.
- Los concursados que no hayan sido rehabilitados.
- Los servidores públicos de las autoridades encargadas de la inspección y vigilancia de las instituciones de seguros.

- Quienes realicen funciones de regulación de las instituciones de seguros, salvo que exista participación del Gobierno Federal en el capital de las mismas.
- Los servidores públicos del Banco de México, del Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

6. La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF) es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dentro de la administración pública centralizada cuya misión es garantizar al público usuario de los seguros y las fianzas, que los servicios y actividades que las instituciones y entidades autorizadas realizan se apeguen a lo establecido por las leyes.

Este órgano ejerce las facultades y atribuciones que le confiere la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, así como otras leyes, reglamentos y disposiciones administrativas aplicables, con relación a las funciones de inspección, vigilancia y supervisión de las instituciones, sociedades, personas y empresas a que dichas leyes se refieren, así como del desarrollo de los sectores y actividades asegurador y afianzador del país.

El 28 de diciembre de 1989 (DOF 3 de enero de 1990) se expidió un importante Decreto como consecuencia del cual, se “escindió” la existente Comisión Nacional Bancaria y de Seguros en a) Comisión Nacional Bancaria para la atención a todo lo relacionado con instituciones de crédito y, b) Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, para todo lo concerniente a la actividad aseguradora y afianzadora.

El Decreto mencionado entró en vigor el 4 de enero de 1990, de suerte tal que a partir de esa fecha, los organismos regulares del Sistema Financiero Mexicano quedaron integrados como sigue: Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con tres dependencias 1) Comisión Nacional Bancaria; 2) Comisión Nacional de Seguros y Fianzas; 3) Comisión Nacional de Valores. (Hoy la primera y tercera Comisiones han sido fusionadas en una sola, denominada “Comisión Nacional Bancaria y de Valores”).

El Decreto mencionado, faculta a la CNSF a inspeccionar y vigilar las actividades colaterales a instituciones de seguros y de fianzas, por lo que las facultades son mucho más amplias de las que tenía ya sea como Comisión Nacional de Seguros o Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

A continuación se indicarán algunas de las disposiciones significativas para este órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Facultades

- Emitir las disposiciones necesarias para el ejercicio de las facultades que la Ley le otorga y para el eficaz cumplimiento de la misma, así como de las reglas y reglamentos que con base en ella se expidan y coadyuvar mediante la expedición de disposiciones e instrucciones, a las instituciones y sociedades mutualistas de seguros y las demás personas y empresas sujetas a su inspección y vigilancia, con las políticas que en esas materias competen a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, siguiendo las instrucciones que reciba la misma.
- Coadyuvar con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el desarrollo de políticas adecuadas para la selección de riesgos técnicos y financieros en relación con las operaciones practicadas por el sistema asegurados, siguiendo las instrucciones que reciba de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- Intervenir en la elaboración de los reglamentos y reglas de carácter general a que la Ley se refiere.

Estructura de la CNSF

Para el cumplimiento de sus funciones la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas se encuentra integrada como sigue:

- Junta de Gobierno;
- Presidencia;
- Vicepresidencias;
- Direcciones Generales;
- Delegaciones Regionales y
Demás servidores públicos necesarios.

Se agrega que las Delegaciones Regionales podrán realizar dentro del área de su jurisdicción geográfica, las funciones que se determinen en su Reglamento Interior.

Con relación a la Junta de Gobierno, el número de sus integrantes comprenderá: El Presidente y los Vicepresidentes, nueve vocales; cuatro de los cuales nombrados por la SHCP; uno por la Comisión Nacional Bancaria; uno por el Banco de México; uno por la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro. La propia Secretaría designará los otros dos vocales, quienes no deberán ser servidores públicos de la dependencia. Cada Vocal tendría su suplente.

El Presidente es la máxima autoridad administrativa de la Comisión y ejercerá sus funciones directamente o por medio de los Vicepresidentes, Directores Generales, Delegados y demás servidores públicos de la propia Comisión. En las ausencias temporales del Presidente, será sustituido por el Vicepresidente que se designe al efecto. Como en ocasiones anteriores, el Presidente representará con las más amplias facultades a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas cuando realice todas aquellas funciones que a dicho

órgano encomienden las Leyes, sus reglamentos y los acuerdos correspondientes de la Junta de Gobierno.

Funciones de la CNSF

Múltiples han sido, y siguen siendo, las actividades y funciones técnicas, laborales, administrativas, legales, estadísticas y culturales desarrolladas por la CNSF; entre las que se pueden mencionar:

El establecimiento de un procedimiento válido a nivel mercado para determinar el Capital Mínimo de Garantía de las Instituciones de Seguros, el Margen de Solvencia y el Índice correspondiente; procedimiento que permite a las instituciones de seguros conocer su situación de solvencia en cualquier momento de su vida activa. Con anterioridad se usaban criterios no muy bien definidos, pero el actual se ha convertido en un valioso instrumento de autojuicio para las empresas aseguradoras.

Fundamento Legal de la CNSF. Atribuciones

La CNSF encuentra su fundamento en los artículos 106, 107 Y 108 de la LIS que en lo conducente señalan:

Art.106.- La inspección y vigilancia de las instituciones y de las sociedades mutualistas de seguros así como de las demás personas y empresas a que se refiere esta ley, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones de la misma, queda confiada a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en los términos de esta ley y del reglamento que para esos efectos expida el Ejecutivo Federal.

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas ejercerá, respecto a los síndicos y a los liquidadores, las funciones de vigilancia que tiene atribuidas en relación a las instituciones y sociedades mutualistas de seguros.

Las instituciones y sociedades mutualistas de seguros y las demás personas y empresas sujetas conforme a esta ley a la inspección y

vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, deberán cubrir las cuotas correspondientes en los términos de las disposiciones legales aplicables.

ART. 107.- Las instituciones de seguros, sociedades mutualistas de seguros y demás personas que en los términos de esta ley, estén sujetas a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, deberán rendir a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como a la propia Comisión, en la forma y términos que al efecto establezcan, los informes y pruebas que sobre su organización, operaciones, contabilidad, inversiones o patrimonio les soliciten para fines de regulación, supervisión, control, inspección, vigilancia, estadística y demás funciones que conforme a esta ley u otras disposiciones legales y administrativas les corresponda ejercer.

ART. 108.- La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que se sujetará a esta ley, al Reglamento Interior que al efecto emita el Ejecutivo Federal y tendrá las facultades siguientes:

I.- Realizar la inspección y vigilancia que conforme a ésta y otras leyes le competan;

II.- Fungir como órgano de consulta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tratándose del régimen asegurados y en los demás casos que las leyes determinen;

III.- Imponer sanciones administrativas por infracciones a ésta y a las demás leyes que regulan las actividades, instituciones y personas sujetas a su inspección y vigilancia, así como a las disposiciones que emanen de ellas.

Tales sanciones podrán ser amonestaciones, o cuando así lo establezcan las leyes y disposiciones que emanen de ellas, suspensiones temporales de actividades, vetos o inhabilitaciones para el desempeño de las actividades así como multas.

(...)

XI (Derogada por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 18 de enero de 1999, que entró en vigor el 19 de abril de ese año).

XII.- Las demás que le están atribuidas por esta ley y otros ordenamientos legales respecto al régimen asegurador, siempre que no se refieran a meros actos de vigilancia o ejecución.

Facultades en Materia de Quejas, Reclamaciones y Arbitraje

Cabe destacar que a la luz del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 18 de enero de 1999, que entró en vigor el 19 de abril de ese año, las facultades de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en materia de Quejas, Reclamaciones y Arbitrajes pasaron a ser facultades exclusivas de la nueva Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, como se puede observar en el artículo Tercero Transitorio del decreto: “Para los efectos de los artículos 72 y 83 de esta Ley, las menciones a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en los artículos 135 y 136 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, y 93 y 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se deberán entender referidas a la Comisión Nacional para la Protección Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros”, a cuyas facultades me referiré en el apartado siguiente.

7. Otras Autoridades Reguladoras

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros

Se trata de un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo fin primordial es la protección y defensa de los derechos e intereses de los usuarios de servicios financieros.

La Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, fue expedida por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1999, con vigencia a partir del 19 de abril de 1999.

La Lic. Patricia Rivera Torres quien fuera funcionaria de la referida Comisión establece: “Es de señalar que dentro de la iniciativa y dictamen de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, se tomó en cuenta primordialmente la crisis por la que atravesó nuestro país a finales de 1994, lo que hizo palpable la ingente prioridad del Estado de velar por los

intereses y derechos de un grupo social, que por su condición y recursos, requiere de asesoría jurídica para hacer uso adecuado de la cada día más compleja gama de servicios financieros y, en su caso, para reclamar ante las diversas entidades que conforman al Sistema Financiero Mexicano, sus legítimos derechos”.¹²³

Asimismo, se consideró que el marco jurídico vigente antes de la publicación de la ley citada, si bien es cierto contemplaba esquemas de protección al público usuario de servicios financieros, también lo es que faltaba uniformidad en la legislación y en los procedimientos establecidos, además de la multiplicidad de autoridades y criterios involucrados, lo que en ocasiones dificultaba la protección y los derechos e intereses de los usuarios.¹²⁴

Se destacó también que existe una clara tendencia a solucionar en los órganos jurisdiccionales los conflictos surgidos entre las entidades financieras y el público usuario de sus servicios, sin que previamente se agote la etapa conciliatoria y sin que se regule de manera puntual la forma de informar, orientar, promover y proteger los derechos e intereses de los usuarios de los servicios que prestan los intermediarios financieros, procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre los usuarios y los intermediarios financieros.¹²⁵

Objeto de la CONDUSEF

Promover, asesorar, proteger y defender los intereses de los usuarios, actuar como árbitro en los conflictos que éstos sometan a su jurisdicción, y proveer a la equidad en las relaciones entre éstos y las Instituciones Financieras. (Artículo 5).

¹²³ Diplomado Derecho de Seguros, impartido por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, abril de 199 a enero de 2000. (“La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Ley de la Materia”. Ponencia de la Lic. Patricia Rivera Torres).

¹²⁴ Cfr., Diplomado Derecho de Seguros, impartido por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ponencia de la Lic. Patricia Rivera Torres.

¹²⁵ Cfr., Diplomado Derecho de Seguros, impartido por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ponencia de la Lic. Patricia Rivera Torres.

Atribuciones de la CONDUSEF

La CONDUSEF tiene diversas y muy variadas atribuciones, vinculadas y dirigidas al usuario de servicios financieros. Tales como:

a) Contar con plena autonomía técnica para dictar sus resoluciones y laudos, y facultades de autoridad para imponer las sanciones previstas en la Ley.

b) Atender y resolver las consultas que le presenten los Usuarios, sobre los asuntos de su competencia.

c) Resolver las reclamaciones que formulen los Usuarios, sobre los asuntos que son competencia de la CONDUSEF.

d) Llevar a cabo el procedimiento conciliatorio, ya sea en forma individual o colectiva, entre los Usuarios y las Instituciones Financieras en los términos de la Ley.

e) Actuar como árbitro en amigable composición y de pleno derecho, de conformidad con la Ley, en los conflictos originados por operaciones o servicios que hayan contratado los Usuarios, ya sea de manera individual o colectiva, con las Instituciones Financieras.

f) Solicitar la información y los reportes de crédito necesarios para la substanciación de los procedimientos de conciliación y de arbitraje a que se refiere la Ley. En este caso, la información y los reportes mencionados se solicitarán con el consentimiento por escrito del Usuario, por lo cual no se entenderán transgredidas las disposiciones relativas a los secretos bancario, fiduciario o bursátil. (artículo 11 fracción XX).

g) Imponer las sanciones establecidas en la Ley y aplicar las medidas de apremio que la misma señala.

h) Condonar total o parcialmente las multas impuestas por el incumplimiento de la Ley.

i) Conocer y resolver sobre el recurso de revisión que se interponga en contra de las resoluciones dictadas por la CONDUSEF.

j) Determinar el monto de las garantías a que se refiere la Ley

k) Prestar el servicio de orientación jurídica y asesoría legal a los Usuarios que, previamente hayan demostrado que no tienen la capacidad económica para contratar a un defensor especializado en la materia que atienda sus intereses, en las controversias entre éstos y las Instituciones Financieras que se entablen ante los tribunales, con motivo de operaciones o servicios que los primeros hayan contratado.

l) Revisar y, en su caso, proponer las Instituciones Financieras por conducto de las autoridades competentes, modificaciones a los contratos de adhesión utilizados por éstas para la prestación de sus servicios.

m) Revisar y, en su caso, proponer a las Instituciones Financieras por conducto de las autoridades competentes, modificaciones a los documentos que se utilicen para informar a los Usuarios, sobre el estado que guardan las operaciones relacionadas con el servicio que éste haya contratado con las Instituciones Financieras.

n) Informar al público sobre la situación de los servicios que prestan las Instituciones Financieras y sus niveles de atención, así como de aquellas Instituciones Financieras que presentan los niveles más altos de reclamaciones por parte de los Usuarios.

Órgano de Gobierno de la CONDUSEF

La CONDUSEF cuenta con una Junta de Gobierno y un Presidente, a quienes corresponderá su dirección y administración, en el ámbito de las facultades que la Ley les confiere.

La Junta estará integrada por un representante de la SHCP, un representante del Banco de México, un representante de cada una de las Comisiones Nacionales, tres representantes del Consejo Consultivo Nacional y el Presidente, quien asistirá con voz pero sin voto. Cada uno de los integrantes de la Junta contará con su respectivo suplente, quien deberá tener el nivel inmediato inferior. Será presidida por el representante de la SHCP.

La Junta designará a un secretario y un prosecretario, los cuales tienen la calidad de servidores públicos de la CONDUSEF y no podrán desempeñar funciones diferentes a las de su encargo.

La Junta sesionará seis veces al año, pudiendo reunirse de manera extraordinaria cuando se considere necesario, previa convocatoria que haga el secretario de la Junta a solicitud de cualquiera de sus miembros. Dichas sesiones se efectuarán con la asistencia de por lo menos cinco de los miembros de la Junta.

Las resoluciones en las sesiones de la Junta requerirán del voto aprobatorio de la mayoría de los presentes, teniendo voto de calidad en caso de empate el Presidente de la Junta, o en su caso, quien presida la sesión.

Organización de la CONDUSEF

El Presidente, para el cumplimiento de las facultades que la Ley y demás disposiciones le atribuyen, será auxiliado por los funcionarios que determine el Reglamento Interior.

La CONDUSEF contará con Delegaciones Regionales o, en su caso, Estatales o Locales, las cuales, como unidades administrativas desconcentradas del mismo, estarán jerárquicamente subordinadas a la administración central y tendrán las facultades específicas y la competencia territorial para resolver sobre la materia, de conformidad con lo que se determine en el Reglamento Interior.

En ausencias temporales del Presidente, será suplido por los Vicepresidentes en el orden que el Reglamento Interior señale.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público

Con relación a la materia de seguros, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, es el órgano competente para interpretar, aplicar y resolver para efectos administrativos lo relacionado con los preceptos de la LIS y en general para todo cuanto se refiere a las instituciones y sociedades mutualistas de seguros. Para estos efectos, podrá solicitar cuando así lo estima conveniente la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, del Banco de México o de algún otro organismo o dependencia en razón de la naturaleza de los casos que lo ameriten.

Compete a la mencionada Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la adopción de todas las medidas relativas a la creación y al funcionamiento de las instituciones nacionales de seguros.

Sobre el particular, es necesario señalar que el artículo 2º. de la vigente Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, en su párrafo segundo indica: *Competerá exclusivamente a la mencionada Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la adopción de todas las medidas relativas a la creación y al funcionamiento de las instituciones nacionales de seguros.*

En la aplicación de la LIS, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con la intervención, que en su caso, corresponda a la Comisión Nacional de

Seguros y Fianzas, procura un desarrollo equilibrado del sistema asegurador, y una competencia sana entre las instituciones de seguros que lo integran.

En igual sentido, de conformidad con el artículo 5 de la LIS, para organizarse y funcionar como institución o sociedad mutualista de seguros se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Por otra parte, una de las facultades más importantes de la SHCP es la de intervenir en las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas y del Sistema de Ahorro para el Retiro.

Como órganos desconcentrados de la SHCP, la misma designa a sus Presidentes y a los vocales ante sus Juntas de Gobierno; autoriza anualmente sus presupuestos de ingresos y egresos, etcétera.

El artículo 108 de la LIS, establece que la CNSF es un órgano desconcentrado de la SHCP que se sujetará a dicha Ley, así como al reglamento interior que al efecto emita el Ejecutivo Federal.

Consecuentemente, en diversas fracciones del precitado artículo 108, se menciona la participación que tiene la SHCP como órgano regulador de la actividad aseguradora, respecto de las facultades de la CNSF, a saber:

Facultades de la CNSF, con intervención de la SHCP

IV. Emitir las disposiciones necesarias para el ejercicio de las facultades que la Ley le otorga y para el eficaz cumplimiento de la misma, así como de las reglas y reglamentos que con base en ella se expidan y coadyuvar mediante la expedición de disposiciones e instrucciones a las instituciones y sociedades mutualistas de seguros, y las demás personas y empresas sujetas a su inspección y vigilancia, con las políticas que en esas materias competen a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, siguiendo las instrucciones que reciba de la misma.

V. Presentar opinión a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sobre la interpretación de esta Ley y demás relativas en caso de duda respecto a su aplicación.

VI. Hacer los estudios que se le encomienden y presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las sugerencias que estime adecuadas para perfeccionarlos; así como cuantas mociones o ponencias relativas al régimen asegurador estime procedente elevar a dicha Secretaría.

VII. Coadyuvar con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el desarrollo de políticas adecuadas para la selección de riesgos técnicos y financieros en relación con las operaciones practicadas por el sistema asegurador, siguiendo las instrucciones que reciba de la propia Secretaría.

(...)

IX. Formular anualmente sus presupuestos que someterá a la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

X. Rendir un informe anual de sus labores a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En efecto, como se mencionó, la SHCP interviene en la designación y nombramientos de los funcionarios que integran la Junta de Gobierno, como enseguida se observa:

Artículo 108-B.- La Junta de Gobierno estará integrada por el Presidente y Vicepresidentes de la Comisión y por nueve Vocales. Cuatro Vocales serán designados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, uno por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, uno por el Banco de México, y uno por la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro. La propia Secretaría designará los otros dos vocales, quienes no deberán ser servidores públicos de la Dependencia. Por cada vocal propietario se nombrará un suplente.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público nombrará al Presidente de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, que lo será a su vez de la Junta de Gobierno.

El Presidente y los Vicepresidentes, así como los vocales deberán ser de nacionalidad mexicana, con notorios conocimientos en materias financieras y no podrán desempeñar cargos de elección popular. No podrán ser comisarios, apoderados, funcionarios, empleados o agentes de las instituciones, y demás establecimientos sujetos a la inspección y vigilancia de la Comisión.

La Junta de Gobierno podrá constituir comités con fines específicos y designará una comisión de cuentas integrada por dos vocales, que se encargará de vigilar el manejo de los fondos del órgano. A propuesta del Presidente, nombrará un secretario de actas.

Capítulo Cuarto

Instituciones de Fianzas

1. Concepto

En un sentido amplio, la institución de fianzas puede ser definida, como la persona moral que, mediante la formalización de un contrato de fianza, tiene como función el garantizar el cumplimiento de diferente tipo de obligaciones; proporcionando seguridad y certeza a todas las personas que utilizan a la fianza como medio de garantía. Los términos empresa de fianzas e institución de fianzas son sinónimos, ya que la actividad afianzadora, en la práctica, sólo puede ser llevada a cabo por personas jurídicas y mediante la constitución de una Sociedad Anónima, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Por lo tanto, podemos señalar que *una compañía afianzadora es una persona moral de la especie de las Sociedades Anónimas, y cuyo objeto específico es el de otorgar fianzas a título oneroso, mediante la expedición de pólizas, con las cuales se garantice el cumplimiento de determinadas obligaciones.*¹²⁶

La función principal de las compañías afianzadoras consiste en garantizar el cumplimiento de obligaciones, siendo su principal promotor y consumidor el Gobierno Federal mediante el establecimiento de la fianza como instrumento de garantía en las diversas leyes del país.¹²⁷

“El mercado de la fianza es muy amplio, pues puede haber tantos casos de fianza como obligaciones susceptibles a garantizar existan. Hay infinidad de actividades económicas, industriales, comerciales, de servicios y dentro de éstas se encuentran gran diversidad de empresas operando para satisfacer los bienes que les son demandados y para ello deben garantizar sus obligaciones a través de la fianza”.¹²⁸

¹²⁶ Curso “Introducción a la Fianza, impartido por el Instituto Mexicano Educativo de Seguros y Fianzas (IMESFAC), México, enero de 2006, consultable en el Manual diseñado para el curso, pág. 21.

¹²⁷ Cfr., Curso Introducción a la Fianza, págs. 21-22.

¹²⁸ ING Comercial América Fianzas, “Manual de Capacitación de Fianzas”, México, 1994, pág. 85.

En este orden de ideas, en congruencia con la institución de seguros, ya que ambas entidades pertenecen al sector financiero en el sistema jurídico mexicano, la naturaleza jurídica del asegurador tiene que responder a la forma jurídica de la sociedad, es decir, debe ser necesariamente una persona jurídica a fin de poder exigir adecuadamente las responsabilidades financieras y sociales derivadas de su actividad, evitando que una persona física pueda garantizar obligaciones contractuales, con el riesgo de insolvencia patrimonial.¹²⁹

Por otra parte, en su aspecto formal, la institución afianzadora se considera junto con el beneficiario y el fiado, como un elemento personal del contrato de fianza. En este sentido, la institución afianzadora es quien se obliga a garantizar el cumplimiento de obligaciones que deriven de un contrato principal.

“Por definición y exigencia legal, sólo pueden tener carácter de fiadores o afianzadoras, las instituciones de fianzas, sociedades anónimas autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para otorgar garantías personales de fianza en forma onerosa, así como los consorcios formados por instituciones de fianzas, quienes realizan profesionalmente actividades complementarias y de apoyo de las que son propias de las fianzas, operación de la que hacen su ocupación ordinaria”.¹³⁰

Las instituciones de fianzas, como tales, tienen por objeto el otorgamiento de fianzas onerosas; es decir, se dedican a realizar operaciones de fianzas con el público y por ello tienen derecho a recibir una remuneración denominada *prima*.

Por otra parte, en lo que concierne a la actividad afianzadora en México y su control estatal, el autor Octavio Sánchez Flores explica que en la práctica, el contrato de fianza no lo contiene todo; siempre quedan circunstancias no

¹²⁹ Cfr., Elguero Merino, José María, ob. cit., pág. 48.

¹³⁰ León Tovar, Soyla, “Contratos Mercantiles”, 1ª. ed., Editorial Oxford, México, 2004, pág. 706.

previstas o cláusulas susceptibles de interpretación, donde debe intervenir la buena fe. Hay, una necesidad real de que el contenido del contrato sea conocido y aprobado por quienes tienen a su cargo el funcionamiento de las instituciones económicas, que de ese modo protegen al público y lo representan ante los profesionales afianzadores. También puede decirse que por ser la fianza una actividad regulada en todo el mundo, parece lógico que exista un centro u organismo que vele porque las entidades se ajusten a su actuación a la legislación correspondiente, por lo que en casi todos los países existe un organismo, institución o ente creado “ex profeso” dentro de la Administración del Estado para desempeñar esta función.¹³¹

2. Organización

“Como cualquier otro intermediario financiero, para constituirse y operar como institución de fianzas, se requiere de la autorización del Gobierno Federal, quien la otorgará a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y por su propia naturaleza será intransmisible (art. 5º. LIF). Dicha autorización deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación”.¹³²

De acuerdo con la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (LIF), sólo pueden tener el carácter de empresas afianzadoras las que se organicen y funcionen como instituciones de fianzas. El artículo 3º. de la LIF, prohíbe a toda persona física o moral distinta de las señaladas, otorgar habitualmente fianzas a título oneroso.

Asimismo, en términos del artículo 15 de la LIF, las Instituciones de Fianzas deberán ser constituidas como sociedades anónimas de capital fijo o variable, con arreglo a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM).

¹³¹ Cfr. Sánchez Flores, Octavio Guillermo de Jesús, “El Contrato de Fianza”, 1ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, pág. 17.

¹³² Hegewisch Díaz Infante, Fernando, “Derecho Financiero Mexicano. Instituciones del Sistema Financiero Mexicano”, 3ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2004, pág. 312.

Para organizarse y funcionar como Institución de Fianzas se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).

En cuanto a su organización y de conformidad con el precitado artículo 15 de la LIF, las Instituciones de Fianzas deberán contar con un capital mínimo pagado por cada operación o ramo que se les autorice, expresado en Unidades de Inversión, el cual se deberá cubrir en moneda nacional en el plazo previsto en esta fracción y que será determinado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público durante el primer trimestre de cada año, para lo cual deberán considerarse, entre otros aspectos, los recursos que sean indispensables para apoyar la adecuada prestación del servicio que representa la actividad aseguradora, la suma de los capitales pagados y reservas de capital con que opere el conjunto de instituciones que integren el sistema asegurador, la situación económica del país y el principio de procurar el sano y equilibrado desarrollo del sistema y una adecuada competencia.

El capital mínimo deberá estar totalmente suscrito y pagado a más tardar al 30 de junio del año en que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público lo haya fijado. Cuando el capital social exceda del mínimo deberá estar pagado cuando menos en un 50%, siempre que este porcentaje no sea menor del mínimo establecido.

Tratándose de sociedades de capital variable, el capital mínimo obligatorio estará integrado por acciones sin derecho a retiro. El monto del capital con derecho a retiro, en ningún caso podrá ser superior al capital pagado sin derecho a retiro.

El capital social de las Instituciones de Fianzas podrá integrarse con una parte representada por acciones de voto limitado hasta por un monto equivalente al treinta por ciento del capital pagado, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En razón del origen de los accionistas que suscriban su capital, las instituciones podrán ser:

- De capital total o mayoritariamente mexicano.
- De capital extranjero, en cuyo caso se les considerará como Filiales de Instituciones Financieras del Exterior.

No podrán participar en forma alguna en el capital de las Instituciones de Fianzas, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad.

En el supuesto de que uno o más accionistas pretendan obtener el control de la administración en una Institución de Fianzas, deberá acompañar a su solicitud, según corresponda:

- Relación de las personas que, en su caso, pretendan adquirir el control de la Institución de Fianzas de que se trate indicando el capital que suscribirán, la forma en que lo pagarán, así como el origen de los recursos con los que se realizará dicho pago;
- Señalar los nombres, nacionalidad, domicilios y ocupaciones de los consejeros, funcionarios y contralor normativo, quienes deberán cumplir con los requisitos establecidos en las fracciones VIII Bis y VII Bis-1 del artículo 15 del ordenamiento legal en cita;
- Plan de actividades de la institución de seguros de que se trate, el cual deberá contemplar, en lo conducente, los aspectos señalados en el artículo 7 de la LIF;
- Programa estratégico para la implementación de las políticas y normas a que se refiere el numeral 1 de la fracción I del artículo 15 Bis de la LIF, y

- La demás documentación conexas que requiera la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a efecto de evaluar la solicitud correspondiente.

Se obtiene el control de una Institución de Fianzas cuando se adquiriera el treinta por ciento o más de las acciones representativas del capital social pagado de la propia institución, se tenga el control de la asamblea general de accionistas, se esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, o por cualquier otro medio se controle a la institución de fianzas de que se trate.

Podrá estipularse que la duración de la sociedad sea indefinida.

Todas las asambleas y juntas directivas se celebrarán en el domicilio social, debiendo estar éste siempre dentro del territorio de la República;

Deberá celebrarse una asamblea general ordinaria cada año, por lo menos, y en la escritura se establecerá el derecho de los socios que representen, por lo menos, el 10% del capital pagado para pedir que se convoque a asamblea extraordinaria. Si el consejo no expidiere la convocatoria pedida, señalando un plazo no mayor de un mes a contar de la fecha en que reciba la petición para la reunión de la asamblea, el comisario, a moción de los accionistas interesados, expedirá la convocatoria en los mismos términos en que el consejo debiera hacerlo.

En las asambleas generales extraordinarias de accionistas las decisiones deberán tomarse cuando menos, por una mayoría del 80% del capital pagado con derecho a voto, salvo que se trate de segunda convocatoria, caso en el cual las resoluciones se adoptarán, por lo menos, con el voto del 30% del capital pagado con derecho a voto.

La convocatoria contendrá la respectiva orden del día, en la que se deberán listar todos los asuntos a tratar en la asamblea de accionistas, incluso

los comprendidos en el rubro de asuntos generales que se sometan a deliberación e impliquen resolución de la misma.

La documentación e información relacionada con los temas a tratar en la correspondiente asamblea de accionistas, deberán ponerse a disposición de los accionistas por lo menos con quince días de anticipación a su celebración.

3. Operación

Este apartado se subdividirá en tres grandes temas: a) por una parte se explicará en qué consiste la operación y funcionamiento de la institución afianzadora, y por la otra, b) se desarrollará, aunque someramente, el contrato de la fianza, ya que es la esencia y razón de ser de la empresa de fianzas, así como su concepto y marco legal. Finalmente, c) Se realizarán algunas reflexiones sobre el Seguro de Caucción, figura similar del contrato de fianza, la cual está considerada en el proyecto de Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas.

a) Operación y Funcionamiento

El artículo 16 de la LIF establece la operación y funcionamiento de la empresa de fianzas, cuyos datos relevantes se indican a continuación:

Artículo 16.- Las instituciones de fianzas sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

I.- Practicar las operaciones de fianzas y de reafianzamiento a que se refiere la autorización que exige esta Ley, así como otras operaciones de garantía que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante reglas de carácter general;

I Bis.- Celebrar operaciones de reaseguro financiero.

(...)

II. Constituir e invertir las reservas previstas en esta Ley;

III. Constituir depósitos en instituciones de crédito y en bancos del extranjero en los términos de esta Ley;

IV. Operar con valores en los términos de esta Ley y de la Ley del Mercado de Valores;

V. Operar con documentos mercantiles por cuenta propia para la realización de su objeto social;

(...)

VII. Adquirir acciones de sociedades que se organicen exclusivamente para adquirir el dominio y administración de bienes inmuebles destinados al establecimiento de las oficinas de la institución;

VIII. Dar en administración a las instituciones cedentes del extranjero, las primas retenidas para la inversión de las reservas constituidas, correspondientes a operaciones de reafianzamiento;

IX. Administrar las reservas previstas en esta Ley, a instituciones del extranjero, correspondientes a las operaciones de reafianzamiento cedido;

(...)

XI. Adquirir, construir y administrar viviendas de interés social e inmuebles urbanos de productos regulares;

XII. Adquirir bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto social;

XIII. Otorgar préstamos o créditos;

(...)

XV. Actuar como institución fiduciaria sólo en el caso de fideicomisos de garantía con la facultad de administrar los bienes fideicomitados en los mismos, los cuales podrán o no estar relacionados con las pólizas de fianzas que expidan.

(...)

XVI.- Emitir otros títulos de crédito.

(...)

XVII. Realizar las demás operaciones previstas en esta Ley; y

XVIII. Efectuar en los términos que señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las operaciones análogas o conexas que autorice.

Las instituciones autorizadas para practicar exclusivamente operaciones de reafianzamiento podrán efectuar las anteriores operaciones con excepción de la emisión de fianzas.

Sobre las Instituciones de Fianzas y su operación, el autor José María Abascal Zamora, señala que tienen ese carácter las empresas cuyo objeto sea otorgar fianzas a título oneroso y son las únicas que pueden hacerlo. La LIF las considera organizaciones auxiliares de crédito. Para organizarse y funcionar requieren concesión del Gobierno Federal, quien la otorga a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. La LIF contempla también la posibilidad de que se organicen consorcios, formados por estas instituciones, que podrán dar el servicio de fianzas y pactar reafianzamientos o afianzamientos necesarios para la mejor distribución de sus responsabilidades.¹³³

En cuanto a su funcionamiento, debe señalarse que sólo las instituciones de fianzas y los consorcios formados por ellas pueden utilizar en su nombre o denominación las palabras fianza, reafianzamiento, afianzamiento, caución, garantía u otras que expresen ideas semejantes en cualquier idioma. También podrán utilizar tales palabras, siempre y cuando cuenten con la autorización de la SHCP y no realicen operaciones de fianzas en los términos de la LIF, los intermediarios y demás personas o empresas cuyas actividades se sujetan a la LIF y cuenten con la autorización correspondiente, las asociaciones de instituciones de fianzas y otras personas que sean autorizadas. Sólo las instituciones nacionales de fianzas, podrán utilizar la palabra “nacional” en su denominación.¹³⁴

¹³³ Cfr. Abascal Zamora, José María, “Instituciones de Fianzas”, en Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo III, 2ª. edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1996, págs. 1749 y 1750.

¹³⁴ Ídem.

Por su parte, el artículo 5 de la LIF, establece cuáles son las operaciones y ramos de la actividad afianzadora: Las autorizaciones para organizarse y funcionar como institución de fianzas o para operar exclusivamente el reafianzamiento, son por su propia naturaleza intransmisibles y se referirán a uno o más de los siguientes ramos y subramos de fianzas:

Ramos y Subramos de Fianzas (Art. 5 LIF)

I.- Fianzas de fidelidad, en alguno o algunos de los subramos siguientes:

- a).- Individuales; y
- b).- Colectivas;

II.- Fianzas judiciales, en alguno o algunos de los subramos siguientes:

- a).- Judiciales penales;
- b).- Judiciales no penales; y
- c).- Judiciales que amparen a los conductores de vehículos automotores;

III.- Fianzas administrativas, en alguno o algunos de los subramos siguientes:

- a).- De obra;
- b).- De proveeduría;
- c).- Fiscales;
- d).- De arrendamiento; y
- e).- Otras fianzas administrativas;

IV.- Fianzas de crédito, en alguno o algunos de los subramos siguientes:

- a).- De suministro;
- b).- De compraventa;
- c).- Financieras; y
- d).- Otras fianzas de crédito;

V.- Fideicomisos de Garantía, en alguno o algunos de los subramos siguientes:

- a).- Relacionados con pólizas de fianza; y
- b).- Sin relación con pólizas de fianza.

Cuando algún subramo de fianza a que se refiere este artículo adquiera una importancia tal que amerite considerarlo como ramo independiente, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá declararlo como ramo especial.

Naturaleza Jurídica de las fianzas (Art. 2 LIF)

Las fianzas y los contratos, que otorguen las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria.

En este punto, me permito señalar que si bien es cierto que el artículo 2º. de la LIF señala que la naturaleza jurídica del contrato de fianza es mercantil, también lo es que el Código de Comercio no define ni regula al contrato de fianza mercantil. Únicamente señala en la fracción XXV del artículo 75 que se reputan mercantiles cualesquiera otros actos análogos a los establecidos en las fracciones anteriores; sin embargo, la LIF regula a las instituciones de fianzas y los contratos de fianza onerosos, y si bien, tampoco define lo que es la fianza, señala en su artículo 113 que en lo no previsto por esta ley se aplicará la legislación mercantil y a falta de disposición expresa, el Código Civil Federal.

Dictamen favorable de la CNSF para iniciar operaciones (Art. 8 LIF)

Para dar inicio a sus operaciones, la institución deberá contar con el dictamen favorable que le extienda la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, como resultado de la inspección que efectúe para evaluar que cuenta con los

sistemas, procedimientos e infraestructura administrativa necesarios para brindar los servicios propios de su objeto social, como son:

- a) Emisión de pólizas;
- b) Registro de sus operaciones;
- c) Contabilidad;
- d) Valuación de cartera de activos y pasivos;
- e) Procesamiento electrónico de información contable, financiera, técnica y estadística;
- f) Infraestructura para el pago de reclamaciones y atención a los contratantes, fiados y beneficiarios, y
- g) Los demás que correspondan a la especialidad de las operaciones que realice la institución.

En efecto, según se observará más adelante, con relación a la materia de fianzas, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), es el órgano competente para interpretar, aplicar y resolver para efectos administrativos lo relacionado con los preceptos de la LIF y en general para todo cuanto se refiere a las instituciones de fianzas. Para estos efectos, podrá solicitar cuando así lo estima conveniente la opinión de la CNSF, del Banco de México o de algún otro organismo o dependencia en razón de la naturaleza de los casos que lo ameriten.

En la aplicación de la LIF, la SHCP con la intervención, que en su caso, corresponda a la CNSF, procura un desarrollo equilibrado del sistema afianzador, y una competencia sana entre las instituciones de fianzas que lo integran.

Acreditada solvencia (Art. 12 LIF)

Por observancia de esta Ley, las Instituciones de Fianzas se consideran empresas de acreditada solvencia, y no están obligadas a constituir fianzas y depósitos legales, salvo en los casos de juicios fiscales, laborales o de amparo.

“Las instituciones de fianzas se consideran de acreditada solvencia por las fianzas que otorguen. En general, no están obligadas a constituir depósitos o fianzas legales, hecha excepción de las responsabilidades que puedan derivarles de juicios laborales, de amparo o por créditos fiscales. Las autoridades federales o locales están obligadas a admitir las fianzas, aceptando la solvencia de estas instituciones, sin calificarla ni exigir la constitución de depósitos, otorgamiento de fianzas o comprobación de que la institución es propietaria de bienes raíces, ni la de su existencia jurídica, bastando con que lleven las firmas de las personas autorizadas por los consejeros respectivos, las cuales se comprobarán con la publicación que haga la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en el Diario Oficial de la Federación”.¹³⁵

Seguridad y liquidez (Artículos 17, 18 y 19 LIF)

Las compañías afianzadoras deberán invertir los recursos que manejen en términos que les permita mantener condiciones adecuadas de seguridad y liquidez. A tal efecto, la SHCP, determinará las clasificaciones que las propias instituciones deberán hacer de sus activos.

Artículo 17.- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, establecerá a través de reglas de carácter general, los límites máximos de emisión y de retención por fianza y por la acumulación de responsabilidades por fiado, grupos de fiados u operación de reafianzamiento, a que deben sujetarse las instituciones de fianzas, procurando en todo momento la adecuada distribución de sus responsabilidades.

Artículo 18.- Las instituciones de fianzas, sin perjuicio de mantener el capital mínimo pagado previsto en el artículo 15, fracción II de esta Ley, deben mantener recursos de capital suficientes para cubrir el requerimiento mínimo de capital base de operaciones que resulte de aplicar los procedimientos de cálculo que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público determine mediante reglas generales. Se considera

¹³⁵ Abascal Zamora, José María, ob. cit., pág. 1732.

requerimiento mínimo de capital base de operaciones de las instituciones de fianzas, a la cantidad necesaria de recursos con que deben contar para la adecuada realización de sus actividades, de conformidad con las sanas prácticas de la actividad afianzadora, procurando su desarrollo equilibrado con base en las normas técnicas aplicables y tomando en consideración las responsabilidades asumidas, así como su diversificación.

Las reglas generales que conforme a este artículo dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deberán propiciar la consecución de los objetivos siguientes:

I.- El adecuado apoyo de los recursos patrimoniales en relación a los riesgos y responsabilidades que asuman las instituciones, en función de las garantías, del tipo de fianzas, de la clase de obligaciones, así como a los distintos riesgos a que estén expuestas;

II.- El desarrollo de políticas adecuadas para la selección de riesgos en la suscripción de fianzas, así como para la dispersión de reaseguradores o reafianzadores en las operaciones de cesión y aceptación de reafianzamiento;

III.- El apropiado nivel de recursos patrimoniales, en relación a los riesgos financieros que asuman las instituciones, al invertir los recursos que mantengan con motivo de sus operaciones, y

IV.- La determinación de los supuestos y de los recursos de capital que las instituciones deberán mantener con el propósito de hacer frente a situaciones de carácter excepcional que pongan en riesgo su solvencia o estabilidad, derivadas tanto de la operación particular de las instituciones como de condiciones de mercado.

Artículo 19.- Las instituciones de fianzas deberán tener suficientemente garantizada la recuperación y comprobar en cualquier momento las garantías con que cuenten, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas.

La solvencia que se atribuye a las instituciones de fianzas, resulta de una compleja red de disposiciones legislativas que tienden a mantenerla. Así como de la amplia gama de facultades que tiene la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, respecto a la vigilancia e intervención en el manejo de las mismas. El capital mínimo para su constitución será fijada por la SHCP y deberá estar totalmente suscrito y pagado. Las acciones deben liberarse en efectivo en el acto de ser suscritas.¹³⁶

Obligación de constituir reservas técnicas (Art. 46 LIF)

Las instituciones de fianzas están obligadas a constituir las reservas técnicas de fianzas en vigor, de contingencia y las demás que esta Ley establece, en los montos, forma y términos que, mediante reglas de carácter general, determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, para cada tipo de fianza que las instituciones otorguen, considerando el monto de las primas cobradas, las responsabilidades asumidas, el grado de riesgo, las garantías de recuperación con las que cuenten en los términos del artículo 24 de la LF, los índices de reclamaciones y recuperaciones registrados, los esquemas de reafianzamiento adoptados y las condiciones generales imperantes en el mercado.

“Las reservas de fianzas en vigor y de contingencia de las Instituciones de Fianzas representan las provisiones necesarias con las que éstas deben contar para hacer frente a las responsabilidades asumidas. El monto de las reservas debe estar orientado hacia la inversión en activos que les permitan mantener condiciones adecuadas de seguridad, rentabilidad y liquidez apropiadas. En consideración a lo anterior, la SHCP, a través del D.O.F. emitió las reglas para Inversión de las Reservas de Fianzas en Vigor y de Contingencia de las Instituciones de Fianzas”.¹³⁷

¹³⁶ Cfr. Abascal Zamora, José María, ob. cit., págs. 1750-1752.

¹³⁷ Contreras Heredia, Amparo, “Todo sobre la Fianza”, 2ª. edición, Editorial PEA Comunicación, S. de R.L. de C.V., México, 2010, pág. 24.

“La SHCP consideró conveniente modificar el régimen de inversión de las reservas técnicas de las Instituciones de Fianzas, con la finalidad de promover su desarrollo en su función como intermediarios financieros, así como apoyar su solvencia y liquidez, tomando en cuenta la exposición que tienen sus inversiones frente a las principales responsabilidades del mercado. Por lo mismo, se debe propiciar una diversificación adecuada del portafolio de inversiones de las Instituciones de Fianzas y la obtención de mayores rendimientos financieros posibles, con el objeto de reducir la probabilidad de su insolvencia y, en general, flexibilizar los criterios de inversión para reconocer la naturaleza de liquidez de algunos activos e inducir la inversión en instrumentos de largo plazo”.¹³⁸

Prohibiciones para las afianzadoras (Art. 60 LIF)

A fin de garantizar la solidez de las instituciones, entre otras causales, se les prohíbe:

- Otorgar garantías en forma de aval.
- Gravar en cualquier forma los bienes de su activo.
- Obtener préstamos.
- Realizar contratos de reafianzamiento o de reaseguro que impliquen la asunción de pasivos.
- Asumir riesgos u otorgar financiamientos bajo esquemas de reaseguro financiero, cuando no se trate de instituciones autorizadas para practicar exclusivamente el reaseguro.
- Otorgar fianzas en contravención a lo dispuesto por la ley.

¹³⁸ Ídem.

- Especular con los bienes recibidos en garantía de fianzas otorgadas.
- Dar en reporto títulos de crédito.
- Operar con sus propias acciones, salvo en los casos previstos en la Ley del Mercado de Valores.
- Entregar a los Agentes, pólizas o contratos que establezcan obligaciones para la institución sin requisitar.
- Afianzar a sus funcionarios y administradores, o aceptarlos como contrafiadores u obligados solidarios, así como otorgar pólizas en las que los mismos aparezcan como beneficiarios.
- Entrar en sociedades de cualquier clase, excepto en los casos de inversión en acciones permitidas por esta Ley, y también les está especialmente prohibido entrar en sociedades de responsabilidad ilimitada y explotar por su cuenta minas, plantas metalúrgicas, establecimientos mercantiles o industriales o fincas rústicas.
- Adquirir bienes, títulos o valores que no deban conservar en su activo.
- Aceptar responsabilidades sin cumplimiento las formalidades señaladas por la presente Ley y disposiciones aplicables.
- Comerciar con mercancías de cualquier clase.
- Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de la institución los directores generales o sus equivalentes y las personas que ocupen cargos con las dos jerarquías inferiores a las de aquéllos, salvo que correspondan a prestaciones de carácter laboral, otorgadas de manera general.

- Repartir dividendos con los fondos de las reservas que hayan constituido por disposición legal o de otras reservas creadas para compensar o absorber pérdidas futuras.

b) El contrato de fianza, concepto y marco legal

Antes de entrar al concepto mercantil del contrato de fianza, también conocido como *fianza de empresa*, es necesario referirme a la figura de la fianza establecida en el Código Civil Federal, que en su artículo 2794 dispone: *La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.*

En efecto, el contrato de fianza puede ser civil o mercantil. Como ya se dijo, la fianza civil está regulada por el Código Civil; constituye un contrato de garantía por el cual se garantiza al acreedor el pago de las obligaciones del deudor por un tercero, para el caso de que el deudor no las cumpla. Este otro denominado *fiador*, puede ser en materia civil tanto una persona física como una persona moral, con tal que tenga capacidad para obligarse y que cuente con bienes suficientes para responder de la deuda; e incluso, si deviene insolvente, el acreedor tiene derecho a exigir otro fiador en su lugar. El fiador puede obligarse a menos, pero no a más, y no puede ser compelido a pagar sin que previamente sea reconvenido el deudor (art. 2814 del Código Civil Federal) y se haga excusión de sus bienes. Es decir, en la fianza civil el fiador goza, salvo pacto en contrario, de los beneficios de orden (primero los bienes del deudor) y de excusión (aplicar todo el valor libre de bienes del deudor al pago de la deuda) y tiene derecho de indemnización por el deudor en caso de pago de la deuda, intereses, gastos, daños y perjuicios, así como a subrogarse en los derechos del acreedor, a menos que la fianza se hubiere otorgado en contra de la voluntad del acreedor, en cuyo caso sólo tiene derecho para cobrar en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor (art. 2828 del Código Civil Federal).¹³⁹

¹³⁹ Cfr., León Tovar, Soyla, ob. cit., págs. 702-705.

Aunque el Código Civil Federal no concede expresamente al fiador el derecho a ser remunerado por la fianza, ya que solo se refiere al pago de la deuda principal, los gastos, daños y perjuicios e intereses generados por la suma pagada, no existe inconveniente alguno para que las partes convengan en que el fiador reciba una contraprestación por el hecho de garantizar al acreedor el pago de la deuda para el caso de que no la cumpla el deudor, siempre que esos contratos de fianza onerosos constituyan un acto accidental y no una ocupación ordinaria del fiador, ya que de hacerlo así, el contrato sería mercantil y el fiador estaría realizando actividades reservadas para sociedades mercantiles especializadas, las instituciones de fianzas, las cuales deben cumplir con diversos requisitos y autorizaciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, conforme al artículo 5 de la Ley de Instituciones de Fianzas (LIF).¹⁴⁰

Ahora bien, en lo que respecta a la fianza de empresa o mercantil, la maestra Soyla León Tovar expresa:

“Como expusimos, el contrato de fianza puede ser civil o mercantil; será civil aquel en el que el fiador no es comerciante ni garantiza una obligación de carácter mercantil, y será mercantil aquel en el que el fiador garantiza una obligación de carácter mercantil o cuando dicho fiador sea un comerciante y haga de la fianza su ocupación habitual (unja institución de fianzas). A éste suele calificarse como *fianza de empresa*, en función del sujeto, un empresario dedicado al otorgamiento de fianzas onerosas”.¹⁴¹

Por otra parte, es necesario mencionar que si bien es cierto que el artículo 2º. de la LIF señala que la naturaleza jurídica del contrato de fianza es mercantil, también lo es que el Código de Comercio no define ni regula al contrato de fianza mercantil. Únicamente señala en la fracción XXV del artículo 75 que se reputan mercantiles cualesquiera otros actos análogos a los establecidos en las fracciones anteriores; sin embargo, la LIF regula a las

¹⁴⁰ Ídem

¹⁴¹ León Tovar, Soyla, ob. cit., pág. 705.

instituciones de fianzas y los contratos de fianza onerosos, y si bien, tampoco define lo que es la fianza, señala en su artículo 113 que en lo no previsto por esta ley se aplicará la legislación mercantil y a falta de disposición expresa, el Código Civil Federal.

Como se mencionó, el Código Civil Federal dispone que el contrato de fianza es aquel por el cual una persona (fiador), distinta del deudor (fiado) y del acreedor, se obliga con éste a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

La fianza de empresa constituye un contrato por el cual una institución de fianzas (fiador) se obliga con un tercero (acreedor) a pagar por el deudor (fiado) si éste no lo hace, a cambio de una contraprestación denominada *prima*, que se obliga a pagar el tomador o contratante.

En cuanto al principio de *solidaridad*, el maestro Óscar Vásquez del Mercado indica:

“En la fianza es otra persona, fiador, la que se vincula asumiendo solidariamente la obligación del deudor, asume la obligación solidaria, porque si bien es cierto que la obligación del fiador es accesoria, por otra parte lo es también en el mismo plano que la del deudor principal. Entre acreedor y fiador, los efectos de la fianza, se regulan sobre la base del principio de solidaridad, en el sentido de que vencida la obligación, el acreedor puede dirigirse al fiador sin previa excusión del deudor principal”.¹⁴²

Como se dijo, el fiador está obligado solidariamente con el deudor principal, en consecuencia no goza del beneficio de orden y de excusión, es decir, el acreedor no está obligado a la excusión previa del deudor, como lo establece el artículo 118 de la LIF, y sus fianzas no se extinguirán aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Y aún más, si el acreedor inició juicio en contra de su

¹⁴² Vásquez del Mercado, Óscar, “Contratos Mercantiles”, 10ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2001, pág. 365.

deudor y deja de promover, no será causa de extinción de la fianza, el fiador continúa obligado.

En el artículo 118 bis, se establece que las instituciones de fianzas, al ser demandada por el acreedor, pueden denunciar el pleito al deudor principal, para que éste rinda las pruebas que crea convenientes, y en caso de que no salga a juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador.

La fianza sí llega a extinguirse si el acreedor, sin consentimiento del fiador, conviene con el deudor dándole prórroga para el cumplimiento de la obligación. El artículo 119 del ordenamiento legal en cita, señala que la prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución de fianzas, extingue la fianza.

Elementos de la Fianza

De los conceptos que sobre la fianza se han vertido en le presente apartado, se infiere que son cuatro los elementos personales que la integran.

Al respecto, el Dr. Arturo Díaz Bravo menciona que cuatro son los *personajes* que se requieren para la existencia de la fianza, si bien, como se verá, no es preciso que todos ellos intervengan en el contrato y, por otra parte, el cometido de dos o más de ellos puede ser desempeñado por uno solo; por último, puede figurar un quinto personaje. Pero además, existe un elemento *material*, que es la póliza.

- *La institución afianzadora o fiador*, que como ya se dijo, debe tratarse de una sociedad anónima, provista de autorización otorgada por la SHCP.
- *El tomador o contratante*, llamado en la ley, solicitante, que puede serlo cualquier persona física o moral, y por supuesto, el propio fiado.

- *El fiado o deudor principal*, que es la persona física o moral respecto de cuya obligación se otorga la fianza y que, como ya se dijo, puede protagonizar también el papel de tomador o contratante.
- *El beneficiario*, carácter que corresponde también a cualquier persona física o moral, como acreedora de la obligación principal.¹⁴³

A continuación, el maestro Arturo Díaz Bravo indica: “Pero anticipé la eventual existencia de un quinto elemento personal; eventual, por cuanto su desempeño como *contragarante, deudor solidario, contrafiador* –que con cierto detenimiento se examinará líneas adelante- es indispensable cuando el fiado demuestre su amplia solvencia y capacidad de pago”.¹⁴⁴

Como elemento material u objetivo, la póliza es el documento en el que necesariamente se consignan los derechos y obligaciones de la empresa afianzadora, así como los derechos y deberes del beneficiario; es en otras palabras, la manifestación escrita del contrato de fianza.

Aspectos legales relevantes del contrato de fianza

Legislación aplicable en lo no previsto (Art. 113 LIF)

En lo no previsto por esta LIF, se aplicará la legislación mercantil y a falta de disposición expresa, el Código Civil Federal.

Concepto de Reafianzamiento (Art. 114)

El reafianzamiento es el contrato por el cual una institución de fianzas, de seguros o de reaseguro debidamente facultada conforme a la Ley, o reafianzadoras extranjeras registradas de acuerdo con el artículo 34 de la LIF, se obligan a pagar a la institución reafianzada, en la proporción

¹⁴³ Cfr., Díaz Bravo, Arturo, “Contratos Mercantiles”, 8ª. ed., Editorial IURE Editores, México, 2005, pág. 302.

¹⁴⁴ Díaz Bravo, Arturo, ob. cit., pág. 302.

correspondiente, las cantidades que ésta deba cubrir al beneficiario de su fianza.

Reaseguro Financiero (Art. 114 Bis LIF)

Por reaseguro financiero se entiende el contrato en virtud del cual una empresa de fianzas, en los términos del artículo anterior, realiza una transferencia significativa de responsabilidades asumidas por fianzas en vigor, pactando como parte de la operación la posibilidad de recibir financiamiento del reasegurador o reafianzador.

Concepto de Coafianzamiento (Art. 116 LIF)

Hay coafianzamiento cuando dos o más instituciones de fianzas del país otorgan fianzas ante un beneficiario, garantizando por un mismo o diverso monto e igual concepto, a un mismo fiado.

En el coafianzamiento no hay solidaridad pasiva, debiendo el beneficiario, exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones coafianzadoras y en la proporción de sus respectivos montos de garantía.

Contenido de las Pólizas (Art. 117 LIF)

Las instituciones de fianzas sólo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como ampliación, disminución, prórroga y otros documentos de modificación debiendo contener, en su caso, las indicaciones que administrativamente fijen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

El beneficiario, al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada. En caso de pérdida o extravío, el beneficiario podrá exigir a la institución de fianzas de que se trate, que le proporcione, a su costa, un duplicado de la póliza emitida a su favor.

Beneficios que no gozan las instituciones (Art. 118 LIF)

Las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y exclusión, y sus fianzas no se extinguirán, aun cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Tampoco se extinguirá la fianza cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover en el juicio entablado contra el deudor.

Extinción de la fianza (Art. 119 LIF)

La prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución de fianzas, extingue la fianza.

Caducidad y Prescripción (Art. 120 LIF)

Cuando la institución de fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado, quedará libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o, en su defecto, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza.

Si la afianzadora se hubiere obligado por tiempo indeterminado, quedará liberada de sus obligaciones por caducidad, cuando el beneficiario no presente la reclamación de la fianza dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado.

Presentada la reclamación a la institución de fianzas dentro del plazo que corresponda conforme a los párrafos anteriores, habrá nacido su derecho para hacer efectiva la póliza, el cual quedará sujeto a la prescripción. La institución de fianzas se liberará por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor.

Cualquier requerimiento escrito de pago hecho por el beneficiario a la institución de fianzas o en su caso, la presentación de la reclamación de la fianza, interrumpe la prescripción, salvo que resulte improcedente.

Subrogación por pago por las instituciones de fianzas (Art. 122 LIF)

El pago hecho por una institución de fianzas en virtud de una póliza, la subroga por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada.

La institución podrá liberarse total o parcialmente de sus obligaciones, si por causas imputables al beneficiario de la póliza de fianza, es impedido o le resulta imposible la subrogación.

c) El Seguro de Caución. Iniciativa de Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas

Las presentes consideraciones han sido elaboradas con base en el proyecto de Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas que fuera publicado en el Boletín de la Comisión de Mejora Regulatoria correspondiente al día 27 de enero de 2010¹⁴⁵, y cuyo objeto, más allá de efectuar un análisis de la figura del seguro de caución que ha sido incorporada como novedad en el referido proyecto, es el de entender las razones por las que deberían coexistir -en un mismo ordenamiento legal-, el seguro de caución y la fianza, advirtiendo desde este momento, que posiblemente, nunca se lleguen a comprender tales motivos, si es que en realidad existen, como actos intencionados y dirigidos específicamente a forzar tal convivencia.

En efecto, en el proyecto de Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, al que en lo sucesivo nos referiremos simplemente como “el proyecto de Ley”, en su artículo 25, fracción III, inciso g), se ha introducido al seguro de caución,

¹⁴⁵ Documento público que puede ser consultado en la página electrónica de la Comisión de Mejora Regulatoria www.cofemermir.gob.mx.

como un ramo adicional de la operación de daños, aclarando el cuarto párrafo del artículo 26 que los ramos de seguro de crédito y de seguro de caución podrán practicarse por instituciones de seguros que operen de manera exclusiva ambos ramos.

El resto de operaciones y ramos detallados en el artículo 25 son exactamente los mismos que hoy se encuentran contemplados en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, por lo que, sin duda alguna, la inclusión del seguro de caución constituye una de las muchas novedades con que sorprende el proyecto de Ley.

Otro aspecto novedoso que, para los efectos de este trabajo, resulta importante resaltar, es el hecho de que en un mismo ordenamiento legal, habrá de regularse a las figuras del seguro y de la fianza, cuando ésta, no tiene - hasta donde alcanzamos a entender-, una naturaleza igual a la del seguro.

Poco, o más bien nada, se ha escrito en México sobre el seguro de caución. En razón de ello, me permito escudriñar en la legislación y doctrina extranjera –básicamente en la española- para entender la figura.

El Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), enumera en el apartado 1 del artículo 6 los distintos ramos de seguro directo distinto del seguro de vida, así como los riesgos que corresponden a cada uno de dichos ramos.¹⁴⁶

En ese tenor, la LOSSP al clasificar los ramos, el 14 y 15 los refiere, respectivamente, a crédito (que comprende la insolvencia general, venta a plazos, crédito a la exportación, crédito hipotecario y crédito agrícola) y caución (directa e indirecta), precisando más adelante que cuando la autorización se

¹⁴⁶ Por cierto, la LOSSP no obliga, como si lo hace nuestra actual LGISMS, y como se prevé en el proyecto de Ley, a constituir entidades aseguradores independientes, según los ramos que hayan de operar.

refiera para la práctica simultánea de ambos ramos se dará con la denominación “*Crédito y caución*”.¹⁴⁷

Así, la Ley de Contrato de Seguro española dedica una sección específica a la regulación del seguro de caución, con un solo precepto, el 68 que prevé a la letra:

Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.

De la definición anterior, se advierte la existencia de tres partes perfectamente delimitadas: el asegurador, el tomador del seguro y el asegurado; en donde el asegurador tiene la obligación de indemnizar al asegurado, en el evento de que el tomador del seguro –quien contrata el seguro- incumpla con las obligaciones, sean legales o contractuales, contraídas con el asegurado.

Carlos Hoyos Elizalde¹⁴⁸ concluye que las relaciones entre las tres partes intervinientes en el seguro de caución son:

- Entre el tomador del seguro y el asegurado, en la medida en que existe un contrato celebrado entre ambos, o bien una obligación derivada de una disposición legal.
- Entre el asegurado y el asegurador por virtud de la obligación que asume éste frente a aquél, de garantizar que el tomador del seguro cumplirá con las obligaciones asumidas frente al asegurado, en el

¹⁴⁷ De ahí que quizá el proyecto de Ley haya considerado que los ramos de seguro de crédito y de seguro de caución podrán practicarse por instituciones de seguros que operen de manera exclusiva ambos ramos. Vale la pena precisar, según apunta Francisco Javier Tirado Suárez, que la existencia de ambos ramos deriva de la bipartición del seguro de crédito en dos clases: caución e insolvencia.

¹⁴⁸ Cfr. Hoyos Elizalde, Carlos, “El seguro de caución: una aproximación práctica”, 1ª. ed., Editorial MAPFRE, S.A. Fundación MAPFRE. Colección Estudios y Monografías, Madrid, España, 2007, págs. 20 y 21.

entendido de que, en el caso de no hacerlo, se compromete a pagar como indemnización o penalización, el importe pactado en la garantía.

- Entre el asegurador y el tomador del seguro, en razón de la póliza del seguro de caución, de la que se deriva, incluso, la posibilidad del asegurador de repetir en contra del tomador del seguro a efectos de que le sea reembolsada la cantidad que hubiere tenido que expensar.

Aspectos importantes a considerar en la operación del seguro de caución son, por una parte, el riesgo, tanto de insolvencia como de incumplimiento; la suscripción, la evaluación de clientes, análisis de los estados financieros del contratante del seguro, las contragarantías y por supuesto, la gestión del siniestro, mismos que podrán variar según las políticas de cada compañía o las características y experiencia de cada país.

En México, por lo que se refiere al proyecto de Ley, el artículo 27, fracción XII prevé que el seguro para el ramo de caución, es el pago de una indemnización al asegurado a título de resarcimiento o penalidad por los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites previstos en el contrato de seguro, al producirse las circunstancias acordadas en relación con el incumplimiento por el contratante del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, excluyendo las obligaciones relacionadas con contratos de naturaleza financiera. En este ramo, continúa señalando la misma disposición, todo pago hecho por la institución de seguros deberá serle reembolsado por el contratante del seguro, para lo cual la institución de seguros podrá solicitar las garantías de recuperación que considere convenientes.

Efectuando una comparación entre la redacción del precepto antes citado correspondiente al proyecto de Ley, y la contenida en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro española, encontramos los siguientes elementos comunes:

- Tres partes intervinientes, a saber: la institución de seguros o asegurador; el asegurado, y el contratante o tomador del seguro.

- El incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, por el contratante o tomador del seguro.
- En caso de actualizarse dicho incumplimiento, el pago, por parte del asegurador, de una indemnización al asegurado.
- La indemnización efectuada a título de resarcimiento o penalidad por los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites del contrato.
- La obligación del tomador o contratante del seguro de reembolsar al asegurador el pago efectuado por éste, a título indemnizatorio.

Como se ha visto, no cabe duda que la esencia de la fianza es exactamente la misma que la del seguro de caución, pues en ambas existe un contrato, que constituye la obligación principal a garantizar, celebrado entre el tomador del seguro o de la fianza, con el asegurado o beneficiario; una póliza de seguro de caución o de fianza que expide la institución de seguros o de fianzas, según sea el caso, que ha sido contratada por el tomador del seguro o de la fianza (partiendo de la base de que se reúne en una sola persona las figuras del tomador y fiado o deudor principal), y finalmente, una garantía de pago de la institución de fianzas o de seguros a favor del asegurado o beneficiario, cuando el tomador del seguro o de la fianza han incumplido su obligación principal.

Igualmente, en la actual Ley Federal de Instituciones de Fianzas, así como en el proyecto de Ley, se establecen los procedimientos necesarios para la obtención de contragarantías en el evento de que los datos aportados por el contratante o fiado, no sean suficientes a satisfacción de la institución de fianzas, para recuperar los montos que ha tenido que pagar al acreedor principal en caso de incumplimiento del fiado.

Es importante hacer notar que, como en el caso del seguro de caución, que prevé la posibilidad de repetir en contra del tomador del seguro, por lo que se refiere a la fianza, según lo dispone el artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el pago hecho por éstas en virtud de una póliza, la subroga por ministerio de Ley, en todos los derechos, acciones y privilegios

que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada.

Por otra parte, es necesario puntualizar que tanto la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, como el proyecto de Ley, contienen disposiciones específicas que revisten formalidades que los beneficiarios de fianzas (de cualquier tipo) deben cumplir para hacer efectivas sus reclamaciones en contra de las instituciones de fianzas, que implican procedimientos judiciales tortuosos para lograr el pago respectivo. Los procedimientos de cobro establecidos para la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, hasta donde se ha podido advertir también son similares (si no es que iguales) para el caso de las fianzas y del seguro de caución.

Todo lo anterior, lleva a concluir que el seguro de caución y la fianza son figuras básicamente similares, por lo que naturalmente lleva a cuestionarnos, cuál es entonces la razón de hacer coexistir a dos figuras esencialmente iguales en un mismo ordenamiento legal. Qué ventajas ofrece una por encima de la otra. Por qué en un momento dado elegir un seguro de caución o una fianza.

Por último, es de trascendental importancia mencionar que en la última versión del tantas veces citado proyecto, se estableció en el artículo 42, la posibilidad de que las instituciones afianzadoras operen el seguro en el ramo de caución, previa autorización por parte de la SHCP con la respectiva modificación de sus estatutos sociales, como enseguida se observa:

Artículo 42.- Las Instituciones de Fianzas, que soliciten autorización para organizarse y operar como Institución de Seguros en el ramo de caución, la cual comprenda la práctica de ramos y subramos de fianzas en términos del último párrafo del artículo 25 de esta Ley, deberán cumplir con los requisitos que establece el artículo 41 de esta ley, con excepción de lo señalado en la fracción I de dicho artículo, al efecto la Institución de Fianzas solicitante deberá presentar un proyecto de reforma estatutaria integral que incluya lo

relativo a la transformación de su régimen de organización y operación.

(...)

Respecto a los requisitos señalados en las fracciones III y V del artículo 41 de esta ley, la Institución de Fianzas solicitante deberá presentar las modificaciones al programa estratégico y al plan de actividades que deriven de las nuevas operaciones que la solicitante pretenda realizar.

(...)

Las obligaciones derivadas de las operaciones celebradas con anterioridad al otorgamiento de la autorización, subsistirán en todos sus términos y no será necesario convalidar, ratificar o modificar las pólizas de fianzas y contratos que tengan celebrados.

4. Administración

De conformidad con artículo 15, fracción VIII de la LIF, la administración de la Institución de Fianzas estará encomendada a un Consejo de Administración y a un Director General, en sus respectivas esferas de competencia.

Integración y función del Consejo

La integración y funciones del consejo de administración, además de regirse por las demás disposiciones jurídicas aplicables, se sujetarán a lo siguiente:

a) El número de los consejeros propietarios no podrá ser inferior de cinco ni superior de quince, de los cuales cuando menos el veinticinco por ciento deberán ser independientes. Por cada consejero propietario se designará su respectivo suplente, en el entendido de que los consejeros suplentes de los consejeros independientes, deberán tener este mismo carácter.

b) El Consejo de Administración deberá reunirse por lo menos cada tres meses y, en forma extraordinaria, cuando sea convocado por: el Presidente del

Consejo; al menos el veinticinco por ciento de los consejeros; o cualquiera de los comisarios de la institución.

c) Para la celebración de las sesiones ordinarias y extraordinarias del consejo de administración se deberá contar con la asistencia de cuando menos el cincuenta y uno por ciento de los consejeros, de los cuales por lo menos uno deberá ser consejero independiente.

d) Cada accionista, o grupo de accionistas que represente por lo menos un 10% del capital pagado de una institución de fianzas, tendrá derecho a designar un consejero. Sólo podrá revocarse el nombramiento de estos consejeros, cuando se revoque el de todos los demás, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 82 de la LIF.

e) El presidente del consejo de administración tendrá voto de calidad en caso de empate.

Requisitos que deben reunir los consejeros y el contralor normativo

Conforme a lo que dispone la fracción VIII Bis del precitado artículo 15, los nombramientos de consejeros y contralor normativo de las instituciones de fianzas se sujetarán a lo siguiente:

- Deberán recaer en personas con calidad técnica, honorabilidad, historial crediticio satisfactorio, así como con amplios conocimientos y experiencia en materia financiera, legal o administrativa.
- El contralor normativo, así como la mayoría de los consejeros deberán residir en el territorio nacional.

Prohibiciones para los Consejeros

En ningún caso podrán ser consejeros de una Institución de Fianzas:

a) Los funcionarios y empleados de la sociedad, con excepción del director general o su equivalente y funcionarios de la sociedad que ocupen cargos con las dos jerarquías administrativas inmediatas inferiores a la de aquél, sin que éstos constituyan más de la tercera parte del consejo de administración.

b) Los cónyuges de los mismos o las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, o civil, con más de dos consejeros.

c) Las personas que tengan litigio pendiente con la Institución de Fianzas de que se trate.

d) Las personas sentenciadas por delitos patrimoniales intencionales, las inhabilitadas para ejercer el comercio o para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o en el sistema financiero mexicano.

e) Los concursados que no hayan sido rehabilitados.

f) Los servidores públicos de las autoridades encargadas de la inspección y vigilancia de las instituciones de fianzas.

g) Quienes realicen funciones de regulación de las instituciones de seguros, salvo que exista participación del Gobierno Federal en el capital de las mismas.

h) Los servidores públicos del Banco de México, del Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

i) Quienes participen en el consejo de administración de otra institución de fianzas o de una sociedad controladora de una Institución de Fianzas que

practiquen la misma operación o ramo, cuando la institución de que se trate no mantenga nexos patrimoniales de control entre las mismas, en los términos establecidos en la propia ley.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior a quien sea propietario directa o indirectamente de cuando menos el dos por ciento de las acciones representativas del capital social de ambas instituciones o sociedades.

Al respecto, son aplicables las consideraciones del maestro Víctor Castrillón y Luna cuando señala:

“El órgano de administración de la sociedad debe ser desempeñado de manera personal; es temporal, revocable, y al mismo corresponde, como ejecutivo que es, por un lado llevar la dirección de los negocios sociales; la administración de la propia sociedad, en donde destaca la necesidad de que se lleve y mantenga un sistema de contabilidad adecuado a las necesidades de la empresa; les corresponde, por un lado, tener la representación de la sociedad, además de que es su responsabilidad hacer que se cumplan los acuerdos de las asambleas, tomados de conformidad con la ley y los estatutos sociales”.¹⁴⁹

“El carácter personal del cargo de administrador impide que sea desempeñado por medio de representantes. De aquí que necesariamente haya de recaer en personas físicas ya que las morales siempre actúan por medio de representantes. (...) En cuanto a la designación de los administradores, queda ya señalado que compete a la asamblea ordinaria de accionistas designar el órgano de administración. Aunque el acuerdo referente al nombramiento ha de hacerse por mayoría, la ley ha concedido una especial protección al grupo que ha quedado en minoría, siempre que alcance el veinticinco por ciento del capital social, y que los administradores designados sean tres o más, caso en el cual la referida minoría nombrará un consejero. El porcentaje será del 10%

¹⁴⁹ Castrillón y Luna, Víctor M., ob. cit., pág.160.

cuando se trate de sociedades que tengan inscritas sus acciones en bolsa, según la reforma de 21 de enero de 1981".¹⁵⁰

Los Consejeros Independientes

Los consejeros independientes, así como los contralores normativos, deberán además acreditar haber prestado por lo menos cinco años sus servicios en puestos de alto nivel decisorio, cuyo desempeño requiera conocimientos y experiencia en materia financiera, legal, administrativa o relacionada con la actividad aseguradora, y que en ningún caso sean:

a) Empleados o funcionarios de la institución en el momento de su designación, incluyendo aquellas personas que hubieren ocupado dichos cargos durante el año inmediato anterior.

Los consejeros independientes no podrán ser designados con el carácter de empleado o funcionario de la institución.

b) Accionistas que sin ser empleados o funcionarios de la institución, tengan poder de mando sobre los funcionarios de la misma. Los accionistas no podrán ser contralor normativo de la institución.

c) Socios o empleados de sociedades o asociaciones que presten servicios de asesoría o consultoría a la institución o a las empresas que pertenezcan al mismo grupo económico del cual forme parte ésta, si las percepciones que aquéllas reciban de éstas representen el 10% o más de sus ingresos.

d) Clientes, proveedores, deudores, acreedores, socios, consejeros o empleados de una sociedad que sea cliente, proveedor, deudor o acreedor importante de la institución.

¹⁵⁰ Mantilla Molina, Roberto, ob. cit. pág. 419.

Se considera que un cliente o proveedor es importante cuando los servicios que le preste la institución o las ventas que le haga a ésta, representen más del diez por ciento de los servicios o ventas totales del cliente o del proveedor, respectivamente. Asimismo, se considera que un deudor o acreedor es importante cuando el importe del crédito es mayor al quince por ciento de los activos de la institución o de su contraparte.

e) Empleados de una fundación, asociación o sociedad civiles que reciban donativos importantes de la institución.

Se consideran donativos importantes a aquéllos que representen más del quince por ciento del total de donativos recibidos por la fundación, asociación o sociedad civiles de que se trate.

f) Consejeros, directores generales o funcionarios de alto nivel de una sociedad en cuyo consejo de administración participe el director general o un funcionario de alto nivel de la institución.

g) Cónyuges o concubinarios, así como los parientes por consanguinidad, afinidad hasta el primer grado, o civil, respecto de alguna de las personas mencionadas en los incisos c) a f) del numeral 3 de la fracción VII Bis del artículo 15 en comento, o bien, hasta el tercer grado, en relación con las personas señaladas en los incisos a), b), y h) del numeral 3 de dicho precepto legal.

h) Quienes hayan ocupado un cargo de dirección o administrativo en la institución o en el grupo financiero o económico al que, en su caso, pertenezca la propia institución, durante el año anterior al momento en que se pretende hacer su designación.

i) Agentes, apoderados de agentes persona moral.

Sobre el particular, se destaca que las funciones del Consejo claramente definidas, confirman que se tiene un régimen robusto de vigilancia de la sociedad por parte del Consejo de Administración que se apoya, en uno o más comités integrados por Consejeros Independientes para vigilar las funciones de auditoría y de buenas prácticas societarias, así como en la figura de un auditor externo totalmente independiente que no tiene conflicto de interés.

Con relación a los Consejeros Independientes, el autor Salomón Vargas García señala: “Son el grupo de personas físicas que por lo menos integran el veinticinco por ciento del Consejo de Administración y se encargarán de emitir opiniones respecto de las actividades de la emisora, así como formar parte del Comité de Auditoría. Esto se establece como una protección a las minorías. La función del Consejero Independiente es la de colaborar en defensa de los derechos minoritarios”.¹⁵¹

Se puede decir que los requisitos para los Consejeros Independientes son de dos clases: por una parte, como requisitos generales, se establece que los Consejeros Independientes deben ser designados atendiendo a “su experiencia, capacidad y prestigio profesional” y que “por sus características puedan desempeñar funciones libres de conflictos de interés y sin estar supeditados a intereses personales, patrimoniales o económicos”. Estos requisitos, como puede apreciarse, se establecen de manera ambigua y están sujetos a la valoración subjetiva de los accionistas que los designan. La ley no establece qué clase y mínimo de experiencia deben reunir los consejeros, la manera de valorar su “capacidad y prestigio profesional” o los criterios conforme a los cuales puede determinarse que estén “libres de conflicto de interés” o no “supeditados” a intereses. Es la asamblea general de accionistas que los designe o ratifique quien debe calificar la independencia de los Consejeros, lo que para efectos prácticos deja la determinación de la independencia al criterio de la mayoría de los accionistas.

¹⁵¹ Vargas García, Salomón, “Nociones de Contratación Bursátil. Aspectos prácticos a considerar para la celebración de contratos bursátiles”, 1ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2009, págs. 30-31.

El Director General

El artículo 15 de la LIF, fracción VIII Bis-1, establece los requisitos que recaen en la designación del Director General.

El nombramiento de Director General de la Institución de Fianzas o su equivalente, deberá recaer en persona que cuente con elegibilidad crediticia y honorabilidad, y que además reúna los requisitos siguientes:

a) Ser residente en territorio mexicano en términos de lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación.

b) Haber prestado por lo menos cinco años sus servicios en puestos de alto nivel decisorio, cuyo desempeño requiera conocimiento y experiencia en materia financiera, legal o administrativa.

c) No tener alguno de los impedimentos que para ser consejero señalan los incisos c) a f) y h) del numeral 3 de la fracción anterior.

d) No estar realizando funciones de regulación de las instituciones de fianzas.

Los funcionarios que ocupen cargos con las dos jerarquías inferiores a la del director general o su equivalente, además de cumplir con los requisitos previstos en el primer párrafo y en los incisos a), c) y d) de la fracción en cita, deberán contar con experiencia y conocimientos de al menos cinco años en las materias que se relacionen con las funciones que le sean asignadas.

Los actos del director general y de los funcionarios que ocupen cargos con la jerarquía inmediata inferior a la de éste, en el desempeño de sus funciones, obligarán invariablemente a la institución de fianzas de que se trate, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurran personalmente.

Respecto del Director General, debe señalarse que la administración de la Institución de Fianzas se encomienda, conjuntamente, al Consejo de Administración y al Director General. De esta forma, habría que considerar que el Consejo de Administración es precisamente un órgano de administración de la sociedad. Sin embargo, del análisis de las funciones asignadas por la LIF al consejo, se desprende que dicho órgano ha dejado de ser, en buena medida, un órgano de administración para convertirse en un órgano de dirección estratégica, control y vigilancia.

Es por ello que se puede afirmar que en la LIF se establece que la *gestión, conducción y ejecución*, de los negocios de la empresa afianzadora y sus subsidiarias corresponde al Director General, quien debe actuar bajo la dirección estratégica del consejo de administración, por lo que el director general debe ajustarse a las estrategias, lineamientos y políticas establecidas por el propio consejo.

El Contralor Normativo

En cada institución de fianzas existirá un contralor normativo responsable de vigilar el cumplimiento de la normatividad externa e interna aplicable, conforme a lo previsto en el artículo 15 Bis-1 de la LIF.

Por la importancia de esta figura, me permito transcribir textualmente dicho artículo, pues se trata de un órgano de reciente creación (2002) y que sin embargo, tenemos conocimiento de que será sustituida por un órgano de auditoría (Comité de Auditoría), a la luz del proyecto de Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas.

Artículo 15-BIS-1.- Las instituciones de seguros deberán dotar al contralor normativo de los recursos humanos y materiales que requiera para el buen desempeño de las funciones a su cargo.

El contralor normativo deberá ser nombrado por el consejo de administración de la institución de fianzas, el cual podrá suspenderlo, removerlo o revocar su nombramiento debiéndose notificar de este

hecho a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, dentro de los diez días hábiles siguientes. En el supuesto de suspensión, remoción o revocación del nombramiento, en dicha comunicación deberán exponerse las razones por las cuales se adoptó esa decisión.

El contralor normativo reportará únicamente al consejo de administración y, si así lo establecen los estatutos de la sociedad, a la asamblea de accionistas de la institución de que se trate, no estando subordinado a ningún otro órgano social ni funcionario de la institución.

El contralor normativo realizará las siguientes funciones:

I.- Proponer al consejo de administración de la institución la adopción de medidas para prevenir conflictos de interés y evitar el uso indebido de la información;

II.- Recibir los dictámenes de los auditores externos contable y actuarial, y, en su caso los informes del comisario, para su conocimiento y análisis;

III.- Revisar y dar seguimiento a los planes de regularización de la institución en términos de lo previsto en los artículos 104 y 104 Bis de esta Ley;

IV.- Opinar y dar seguimiento respecto de los programas de autocorrección de la institución necesarios para subsanar las irregularidades o incumplimientos de la normatividad externa e interna aplicable en términos de lo previsto en el artículo 104 Bis-2 de esta Ley;

V.- Presentar anualmente a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas un informe del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, en la forma y términos que establezca la propia Comisión mediante disposiciones de carácter general, y

VI.- Informar al consejo de administración, a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y, en su caso, al director general, de cualquier irregularidad grave que detecte en el ejercicio de sus funciones,

aunque no sea materia de la aplicación de programas de autocorrección a los que se refiere el artículo 104 Bis-2 de esta Ley.

El contralor normativo deberá ser convocado a las sesiones del consejo de administración y de los comités a los que se refiere la fracción I, inciso 4) del artículo 15 Bis de esta Ley, participando con voz pero sin voto.

Las funciones del contralor normativo se ejercerán sin perjuicio de las que correspondan al comisario y a los auditores externos de la institución de que se trate, de conformidad con la legislación aplicable.

El contralor normativo será responsable por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones previstas en esta Ley, pudiendo ser sancionado de conformidad a lo previsto en la misma.

5. Responsabilidad de los Administradores

Antes de efectuar un análisis de las obligaciones y responsabilidades de los administradores de las instituciones de fianzas, debo señalar que líneas arriba se indicó cuáles son los órganos que participan en la administración de la institución afianzadora, así como los requisitos, prohibiciones y elementos esenciales de éstos.

En el mismo sentido, se estableció que los actos del director general y de los funcionarios que ocupen cargos con la jerarquía inmediata inferior a la de éste, en el desempeño de sus funciones, obligarán invariablemente a la institución de fianzas de que se trate, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurran personalmente.

Por lo tanto, es necesario ahora, mencionar las obligaciones indelegables del consejo de administración descritas en el artículo 15 Bis de la LIF, que a manera de resumen, enseguida se enuncian:

- Las políticas y normas en materia de suscripción de riesgos, inversiones, administración integral de riesgos, reafianzamiento, reaseguro financiero, comercialización, desarrollo de la institución y financiamiento de sus operaciones.
- Las normas para evitar conflictos de intereses entre las diferentes áreas de la institución.
- La constitución de comités de carácter consultivo.
- Los consejeros y demás miembros de los comités a los que se refiere esta fracción, estarán obligados a abstenerse expresamente de participar en la deliberación y votación de cualquier asunto que implique para ellos un conflicto de interés. Asimismo, deberán mantener absoluta confidencialidad respecto de todos aquellos actos, hechos o acontecimientos relativos a la institución de seguros, así como de toda deliberación que se lleve a cabo en los comités, sin perjuicio de la obligación que tendrá la institución de proporcionar toda la información que le sea solicitada al amparo de la LIF.
- La realización de operaciones de reaseguro financiero y la emisión de obligaciones subordinadas o de otros títulos de crédito.
- El nombramiento del contralor normativo de la institución.
- Las normas para prevenir y evitar conflictos de intereses.
- La celebración de contratos o realización de operaciones con personas relacionadas, cuando excedan el monto que para estos efectos determine la asamblea de accionistas.

Los consejeros y funcionarios se excusarán de participar en las discusiones y se abstendrán de votar en los casos en que tengan un interés directo.

En todo caso, las operaciones con personas relacionadas no deberán celebrarse en términos y condiciones más favorables, que las operaciones de la misma naturaleza que se realicen con el público en general.

Ahora bien, de la misma manera en que se fijaron las responsabilidades de los administradores en la sociedad anónima bursátil, podemos concluir que rigen los mismos principios para la institución aseguradora, a saber: El deber de diligencia y el deber de lealtad, que se traducen en las siguientes disposiciones:

El deber de diligencia

Los integrantes del consejo de administración tienen la obligación de ejercer sus funciones con esmerado cuidado y eficiencia, además de poner a beneficio de la sociedad, sus conocimientos técnicos y experiencia. A título de ejemplo este principio se desprende de las disposiciones siguientes:

- Los nombramientos de los consejeros y del contralor normativo deberá recaer en personas con calidad técnica, honorabilidad, historial crediticio satisfactorio, así como con amplios conocimientos y experiencia en materia financiera, legal o administrativa.
- El director general deberá elaborar y presentar al consejo de administración, para su aprobación, las políticas para el adecuado empleo y aprovechamiento de los recursos humanos y materiales de la institución, los cuales deberán considerar el uso racional de los mismos, restricciones para el empleo de ciertos bienes, mecanismos de supervisión y control, en general, la aplicación de los recursos a las actividades propias de la institución y a la consecución de sus fines.
- El director general deberá en todos los casos proporcionar datos e informes precisos para auxiliar al consejo de administración en la adecuada toma de decisiones.
- Los consejeros independientes, así como los contralores normativos, deberán además acreditar haber prestado por lo menos cinco años sus servicios en puestos de alto nivel decisorio, cuyo desempeño requiera conocimientos y experiencia en materia financiera, legal, administrativa o relacionada con la actividad aseguradora.

El deber de lealtad

Este principio se traduce en la obligación de los consejeros y de los directores de guardar confidencialidad respecto de la información y de los asuntos que tengan conocimiento con motivo de su cargo en la sociedad. De modo fundamental, los miembros del consejo faltarán al deber de lealtad cuando incumplan con sus obligaciones inherentes a su cargo. Este principio, a guisa de ejemplo se observa en las siguientes disposiciones:

- Los consejeros estarán obligados a abstenerse expresamente de participar en la deliberación y votación de cualquier asunto que implique para ellos un conflicto de interés. Asimismo, deberán mantener absoluta confidencialidad respecto de todos aquellos actos, hechos o acontecimientos relativos a la institución de seguros de que sean consejeros, así como de toda deliberación que se lleve a cabo en el consejo, sin perjuicio de la obligación que tendrá la institución de proporcionar toda la información que le sea solicitada al amparo de la presente Ley.

En ningún caso podrán ser consejeros de una institución de fianzas:

- Los funcionarios y empleados de la sociedad, con excepción del director general o su equivalente y funcionarios de la sociedad que ocupen cargos con las dos jerarquías administrativas inmediatas inferiores a la de aquél, sin que éstos constituyan más de la tercera parte del consejo de administración.
- Los cónyuges de los mismos o las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, o civil, con más de dos consejeros.
- Las personas que tengan litigio pendiente con la institución de fianzas de que se trate.
- Las personas sentenciadas por delitos patrimoniales intencionales, las inhabilitadas para ejercer el comercio o para desempeñar un empleo,

cargo o comisión en el servicio público, o en el sistema financiero mexicano.

- Los concursados que no hayan sido rehabilitados.
- Los servidores públicos de las autoridades encargadas de la inspección y vigilancia de las instituciones de fianzas.
- Quienes realicen funciones de regulación de las instituciones de seguros, salvo que exista participación del Gobierno Federal en el capital de las mismas.
- Los servidores públicos del Banco de México, del Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

6. La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas

En el Capítulo Tercero de este trabajo, se explicó qué es, en qué consiste y cuáles son las facultades y atribuciones de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF), como órgano regulador de las instituciones aseguradoras.

En igual sentido, se mencionó cómo se creó y el Decreto mediante el cual se escinde de la antigua Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Asimismo, me referí a la estructura actual de dicho órgano desconcentrado de la SHCP.

En tales circunstancias y en obvio de innecesarias reiteraciones, en este apartado me limitaré a establecer el fundamento legal de la CNSF y las atribuciones que tiene con respecto a las instituciones de fianzas.

Fundamento Legal de la CNSF. Atribuciones

La CNSF encuentra su fundamento en los artículos 66, 67, 67 BIS y 68 de la LIF que en lo conducente señalan:

Artículo 66.- La inspección y vigilancia de las instituciones de fianzas, así como de las demás personas y empresas a que se refiere esta ley, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones de la misma, queda confiada a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en los términos de esta ley y del reglamento que para esos efectos expida el Ejecutivo Federal, la que además de las facultades y obligaciones que le atribuye esta propia Ley se regirá para esos efectos en materia de fianzas y respecto de las instituciones y demás personas mencionadas, por las disposiciones relativas a la inspección y vigilancia de la Ley general de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Artículo 67.- Las instituciones de fianzas y demás personas que en los términos de esta Ley, estén sujetas a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, deberán rendir a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como a la propia Comisión, en la forma y términos que al efecto establezcan, los informes y pruebas que sobre su organización, operaciones, contabilidad, inversiones o patrimonio les soliciten para fines de regulación, supervisión, control, inspección, vigilancia, estadística y demás funciones que conforme a esta ley u otras disposiciones legales y administrativas les corresponda ejercer.

Artículo 67-BIS (D.O.F. 16 DE ENERO DEL 2002).- En el ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas dará a conocer información relativa a la situación financiera de las instituciones, así como al cumplimiento de los requerimientos sobre sus reservas técnicas, capital mínimo pagado y requerimiento mínimo de capital base de operaciones, en la forma y términos que la propia Comisión señale mediante disposiciones de carácter general.

Artículo 68.- Serán facultades y deberes de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, además de las que se le atribuyen en otros artículos de la presente Ley, las siguientes:

I. Actuar como cuerpo de consulta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los casos que se refieran al régimen afianzador y en los demás que la Ley determine.

II. Hacer los estudios que se le encomienden y presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las sugerencias que estime adecuadas para perfeccionarlos; así como cuantas mociones o ponencias relativas al régimen afianzador estime procedente elevar a dicha Secretaría.

III. Coadyuvar con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el desarrollo de políticas adecuadas para la asunción de responsabilidades y aspectos financieros en relación con las operaciones del sistema afianzador, siguiendo las instrucciones que reciba de la propia Secretaría.

IV.- Proveer las medidas que estime necesarias para que las instituciones de fianzas cumplan con las responsabilidades contraídas con motivo de las fianzas otorgadas;

IV.- Bis.- Emitir, en el ámbito de su competencia, las normas de carácter prudencial orientadas a preservar la solvencia, liquidez y estabilidad financiera de las instituciones de fianzas;

V. Imponer sanciones administrativas por infracciones a ésta y a las demás leyes que regulan las actividades, instituciones y personas sujetas a su inspección y vigilancia, así como a las disposiciones que emanen de ellas.

(...)

VI. Las demás que le están atribuidas por esta Ley y otros ordenamientos legales respecto a la fianza a que se refiere esta Ley, siempre que no se trate de meros actos de vigilancia o ejecución.

Facultades en Materia de Quejas, Reclamaciones y Arbitraje

Finalmente, tal y como se mencionó en el Capítulo Tercero del presente trabajo, a la luz del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 18 de enero de 1999, que entró en vigor el 19 de abril de ese año, las facultades de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en materia de Quejas, Reclamaciones y Arbitrajes pasaron a ser facultades exclusivas de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, a cuyo órgano regulador nos referiremos en el apartado siguiente.

7. Otras Autoridades Reguladoras

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros

Se trata de un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo fin primordial es la protección y defensa de los derechos e intereses de los usuarios de servicios financieros.

La Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, fue expedida por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1999, con vigencia a partir del 19 de abril de 1999.

En el Capítulo Tercero de este trabajo, que se refiere a las instituciones de seguros, se desarrolló un análisis sucinto del objeto, finalidad y atribuciones de la CONDUSEF, así como sus órganos de gobierno y su organización.

Todo ello, aplicable a las instituciones de fianzas, por lo que, únicamente para efectos prácticos, me permito reiterar que la misión de este organismo está contemplada en su artículo 5 de la citada Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros al establecer: “La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros tendrá como finalidad promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de

los Usuarios frente a las Instituciones Financieras, arbitrar sus diferencias de manera imparcial y proveer a la equidad en las relaciones entre éstos”.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 4 de la mencionada Ley establece: “La protección y defensa que esta Ley encomienda a la Comisión Nacional, tiene como objetivo prioritario procurar la equidad en las relaciones entre los Usuarios de las Instituciones Financieras, otorgando a los primeros, elementos para fortalecer la seguridad jurídica en las operaciones que realicen y en las relaciones que establezcan con las segundas”.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público

Con relación a la materia de fianzas, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), es el órgano competente para interpretar, aplicar y resolver para efectos administrativos lo relacionado con los preceptos de la LIF y sobre todo, como ya se ha venido mencionando, autoriza a dichas Instituciones en cuanto a su organización y funcionamiento. Para estos efectos, podrá solicitar cuando así lo estima conveniente la opinión de la CNSF, del Banco de México o de algún otro organismo o dependencia en razón de la naturaleza de los casos que lo ameriten.

En la aplicación de la LIF, la SHCP con la intervención, que en su caso, corresponda a la CNSF, procura un desarrollo equilibrado del sistema afianzador, y una competencia sana entre las instituciones de fianzas que lo integran.

Al respecto, el artículo 1º. del Ordenamiento Jurídico en cita, prevé que competará exclusivamente a la SHCP, la adopción de todas las medidas relativas a la creación y al funcionamiento de las instituciones nacionales de fianzas, las que se regirán por sus leyes especiales y, a falta de éstas o cuanto en ellas no esté previsto, por lo que estatuye la propia LIF.

En igual sentido, de conformidad con el artículo 5 de la LIF, para organizarse y funcionar como institución o sociedad mutualista de seguros se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar a la SHCP.

Por otra parte, una de las facultades más importantes de la SHCP es la de intervenir en las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas y del Sistema de Ahorro para el Retiro.

Como órganos desconcentrados de la SHCP, la misma designa a sus Presidentes y a los vocales ante sus Juntas de Gobierno; autoriza anualmente sus presupuestos de ingresos y egresos, etcétera.

En el Título III, denominado *Facultades de la Administración Pública*, se prevén disposiciones generales que consagran la participación directa de la SHCP como órgano regulador de la actividad afianzadora.

En efecto, en el artículo 78 de la LIF se prevé que las instituciones de fianzas deberán dar aviso a la SHCP y a la CNSF, por lo menos, con diez días hábiles de anticipación, del establecimiento, cambio de ubicación y de clausura de cualquier clase de oficinas, en el país. Tratándose de oficinas sucursales en el extranjero se requerirá autorización de la SHCP.

Para proporcionar servicio al público, las mismas instituciones de fianzas sólo podrán establecer, además de sus oficinas principales, sucursales u oficinas de servicio. Estas últimas sujetarán sus operaciones y funcionamiento a las reglas de carácter general que para el efecto expida la SHCP.

Continuando con las *Facultades de la Administración Pública*, se establece que las instituciones de fianzas se sujetarán a las reglas de carácter general que dicte la SHCP, en cuanto a los servicios que contraten para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de las pólizas de fianza, así como a los demás servicios que contraten u operaciones que efectúen con terceros, que la propia Secretaría repute complementarios o auxiliares de las operaciones que sean propias de las instituciones de fianzas.

Asimismo, las instituciones de fianzas requerirán autorización de la SHCP, para invertir en títulos representativos de sociedades inmobiliarias que sean propietarias o administradoras de bienes destinados a sus oficinas. Estas sociedades se sujetarán a las reglas generales que dicte la misma Secretaría y a la inspección y vigilancia de la CNSF.

Capítulo Quinto

Códigos de Buen Gobierno en las Instituciones de Seguros

1. El Buen Gobierno Corporativo

Con la finalidad de determinar el alcance de este concepto, es necesario, realizar algunas consideraciones respecto de sus antecedentes, tanto internacionales como en México, para luego referirme al significado de *Gobierno Corporativo* y de esta manera estar en condiciones de explicar lo que se entiende por *Buen Gobierno Corporativo*.

Antecedentes

Una parte sustancial de los principios de gobierno corporativo y la organización de la empresa como ahora la conocemos, se gestó en los mercados de valores de Estados Unidos de América y en el Reino Unido, a través de la regulación de “la empresa pública”. Así, en Estados Unidos de América, desde la primera mitad del siglo pasado, se llevó a cabo un importante esfuerzo para la protección del “inversionista” en sus mercados de valores, a través del desarrollo del *Common Law* y la regulación de sus organismos. El crecimiento significativo de la propiedad corporativa (control accionario) y la separación de dicha propiedad del control efectivo de las empresas (control administrativo) demandó regulación de los mercados. La legislación local y federal de los Estados Unidos otorgó particular cuidado al inversionista en relación con el concepto de “Fraude”. La regulación estatal de los mercados en Estados Unidos conocida como “*Blue Sky Law*”, protegía a inversionistas sobre tres bases: disposiciones anti-fraude, regulación de intermediarios y el deber de registro de los valores. Hasta antes de 1929 la regulación para las actuaciones de las empresas era deficiente y sobretodo diversa, en cada uno de los estados de la Unión Americana. El descuido y la falsedad de información y la burbuja de la especulación financiera, entre otros aspectos asociados a la Gran Depresión económica, provocaron el colapso de la Bolsa de los Estados Unidos en octubre de 1929. Ante la desavenencia de la

Gran Depresión, el remedio emprendido bajo el mando del presidente Franklin D. Roosevelt entre los años de 1933 y 1938 fue el *New Deal*, que constituye un paquete de programas y leyes que tuvieron por finalidad restablecer el sistema financiero en su totalidad ante la quiebra del sistema bancario y la depresión bursátil. La relevancia del paquete de reformas del *New Deal* es que, atendiendo a una situación de crisis en donde era necesario y evidente un cambio en la estructura de las empresas y las obligaciones de los diversos agentes del mercado, se crearon diversos ordenamientos para el mercado de valores en los Estados Unidos con un carácter federado y que dieron estabilidad a su funcionamiento. Los ordenamientos principales del *New Deal* en su mayoría continúan vigentes, entre ellos destaca *Securities Exchange Act* de 1934 que regula la distribución de valores, con la que también se creó la *Securities and Exchange Comisión* órgano de gobierno que supervisa que las empresas cumplan con los requisitos de organización e información que marca la ley y que podemos considerar un organismo difusor del gobierno corporativo actual.¹⁵²

A pesar del gran desarrollo en esta materia en los Estados Unidos a mediados del siglo XX, la definición de gobierno corporativo y los conceptos que se refieren a su estudio se han atribuido principalmente a la difusión del Reporte Cadbury y a los Principios de Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico a finales del Siglo XX.

El Reporte Cadbury puso atención especial en los órganos de gobierno de la empresa y particularmente en los directores de las empresas del Reino Unido. Fue elaborado por el Comité sobre Aspectos Financieros del Gobierno Corporativo establecido en 1991 por la London Stock Exchange y difundido por la Secretaría de Comercio Industrial del Reino Unido, el cual establece recomendaciones sobre la estructura y funciones de los consejos de administración, así como de los sistemas de auditoría. De los resultados obtenidos del Reporte se creó el Código de Mejores Prácticas para las empresas que cotizaban en la Bolsa de Londres. De igual modo, se destaca

¹⁵² Cfr. Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, “Apuntes de Gobierno Corporativo”, Editorial Porrúa, S.A., México, 2009, págs. 2 y 3.

que el Reporte Cadbury define por primera vez la noción de gobierno corporativo como *el sistema por el cual las compañías son dirigidas y controladas*, y en forma general indica que los consejos de administración son responsables del gobierno de las compañías, en tanto que la función de los accionistas es designar a los consejeros y auditores para satisfacer la necesidad de una adecuada estructura. Asimismo, se determina que el principal razonamiento de las conclusiones del Reporte Cadbury es que, a mayor independencia del consejo de administración, éste tendrá mayor eficacia de vigilancia. El Reporte aporta aspectos avanzados y pone en evidencia la relevancia de los órganos de gobierno en la empresa.¹⁵³

Por otra parte, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) ha estructurado principios de buen gobierno. Se trata de un organismo constituido por 30 países miembros con perfil democrático y economía de mercado. Se fundó en 1961 y su sede se encuentra en París, Francia. México es miembro de la OCDE desde el 18 de mayo de 1994. El artículo 1 de la Convención de París firmada el 14 de diciembre de 1960, señala que la OCDE tiene dentro de sus objetivos: a) Lograr la más fuerte expansión posible de la economía y del empleo y aumentar el nivel de vida en los países miembros manteniendo la estabilidad financiera y contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial; b) Contribuir a una sana expansión económica en los países miembros y en los no miembros en vías de desarrollo económico y; c) Contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria conforme a las obligaciones internacionales.

Los miembros de ese organismo emitieron por primera vez en 1999, los principios de gobierno corporativo de la OCDE con el carácter no obligatorio. Estos principios han sido un referente común para los diversos agentes involucrados con aspectos de gobierno corporativo; miembros de la academia, elaboradores de leyes y los diferentes miembros de la empresa; accionistas, directores, administradores, entre otros. Se trataba de una respuesta a la preocupación de los inversionistas en las empresas públicas sobre el buen

¹⁵³ Cfr. Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, ob. cit., pág. 4.

manejo del gobierno corporativo en las empresas en las que invierten, sin embargo, se han convertido en un referente necesario del diseño, la estructura y funcionamiento de los órganos de control de la empresa.¹⁵⁴

Asimismo, respecto de los antecedentes, los autores Guillermo Cruz, Carlos Barber y Jorge Fabre, miembros del Centro de Excelencia en Gobierno Corporativo, señalan:

“Aunque el concepto de gobierno corporativo no es nuevo, cobró relevancia a partir de la difusión y el conocimiento de distintos fracasos corporativos como los de ENRON, WorldCom, Xerox, Tyco, Salomon Brothers, Barinas y, en especial, el de Daiwa Bank y otros bancos japoneses que entraron en crisis financiera.”¹⁵⁵

“Para abordarlo, se deben mencionar los estudios y las recomendaciones de mejor práctica más famosos a nivel mundial. En el Reino Unido, dicho concepto comenzó a difundirse a partir de 1991 con la publicación del *Cadbury Report*. Su estudio continuó con las publicaciones del *Greenbury Report*, en 1995, y del *Hampel Report*, documentos fundamentales en la integración de códigos de gobierno corporativo en todo el mundo. Muchos de los cuales, lamentablemente, surgieron como respuesta a importantes escándalos de fracasos corporativos; como el Caso Barings, que se refiere al principal banco inglés cuya bancarrota provino de la práctica irresponsable de una persona que durante once años realizó actividades de *trader* ocultando diversas pérdidas en contratos de futuros en el mercado japonés. Dicha situación no sólo produjo la pérdida de 1.4 billones de dólares, sino que tuvo un impacto desastroso a nivel social al afectar de manera directa a la monarquía inglesa, así como al tradicional estilo intachable de la banca internacional, el prestigio, la imagen y la economía de la sociedad inglesa en general. Por otro lado, en 1998, el *Blue Ribbon Comité* publicó una serie de recomendaciones

¹⁵⁴ Ibidem, págs. 6 y 7.

¹⁵⁵ Cruz, Guillermo, et. al., “La institucionalización de la empresa. Casos de éxito de Gobierno Corporativo”, 1ª. ed., Editado por el Centro de Excelencia en Gobierno Corporativo, México, 2006, pág. 14.

que han servido de base para reforzar las prácticas de gobierno corporativo, fundamentalmente en Estados Unidos.”¹⁵⁶

En lo que respecta a los antecedentes en México, los autores Larrea Martínez y Vargas García explican que al igual que en la experiencia internacional de Estados Unidos y el Reino Unido, el desarrollo del gobierno corporativo en México ha estado ligado al desarrollo de su mercado de valores. Este hecho es particularmente visible en la ley del Mercado de Valores actual (publicada en el Diario oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2005). Aún cuando las primeras operaciones bursátiles en México datan de 1880 y la primera bolsa fue aprobada en 1887, no fue sino hasta la segunda mitad del siglo pasado que el país desarrolló la vida democrática de la empresa. Una característica indiscutible de la realidad jurídica mexicana es que la democratización de la empresa y mejoramiento del gobierno corporativo han sido consecuencia o suceso contemporáneo de la democratización de las instituciones políticas del país. En el mercado de valores mexicano las operaciones bursátiles eran frecuentes desde el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, pues ya para 1928 se someten las bolsas a la vigilancia y la observación de la Comisión Nacional Bancaria como parte integrante de la Secretaría de Hacienda, sin embargo, el mercado toma fuerza hasta la segunda mitad de dicho siglo tras la creación de la Comisión Nacional de Valores en 1946 a que se sujetó el mercado de valores. La Ley del Mercado de Valores publicada el 2 de enero de 1976 dotó, por primera vez, de un marco jurídico propio y la bolsa dejó de ser una organización auxiliar del crédito a partir de ese momento, para convertirse en un organismo autónomo.¹⁵⁷

Más recientemente, destacan las reformas realizadas al mercado de valores en 2001 que incrementan la protección a los inversionistas e intermediarios bancarios, sin embargo, la influencia de los principios de gobierno corporativo modernos del Reporte Cadbury y de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, fueron recogidos para el mercado de

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ Cfr. Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, ob. cit., págs. 9 y 10.

valores por la Ley del Mercado de Valores del 30 de diciembre de 2005, vigente desde el 2006. Las reformas del año 2006 incluyen aspectos tan importantes como los principios rectores de la responsabilidad de los miembros del consejo de administración de las sociedades anónimas bursátiles como son el “deber de diligencia” y el “deber de lealtad”. Asimismo, entre ellos incluye derechos de minoría diferentes y excepciones claras al régimen de la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como obligaciones de revelación al público inversionista. Finalmente, las reformas flexibilizan el marco normativo para las casas de bolsa y demás participantes del sistema bursátil y moderniza el régimen de delitos y sanciones.¹⁵⁸

Entre los principales temas de la Ley del Mercado de Valores, relacionados con el gobierno corporativo, se encuentran:

- La introducción de dos figuras de transición (sociedad anónima bursátil y sociedad anónima promotora de inversión bursátil) que permiten a empresas grandes, medianas y pequeñas el acceso a inversiones siempre que se cumplan con ciertos requisitos de registro y de implementación de prácticas de gobierno corporativo.
- La precisión de diversas funciones de control y gobierno del consejo de administración y de la dirección general para separar las responsabilidades estratégicas de las de los directores operativos.
- El detalle de las responsabilidades del comité de auditoría, que se ubican fundamentalmente en vigilancia, control interno y administración de las auditorías, tanto interna como externa.
- La descripción del comité de prácticas societarias que se incluye como el responsable de evaluar lo correspondiente a transacciones con partes relacionadas, así como compensación y nominaciones de directivos.
- La precisión de los deberes y responsabilidades individuales de los consejeros, así como la regla de juicio de negocios que describe las circunstancias bajo las cuales los consejeros y los directores no asumen responsabilidades.

¹⁵⁸ Cfr. Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, ob. cit., pág. 11.

- La definición de las responsabilidades específicas de información y controles corporativos para el director general, accionistas de control o personas con poder de mando, auditores, abogados y profesionistas.
- La precisión de los derechos de minorías para convocar a asamblea y ejercer acción civil en contra de los administradores y consejeros, situación última para la que se requiere únicamente 5% de representatividad.
- La descripción de las condiciones bajo las cuales es factible la emisión de oferta pública de acciones.
- La descripción de las distintas sanciones a las que se es acreedor por incumplimiento de responsabilidades.
- La eliminación de la figura de Comisario tanto en las empresas que cotizan en bolsa como en aquellas que entren en este esquema de transición, dejando las responsabilidades que éste viene ejerciendo en el comité de auditoría y el auditor externo.

Por otra parte, independientemente de la evolución legislativa de los ordenamientos en la adopción de principios de gobierno corporativo, es bien sabido que el sector empresarial de México, ha formado su propia opinión, entre otras causas, por su participación directa en las discusiones y mesas redondas sobre los principios de gobierno corporativo de la OCDE, lo cual ha derivado en la creación de instrumentos no legislativos que adoptan dichos principios como el Código de Mejores Prácticas Corporativas del Consejo Coordinador Empresarial, al que me referiré más adelante cuando se aborde el siguiente apartado relativo a los Códigos de Buen Gobierno.

Gobierno Corporativo

Una vez explicados de manera somera los antecedentes de gobierno corporativo, internacionales y nacionales, a continuación me referiré al concepto de Gobierno Corporativo.

Al respecto, los autores Soyla H. León Tovar y Hugo González García explican:

“Es conocido el reciente fenómeno de exigir responsabilidad a los administradores y la creciente preocupación de éstos por la responsabilidad derivada de su actuación; de ahí el interés en el llamado *gobierno corporativo*, de cara a la responsabilidad personal / patrimonial de los administradores no sólo por incumplimiento del deber de administrar sino, en particular, de los también deberes fundamentales como el de lealtad y diligencia, recientemente reconocidos en México en la Ley del Mercado de Valores”¹⁵⁹

El gobierno corporativo constituye un conjunto de normas, principios, elementos estratégicos, operacionales y administrativos, que busca maximizar el valor de las sociedades, su credibilidad ante terceros y los accionistas, con una estructura, integración y funcionamiento de los órganos que las gobiernan y controlan, que permita dar mayor transparencia conforme los intereses de los accionistas y del público. El gobierno corporativo se sustenta en tres pilares: 1. Régimen Jurídico, el conjunto de ordenamientos que los regulan; en México, la Ley del Mercado de Valores y la circular única expedida por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores que contiene el *Código de Mejores Prácticas Corporativas*, expedido por el Consejo Coordinador Empresarial como un conjunto de principios que ayudan a mejorar en los aspectos de gobierno corporativo, de las sociedades que cotizan sus acciones en bolsa. 2. Gobierno y Control, para la coexistencia del consejo de administración de comités como el de auditoría y de prácticas societarias con quienes debe relacionarse el primero. 3. Prevención de fraudes, sobre de cara a las nuevas tecnologías, lavado de dinero, robo de información y crimen informático. El gobierno corporativo tiene como propósitos restablecer la confianza en el público mediante el mejoramiento de las prácticas corporativas, mayor eficiencia, honestidad y transparencia, a través de, entre otros, un Código de Buen Gobierno, integrado por principios de protección, equidad, transparencia, acceso a la información, integridad, honradez y rendición de cuentas.¹⁶⁰

¹⁵⁹ León Tovar, Soyla y González García, Hugo, ob. cit., págs. 568 y 569.

¹⁶⁰ Ibidem, pág. 569.

Por su parte, los autores Guillermo E. Larrea Martínez y Salomón Vargas García, respecto del gobierno corporativo indican que en el Código de Mejores Prácticas Corporativas, el Consejo Coordinador Empresarial señala que el concepto original e internacionalmente aceptado de gobierno corporativo es “el sistema bajo el cual las sociedades son dirigidas y controladas”, definición que corresponde al sentido original del Reporte Cadbury. Otras definiciones ofrecen una descripción empresarial de las actividades relacionadas con la materia de gobierno corporativo que nos permiten identificar la temática. El Centro de Excelencia en Gobierno Corporativo, lo define bajo los siguientes términos: *Gobierno Corporativo puede ser definido como un sistema por el cual las sociedades son gobernadas, dirigidas, monitoreadas, incluyendo la participación de los accionistas, consejos de administración, dirección, auditoría independiente y a todas las partes legítimamente interesadas en la organización. Las buenas prácticas de Gobierno Corporativo tienen la finalidad de incrementar el valor de la sociedad y facilitar su acceso al capital, al mismo tiempo que contribuye para su perennidad.*¹⁶¹

“Con independencia de las definiciones que aporta la sociedad civil y gremios de la actividad productiva en México, en nuestras leyes no existe una definición de gobierno corporativo, que describa las fuentes, los sujetos que intervienen, el objeto y el ámbito de aplicación; por lo que, nos permitimos formular la siguiente propuesta de definición: Gobierno Corporativo son principios, normas y leyes aplicables a las corporaciones, así como a los sujetos de su ejercicio, que se refieren a la propiedad o posesión corporativa, su conducción o administración, la estructura y facultades de los mismos, así como las medidas y prácticas tendientes a ejercer el objeto de las corporaciones y prolongar su desarrollo; entre ellas, la prevención y disminución de riesgos, la transparencia, la competitividad y, la sucesión y permanencia de sus miembros. En cuanto a los principios de gobierno corporativo ya hemos dicho que en buena medida se deben a las aportaciones de la sociedad civil organizada y los gremios empresariales que han desarrollado códigos y manuales sobre la conducta de las corporaciones,

¹⁶¹ Cfr. Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, ob. cit., pág. 21.

algunos de los cuales han derivado en leyes o complementado marcos normativos. El gobierno corporativo puede ser por sí mismo el objeto de las leyes o bien el complemento de leyes existentes. En México el marco normativo o ley de gobierno corporativo de las sociedades mercantiles, es la Ley General de Sociedades Mercantiles, extendido por los regímenes especiales como son las leyes del sector financiero”¹⁶²

La sociedad anónima es la entidad social más avanzada del gobierno corporativo. En México, el gobierno corporativo ha tenido su mayor difusión, entre otros, en la sociedad anónima, la sociedad anónima bursátil y la sociedad promotora de inversión, regulados en la Ley del Mercado de Valores, así como las instituciones de crédito, las sociedades de inversión y las administradoras de fondos para el retiro. Además de la corporación, el gobierno corporativo está presente en los sujetos de su ejercicio, es decir, aquellas personas que tienen una relación (directa o indirecta) con la corporación. En el caso de la sociedad anónima, estos sujetos son los accionistas, el consejo de administración, los directores, los órganos de vigilancia, los empleados, el público inversionista (para el caso de sociedades anónimas bursátiles, gobiernos y organizaciones civiles, así como el interés general. En este sentido, la temática central de los principios, normas y leyes de gobierno corporativo, está basada en la diferenciación entre propiedad o posesión corporativa y la conducción o administración de la empresa. La propiedad corporativa (en la sociedad anónima) está expresada mediante acciones o partes sociales que representan el dominio de la sociedad y conllevan los derechos fundamentales de esa propiedad: el voto y el derecho al reparto de utilidades. La posesión corporativa confirma la posibilidad del control propietario y sus derechos de forma temporal derivado de algún instrumento jurídico como la prenda. El control que se ejerce mediante la propiedad o posesión corporativa es diferente al control que ejerce la administración de la empresa; mientras el primero es tendiente a generar utilidades derivadas de su participación social, el objetivo de los administradores es organizar y maximizar el valor de la empresa.¹⁶³

¹⁶² Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, ob. cit., pág. 22.

¹⁶³ Cfr. Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, ob. cit., págs. 22 y 23.

“Según hemos indicado en nuestra definición, el gobierno corporativo está constituido por medidas y prácticas tendientes a ejercer el objeto de las corporaciones y prolongar su desarrollo. Las medidas son las disposiciones de prevención que toma la corporación o los sujetos que participan en ella y las prácticas son un ejercicio de dirección, en ambos casos, para cumplir con el objeto social de la corporación, mejorar su organización y maximizar su valor”.¹⁶⁴

“Hablar de gobierno corporativo, en realidad, significa hacerlo sobre una nueva forma de ver y concebir los negocios; es referirse a un mecanismo que permite el contrapeso y la fortaleza en la administración de una empresa. Es común confundir las siguientes figuras: el accionista, el consejo de administración y los directores principales de una corporación pues, en algunos casos, no existe claridad absoluta sobre el papel o rol que juegan en ella. El sistema de contrapeso implica que los accionistas tomen su papel real; es decir, que elijan consejeros o representantes que cuiden y fortalezcan el negocio al compartir experiencias empresariales exitosas. Supone también, que los principales directores de la administración tomen la responsabilidad de cumplir con el modelo de negocio diseñado para satisfacer la estrategia, las políticas directivas y los lineamientos de largo plazo definidos por el consejo de administración. Según este sistema, los principales directores son responsables, además, de entregar dividendos a los accionistas y garantizar el crecimiento de la empresa. Asimismo, tienen el compromiso, ante todos los legítimamente interesados (*stakeholders*), de llevar a cabo una operación íntegra, transparente y bajo los marcos éticos y de valores característicos de una conducta empresarial con responsabilidad social. El gobierno corporativo no solo implica tener un consejo profesional. Depende igualmente de las guías de acción que se sigan en la organización para administrar con integridad, transparencia y eficiencia, valores que aseguran la subsistencia y el crecimiento de la misma”¹⁶⁵

¹⁶⁴ Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, ob. cit., pág. 24.

¹⁶⁵ Cruz, Guillermo, et. al., ob. cit., pág. 13.

En general, y como lo explica Guillermo Cruz: “el gobierno corporativo es aquel mecanismo de la asamblea de accionistas que sirve de contrapeso y guía a la administración del negocio a fin de asegurar niveles de eficiencia adecuados y garantizar la calidad, oportunidad y adecuada diseminación de información sobre las condiciones financieras y operativas de la empresa. Siendo el contrapeso una acción de fortalecimiento y balance que permite que las decisiones importantes no recaigan en una sola persona, sino en un foro multidisciplinario de decisión: el consejo de administración”.¹⁶⁶

Una vez que se ha explicado lo que se entiende por Gobierno Corporativo, corresponde ahora referirme al Buen Gobierno Corporativo.

El Buen Gobierno Corporativo

A título de consideraciones previas, vale la pena señalar algunas reflexiones que sobre el particular realizan los precitados autores del Centro de Excelencia en Gobierno Corporativo Guillermo Cruz, Carlos Barber y Jorge Fabre, en su obra *La institucionalización de la empresa. Casos de éxito de Gobierno Corporativo*, quienes resaltan las presiones del ambiente de negocios y fracasos corporativos, así como los factores internos y externos que influyen en la prosecución de un buen gobierno corporativo, según se explica a continuación:

El ambiente de negocios presenta diferentes circunstancias que motivan una actuación empresarial equivocada. Por ello, es importante que a nivel del consejo se reconozcan y describan las diferentes presiones que vive el administrador de negocios para buscar la manera de canalizarlas y manejarlas adecuadamente.

Con los socios y las familias.- El administrador de negocios actual requiere mantener la confianza de los socios y de las familias dueñas del negocio. Debe asegurarles que su patrimonio está debidamente cuidado y que

¹⁶⁶ Ídem

el negocio es el mejor destino de su inversión. Los socios, o la sociedad, esperan de una empresa que efectivamente sea una “empresa”, esto es, que emprenda acciones y que genere constantemente beneficios económicos y sociales.

Compromisos con acreedores respecto a ciertos indicadores de negocio.- Respecto a los acreedores, constantemente se definen indicadores mínimos y, por otro lado, solicitan información permanente. Los bancos, en particular, necesitan saber que su inversión está debidamente administrada, que hay liquidez, estabilidad financiera, y que no se está comprometiendo ni hipotecando el negocio.

Cambios generacionales.- El administrador también se enfrenta con los cambios generacionales, así como con diferentes enfoques respecto al negocio.

Competencia.- Ésta es, en muchos casos, hostil, y más cuando se trabaja en equipo bajo la tesis “ganar-ganar”, con la cual, tradicionalmente se pretende desplazar.

Cambios regulatorios.- No menos importantes son los cambios regulatorios y la intensa actividad de las autoridades, muchas veces justificada para asegurarse de que no se cometan actos ilícitos o se evadan cargas fiscales.

Liquidez y esquemas financieros ingeniosos.- El administrador también enfrenta la necesidad de lograr fondos frescos y baratos, por lo que en ocasiones tiene que diseñar ingeniería financiera que le facilite la entrada a mercados financieros cuyo desempeño puede ser desconocido. Sin embargo, todos estos esquemas conllevan riesgos y algunas veces no son tan transparentes.

Análisis de los principales fracasos corporativos de los últimos años.- Cuando reflexionamos sobre los fracasos corporativos de los últimos 10 años,

caemos en la cuenta de que hay importantes coincidencias en ciertas condiciones y que, en efecto, se pueden implementar acciones a tiempo para evitarlas. El papel del consejo de administración es trascendental en ello. Algunas de las causas que han originados fracasos corporativos son las siguientes: la implantación u operación de procesos ineficientes, duplicados y costosos; la inconsistencia entre las estrategias de negocios y la operación; los procesos de crédito, cuentas por cobrar y tesorería inseguros y sin control; y la alteración contable, inmovilización importante de activos, inventarios y cuentas por cobrar.

Procesos de crédito, cuentas por cobrar y tesorería inseguros y sin control suficiente.- En una cantidad muy importante de casos se observa la carencia o insuficiencia de sistemas de control interno en actividades de alta sensibilidad. Las funciones de tesorería, crédito y cuentas por cobrar implican manejo de dinero y tienen un impacto directo en el capital del negocio, por ello, el consejero debe asegurarse de que se implante un verdadero sistema de control interno; nos referimos con ello a la política de dirección, a los sistemas de facultades, medidas de control interno en el proceso, a los mecanismos y guías claras de supervisión, los sistemas de alertas, sistemas de bloqueos automáticos, el sistema de información y seguimiento, a los indicadores de control, el análisis de variaciones, al control presupuestal, a la segregación de funciones y a la normatividad clara de operación entre otros importantes elementos del sistema de control.¹⁶⁷

Una vez que han quedado establecidas estas consideraciones previas, procedo ahora a establecer lo que se entiende por *Buen Gobierno Corporativo*.

Sobre el particular, la autora Karen González Rodríguez, señala:

“Las normas emitidas por los organismos autorregulatorios, relacionadas y encaminadas a mantener incólume el principio fundamental del prestigio para la eficiencia de la actividad bursátil, comúnmente se exteriorizan a través de

¹⁶⁷ Cfr. Cruz, Guillermo, et. al., ob. cit., págs. 16-18.

disposiciones reguladoras de la conducta ética y del buen gobierno corporativo. Las normas de conducta ética y de buen gobierno corporativo, aparentemente descansan sobre una base moral, situación que resultaría incompatible con la característica de coercibilidad que corresponde a toda norma de carácter general, sin embargo, atendiendo por un lado a la importancia que cobran en la conducta de los participantes del mercado, y por otro, al origen mismo de la actividad autorregulatoria, este tipo de ordenamientos se vean dotados de bilateralidad, exterioridad y cierto grado de coercibilidad, aunque estos lineamientos éticos, deontológicos o morales en esencia son individuales, unilaterales, internas (en principio), e incoercibles. Las normas que tienen bases de carácter ético, deontológico o moral encuentran su principal obstáculo en tratándose de la aplicación de medidas correctivas de carácter jurídico, generalmente remediabiles, ya que aquellas suelen presentarse *a priori* o con carácter de preventivas. Lo anterior encuentra su fundamento en la diferencia esencial entre las normas jurídicas y las morales, en donde las medidas legales son externas o exógenas e impuestas por la autoridad pública correspondiente, mientras que las normas éticas son endógenas o internas y autoimpuestas por las mismas instituciones preocupadas por tratar de generar confianza y credibilidad entre el público inversionista”.¹⁶⁸

“Específicamente, las normas de buen gobierno corporativo, reflejan una serie de disposiciones y políticas a que está sujeta la sociedad que se desempeña como bolsa de valores, incorporando a su vez, los sanos usos y prácticas de la actividad bursátil al texto normativo. Tanto las normas de conducta ética como las de buen gobierno corporativo, son inherentes a la organización y buen funcionamiento de las organizaciones autorregulatorias y están orientadas a preservar uno de los principios fundamentales para el desarrollo idóneo de su actividad. El fundamento de la facultad de la que derivan tiene origen en el consentimiento de los agremiados, que se traduce en acuerdo normativo”.¹⁶⁹

¹⁶⁸ González Rodríguez, Karen, “La autorregulación de las bolsas de Valores y su repercusión en el sistema jurídico mexicano”, en “Derecho Bursátil Contemporáneo. Temas Selectos”, Editorial Porrúa, S.A., México, 2008, pág. 205.

¹⁶⁹ Ídem.

El sistema de gobierno corporativo como el conjunto de medidas y prácticas dentro de la empresa para hacer funcionar mejor a los órganos supremos, así como para cumplir mejor con su objeto, incrementar su valor y contrarrestar posibles riesgos en la empresa dependerá de cada corporación en la que se apliquen dichas medidas y prácticas, pero también del objetivo perseguido y los actos particulares de sus agentes en la vida corporativa; relaciones contractuales, la relación con los empleados, la asignación de responsabilidades, todos los cuales inciden en el sistema de gobierno corporativo que se elige en cada caso para las corporaciones.¹⁷⁰

En lo relativo al gobierno societario (sic), el autor Jorge López de Cárdenas considera:

“El gobierno societario comprende una serie de relaciones entre la administración de la compañía, su consejo, sus accionistas y acreedores. El gobierno societario también provee una estructura a través de la cual los objetivos de la compañía son establecidos y los medios a través de los cuales los mismos se obtienen, así como la forma en que se monitoreará su logro. Un buen gobierno societario debe proveer los incentivos adecuados tanto al consejo como a los directivos para buscar el logro de los objetivos que se encuentren en el mejor interés de la compañía y sus accionistas y debe facilitar un monitoreo efectivo, lo que debe motivar a las compañías al uso más eficiente de sus recursos. El buen gobierno societario es una parte de un contexto económico más amplio en el que las compañías operan, el cual incluye, por ejemplo, políticas macroeconómicas y el grado de competencia en los mercados. El marco del gobierno societario también depende del entorno legal, regulatorio e institucional. De modo más específico, el gobierno societario de una sociedad de inversión se define como el marco para la organización y operación del vehículo de inversión colectiva tendiente a asegurar que dicho vehículo está organizado y operado de manera eficiente, en el exclusivo interés

¹⁷⁰ Cfr. Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, ob. cit., pág. 126.

de los inversionistas del fondo y no en el interés de quienes lo manejan o le prestan sus servicios”.¹⁷¹

Ahora bien, en el Código de Mejores Practicas Corporativas, se considera que un buen sistema de gobierno corporativo es el que contiene como principios básicos, los siguientes:

1. El trato igualitario y la protección de los intereses de todos los accionistas.
2. El reconocimiento de la existencia de los terceros interesados en la marcha y permanencia de la sociedad.
3. La emisión y revelación responsable de la información, así como la transparencia en la administración.
4. El aseguramiento de que existan guías estratégicas en la sociedad, el efectivo monitoreo de la administración y la responsabilidad fiduciaria del consejo.
5. La identificación y control de los riesgos a que está sujeta la sociedad.
6. La declaración de principios éticos y de responsabilidad social empresarial.
7. La prevención de operaciones ilícitas y conflictos de interés.
8. La revelación de hechos indebidos y protección a los informantes.
9. El cumplimiento de las regulaciones a que esté sujeta la sociedad.
10. El dar certidumbre y confianza a los inversionistas y terceros interesados sobre la conducción honesta y responsable de los negocios de la sociedad.

¹⁷¹ López de Cárdenas, Jorge, “Gobierno societario y revelación de información, pilares del sano y equilibrado desarrollo de las sociedades de inversión”, en “Derecho Bursátil Contemporáneo. Temas Selectos”, 1ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2008, pág. 171.

Buenas Prácticas en las Instituciones de Seguros

La Dirección para Asuntos Financieros y de Empresas de la OCDE (OECD por sus siglas en inglés) estableció las Normas de la OECD para la Buena Práctica en la Administración de Reclamación de Seguros, elaboradas por el Comité de Seguros, mismas que fueron adoptadas por el Consejo de la OECD el 24 de noviembre de 2004.

En este punto, me referiré a los aspectos más destacados de este documento.

En la Introducción se establece que la administración de reclamación y de seguro es un aspecto medular para la protección de los asegurados y por lo tanto un asunto de prioridad para el Comité de Seguros de la OECD. Desde el punto de vista de la compañía de seguros, la administración de la reclamación es un elemento clave en la competencia entre proveedores de seguros y para la mejora de la imagen pública de la industria.

Sin embargo, a la fecha, no ha habido una orientación internacional sobre la administración de reclamaciones y poca información comparativa a nivel internacional que permita compartir experiencias entre los países en esta área clave de la actividad de los seguros. Éste es un asunto de importancia dado que la mayoría de las quejas de los asegurados se enfoca a la administración de la reclamación, sugiriendo que existe lugar para mejorar en esta área de servicio a clientes.

El Comité de Seguros por lo tanto decidió en junio de 2000, lanzar un proyecto sobre administración de reclamaciones en los países de la OECD diseñado para recolectar información sobre las prácticas de administración de reclamaciones de los países Miembros y para explorar el alcance para la cooperación internacional a fin de mejorar la calidad de los procesos de administración de reclamaciones. Sobre la base de una investigación en los reglamentos y prácticas de los países Miembros, relacionadas con manejo de reclamaciones por las compañías aseguradoras, la parte de trabajo del Comité

de Expertos Gubernamentales en Seguros, desarrolló un conjunto de buenas prácticas para orientar tanto a las autoridades públicas como a las compañías de seguros.

Estas buenas prácticas atienden cada paso del proceso de administración de reclamación de seguros que los Expertos de la Parte de trabajo han identificado como particularmente importantes: la información y existencia adecuada al asegurado para reportar la reclamación, métodos eficientes para presentar reclamaciones, medidas para la detección y prevención de fraude operacional, evaluación y procesamiento de reclamaciones adecuado justo y transparente, liquidación expedita de reclamaciones, procedimientos efectivos de liquidación de quejas y disputas y una supervisión apropiada de los servicios relacionados con las reclamaciones.

Las buenas prácticas de la OECD sobre administración de reclamaciones no son obligatorias ni exhaustivas, sin embargo, significan una “lista de verificación” para ayudar a las compañías de seguros a manejar las reclamaciones. Otras maneras apropiadas para administrar reclamaciones pueden existir y pueden ya estar reflejadas en las leyes y reglamentos nacionales de un país y/o en los códigos de conducta de la compañía o la industria. Las compañías de seguros podrían también por ejemplo ir más allá a través del lanzamiento de programas de conciencia pública sobre aspectos de administración de reclamaciones.

La Buenas Prácticas que recomienda la OCDE son las siguientes:

Buena práctica 1: Reporte de reclamaciones

La compañía de seguros formula pólizas de seguro en idioma fácilmente entendible. Las pólizas señalan lo que está amparado y lo que no está amparado. Si es necesario, explicaciones en lenguaje sencillo podrían ser un adendum del lenguaje legal.

Buena práctica 2: Recepción de reclamaciones por la compañía

- El departamento de reclamaciones de la compañía y/o el intermediario (si aplica) son tan accesibles como es posible para el

demandante. Si un intermediario es un contacto inicial para los demandantes, las reclamaciones deben ser enviadas al departamento de reclamaciones de la compañía dentro de un período de tiempo apropiado.

Buena práctica 3: Expedientes y procedimientos de las reclamaciones

Una vez que ha sido presentada una reclamación y cuando aplique, después de que cualquier documento adicional que es requerido para procesar la reclamación ha sido recibido, el expediente establecido por una compañía contiene los documentos necesarios para la adecuada integración del mismo.

Buena práctica 4: Detección y prevención de fraude

Con el fin de contrarrestar el desarrollo de reclamaciones fraudulentas y la elevación en costos de primas que resulta de las mismas, las compañías toman los siguientes pasos:

- Ellas establecen programas de cumplimiento para combatir el fraude y el lavado de dinero, apropiados para su exposición y vulnerabilidad.
- En la fase de presentación de reclamación, ellos desaniman las prácticas fraudulentas haciendo que el tenedor de póliza/demandante/beneficiario esté conciente de las consecuencias de someter una declaración falsa (la cual en particular podría estar sujeta a persecución) y/o una declaración incompleta. A este fin, las compañías de seguros colocan una notificación en sus formas de reclamación que se refiere a la ley apropiada, estatuto o reglamento de seguro que trata la presentación de reclamaciones fraudulentas o incompletas.
- Cuando sea legalmente posible, las compañías participan en una base de datos pertinente en donde las reclamaciones susceptibles a ser fraudulentas serían reportadas. Además, las autoridades públicas pueden animar o tomar medidas para iniciar la creación de una oficina pública o privada de fraude de seguros.
- Además, las compañías proporcionan a su personal del departamento de reclamaciones, una capacitación adecuada sobre indicadores de fraude.

Buena práctica 5: Evaluación de reclamaciones

Aspectos generales:

- Cualquier método para tomar en cuenta factores específicos tales como la depreciación, descuento o negligencia por parte de la víctima, se estipula claramente en el expediente de reclamaciones.
- Cualquier método de evaluación de pérdida utilizado por la compañía es razonable y coherente.
- La compañía de seguros utiliza métodos internos para evaluar los valores de reclamación con base en la ley de jurisdicción aplicable.

Buena práctica 6: Procesamiento de la reclamación

Aspectos generales:

- Los procedimientos de reclamación de una compañía se reúnen en un manual para uso interno. Cuando menos un miembro del personal debe ser responsable de asegurar que se conserve el manual actualizado y que se realicen las adiciones o enmiendas cuando sea necesario.

- **Las compañías de seguros no deberán:**

Encubrir disposiciones de cobertura de póliza de ninguna póliza de seguro cuando son pertinentes a una reclamación.

Disuadir a los tenedores de póliza/demandantes/ beneficiarios de obtener los servicios de un abogado o ajustador.

Intentar liquidar las reclamaciones por menos de la cantidad a la cual tendría derecho el demandante a recibir de acuerdo a cualquier material publicitario impreso o escrito que acompaña las formas de solicitud. Sin embargo, las aseguradoras pueden tomar acción legal en contra de cualquier intermediario que ha hecho promesas irresponsables.

Negar una reclamación sin la investigación razonable.

Transferir la responsabilidad de la reclamación a terceros, excepto como pueda ser expresamente estipulado por las condiciones de la póliza.

Buena práctica 7: Procesamiento oportuno de la reclamación

- De conformidad con la ley de seguros aplicable, las compañías pueden especificar en el contrato el período de tiempo más probable para responder a la correspondencia de tenedores de póliza/demandantes/ beneficiarios.
- Una vez que los tenedores de póliza/demandantes/ beneficiarios han presentado una reclamación:

Ellos son informados de la aceptación o rechazo de la reclamación dentro de una cantidad de tiempo razonable después de la recepción de la notificación.

Buena práctica 8: Liquidación de demandas y disputas

Demandas/Disputas:

- Cuando el tenedor de póliza/demandante/beneficiario presenta una demanda, la compañía:

Acusa recibo de la demanda dentro de un período de tiempo razonable;

Si el tenedor de póliza/demandante/beneficiario no está satisfecho con la respuesta final que él o ella ha recibido de la compañía, él o ella pueden activar un proceso de apelación interno. Él o ella pueden también apelar a los procedimientos de liquidación de disputas disponibles fuera de la compañía (por ejemplo, el manejo de demandas por las autoridades de supervisión). En el caso de una disputa, el asegurado/demandante/beneficiario debe ser informado por la compañía de la existencia de estos procedimientos de apelación.

Buena práctica 9: Supervisión de servicios relacionados con reclamaciones

Las autoridades de supervisión de seguros pueden conducir revisiones sobre servicios de administración de reclamaciones especialmente cuando se sospechan problemas.

Buena práctica 10: Prácticas del mercado

Las autoridades públicas promueven la implementación de un ejercicio de punto de referencia respecto al proceso de reclamaciones o una parte específica de este proceso (por ejemplo el manejo de demandas).

Los términos de remuneración de empleados de compañías de seguros u otros servicios a cargo de administración de reclamaciones no dan incentivos al tratamiento desventajoso de tenedores de póliza/demandantes/beneficiarios en lo que se refiere al manejo o al resultado de reclamaciones.¹⁷²

¹⁷² www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos

Nota: Esta página pertenece a la Federación de Aseguradores Colombianos.

2. Los Códigos de Buen Gobierno

“Un Código Ético es un documento que establece, sin tener obligación legal para ello (de ahí su carácter eminentemente voluntario), las reglas y principios que definen el sentido de una institución, un gremio o un sector, mediante orientaciones, pautas y punto de referencia para su buen funcionamiento. Suelen denominarse de maneras muy diversas, tales como *Códigos de Conducta*; *Códigos de Buenas Prácticas*; *Códigos de Buen Gobierno*; *Códigos Deontológicos*¹⁷³, etcétera”.¹⁷⁴

En cuanto a los tipos de Códigos Éticos, el autor Fernando Navarro los clasifica de la siguiente manera:¹⁷⁵

- a) Profesionales (también conocidos “deontológicos”): establecen las pautas y reglas (morales) propias de un gremio o colegio profesional (abogados, médicos, consultores). Quizás el más antiguo que se conoce es el *Juramento Hipocrático* (siglo IV A. C.).
- b) Sectoriales: son los Códigos éticos propios de un sector empresarial, industrial o de actividad (por ejemplo; sector automoción, textil, alimentación, construcción, ONGs de Desarrollo, etc.). Definen y potencian las buenas prácticas concretas aplicables a ese sector y, por tanto, se centran en las peculiaridades del mismo; potencian las sinergias y la cooperación; tratan de evitar aquellas prácticas que enturbian al sector; son obligatorios solamente para todas aquellas empresas que lo hayan firmado voluntariamente.

¹⁷³ De acuerdo con el Diccionario Pequeño Larousse, Editorial Larousse, pág. 299, “Deontología” es el Tratado de los deberes y derechos. Al respecto, el autor Fernando Navarro la obra que se cita, indica que este término procede del griego clásico *to deon* “debido” más logos “tratado”, para referirse a la rama de la Ética cuyo objeto de estudio son los fundamentos del deber y las normas morales.

¹⁷⁴ Navarro García, Fernando, “Responsabilidad Social Corporativa: Teoría y Práctica”, Editorial ESIC, Madrid, 2008, pág. 94.

¹⁷⁵ Cfr. Navarro García, Fernando, ob. cit., págs. 95 y 96.

- c) Empresariales: son los Códigos que definen el proyecto común de una empresa u organización concreta. (por ejemplo el Código Ético de Ferrovial; de Unión Fenosa o el de Inditex).

Por otra parte, los referidos autores Larrea Martínez y Vargas García indican:

“El código de conducta empresarial es el conjunto de principios y normas adoptadas en forma voluntaria por la administración de la empresa para su cumplimiento por parte de todos los empleados de la empresa. Debido a que la conducta empresarial está necesariamente referida al intercambio de bienes y servicios, en ocasiones estos códigos también obligan a los clientes, proveedores y a aquellas personas con quienes se realiza la actividad comercial. Los códigos responden a la adopción de medidas en cada sociedad en función de su actividad y necesidades. Los códigos de conducta refuerzan la imagen de las sociedades y disminuyen el riesgo de incumplimiento de sus integrantes. También afirman el sentido de responsabilidad social de la empresa y educan sobre el cumplimiento de la ley, la evaluación de riesgos y la conciencia anticorrupción. Acorde con lo que establece la ley del Mercado de Valores, los organismos autorregulatorios, tendrán por objeto implementar estándares de conducta y operación entre sus miembros a fin de contribuir al sano desarrollo del mercado de valores. Aún cuando, como hemos dicho, los códigos de conducta empresarial son desarrollados voluntariamente por las empresas, para el caso de empresas emisoras los organismos autorregulatorios sustentan las conductas y contenido de los códigos y son referencia de las prácticas que deben implementar las empresas que pertenezcan a su gremio. Un ejemplo de esto es la labor que realiza la Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles, que en sus resoluciones abunda en la conducta que deben seguir, por ejemplo los contralores normativos en las sociedades de inversión. No obstante lo anterior, los códigos de conducta hasta ahora, han sido vistos como de aplicación exclusiva de las multinacionales, siendo que son de gran aportación para las pequeñas y medianas empresas. La importancia del gobierno corporativo ha venido a transformar su uso como un instrumento a través del cual los órganos de

control corporativo replican sus funciones y alcanzan al resto de la organización empresarial”¹⁷⁶.

“Algunos de los aspectos que incluyen los códigos de conducta empresarial son: la conducta general de los trabajadores en la empresa, las medidas para evitar actos de corrupción, medidas para evitar violaciones a la competencia económica, reglas sobre la adquisición de valores, la confidencialidad y medidas para la protección de documentación e información de la empresa, así como el régimen de sanciones en caso de incumplimiento de las disposiciones de los códigos, entre otros aspectos. En la práctica se recomienda que una vez que haya sido publicado el código de conducta empresarial, el consejo de administración de la empresa lo valide con su firma y sea el primer órgano en cumplir con sus disposiciones”.¹⁷⁷

“Los códigos de conducta empresarial son instrumentos de gobierno corporativo porque si bien no determinan a los órganos fundamentales de la empresa, sí desarrollan las políticas y planteamientos de los órganos hacia el resto de los empleados. La doctrina reciente de gobierno corporativo, ha desarrollado ampliamente los contenidos, formas de aplicación, y beneficios de la utilización de los códigos de conducta empresarial como parte de programas de verificación para el cumplimiento de obligaciones de las empresas o medidas para prevenir actos de corrupción”¹⁷⁸

Los últimos años en México se han caracterizado por el crecimiento de organismos autorregulatorios, dentro de los cuales encontramos a la Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles. La característica de una norma ética de los organismos autorregulatorios, en comparación con una jurídica, es que es autónoma e incoercible y la jurídica es heterónoma y coercitiva. En 1988, el primer código de ética de la comunidad bursátil, nace en la Bolsa Mexicana de Valores, apoyado con la Asociación Mexicana de Casas de Bolsa. En 1999, el Consejo Coordinador Empresarial crea el Código de

¹⁷⁶ Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, ob. cit., pág. 152 y 153.

¹⁷⁷ Ibidem, pág. 153.

¹⁷⁸ Ibidem, pág. 154.

Mejores Prácticas Corporativas y según fue expuesto, se cumpliría con la ley espontáneamente, si se cumple con la norma ética. Con lo anterior, nace el gobierno corporativo como tal en México; se habla de consejeros independientes, órganos intermedios de administración, entre otros conceptos asociados a esta materia. En el 2001, la antigua Ley del Mercado de Valores, reconoce la autorregulación para asociaciones gremiales, contrapartes centrales y bolsas de valores. A partir de entonces, la Bolsa Mexicana de Valores ya tenía entre sus facultades auto-regularse y vigilar que sus socios cumplieran con las disposiciones legales que les eran aplicables. En ese mismo año se incorpora el Código de Mejores Prácticas Corporativas en la ley del Mercado de Valores, por lo que siguen avanzando conceptos de gobierno corporativo impulsados desde los gremios. Una de las figuras que nació con la autorregulación es la del contralor normativo, como aquel que supervisa, vigila al intermediario, emite normatividad que se traduce en manuales de políticas y procedimientos.¹⁷⁹

En este punto, es importante mencionar la trascendencia que ha tenido el Código de Mejores Prácticas Corporativas del Consejo Coordinador Empresarial (CCE), organismo que representa al sector empresarial de este país para preservar y fortalecer la libre empresa y los principios referentes a la igualdad de oportunidades, estado de derecho, democracia, entre otros. El CCE es un organismo integrado por asociaciones empresariales y cámaras de la industria y es considerado un miembro activo de la escena pública nacional. Desde 1998 el CCE es el ente responsable de difundir normas de gobierno corporativo a través del Comité de Mejores Prácticas Corporativas, el cual ha participado en la revisión y las recomendaciones de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y la revisión y las recomendaciones del documento Blanco de la Mesa Redonda latinoamericana de Gobierno Corporativo. En junio de 1999 el CCE dio a conocer el Código de Mejores Prácticas y en noviembre de 2006 presentó su versión revisada. La evolución del primer Código y su versión revisada fue significativa, tal como lo señala el mensaje de su presidente en turno José Luis Barraza González, *durante ese período la OCDE*

¹⁷⁹ Cfr. Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, ob. cit., pág. 159.

publicó sus Principios de Gobierno Corporativo y las diversas naciones avanzadas han revisado también sus códigos para incorporar mejores prácticas corporativas. El CCE ha sido un actor fundamental en la creación de las normas de gobierno corporativo y su difusión en México.¹⁸⁰

A diferencia de la mayoría de los Códigos del mundo, las recomendaciones del Código son aplicables a todas las sociedades mercantiles, civiles, asistenciales y no solamente a las sociedades anónimas bursátiles o emisoras del mercado de valores. Aún cuando el Código por sí mismo no contiene disposiciones obligatorias, sino orientadoras de la conducta de los órganos sociales de las empresas, el Código es un referente obligatorio para las emisoras del mercado. En efecto, como se puede observar, el Código de Mejores Prácticas Corporativas ha tenido gran difusión e importancia en nuestro mercado de valores, sin embargo, la labor del Código ha sido más extensa, porque al no ser un instrumento únicamente dirigido a las emisoras del mercado, sino a cualquier sociedad, ha revolucionado la manera de estructurar y pensar a la empresa en nuestro país. El Código busca aportar que las sociedades sean institucionales, competitivas y permanentes en el tiempo, una condición difícil considerando que una cantidad significativa de empresas que se crean anualmente en México, no superan los tres años de vida.¹⁸¹

El Código de Mejores Prácticas Corporativas define principios que contribuyen a mejorar el funcionamiento del consejo de administración y la revelación de información a los accionistas. A través de sus recomendaciones se busca que las sociedades amplíen la información relativa a su estructura administrativa y las funciones de sus órganos sociales; que las sociedades cuenten con mecanismos que procuren que su información financiera sea suficiente; que existan procesos que promuevan la participación y comunicación entre los consejeros; que existan procesos que fomenten una adecuada revelación a los accionistas.¹⁸²

¹⁸⁰ Cfr. Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, ob. cit., pág. 13.

¹⁸¹ Ibidem, págs. 14 y 15.

¹⁸² Ibidem, pág. 16.

3. Beneficios de su aplicación. Responsabilidad Social Corporativa

Sobre este tema, el señor José Manuel Martínez, Presidente Ejecutivo de MAPFRE, en octubre de 2005 dictó una conferencia denominada “El Buen Gobierno de Empresa”, en la que destacó lo siguiente:

La clave del Buen Gobierno es la Responsabilidad Social de la Empresa, entendida como la necesaria equidad en sus relaciones con los distintos grupos de interés que confluyen en la empresa: accionistas, empleados, clientes, proveedores, competidores, y la sociedad en general, incluyendo la protección al medio ambiente (en inglés a todo este conjunto se le denomina *stakeholders*). Considero que es parte esencial del Buen Gobierno de la Empresa, ya que no parece coherente que una empresa presuma de buen gobierno, y mantenga o tolere irregularidades o abusos en sus relaciones con sus stakeholders cuyos derechos e intereses son tan importantes como los de los accionistas, a los que fundamentalmente se refieren los Códigos de Buen Gobierno.¹⁸³

En mi opinión, la Responsabilidad Social de la empresa tiene su base en la existencia de principios y valores. Son estos los que dan lugar a una actuación socialmente responsable, que debe contemplar los intereses lícitos de todos los que se relacionan con la empresa, y supone además una respuesta a las nuevas demandas sociales que no están recogidas en las leyes. La Responsabilidad Social de la Empresa abarca tantos aspectos y matices que no tiene un modelo preestablecido. Cada empresa debe ser capaz de construir una visión propia y traducirla en políticas concretas que en muchos casos se reflejan en lo que denominan Códigos de Conducta.

Las repercusiones sobre la Responsabilidad Social Corporativa inciden sobre los empleados, cuyos criterios de selección deben basarse en la transparencia, objetividad e igualdad de oportunidades; sobre los Clientes a quienes se les debe dar un servicio de calidad, en el plazo acordado y a un

¹⁸³ Martínez, José Manuel, “El Buen Gobierno de Empresa”, conferencia dictada en el contexto de la Trigésima Reunión de FIDES, el mes de octubre de 2005, en la ciudad de Caracas, Venezuela.

precio razonable, asesorándoles honestamente, manteniendo la debida confidencialidad en el tratamiento de sus datos y poniendo a sus disposición un procedimiento para la debida resolución de sus reclamaciones en el plazo más breve posible; respecto de sus Proveedores, la selección de ellos, se debe realizar con base en criterios de calidad, de compromisos medioambientales, de seguridad y salud laboral, sin más preferencia que el del interés de la empresa. Al respecto, se recomienda trabajar con al menos dos proveedores a la vez, convocando concurso cuando sea necesario o solicitando varios presupuestos. Deberá evitarse toda situación que pueda presentar conflicto de intereses entre las responsabilidades de un empleado y sus intereses personales. En ningún caso serán compatibles las condiciones de empleado y, al mismo tiempo, proveedor de la empresa. No se aceptarán regalos o favores a título individual de ningún proveedor. Se rechazarán las invitaciones de proveedores para eventos no estrictamente necesarios en el ejercicio profesional del empleado; respecto de los Competidores, la empresa debe mantener una actitud de respeto, y por tanto, buscará que la competencia se realice siempre bajo criterios de “buenos usos y costumbres” de mercado; respecto del Medio Ambiente, la empresa debe mantener una política de actuación respetuosa y comprometida con el Medio Ambiente, impulsando medidas efectivas para limitar en todo lo posible el impacto ecológico y medioambiental de los riesgos derivados de su actividad.¹⁸⁴

Por otra parte, los autores Larrea Martínez y Vargas García señalan algunas ventajas de un gobierno corporativo favorable para la corporación:

- Incremento del valor de la empresa.
- Posibilidad de acceso a capital.
- Reducción de exposición al riesgo.
- Cumplimiento del objeto social y mejor desempeño.
- Planeación de metas de largo plazo.
- Mejoramiento de la comunicación interna y externa.

¹⁸⁴ Ídem

- Eficacia en la operación de la corporación y en las funciones de los órganos.

Algunas ventajas de un gobierno corporativo favorable para la economía nacional son, entre otros:

- Generación y preservación del empleo.
- Mejora de la competitividad.
- Disminución de turbulencias financieras y/o riesgo sistémico.
- Recuperación de la confianza para la inversión.
- Incorporación de controles reales sobre la empresa.¹⁸⁵

En este orden de ideas, el autor Fernando Navarro García, establece una relación de los beneficios de las políticas de Responsabilidad Social Corporativa, a varios niveles, con respecto a la propia organización, como se refleja a continuación:

a) Aspectos organizacionales:

- Incrementa la moral, transparencia, confianza y cohesión de la plantilla.
- Refuerza la filosofía de empresa, transformándola en un cuerpo vivo y práctico y no en una borrosa lista de principios genéricos o anquilosados códigos.
- Ayuda a difundir nuevas tecnologías y mejores prácticas de gestión.
- Induce a una mejor supervisión de la cadena de proveedores seleccionando a aquellos socialmente responsables.
- El diálogo y el establecimiento de buenos canales de comunicación facilitan palucha contra la corrupción en las transacciones económicas y comerciales, aspecto cada vez más importante en las agendas políticas y económicas internacionales.

¹⁸⁵ Cfr. Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, ob. cit., pág 27.

b) Aspectos relacionales (clientes, proveedores y sociedad)

- Fortalece la lealtad y fidelización del cliente en un momento en el que los consumidores están ejercitando de una forma creciente su poder de elección entre diferentes marcas.
- Reduce el riesgo de publicidad negativa, boicots y deterioro de la imagen pública.
- Mejora la reputación e imagen de marca de la empresa.
- Facilita el diálogo con los consumidores y mejora la adaptación de productos y servicios.
- Mejora las relaciones con los stakeholders.

c) Aspectos legales y sociolaborales

- Se anticipa a las exigencias sociales, básicamente las demandas de los stakeholders. Una empresa socialmente responsable estará más atenta a sus necesidades y será capaz de prever sus peticiones.
- Reduce el riesgo de litigios, demandas y sanciones (ahorro en derecho).
- Facilita el desarrollo de soluciones económicamente eficientes, en ocasiones mucho más eficientes que las derivadas de reglamentos fijos.

d) Aspectos económicos y financieros

- Reduce costes operacionales, a través de una gestión sistemática de recursos.
- Reduce costes de establecimiento de negocio a través de rigurosas políticas de ética empresarial que, por ejemplo, excluyan sistemáticamente la corrupción (tolerancia cero).
- Incrementa la productividad a través de una plantilla motivada.
- Atrae una nueva “especie” de inversores (inversiones éticas).
- Permite la inclusión de ciertas medidas en los índices de inversiones socialmente responsables.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Cfr. Navarro García, Fernando, ob. cit., pág. 196.

En mi opinión, de acuerdo con lo expuesto respecto de los beneficios que obtienen las organizaciones al aplicar políticas de Responsabilidad Social Corporativa, se corrobora sin lugar a dudas que esta materia se mueve en el campo de la ética y por tanto, tiene un carácter esencialmente voluntario. Sin embargo, aquí radica el problema: siendo precisamente esa voluntariedad la que constituye su grandeza, puede llegar a convertirse en su miseria. En efecto, la inexistencia de métodos coercitivos y de medidas de control claras, pueden llegar a hacernos pensar en una cierta “instrumentación” de la ética y de la Responsabilidad Social Corporativa al servicio de objetivos meramente “cosméticos” o que entrañan una simulación para pretender “vender” una imagen alejada de la realidad.

No obstante, considero que lo importante son las tendencias, las orientaciones, los nuevos caminos y el poder comprobar que en el ámbito empresarial, social y político se están desarrollando interesantes iniciativas no deja de ser esperanzador.

Es evidente que estos procesos de cambio en la forma de pensar y de actuar en las diversas organizaciones públicas o privadas (solidaridad, ética, compromiso con el medio ambiente, etcétera), obedecen a procesos más o menos lentos y paulatinos y exigen la implicación de toda la sociedad, encabezada por sus representantes (políticos, sindicales, religiosos, deportivos, artísticos, culturales).

4.- El caso de MAPFRE

Considerando que el tema primordial, en torno al cual se desarrolla este trabajo y que se refiere al gobierno corporativo, es de especial sensibilidad en MAPFRE, dado que está presente en más de 40 países, y concretamente en seguro directo en 22 países, que salvo los casos de España y Portugal, se trata, en su mayoría, de países con economías emergentes y el código de buen gobierno de MAPFRE resulta aplicable de manera obligatoria a todas sus entidades. Claro y contundente ejemplo de ello, me refiero a las disposiciones contenidas en el mismo, que resultan ser, no solamente compatibles y concordantes con las legislaciones locales respectivas, sino que incluso, exceden el alcance de las mismas, ofreciendo evidentes beneficios que en adelante detallaré, una vez que se haya explicado su estructura y conformación.

MAPFRE ha sentido tradicionalmente, una especial preocupación por estos temas, razón por la que desde tiempo atrás, había acuñado un conjunto de principios y de normas que con el devenir del tiempo se han ido adaptando a los cambios estructurales experimentados durante su vida social, y que han acreditado su eficacia a lo largo de muchos años.

La importancia adquirida por MAPFRE, la progresiva complejidad de su estructura societaria (antes una mutualidad que era propietaria de la corporación y ahora una Fundación propietaria del 64% de MAPFRE, S.A.) su creciente proyección internacional, aconsejaron en el año 2000 sistematizar, ampliar las referidas normas y principios, plasmarlos en un código de buen gobierno que definiera además la estructura, composición que deben tener sus órganos de gobierno; que regulase las relaciones entre los mismos, para asegurar su actuación coordinada, obteniendo el adecuado ejercicio de las facultades inherentes a la condición de accionista mayoritario por los órganos directivos de la sociedad matriz del grupo.

A continuación explicaré el contenido de cada uno de los rubros que componen su estructura:

Título I, Principios Generales, en el que se detallan los siguientes principios institucionales que rigen su actuación:

Independencia, que implica que ninguna persona, entidad, grupo o institución puede atribuirse derechos políticos o económicos respecto al grupo MAPFRE y a su Fundación. Este principio, es compatible con el establecimiento de alianzas o acuerdos de asociación y colaboración con otras entidades.

Actuación ética y socialmente responsable, principio al que me referiré con cierto detalle más adelante.

Humanismo, que se traduce en la atención preferente –con respeto, tolerancia, cordialidad y solidaridad- a las personas, y por último.

Rigurosa separación entre las actividades empresariales y fundacionales, que supone la estricta separación patrimonial y económica, así como de gestión de actividades.

Título II, grupo MAPFRE, en el que se detallan los principios empresariales, tales como:

El crecimiento empresarial y patrimonial.

La globalidad e innovación permanente de la oferta.

La vocación multinacional.

La actuación coordinada.

La orientación al cliente y descentralización.

La vocación de liderazgo.

La alta calidad en el servicio, y

La búsqueda permanente de eficiencia.

Asimismo, en dicho Título II se detalla la estructura societaria y empresarial del grupo; su estructura operativa y funcional; la estructura de

supervisión y coordinación; la definición de los altos cargos de representación y dirección, y se sientan las bases para la conformación e integración de los distintos órganos de gobierno.

Título III, Fundación MAPFRE cuyas actividades se desarrollan fundamentalmente a través de cinco institutos especializados:

De acción social.

De ciencias del seguro y gerencia de riesgos.

De cultura.

De prevención, salud y medio ambiente, y

De seguridad vial.

En su conjunto, dichos institutos desarrollaron más de 1,400 actividades durante el año 2009.

Título IV, Estatuto de los altos cargos de representación y dirección, que contempla las normas relativas al nombramiento y cese de consejeros, así como los derechos y deberes de los altos cargos de representación.

Y por último,

Título V, disposiciones finales, en el que se establece que las normas contenidas en el código de buen gobierno resultan aplicables de manera obligatoria a todas las entidades integrantes de MAPFRE, en la medida en que resulten compatibles con la legislación de cada país, previendo la actualización permanente de sus disposiciones, así como las revisiones que resulten convenientes y necesarias de acuerdo con los resultados obtenidos de su aplicación, o para su adaptación a las nuevas normas o disposiciones legales conducentes.

A continuación, me referiré al caso de MAPFRE México (MAPFRE TEPEYAC, S.A.), y a la manera en que, además de cumplir con las

obligaciones legales vigentes, ha instrumentado las normas contenidas en el código de buen gobierno.

Así, MAPFRE México, en cumplimiento a la ley local, cuenta con una Asamblea de Accionistas, órgano supremo de la sociedad; con un Consejo de Administración, y con los Comités de Inversiones, de Riesgos y de Reaseguro, además del Comité de Comunicación y Control en materia de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Adicionalmente, en cumplimiento a sus disposiciones internas, se han constituido, de manera voluntaria, los Comités de Auditoría; de Nombramientos y Retribuciones, y de Lucha contra el Fraude, en adición al Comité Ejecutivo, al que, como órgano delegado del Consejo de Administración, corresponde dirigir y supervisar la gestión ordinaria de la sociedad en sus aspectos estratégicos, operativos y de gestión.

En cuanto al Consejo de Administración, MAPFRE lo ha conceptualizado como un contrapeso de la administración.

El Consejo de Administración se integra y funciona, en primer término, tal y como ya se había mencionado, en estricta observancia a la legislación vigente, y en la medida en que las disposiciones del código de buen gobierno, en este rubro, no contravienen a nuestra legislación, sino que más bien, la complementan, también han sido adoptadas en lo que se refiere a su integración y funcionamiento.

Así, por ejemplo, la ley establece que el número de consejeros no podrá ser inferior de cinco ni superior de quince, de los cuales cuando menos el veinticinco por ciento deberán ser independientes –regla que por cierto, prevalece en el Anteproyecto de Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas-, en el caso de MAPFRE en México, el Consejo de Administración se encuentra integrado por once Consejeros, de los cuales el setenta y cinco por ciento, son independientes.

Los Consejeros independientes, además de cumplir con los requisitos de calidad o capacidad técnica, honorabilidad, etc, reúnen otros requisitos impuestos por el código de buen gobierno, tales como:

Edad menor de 70 años.

No tener parentesco hasta segundo grado, ni aún por afinidad, con miembros de órganos de administración, directivos, jefes o empleados en servicios activo.

Sentido de la responsabilidad, acreditado por una trayectoria de actuación ética.

Compromiso irrestricto al cumplimiento de las normas contenidas en la leyes y en el código de buen gobierno.

Madurez, autoconfianza y buen juicio.

Actitud proactiva y participativa.

Capacidad de respuesta ante situaciones extraordinarias, y

No ser, ni haber sido durante los últimos tres años, socios del auditor externo, o responsables del informe de auditoría de la sociedad.

El Consejo de Administración, se encuentra conformado por un Presidente cuyo cargo recae en un Consejero Ejecutivo, en este caso, el Presidente Ejecutivo de la sociedad; el cargo de Vicepresidente es ejercido por un Consejero independiente. Adicionalmente, sin formar parte del Consejo de Administración, participan el Secretario –que es funcionario de la compañía-, el Comisario y el Contralor Normativo.

Es importante destacar que los Consejeros, por disposiciones estatutarias, derivadas del contenido del código de buen gobierno, ejercen su

cargo durante un plazo de cuatro años, siendo reelegibles hasta alcanzar la edad de 70 años, en cuyo momento cesarán automáticamente en todos los cargos que desempeñen en la sociedad, aunque no haya finalizado su mandato, en el entendido de que ningún Consejero podrá permanecer en el consejo de administración más de tres mandatos consecutivos.

Atendiendo al derecho que el código de buen gobierno otorga a los Consejeros de ofrecer programas de actualización de conocimientos cuando las circunstancias así lo aconsejen, la implantación del nuevo esquema de Solvencia II a que se refiere el Anteproyecto de Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas, justifica plenamente la necesidad de formar y actualizar a los Consejeros en la materia, cuestión que ha empezado a ser atendida en el seno del Consejo de Administración de MAPFRE en México.

Es relevante señalar que a efectos de evitar autocomplacencias, y como una real expresión de la convicción que MAPFRE tiene de actuar en concordancia con la normativa legal, con las disposiciones del código de buen gobierno y de las mejores prácticas societarias, se ha impuesto la tarea de someterse a una evaluación anual de sus funciones, de modo que en el año de 2009, MAPFRE México se sometió por primera vez a una evaluación basada en un sistema y un método creado por una reconocida firma de auditoría externa de prestigio internacional.

Comités Legales.

Toda vez que se trata de obligaciones legales existentes, y que ya han sido abordadas con anterioridad, me limitaré, a efectos de evitar repeticiones innecesarias, a nombrar nuevamente los Comités Legales: de Inversiones, de Riesgos, de Reaseguro y de Comunicación y Control.

Comités Voluntarios.

De Auditoría, de Nombramientos y Retribuciones y de Lucha contra el Fraude.

Dada su importancia, me referiré de manera más detallada a los Comités de Auditoría; de Nombramientos y Retribuciones, y de Riesgos.

Con respecto al Comité de Auditoría, la legislación vigente, no contiene disposición expresa que obligue a las instituciones de seguros a contar con un comité de auditoría; no obstante, MAPFRE México lo tiene constituido desde que inició actividades en el país, aunque ha evolucionado y se ha ido adaptando a las prácticas internacionales, y concretamente, ha intentado comenzar a dar cumplimiento a las previsiones que en la materia, se contendrán en la ley de instituciones de seguros y de fianzas, de una manera tal que este órgano de control, en la actualidad se encuentra conformado de manera exclusiva por Consejeros independientes, incluyendo a quien lo preside, y en el que el director de auditoría participa como invitado permanente. Ningún otro funcionario participa en dicho Comité, salvo que así lo dispongan sus integrantes.

El citado Comité sesiona cuando menos de forma trimestral y cuantas veces sea preciso con carácter extraordinario.

Las principales funciones son:

- Verificar que la información financiera trimestral y anual, que se presenta al Consejo de Administración, es veraz, íntegra y suficiente, y que se ha realizado con apego a la normativa interna y externa,
- Vigilar la organización y desarrollo de las función independiente de auditoría interna, así como la efectividad del sistema de control interno (COSO - committee of sponsoring organizations), informando al Consejo de Administración las incidencias identificadas que supongan riesgos operativos de cumplimiento regulatorio y de objetivos estratégicos.
- Monitorear la función y desempeño de los auditores externos financieros, actuariales y cualquier revisor independiente, que por la naturaleza de su trabajo, implique la realización de auditorías externas.

- Dar seguimiento a las actividades de lucha contra el fraude, ya sea a través de la supervisión de las funciones que desempeña el comité de lucha contra el fraude, o bien, por medio de las denuncias anónimas recibidas por el buzón electrónico de actuación ética.
- Supervisar el desarrollo y ejecución del plan anual de auditoría basado en riesgos, y
- Divulgar permanentemente el código ético y de conducta que promueve la transparencia, honestidad, así como una cultura empresarial y cohesión de los equipos humanos, identificados con los principios y valores institucionales.

El Comité de Nombramientos y Retribuciones es el órgano delegado del Consejo de Administración constituido de forma voluntaria, en el cual participan Consejeros independientes, que sesiona trimestralmente, y cuantas veces sea necesario, de manera extraordinaria, cuya actividad se desarrolla en dos vertientes fundamentales, mediante la propuesta al Consejo de Administración de los criterios que deben seguirse para:

- La selección de candidatos para el nombramiento de directivos, y
- La retribución y otras compensaciones económicas del personal en general.
- Asimismo, se encarga de supervisar el desarrollo de las políticas de recursos humanos.

El Comité de Riesgos es el órgano delegado del Consejo de Administración, con participación de Consejeros independientes, cuya periodicidad de las reuniones es mensual.

Resulta importante destacar la participación del titular de la función actuarial con funciones de supervisión de la suficiencia de las provisiones técnicas, en cuanto a la aplicación adecuada y consistente de metodologías de cálculo.

Sus principales funciones son:

- Revisar los objetivos, políticas y procedimientos, así como estrategias en materia de administración de riesgos.
- Aprobar las metodologías para identificar, medir, monitorear, limitar, controlar, informar y revelar los distintos tipos de riesgo a que se encuentra expuesta la entidad, así como los modelos, parámetros y escenarios.
- Informar al Consejo de Administración, cuando menos trimestralmente, sobre la exposición de riesgo asumida por la entidad, así como de la observancia de los límites de exposición.
- Dar seguimiento al sistema de gestión de riesgos riskmap (aquí debo hacer un paréntesis diciendo que se trata de una herramienta propia de control de riesgos) para identificar, medir, vigilar, gestionar y comunicar al consejo de administración, los riesgos potenciales que se presentan en los procedimientos, procesos y operaciones, así como el cumplimiento de los respectivos planes de acción que los mitigan (mapa de riesgos operativos).
- Informar al Consejo de Administración sobre las medidas correctivas implementadas, tomando en cuenta el resultado de las auditorías y evaluaciones relativas a los procedimientos de administración de riesgos, y
- Aprobar el código de ética para la administración de riesgos.

En cuanto a la adopción de un modelo de control interno, MAPFRE eligió y adoptó en 2008, voluntariamente, para la implementación del sistema de control interno, el estándar internacional COSO-ERM (Enterprise Risks Management), como parte de sus premisas de gobierno corporativo y adelantándose a la necesidad de contar con un sistema efectivo, consistente y fundamentado en la gestión de riesgos empresariales, de acuerdo con Solvencia II.

De conformidad con COSO, existe una relación directa entre los objetivos que la entidad desea lograr y los componentes de la gestión de riesgos; relación que se presenta con una matriz tridimensional en forma de cubo.

El sistema de control interno se rige por una serie de principios básicos:

Responsabilidad de todos los empleados de MAPFRE en materia de control interno (entorno de control).

Fomento de control sobre los riesgos potenciales que pueden afectar a la consecución de los objetivos estratégicos.

Mejora de la operativa interna, incrementando su capacidad para gestionar riesgos que pudieran presentarse, así como identificando posibles errores o deficiencias en los procesos y estructuras de MAPFRE, y

Sistema continuo en el tiempo.

En consecuencia, el sistema de control interno es un conjunto de procesos, continuos en el tiempo, responsabilidad del Consejo de Administración, de la alta dirección, y del resto de personal de MAPFRE, y diseñado al objeto de proporcionar una seguridad razonable en cuanto a la consecución de los objetivos establecidos.

Vale la pena destacar que de manera voluntaria en MAPFRE México, el área de auditoría interna emite un informe anual sobre la situación que guarda el control interno, atendiendo a las mejores prácticas en su elaboración.

Una de las fortalezas de MAPFRE radica en su eficiente gestión del riesgo, que ha permitido al grupo situarse como una de las empresas multinacionales de mayor solvencia y solidez del sector en un entorno como el actual.

En 2006 desarrolló el primer mapa de riesgos de MAPFRE en México.

Para su desarrollo, se cuenta con una matriz de responsabilidades sobre la gestión de riesgos:

Donde el Consejo de Administración y Comité Ejecutivo:

- Identifican los principales riesgos y adoptan medidas oportunas para su adecuada prevención y gestión.

El Comité de Auditoría:

- Verifica el eficaz cumplimiento de la gestión del riesgo empresarial en su conjunto.

Y la Dirección de Riesgos:

- Cuantifica los riesgos de las unidades de negocio, implanta y efectúa el seguimiento del sistema de gestión de riesgos y elabora los informes de riesgos de las Unidades de Negocio.

MAPFRE cuenta con una aplicación denominada *Riskmap*, que identifica el nivel de exposición a los riesgos operativos.

El citado sistema es una herramienta útil para la gestión del riesgo y para identificar y controlar el riesgo operativo en cada uno de los procesos de negocio. Los riesgos se clasifican de acuerdo a su importancia, su probabilidad de ocurrencia y las medidas de control que existen para cada riesgo de la entidad.

Los procesos que se toman en cuenta son 12, y adicionalmente, se consideran 23 tipos de riesgos, entre los que se encuentran medioambientales, sociales y de gobierno.

Una vez que los diferentes procesos son vinculados con los tipos de riesgos, asociándoles la probabilidad de ocurrencia e importancia relativa de cada uno de ellos, se obtiene el mapa de riesgos, en donde se establecen como prioridad aquellos que se localizan en la zona crítica previamente identificada.

Ya se ha abordado el principio institucional de actuación ética y socialmente responsable, sin embargo, es necesario revisar con mayor profundidad, por la importancia que revisten –sin demeritar el resto- algunas de las implicaciones que conlleva:

En cuanto a la legalidad, hago énfasis en que MAPFRE ha mantenido tradicionalmente una línea de escrupuloso cumplimiento de las disposiciones legales en general y de las fiscales en particular. La responsabilidad de los asuntos legales siempre ha estado vinculada a los máximos niveles ejecutivos de MAPFRE, y asimismo, en cualquier reunión de los órganos de gobierno, siempre son considerados con especial interés, los aspectos legales que puedan condicionar las operaciones que la entidad pretende llevar a cabo.

Asimismo, se ha tenido una gran preocupación por la transparencia en nuestra actuación frente a nuestro accionista (holding), frente a los Consejeros, autoridades, clientes, proveedores y público en general. En ese sentido, tal y como ya ha sido explicado, MAPFRE México presenta sus cuentas trimestrales

y anuales certificadas por el área de auditoría interna, y las anuales, por un auditor experto independiente de reconocido prestigio internacional.

En cuanto a la actuación socialmente responsable, es importante mencionar que MAPFRE ha elaborado un informe anual de responsabilidad social, certificado por auditores independientes, elaborado por primera vez en 2004 que ha permitido realizar un inventario y una valoración de la actuación del conjunto de las entidades. A partir del ejercicio 2009, MAPFRE México, lo ha hecho de manera particular. Se trata del primer informe local de responsabilidad social que ha sido elaborado conforme a las directrices del Global Reporting Initiative (GRI) en su versión G3, con los indicadores específicos para las entidades financieras aplicables a las compañías aseguradoras y certificado por una firma de auditoría externa de prestigio internacional.

Adicionalmente, actuar conforme a tales principios, le ha reportado a MAPFRE México algunos otros beneficios, como ser merecedora del distintivo de Empresa Socialmente Responsable otorgado por el Centro Mexicano para la Filantropía; igualmente, como una de las mejores empresas para trabajar por el Great Place to Work Institute, y certificada en el modelo de equidad de género por el Instituto Nacional de las Mujeres, además de ser reconocida por seis años consecutivos como una de las empresas más innovadoras del país.

Asimismo, la transparencia está tan arraigada en MAPFRE que incluso, en México, se viene solicitando la clasificación de su Rating de Solvencia y Financiero, a través de la Agencia Internacional AM BEST, con la calificación de A-, con perspectiva estable y que es comparable a una Doble A de Standard And Poors a nivel internacional.

Como reflexiones finales me permito anotar:

Sea cual fuere la definición que cada entidad o autor pretenda dar al gobierno corporativo, y aún siendo opinable cada una de ellas, resulta indudable que es imprescindible cumplir con la instrumentación de sistemas y

medidas de autorregulación que tengan como finalidad el cumplimiento estricto a las leyes, a la actuación ética y por supuesto, a la responsabilidad social. No puede entenderse de otra manera, pues solamente así, la empresa podrá seguir contribuyendo al desarrollo económico y al bienestar de la sociedad. No cabe duda que la instrumentación de un adecuado sistema de gobierno corporativo resulta ser de alto beneficio en la gestión de la entidad de que se trate, y por ende, del desarrollo social. La autorregulación es un elemento esencial de una política de transparencia, de buen funcionamiento de sus órganos de gobierno, de protección de los intereses de la empresa frente a posibles abusos de consejeros y directivos, y de una actuación respetuosa con todos los que tienen intereses en ella.

MAPFRE ha visto con mucha satisfacción los resultados positivos y palpables que la adopción de normas de buen gobierno, le ha reportado, considerando siempre, parte esencial de su estrategia, el buen gobierno y la acción social, y ha trabajado en forma efectiva para perfeccionarlos permanentemente. Son elementos claves de nuestra cultura, que sentimos como algo consustancial a nuestra actividad profesional y empresarial.

Así, los sistemas de gobierno corporativo, en realidad funcionan, y es palmario también, que reportan beneficios, como ya se ha mencionado, tanto a la entidad que aplica normas de autorregulación, como al desarrollo de la sociedad. Tratándose el gobierno corporativo de normas por naturaleza de aplicación voluntaria, pero que además deben adoptarse por convicción, y no por mero seguimiento de una corriente, es importante -realmente trascendente- el papel que los organismos reguladores desempeñan en este proceso.

Los organismos de supervisión han sido de extraordinaria utilidad y ayuda para la mejora del gobierno corporativo, mediante el establecimiento de normas que coadyuven a su implantación, tendientes básicamente a la integración de áreas y funciones de auditoría interna con facultades que le permitan desarrollarse en forma adecuada; a la creación de modelos de gestión de riesgos y control interno, y por supuesto, a la creación de códigos de buen gobierno que normen la gestión interna de las empresas.

En definitiva, la instrumentación de un modelo adecuado de buen gobierno corporativo corresponde fundamentalmente a los cuadros directivos, pero también requiere el esfuerzo de las autoridades reguladoras, para crear un marco y una cultura que lo faciliten, o al menos, no lo obstaculicen.

La instrumentación de un modelo de gobierno corporativo y su ejercicio, no admite en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, la autocomplacencia. Se trata de actuar con autocrítica y de debatir de manera realista los aspectos que pueden ser corregidos y superados, pues como se ha insistido, esta convicción forma parte de la esencia en el cotidiano actuar de MAPFRE.

Propuestas

1.- La Ley del Mercado de Valores de 2005 es un nuevo punto de partida en la historia empresarial del país. Efectivamente, el fomento del concepto de Gobierno Corporativo repercute favorablemente en la competitividad de las organizaciones por medio de una cultura de altos estándares de comportamiento empresarial.

Considero que esta Ley es una base del nuevo ordenamiento jurídico mexicano, en lo que concierne al sector empresarial en general. Los deberes de lealtad y diligencia, así como los principios de transparencia, actuación ética, códigos de buen gobierno y en general la democratización de la empresa, deben ser adoptados en la Ley General de Sociedades Mercantiles, de modo que en breve, el Buen Gobierno Corporativo sea un concepto que forme parte del lenguaje común de cualquier empresario.

2.- En el mismo sentido, la Ley del Mercado de Valores es el punto de partida no sólo para ser adaptada a las empresas privadas, sino por las instituciones gubernamentales y aún más, con las Organizaciones No Gubernamentales, filantrópicas y sin fines de lucro.

3.- Respecto de la autorregulación, entendida como un instrumento importante del Gobierno Corporativo, considero que éste representa un mecanismo valioso, flexible y eficiente para mantener la honestidad empresarial. Por su parte, la regulación gubernamental conlleva otros beneficios como el establecimiento de amplios objetivos de política pública y estándares para la regulación de valores, además de su función como supervisor de la actividad del sector privado. Así, ambos conceptos (regulación y autorregulación) se complementan y perfeccionan la viabilidad empresarial.

En definitiva, la instrumentación de un modelo adecuado de autorregulación corresponde fundamentalmente a los cuadros directivos, pero también requiere el esfuerzo de las autoridades reguladoras, para crear un marco y una cultura que lo faciliten, o al menos, no lo obstaculicen.

4.- La autorregulación en las instituciones financieras (empresas de seguros, entre ellas), debe ser empleada para reclamar de las autoridades públicas menor intervención directa y un mayor ámbito de actividad normativa propia y exclusiva en ellas, para aumentar la eficiencia en su ordenamiento y supervisión, lo que facilitará la disminución de costos en el creciente entorno competitivo actual.

5.- La Responsabilidad Social Corporativa atañe a la filosofía ética y empresarial de los miembros directivos de la organización. De hecho, en el presente trabajo, han quedado establecidas las ventajas de mercado que conlleva la adopción de estas medidas. Sin embargo, estimo necesario el establecimiento de políticas públicas adecuadas y comprometidas con este concepto a efecto de crear mecanismos de apoyo a las empresas que alcancen el reconocimiento de Empresa Socialmente Responsable (otorgado por el Centro Mexicano para la Filantropía, A.C.). Estos apoyos pueden ser de carácter fiscal o bien, generando las condiciones para que el Estado privilegie en sus contratos a tales empresas, dentro del marco de la ley.

6.- A su vez, las Empresas Socialmente Responsables deberán realizar su intercambio comercial, de bienes y servicios, preferentemente con otras Empresas Socialmente Responsables, de modo que se genere a nivel nacional esta cultura que tanto hace falta al país.

7.- Es necesario fomentar la cultura de Gobierno Corporativo desde los salones de clase y más aún, desde las escuelas de Derecho en el país. Aún existen pocos trabajos sobre la materia y aún falta una perspectiva jurídica de mayor envergadura. Esta práctica se ha desarrollado más en el país desde la opinión de contadores públicos, administradores, economistas y financieros, por lo que considero necesaria una aportación desde el punto de vista jurídico.

Conclusiones

1.- El Gobierno Corporativo ha ganado relevancia en el ámbito empresarial, no por ser nuevo, sino por hacerse cada vez más necesario. Y por ser relevante para la empresa, lo es para la sociedad en su conjunto. La empresa de negocios se ha convertido en una verdadera institución de la sociedad. Su protagonismo en la vida cotidiana es definitivo en virtud de que, hasta hoy, ha probado ser la forma más eficaz para atender las necesidades humanas.

2.- Mediante las empresas, las sociedades canalizan los recursos económicos en actividades productivas, son generadoras de fuentes de empleo, impulsan el desarrollo tecnológico, crean oportunidades de desarrollo personal, abren alternativas de elección de bienes y servicios, de inversión y de trabajo en el mercado y, a través de la sana competencia, provocan la mejora permanente de los procesos en beneficio de la actividad económica del país.

3.- El buen gobierno de las organizaciones constituye un elemento importante para el desarrollo del sector privado y, por lo tanto, para el combate a la pobreza. Permite el necesario acceso al capital para que los proyectos puedan crecer a tasas más aceleradas y con horizontes más ambiciosos. Optimiza la administración de riesgos fomentando que directivos, consejeros y empleados, así como la comunidad de inversionistas participen colegiadamente en la estrategia a largo plazo. Además, como ya se dijo, aumenta la productividad y la competitividad y apoya la lucha contra la corrupción en todos los sectores de la sociedad.

4.- El ingreso de México a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico marcó un parte aguas y se ha reflejado en un apego gradual a los principios internacionales para el Gobierno Corporativo, esto es: la protección de los derechos de los accionistas, el tratamiento equitativo de todos los accionistas, el importante papel de los *stakeholders* o partes legítimamente interesadas, la transparencia en la información y las responsabilidades de los administradores.

5.- Un elemento esencial del Buen Gobierno Corporativo, lo constituye, sin duda, la autorregulación. Al respecto, es imprescindible cumplir con la instrumentación de sistemas y medidas de autorregulación que tengan como finalidad el cumplimiento estricto a las leyes, a la actuación ética y por supuesto, a la responsabilidad social. No puede entenderse de otra manera, pues solamente así, la empresa podrá seguir contribuyendo al desarrollo económico y al bienestar de la sociedad. La autorregulación es un elemento esencial de una política de transparencia, de buen funcionamiento de sus órganos de gobierno, de protección de los intereses de la empresa frente a posibles abusos de consejeros y directivos, y de una actuación respetuosa con todos los que tienen intereses en ella.

6.- Tratándose el Gobierno Corporativo de normas por naturaleza de aplicación voluntaria, pero además deben adoptarse por convicción, y no por seguimiento de una corriente, siendo trascendente el papel que los organismos reguladores desempeñan en este proceso.

Los organismos de supervisión han sido de extraordinaria utilidad y ayuda para la mejora del gobierno corporativo, mediante el establecimiento de normas que coadyuven a su implantación, tendientes básicamente a la integración de áreas y funciones de auditoría interna con facultades que le permitan desarrollarse en forma adecuada; a la creación de modelos de gestión de riesgos y control interno, y por supuesto, a la creación de códigos de buen gobierno que normen la gestión interna de las empresas.

7.- Las instituciones del sector financiero en especial, así como el Consejo Coordinador Empresarial en general, han impulsado la cultura del Buen Gobierno Corporativo. Las tragedias financieras recurrentes han puesto de manifiesto que las normas existentes, no son suficientes para prevenir y en su caso solucionar las injusticias generadas por el ejercicio excesivo de los participantes de la empresa. Así, es evidente la necesidad de profundizar los conocimientos que tenemos de la vida de las empresas y enriquecer la democratización de la propia empresa en beneficio de su permanencia en el tiempo.

8.- Las instituciones de seguros, como parte del sector financiero del país, han dado muestra de activa participación en el tema de Gobierno Corporativo. En este trabajo se han presentado ejemplos de ello. Cabe destacar la publicación del documento denominado *Buenas Prácticas en las Instituciones de Seguros* elaborado por La Dirección para Asuntos Financieros y de Empresas de la OCDE, en donde se establecieron las Normas de la OCDE para la Buena Práctica en la Administración de Reclamación de Seguros, mismas que fueron adoptadas por el Consejo de la OCDE el 24 de noviembre de 2004.

En este documento se destaca que la administración de reclamación y de seguro es un aspecto medular para la protección de los asegurados y por lo tanto un asunto de prioridad para el Comité de Seguros de la OCDE. Desde el punto de vista de la compañía de seguros, la administración de la reclamación es un elemento clave en la competencia entre proveedores de seguros y para la mejora de la imagen pública de la industria. Asimismo, se establecen las adecuadas prácticas en materia de prevención de fraudes y de buenas prácticas de mercado y sana competencia entre aseguradoras.

9.- Los códigos de conducta empresarial son instrumentos de Gobierno Corporativo que se sustentan en normas que descansan sobre una base moral y ética adoptada en forma voluntaria por la administración de la empresa. Se nutren de valores adoptados como válidos en la sociedad y con ello cuidan su prestigio. También afirman el sentido de responsabilidad social de la empresa y educan sobre el cumplimiento de la ley, la evaluación de riesgos y la conciencia anticorrupción. Inhiben la posibilidad del fraude.

10.- La responsabilidad social corporativa cobra especial relevancia y es, en la actualidad, un elemento de la mayor jerarquía empresarial. La clave del Buen Gobierno es la Responsabilidad Social de la Empresa, entendida como la necesaria equidad en sus relaciones con los distintos grupos de interés que confluyen en la empresa: accionistas, empleados, clientes, proveedores,

competidores, y la sociedad en general, incluyendo la protección al medio ambiente.

Ha pasado la época de interpretar a las empresas bajo la luz tradicional que oponía empresa-trabajador o capital-trabajo. Como si fueran enemigos insalvables.

¡Qué lejos ha quedado la tesis del Premio Nobel de Economía Milton Friedman, cuando afirmaba, en 1971, que *la única responsabilidad social de la empresa es la de obtener beneficios!*

Bibliografía

Barrera Graf, Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil", 2ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2010, 866 págs.

Burgeño Colín, Luis, Ensayo: "La nueva estructura orgánica de la sociedad anónima bursátil" en la obra "Temas Selectos de Derecho Bursátil Contemporáneo", Coordinado por Jorge Familiar, Editorial Porrúa, S.A., México, 2008, 372 págs.

Carvalho Yáñez, Erick, "Tratado de Derecho Bursátil", 4ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2006, 290 págs.

Castelo Matrán, Julio y Guardiola Lozano, Antonio. "Diccionario MAPFRE de Seguros", 3ª. ed., Fundación MAPFRE. Instituto de Ciencias del Seguro. Editorial MAPFRE, S.A., Madrid, 1992, 647 págs.

Castrillón y Luna, Víctor M., "Ley General de Sociedades Mercantiles Comentada", 5ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2010, 306 págs.

Cervantes Ahumada, Raúl, "Derecho Mercantil", 4ª. ed., Editorial Herrero, S.A., México, 1984, 703 págs.

Contreras Heredia, Amparo, "Todo sobre la Fianza", 2ª. ed., Editorial PEA Comunicación, S. de R.L. de C.V., México, 2010, 243 págs.

Cruz, Guillermo, et. al., "La institucionalización de la empresa. Casos de éxito de Gobierno Corporativo", 1ª. ed., Editado por el Centro de Excelencia en Gobierno Corporativo, México, 2006, 110 págs.

De La Fuente Rodríguez, Jesús, "Tratado de Derecho Bancario y Bursátil", Tomo I, 6ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2010, 839 págs.

De Pina Vara, Rafael, "Elementos de Derecho Mercantil Mexicano", 31ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2008, 583 págs.

Díaz Bravo, Arturo, "Contratos Mercantiles", 8ª. ed., Editorial IURE Editores, México, 2005, 493 págs.

Elguero Merino, José María, "El Contrato de Seguro", Editorial MAPFRE, S.A. Fundación MAPFRE Estudios, Instituto de Ciencias del Seguro, Madrid, 2004.

Foronda Eladio, Pascual (Coordinador General), "El Pequeño Larousse Ilustrado", 13ª. ed., Editorial Larousse, México, 1994.

García Rendón, Manuel, "Sociedades Mercantiles", 2ª. ed., Editorial Oxford, México, 1999, 619 págs.

González Rodríguez, Karen, "La autorregulación de las bolsas de Valores y su repercusión en el sistema jurídico mexicano", en "Derecho Bursátil Contemporáneo. Temas Selectos", Editorial Porrúa, S.A., México, 2008, 372 págs.

Hegewisch Díaz Infante, Fernando, "Derecho Financiero Mexicano. Instituciones del Sistema Financiero Mexicano", 3ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2004, 472 págs.

Hoyos Elizalde, Carlos, "El seguro de caución: una aproximación práctica", Editorial MAPFRE, S.A. Fundación MAPFRE. Colección Estudios y Monografías, Madrid, España, 2007.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo III, 2ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1996.

Larrea Martínez, Guillermo y Vargas García, Salomón, "Apuntes de Gobierno Corporativo", Editorial Porrúa, S.A., México, 2009, 168 págs.

León Tovar, Soyla, "Contratos Mercantiles", Editorial Oxford, México, 2004, 826 págs.

León Tovar, Soyla y González García, Hugo, "Derecho Mercantil", 1ª. ed., Editorial Oxford, México, 2010, 730 págs.

López de Cárdenas, Jorge, "Gobierno societario y revelación de información, pilares del sano y equilibrado desarrollo de las sociedades de inversión", en "Derecho Bursátil Contemporáneo. Temas Selectos", Editorial Porrúa, S.A., México, 2008, 372 págs.

Mantilla Molina, Roberto, "Derecho Mercantil", 29ª. ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1998, 548 págs.

Martínez Gil. José de Jesús, "Manual Teórico y Práctico de Seguros", 5ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2004, 301 págs.

Medina Magallanes, Pablo, "Ley Sobre el Contrato de Seguro. Comentada", Editorial Porrúa, S.A., México, 2011, 318 págs.

Navarro García, Fernando, "Responsabilidad Social Corporativa: Teoría y Práctica", Editorial ESIC, Madrid, 2008, 330 págs.

Ruiz Rueda, Luis, "El Contrato de Seguro", Editorial Porrúa, S.A., México, 1978.

Sánchez Calero, Fernando, et. al, "Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones", 3ª. ed., Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2005.

Sánchez Flores, Octavio Guillermo de Jesús, "La Institución del Seguro en México", Editorial Porrúa, S.A., México.

Sánchez Flores, Octavio Guillermo de Jesús, "El Contrato de Fianza", Editorial Porrúa, S.A., México, 1002 págs.

Vargas García, Salomón, "Nociones de Contratación Bursátil. Aspectos prácticos a considerar para la celebración de contratos bursátiles", 1ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2009, 101 págs.

Vásquez del Mercado, Oscar, "Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles", 2ª.ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, 495 págs.

Vásquez del Mercado, Óscar, "Contratos Mercantiles", 10ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2001, 605 págs.

Legislación

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Ley del Mercado de Valores.

Ley Sobre el Contrato de Seguro.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Código de Comercio.

Código Civil Federal.

Reglamento Interior de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Otros

(Conferencias, Cursos y Diplomados)

Bonifaz Molina, Carlos Alfredo, Conferencia: "Responsabilidad de los Administradores", consultable en Memorias de las VII Jornadas de Seguro y Reaseguro, organizadas por Swiss Re, México, 2009, 112 págs.

Martínez, José Manuel, "El Buen Gobierno de Empresa", conferencia dictada en el contexto de la Trigésima Reunión de FIDES, el mes de octubre de 2005, en la ciudad de Caracas, Venezuela.

Curso Mapfre de Introducción al Seguro, impartido por la Fundación MAPFRE Estudios, a través de ITSEMAP México, S.A. de C.V., de marzo a agosto de 1999.

Curso “Introducción a la Fianza”, impartido por el Instituto Mexicano Educativo de Seguros y Fianzas (IMESFAC), México, enero de 2006, consultable en el Manual diseñado para el curso, México, 67 págs.

Diplomado en “Seguros”, impartido por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. (Manual Introducción al Seguro, México, 1997-1998, 66 págs.)

Diplomado: “Derecho de Seguros”, impartido por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, abril de 1999 a enero de 2000. (“La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Ley de la Materia”. Ponencia de la Lic. Patricia Rivera Torres).

Diplomado: “Derecho de Seguros”, impartido por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, abril de 1999 a enero de 2000. (“Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; Historia; Cambios más importantes; Últimas Reformas”. Ponencia del Lic. Eduardo Álvarez Ferreira).