

To read the English language version, please flip to the reverse side of this newsletter.

enfoque latino es el boletín preparado por los abogados bilingües que integran la Práctica de Negocios Hispano/Latina de Sheppard Mullin.

SHEPPARD MULLIN

SHEPPARD MULLIN RICHTER & HAMPTON LLP

Edición Primavera 2007

enfoque **Latino**

BOLETÍN

- 1 Capital Privado en México: Tendencias y Perspectivas**
Por Lucantonio N. Salvi y Daniel Jinich, Sheppard Mullin y Acon Investments
- 4 Aspectos Jurídicos Sobre el Capital Privado en México**
Por Manuel Galicia R., Humberto Pérez-Rocha I. y Pablo Jiménez Z., Galicia y Robles, S.C.
- 9 Autoridad Implícita y Explícita de los Representantes de una Empresa Diferencias Entre la Legislación Estadounidense y la Mexicana**
Por Jerry Gumpel y Daniella Estrella, Abogada Extranjera Visitante, Sheppard Mullin
- 11 Aspectos Relevantes de la Nueva Ley del Mercado de Valores Mexicana**
Por Diego Martínez Rueda-Chapital y Daniel Saltzberg Koris, Aguilar-Alvarez y Sainz, S.C.
- 16 Las Nuevas Reglas Estadounidenses Sobre Presentación Preliminar de Pruebas Electrónicas en un Litigio y el Impacto Que Causan en las Empresas Que Operan en los Estados Unidos de Norteamérica**
Por Norma García Guillén y Daniella Estrella, Abogada Extranjera Visitante, Sheppard Mullin
- 18 Aspectos Sobre la Nueva Política de Tolerancia Cero de los Estados Unidos Respecto de los Empleadores: Lineamientos Para Garantizar Que los Empleadores Cumplan Con el Formulario I-9**
Por David Chidlaw y Adena Hadar, Sheppard Mullin

Capital Privado en México: Tendencias y Perspectivas

Por Lucantonio N. Salvi y Daniel Jinich

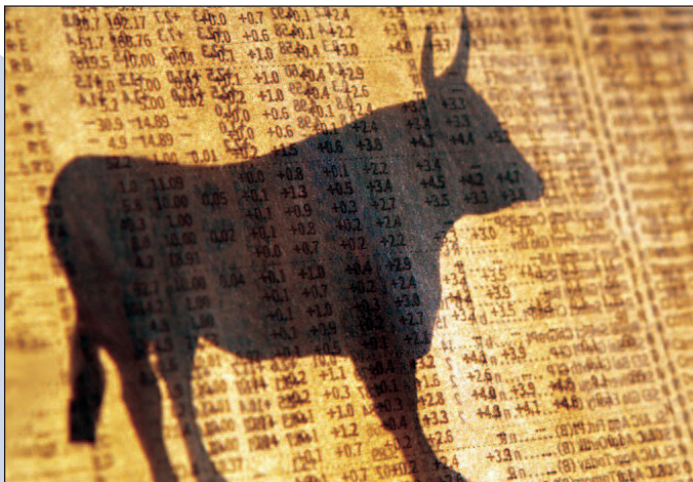
Panorama general

Hasta hace poco tiempo, México no era un escenario atractivo para los grupos de capital privado (Private Equity Groups – PEG). Los ciclos de “auge o decadencia” que caracterizaron a la economía mexicana a través de los años asustaron a los inversionistas. Los obstáculos legales y normativos hicieron que la inversión en capital privado se tornara difícil. Era difícil encontrar buenos objetivos. Las familias a menudo se negaban a vender sus empresas. En resumen, los problemas de la macroeconomía de México, junto con una falta general de incentivos estructurales, desviaron la ola de capitales internacionales hacia afuera de las fronteras de México. De hecho, en el pasado, México solía aparecer constantemente entre los últimos lugares de las encuestas mundiales que estimaban cuán atractivo era un País para la

EDITOR: Douglas Farmer

Los Angeles | Century City | New York | San Francisco | Washington, D.C. | Orange County | Santa Barbara | San Diego | Del Mar Heights | Shanghai

sheppardmullin.com



inversión de capital privado.

En la actualidad, todo esto está cambiando. México se está convirtiendo rápidamente en un bastión de afluencias de capital privado. Se han implementado reformas legales y estructurales. La inflación se encuentra bajo control. La economía ha crecido en forma estable. La deuda es relativamente baja. Y, quizá, lo más importante es que los inversionistas desean invertir en mercados emergentes. Como resultado, se ha producido un incremento drástico de los intereses y el flujo de transacciones en México durante los últimos años y los PEG han recaudado grandes sumas de dinero para la realización de inversiones en México. Los gigantes del capital privado con base en los Estados Unidos, tales como The Carlyle Group, Advent International y Darby Overseas Investment, han estado sondeando el País en busca de oportunidades y han concretado algunas transacciones. Las inversiones totales en México se incrementaron de aproximadamente \$1,500 millones en el 2004 a más de \$3,400 millones en el 2006.¹ De estos montos, aproximadamente \$347 millones han sido recaudados por empresas de capital privado en México en el 2004 y aproximadamente \$1,000 millones en el 2006.

El entusiasmo de la comunidad del capital privado respecto de México se encuentra en alza. Las administradoras de fondos ven a México como un mercado atractivo y esperan un continuo incremento del flujo de transacciones durante los próximos años. Al igual que el resto de América Latina, los PEG líderes esperan que México se convierta en

un centro principal del capital privado en el mundo y así lograr despojarse de su condición de segunda clase.

Tiempos de Cambio

Desde el 2005, México ha promulgado reformas significativas tendientes a reducir los impedimentos legales a las inversiones de capital privado y a aumentar la transparencia y la divulgación de información. A diferencia del pasado, en la actualidad las empresas mexicanas pueden emitir acciones privilegiadas, otorgar derechos de suscripción y limitar la responsabilidad de sus miembros del Consejo de Administración. Los accionistas de las empresas mexicanas ahora pueden acordar restricciones en la transmisión de acciones, tales como el derecho de un accionista a ser parte de la venta de las acciones de otro accionista (conocido en derecho norteamericano como Tag-Along) y el derecho de un accionista a comprometer a otro accionista a vender sus acciones (conocido en derecho norteamericano como Drag-Along.) Los bloques de acciones con derecho a voto que representan más del 10% del capital de una empresa poseen facultades para designar a los miembros del Consejo de Administración y para convocar o posponer las asambleas de accionistas. Los bloques de acciones con derecho a voto que superan el 15% pueden iniciar acciones derivadas. A fin de satisfacer las necesidades de los inversionistas de capital privado que querían una estrategia de salida para su inversión, la nueva Ley del Mercado de Valores (promulgada a finales del 2005) creó una nueva clase de empresa denominada SAPI (Sociedad Anónima Promotora de Inversión), la cual generalmente tiene mayor facilidad para cotizar en la bolsa de valores mexicana. Los cambios han generado una mayor flexibilidad y certeza para los PEG en México.

Estas reformas, junto con la relativa estabilidad política y macroeconómica de México y una clase media creciente, han promovido un renovado crecimiento de los fondos de capital privado nacionales y extranjeros dentro del territorio mexicano. Según la Asociación Mexicana de Capital Privado (AMEXCAP), actualmente existen 37 fondos activos en México y más de la mitad de ellos son subsidiarias de empresas extranjeras. En el 2006, México atrajo más inversiones que cualquier otro País de América Latina, incluso que Brasil. Según se dice, parece que esta tendencia continuará, con un interés particularmente fuerte por parte de los inversionistas de los Estados Unidos en los activos mexicanos, y un creciente mercado mexicano con una población de más de 103 millones de personas. De hecho, dado que más de los dos tercios de los 37.4 millones de hispano-americanos son de descendencia mexicana, los contactos, los enlaces y las oportunidades de comercialización cruzada entre los Estados Unidos y México son particularmente fuertes y prometen ser resistentes.

¹ AMEXCAP (2007).

Las recientes transacciones de alto perfil efectuadas por las empresas de capital privado en México, así como también los anuncios sobre nuevos fondos dedicados por parte de estos actores con riqueza de capital, respaldan las expectativas de una continua y una mayor actividad de flujo de transacciones en el País. Ello incluye, por ejemplo, la adquisición apalancada por parte de Advent Internacional en mayo de 2006 de Controladora Milano, la empresa de vestimenta rebajada más grande del País, y la adquisición por parte de Carlyle en enero de 2006 de una participación mayoritaria en Hispanic Teleservices Corporation, una empresa proveedora de servicios de centros de atención telefónica personalizada y bilingüe. Para contribuir aún más al entusiasmo general, Carlyle abrió recientemente oficinas en México, constituyó un fondo mexicano para la adquisición de empresas y, en breve, espera anunciar la creación de un nuevo fondo inmobiliario enfocado exclusivamente en América Latina. Además de estos inversionistas de alto perfil, México también está recibiendo la visita de PEG más pequeños, regionales y especializados en la industria que se enfocan principalmente en la plétora de pequeñas y medianas empresas de México. Ello incluye grupos tales como Conduit Capital Partners y ZN Mexico Capital Management, cuyo enfoque en el mercado intermedio ha sido acogido por una creciente selección de oportunidades atractivas en México.

Panorama General de México

En nuestra opinión, la perspectiva respecto del mercado de capitales privados mexicanos es cautelosamente optimista. El consenso general entre los PEG enfocados en América Latina es que México es y será un mercado atractivo para la inversión de capitales privados en los próximos años. Existen muchas empresas medianas y de calidad con gerentes talentosos y experimentados en capitales privados que brindan atractivas oportunidades para los inversionistas correctos. Existe financiamiento local a largo plazo relativamente barato. Las oportunidades de salida, si bien son aún limitadas, están creciendo e incluyen al mercado IPO, ventas a compradores locales y extranjeros estratégicos y el mercado secundario del capital privado.

En general, los PEG están de acuerdo en que los sectores más atractivos para la realización de inversiones en México en el 2006 y 2007 serán las industrias de bienes inmobiliarios, energía, servicios financieros y productos para los consumidores. Además de ello, muchos se entusiasmaron con las industrias de infraestructura y atención médica en México, y consideran que éstas requerirán una cantidad importante de capital a corto plazo.

No obstante lo mencionado anteriormente, México aún es



un “mercado emergente” y el capital privado allí no es para los inversionistas débiles o delicados. Mientras que la mayoría de los actores experimentados acuerdan en que las reformas recientes y las condiciones relativamente estables del mercado en México son más razonables que en el pasado, los inversionistas aún necesitan moderar sus expectativas respecto del mercado mexicano. Los PEG exitosos enfatizan la necesidad de comprender el entorno cultural, político, comercial y legal de México si se quiere invertir en un terreno seguro. La comunidad empresarial continúa siendo afable. Los empresarios mexicanos no siempre están acostumbrados a las normas sobre dirección empresarial y a los requisitos de presentación de informes financieros que impone el mundo del capital privado. Ello puede conducir a un proceso relativamente más extenso que en otros mercados respecto de la realización de transacciones y el despliegue de capital.

Según la sexta encuesta anual de KPMG sobre capitales privados en América Latina, las principales causas del fracaso de un acuerdo que implica transacciones con capital privado en América Latina son los equipos de administración ineficaces y la información incompleta respecto de los objetivos. A fin de protegerse frente a estos riesgos, es imprescindible que los PEG realicen investigaciones minuciosas sobre los objetivos mexicanos a través de especialistas experimentados que estén familiarizados con el ámbito empresarial, financiero y legal. Los PEG astutos también negociarán contratos de compra y acuerdos de accionistas en México que contengan disposiciones expresas y relativamente estrictas a fin de proteger a los inversionistas frente a las deficiencias. Preparado con este tipo de protecciones y la perspectiva correcta, México promete tener varias historias y oportunidades emocionantes para los actores del capital privado durante los próximos años.

Aspectos Jurídicos Sobre el Capital Privado en México

Por Manuel Galicia R., Humberto Pérez-Rocha I. y Pablo Jiménez Z.

Este artículo brinda un panorama general sobre ciertos aspectos jurídicos relacionados con la organización y operación de las empresas de capital privado y los fondos de inversión en empresas de capital privado en México. En la primera parte, expondremos brevemente algunas posibles alternativas disponibles en virtud de la legislación mexicana, las cuales permitirían imitar la organización, las funciones y los acuerdos económicos habituales del capital privado en los mercados internacionales. Dichas alternativas se refieren a la Sociedad Anónima Promotora de Inversión o SAPI y el Fideicomiso. También brindaremos una sucinta explicación sobre las características más importantes de cada una de ellas. En la segunda parte, expondremos varias cuestiones legales que deberán considerarse en el momento de tomar una decisión sobre la organización y operación de empresas de capital privado y sus respectivos fondos (vehículos de inversión) en México. Por último, brindaremos ciertas conclusiones sobre el tema.

1. Alternativas Disponibles en Virtud de la Legislación Mexicana

Actualmente, existen varias alternativas en virtud de la legislación mexicana que permiten copiar el modo de organización, las funciones y los acuerdos económicos habituales de las Empresas de Capital Privado (“Empresas”) y los Fondos de Inversión en Empresas de Capital Privado (“Fondos”) que existen en ciertas economías desarrolladas, tales como la de los Estados Unidos y el Reino Unido. Básicamente, dichas alternativas se refieren a la Sociedad Anónima Promotora de Inversión y el Fideicomiso.

1.1. Sociedad Anónima Promotora de Inversión

La Sociedad Anónima Promotora de Inversión o SAPI es una

entidad jurídica que ha sido creada por la nueva Ley del Mercado de Valores de México que entró en vigor a finales de junio de 2006.¹ Aparentemente, el objeto principal de la SAPI consiste en fomentar el capital privado en el mercado mexicano por medio de la creación de excepciones a la ley general de sociedades (aplicable a la sociedad anónima o S.A. “básica”) con el propósito de adecuar la legislación mexicana a la práctica consuetudinaria del capital privado en los mercados internacionales. Entre las diferencias existentes entre la SAPI y la S.A. encontramos que los estatutos de la SAPI pueden incluir lo siguiente (aspectos que no pueden incluirse en los estatutos de una S.A.):

- Mecanismos para resolver bloqueos (“empates o deadlocks”) entre los accionistas.
- Disposiciones que incrementen, limiten o eliminen los derechos preferentes en la suscripción de nuevas acciones como consecuencia de un incremento del capital accionario.
- Toda clase de restricciones respecto de la transmisión de acciones.
- Derechos de “salida” (además de los casos limitados de retiro y exclusión que se establecen en la ley general de sociedades mercantiles).
- Emisión de acciones “especiales” (por ejemplo: acciones sin derecho a voto, acciones con derecho a voto limitado, acciones de veto, acciones con participación limitada en las utilidades de la sociedad).
- Recompra de acciones de su propio capital accionario.
- Limitación de la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración y los funcionarios.

Debido a su flexibilidad, la SAPI es una entidad jurídica que puede utilizarse para copiar en México el modo de organización, las funciones y los acuerdos económicos habituales de una Empresa o un Fondo en los mercados internacionales.

No obstante, es importante observar que, en lo que se refiere a aspectos fiscales en México, la SAPI no es una entidad “transparente.” En otras palabras, las distribuciones que se efectúan a los accionistas de una SAPI son consideradas ingresos sujetos a impuestos en virtud de la Ley del Ingreso sobre la Renta de México respecto de la SAPI — además de ser considerados ingresos sujetos a impuestos respecto de cada accionista en forma individual.² Dicha falta de transparencia, que implica una “doble tributación” (a nivel societario y a

¹ Tal como sucede con la sociedad anónima mexicana “básica,” la SAPI también brinda la protección de la responsabilidad limitada a sus accionistas.

² A modo de ejemplo, respecto del año fiscal 2007, la tasa empresarial mexicana de impuestos sobre la renta es de 28%. La misma tasa se les aplica a las personas que residen en México (de acuerdo con la ley fiscal mexicana) a fin de calcular los ingresos sujetos a impuestos en el caso de la distribución de dividendos por parte de una sociedad anónima cuando dichos dividendos no se pagan con los fondos de la Cuenta de Utilidad Fiscal Neta o CUFIN.



nivel de los accionistas en forma individual), coloca a la SAPI en una posición desfavorable respecto del funcionamiento de los Fondos en comparación con las entidades “transparentes” que se usan con frecuencia para los Fondos en el ámbito internacional.

1.2. Fideicomiso

El fideicomiso mexicano es un acuerdo mediante el cual un fideicomitente (o varios fideicomitentes) transfiere la propiedad de cierta cantidad de dinero u otros bienes a un fiduciario (por ejemplo, un banco mexicano u otra institución financiera autorizada en virtud de la legislación mexicana) para que luego el fiduciario los aplique en beneficio del beneficiario (o beneficiarios, que pueden ser los mismos fideicomitentes) de acuerdo con las instrucciones de los fideicomitentes o de una comisión técnica. En el caso del capital privado (i) el mismo fideicomiso será el vehículo de

inversión (por ejemplo, el Fondo), (ii) la Empresa y los inversionistas serán los fideicomitentes, (iii) la sección de fideicomisos de un banco mexicano podría desempeñarse como fiduciario y (iv) los beneficiarios serían las mismas personas que los fideicomitentes.

El fideicomiso es una institución jurídica flexible que permitiría copiar el modo de organización, las funciones y los acuerdos económicos habituales de las Empresas y los Fondos en el mercado internacional.³ Tal como sucede con la SAPI, un acuerdo de fideicomiso permite a sus partes la inclusión de las siguientes disposiciones:

- Mecanismos para resolver bloqueos (“empates o deadlocks”) entre los fideicomitentes;
- Disposiciones que incrementen, limiten o eliminen los derechos preferentes en la suscripción de nuevos derechos de beneficiario debido a la aportación de capital;

³ Tenga en cuenta que una Empresa se puede estructurar como un “fideicomiso maestro” que controle la cantidad de Fondos (vehículos de inversión organizados como “fideicomisos subordinados”) que sean necesarios o convenientes. Por ejemplo, el “fideicomiso maestro” puede poseer un “fideicomiso subordinado” para cada una de las industrias, actividades comerciales o empresas de cartera en las que decida invertir.

- Toda clase de restricciones respecto de la transferencia de derechos de beneficiario;
- Derechos de “salida;”
- Emisión de derechos de beneficiarios “especiales” (por ejemplo: acciones sin derecho a voto, acciones con derecho a voto limitado, acciones de veto, acciones con participación limitada en las utilidades de la sociedad);
- Recompra de derechos beneficiarios;
- Limitación de responsabilidad de los miembros del comité técnico del fideicomiso;

Sin embargo, probablemente la característica más importante de un fideicomiso es su “transparencia” en lo que se refiere a aspectos fiscales en México, siempre que se cumplan con ciertos requisitos legales y reglamentarios. La ley fiscal mexicana establece dos clases diferentes de fideicomisos “transparentes” que son relevantes a los fines de este artículo, a saber: la Administradora de Fondos de Inversión (Private Equity Investment Trust, PEIT) y el Fondo de Inversión Inmobiliaria (Real Estate Investment Trust, FIBRA).

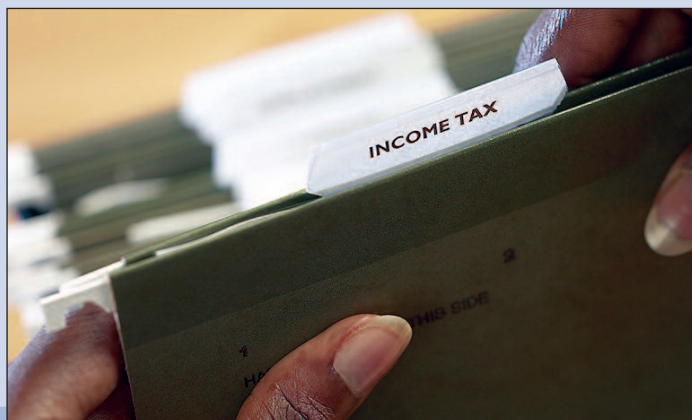
Por un lado, los requisitos correspondientes a la PEIT son los siguientes:⁴

- El fideicomiso debe constituirse en México y debe tener un fiduciario Mexicano;
- El objeto principal del fideicomiso debe consistir en (i) invertir en el capital accionario de empresas mexicanas a las que se las considera residentes de México para fines fiscales y que además no coticen en la Bolsa de Valores Mexicana en el momento en que se realice la inversión, como también participar en su Consejo de Administración a fin de fomentar el desarrollo de las empresas, y (ii) otorgar préstamos para el financiamiento de dichas empresas;
- Como mínimo, el 80% del patrimonio del fideicomiso deberá invertirse en acciones de las empresas antes mencionadas o deberá otorgarse en préstamos a dichas empresas. La parte restante del patrimonio deberá invertirse en valores emitidos por el Gobierno Federal Mexicano, inscritos en el Registro Nacional de Valores o RNV y conservados por la Comisión Nacional Bancaria y de

- Valores o CNBV o en acciones del capital accionario de fondos comunes de inversión que posean títulos de deuda;
- Las acciones de las empresas antes mencionadas deberán poseerse como mínimo dos años;
- El fideicomiso deberá tener un plazo menor a 10 años;
- El fideicomiso deberá cumplir con otras normas generales que emitan las autoridades fiscales mexicanas.

Por otro lado, los requisitos correspondientes a FIBRA son los siguientes:⁵

- El fideicomiso debe constituirse en México y tener un fiduciario Mexicano;
- El objeto principal del fideicomiso deberá ser (i) la adquisición o el desarrollo (construcción) de bienes inmuebles para ser arrendados, o la adquisición de derechos para percibir ingresos derivados del arrendamiento de bienes inmuebles, y (ii) el otorgamiento de préstamos para dichas actividades que estarán respaldados por una hipoteca sobre los bienes inmuebles arrendados;
- Como mínimo, el 70% del patrimonio del fideicomiso deberá invertirse en bienes inmuebles o en los derechos que se mencionan anteriormente. La parte restante del patrimonio deberá invertirse en valores emitidos por el Gobierno Federal Mexicano, inscritos en el RNV y conservados por la CNBV o en acciones del capital accionario de fondos comunes de inversión que posean títulos de deuda;
- Los bienes inmuebles que se adquieran o construyan deberán arrendarse y no se podrán vender ni tampoco disponer de ellos de alguna otra forma antes de un periodo de 4 años, que será contado desde la adquisición o la finalización de la construcción, respectivamente;⁶
- El fiduciario deberá emitir valores en representación del patrimonio fideicomitado y dichos valores (i) serán colocados en México entre el público general o (ii) serán



⁴ De acuerdo con los Artículos 227 y 228 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de México.

⁵ De acuerdo con los Artículos 223 y 224 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de México.

⁶ La venta o disposición de dichos bienes inmuebles en contraposición con este requisito impedirá que FIBRA sea una entidad transparente para efectos fiscales en México.

adquiridos por un mínimo de 10 personas que no se encuentren relacionadas entre sí. Ninguno de ellos podrá poseer más del 20% del monto total de dichos valores; y

- El fiduciario deberá distribuir entre los tenedores de los valores que representen el patrimonio fideicomitido, al menos una vez al año y antes del 15 de marzo, como mínimo el 95% de las utilidades correspondientes al año fiscal previo que haya generado el patrimonio fideicomitido.

Si se cumplen los requisitos antes mencionados en relación con una PEIT o FIBRA, según corresponda, las distribuciones que efectúe el fideicomiso únicamente pagarán impuestos respecto de los fideicomitentes (inversionistas), pero no pagarán impuestos respecto del fideicomiso — estructura de “tributación simple”—. En virtud de la ley fiscal mexicana, si el fideicomitente del fideicomiso es (i) una persona a la que se la considera residente de México para fines fiscales, o (ii) una persona (sea una persona física o moral) que resida en el extranjero, los impuestos sobre las distribuciones serán retenidos y pagados directamente por el fiduciario. Por otro lado, si el fideicomitente (inversionista) fuera una persona moral mexicana, acumulará las distribuciones sujetas a impuestos y presentará la declaración de impuestos sobre la renta según sus circunstancias particulares en virtud de la legislación mexicana.

Teniendo en cuenta esta estructura, un inversionista residente en el extranjero sujeto a impuestos que haya invertido en el Fondo pagaría impuestos sobre la renta en México si consideramos su residencia respecto de los impuestos y la clase de ingresos, e incluso tendría derecho a aplicar las disposiciones de los Tratados Fiscales cuando sea posible y, de esta forma, quedaría sujeto a ciertas tasas preferenciales del impuesto sobre la renta en lugar de pagar la tasa del impuesto sobre la renta aplicable en México. Algunas tasas preferenciales pueden ser las siguientes: retención del impuesto sobre la renta sobre los ingresos en concepto de intereses desde el 4.9% hasta el 40%; con excepción de las ganancias de capital, entre otros.

Además de ello, si alguno de los inversionistas fueran fondos extranjeros de previsión social, que a su vez se encuentran exentos del impuesto sobre la renta en su País de residencia, ciertos ingresos que se obtengan del Fondo no quedarán sujetos a la aplicación del impuesto sobre la renta en México, tales como las ganancias de capital de acciones que se encuentren representadas por bienes inmobiliarios en un 50% como mínimo, ingresos en concepto de intereses y

arrendamiento de bienes inmuebles, siempre que se cumplan con ciertos requisitos.

Por ello, desde una perspectiva mexicana puramente fiscal y debido a su característica de transparencia, el fideicomiso aparenta brindar una estructura más competitiva que una SAPI para la constitución y operación de Fondos en México.

Observe con atención el hecho de que las PEIT y las FIBRA son instrumentos recientes desde una perspectiva fiscal y jurídica, dado que han sido creados por la legislación fiscal mexicana hace pocos años y han estado sujetos a repetidas modificaciones y adiciones desde el momento de su concepción. Por ello, el verdadero funcionamiento de las PEIT y las FIBRA es un intento relativamente innovador que podría estar sujeto a más modificaciones y adiciones por parte del Congreso mexicano o a una regulación adicional por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de México.

2. Ciertas Cuestiones Importantes para Considerar

Además del régimen fiscal mexicano y las posibles deficiencias que éste puede implicar para la constitución y operación de los Fondos de México, existen varias cuestiones adicionales que deben considerarse al tomar una decisión sobre este tema.⁷ Dependiendo de diversas circunstancias y sólo a modo enunciativo:

- La jurisdicción donde se constituirán las Empresas y los Fondos;
- El territorio donde efectivamente y donde se llevará a cabo la administración de las Empresas;
- La nacionalidad y/o residencia fiscal de las personas físicas o morales que participarán (o serán invitadas a participar) como inversionistas en los Fondos;
- Los medios que utilizarán las Empresas para acercarse a los potenciales inversionistas;
- Los materiales que las Empresas distribuirán a los inversionistas existentes o potenciales, y muchos otros.

Las Empresas y los Fondos tendrán que cumplir con varias leyes y normatividad que rigen los servicios y las actividades financieras, como también las ofertas de valores, aplicables en cada jurisdicción con la cual la Empresa o el Fondo correspondiente posea un punto de contacto significativo. Por ejemplo, en virtud de la legislación mexicana, todas las Empresas y los Fondos tendrán que actuar con debida diligencia a fin de evitar la participación en actividades que podrían ser consideradas una Intermediación con Valores si no tuvieran las correspondientes autorizaciones de las

⁷ Junto con las implicaciones fiscales y legales de otras jurisdicciones que pueden derivar de la nacionalidad, lugar de constitución y/o residencia de los participantes (por ejemplo: inversionistas) como también de las actividades o inversiones de los Fondos.

autoridades financieras mexicanas.⁸ Asimismo, todas las Empresas y los Fondos tendrán que adoptar las medidas adecuadas a fin de circunscribirse a Ofertas Privadas⁹ de valores y evitar los actos que puedan ser considerados Ofertas Públicas¹⁰ en caso de no tener las autorizaciones y aprobaciones correspondientes de las autoridades financieras mexicanas. Observe con atención que el hecho de no cumplir o violar ciertas leyes y normatividad mexicana sobre servicios financieros y oferta de valores puede implicar sanciones administrativas (con multas potencialmente elevadas) o incluso delitos penados con prisión.

3. Conclusiones

La legislación mexicana establece ciertos medios legales, tales como el fideicomiso y la SAPI, que permiten una efectiva réplica de la estructura y los acuerdos básicos habituales de las Empresas y los Fondos que se constituyen y operan en otras jurisdicciones. Sin embargo, ciertas consideraciones fiscales, tales como (i) las elevadas tasas del impuesto sobre la renta aplicable en México (en comparación con otras jurisdicciones fiscales) y (ii) la disponibilidad limitada de las entidades “transparentes” a

los fines fiscales, pueden colocar a México en una posición desfavorable como jurisdicción competitiva para la constitución y operación de Empresas y Fondos.

En otras palabras, desde un punto de vista estrictamente contractual (o “societario”), existen mecanismos y métodos legales adecuados para la constitución de Empresas y Fondos en México. Sin embargo, según los propósitos específicos, las actividades y los objetivos de las Empresas y los Fondos, las implicaciones fiscales pueden encontrarse dentro de las fuerzas motrices al decidir sobre las jurisdicciones de constitución y operación.



⁸ La nueva Ley del Mercado de Valores define el término “Intermediación con Valores” como la realización habitual y profesional de cualquiera de las actividades que se indican a continuación: (i) actos para poner en contacto la oferta y demanda de valores; (ii) la celebración de operaciones con valores, ya sea por cuenta de terceros, como comisionista, mandatario o con cualquier otro carácter, interviniendo en nombre propio o en representación de terceros; o (iii) la negociación de valores por cuenta propia con el público en general o con otros intermediarios que actúen de la misma forma o por cuenta de terceros.”

⁹ Según la nueva Ley del Mercado de Valores, las Ofertas Privadas de valores que no se encuentren registrados en el Registro Nacional de Valores o RNV y que la CNBV conserve, podrán ser realizadas por cualquier persona en México sin la necesidad de obtener la autorización previa de la CNBV, siempre que se cumpla con algunas de las siguientes condiciones: (i) la oferta deberá realizarse a Inversionistas Institucionales o Calificados (según se define a dichos términos en la misma ley); (ii) la cantidad de personas a quienes se ofrezca los valores no podrá exceder de cien; (iii) los valores deberán ofrecerse al amparo de planes o programas aplicables a empleados o (iv) la oferta deberá realizarse a los accionistas o socios de empresas que lleven a cabo su objeto social en forma exclusiva o preponderantemente con éstos. Las Ofertas Privadas no estarán sujetas al control y a la revisión de la CNBV, siempre que cumplan con la normatividad aplicable. Observe con atención el hecho de que las Ofertas Privadas proyectadas se deben analizar a priori según cada caso en particular a fin de confirmar su cumplimiento con los requisitos aplicables.

¹⁰ Según la nueva Ley del Mercado de Valores, la “Oferta Pública” de valores es el ofrecimiento, con precio o sin él, que se haga a personas indeterminadas a través de medios masivos de comunicación a fin de suscribir, adquirir, enajenar o transmitir valores, por cualquier título. Tenga en cuenta que (i) los materiales de comercialización que se usen para realizar una Oferta Pública deberán ser aprobados por la CNBV antes de su difusión y se deberán incluir ciertas leyendas en dichos materiales y (ii) los valores que se ofrezcan en una Oferta Pública deberán estar registrados en el RNV que mantiene la CNBV. Es importante observar que, en virtud de la legislación mexicana, el hecho de realizar una Oferta Pública de valores que no se encuentren registrados en el RNV y que no posean la autorización de la CNBV constituye un delito, como también lo es el hecho de realizar una Oferta Pública en violación de las disposiciones de la nueva Ley del Mercado de Valores.

Autoridad Implícita y Explícita de los Representantes de Una Empresa Diferencias Entre la Legislación Estadounidense y la Mexicana

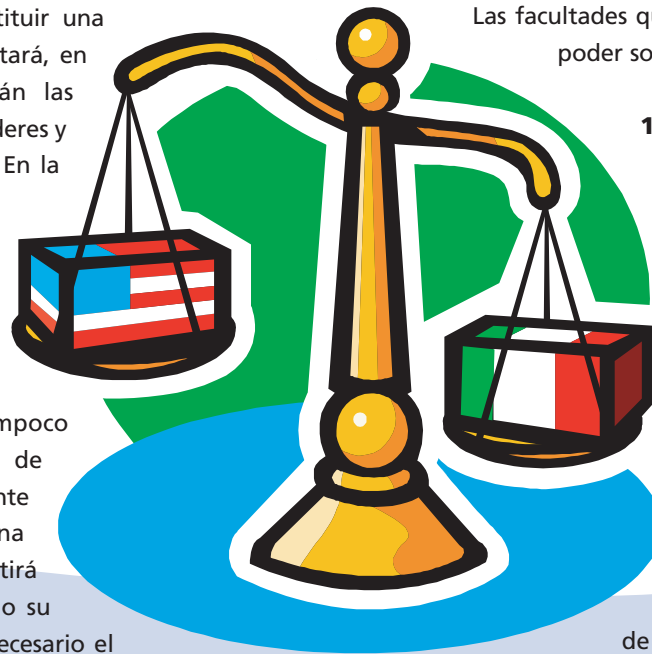
Por Jerry Gumpel y Daniella Estrella, Abogada Extranjera Visitante

El alcance de la autoridad conferida a una persona en virtud del cargo que ocupa en una empresa estadounidense puede ser tan confusa y desconocida para una persona de México como lo es el uso de poderes en México para una persona de los Estados Unidos de América ("EUA"). A una persona de los EUA que esté a punto de constituir una empresa en México se le preguntará, en primera instancia, quiénes serán las personas a las cuales otorgará poderes y la naturaleza de dichos poderes. En la mayoría de los casos, los clientes de los EUA se sentirán desconcertados cuando por primera vez se les planteen estas preguntas ya que no comprenderán por qué se requieren poderes ni tampoco conocerán las diferentes clases de poderes. Por su parte, un cliente mexicano que vaya a constituir una empresa estadounidense se sentirá igualmente desconcertado cuando su abogado le informe que no es necesario el otorgamiento de poderes y que los funcionarios y miembros del Consejo de Administración pueden desempeñar todas las funciones requeridas en virtud de la autoridad inherente a sus cargos.

La confusión surge del hecho de que la legislación mexicana requiere que las empresas otorguen facultades en forma expresa a sus representantes a fin de que estos puedan desempeñar sus funciones. Por otra parte, el sistema legal estadounidense reconoce la "Doctrina de Autoridad Aparente" según la cual se presume que un funcionario, miembro del Consejo de Administración o gerente tiene cierta autoridad en virtud de su cargo de la cual pueden confiarse los terceros. Adicionalmente, si bien en los EUA no es común enumerar las facultades explícitas de un representante de una empresa, esto sí es necesario en México. Este artículo resume y compara la forma en que se otorga autoridad a los representantes de una empresa de conformidad con ambos sistemas legales.

En virtud de la legislación mexicana, a fin de actuar en representación de una empresa, se le debe conferir a una persona la autoridad adecuada mediante un poder que

otorgue la empresa por medio de las resoluciones adoptadas en una Asamblea de Accionistas o en una Junta de Consejo de Administración (según las reglas específicas que se establezcan en los estatutos de la empresa).



Las facultades que se pueden otorgar a través de un poder son las siguientes:

1. Pleitos y Cobranzas: este poder es necesario para iniciar o contestar toda clase de procedimiento, sea judicial o administrativo, y también para cobrar deudas en representación de la empresa. Es común que una empresa otorgue esta clase de facultades a su asesor legal para que la represente en toda clase de litigio.

2. Actos de Administración: este poder autoriza al apoderado a llevar a cabo las gestiones diarias de la empresa, incluso, a modo de ejemplo, la ejecución de contratos, órdenes de compra y documentos similares con terceros.

3. Actos de Dominio: este poder es necesario para adquirir, gravar o disponer de los bienes de la empresa, incluso los bienes muebles e inmuebles, en transacciones que no forman parte del curso ordinario de las actividades comerciales de la empresa.

4. Títulos y Operaciones de Crédito: este poder es necesario para abrir y cerrar cuentas bancarias, firmar en contra de dichas cuentas, otorgar pagarés y realizar otras transacciones similares con títulos de crédito.

5. Sustitución o Delegación de Facultades: este poder otorga a la persona inicialmente autorizada la facultad de delegar el poder a favor de otras personas.

Los poderes antes mencionados pueden ser generales (válidos para un número indeterminado de actos hasta su cancelación o revocación) o especiales (válidos únicamente para un número determinado y limitado de transacciones). Asimismo, las facultades se pueden otorgar con o sin limitaciones. Por ejemplo, la facultad para suscribir títulos de crédito puede

incluir restricciones respecto a los montos, requisitos de ejecución conjunta respecto de los montos que superen un límite u otra clase de restricciones respecto de la autoridad del apoderado.

Los poderes se deben otorgar por escrito, mediante escritura pública y se deben protocolizar ante un Notario Público e inscribir en el Registro Público de Comercio correspondiente al domicilio social de la empresa si: (i) se trata de poderes generales (conforme a lo señalado anteriormente), (ii) el monto de la transacción supera el equivalente de mil veces el salario mínimo del Distrito Federal vigente en el momento de su otorgamiento (aproximadamente EUA \$4,597 dólares¹), o (iii) si se pretende que el apoderado tenga la facultad de ejecutar documentos que en virtud de la legislación mexicana se deban formalizar en escritura pública.

Tal y como el lector podrá haber concluido hasta el momento, al constituir una empresa mexicana, el cliente de los EUA tendrá que otorgar varios poderes, posiblemente a diferentes personas. En contraste, un empresario mexicano que esté a punto de constituir una empresa en Delaware no tendrá que otorgar poderes a persona alguna. En su lugar, se le



preguntará quiénes serán los funcionarios y miembros del Consejo de Administración iniciales de la empresa. Cuando el cliente mexicano pregunte cuáles son las facultades y limitaciones de los funcionarios y miembros del Consejo de Administración, el abogado estadounidense no podrá brindar una respuesta tan sencilla como la que sí podrá brindar el abogado mexicano.

El punto clave de partida es el Artículo 141 de la Ley General de Sociedades de Delaware (*The Delaware General Corporations Law – GDL*) que establece lo siguiente:

“La gestión y negocios de las empresas constituidas en virtud de este capítulo serán llevados a cabo por o bajo la supervisión de un Consejo de Administración, salvo que en este capítulo o en su Acta Constitutiva se establezca lo contrario.”

El Artículo 142 de la GDL que trata sobre los funcionarios y sus obligaciones es también muy general. La GDL misma establece un marco mínimo dentro del cual las empresas pueden designar funcionarios y delegar autoridad según lo consideren necesario y sin restricción alguna. No existen requisitos respecto de las cantidades, cargos o deberes, a excepción de que debe existir una cantidad suficiente que permita a la empresa cumplir con los requisitos de firma en relación con los certificados de acciones (es decir, deben existir, como mínimo, dos funcionarios; uno de los cuales debe llevar a cabo las funciones que generalmente se asocian con un presidente y el otro con las funciones de un secretario). Una sola persona puede ocupar ambos cargos, aunque deberá firmar los certificados tanto en su carácter de presidente como de secretario. Otro deber legal que se les impone a los funcionarios de una empresa es el requisito que se establece en el Artículo 142(a) en relación con la conservación de las actas de la empresa. Sin perjuicio de estos dos requisitos legales, el Artículo 142(a) permite que la asignación de deberes y responsabilidades a los funcionarios sea regulada por los estatutos de la empresa y por las resoluciones del Consejo de Administración que no resulten contrarias a los estatutos.

Existe una gran cantidad de jurisprudencia y ésta tampoco establece limitaciones estrictas sobre la autoridad genérica de los miembros del Consejo de Administración y de los funcionarios. Por el contrario, la tendencia general de los precedentes es que confiere a los funcionarios y al Consejo de Administración el control sobre la administración de una empresa, salvo que en el Acta Constitutiva o en los estatutos de

¹ Si el monto de la transacción fuera menor a dicho monto pero mayor al equivalente de cincuenta veces el salario mínimo del Distrito Federal (que en la actualidad es aproximadamente de EUA \$230 dólares), la ejecución de un documento escrito privado ante dos testigos será suficiente.

la empresa se establezca lo contrario.

En California, el extenso alcance de la autoridad de los funcionarios y miembros del Consejo de Administración queda ejemplificado en el Artículo 313 del Código de Sociedades de California:

“Sujeto a las disposiciones del Artículo 208(a), todo pagaré, hipoteca, comprobante de deuda, contrato, certificado de acciones, declaración inicial de operación o declaración por escrito, documento traslativo y cualquier cesión o endoso celebrado por cualquier empresa y cualquier otra persona, por conducto del presidente del Consejo, el presidente o cualquier vicepresidente y el secretario, secretario adjunto, el director de finanzas o cualquier tesorero adjunto de dicha empresa, no podrá ser desconocido por la empresa alegando la falta de autoridad de los funcionarios firmantes si la otra parte desconocía que los funcionarios firmantes carecían de autoridad para firmar dicho documento.”

Por su parte, el Artículo 208(a) establece que no se impondrá limitación alguna sobre las facultades de los accionistas, funcionarios o miembros del Consejo de Administración, salvo en un procedimiento:

“(i) Iniciado por un accionista o por el Estado a fin de prohibir la realización o continuación, por parte de la empresa o de sus funcionarios o ambos, de actividades comerciales no autorizadas en los casos en que terceros no hayan adquirido derechos en la misma, o (ii) para disolver la empresa o (iii) iniciado por la empresa o por un accionista que entable una demanda representativa contra los funcionarios o miembros del Consejo de Administración de la empresa por violación de sus facultades.”

En resumen, los miembros del Consejo de Administración y los funcionarios son agentes de la empresa que poseen un amplio

grado de autoridad para obligar a dicha empresa respecto de operaciones realizadas durante el curso ordinario de las actividades comerciales de la empresa.

No obstante de la amplitud del concepto de autoridad aparente, los funcionarios y miembros del Consejo de Administración, no poseen carta abierta para actuar plenamente a su complacencia. Las contrapartes de toda transacción significativa (ya sea una transacción de compra o venta, arrendamiento o financiamiento) probablemente exigirán que los funcionarios que suscriban documentos en representación de una empresa entreguen copias de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Administración (y algunas veces también de las resoluciones adoptadas por los accionistas) donde se demuestre la aprobación de la transacción y la autoridad que el funcionario posee para obligar a la empresa (de la misma forma que en México, las contrapartes exigirían una copia de los poderes necesarios). Además de las limitaciones que se mencionan anteriormente y las limitaciones generales impuestas por los deberes fiduciarios que establece la ley general de sociedades estadounidense respecto de los funcionarios y miembros del Consejo de Administración, los accionistas pueden limitar las facultades de éstos mediante (i) acuerdos de accionistas que exijan que ciertas transacciones sean aprobadas por los accionistas o por el voto mayoritario de las 2/3 partes de los miembros del Consejo de Administración; (ii) los estatutos que exijan el voto mayoritario de las 2/3 partes de los miembros del Consejo de Administración o la aprobación de los accionistas para ciertas transacciones y (iii) resoluciones de la empresa que limiten específicamente la autoridad de cada uno de los funcionarios. Sin embargo, el punto clave que se debe tener en cuenta es que a diferencia de la situación de un poder mexicano donde se deben enumerar las facultades en forma explícita, en el caso de una empresa estadounidense, son las limitaciones las que se deben enumerar en forma explícita.

Aspectos Relevantes de la Nueva Ley del Mercado de Valores Mexicana

Por Diego Martínez Rueda-Chapital y Daniel Saltzberg Koris

En diciembre del 2005 el Congreso de la Unión aprobó una nueva Ley del Mercado de Valores (la “Ley”) la cual tiene como objetivo mejorar el gobierno corporativo e incrementar el número de sociedades que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores (“BMV”), misma que entró en vigor el 28 de junio de 2006.

Los principales propósitos de la Ley son: (i) permitir a las empresas medianas acceder la BMV permitiéndoles captar

dinero de inversionistas institucionales a cambio de adoptar estándares más altos de gobierno corporativo, ofreciendo más transparencia y mayor protección a los derechos de las minorías. En ese sentido, las compañías podrán ser financiadas no solamente por las instituciones de crédito, sino también por el mercado bursátil, permitiéndoles un acceso más amplio y fácil a la BMV a través de la creación de un nuevo tipo de sociedades denominado Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (“SAPI”); (ii) claramente

define el nuevo régimen que se aplicará para las nuevas Sociedades Anónimas Bursátiles (“SAB”) (comúnmente conocidas como “Emisoras”), constituidas bajo la modalidad de Sociedad Anónima de Capital Variable, siendo de especial relevancia la definición de las nuevas normas en materia de gobierno corporativo mismas que pretenden mejorar la función y organización de las SABs; (iii) actualizar el marco jurídico aplicable a las casas de bolsa y otros participantes involucrados en el intercambio bursátil como los son la BMV, las instituciones para el depósito de valores, las agencias calificadoras y las cámaras de compensación, así como los proveedores de precios, entre otros; (iv) actualizar y definir las conductas delictivas y establecer penas por violaciones a los preceptos de la Ley; y (v) redefine las facultades de las autoridades del sistema financiero mexicano, incluyendo las de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (“CNBV”), y las del Banco de México. El presente artículo resume los aspectos que consideramos más importantes de la Ley.¹

I. Sociedades de la Ley del Mercado de Valores. Dos nuevos tipos básicos de sociedades ideadas para eventualmente emitir valores son reguladas por la Ley, las denominadas SAPI y SAB. Sin embargo, una forma intermedia entre las SAPI y las SAB también se prevé por la Ley. Dicha sociedad se denomina Sociedad Anónima Promotora de Inversión Bursátil (“SAPIB”).

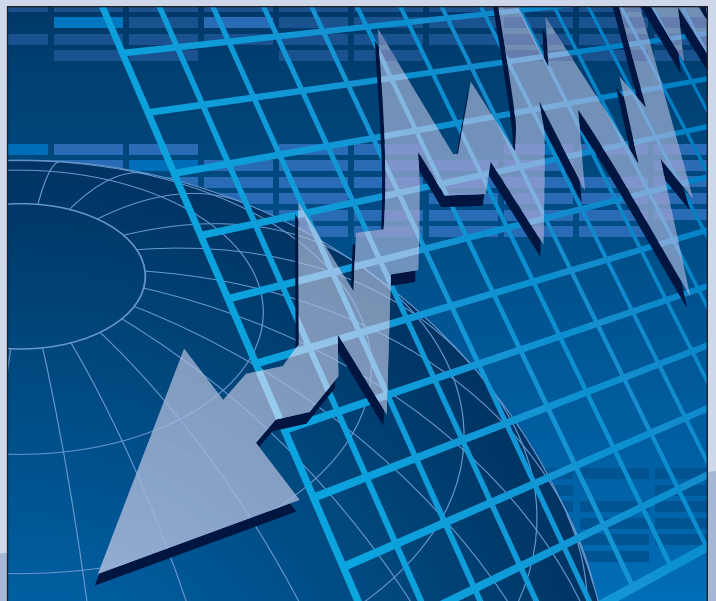
A. Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión. Las SAPI son aquellos vehículos que se incorporan de conformidad con la Ley para atraer y retener capital de inversión. Por lo tanto, para el beneficio de dichos inversionistas las reglas que aplican a esta clase de sociedades están encaminadas a exentar a las SAPIs de ciertas obligaciones establecidas por la Ley General de Sociedades Mercantiles (“LGSM”), específicamente lo referente a las limitaciones sobre transmisión de derechos corporativos y

económicos². Consecuentemente, la Ley reconoce que los accionistas de las SAPIs están facultados para celebrar acuerdos entre accionistas para regular su relación en general.

Los acuerdos entre accionistas serán válidos y exigibles entre los mismos, pero no obligarán a la SAPI. Consecuentemente, dichos convenios no podrán anular los acuerdos de accionistas resueltos en asamblea (legalmente adoptados conforme a los estatutos legales).

La CNBV como autoridad encargada de supervisar y regular el sistema financiero, no supervisará a las SAPIs. Las SAPIs no están obligadas a inscribir las acciones representativas de su capital social ante el Registro Nacional de Valores (“RNV”) para su comercialización o venta a menos que pretendan realizar una oferta pública. Sin embargo las SAPIs pueden transformarse en una SAPIB previa resolución de Asamblea de Accionistas que así lo resuelva y en el entendido de que se de cumplimiento a un programa de 3 años de duración conforme al cual la SAPI (ya en su calidad de SAPIB) registrará las acciones representativas de su capital social o cualquier valor que las representen ante el RNV. La adopción de este tipo de sociedades es un elemento necesario para convertir una SAPI en una SAB, como se indicó previamente en un término de 3 años o por fases que podrán ser menores a esos 3 años.

Lo derechos otorgados a los accionistas minoritarios son similares a aquellos otorgados en una SAB. Además, los



¹ El presente documento no constituye una asesoría legal, cualquier asesoría legal o información adicional será proveída en caso de ser requerida.

² La LGSM establece que cualquier contrato que limite los derechos de los accionistas será nulo. Ver artículo 198 LGSM.

accionistas pueden convenir entre ellos derechos y obligaciones que establezcan opciones de compra o venta de las acciones representativas del capital social de la sociedad, derechos de preferencia; acuerdos para la enajenación de sus acciones en oferta pública; acuerdos para el ejercicio del derecho de voto en asambleas de accionistas; y derechos del tanto.

B. Sociedades Promotoras de Inversión Bursátil. Las acciones representativas del capital social de las SAPIB deberán registrarse previamente ante el RNV. Después de dicho registro, la SAPIB debe cumplir con los requisitos establecidos por la Ley aplicables a cualquier SAB. Los accionistas de control deberán ser identificados por la Asamblea de Accionistas.

C. Sociedades Anónimas Bursátiles. La Ley mejora y actualiza la estructura de las sociedades cuyas acciones representativas del capital social están inscritas en el RNV y listadas en el registro de valores autorizadas para cotizar en la BMV. Una de las innovaciones es que la Ley considera a los Grupos Corporativos como una unidad económica a pesar de que cada sociedad miembro de dicho Grupo Corporativo es sociedad distinta con personalidad y patrimonio propio. Las SABs y sus sociedades controladas (las "Sociedades Controladas") se consideran para efectos legales, como una unidad económica de negocios y de toma de decisiones, en consecuencia, las reglas de divulgación y reportes financieros y contables no sólo aplican a las SABs, sino también a cualquier sociedad que sea parte del Grupo Corporativo del cual a su vez la SAB sea parte. La razón de lo anterior consiste en que en cualquier acontecimiento acto o hecho que afecte a la Sociedad Controlada puede tener un efecto potencial en la SAB. Luego entonces, estados financieros consolidados deberán presentarse a las autoridades.

(1) Control Directo y Supervisión de la Administración; Vigilancia de los Asuntos de las SAB y Sociedades Controladas. También se redefinen las funciones y responsabilidades de los órganos corporativos (v.r.g., las del Consejo de Administración, los Comités (como se define más adelante), los administradores y específicamente las del Director General), especialmente aquellas relacionadas con auditorías y prácticas corporativas.

(2) Supervisión de la Administración y Vigilancia de los Asuntos de las SABs y de las Sociedades Controladas.

(a) Funciones. La Ley atribuye nuevas funciones al Consejo de Administración de una SAB y Sociedades Controladas,

entre otros (i) vigilar la Administración de la SAB y de las Sociedades Controladas; (ii) aprobar las transacciones relevantes o cualquier otra transacción que se celebre entre la SAB y personas relacionadas; (iii) aprobar las políticas respecto al uso de los activos corporativos de la SAB y de sus Sociedades Controladas por personas relacionadas; aprobar operaciones (iv) aprobar cualquier operación inusual.

(b) Integración del Consejo de Administración. El número máximo de miembros del Consejo de Administración será de veintiuno. El veinticinco por ciento de esos miembros deberán ser independientes. La Ley requiere que mediante Asamblea de Accionistas se verifique y resuelva sobre el estatus de independencia de los consejeros independientes. Además, la CNBV tendrá derecho a calificar tal estatus y a rechazar la resolución de los accionistas que aprueba el estándar de independencia. Se prevé que la designación de miembros suplentes. En caso de que miembros sean designados como suplentes de principales independientes, el mismo criterio de independencia les será aplicable a dichos miembros suplentes.

(3) Control Directo de la Administración en la Toma de Decisiones de los Negocios de la SAB. El Director General será responsable, entre otros asuntos de: (i) conducir, ejecutar y gestionar los negocios de la SAB, (ii) asegurar la existencia y el mantenimiento adecuado de los sistemas de contabilidad y de registro así como los controles internos, (iii) asegurar el cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Administración y de las Asambleas de Accionistas, y (iv) divulgar a la BMV cualquier información necesaria o apropiada de interés del público o para la protección de inversionistas que pudiera considerarse como relevante.

La responsabilidad en la toma de decisiones será tanto del Consejo de Administración como del Director General y de los directivos relevantes de la SAB.

(4) Vigilancia del Negocio. El Comisario no forma parte ya del órgano de vigilancia de las SABs. La vigilancia del negocio estará a cargo del Consejo de Administración y de los Comités de Auditoría y Prácticas Corporativas (los "Comités"), así como por el Auditor Externo ("Auditor Externo") de la misma.

Por lo tanto, la vigilancia, conducción y ejecución de la administración de las SAB y de sus Sociedades Controladas serán realizadas por el Consejo de Administración, por los Comités de Auditoría y, en su caso, por los Comités de Prácticas Corporativas y por el Auditor Externo, aclarando que éste deberá ser una firma de contadores independiente.

(5) Comités del Consejo de Administración. Las SABs deberán crear uno o más Comités para cumplir con las funciones de auditoría y prácticas corporativas. No será obligatorio para tal efecto, constituir dos comités, pero es conveniente realizar dichas funciones en órganos corporativos separados.

Respecto a la integración de los Comités, es obligatorio que el Comité de Auditoría se integre exclusivamente de consejeros independientes, quienes deberán garantizar su imparcialidad y la inexistencia de conflictos de interés. En el caso del comité de prácticas corporativas (el “Comité de Prácticas Corporativas”), éste deberá integrarse en su mayoría por consejeros independientes. La función de los Comités es recomendar al Consejo de Administración los criterios sobre las transacciones y los asuntos propios de las de las funciones de cada Comité.

Los miembros de los Comités serán designados por el Consejo de Administración, ya que anteriormente eran designados por la Asamblea de Accionistas³, aclarando que el Presidente de cada Comité deberá ser designado y/o removido únicamente por Asambleas de Accionistas.

El Comité de Auditoría, entre otras funciones, deberá: (i) calificar los servicios prestados por el Auditor Externo; (ii) discutir los estados financieros de la SAB con las personas encargadas de su preparación; (iii) hacer del conocimiento del Consejo de Administración el estado del control interno y auditoría de la SAB; y (iv) entregar al Consejo de Administración una opinión sobre el desarrollo de las funciones del Director General.

Adicionalmente, el Comité de Prácticas Societarias asistirá,

entre otras funciones, al Consejo de Administración en (i) la preparación del informe que contenga las políticas de contabilidad e información utilizadas para la preparación de los estados de información financiera de la SAB (ii) convocar a Asamblea de Accionistas, (iii) otorgar su opinión al Consejo de Administración con relación a (x) operaciones con Partes Relacionadas, (y) el pago de al director general y directores relevantes y (z) cualquier excepción otorgada al Director General, directivo relevante o cualquier persona con poder de mando participen en cualquier negocio que por su naturaleza sea negocio de la SAB de sus sociedades controladoras o cualquier otra sociedad en la que tenga influencia significativa y (iv) contratar a cualquier experto independiente que sea necesario para cumplir con sus funciones.

(6) Deberes Fiduciarios. Las funciones y las responsabilidades de los consejeros se encuentran claramente definidos en la Ley. El marco legal pretende crear valor para los accionistas. En ese sentido, los consejeros y directivos deben actuar en cualquier momento conforme a los deberes fiduciarios requeridos por la Ley.

(a) Deber de Diligencia. Los consejeros deben actuar con buena fe y con el cuidado que una persona prudente en una posición similar ejercería en circunstancias similares, siempre de una manera que razonablemente se crea que es en el mejor interés de la SAB a la que está prestando sus servicios.

(b) Deber de Lealtad. La razón de este deber consiste en que se los consejeros y directivos adopten decisiones en el mejor interés de la SAB (así como de los accionistas e inversionistas) en lugar del interés propio.

(7) Regla en la Toma de Decisiones de Negocio; Deslealtad frente a la Sociedad; Responsabilidad de los Consejeros. La Regla en la toma de decisiones de negocio protege a los consejeros y directivos en la toma de decisiones que pudieran provocar alguna pérdida a la SAB, a sus Sociedades Controladas o a aquellas en que la SAB tenga una Influencia Significativa, en el entendido, de que, cumplan con los deberes de diligencia y de lealtad requeridos. La Ley y sus principios de gobierno corporativo reconocen la regla que protege la toma de decisiones como una salvaguarda para los

³ Ver Circular 11-14 emitida por la CNBV. Las Disposiciones de Carácter General Aplicables a Emisoras y Otros Participantes del Mercado de Valores no prevén ninguna regla respecto al corporativo facultado para designar a los miembros de los comités. Por lo que algunas sociedades mexicanas, llevan a cabo tal designación a través del Consejo de Administración, mientras otras elegían a dichos miembros como consecuencia de resolución de Asamblea de Accionistas.

consejeros o los directivos que toman decisiones en el negocio con buena fe y en el mejor interés de la SAB y de sus Sociedades Controladas, cumpliendo con la Ley y con los estatutos. Hay presunción de que los Consejeros y Directivos actúan conforme a la regla que protege la toma de decisiones y que cumplen con el deber de diligencia y lealtad conforme a los cuales están sujetos. Sin embargo, la presunción deja de tener efecto si se demuestra que el Consejero o Directivo actuó dolosamente o de mala fe, o bien, ilícitamente o en presencia de conflicto de intereses.

Cualquier Consejero que incumpla con sus derechos fiduciarios, será responsable como consecuencia de su omisión o negligencia, si se causa algún daño o perjuicio a la SAB o sus Sociedades Controladas. En dicho supuesto el Consejero responsable responderá de cualquier daño causado a la SAB o a sus Sociedades Controladas.

(8) Eventos Relevantes; Información Relevante. La definición de “Evento Relevante” se aclara en la Ley con el fin de que los inversionistas estén suficientemente, verdadera y oportunamente informados sobre el estado financiero de la SAB. La Ley amplía la información que las empresas que listen sus valores en la BMV debe verter al mercado, ya que deberán reportar toda la información que pudiera afectar el precio de los valores.

(9) Acuerdos Entre Accionistas. La Ley faculta a los accionistas a celebrar acuerdos entre accionistas que otorguen derechos a que uno o varios accionistas solamente puedan enajenar la totalidad o parte de su tendencia accionaria, cuando el adquirente se obligue también a adquirir una proporción o la totalidad de las acciones de otro u otros accionistas, en iguales condiciones, que uno o varios accionistas puedan exigir a otro socio la enajenación de la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando aquéllos acepten una oferta de adquisición, en iguales condiciones, opciones, derechos de preferencia, mecanismos para la venta de acciones, votación en conjunto y derechos del tanto, así como acuerdos para

transmitir acciones en ofertas públicas, estableciendo que dichos acuerdos deberán ser divulgados a la BMV como un Evento Relevante.

II. Títulos Opcionales. La Ley anterior consideraba a los títulos opcionales como contratos. El día hoy la Ley prevé cierta regulación para sociedades anónimas y sociedades extranjeras que tengan una forma corporativa similar a dichas sociedades anónimas y que tengan facultades para suscribir títulos de crédito, que los faculta a emitir opciones en la forma de un nuevo instrumento de crédito (títulos opcionales) que podrá cotizar en el mercado de valores.

Los títulos opcionales otorgan a sus tenedores una oportunidad por cierto periodo de tiempo para completar una transacción, o bien, para no complementarla en caso de que no sea lucrativo. Por esta “flexibilidad” el tenedor paga a su contraparte una prima de emisión.⁴



III. Registro Nacional de Valores. La Ley ya no establece la existencia de una sección especial del RNV (la “Sección Especial”) como lo hacía la Ley Anterior. En el pasado, cualquier emisor mexicano que pretendiera cotizar sus valores en los mercados extranjeros debía registrar dichos valores en la Sección Especial. Las emisoras mexicanas que intercambien valores en mercados extranjeros solamente deberán notificar a la CNBV tal emisión y las características generales de los valores que dicha

emisora pretenda colocar en el exterior. Actualmente no se necesita autorización previa de la CNBV para emitir los valores con el fin de que sean intercambiados en una bolsa extranjera.

IV. Penas y Conductas Delictivas. El marco jurídico para las penas y conductas delictivas también es redefinido. Así, muchas conductas no consideradas antes como delitos ahora son consideradas como tales. Se aclaran otros delitos ya tipificados. La CNBV podrá divulgar al público en general la existencia de cualquier denuncia o querrela o pena impuesta.

⁴ Article 66 de la Ley.

Las Nuevas Reglas Estadounidenses Sobre Presentación Preliminar de Pruebas Electrónicas en un Litigio y el Impacto Que Causan en las Empresas Que Operan en los Estados Unidos de Norteamérica

Por Norma García Guillén y Daniella Estrella,
Abogada Extranjera Visitante

Introducción

El 1 de diciembre de 2006, entraron en vigor en Estados Unidos de Norteamérica nuevas reglas federales sobre Información Almacenada en Medios Electrónicos (Electronically Stored Information- "ESI"), las cuales incluyen, entre otros, mensajes de correo electrónico, documentos en Word y Excel, presentaciones en PowerPoint y sus "metadatos" electrónicos. Estas reglas han tenido un impacto significativo en la forma en que las empresas estadounidenses y empresas que realizan actividades comerciales en los Estados Unidos de Norteamérica conservan la información electrónica. Las nuevas reglas obligarán a las empresas a organizarse mejor en cuanto a su manejo de la ESI, a comenzar a buscar y a implementar herramientas que les permitan brindar información sobre la ESI que se genere en la empresa y, sobre todo, a administrar el almacenamiento de la ESI. El incumplimiento de estas reglas federales puede tener consecuencias económicas muy severas, e incluso ante su omisión en que la sentencia del juicio se emita justamente en contra de la parte que se encuentre en incumplimiento de las nuevas reglas referidas.

Nuevas Reformas/Requisitos

Las nuevas reformas a las Reglas Federales sobre Procedimiento Civil (Federal Rules of Civil Procedure – "FRCP"), que rigen la presentación preliminar de pruebas en los juicios¹ civiles

federales, requieren que los abogados de las empresas y los encargados de tecnología de la información en las empresas demuestren:

- Cómo se almacenan o conservan los documentos electrónicos (mensajes de correo electrónico, documentos en Word y Excel, etc.);
- Qué mecanismos utilizan para tener acceso y recuperar los documentos electrónicos;
- Cuándo se eliminaron los documentos electrónicos; y
- Qué tipo de información "no resulta razonablemente accesible" (por ejemplo, la información que se encuentra en las cintas de respaldo en caso de pérdidas) y, por ende, puede excluirse de las obligaciones de preservación o presentación preliminar de pruebas.

A efecto de lograr lo anterior, las empresas deberán contar con programas de software y sistemas apropiados para el almacenamiento de documentos que les permitan archivar automáticamente informes de los programas que utiliza la empresa.

Las nuevas reglas prevén requisitos de notificación y métodos predefinidos para la presentación preliminar de pruebas, con énfasis en el diálogo y el acuerdo entre las partes litigantes. Asimismo, las nuevas reglas establecen una definición muy amplia respecto al concepto de presentación preliminar de pruebas electrónicas, exigen la consideración anticipada o en las primeras etapas (desde la primera reunión con el asesor legal) de toda cuestión relativa a la presentación preliminar de pruebas electrónicas, contemplan la consideración de costos derivados de la presentación preliminar de pruebas electrónicas y otorga protección legal por seguir de buena fé un plan de retención o conservación de documentación.

Consecuencias/Sanciones

Todas las partes que intervienen en el litigio tienen la obligación de observar las nuevas reglas: los abogados externos de la empresa, el asesor legal interno y los ejecutivos. El incumplimiento de estas reformas expone a las empresas estadounidenses y a cualquier empresa que realice actividades comerciales en los Estados Unidos de Norteamérica, junto con sus abogados, a sanciones muy severas, que pueden ser desde sanciones pecuniarias, exclusión de ciertas pruebas o incluso ante su omisión en que la sentencia del juicio se emita justamente en contra de la parte que se encuentre en incumplimiento de las nuevas reglas. Sin duda, antes de la implementación de estas reglas más estrictas, las Cortes Federales estadounidenses imponían sanciones muy severas a las partes de un litigio por falta de cooperación en las solicitudes de presentación preliminar de pruebas electrónicas:

- En el año 2005, un jurado otorgó el veredicto más cuantioso

¹ La presentación preliminar de pruebas en un litigio (conocido en derecho norteamericano como "Discovery") es el método por el cual los litigantes reúnen todas las pruebas que pretenden utilizar para sustentar sus acciones. En particular, las partes deben "revelar de forma preliminar" al comienzo del litigio el tipo y la cantidad de documentos e información electrónica relevantes que poseen. A la contraparte le está permitido solicitar documentos, tomar testimoniales especiales por escrito, solicitar por escrito confesionales y tomar declaraciones juradas extrajudiciales. Existe la expectativa de que cada parte cooperará plenamente en el proceso de presentación de pruebas; de lo contrario, serán sancionadas

a favor de la parte demandante (\$1.45 billones) después de que el juez sugirió a los miembros de dicho jurado que podían suponer que la parte demandada había ayudado a defraudar a la parte demandante. El razonamiento de la Corte: la parte demandada no cumplió con su deber de preservar la información electrónica;

- En el año 2004, un jurado otorgó a la parte demandante alrededor de \$30 millones (\$20 millones sólo por concepto de indemnización por daños y perjuicios) después de que el juez sugirió a los miembros de dicho jurado que podían inferir que la parte demandada había destruido información que habría contribuido a probar las acciones de la parte demandante. El razonamiento de la Corte: la parte demandada no tomó las medidas necesarias para preservar los correos electrónicos pasados de sus empleados; y
- En el año 2004, una corte ordenó a la parte demandada el pago de \$566.838 por concepto de sanciones previas al juicio. El razonamiento de la Corte: tuvo conocimiento de que la parte demandada había destruido correos electrónicos en lugar de proporcionarlos a la parte demandante.

Las nuevas reglas otorgan cierta protección legal para los casos de pérdida involuntaria de información electrónica. No obstante, hay una divergencia de opiniones acerca de si las

nuevas reglas protegerán a las empresas de sanciones derivadas de los actos de empleados irresponsables que borran o alteran información en contra de las políticas de la empresa respecto al almacenamiento de información. Las reglas tampoco eximirán el incumplimiento de las partes de sus deberes de preservación conforme a las leyes y reglamentos vigentes, o cuando prevean la posibilidad de que se iniciarán acciones legales. Por último, las cortes aún tienen autoridad, conforme al derecho consuetudinario, para sancionar a las partes por contravención a las reglas del proceso, incluyendo contravenciones a reglas respecto a la presentación preliminar de pruebas en un litigio.

Conclusión

El manejo y el tratamiento de la ESI presenta diversas dificultades que tanto las empresas estadounidenses como aquellas que desarrollan actividades comerciales en los Estados Unidos de Norteamérica deben tener en cuenta. Una empresa que entiende las cuestiones relativas a la información almacenada en medios electrónicos, que planea el futuro, que se comunica con sus empleados y trabaja con un equipo legal y de tecnología de la información con la debida experiencia y tecnología adecuada, puede aprovechar los frutos y evitar los riesgos potenciales que representa la presentación preliminar de pruebas electrónicas en un litigio.



Aspectos Sobre la Nueva Política de Tolerancia Cero de los Estados Unidos Respecto de los Empleadores: Lineamientos Para Garantizar Que los Empleadores Cumplan Con el Formulario I-9

Por David Chidlaw y Adena Hadar

El 19 de abril de 2006, la Oficina de Inmigración y Aduanas de los Estados Unidos (US Immigration and Customs Enforcement – ICE) realizó una inspección en las instalaciones de una de las empresas más importantes de los Estados Unidos, IFCO Systems North America (IFCO). Como resultado de dicha inspección, el gobierno arrestó a siete gerentes y detuvo a 1,187 empleados supuestamente indocumentados de IFCO. El gobierno acusó a los gerentes de IFCO de conspiración intencional para reclutar trabajadores ilegales. Los cargos por conspiración implican una pena de hasta 10 años de prisión y una multa de hasta \$250,000 por cada extranjero o un máximo de casi \$300 millones por cada uno de los siete gerentes.

La inspección a IFCO simplemente representa una de las tantas inspecciones que ICE realizó el año pasado. De hecho,



recientemente se han llevado a cabo inspecciones similares en el sur de California y en todo el País. Estas inspecciones han puesto nerviosos a los empleadores de todo el País porque el mensaje del gobierno es claro. Se trata de una nueva política de tolerancia cero para los empleadores que “deliberadamente” contraten a personas extranjeras ilegales para que desarrollen una actividad laboral. Tal como anunció el Secretario de Seguridad Nacional, Michael Chertoff, el día siguiente a la inspección de IFCO, “[e]stas medidas de control demuestran que este departamento no tiene paciencia respecto de los empleadores que toleran o contribuyen a un tipo de economía que se desarrolla en las sombras. Nuestro objetivo consiste en buscar a los empleadores que, deliberadamente o en forma imprudente, contratan trabajadores no autorizados. Asimismo, utilizaremos todas las facultades que se nos han conferido para cerrar las empresas que utilicen mano de obra ilegal para generar ganancias.” Consulte el Comunicado de Prensa del Departamento de Seguridad Nacional de fecha 20 de abril de 2006.

A la luz de que se realicen un mayor número de inspecciones por parte de la ICE, este artículo brinda una sinopsis de la legislación actual y la protección legal propuesta por la normativa respecto a cartas sobre “falta de concordancia.” Además, brindaremos cierta orientación sobre asuntos y errores comunes relacionados con el formulario I-9.

Breve Resumen Sobre la Legislación Actual y la Normativa Propuesta

Todos los empleadores deberán completar el Formulario I-9 por cada nueva contratación que realicen. Asumiendo que esto se haya realizado adecuadamente, es posible que aún surjan ciertos problemas cuando el empleador reciba una carta de “falta de concordancia” de la Administración de Seguridad Social (*Social Security Administration – SSA*). Dicha carta informa a los empleadores que, según los registros de la SSA, uno o más de los nombres y números de seguro social que se han notificado a la SSA en el informe obligatorio de nómina no concuerdan. Actualmente, se notifica a los empleadores para que verifiquen sus registros y notifiquen a los empleados si los registros del empleador no concuerdan con los registros de la SSA. Los empleados tienen la responsabilidad de consultar sus propios registros y consultar con la SSA. Si el empleado no respondiera, el empleador responderá sobre la base de “evaluación de riesgos.” El empleador no puede despedir a un empleado únicamente por el hecho de haber recibido una carta de “falta de concordancia.” Sin embargo, el empleador podrá investigar la “falta de concordancia.”

Las normas actuales establecen sanciones (civiles y penales) para los empleadores que, deliberadamente, contratan personas no autorizadas para trabajar en los Estados Unidos. Las normas actuales no son claras respecto de cuándo el empleador posee el



conocimiento requerido (especialmente, el “conocimiento atribuido por ley a una persona en virtud de ser conocimiento que debe poseer utilizando el debido cuidado y diligencia, conocido en derecho norteamericano como conocimiento constructivo” en el contexto de falta de concordancia) para aplicar las sanciones previstas. Históricamente, la ICE no ha aplicado esta normativa en forma consistente contra los empleadores. Parece que el gobierno ahora está tomando una postura más firme respecto de su aplicación.

La normativa propuesta por la ICE creará una protección legal para los empleadores que, tras recibir una carta sobre falta de concordancia, adopten ciertas medidas para solucionar el problema. En virtud de la normativa propuesta, al recibir una carta de “falta de concordancia,” el empleador deberá verificar la existencia de errores en sus propios registros dentro de un plazo de 14 días. Si hubiera un error, el empleador podrá corregir los registros, proporcionar la información correcta a la SSA y solicitar la verificación por parte de la SSA. Si no hubiera un error por parte del empleador, éste deberá contactarse con el empleado. Si en los registros del empleado figurase una información diferente a la información del empleador, éste último podrá brindar esta información a la SSA y solicitar la verificación por parte de la SSA. Si el empleador no pudiera obtener la verificación de una concordancia, el empleador y el empleado deberán completar un nuevo formulario I-9 y el empleado deberá proporcionar cierta documentación e

información adicional. En virtud de la normativa propuesta, si el empleado no pudiera proporcionar la documentación requerida, empleador deberá dar por terminada la relación laboral. Sin embargo, la normativa propuesta aún se encuentra en una etapa de cambio continuo, y aún no se puede asegurar si se convertirá en ley y, si esto sucediera, cuándo se llevará a cabo.¹

Hasta que esta nueva normativa entre en vigor, los empleadores deberán cumplir con las normas actuales. Para dichos efectos, el aspecto más importante de estas normas se relaciona con el llenado y la conservación del Formulario I-9. A continuación, se mencionan brevemente algunos de los errores más comunes relacionados con el I-9.

Problemas y Errores Comunes del I-9

Plazos

El formulario I-9 debe ser completado en forma oportuna. La Sección 1 se debe llenar o completar cuando un empleado comienza a trabajar o con anterioridad a dicho momento. Consulte 8 C.F.R. § 274a.2(b)(1). El resto del formulario debe completarse dentro de los tres días siguientes al comienzo de la relación laboral del empleado. Id. en § 274a.2(b)(1)(ii). Existe una excepción a esta regla de los tres días y se aplica cuando un empleado corroborase en forma adecuada que ya ha solicitado el reemplazo de documentos clave debido a su pérdida, daño o robo. Id. en § 274a.2(b)(1)(vi)(C)(2). En este caso, el empleado deberá presentar dicha documentación en un plazo de 90 días a partir del

¹ Hay actualmente un programa piloto entre el SSA, y el Departamento de Seguridad Nacional, pero la participación en este programa piloto es complémente voluntaria.

inicio de la relación laboral. Id.

Conservación de los Formularios

Actualmente, los empleadores no tienen la obligación de conservar copias de los documentos que se usan para completar los formularios I-9. Consulte 8 C.F.R. § 274a y ss. Un empleador deberá evaluar detenidamente las ventajas y desventajas de la retención de dichos documentos. Por otro lado, los empleadores deberán conservar los formularios I-9 durante tres años a partir de la fecha de contratación o durante un año desde la finalización de la relación laboral, según lo que ocurra más tarde. Consulte 8 C.F.R. § 274a.2(b)(1)(viii)(2)(A). Los empleadores deberán conservar estos formularios en forma separada a otros registros. Un empleador deberá asegurarse de eliminar de sus actuales registros los formularios I-9 que no se encuentren actualizados.

Sea Consistente

Las políticas de los empleadores respecto de cómo deben llenarse o completarse los formularios I-9 se deben llenarse o seguir en forma consistente. Un empleador podría quedar expuesto a potenciales reclamos por discriminación si aplicara las políticas I-9 en forma inconsistente.

Reverificación

En ciertas circunstancias, puede resultar apropiado que el empleador vuelva a verificar los formularios I-9. Por ejemplo, en los casos de pérdida, daño o robo de los documentos, el empleador podrá, dentro de los 90 días siguientes, volver a verificar la autorización del empleado para laborar. Consulte id. en § 274a.2(b)(1)(vi)(C)(2). Si el empleado informara que es residente temporal con una fecha de vencimiento en la Sección 1, el empleador también podrá volver a verificar los documentos de este empleado. Consulte id. en § 274a.2(b)(1)(vi)(B)(1). Si un residente permanente legal ha presentado un pasaporte con un sello temporal o un permiso de reingreso (pero no ha presentado

una tarjeta de Seguro Social u otros formularios adecuados), el empleador también podrá volver a verificar la autorización de este empleado para laborar. Consulte id. § 274a.2(b)(1)(vi)(B)(2).

Preguntas de la Entrevista

Los empleadores también deberán estar conscientes respecto a la legislación federal y estatal sobre discriminación que prohíbe la realización de ciertas preguntas durante una entrevista que revelen el origen nacional, los antecedentes étnicos, etc. del postulante. Un empleador no puede, en una solicitud o entrevista, preguntar lo siguiente:² “¿Es usted ciudadano de los Estados Unidos, extranjero con residencia permanente, extranjero con residencia temporal, solicitante de la residencia temporal, refugiado o asilado?” Este tipo de pregunta evidentemente transgrede varias leyes sobre discriminación. Por otro lado, un empleador podrá preguntar lo siguiente en forma lícita: “¿Se encuentra usted autorizado actualmente para trabajar en los Estados Unidos y necesitará patrocinio para la visa de empleo ahora o en el futuro?” En el formulario I-9 se solicita esta información.

Algunas Prácticas Sugeridas Sobre I-9

A fin de garantizar su cumplimiento, a continuación se incluyen algunos consejos para los empleadores:

- Decida si copiará los documentos de respaldo y hágalo en forma consistente
- Mantenga los archivos de formularios I-9 en forma organizada y accesible
- Separe los formularios de los empleados actuales de los formularios de los ex empleados
- Establezca un sistema de recordatorio que le permita realizar un seguimiento de las fechas de vencimiento y reverificación
- Capacite a los empleados respecto de los detalles del cumplimiento del formulario I-9
- Realice una auditoría de los documentos I-9, como mínimo, en forma anual
- Manténgase actualizado respecto a los cambios de la normativa I-9

Conclusión

Dada la tendencia de un mayor control gubernamental y la posibilidad real de que la normativa propuesta entre en vigor, se aconseja a los empleadores que evalúen con atención el cumplimiento presente y futuro del formulario I-9 y del sistema de respuesta a la carta sobre “falta de concordancia.”

El material incluido en este boletín fue preparado sólo con fines informativos y, por lo tanto, dicho boletín no debe ser considerado como una recomendación u opinión legal, ya que es posible que su contenido no se aplique a los hechos o situaciones específicos de cada caso en particular.

² En el formulario I-9 se solicita esta información. Ello se encuentra permitido porque en el Formulario I-9 se solicita esta información en un contexto posterior a la oferta.