



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

LA INTEGRACIÓN DE LOS GRUPOS SOCIETARIOS
(EL CASO DE LA *HOLDING*)

ALUMNO :

LICENCIADO GUILLERMO ESPINOZA PLASCENCIA

ASESOR DE TESIS :

DOCTOR ARMANDO ENRIQUE CRUZ COVARRUBIAS

Tesis presentada para optar por el grado de
Maestro en Derecho Comercial y de la Empresa
con Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios
de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 984163 con fecha 17-VIII-98.

Zapopan, Jal., 18 de septiembre de 2007





UNIVERSIDAD PANAMERICANA CAMPUS GUADALAJARA



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA
BIBLIOTECA

LA INTEGRACIÓN DE LOS GRUPOS SOCIETARIOS
(EL CASO DE LA *HOLDING*)

ALUMNO :

LICENCIADO GUILLERMO ESPINOZA PLASCENCIA

ASESOR DE TESIS :

DOCTOR ARMANDO ENRIQUE CRUZ COVARRUBIAS

Tesis presentada para optar por el grado de
Maestro en Derecho Comercial y de la Empresa
con Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios
de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 984163 con fecha 17-VIII-98.

Zapopan, Jal., 18 de septiembre de 2007

CLASIF: TE MDC 2007 ESP

ADQUIS: 05823 ej 1

FECHA: 09/06/09

DONATIVO DE servicios

\$ escalafón

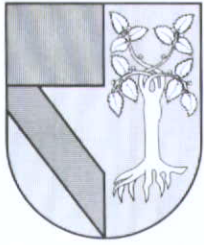
XIV, 241 h.: 29 cm.

3411.754 ESP 2007

Tesis (Maestría) - Universidad Panamericana (Campus Guadalupe), 2007

Bibliografía: h. 231-241

- Derecho comercial - Tesis y disertaciones académicas
- Derecho Internacional
- Derecho Constitucional



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

POSGRADO EN DERECHO

14 de septiembre del 2007

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

LIC. GUILLERMO ESPINOZA PLASCENCIA


Presente.

En mi calidad de presidente de la Comisión de Exámenes de Grado, y después de haber analizado el trabajo de titulación presentado por usted en la alternativa de **TESIS**, titulada:

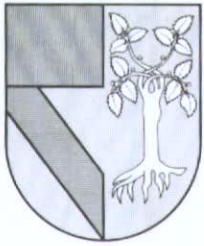
“La integración de los grupos societarios (el caso de la Holding)”

Le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos en vigor para ser presentado ante el H. Jurado del Examen de Grado, por lo que deberá de entregar ocho ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

ATENTAMENTE



DR. EDUARDO ISAIAS RIVERA RODRIGUEZ
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

POSGRADO EN DERECHO

14 de septiembre del 2007

DR. ISAIAS RIVERA RODRIGUEZ
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE
EXÁMENES DE GRADO
P R E S E N T E .

Me permito hacer de su conocimiento que **EL Lic. Guillermo Espinosa Plascencia** de la Maestría en Derecho Comercial y de la Empresa, ha concluido satisfactoriamente su trabajo de titulación con la alternativa TESIS, titulada:

“La integración de los grupos societarios (el caso de la Holding)”

Manifiesto que, después de haber sido dirigida y revisada previamente, reúne todos los requisitos técnicos para solicitar fecha de Examen de Grado.

Agradezco de antemano la atención prestada y me pongo a sus órdenes para cualquier aclaración.

A T E N T A M E N T E

Dr. Armando Enrique Cruz Covarrubias
ASESOR DE TESIS

TITULO de la investigación :

LA INTEGRACION DE LOS GRUPOS SOCIETARIOS

(el caso de la *Holding*)

JUSTIFICACION :

La falta de regulación jurídica en una sola ley de los Grupos societarios ordinarios –que no están integrados por *entidades financieras* (artículo 7º de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras)– y el Convenio de responsabilidades subsidiaria e ilimitada de la Controladora-matriz, genera que ésta sociedad quede a cubierto de toda reclamación por consecuencia de las operaciones sociales de los integrantes del Grupo.

Para justificar este trabajo, exponemos un ejemplo claro y cierto de lo anterior, proporcionado por el H. Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil, con sede en Guadalajara, Jalisco.

En efecto, en Guadalajara, Jalisco, México, la sociedad mercantil Controladora Agrofermex, Grupo empresarial, S.A. de C.V., acude ante el H. Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil, bajo expediente 04/2003-II, solicitando *motu proprio* su propio concurso mercantil y, consecuentemente, su quiebra total.

Simultáneamente las sociedades controladas integrantes del Grupo como son : Agrofermex Industrial del Sur, S.A.; Agrofermex del Norte, S.A.; Agrofermex de Occidente, S.A.; Agrofermex Comercial S.A.; Agrofermex Industrial de Guadalajara, S.A., Agrofermex del Sur, S.A., también solicitan *motu proprio* su propio concurso mercantil y su quiebra.

Los principales acreedores, son : Nacional Financiera, S.N.C.; Banorte, S.A.; Constructora Belltel, S.A.; Fertilizantes, S.A.; Comercial del Puerto, S.A.

Sin embargo, las controladas no cubrieron el total de las obligaciones a su cargo. La Controladora-matriz no respondió por las *obligaciones* de las filiales integrantes del Grupo, dado que dicha responsabilidad de las controladas no es extensiva para la Controlante.

OBJETIVOS :

La Codificación sustantiva en una sola Ley de los Grupos societarios ordinarios y el Convenio de responsabilidades subsidiaria e ilimitada de la Controladora-matriz, superará y perfeccionará el marco jurídico existente, sin caer en la sobre regulación, de forma tal que su objetivo primordial será brindar seguridad jurídico-económica a los acreedores que entregan sus mercancías, bienes o servicios, y a los accionistas minoritarios que entregan sus capitales a entidades mercantiles filiales o subsidiarias integrantes del Grupo.

Así, la extensión de la responsabilidad por las *obligaciones* y por las *pérdidas* de las filiales y subsidiarias, y por lo *daños y perjuicios* que cause la Controladora-matriz a las sociedades integrantes del Grupo, sólo podrá ser extendida a la Controlante de haberla motivado, si éstas encuadran expresamente en la Ley.

METODOLOGÍA :

Los métodos que se utilizarán para el desarrollo de este trabajo de Tesis son el método inductivo, deductivo, histórico, sistémico y comparativo.

El procedimiento para justificar su utilidad práctica, son específicamente la comprobación histórica del impacto que generan los Grupos societarios en la economía nacional; y la falta de regulación sustantiva propia de dichos Grupos, así como el Convenio de responsabilidades subsidiaria e ilimitada. Exponemos el método histórico del origen y evolución de los Grupos societarios en México y en el extranjero, y el método sistemático del régimen jurídico de las Agrupaciones de empresas. El método comparativo de sistemas jurídicos en otros países, lo utilizamos para acreditar que real y jurídicamente sí es dable la Codificación de los Grupos societarios. También usamos el método inductivo y deductivo para arribar a la conclusión de la Codificación que proponemos.

✂ A María Guadalupe Plascencia Guerrero,
mi madre.

A Alberto Villanueva Rascón,
gracias.

A don Carlos Enrique Zuloaga,
con gratitud.

Al doctor juris Carlos Cerda Dueñas
mi agradecimiento.

A Carmen Irene Gutiérrez Santos,
sinceramente.

INDICE GENERAL

Presentación	15
Capítulo I	
Las sociedades Controladoras <i>ipso jure</i>	26
Ley del Impuesto Sobre la Renta	27
Ley para Regular las Agrupaciones Financieras	29
Ley de Concursos Mercantiles	31
Código Fiscal de la Federación	33
Ley del Mercado de Valores	33
Ley de Instituciones de Crédito	34
Resumen	35
Capítulo II	
La integración de los Grupos societarios ordinarios	37
Integración vertical	40
Integración horizontal	41
Grupos societarios : radiales, piramidales	43
Participaciones Indirectas : Tipos	45
El dominio indirecto simple y el dominio indirecto múltiple	45
Requisitos de constitución de los Grupos societarios	47
Integración del Consejo de Administración	58

Compañías excluidas de Agrupaciones societarias	60
Resumen	62
Capítulo III	
El control político de la <i> Holding </i>	63
Control interno	65
Control externo	70
Control	73
Poder de mando	74
Resumen	75
Capítulo IV	
Prohibición de la Imbricación	77
Definición de Imbricación	79
Solución a la Imbricación	81
Adquisición de acciones que no implican Imbricación	82
Participaciones recíprocas de control sobrevenidas	83
Qué no es Imbricación	85
Regulación de la Imbricación	86
Readquisición de acciones	89
Pérdida del “control” y “poder de mando” de la Controladora	90
La <i>no</i> -pérdida del “control” y “poder de mando” de la filial	92
Auto-control	94

Resumen	96
Capítulo V	
De la Fianza	98
Definición de la Fianza	98
De la naturaleza y extensión de la Fianza	100
El artículo 1.822 del Código Civil Español	103
Obligaciones aseguradas con la Fianza	104
Artículo 1.823 del Código Civil Español	105
La Fianza es expresa	106
Artículo 1.830 del Código Civil Español	107
Resumen	108
Capítulo VI	
La extensión de la responsabilidad	110
El corrimiento del velo societario	114
Elementos de la doctrina del levantamiento del velo corporativo	116
Resumen	122
Capítulo VII	
El Convenio de responsabilidades	124
Definición de Convención	124
Caracterización de la responsabilidad subsidiaria	131

Responsabilidad de la controlada	133
Obligaciones omitidas en el Convenio	135
Titulares de derechos frente a la controlada	137
Resumen	139

Capítulo VIII

La delimitación del Convenio de responsabilidades	141
Convenio de liberación de responsabilidad	143
Contenido del Convenio	144
Resumen	150

Capítulo IX

La obligatoriedad del Convenio de responsabilidades	152
La motivación ética de la obligatoriedad del Convenio	153
Convenio y persona. Convenio y autonomía privada	154
Resumen	156

Capítulo X

Las <i>pérdidas</i> de la controlada	157
Definición de <i>pérdida</i>	157
Reglas para la distribución de <i>pérdidas</i> y ganancias	159
Disposiciones no aplicables a las sociedades controladas	162
Del <i>no-pago</i> de dividendos	164

Prohibición en la distribución de <i>pérdidas</i> y ganancias	165
Resumen	166

Capítulo XI

Los <i>daños</i> y <i>perjuicios</i> de la controlada	168
Definición de <i>daño</i>	168
Definición de <i>perjuicio</i>	168
De la gestión, conducción y ejecución de los negocios sociales	170
Del deber de diligencia	176
Del deber de lealtad y de los actos o hechos ilícitos	177
En qué consiste la indemnización	187
Resumen	188

Capítulo XII

Los activos de la <i> Holding</i> : <i>prenda común</i> de los acreedores	190
Definición de activo	190
Activos propiedad de la Controladora	198
Contenido del Balance	204
El Desglose del inmovilizado	205
El Desglose del activo circulante	206
Resumen	207

Capítulo XIII

De las acciones de responsabilidad	208
Artículo 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México	209
Artículo 1365 del Código de Comercio de México	209
Artículos 20 y 271 del Código Procesal Civil de Jalisco, México	210
Artículos 78 y 69 del Código Federal de Procedimientos Civiles de México ...	211
Artículos 542 y 543 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española	213
Interés jurídico y legitimación para accionar	217
Las acciones podrán ejercitarse por :	218
Resumen	224
Conclusiones generales	226
Propuestas	228
Bibliografía	231

PRESENTACION

Uno de los temas fundamentales sobre el cual nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles guarda absoluto silencio es el de las Agrupaciones societarias y, por ende, la *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* de las Controladoras. Así, la sociedad anónima en su carácter de sociedad Controlada no ofrece a sus acreedores más garantías que las de su propio patrimonio, estableciendo la Ley una separación tajante entre el patrimonio de la sociedad controlada y el de la Controladora, que queda a cubierto de toda reclamación por consecuencia de las operaciones sociales.

Las *pérdidas* de las filiales y subsidiarias, y los *daños y perjuicios* que les ocasione la Controladora, no podrá ser extensiva a los imputados de haberla motivado, si éstos no encuadran expresamente en la previsión legal; es decir, no sería posible hablar de *extensión de responsabilidad* en ningún otro supuesto que no fuese en los ahí contemplados, no sancionándose *per se* su existencia, sino sólo en las hipótesis expresamente previstas como determinantes de la procedencia de la *extensión de responsabilidad*.

La regulación de la *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* se propone lógicamente someter a su ámbito todos los Grupos societarios ordinarios, existentes en la fecha de su promulgación. Para conseguir este fin será preciso que Grupos societarios que se encuentren en esta situación, acometan las

reformas estatutarias para su adaptación a la Ley de Sociedades Mercantiles y reducir a Instrumento Público el Convenio de *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* y su correspondiente Inscripción en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, pues limitar la aplicación de la Ley a las Agrupaciones societarias de nueva creación, sería tanto como suspender indefinidamente la entrada en vigor del nuevo sistema supuesto que la mayoría de las sociedades agrupadas, singularmente aquellas de gran envergadura económica, prácticamente no se extinguen nunca.

Los Grupos societarios ordinarios, son aquellos que no están integrados por *entidades financieras* : almacenes generales de depósito, casas de cambio, instituciones de fianzas, instituciones de seguros, casas de bolsa, instituciones de banca múltiple, sociedades operadoras de sociedades de inversión, distribuidoras de acciones de sociedades de inversión, administradoras de fondos para el retiro y sociedades financieras de objeto múltiple (artículo 7º de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras).

En este trabajo exponemos propuestas de soluciones generales que en la práctica puedan solventar el problema de la evasión del Derecho privado. La razón es elemental : La reglamentación de las Agrupaciones societarias ordinarias y, por tanto, el Convenio de responsabilidades subsidiaria e ilimitada de la Controladora matriz que tiende a plasmarse en normas, dando lugar al levantamiento del velo de la personalidad jurídica.

Se pretende, de este modo, otorgar una enérgica protección a los acreedores que entregan sus mercancías, bienes o servicios, así como a los accionistas minoritarios que entregan sus capitales a entidades mercantiles Controladoras, por conducto de las sociedades controladas integrantes del Grupo.

Partimos de dos premisas : en primer lugar, la regulación de los Grupos societarios ordinarios, amparado en una sola Ley, reconociendo personalidad jurídica propia a las sociedades mercantiles Controladoras para hacer frente a sus obligaciones.

En segundo lugar, diferenciamos nítidamente el concepto de *subordinación*. El término *subordinación* alude al control que una persona jurídica ostenta sobre otra, por la adquisición por parte de la Controlante de, al menos, un cincuenta y uno por ciento de las acciones con derecho a voto del capital pagado de la sociedad controlada a través de la cual actúa la dominante. De ahí, entonces, la *extensión de responsabilidad subsidiaria e ilimitada* de la Controladora.

A partir de las dos premisas expuestas, si aceptamos esos puntos de partida, la sociedad Controladora matriz no puede eludir el derecho privado si con ello causa perjuicio a un tercero, con lo que se pretende se ignore la barrera formal de la personalidad para así poder dirigirse contra la sociedad matriz u otras del Grupo, principalmente en caso de incapacidad de la subsidiaria o filial para cumplir sus obligaciones.

Éste es el propósito fundamental que nos ha guiado : concretar en el sentido que las sociedades mercantiles ordinarias Controladoras tienen una personalidad jurídica propia, de modo que deba prescindirse de su velo formal si lo exige la protección de un tercero que invocará el levantamiento del velo para lograr someter la actuación de la Controladora al Derecho que debe regirle.

La Tesis se estructura en trece partes, cada una de las cuales constituye un capítulo que, relacionados entre sí, conforman un todo, una única pieza de trabajo; esto es, lo que en otras legislaciones de México, de alguna manera está previsto, entre otros : 1. La integración de los Grupos societarios; 2. La responsabilidad *subsidiaria e ilimitada* de la Controladora; 3. La responsabilidad *ilimitada* de la Controlante por el reintegro de las *pérdidas* de todas las sociedades miembros del Grupo; y, 4. La responsabilidad por los *daños y perjuicios* ocasionados por la Controladora a las sociedades controladas integrantes de la Agrupación.

El primero de ellos reducido a modo de pórtico introductorio a la materia de la Tesis, se refiere a las sociedades mercantiles Controladoras *ipso jure*, esto es, aquellas Agrupaciones societarias que están referidas en diversas leyes que solamente señalan cuándo una sociedad mercantil se considera Controladora, pero sin que formalmente queden codificados y regulados dichos Grupos, excepción hecha de los Grupos financieros integrados por entidades financieras previstas en el artículo 7º de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras de México.

En este Capítulo abordamos leyes de México que regulan o de alguna manera lo hacen respecto de Agrupaciones de compañías, tanto por integración vertical como horizontal, con la finalidad obvia de que a partir de este silogismo como argumento que da sustento lógico y jurídico al propósito de este trabajo de Tesis, se codifiquen los Grupos societarios en la Ley de Sociedades Mercantiles.

El Capítulo segundo, a la vista de los razonamientos expuestos en el anterior, determinamos cómo se integra un Grupo societario ordinario. Al efecto, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, señala cuándo una sociedad mercantil se considera Controladora; y al hacerlo nosotros en esta Tesis, llevamos a cabo el mismo ejercicio y buscamos el mismo fin que nos hemos propuesto. Sin embargo, dicha ley, no es aplicable, ni por mayoría de razón, a la sociedad Controladora ordinaria, ya que no controla entidades financieras descritas en esta legislación (artículo 7º).

El sustento jurídico inherente a la Codificación de los Grupos societarios ordinarios, son exactamente los lineamientos consagrados en Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la Ley del Mercado de Valores, el Código Fiscal de la Federación, la Ley de Concursos Mercantiles y la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Estas legislaciones son la base y fundamento legal que abordamos para regular en una sola Ley las Agrupaciones societarias ordinarias, sin que importe qué legislador lo estatuyó primeramente, ya que "las proyecte quien las proyecte

las normas son sancionadas por el Estado, quien deviene entonces su verdadero autor". A partir de la página 37 a la 62, presentamos este tema intitulado "La integración de los Grupos societarios ordinarios".

No puede existir sociedad sin control. Este "control" se manifiesta aun más cuando se trata de Grupos societarios, en donde indudablemente hay una sociedad tenedora de acciones a la que en la práctica se le conoce como Controladora. La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y la Ley del Mercado de Valores, regulan la relación de "control" y "poder de mando" de un sujeto sobre otro, como consecuencia de una "influencia dominante" efectivamente ejercida, que tiene por base la propiedad, en todo tiempo, de acciones con derecho a voto que representan, por lo menos, un cincuenta y uno por ciento del capital pagado de cada uno de los integrantes del Grupo; inclusive esa propiedad podrá tenerse por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora-madre. Lo que la faculta para nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de administración de cada uno de los integrantes del Grupo. A ese "control" lo denominamos "El control político de la *Holding*" que abordamos en las páginas 63 a la 76, y ahí remitimos al lector.

Aún tratándose de "integración horizontal", la Controladora-matriz no puede adquirir en ningún porcentaje capital social de las subsidiarias. Y las sociedades filiales no pueden participar en ninguna forma en el capital social de la Controladora-madre, ni de los demás integrantes del Grupo : filiales o subsidiarias,

que no sean aquellas subsidiarias dominadas por la propia filial. Las subsidiarias no pueden adquirir acciones representativas del capital social de la Controladora-matriz, ni de su propia Filial-controlante, ni de ninguna filial o subsidiaria integrantes del Grupo. Estas operaciones están prohibidas, dada la insolvencia y confusión de patrimonios de la Controladora y de las controladas integrantes del Grupo, que redundan en obvio perjuicio de acreedores. A este fenómeno se le conoce bajo el nombre de la figura jurídica de *Imbricación*, que ampliamente explicamos en el apartado "Prohibición de la Imbricación".

La *responsabilidad subsidiaria* también se advierte en el Contrato de Fianza. En efecto, el fiador no se obliga a título principal, con respecto al acreedor, sino solamente ante la previsión del incumplimiento del deudor que es el principal obligado, quedando la obligación extinguida o reducida a la parte que no se logre pagar con esos bienes. La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (artículo 28), al igual que la Fianza, regulan la *responsabilidad subsidiaria*. En uno y en otro caso, se trata de *responsabilidad subsidiaria*, ya que por el Contrato de Fianza, una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace y, por su parte, la Controladora responde *subsidiaria e ilimitadamente* del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las sociedades integrantes del Grupo. Así entonces, los principios que rigen para el Contrato de Fianza, son aplicables al Convenio de *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* de la Controlante, dado que en ambos actos jurídicos, una parte se obliga *subsidiariamente*, por un tercero. El fiador y la Controladora asumen un deber directo, frente al acreedor de

un tercero (fiado y controlada). En las páginas 98 a la 109, explicamos la *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* de la Controladora, bajo la figura jurídica de la Fianza.

La responsabilidad por las *obligaciones* a cargo de las controladas y por las *pérdidas* de éstas sociedades, es extensiva para la Controladora. En la integración horizontal, estas mismas responsabilidades deben recaer en la propia Controlante-matriz, dado que ejerce “control” y “poder de mando” indirecto, sobre las *subsidiarias*, por conducto de sus filiales. Los *daños y perjuicios* que ocasione la controlante-filial a las *subsidiarias*, es responsabilidad que también debe imputarse a la Controladora-madre, precisamente por ese “control” y “poder de mando” indirecto. En estos casos, estamos frente a lo que la doctrina denomina “corrimiento del velo corporativo o desconocimiento de la personalidad”, que ampliamente tratamos bajo el rubro “La extensión de la responsabilidad”.

El Convenio de *responsabilidad subsidiaria e ilimitada*, incluye las *obligaciones* y las *pérdidas* de las sociedades integrantes del Grupo, y corren íntegramente a cargo de la Controladora-matriz, para evitar un estado de desprotección jurídica de terceros y de los propios socios minoritarios frente al velo de la Controlada. Asimismo, el Convenio comprende los *daños y perjuicios* que ocasione la Controlante a las controladas. Aunque debemos decir que estas obligaciones son *juris et de iure*, es decir, “de pleno derecho”, una vez regulados

los Grupos societarios ordinarios en una sola ley, que comprenderá también dichas responsabilidades, por la legítima razón de que la Controladora-matriz ejerce “control” y “poder de mando” sobre todas y cada una de las sociedades integrantes del Grupo. Este tema lo tratamos en las páginas 124 a la 140, con el nombre de “El Convenio de responsabilidades”.

El Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada*, tiene sus limitantes. Es decir, no contendrá más obligaciones a cargo irrefutable de la Controlante-madre de aquellas que deriven de su propia responsabilidad como Controladora-administradora. Estas obligaciones consisten en que responderá subsidiaria e ilimitadamente por las *obligaciones* a cargo de las controladas; y responderá *ilimitadamente* por las *pérdidas* de dichas sociedades; responderá también por los *daños y perjuicios* que cause a estas mismas sociedades. Por tanto, los acreedores sociales de la sociedad Controlada son acreedores, al mismo tiempo, de la Controladora, dado que se trata de un Convenio de liberación de responsabilidad que lo asume la *Holding-madre*. Lo que exponemos en el epígrafe “La delimitación del Convenio de responsabilidades”.

En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera que aparezca que quiso obligarse. En materia de obligaciones la primera ley es la del contrato –contrato en *sentido estricto*– y tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y debe cumplirse en el modo y forma en que está establecido, y está

subordinada a las demás disposiciones legales. Así, las responsabilidades por *pérdidas*, *obligaciones* a cargo de las controladas y los *daños* y *perjuicios* de éstas sociedades, corren a cargo incondicional de la Controladora y deben constar por escrito (Convenio), firmado por la sociedad Controlante y las controladas integrantes de la Agrupación, como lo exponemos de la página 152 a la 156 con el nombre de “La obligatoriedad del convenio de *responsabilidades*”, en donde además señalamos por qué razón el Convenio es ley especial para las partes.

La Controladora responde *ilimitadamente* por las *pérdidas* de todas las filiales y subsidiarias integrantes del Grupo empresarial. Esta es una obligación razonablemente asignada a la Controlante, dado que participa en las *actividades* o *decisiones* de todas las sociedades integrantes de la Agrupación, por virtud del “poder” y “control de mando” directo e indirecto que ejerce, que le otorgan la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de administración de cada uno de los integrantes del Grupo. La obligación a cargo de la Controladora-matriz por las *pérdidas*, es ineludible, tal y como lo decimos en el Capítulo llamado “Las *pérdidas* de la controlada”.

La propiedad directa o indirecta de acciones con derecho a voto del capital pagado de los integrantes del Grupo societario, son la razón suficiente que faculta a la adquirente Controladora-matriz para nombrar directa o indirectamente a la mayoría de los miembros del Consejo de administración de cada uno de los miembros de la Agrupación y, consecuentemente, para que responda por los

daños y perjuicios que por culpa o imprudencia cause a las filiales; así como por los *daños y perjuicios* que por culpa o imprudencia cause la filial-controlante a las *subsidiarias*, ya que esta obligación es extensiva a la Controladora-matriz. En el apartado “Los *daños y perjuicios* de la controlada”, exponemos cómo, cuándo, por qué y en qué casos la Controlante ocasiona *daños y perjuicios* a la controlada, y decimos en qué consiste la indemnización.

Los activos de la Controladora son *prenda común* de los acreedores. En efecto, la Controladora-matriz responde de las *obligaciones*, de las *pérdidas* y por los *daños y perjuicios* de todas y cada una de las sociedades integrantes del Grupo, con todos sus activos presentes y futuros que están a disposición del acreedor garantizado. No se sustrae de la responsabilidad *subsidiaria e ilimitada* que asume al ser cabeza del Grupo, es decir, Administradora-Controlante. De la página 190 a la 207, detallamos los bienes propiedad de la *Holding-matriz*, con los que hace frente a dichas obligaciones.

Finalmente, en el Capítulo trece analizamos el ejercicio de las acciones de responsabilidad por *pérdidas*, por las *obligaciones* y por *daños y perjuicios* de la controlada, en donde el actor deberá justificar su interés jurídico y legitimación para accionar. También citamos quiénes tienen interés jurídico y legitimación en la causa activa para ejercitar esas acciones.

CAPITULO I

LAS SOCIEDADES CONTROLADORAS *IPSO JURE*

La Ley General de Sociedades Mercantiles de México, no contiene normas que contemplen las Agrupaciones societarias; no establece ninguna regla que pueda considerarse imperativa, para proteger los derechos subjetivos de los socios minoritarios, ni de los intereses de terceros.

No tiene una sección especialmente dedicada a las relaciones entre sociedades o a los Grupos de éstas, sino que hallamos normas dispersas, en donde se contemplan diversas situaciones en las que pueden hallarse incursas las sociedades cuando se relacionan entre sí.

Por esta razón, debemos concluir en que los efectos provenientes de las calidades de sociedad Controlante y controlada, las consecuencias derivadas de un control societario, debemos hallarlos en otras disposiciones legales, en las que se hace referencia a ellas.

Los Grupos societarios se encuentra referidos en diversas normas de nuestro sistema legal, a saber : En el Código Fiscal de la Federación; Ley de Aeropuertos, Ley de Concursos Mercantiles; Ley de Instituciones de Crédito; Ley de Inversión Extranjera; Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; Ley

de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros; Ley de Sociedades de Inversión; Ley de Impuesto al Activo; Ley del Impuesto Sobre la Renta; Ley del Mercado de Valores; Ley Federal de Derechos; Ley Federal de Instituciones de Fianzas; Ley para Regular las Agrupaciones Financieras; Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

De todas estas normas jurídicas sólo la Ley del Impuesto Sobre la Renta, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la Ley de Concursos Mercantiles, el Código Fiscal de la Federación, la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Instituciones de Crédito, señalan cuándo una sociedad mercantil se considera Controladora. Las demás leyes no abordan este aspecto, y se remiten en cuanto a su regulación y requisitos para considerarse como Grupos societarios, y cuándo se reconoce sociedad mercantil Controladora, precisamente a la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, o a la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

La **Ley del Impuesto Sobre la Renta**, considera sociedades Controladoras cuando se trate de una sociedad residente en México, que sean propietarias de más del cincuenta por ciento de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora; y que en ningún caso más del cincuenta y uno por ciento de sus acciones con derecho a voto sea propiedad de otra u otras sociedades, salvo que

dichas sociedades sean residentes en algún país con el que se tenga acuerdo amplio de intercambio de información.

Obviamente con esta participación accionaria se tendrá siempre el control de la Asamblea General de accionistas y se estará en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración, de todos y cada uno de los integrantes del Grupo.

Para efectos de la ley, no se considera como acciones con derecho a voto, aquellas que lo tengan limitado y las que en los términos de la Ley General de Sociedades Mercantiles se denominan *acciones de goce*¹. Y agrega que tratándose de sociedades que no sean por acciones se considerará el valor de las *partes sociales*. Esas acciones no computan para efectos del control efectivo de la sociedad controlada de que se trate; ya que además las *acciones de goce* no son representativas de porciones de capital social.

Dicho ordenamiento jurídico coincide con la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, con la Ley de Concursos Mercantiles, con el Código Fiscal de la Federación y con la Ley del Mercado de Valores, en el sentido que consideran como sociedades Controladoras aquellas que sean propietarias de, al

¹ ACCIONES DE GOCE : Son *acciones de goce* aquellas que se emiten en lugar de las acciones amortizadas cuando así lo prevea expresamente la escritura social. v, CORTINA ORTEGA, Gonzalo, *Prontuario bursátil y financiero*, Trillas, México, 1999, p. 10.

menos, un cincuenta y uno por ciento de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas.

Tales participaciones accionarias con derecho a voto del capital pagado de otra u otras sociedades, otorgan a la Controlante-matriz el *control político* del Grupo ya que tiene la mayoría de votos suficientes para imponerse en todas las decisiones que se deben adoptar en las asambleas, ya sean ordinarias o extraordinarias, por lo que ningún asunto puede ser resuelto *sin su voluntad*, ya sea por aplicación de las cláusulas estatutarias o, en su caso, por las reglas que establece la Ley de Sociedades Mercantiles en materia de *quórum* y mayorías necesarias para adoptar decisiones asamblearias.

La ley en comento, al igual que la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la Ley de Concursos Mercantiles, el Código Fiscal de la Federación, Ley del Mercado de Valores y la Ley de Instituciones de Crédito, previene la integración vertical de Grupos societarios en donde la Controladora ejerce control directo del Grupo, es decir, sobre las *filiales*. Pero además, en los mismos términos de estas leyes, también previene la integración horizontal de agrupaciones societarias en donde la Controlante ejerce control indirecto sobre las *subsidiarias*, las que son controladas por una *filial*, que a su vez es controlada por la *Holding-madre*.

La **Ley para Regular las Agrupaciones Financieras**, señala que los Grupos

financieros estarán integrados por una sociedad anónima controladora y por algunas de las entidades financieras siguientes : almacenes generales de depósito, casas de cambio, instituciones de fianzas, instituciones de seguros, casas de bolsa, instituciones de banca múltiple, sociedades operadoras de sociedades de inversión, distribuidoras de acciones de sociedades de inversión, administradoras de fondos para el retiro y sociedades financieras de objeto múltiple. El grupo podrá formarse con cuando menos dos de las entidades financieras citadas, que podrán ser del mismo tipo. Un grupo financiero no podrá formarse sólo con dos sociedades financieras de objeto múltiple.

Esta ley sienta las bases de organización y funcionamiento de los Grupos financieros; establece la manera en qué habrán de operar, y protege los intereses del público inversionista.

También establece que el control de las asambleas generales de accionistas y de la administración de todos los integrantes de cada Grupo, lo tiene una misma sociedad anónima Controladora, es decir, tiene el *control político* del Grupo, dado que es propietaria, en todo tiempo, de acciones con derecho a voto que representan, por lo menos, un cincuenta y uno por ciento del capital pagado de cada uno de los integrantes de la agrupación; por lo que está en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de administración de cada uno de los integrantes del Grupo. Asimismo, la duración de la Controlante es indefinida y su domicilio social se encontrará en territorio nacional.

Esta ley se aviene a la Ley del Impuesto Sobre la Renta, a la Ley de Concursos Mercantiles y al Código Fiscal de la Federación, dado que considera sociedad Controlante aquella que es propietaria, en todo tiempo, de acciones con derecho a voto que representen, por lo menos, un cincuenta y uno por ciento del capital pagado de cada una de las sociedades controladas. También refiere la integración horizontal y la integración vertical de Grupos societarios.

La **Ley de Concursos Mercantiles** dice que son sociedades mercantiles Controladoras cuando se trate de una sociedad residente en México, que sean propietarias de más del cincuenta y uno por ciento de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma Controladora, y que en ningún caso más del cincuenta y uno por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades.

Esta ley considera como acciones *sin derecho a voto*, aquellas que lo tenga *limitado*² y las que en los términos de la Ley General de Sociedades Mercantiles se denominen *acciones de goce*; y que tratándose de sociedades que no sean por acciones se considerará el valor de las *partes sociales*.

² ACCION PREFERENTE : También llamada "*de voto limitado*". Es aquella para la que, de acuerdo con el contrato social, puede pactarse el derecho de voto solamente en asambleas extraordinarias que se reúnan para los asuntos comprendidos en las fracciones I, II, IV, V, VI y VII, del artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. v. CORTINA ORTEGA, op. cit., p. 11.

También considera sociedades controladas aquéllas en las cuales más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad Controladora. Dice que para estos efectos, la tenencia indirecta será aquélla que tenga la Controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma Controladora, esto es, la sociedad filial-controlante.

Esta ley prescribe en idénticos términos de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y el Código Fiscal de la Federación, que son sociedades Controladoras las que residan en territorio mexicano y sean propietarias de, cuando menos, un cincuenta y uno por ciento de las acciones con derecho a voto de las filiales integrantes del Grupo.

Dos son los sistemas de agrupaciones societarios previstos por esta Ley, y son : 1. la integración vertical y 2. la integración horizontal. Lo que resulta concordante con la Ley del Impuesto Sobre la Renta, el Código Fiscal de la Federación, la Ley del Mercado de Valores, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y la Ley de Instituciones de Crédito, que también previenen la integración vertical y la integración horizontal de Grupos societarios en donde la Controladora ejerce control directo del Grupo, es decir, sobre las *filiales*; y también impone su control indirecto sobre las *subsidiarias*, controladas por una filial, que a su vez es controlada por la *Holding*-matriz.

Al Igual que la Ley del Impuesto Sobre la Renta, previene que las *acciones de voto limitado* y las *acciones de goce*, se consideran *sin derecho a voto* y, por lo tanto, no computan para el control de la Asamblea de Accionistas.

El **Código Fiscal de la Federación** considera como sociedades Controladoras o controladas las que en los términos de la Ley del Impuesto Sobre la Renta se consideren como tales. Dice que cuando sean poseídas por una misma persona física o moral en más del cincuenta por ciento de las acciones o *partes sociales* con derecho a voto de una sociedad, y que cuando una misma persona física o moral ejerza control efectivo de ellas, aun cuando no determinen resultado fiscal consolidado, que se trata de Controladoras.

Este Código es congruente con la Ley del Impuesto Sobre la Renta, con la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y con la Ley de Concursos Mercantiles, ya que prescribe con exactitud que una sociedad mercantil Controladora, es propietaria, perennemente de, al menos, un cincuenta y uno por ciento de las acciones o partes sociales con derecho a voto de los integrantes del Grupo societario.

De acuerdo a la **Ley del Mercado de Valores**, se entiende por "Entidades financieras", las sociedades Controladoras de Grupos financieros; por "Filial", la sociedad anónima en cuyo capital participe mayoritariamente una institución

financiera del exterior o una sociedad Controladora-filial; por "Grupo empresarial", el conjunto de personas morales organizadas bajo esquemas de participación directa o indirecta del capital social, en las que una misma sociedad mantiene el control de dichas personas morales; por "Sociedad Controladora-filial", la sociedad mexicana autorizada para constituirse y operar como sociedad Controladora, y en cuyo capital participe mayoritariamente una institución financiera del exterior.

En iguales términos que la del Impuesto Sobre la Renta, la de Concursos Mercantiles, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y la Ley de Instituciones de Crédito, también previene la integración vertical y la integración horizontal de Grupos societarios, en donde la Controladora ejerce control directo e indirecto del Grupo, según sea la composición, es decir, sobre las *filiales* –control directo– o sobre las subsidiarias –control indirecto–. Y señala quiénes son sociedades controladas y quiénes son filiales-controlantes.

Caso especial representa la **Ley de Instituciones de Crédito**, ya que de acuerdo al artículo 89, las instituciones de crédito, cuando no formen parte de grupos financieros previstos por la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (artículo 7º), podrán invertir, directa o indirectamente, en títulos representativos del capital social de entidades financieras del exterior.

Su inversión hace que se instituya como sociedad mercantil Controladora,

dado que es propietaria, directa o indirectamente, de acciones con derecho a voto de entidades financieras del exterior que representan por lo menos el cincuenta y uno por ciento del capital pagado. Por lo tanto, tiene el control de las asambleas generales de accionistas y está en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración o sus equivalentes.

Advertimos tanto la integración horizontal como la integración vertical del Grupo encabezado precisamente por la institución de crédito.

Resumen : La regulación a cabalidad de los Grupos societarios, controlantes y controladas lo aborda la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

Lo anterior y lo expuesto en este Capítulo, nos llevan a la necesidad de instituir la norma jurídica única que regule los Grupos empresariales ordinarios, a través de normas de carácter societario, ya que ninguna disposición de la Ley General de Sociedades Mercantiles les alcanza, pues las relaciones entre este tipo de empresarios no están contempladas en esta legislación.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta, la Ley de Concursos Mercantiles, el Código Fiscal de la Federación, la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Instituciones de Crédito, regulan de alguna forma la integración horizontal y vertical de los Grupos societarios, señalando con precisión quiénes son

Controladoras y quiénes son Controladas; determinan cuándo existe una Agrupación societaria y cuándo se tiene “control” y “poder de mando” sobre una sociedad mercantil, para considerarla entonces como Controladora, aquella que ejerce tal poder; esto es, el *control político* del Grupo.

Todas estas leyes son absolutamente compatibles entre sí en cuanto a la constitución y funcionamiento de Grupos societarios; y se complementan entre sí, precisamente para este fin. Por lo tanto, la aplicación en lo conducente de estas disposiciones para la integración y funcionalidad de las Agrupaciones societarias ordinarias, es completamente sustentable y legal para regular los Grupos societarios en la Ley General de Sociedades Mercantiles, tanto por integración vertical como por integración horizontal.

CAPÍTULO II

LA INTEGRACIÓN DE LOS GRUPOS SOCIETARIOS ORDINARIOS

Tratar de delimitar y definir un Grupo de sociedades no es tarea fácil. Son tantas y tan variadas las posibilidades de crear agrupaciones mercantiles que se hace verdaderamente difícil encontrar los rasgos característicos que definan esa figura.

Al respecto, Zarkín Cortés³ dice que quizá las compañías dominatrices (*holding*) sean el tipo de organización económica que mayor dificultad encuentre para poder ser regulada eficazmente, toda vez que la estructura organizacional a adoptar encuentra formas diversas y complejas.

Sin embargo, el punto de partida de cualquier intento de definición del Grupo de sociedades ha de situarse necesariamente en su consideración como una unidad económica formada por un conjunto de entidades jurídicamente independientes. Estas sociedades del Grupo aportan un conjunto de recursos económicos manejados por una dirección única. Existe, por lo tanto, una voluntad común que se plasma en la unidad de decisión a nivel de dirección estratégica. Y esa *unidad de decisión a nivel estratégico* es precisamente la norma determinante para definir la existencia de un Grupo.

³ ZARKÍN CORTÉS, Sergio Salomón, *Derecho corporativo*, Porrúa, México, 2005, p. 78

En la integración de los grupos, a la unidad de decisión se llega mediante la adquisición de participaciones accionarias mayoritarias en el capital de otras sociedades. Estas inversiones mayoritarias otorgan a la sociedad compradora la posibilidad de controlar y dirigir las operaciones de las sociedades participadas, que se convierten así en sociedades filiales o subsidiarias. Este es el cause más usual de conseguir la unidad de decisión, dando lugar a los *grupos de dependencia o de dominio*, en los que se identifica claramente a la sociedad dominante por un lado, que es la que ejerce la dirección y el control del conjunto, y a las sociedades dependientes por otro, que son las sociedades dominadas por aquélla.⁴

Así, corresponde al primer nivel –la Controladora, en la integración vertical– desarrollar la planeación estratégica, donde la asamblea de accionistas planea los objetivos o destino final de la empresa –la filial–, designando al Consejo de administración para que elabore las políticas que permitan aclarar los cursos de acción al siguiente nivel –las subsidiarias, en la integración horizontal–.⁵

De lo anterior, corresponde ahora exponer qué es una HOLDING COMPANY (sociedad Controladora) : Es una sociedad de control; sociedad controlante; sociedad cuyo objeto principal es detentar participaciones de control en otras

⁴ FERNANDEZ FERNANDEZ, José Miguel, *Consolidación de estados contables*, AC, Madrid, 1993, p. 4-5.

⁵ LARIS CASILLAS, Francisco Javier, *Estrategias para la planeación y el control empresarial*, Trillas, México, 1988, p. 37

sociedades;⁶ que actúa como “cabeza” del grupo, y que tendrá por misión ejercer el poder único coordinado sobre todas las componentes de la agrupación.⁷

Y la SOCIEDAD MERCANTIL CONTROLADA : Es aquélla en la cual más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad Controladora. Para ello la tenencia indirecta será aquélla que tenga la Controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma Controladora.

Se trata de un fenómeno societario nuevo : la asociación de sociedades, esto es la existencia de diversas personas jurídicas que se asocian con un fin que llena el objeto social de cada una de ellas y que en conjunto obtienen un objeto que es superior a los individuales de cada una.⁸

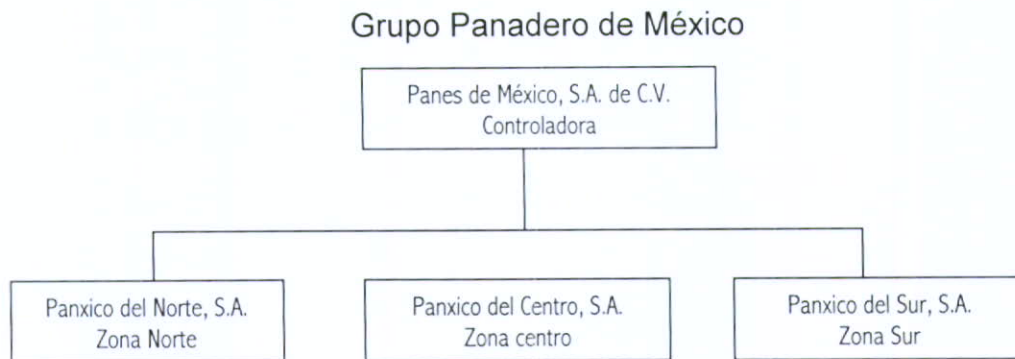
Sin embargo, el Grupo societario estará integrado por sociedades mercantiles reconocidas en la legislación mexicana, a excepción de entidades financieras previstas en el artículo 7º de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, dado que se trata de Grupos ordinarios y, por tanto, no se aplica ésta ley a la Controladora, en cuanto a la responsabilidad *subsidiaria e ilimitada*.

⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Diccionario Jurídico*, Heliasta, Argentina, 1983.

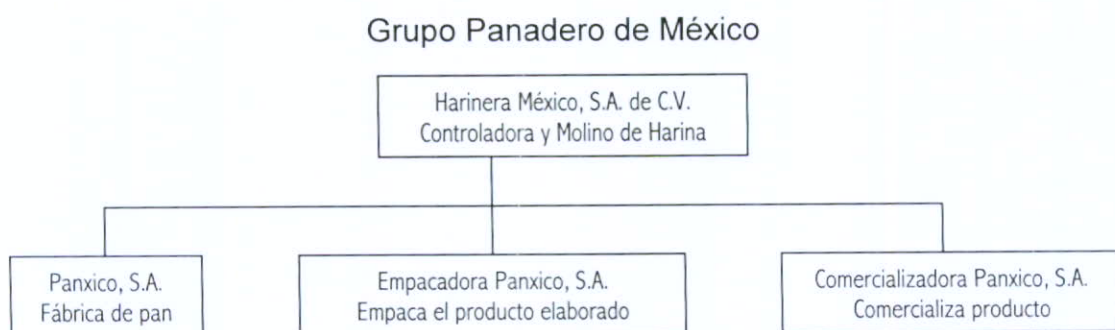
⁷ MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, t. I, Depalma, Argentina, 1993, p. 325.

⁸ MEJAN CARRER, Luis Manuel C., *La agrupación de sociedades y los grupos financieros*, Revista ARS Iuris número 26, del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, 2001, p. 229-239.

Los objetos sociales de las empresas afiliadas a un Grupo –escribe Mejan Carrer– pueden ser idénticos, similares, complementarios o absolutamente disímbolos. Y lo ilustramos así (**integración vertical**) :



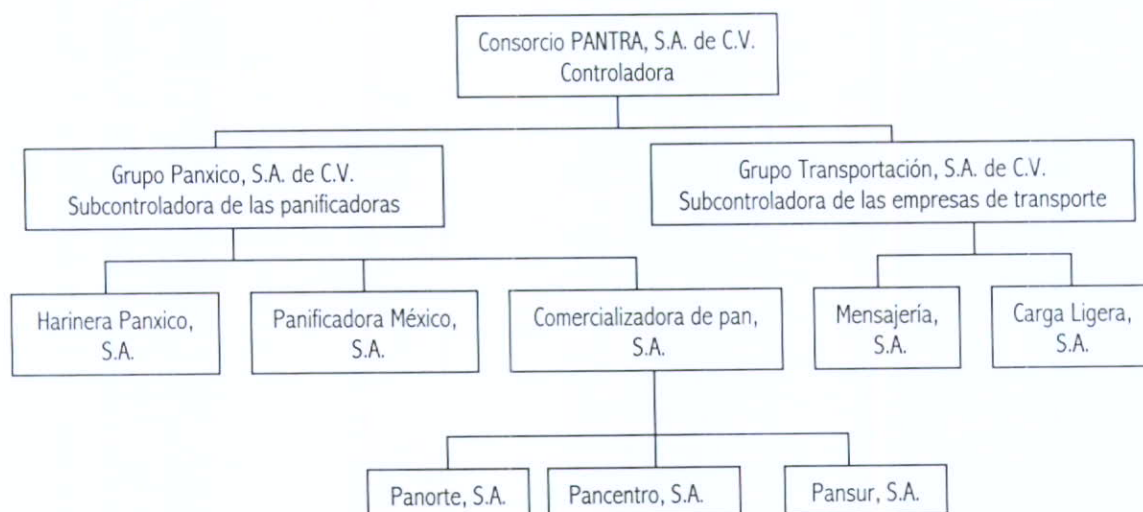
En ocasiones las diversas partes de un proceso industrial están abordadas por sociedades que al reunirse en un Grupo suman el proceso total o los diversos insumos son proveídos por sociedades distintas; ej. :



En los consorcios hay Grupos, es decir, un consorcio es un Grupo conformado por varios Grupos, y se estaría frente a la “sociedad de sociedades de

sociedades”, pero en el fondo el fenómeno es el mismo, existe una pluralidad de entidades, una unidad de empresas con una Controladora.

Este diseño corporativo, permite que las subsidiarias se cuelguen una de otra. Este es el concepto de creación de empresas “nietas” y “bisnietas”, en donde alguna de las sociedades “controladas” se vuelve a su vez en controladora de otras. A este esquema se le denomina **integración horizontal**, en donde la Controladora-matriz ejerce su “control” y “poder de mando” indirectamente, así :



Los agrupamientos de empresas no se dio por el solo crecimiento de ellas, sino también se suelen establecer dos motivaciones principales para propiciar los Grupos, uno de *cooperación* o *colaboración* en los que sus integrantes mantienen un plano de igualdad, sustentado en el diálogo, la concertación y el logro de objetivos comunes, y otro de *control* en los que sus integrantes unifican la

dirección y crean una nueva entidad, o una absorbe a las otras o se produce el *control político* o económico por parte de una sociedad sobre las otras.

Estos agrupamientos pueden obedecer a procesos de integración vertical u horizontal. La integración **vertical** se observa cuando se busca incorporar a empresas productoras de la materia prima o mercadería utilizada o empresas que realizan la etapa productiva siguiente o la comercialización o distribución (el ejemplo típico : trigo-harina-pan). La integración **horizontal** se produce por el agrupamiento de empresas del mismo ramo, generalmente competidoras.⁹

Los Grupos de estructura horizontal –escribe Brunetti¹⁰– son los de las empresas *coordinadas*; los de *estructura vertical* son de empresas *subordinadas*. Las sociedades que se encuentran en relación de subordinación, o al revés, se designan también como sociedad madre y sociedad hija. En sentido estricto, los dos conceptos se usan solamente cuando la sociedad madre ha fundado la filial. Así, económicamente, sociedad-matriz y sociedad-filial constituyen *ab-initio* un solo centro de intereses, porque lo que la sociedad matriz atribuye como capital de fundación de la sociedad filial, sigue dentro de la órbita patrimonial de la sociedad matriz, sustituyéndose en el patrimonio de ésta el dinero o las cosas conferidas, por las acciones de la sociedad-filial.

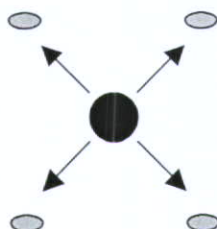
⁹ CHAMPAUD, Claude, *Los métodos de agrupación de sociedades*, R.D.C.O., Córdoba, 1969, p. 118.

¹⁰ BRUNETTI, Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, t. II, Orlando Cárdenas, Venecia, primera edición traducida al español por Felipe de Sola Cañizares, México, 1994, p. 55 y ss.

Fourcade¹¹ dice que los **Grupos societarios** pueden ser : Radiales y Piramidales :

Radiales : vinculan a la sociedad madre con sus filiales :

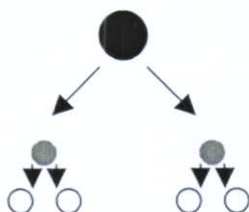
- Controladora
- Filiales



En los grupos denominados *radiales* –escribe Zarkín Cortés–¹², la sociedad dominante posee directamente los paquetes de las acciones de las sociedades controladas, mientras que éstas, en línea de principios, no estén vinculadas entre sí.

Piramidales : se produce la vinculación en cascada :

- Controladora
- Filiales
- Subsidiarias



Zarkín Cortés–¹³ explica que en las organizaciones estructuradas bajo la forma *piramidal* o de *cascada* aparece un esquema financiero más complejo, pues la sociedad dominante posee sólo la participación de ciertas sociedades

¹¹ FOURCADE, Antonio Daniel, *Sociedades, parte general*, Advocatus, Córdoba, 2000, p. 244.

¹² ZARKÍN CORTÉS, op. cit., p. 174-175

¹³ *Ibid*, p. 175.

controladas, las cuales a su vez, poseen participaciones de control en otras sociedades del grupo, y así sucesivamente, de manera que la sociedad dominante tiene control mediato del resto de las sociedades del grupo.

En el mismo sentido de integración vertical y horizontal, en cuanto al control de la sociedad, Enrique Zuloaga¹⁴ afirma que puede lograrse por :

a) Sistema vertical –control directo–, el más usual de los sistemas de control, una sociedad “madre”, constituye o adquiere la mayoría de las acciones de otras sociedades denominadas filiales; –en el mismo sentido, Peña¹⁵–

b) La *holding* horizontal –control indirecto– mantiene el control de una sociedad, la que a su vez mantiene el control accionario de otra sociedad y así sucesivamente, de tal modo que quien tiene el control de la primera sociedad tiene el control de todas vía las demás controladas que también controlan a su vez a otras.

El sistema horizontal se forma cuando el control que ejerce la sociedad madre no es directo, esto es que la sociedad madre es propietaria de las acciones de una sociedad “A”, quien a su vez es propietaria de las acciones de una sociedad “B”, la que a su vez controla por alguno de estos dos sistemas a una sociedad “C” y sucesivas, tiene el control de ellas vía las otras sociedades.

¹⁴ ENRIGUE ZULOAGA, Carlos, *Agrupaciones de empresas*, Porrúa, México, 2006, p. 175-176.

¹⁵ PEÑA, Julian, *Control de concentraciones económicas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 47 y ss

Participaciones Indirectas : Tipos

Las estructuras de interrelación vía capital social pueden revestir una gran complejidad.¹⁶ Una sociedad dominante puede controlar los órganos de decisión de otra sociedad sin necesidad de que posea ninguna acción del capital social de esta última, que es distinto a la situación de dominio directo en el que la dominante posee directamente acciones con derecho a voto de la Filial. Basta con que una sociedad dependiente de la sociedad dominante del Grupo sea a su vez dominante de otra sociedad. En esta situación, la Controladora de todo el Grupo estará en disposición de imponer la unidad de decisión en las dos sociedades dependientes aunque en la última sociedad no posea participación directa alguna.

De este modo, el Grupo así formado constituye una unidad económica sometida a la unidad de decisión impuesta por la sociedad dominante situada en la cúspide de la estructura. Aunque esta sociedad no posea directamente acciones con derecho a voto del capital social de las subsidiarias, sí puede controlarlas indirectamente siempre que el tanto de control sobre todas y cada una de las sociedades dependientes (las filiales) exceda de un cincuenta por ciento.

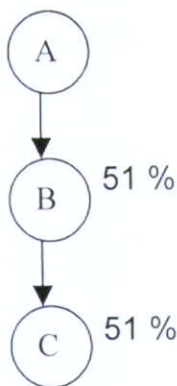
El *dominio* de las sociedades de participación indirecta se subdivide en dos:

El dominio indirecto simple y el dominio indirecto múltiple.¹⁷

¹⁶ FERNANDEZ FERNANDEZ, op. cit., p. 267-268.

¹⁷ *Ibid*, 267-268.

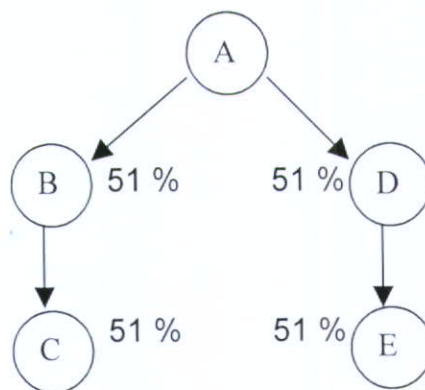
El **dominio indirecto simple**, consta de una sola línea de dependencias; en cambio, cuando hay más de una línea de dependencia se denomina **dominio indirecto múltiple** :



Dominio indirecto simple :

A = Controladora-matriz, con un 51 % de las acciones de "B".

B = Filial-controlante, con un 51 % de las acciones de la subsidiaria "C".



Dominio indirecto múltiple :

A = Controladora-madre, con un 51% de las acciones de "B", y un 51 % de las acciones de "D".

B = Filial-controlante, con un 51 % de las acciones de "C".

D = Filial-controlante, con un 51 % de las acciones de "E".

Ahora bien, la importante distinción técnica entre dos clases de sociedades

subordinadas : las *filiales*, respecto de las cuales existe un control directo por parte de la matriz, las *subsidiarias*, en las que hay una especie de intermediación en el control, de manera que, aun cuando la matriz mantiene el poder decisorio, se vale para ese efecto del concurso de otra u otras entidades a las que también controla.

Requisitos de constitución de los Grupos societarios :

Conforme lo señala De la Fuente Rodríguez,¹⁸ obtenemos que para constituir y operar un grupo societario, se requiere la información y documentos siguientes :

a) Proyecto del Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada*. La Controladora y los integrantes del Grupo, deben suscribir este Convenio de responsabilidades. A través de este documento, la Controladora responderá por las *obligaciones y pérdidas* de cada uno de los integrantes del Grupo.

b) Las obligaciones por las cuales la Controladora responderá, serán las mismas que los compromisos de cualquier naturaleza derivados de derechos o pasivos frente a terceros originados por las actividades propias de los integrantes del Grupo incluyendo, sin limitación, aquellas contraídas con antelación a su integración al Grupo. De igual forma, se considerarán las *pérdidas* es decir, la afectación del capital contable de los integrantes del Grupo en deterioro de su

¹⁸ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, t. I, Porrúa, México, 2000, p. 325-326.

estabilidad financiera, reduciéndolas a niveles inferiores al capital mínimo obligatorio o necesario para soportar el volumen de las operaciones de acuerdo con las disposiciones aplicables.

Ahora **exponemos** los REQUISITOS DE INTEGRACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LOS GRUPOS SOCIETARIOS que ineludiblemente deben satisfacer y plasmarse en la Ley General de Sociedades Mercantiles :

I. Las bases de organización y funcionamiento de las Agrupaciones societarias en la Ley General de Sociedades Mercantiles, tiene por objeto regular y establecer los términos bajo los cuales habrán de operar, así como la protección de los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de dichos Grupos.

II. Se considera sociedad mercantil filial aquella en la cual, cuando menos, un cincuenta y uno por ciento de sus acciones con derecho a voto de su capital pagado sean propiedad de una sociedad mercantil Controladora. La tenencia indirecta será aquélla que tenga la Controladora por conducto de otra u otras sociedades filiales integrantes del Grupo.

III. Se considera como sociedad mercantil Controladora, cuando reúna las siguientes características :

a) En la integración vertical : La Controladora-matriz será propietaria en todo

tiempo, de acciones con derecho a voto que representen, por lo menos, un cincuenta y uno por ciento del capital pagado de cada una de las filiales integrantes del Grupo. La Controlante estará en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de administración de cada una de las filiales.

b) En la integración horizontal : Cuando la filial tenga una participación de, al menos, un cincuenta y uno por ciento en las acciones con derecho a voto de la sociedad subsidiaria de que se trate.

La Controladora-madre, estará en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de administración de cada una de las subsidiarias integrantes del Grupo, por conducto de la filial.

IV. Los Grupos estarán integrados por una sociedad anónima Controladora y por alguna o algunas de los tipos de sociedades mercantiles (controladas) siguientes :

a) Sociedad anónima.

b) Sociedad en nombre colectivo.

En esta hipótesis, los socios minoritarios no responderán, de ningún modo subsidiario, ni ilimitado, ni solidariamente de las obligaciones sociales.

c) Sociedad en comandita simple.

La Controlante-matriz asumirá el carácter de socio comanditado.

d) Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Las *partes sociales* que se transmitan a la sociedad Controladora, estarán representadas por títulos negociables nominativos transmisibles. La Controladora debe adquirir, cuando menos, un cincuenta y uno por ciento de las "*partes sociales con derecho a voto*". Por tanto, no son aplicables los artículos 58 y 68 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que la Controladora necesita de, al menos, un cincuenta y uno por ciento de las *partes sociales con derecho a voto del capital pagado* y gozará de, al menos, un cincuenta y uno por ciento de los votos.

En este caso, el tema verdaderamente importante es poder comprobar que con menos del cincuenta por ciento del capital se puede controlar una sociedad de responsabilidad limitada.

d) Sociedad en comandita por acciones.

La Controlante-matriz ocupará el carácter de socio comanditado.

e) Sociedad de Producción Rural.

Las sociedades mercantiles extranjeras solamente podrán participar como filiales o subsidiarias, ya que no podrán tener una participación que exceda del cuarenta y nueve por ciento de las acciones o partes sociales de serie T (artículo 130 de la Ley Agraria).

V. El control de las asambleas generales de accionistas y de la administración de todos los integrantes del Grupo, deberá tenerlo una misma sociedad Controladora.

VI. Las sociedades mercantiles que formen parte de un Grupo podrán :

a) Actuar de manera conjunta frente al público, ofrecer servicios complementarios y ostentarse como integrantes del Grupo de que se trate;

b) Usar denominaciones iguales o semejantes que los identifiquen frente al público como integrantes de un mismo Grupo, o bien, conservar la denominación que tenían antes de formar parte de dicho Grupo, en todo caso deberán añadirle las palabras "Grupo societario" y la denominación del mismo;

c) Llevar a cabo operaciones de las que le son propias a través de oficinas y sucursales de atención al público de otras sociedades integrantes del Grupo.

En efecto, el nombre de una sociedad mercantil es propio y exclusivo, es decir, no pueden existir dos sociedades mercantiles con el mismo nombre, y

reviste las siguientes modalidades :

1. *Razón social* : Cuando se forme con el nombre de todos los socios; con el de uno o más socios más la palabra *Cía.*; o con el nombre de persona separada, más la palabra y *Sucesores*; ejemplo :

Pedro Pérez Paz y *Cía.*, S. en N.C.

José Torres Ruiz *Sucesores*, S. de R.L.

2. *Denominación* : Cuando el nombre es : *Impersonal y Objetivo*, es decir, el nombre de alguna cosa, fin, actividad, idea, etcétera, por ejemplo :

Drogas y Productos Químicos, S.A.

Fábrica Nacional de Papel, S.A.

Si las sociedades controladas conservan la denominación que tenían antes de formar parte de dicho Grupo, como lo señalamos en los ejemplos anteriores, añadirán las palabras "Grupo societario" y la denominación del mismo. Por ejemplo : Grupo societario MITTAL, Fábrica Nacional de Papel, S.A.

Los artículos 15 y 16 de la Ley de Inversión Extranjera de México, señalan que se requieren sendos permisos de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de sociedades y para que las sociedades constituidas cambien su

denominación o razón social. La Secretaría reserva a las sociedades (artículo 19) el uso exclusivo de sus denominaciones o razones sociales conforme a los permisos que otorgue.

VII. La sociedad Controladora-matriz deberá presentar para su inscripción en el Registro Público de Comercio de su domicilio social y en el propio Registro Público de Comercio del domicilio social de cada una de las sociedades controladas que formen parte del Grupo, sin que sea necesario mandamiento judicial :

a) Todos los contratos de Agrupación societaria operados por la Controladora y las controladas;

b) Los estatutos vigentes de las sociedades mercantiles que integran el Grupo respectivo (Controladora y controladas), ya que en el folio electrónico que por cada sociedad existe, se anotarán, entre otros datos, las escrituras de constitución de sociedad mercantil.

c) El Convenio de responsabilidades *subsidiaria e ilimitada* que deben suscribir la Controladora y las sociedades integrantes del Grupo.

El Convenio constará en Instrumento Público otorgado ante fedatario público, conforme al artículo 25 del Código de Comercio, con relación al 28 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y el 1833 del Código Civil Federal.

Sobre este tópico, el Código de Comercio (artículos 16, 17, 25, 27, 29 y 75), establece que los comerciantes (Controladora y controladas), por el hecho de serlo, están obligados a la inscripción en el Registro Público de Comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios.

La autenticidad de los documentos señalados en los incisos a), b) y c), de este punto VII, deben hacerse notorios, mediante su inscripción en el Registro Público de Comercio que es la institución mediante la cual el Estado proporciona los servicios de dar publicidad a los actos jurídicos que conforme a la Ley precisan ese requisito para surtir efectos contra terceros.

La falta de registro de dichos actos cuya inscripción es obligatoria, hará que éstos sólo produzcan efectos jurídicos entre los que los celebren, y no podrán producir perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharse de ellos en lo que le fuere favorable, dado que los documentos inscritos –los referidos– producirán su efecto legal desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados.

VIII. Cuando no se trate de Filiales, la Controladora no podrá celebrar operaciones que sean propias de las sociedades subsidiarias integrantes del Grupo.

Las Filiales podrán realizar las mismas operaciones que la sociedad Controladora.

IX. La duración de la Controladora será indefinida y su domicilio social se encontrará en territorio nacional (México).

X. Cuando se trate de sociedad filial, en cuyo capital participe mayoritariamente una sociedad mercantil del exterior legalmente constituida tienen personalidad en México. Sin embargo, sólo procede la inversión cuando se trate de sociedad constituida en un país con el que México haya celebrado un tratado o acuerdo internacional en virtud del cual se tenga acuerdo amplio de intercambio de información y se permita el establecimiento en ese territorio nacional de filiales mexicanas. El lugar de su domicilio de la Controlante-matriz, será el de su país de constitución societaria.

El capital social de las Filiales estará integrado por acciones de la serie "F", que representarán, cuando menos, un cincuenta y uno por ciento de dicho capital, que será adquirido por la Controladora-matriz. El cuarenta y nueve por ciento restante del capital social, podrá integrarse indistinta o conjuntamente por acciones series "F" y "B", que podrá ser adquirido por la Controlante-madre, y no será adquirido, directa o indirectamente, por ningún otro miembro del Grupo.

XI. El capital pagado y reservas de capital de la Controladora-madre, podrá invertirlo en lo siguiente :

a) Adquirir y administrar acciones emitidas por los demás integrantes del Grupo

También podrá participar en el capital de sociedades distintas a las participantes del Grupo;

b) Títulos representativos de, cuando menos, un cincuenta y uno por ciento del capital ordinario de sociedades mercantiles.

XII. Las sociedades que lleven a cabo aumento de su capital social, para formar parte como controlada en un Grupo ya constituido, cumplirán las siguientes condiciones :

a) En la Asamblea General de Accionistas en la que se decreta la emisión de acciones por aumento de capital, los socios deberán hacer renuncia expresa al derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Esta renuncia es obligatoria, de lo contrario, la sociedad no podrá colocar las acciones en la Controladora.

Habiendo *quórum*, en los términos de los estatutos sociales, el acuerdo que se tome producirá todos sus efectos, alcanzando a los accionistas que no hayan asistido a la asamblea, por lo que la sociedad quedará en libertad de colocar las acciones en la Controladora de que se trate.

b) Cuando una minoría, que represente, cuando menos, un veinticinco por ciento

del capital social, vote en contra de la emisión de acciones, dicho aumento no podrá llevarse a cabo.

c) Cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a “separarse” de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea. Al respecto, Frisch Philipp¹⁹ dice que es la facultad unilateral del accionista de separarse de la sociedad anónima.

XIII. La Controladora-matriz, las sociedades filiales y subsidiarias integrantes del Grupo, que adquieran, directa o indirectamente, dentro o fuera de alguna Bolsa de Valores, mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas, acciones ordinarias de una sociedad, inscritas o no en el Registro Nacional de Valores, que tenga como resultado una tenencia accionaria igual o mayor al diez por ciento de dichas acciones, estarán obligadas a informar al público de tal circunstancia, a más tardar el día hábil siguiente a que tenga lugar dicho acontecimiento, a través de la bolsa de valores correspondiente y ajustándose a los términos y condiciones que ésta establezca.²⁰

Por otra parte, dice Messineo que la Controladora podrá tener una actividad

¹⁹ FRISCH PHILIPP, Walter, *Sociedad anónima mexicana*, Harla, México, 1994, p. 569.

²⁰ Artículo 109 de la Ley del Mercado de Valores.

suya *propia*, de naturaleza industrial, cuando una sociedad genera otra : a) por *exigencias administrativas*, o sea, para confiarle a ella una rama de actividad comercial o industrial, de las muchas que la primera ejercitaba originariamente; o bien, b) para *repartir los riesgos de gestión*, que antes estaban concentrados todos en una sola empresa (sociedad ordinaria); tal caso se denomina “vinculación” por la ley, y tiene lugar, mediante la llamada concentración; o bien, finalmente : c) cuando una sociedad confía a otra el cometido de *obrar en nombre propio, pero por cuenta de ella*.²¹

Integración del Consejo de Administración

I. La administración de las sociedades controladas integrantes del Grupo estará encomendada a un consejo de administración y a un director general, en sus respectivas esferas de competencia.

El Consejo de Administración de las sociedades controladas integrantes de la Agrupación estará integrado por un mínimo de tres consejeros.

El Consejo de Administración contará con el apoyo de un secretario, el cual será designado por la mayoría de los integrantes del órgano o por la Asamblea General de accionistas, estará sujeto a las obligaciones y responsabilidades inherentes a su encargo.

²¹ MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, EJEА, Buenos Aires, 1979, t. V, p. 368.

II. La mayoría de los consejeros deberán ser residentes en el territorio nacional, en términos del Código Fiscal de la Federación.

III. Los accionistas minoritarios tendrán derecho a designar en Asamblea General de accionistas un consejero. No podrán solicitar la revocación de los consejeros nombrados por la Controlante, a menos que sea por actos dolosos, culposos o fraudulentos en el desempeño de sus cargos.

Naturalmente, la administración de la sociedad anónima bursátil, así como el nombramiento de sus administradores –comenta Carvallo Yáñez²², estarán sujetas a las disposiciones especiales que se contienen en la Ley del Mercado de Valores (artículo 22).

En efecto, las sociedades anónimas bursátiles tendrán encomendada su administración a un consejo de administración y a un director general en el ámbito de su competencia. El citado consejo estará integrado por un máximo de veintiún consejeros, de los cuales, cuando menos, un veinticinco por ciento deberán ser independientes. Por cada consejero propietario podrá designarse a su respectivo suplente, en la inteligencia de que los consejeros independientes deberán tener ese mismo carácter.

Claramente deducimos que la integración del Consejo de administración de

²² CARVALLO YÁÑEZ, Erick, Tratado de Derecho bursátil, 4ª ed., Porrúa, México, 2006, p. 193-194.

las sociedades anónimas bursátiles, es totalmente distinto a la integración del Consejo de administración de la sociedad anónima ordinaria prevista en la Ley General de Sociedades Mercantiles, es decir, aquella sociedad cuyas acciones representativas del capital social o títulos de crédito que representen dichas acciones, no se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Valores.

Compañías excluidas de Agrupaciones societarias :

Al conjunto formado por una o varias entidades mercantiles que están bajo el control de otro empresario se suele denominar grupo de sociedades o, más ampliamente, grupo de empresas. Los dos elementos básicos que distinguen al grupo en sentido estricto son, por tanto, la existencia de varios empresarios con personalidad jurídica propia y la unidad económica.

Así, las siguientes sociedades no podrán formar parte de ningún Grupo societario, como Controladora, filial o subsidiaria :

a) *Las empresas de participación estatal mayoritaria.*- Estas compañías, organizadas como sociedades mercantiles, se sujetan por disposición del artículo 90 Constitucional y de sus normas reglamentarias a un régimen singularizado, específico, esencialmente distinto del aplicable a las personas privadas, que implica múltiples derogaciones al derecho común.

b) Conforme al artículo 67 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, no tendrán el carácter de Controladora o controladas, las siguientes sociedades :

1. Las comprendidas en el Título III de esta Ley;
2. Las que en los términos del tercer párrafo del artículo 8o. de esta Ley componen el sistema financiero y las sociedades de inversión de capitales creadas conforme a las leyes de la materia;
3. Las residentes en el extranjero, inclusive cuando tengan establecimientos permanentes en el país;
4. Aquellas que se encuentren en liquidación;
5. Las sociedades y asociaciones civiles, así como las sociedades cooperativas;
6. Las personas morales que tributen en los términos del Capítulo VII del Título II de esta Ley;
7. Las asociaciones en participación a que se refiere el artículo 17-B del Código Fiscal de la Federación.

Además, en términos de los artículos 253 y 256 de la Ley General de

Sociedades Mercantiles, la Asociación en Participación no tiene personalidad jurídica ni razón social o denominación. Inclusive el asociante obra en nombre propio y no existe relación jurídica entre los terceros y los asociados.

Resumen : El negocio jurídico asociativo resulta, en su origen, un acuerdo de tipo contractual colectivo y de organización, que da nacimiento a las figuras que se crean a partir de él –*responsabilidad subsidiaria*–; por lo que es inexcusable regularlas en la Ley General de Sociedades Mercantiles como el primer paso necesario para darles vida jurídica, porque las agrupaciones ya creadas no pueden ser, abiertas o innominadas, ya que reciben un fuerte apoyo legal por la Ley del Impuesto Sobre la Renta, entre otras, que las coloca en precisa ubicación legal, y adquieran una autonomía negocial propia y personalidad jurídica.

Los lineamientos previstos en las Leyes consultadas en este Capítulo y la doctrina abordada, son totalmente aplicable a la Ley General de Sociedades Mercantiles, para la constitución de Agrupaciones societarias, tanto para la integración vertical como para la integración horizontal, en virtud de que son normas jurídicas que regulan las bases de composición y funcionamiento de Grupos societarios, establecen los términos bajo los cuales deben de operar, que redundan en obvia protección de los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de dichos Grupos, y de los propios accionistas minoritarios.

CAPÍTULO III

EL CONTROL POLÍTICO DE LA *HOLDING*

El **control político** de la *Holding* está descrito en el artículo 2º de la Ley del Mercado de Valores de México, que establece que se considera sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por medio de otra a su vez controlada, posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias.

Aunque algún autor ha sostenido que los primeros ejemplos de actuación de “sociedades de control” pueden ser hallados en la Inglaterra y Escocia del siglo XVI,²³ parece que los precedentes más serios se dieron en los E.U., citándose como más antiguos los de la Pennsylvania Company en 1870, y la Standard Oil Company of New Jersey en 1889. Ambas surgieron al amparo de una normatividad que permitió expresamente a una “*corporation*” poseer acciones de otra, siendo éste el punto de partida de los modernos “*holdings*” de nuestros días.²⁴

²³ VERON, Alberto Víctor, *Sociedades comerciales (actualización)*, Astrea, 1984, p. 22.

²⁴ DE SOLA CAÑIZARES, Felipe, *Tratado de las sociedades por acciones en el derecho comparado*, Tea, Buenos Aires, t. II, 1957, p. 261-263.

Este proceso de nacimiento de las sociedades “de control”, fue simultáneo con el que hizo que –dentro del territorio de los E.U.– se pasara de la “*national corporation*” a la “*multidivisional corporation*”, siguiendo –en una etapa posterior– los grandes grupos societarios, que dieron un protagonismo inusitado.²⁵

En México, habiéndose admitido desde siempre que así como no puede existir empresa sin empresario, no puede existir empresa sin control, el legislador de 1990 y 2005 se vio impulsado a crear la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y la del Mercado de Valores,²⁶ respectivamente, incluyendo en el texto de estas leyes sustantivas normas destinadas a regular este fenómeno, a saber :

- Se reguló la situación de control de un sujeto sobre otro, como consecuencia de una “influencia dominante” efectivamente ejercida, y no como una “situación meramente potencial”.²⁷
- No existe en la mentalidad de legislador una presunción de ilicitud, ilegitimidad o desvaliosidad de los Grupos societarios.²⁸

²⁵ LE PERA, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 261.

²⁶ Ley del Mercado de Valores, vigente a partir del 28 de junio del 2006.

²⁷ Ley del Mercado de Valores (artículos 2º fracciones III y XX), con relación a la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (artículo 1º).

²⁸ Ley del Mercado de Valores (artículos 2º); Ley del Impuesto Sobre la Renta (artículo 64); Código Fiscal de la Federación (artículo 32); Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (artículo 1º), y Ley de Concursos Mercantiles (artículo 15).

- El tratamiento jurídico mexicano de los Grupos de sociedades ha sido simple, directo y no sancionatorio, reconociéndose la legitimidad del “control” y de las vinculaciones entre empresas.²⁹

En relación al “Control”, dice Mascheroni³⁰ que si no se cuenta con la mayoría absoluta de los votos, pero sí con tenencias bastantes como para predominar en la asamblea (sea por el motivo que fuere) –nosotros agregamos : “o con los atributos de *poder de mando*”)–, se tipifica la hipótesis de “control”.

Tras comenzar con una definición de “control”, al que Santillán³¹ entiende como “el poder efectivo de dirección de los negocios sociales”, distingue el “Control” en “interno” y “externo” :

a) El “**Control Interno**” :

Es el que se configura cuando el titular del control actúa desde adentro mismo de la sociedad (de la filial), utilizando los mecanismo propios de su estructura corporativa (fundamentalmente la deliberación y votación en las asambleas).

Esta clase de control, que tiene por base la propiedad de las acciones,

²⁹ Ley del Mercado de Valores (artículo 2º fracciones III, XIX y XX).

³⁰ MASCHERONI, Fernando H., *La asamblea en la sociedad anónima*, Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 83

³¹ SANTILLÁN, Jorge M., *Las sociedades controladas y la ley 22.903*, R.D.C.O. (Revista de derecho comercial) número 101, Buenos Aires, 1984, p. 734-735.

estará en relación directa con la cantidad de éstos títulos que posea. Mejor dicho, habrá de fundarse en el número de votos que ellos le otorguen al sujeto interesado en el ejercicio del poder.

Si se quiere tomar el control de una sociedad es porque se desea gobernar de acuerdo con unos criterios y directrices, y darle un adecuado enfoque corporativo a la gestión de la entidad.³² Analizando esta cuestión, Otaegui³³ ha clasificado las participaciones o tenencias accionarias en función de los derechos que tenga su titular, y señala que existen cuatro tipos de participación :

1. Participación irrelevante : es la que no llega al 2 % del capital social, y no permite el ejercicio de los derechos que otorgan las tenencias mayores;
2. Participación minoritaria : es la que permite acceder a los derechos de la minoría; en orden creciente : 2 %, 5 % y 10 %;
3. Participación vinculante : se configura cuando se posee más del 10 % del capital social, sin llegar a la mayoría;
4. Participación de control : se perfecciona cuando se llega al número de votos necesarios para formar la voluntad social en las asambleas ordinarias de una

³² CORDOBA BUENO, Miguel, *El control político de las sociedades cotizadas*, Thomson, Madrid, 2003, p. 5

³³ OTAEGUI, Julio César, *El interés societario y el agrupamiento de empresas*, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 289.

compañía.

La Ley General de Sociedades Mercantiles de México, referente a la *participación irrelevante* citada en el punto 1, la tenencia de acciones con derecho a voto que representen menos del 2 % del capital pagado, no permite el ejercicio de los derechos otorgados a las tenencias mayores, por ejemplo : el control de la Asamblea General de accionistas; designación de los miembros del Consejo de Administración.

De la *participación minoritaria* citada en el punto 2 —dice García Velasco—,³⁴ se pueden encontrar dieciséis derechos de minoría, en la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el porcentaje de capital que la ley exige, para poder hacer valer el derecho de minoría en cuestión, y son : 33 %, 25 %, 20 %, 10 %.

Por ende, cuando los administradores sean tres o más, la minoría que represente el 25 % del capital social, podrá nombrar un consejero (artículo 144).

Sin embargo, los estatutos sociales pueden conceder a una minoría de acciones el *Derecho de Veto*, que es la facultad de integrar necesariamente el *quórum* de votación en las asambleas, a efecto de adoptar acuerdos válidos. Si la minoría no otorga su voto al proyecto de acuerdo propuesto por la mayoría, ello equivale a vetar el acuerdo (*negar*).

³⁴ GARCÍA VELASCO, Gonzalo, *Las minorías en las sociedades anónimas*, Porrúa, México, 2005, p. 118 y ss.

En cuanto a la *participación vinculante* citada en el punto 3, la Ley de Instituciones de Crédito de México entiende que se adquiere el control de una sociedad controladora cuando se adquiriera por una minoría el 30 % o más de las acciones representativas del capital social de la propia sociedad.

De la *participación de control* citada en el punto 4, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, establece que el control de las Asambleas Generales de accionistas y de la administración de todos los integrantes de cada Grupo, lo tiene una misma sociedad anónima Controladora, que será propietaria, en todo tiempo, de acciones con derecho a voto que representen, por lo menos, un cincuenta y uno por ciento del capital pagado de cada uno de los integrantes del Grupo.

García Velasco³⁵ afirma que existen ejemplos, en las sociedades mercantiles en general y especialmente en el caso de sociedades anónimas, en el que no por disposición legal, sino por disposición estatutaria, se establecen mayorías calificadas, con el propósito de lograr algún control en las votaciones.

En este caso, se trata de paquetes accionarios de control –comenta Ferraro Mila–,³⁶ del conjunto de títulos representativos de una cantidad tal de acciones emitidas por una misma sociedad anónima, que permite a su tenedor aspirar

³⁵ *Ibid*, p. 85.

³⁶ FERRARO MILA, Pablo F., *La transferencia de paquetes accionarios de control*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 5.

“razonablemente” a una *participación activa en el gobierno de la sociedad*, entendiéndose por tal el *poder suficiente para tomar las decisiones* a fin de elegir o remover la mayoría de los directores, aprobar los balances, fijar la distribución de utilidades y reformar los estatutos sociales.

La doctrina menciona dos supuestos más de “control interno”, uno de ellos es el llamado “control administrativo” o del “*management*”, que implica la influencia dominante ejercida sobre el directorio o las gerencias administrativas de una sociedad, con lo cual se obtiene el “control” de su actividad gestoria.

Y, finalmente, el control ejecutado por medio de diversas técnicas legales, como, por ejemplo, el denominado “*voting-trus*”, que es un instituto muy difundido en el derecho norteamericano, en virtud del cual un “fiduciario” (allí denominado “*trustee*”³⁷) ejerce los derechos accionarios sin ser el propietario de los títulos, ni un simple mandatario, ya que actúa por derecho propio y, consecuentemente, tiene el control de la compañía de que se trate.³⁸

Sin embargo, Reyes Villamizar³⁹ dice que resulta improcedente desde el punto de vista legal la inscripción de una fiducia como controlante, debido al hecho de que los patrimonios autónomos no gozan de personalidad jurídica ni son sujetos de derecho que puedan actuar autónomamente.

³⁷ LEPAULLE, Pierre, *Tratado teórico y práctico de los trusts*, Porrúa, México, 1975, p. 7-10

³⁸ SANTILLÁN, op. cit., p. 734-735.

³⁹ REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho societario*, t. I, Temis, Bogotá, 2002, p. 532.

Compartimos el criterio de Reyes Villamizar, porque en las Agrupaciones societarias, el “control” y “poder de mando” de la Controladora, deriva exactamente de la propiedad accionaria con derecho a voto que mantenga en las sociedades filiales o subordinadas integrantes del Grupo. Su patrimonio, se trata de un patrimonio autónomo que goza de personalidad jurídica y es, asimismo, la Controladora-matriz sujeto de derecho. Además, no se está en presencia de una empresa o persona moral ya que el fideicomiso es un contrato y como tal no puede ser considerado como una persona jurídica colectiva.

La Ley del Mercado de Valores establece, para los Grupos societarios, dos diversas formas de control : uno, el “control directo” –o interno– que lo ejerce la Controladora sobre las sociedades filiales, ya que es propietaria de, al menos, un cincuenta y uno por ciento de sus acciones con derecho a voto.

Y así, en la situación de “control interno” o “dominio directo” la sociedad dominante posee directamente acciones con derecho a voto de la sociedad dependiente, es decir, de la filial. Así, la Controladora ejerce el “control político-administrativo” de las filiales integrantes del Grupo, imponiendo su “control” y “poder de mando” que le es propio, en virtud de que está en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración.

b) El “Control Externo” :

Se utiliza esta denominación, con acierto, para aludir al control que se concreta mediante la llamada “influencia dominante”, o sea, la que resulta ajeno al ejercicio del derecho de voto, al cual sólo tienen acceso los accionistas de una sociedad.

Ejemplo típico del llamado “control externo” es el instrumentado por los denominados “pactos de sindicación de acciones”, en los cuales se arbitra la composición futura del órgano de administración de la sociedad emisora de los títulos sindicados, o mediante los cuales se otorga al mandatario del “sindicato de accionistas” órdenes expresas relacionadas con el eventual aumento (o no) del capital de la compañía de que se trate, o con el término de duración de ella.⁴⁰

Algo semejante a la “sindicación de acciones” se da en la integración horizontal de los Grupos societarios, dado que la Filial-controlante sigue a cabalidad las “órdenes enunciadas” que al efecto recibe y le dirige la Controladora-matriz, para desaguarlas en las subsidiarias.

La Ley del Mercado de Valores establece para los Grupos societarios, dos distintas formas de control : 1, “control directo” –o interno– y 2, “control indirecto” –o externo–, que lo ejercita la Controlante-matriz sobre las sociedades subsidiarias controladas debidamente por la filial, ya que es dueña de, al menos, un cincuenta y uno por ciento de sus acciones con derecho a voto, que a su vez, es controlada por la Controladora-madre.

⁴⁰ MARTORELL, op. cit., p. 305 y ss.

Bajo el "control externo" una sociedad dominante-matriz puede controlar los órganos de decisión de otra sociedad sin necesidad de que posea ninguna acción de capital de esta última (en la subsidiaria). Basta con que una la sociedad filial dependiente directamente de la sociedad Controladora del Grupo, es a su vez, controlante de otra sociedad –la subsidiaria– que depende directamente de ella y así sucesivamente.

En esta situación de "control externo", la sociedad dominante de todo el Grupo estará en disposición de imponer la unidad de decisión en las dos sociedades dependientes aunque en la última sociedad no posea participación directa alguna.

Independientemente del "control interno" –o directo– o "control externo" –o indirecto–, en las Agrupaciones societarias existe una dirección unificada, que es la que determina las políticas grupales, en función de los intereses económicos establecidos por quien tiene el poder de conducción. De ese modo, se crea una estructura organizativa dirigida a asegurar la unidad de gestión de las sociedades agregadas –una sociedad Controladora-madre– que actúa como "cabeza" del grupo, y que tendrá por misión ejercer el poder único coordinado sobre todas las componentes de la agrupación. Además, imprimen a todas las compañías una política económica "de conjunto".

Ahora exponemos conforme a la Ley del Mercado de Valores, el significado

jurídico gramatical de los conceptos “control” y de “poder de mando”, para precisar cómo ejerce la *Holding*-madre su “control interno” y “control externo” de las sociedades integrantes del Grupo :

Control : Se entiende por “control”, la capacidad de una persona o grupo de personas, de imponer, directa –control interno [integración vertical]– o indirectamente –control externo [integración horizontal]–, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes; de mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto de más del cincuenta y uno por ciento del capital social; de dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma.

Como se advierte, se trata de personas físicas o jurídicas que imponen su voluntad en las decisiones sociales y en la administración de la compañía.

El tanto de control “interno” en la integración vertical, coincide con los porcentajes de capital con derecho a voto poseído directamente por la sociedad Controladora.

Y el tanto de control “externo” en la integración horizontal, coincide con el

porcentaje de capital con derecho a voto no poseído por la sociedad Controladora-matriz, respecto de las *subsidiarias*, sino por la sociedad Filial.

Poder de mando : Es la capacidad de hecho de influir de manera decisiva en los acuerdos adoptados en las asambleas de accionistas o sesiones del Consejo de administración, en la gestión, conducción y ejecución de los negocios de una emisora o sociedades que ésta controle. Tienen poder de mando, salvo prueba en contrario, los accionistas que tenga el control; y quienes instruyan a consejeros o directivos relevantes, la toma de decisiones o la ejecución de operaciones en una sociedad o en las personas morales que ésta controle.

Así es claro que por *don* de “poder de mando” se impone la voluntad directa o indirectamente, según se trate de integración vertical o integración horizontal, en las decisiones sociales y en la administración de la compañía.

La sociedad Controladora ejerce su “control” y “poder de mando” bajo los dos modos de integración de Grupos societarios : vertical y horizontal. En la primera forma ejerce su “control” y “poder de mando” directo, imponiendo su “control interno” –directo–. Y en la integración horizontal, ejecuta su “control” y “poder de mando”, aplicando su “control externo” –indirecto–.

Indiscutiblemente del “poder” y “control de mando” deriva la *subordinación* de la sociedad mercantil controlada. Esa *subordinación* societaria se circunscribe

al hecho de que el poder de decisión de una compañía esté, directa o indirectamente, sometido a la voluntad de otra u otras *personas* llamadas *matriz* o *controlante*. De ahí, entonces, la *extensión de responsabilidad*, es decir, la *responsabilidad subsidiaria* de la Controladora.

La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (artículo 15) y la Ley del Mercado de Valores (artículo 2 fracción III y XX), en relación al *control* del máximo órgano social, es lógico que este presupuesto no se refiera al *quórum*, entendido como el número de acciones, cuotas o partes de interés requeridas para deliberar, sino a la *mayoría decisoria*. Esta última, a diferencia de aquel, es variable en el tiempo y puede, por tanto, fluctuar de una reunión a otra, el “control”, no.

Resumen : La Ley del Mercado de Valores describe el *control político* de la sociedad mercantil Controladora.

La relación de “control” y “poder de mando” se exhibe para la ley en la “participación accionaria” de la matriz en la filial y en el “poder” para designar los directores. Ese “poder” y “control de mando” puede ser directo, ejercido por la propia matriz, o indirecto, ejercido a través de otra sociedad filial, a su vez controlada por la Controladora-madre.

Existe control “interno” –o directo– cuando el dominio se ejerce desde

“adentro” de la misma sociedad, por medio del poder que otorga una mayoría accionaria con derecho de “votos” que permite imponer la voluntad en las asambleas y reuniones sociales. El control es “externo” si se ejerce “desde afuera” de la sociedad.

CAPÍTULO IV

PROHIBICIÓN DE LA IMBRICACIÓN

Las operaciones de imbricación se dan cuando una sociedad filial o subsidiaria integrantes del mismo Grupo, suscriben “acciones *con* o *sin* derecho a voto” emitidas por su sociedad dominante, o cuando adquiere esa misma sociedad controlada, “acciones *con* o *sin* derecho a voto” emitidas por otra sociedad controlada directa o indirectamente por la Controladora-matriz.

También se da esa operación de Imbricación, cuando la Controladora-madre adquiere “acciones *con* o *sin* a voto” del capital social pagado de las subsidiarias.

Los actos de Imbricación se dan cuando en una sociedad del mismo Grupo societario, ilegítimamente en su constitución otra ha participado, suscribiendo en parte el capital social representado por “acciones *con* o *sin* derecho a voto”.

La Imbricación puede darse en los dos sistemas de integración *vertical* y en la integración *horizontal* de Grupos societarios, y consisten en la adquisición de acciones “*con* o *sin* derecho a voto” representativas del capital social, en la forma siguiente :

Bajo el sistema de “integración vertical”, opera los actos de Imbricación por la adquisición, por parte de una sociedad filial, de acciones representativas del capital social pagado, de otra sociedad filial integrante del mismo Grupo societario.

En el sistema de integración horizontal, se genera el acto jurídico de Imbricación, por la adquisición por parte de las subsidiarias integrantes del grupo societario, de “acciones *con* o *sin* derecho a voto” del capital social pagado, de la Controlante-madre.

De esta prohibición de notable importancia contenida en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras de México, las sociedades no pueden invertir ni tan sólo parcialmente, su capital en acciones de la sociedad que ejerce el control de las mismas o de otras sociedades controladas por ella.

Son *condiciones* para poder adquirir, y efectivamente, se trata aquí de *condiciones juris –legitimación para comprar–* porque ni tan sólo la Asamblea General Extraordinaria de accionistas estaría autorizada para acordar la adquisición. En otras palabras, esto significa que la de no adquirir es una obligación negativa, hasta el punto de que la violación queda afectada de *nulidad absoluta* por la norma jurídica del artículo 8º del Código Civil Federal, con relación a los artículos 18, 19 y 31 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, y al artículo 56, fracción VI, párrafo 4º, de la Ley del Mercado de Valores, y al artículo 75 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Definición de Imbricación

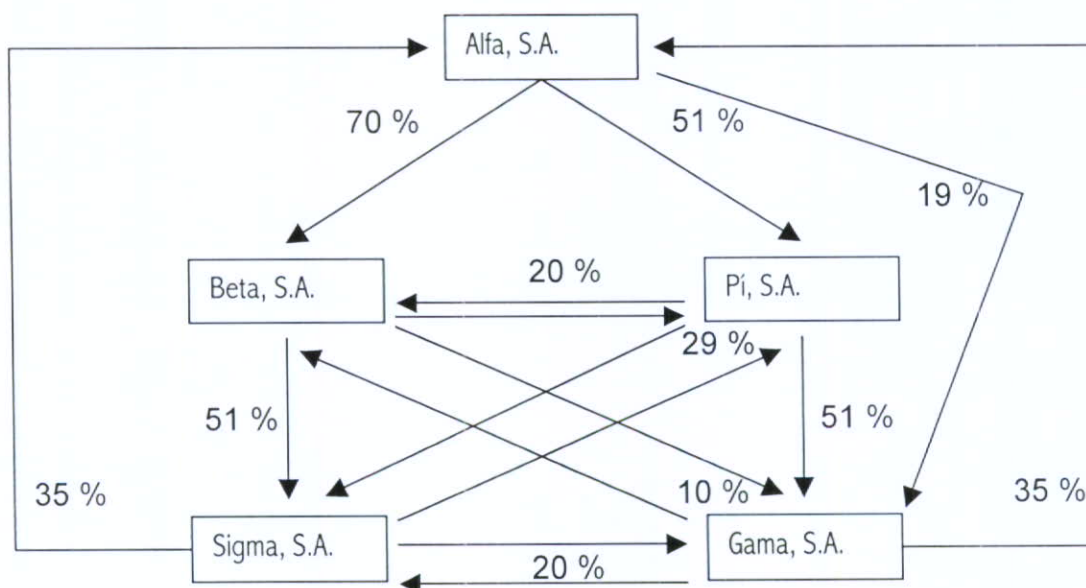
Los actos jurídicos de Imbricación consisten en la existencia de participaciones recíprocas de capital social –“acciones *con* o *sin* derecho a voto”– entre matrices y sus subordinadas. Es decir, que la compañía controlada adquiere acciones, cuotas o partes de interés en la entidad que la dirige o controla. Esta maniobra genera el desvanecimiento de una parte del capital de la matriz, cuyo efecto principal consiste, en la práctica, en la duplicación parcial y ficticia de los aportes de los asociados. Por supuesto que la Imbricación puede producir confusión ante terceros en cuanto a la verdadera cuantía de la *prenda común* que respalda el cumplimiento de las obligaciones sociales. Los recursos invertidos en el capital de la subordinada pueden resultar, a la postre, representados fundamentalmente por acciones, cuotas o partes de interés de la controlante, mientras que el capital de la matriz puede estar, a su vez, invertido mayoritariamente en participaciones de capital en la subordinada.⁴¹

La situación descrita presenta una delicada cuestión cuando entre dos sociedades se toman participaciones recíprocas, lo que significa que una de ellas hace aporte a la otra, por ejemplo por una determinada cuantía, y ésta última también hace un aporte a la primera, con el mismo dinero que recibió de ésta. Ej. :

⁴¹ REYES VILLAMIZAR, op. cit., p. 549-551.

Supongamos que después de una asamblea extraordinaria debidamente constituida y celebrada, Alfa, S.A., resuelve aumentar su capital de \$ 100,000.00 a \$ 200,000.00, aumento que es suscrito e integrado por Gama, S.A., en dinero en efectivo. A su vez, Gama, S.A., resuelve también aumentar su capital de \$400,000.00 a \$ 500,000.00, y este aumento es suscrito por Alfa, S.A., quien a tal efecto le aporta los \$ 100,000.00 necesarios para cumplir con la integración. Como podrá advertirse, Alfa y Gama se han participado recíprocamente suscribiendo e integrado los respectivos aumentos de capital, de manera tal que ambas sociedades han visto elevado sus capitales en la cantidad de \$ 100,000.00, pero para ello solamente se ha utilizado una misma y única suma de dinero, que ha ido de una sociedad a la otra y luego ha vuelto a la de origen, todo bajo los supuestos aumentos regularmente decididos. Y lo ilustramos con este diagrama :

Imbricación



Accionistas de **Beta**, S.A. : Alfa, S.A. : 70 %; Pí, S.A. : 20 %; Gama, S.A. : 10 %, que representan el 100 % de las acciones *con* o *sin* derecho a voto de Beta, S.A.

Accionistas de **Pí**, S.A. : Alfa, S.A. : 51 %; Beta, S.A. : 20 %; Sigma, S.A. : 29 %, que representan el 100 % de las acciones *con* o *sin* derecho a voto de Pí, S.A.

Accionistas de **Sigma**, S.A. : Beta, S.A. : 51 %; Pí, S.A. : 29 %; Gama, S.A. : 20%, que representan el 100 % de las acciones *con* o *sin* derecho a voto de Sigma, S.A.

Accionistas de **Gama**, S.A. : Pí, S.A. : 51 %; Beta, S.A. : 10 %; Sigma, S.A. : 20 %; Alfa, S.A. : 19 %., que representan el 100 % de las acciones *con* o *sin* derecho a voto de Gama, S.A.

Al haber suscripto los aumentos por este método de participaciones recíprocas, el aumento de una de las sociedades ha sido totalmente virtual, pues el dinero ha quedado en el patrimonio de una de ellas, mientras que en la otra solamente ha efectuado una mera registración contable referente a la suscripción de las acciones de la otra sociedad.

Solución a la Imbricación

La solución a la Imbricación se determina mediante la eliminación de una parte correspondiente de los capitales nominales de las dos sociedades, o de una sola

de ellas, según sea el caso de adquisición, a pesar de que ambos sigan figurando como enteramente suscritos.

Lo anterior determina la obligación a cargo de la sociedad que adquiera esas acciones de reducir todo el “*por ciento*” de participación en el capital de la otra sociedad. Sí, hacer la reducción del capital indebidamente integrado.

Adquisición de acciones que no implican Imbricación

Las filiales o subsidiarias integrantes del mismo Grupo, podrán adquirir acciones representativas del capital social, con cargo a su capital contable, de la propia sociedad dominante-matriz, cuando la adquisición forme parte de un patrimonio a título universal.

Las filiales integrantes del mismo grupo, podrán adquirir acciones representativas del capital del capital social, con cargo a su capital contable, de las demás filiales o subsidiarias, cuando la adquisición forme parte de un patrimonio a título universal.

Las sociedades subsidiarias integrantes del mismo Grupo, podrán adquirir acciones representativas del capital social, con cargo a su capital contable, de las demás subsidiarias o filiales, cuando la adquisición forme parte de un patrimonio a título universal.

En tales hipótesis de adquisición, los derechos económicos inherentes a dichas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones.

La controladora-matriz podrá adquirir las acciones representativas del capital social, de las demás sociedades controladas indirectamente, integrantes del Grupo, cuando la adquisición forme parte de un patrimonio a título universal. En este supuesto, los derechos económicos inherentes a esas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones.

Estas operaciones de adquisición, son actos jurídicos legales, ya que se trata de adquisición a título universal de acciones representativas de capital social pagado, del total del cien por ciento del capital pagado de las sociedades transmisoras integrantes del Grupo.

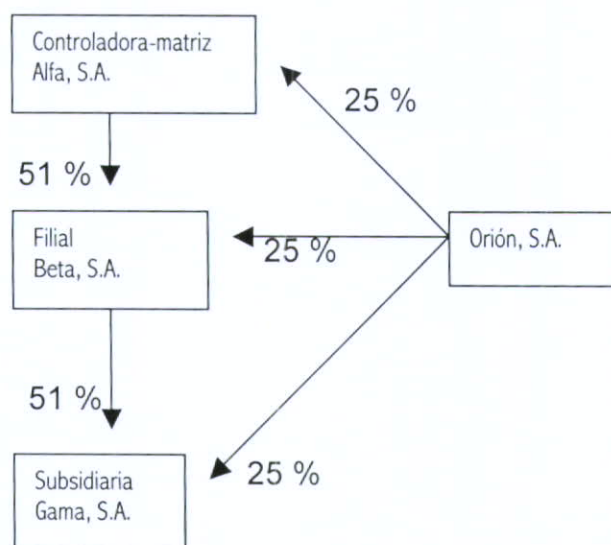
Tales adquisiciones en forma universal, encuentran siquiera fundamento legal en el artículo 98, fracción III, inciso *b*), de la Ley del Mercado de Valores, que señala : “III : La oferta se realizará : *b*) : *Por el cien por ciento del capital social* cuando el oferente pretenda obtener el control de la sociedad”.

Participaciones recíprocas de control *sobrevenidas*

La Directiva 92/101 de la Comunidad Económica Europea prevé las *participaciones recíprocas de control sobrevenidas*, cuando la adquisición,

suscripción o tenencia de acciones se ha producido antes de que existiera una relación de dependencia directa o indirecta entre las sociedades en cuestión.

En este supuesto no se permite la aplicación del régimen prohibitivo sobre acciones propias, sólo deberán suspenderse los derechos de votos vinculados a las acciones en poder de la sociedad dependiente. Y lo explicamos gráficamente :



En enero de 1990, Orión, S.A., adquirió por compraventa de cada una de las sociedades integrantes del Grupo, incluyendo la Controladora, un 25 % de las acciones representativas de su capital social "con derecho a voto". Y en enero del 2005, la subsidiaria Gama, S.A., adquirió por compraventa un 51 % de las acciones representativas de su capital social "con derecho a voto" de Orión, S.A., que ahora es subordinada de Gama, S.A.

La adquirente Gama, S.A., deberá reducir todo el “25 %” de la participación en el capital social “con derecho a voto” de Orión, S.A., en las sociedades : Alfa, S.A., Filial Beta, S.A., y en Gama, S.A., esto es, procederá a la reducción del capital integrado.

Qué no es Imbricación

No es un acto jurídico de Imbricación la hipótesis contenida en el artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, que dice : “Se prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones, . . . ”. Tampoco es Imbricación la hipótesis citada en el artículo 139 de esa Ley, que dice : “En ningún caso podrán las sociedades anónimas hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones”.

Por lo tanto, no se trata en ambos casos, de participaciones recíprocas de capital, ya que en tales hipótesis, la propia sociedad efectúa anticipos sobre sus acciones o *partes sociales*, o préstamos a terceros para adquirirlas.

Esa prohibición está encaminada a impedir –escribe Vivante–,⁴² que “con el anticipo” se cubra una verdadera compra de acciones. Trata, de impedir que la sociedad se confíe en un título cuyo valor podría reducirse a nada cuando sus

⁴² VIVANTE, César, *Tratado de derecho comercial*, t. II, n° 606, Sirey, París, 1911, p. 330.

negocios vayan mal, y tiene mayor necesidad de utilizar las garantías que se ha procurado.

Regulación de la Imbricación

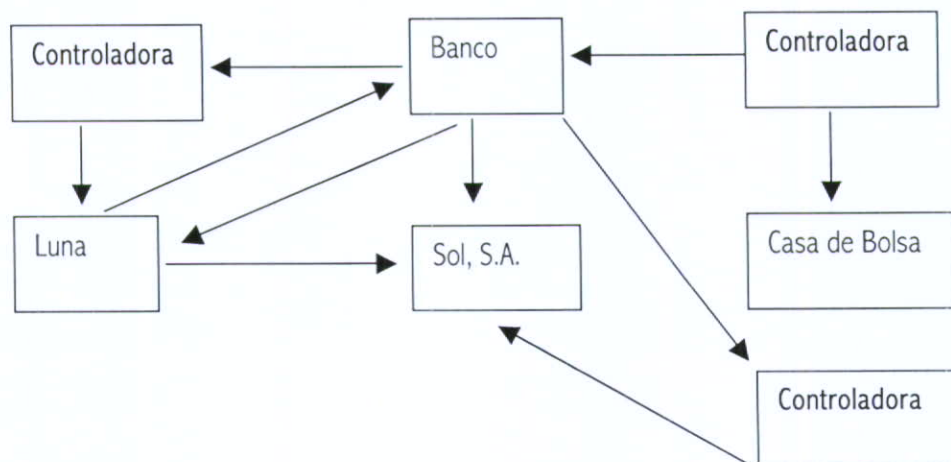
La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Instituciones de Crédito de México, regulan y prohíben las operaciones de Imbricación.

Ciertamente, el artículo 18 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, dice : *“No podrán participar en forma alguna en el capital social de la controladora, . . . , entidades financieras . . . incluso las que formen parte del respectivo grupo, . . .”*. El artículo 19, señala : *“ . . . , y en su caso, cualesquiera otros . . . integrantes o controlados directa o indirectamente por participantes de un grupo, no podrán adquirir acciones representativas del capital de la controladora o de los demás integrantes del grupo”*. El artículo 31, previene : *“ . . Las entidades financieras integrantes de un grupo . . . en ningún caso participarán en el capital de los otros integrantes del grupo. . .”*.

Y el artículo 56, fracción VI, párrafo 4º, de la Ley del Mercado de Valores, prescribe : *“Las personas morales que sean controladas por una sociedad anónima bursátil no podrán adquirir, directa o indirectamente, acciones*

representativas del capital social de la sociedad anónima bursátil a la que se encuentren vinculadas o títulos de crédito que representen dichas acciones. . . ”.

Por su parte, la Ley de Instituciones de Crédito (artículo 75, último párrafo), regula : *“En ningún caso las instituciones de banca múltiple podrán realizar inversiones en títulos representativos del capital de sociedades que, a su vez, tengan el carácter de accionistas en la propia institución o en la sociedad controladora de ésta. Tal restricción también será aplicable a las inversiones en títulos representativos del capital de sociedades controladas por dichos accionistas o que los controlen”.* Y lo aclaramos con el siguiente diagrama :



La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Instituciones de Crédito, no establecen en concreto una sanción legal para dichas operaciones, pero debe entenderse, en todo caso, que

son absolutamente nulas, por tratarse de actos prohibidos por la Ley, cuyo objeto resulta ilícito, conforme al artículo 8º del Código Civil Federal.

Dichas normas jurídicas (18, 19, 31; 56, 75 y 8º, respectivamente) se complementan, además, con la extraordinaria previsión del Artículo Quinto Transitorio de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, publicado en el Diario Oficial de la Federación de enero 19 de 1999; por lo que los titulares de las acciones no podrán ejercer los derechos corporativos y patrimoniales que correspondan, ni la Controladora ni la controlada, no podrán registrar la transmisión de acciones en el libro de accionistas.

De manera que, en los casos de controversia sobre las hipótesis fácticas que configuran la Imbricación, cualquier interesado podrá solicitar la intervención de la autoridad judicial, para que se resuelva el conflicto y se adopten las medidas a que haya lugar.

No hay norma jurídica aplicable a los Grupos societarios integrados por sociedades ordinarias, que les prohíba –excepto las sociedades anónimas bursátiles en su carácter de Controladoras o controladas– operar actos de Imbricación. Nuestra opinión al respecto, es clara en el sentido que debe regularse tales operaciones, en un sólo ordenamiento legal que prohíba los actos jurídicos de Imbricación, ya que no podrá aplicarse por analogía o por mayoría de razón, las normas jurídicas de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la Ley

del Mercado de Valores y la Ley de Instituciones de Crédito, a los Grupos societarios ordinarios.

Readquisición de acciones

La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras establece que la Controladora rechazará y se abstendrá de inscribir en el registro de acciones, las transmisiones que se efectúen en contravención de lo dispuesto por esta Ley. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, determinará en su caso, que se vendan a la misma Controladora las acciones que excedan de los límites fijados, al cincuenta por ciento del menor de los valores fijados por dicha Ley.

Las acciones así reembolsadas se mantendrán en tesorería y deberán colocarse con preferencia sobre cualquier otra acción dentro de los seis meses siguientes a la fecha de su reembolso. Transcurrido dicho plazo sin que las mismas sean colocadas, la Controladora procederá a reducir su capital hasta por el monto de las acciones no colocadas, mediante la extinción de las mismas.

La Ley del Mercado de Valores determina que las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión, podrán adquirir las acciones representativas de su capital social, con cargo a su capital contable, en cuyo supuesto podrán mantenerlas sin necesidad de realizar una reducción de capital social, o bien, con

cargo al capital social siempre que se resuelva cancelarlas o convertirlas en acciones emitidas no suscritas que conserven en tesorería.

También señala que las sociedades de capital fijo podrán convertir las acciones que adquieran en acciones no suscritas que conserven en tesorería, y que en tanto las acciones pertenezcan a la sociedad, no podrán ser representadas ni votadas en asambleas de accionistas de cualquier clase, ni ejercitarse derechos sociales o económicos de tipo alguno.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, prohíbe a la sociedad anónima adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial, en pago de créditos. Por tanto, la sociedad venderá las acciones dentro de tres meses; y si no lo hiciere en ese plazo, las acciones quedarán extinguidas y se procederá a la consiguiente reducción de capital. En tanto pertenezcan las acciones a la sociedad, no podrán ejercitarse derechos corporativos o económicos de tipo alguno.

Pérdida del “control” y “poder de mando” de la Controladora

El “control” y “poder de mando” directo o indirecto que la Controladora-matriz ejerce sobre las sociedades integrantes de la Agrupación, puede verse anulado por operaciones de Imbricación, por la adquisición de “acciones con derecho a voto” representativas de su capital social, por cualquiera de las sociedades integrantes del Grupo. En consecuencia, las sociedades adquirentes estarán en

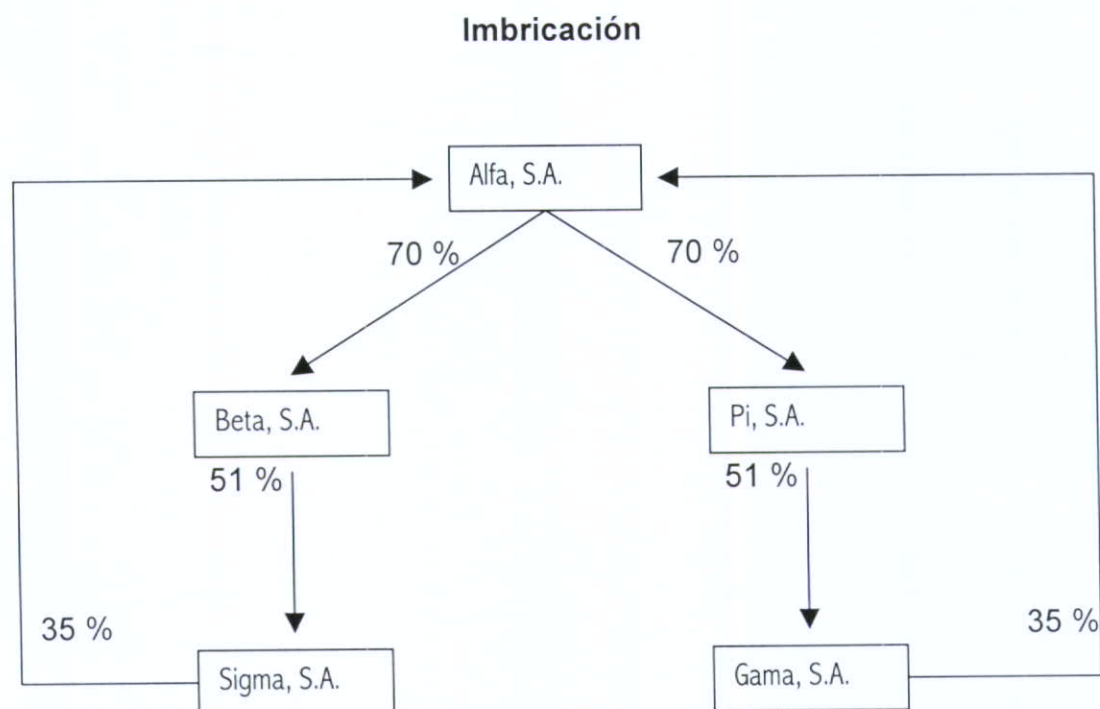
posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de administración de la propia Controladora-madre.

Por esta razón, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Instituciones de Crédito, prohíben los actos de Imbricación, ya que la medida de la participación de una sociedad en otra, podría eventualmente tornarla en la sociedad mayoritaria y por ello poder prevalecer en la toma de las decisiones en las asambleas o reuniones de socios. Si la preponderancia o influencia del poder de votos de una sociedad sobre otra fuese muy relevante nos hallaríamos frente a lo que se conoce como una sociedad matriz y una sociedad filial, términos utilizados porque dan la idea de la influencia que tiene una sobre la otra para imponerle su voluntad.

Los efectos que generan los actos de Imbricación, darían por resultado la pérdida del "control" y "poder de mando" de la Controladora-matriz. Tal ocurre, por ejemplo :

Las subsidiarias Sigma, S.A. y Gama, S.A., cada una de ellas tiene un 35 % de las "acciones con derecho a voto" del capital social pagado de la Controladora Alfa, S.A., esto es, poseen conjuntamente un 70 % de sus acciones. Por lo tanto, el "poder" y "control de mando" **directo** que Alfa, S.A., ejerce sobre las filiales Beta, S.A. y Pí, S.A., realmente no lo tiene, sino que subjetivamente lo ejercen las subsidiarias Sigma, S.A. y Gama, S.A., toda vez que ese 70 % de las "acciones

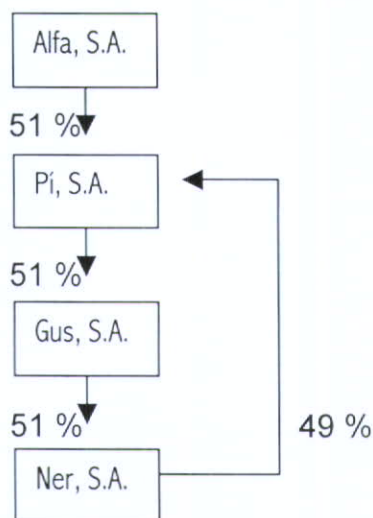
con derecho a voto” del capital social pagado de Alfa, S.A., ciertamente se traduce en un 49 % de los votos sobre las filiales, y la Controladora sólo tiene un 21 % de los votos, respecto del 70 % de las acciones con derecho a voto del capital pagado de las filiales. Y lo ilustramos con el siguiente diagrama :



La *no*-pérdida del “control” y “poder de mando” de la filial

El “control” y “poder de mando” que ejerce la filial Pi, S.A., sobre la subsidiaria Gus, S.A., no puede verse reducido por las operaciones de Imbricación, por la adquisición de “acciones con derecho a voto” representativas de su capital social pagado, por cualquiera de las subsidiarias integrantes del Grupo. Esta situación la ejemplificamos en el siguiente diagrama :

Imbricación

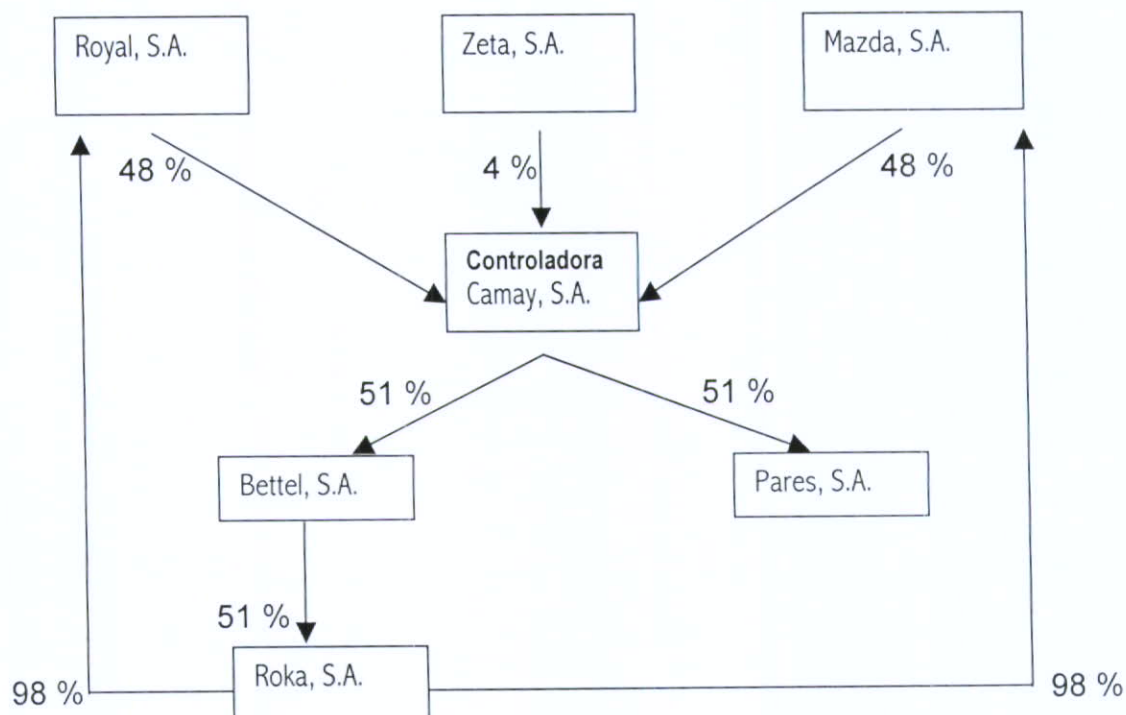


La filial Pí, S.A., tiene un 51 % de las “acciones con derecho a voto” representativas de su capital social de la subsidiaria Gus, S.A. Luego, la sociedad Ner, S.A., controlada por la subsidiaria Gus, S.A., es propietaria de un 49 % de las “acciones con derecho a voto” representativas del capital social de la filial Pí, S.A., y este porcentaje (49 %) se traduce naturalmente en un 24.99 % de los votos de Pí, S.A., sobre Gus, S.A. Sin embargo, la filial Pí, S.A., tiene un 26.01 % de los votos sobre Gus, S.A., es decir, un 1.02 % más de votos, que la sociedad Ner, S.A. Así entonces, la filial Pí, S.A., definitivamente no hay forma de que pierda el “control” y “poder de mando” que ejerce sobre la subsidiaria Gus, S.A.

La razón lógica de la *no*-pérdida del “control” y “poder de mando” de la filial Pí, S.A., se debe a que la Controlante-matriz Alfa, S.A., es propietaria, en todo tiempo de, al menos, un cincuenta y uno por ciento de las acciones con derecho a voto del capital social pagado de la filial Pí, S.A.

Auto-control

Otro modo de pérdida del “control” y del “poder de mando” de la *Holding* –que se traduce en auto-control de sí mismo, es decir, de la propia integrante adquirente–, está previsto en el artículo 31 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, que dispone : “ . . . Los integrantes de un grupo tampoco deberán participar en el capital de las personas morales que, a su vez, sean accionistas de la controladora . . . ”. Y lo precisamos con el siguiente diagrama :



En efecto, las sociedades anónimas Royal, Mazda y Zeta, forman una *Holding*, en donde Royal y Mazda, cada una de ellas tiene un 48 % de las “acciones con derecho a voto” del capital social pagado de la Controladora

Camay, S.A., esto es, poseen conjuntamente un 96 % de esas acciones. Y la subsidiaria Roka, S.A., tiene un paquete accionario de un 98 % de las acciones con derecho a voto del capital social pagado, de Royal, S.A. y Mazda, S.A.

Así, el “control” y “poder de mando” **directo** de la *Holding Camay, S.A.*, sobre las sociedades anónimas filiales Bettel y Pares, realmente no lo tiene, sino que objetiva e indirectamente lo ejerce la propia subsidiaria Roka, S.A., a través de Camay, S.A., dado que su paquete accionario de un 98 % de las “acciones con derecho a voto” del capital social pagado de Royal, S.A. y Mazda, S.A., representa un 48.96 % de los votos (48 % + 48 % = 96 %, del paquete accionario de un 51 % de las acciones con derecho a voto del capital pagado de las filiales), y Camay, S.A., por sí sola, sólo ejerce un 2.04 % de los votos, respecto del paquete accionario de un 51 % de las acciones con derecho a voto del capital social pagado de las filiales, que se reflejan en las Asambleas generales ordinarias de Bettel, S.A. y Pares, S.A.

El “control” y “poder de mando” **indirecto** de la Controladora Camay, S.A., respecto de la subsidiaria Roka, S.A., realmente no lo tiene, sino que subjetivamente, la propia subsidiaria **sé auto-controla**, así misma, dado que su paquete accionario de un 96 % de las “acciones con derecho a voto” del capital social pagado de Camay, S.A., representan un 48.96 % de los votos que la Controladora ejerce sobre las filiales, y ese porcentaje de votos (48.96 %) se traduce de nuevo en un 48.96 % de los votos que indirectamente Camay, S.A.,

ejerce sobre Roka, S.A., los que corresponden a la subsidiaria; y la Controlante, sólo tiene un 2.04 % de los votos, respecto del paquete accionario de un 51 % de las acciones con derecho a voto del capital social pagado de la filial Bettel, S.A., que se reflejan en las Asambleas generales ordinarias de Roka, S.A.

Por consiguiente, la Controladora Camay, S.A., sí pierde el “control” y “poder de mando” tanto directo como indirecto, que supuestamente ejerce sobre las filiales y subsidiaria integrantes del Grupo, que en realidad corresponde a Royal, S.A., a través de la *Holding*-matriz.

Resumen : Los integrantes del Grupo societario : la dominante-matriz, filiales y subsidiarias, no deben realizar actos jurídicos de Imbricación, ya que comprometerían la realidad y existencia del capital social, que tiene una esencial función de garantía frente a terceros.

Las participaciones recíprocas (Imbricación) constituyen además una forma típica de agudamiento del capital social y, en consecuencia, de su intangibilidad : a esa idea responde la prohibición de la ley. De esta manera se tiende a evitar que por medio de “cruzamiento” se efectúen reembolsos de capital o de reservas legales.

Si ninguna sociedad integrante del Grupo, en los casos prohibidos, no está legitimada para adquirir, es evidente que la adquisición, hecha en desprecio de la

ley, no es eficaz, es decir, es nula.

La expresada *indisponibilidad* se traduce prácticamente en la obligación de abstenerse de utilizar, directamente o por medio de intermediarios, las acciones adquiridas para intervenir y votar en las asambleas.

Las operaciones de Imbricación solamente están permitidas, cuando la transmisión de acciones forme parte de un patrimonio a título universal.

La filial o subsidiaria integrantes del Grupo, no deben participar en el capital de las compañías que, a su vez, sean accionistas de la Controladora, porque esas participaciones generarían que la *Holding*-madre, pierda el “control” y “poder de mando” directo e indirecto; y crearía, además, un auto-control de la propia integrante adquirente. Además, produce confusión de patrimonios, como lo citamos en el epígrafe *Definición de Imbricación*.

CAPÍTULO V

DE LA FIANZA

Capitant⁴³ explica que la palabra **Fianza** [*Cautionnement*] deriva del verbo *cautionner*. Contrato por el cual el fiador se obliga frente al acreedor.

Los principios que rigen para el contrato de fianza, son aplicables por analogía y mayoría de razón al Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* normado por la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras de México, dado que en ambos actos jurídicos, una parte se obliga *subsidiariamente*, por un tercero. Esto es, el fiador y la Controladora, asumen un deber directo, frente al acreedor de un tercero (fiado y sociedad controlada).

Además, la fianza legal y el Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada*, tienen en común que no se trata de una libre convención, sino que es impuesta obligatoriamente por la propia ley, es ineludible la forma escrita, para que sea válido.

En uno y otro caso, la obligación del garante (fiador) y la de la sociedad mercantil Controladora, es conjunta con la del deudor principal (fiado y controladas). Si el deudor principal no paga, el acreedor tiene en su contra una

⁴³ CAPITANT, Henri, *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 279.

C65823

acción para reclamarle judicialmente el pago. Sin embargo, no podrá ejecutar por el total del crédito reclamado, al fiador y Controladora, sino hasta el monto líquido que el deudor principal deje de cubrir.

El fiador debe estar domiciliado en el lugar del cumplimiento principal (artículo 2850 del Código Civil Federal) y, por su parte, la Controladora será residente en México (artículo 64 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta).

El contrato de fianza y el Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada*, se dan para la seguridad de una obligación futura, cuyo importe no sea aún conocido, son créditos futuros inciertos y su cifra *indeterminada* (ilíquida). Esta *indeterminación* se refiere solamente a que en el momento de constituirse el contrato de fianza y el Convenio de responsabilidades, el crédito principal al que los mismos acceden, todavía no han tenido existencia concreta ni está su monto especificado, pero de todas maneras deben referirse a una obligación futura cierta y determinada, sin perjuicio de que la misma se concrete o no realmente.

Manresa y Navarro⁴⁴ explica que son dos las acepciones que en el tecnicismo jurídico tiene la palabra "fianza" : una, lata, amplia y extensa, que comprende dentro de sus términos, todos los contratos de garantía, y otra, restringida y estricta, que es lo que constituye la fianza propiamente dicha. En

⁴⁴ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, t. XII, Reus, Madrid, 1973, p. 233.

ambos sentidos, denota el aseguramiento por medios subsidiarios de una obligación principal, que es la característica de su esencia, pues sin dicha obligación principal no se concibe la existencia de la fianza, y por eso es siempre un contrato accesorio, dependiente de otro, para cuya seguridad se constituye.

Igual resulta del Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* de la Controladora, en el sentido de que su responsabilidad por las obligaciones a cargo de las sociedades controladas integrantes del Grupo, durará mientras dure la Asociación.

De la naturaleza y extensión de la fianza

En cuanto a la naturaleza de la fianza, tres son los caracteres que la distinguen y diferencian, determinando la razón de su especialidad, derivada del objeto mismo de dicho contrato. Esos caracteres son :⁴⁵

1. La cualidad accesorio y *subsidiaria* de la obligación contraída;
2. La condición unilateral de la misma, y
3. La circunstancia de ser el fiador persona distinta del principal obligado.

⁴⁵ *Ibid*, p. 237 y ss.

Es *accesoria* la obligación contraída, porque carecería de objeto sin otra principal cuyo cumplimiento asegure y garantice, hasta el punto de que sin ésta no se concibe su existencia. Ha de vivir, pues, unida a la convención a que debe su nacimiento y no puede asumir los caracteres de una obligación principal, independiente y con vida propia.

El Convenio de responsabilidades debe su nacimiento exactamente a la integración horizontal y vertical del Grupo societario, por el cual la Controladora responde subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las sociedades controladas miembros de la Agrupación. También responde ilimitadamente por las *pérdidas* de todas y cada una de dichas sociedades. Asimismo, responderá por los *daños y perjuicios* que ocasione a las sociedades controladas directa o indirectamente, mientras dure la asociación.

La fianza se distingue por su cualidad *subsidiaria* y condicional, ya que no empieza la efectividad de la misma hasta el cumplimiento de la condición o la realización del hecho futuro e incierto de dejar de satisfacer su débito el principal obligado en el tiempo y en la forma en que se comprometió a hacerlo.

La responsabilidad *subsidiaria* de la Controladora, principia su efectividad hasta que el deudor principal (la controlada) no satisface la totalidad de las obligaciones a su cargo, en la época y forma que se obligó.

Es otro de los requisitos propios de la fianza, el que el fiador sea persona distinta del fiado, porque nadie puede ser fiador personal de sí mismo. En la fianza propiamente dicha, o sea en la personal, no hay razón ni motivo jurídico alguno para que pueda admitirse que el mismo deudor concorra por sí para asegurar, en concepto de fiador personal, la efectividad de su propia obligación.

En el sistema de integración vertical de Grupos societarios, la filial no asume el Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* en el sentido de que no responde de ninguna forma, del cumplimiento de las obligaciones a cargo de ninguno de los miembros del Grupo. No reintegra las *pérdidas* de ninguno de los integrantes del Grupo. No es responsabilidad suya, los *daños y perjuicios* que ocasione la Controladora a las filiales o subsidiarias. Son obligaciones a cargo de la Controlante, al amparo del Convenio. No responde por las obligaciones a cargo de la *Holding*-madre, ni por las *pérdidas* de ésta.

En el sistema de integración horizontal de Agrupaciones societarias, la subsidiaria no asume el Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* en el sentido de que no se obliga al cumplimiento de las obligaciones a cargo de su filial-controlante; no repone las *pérdidas* de su filial. Son obligaciones que corren a cargo de la Controlante-matriz, al amparo del Convenio. No responde por los *daños y perjuicios* que ocasione la Controladora-matriz a ninguna sociedad integrante del Grupo. No se obliga al pago de las obligaciones a cargo de la Controladora-madre, ni por las *pérdidas* de ésta.

El artículo 1.822 del Código Civil Español –correlativo del 2794 del Código Civil Federal de México– prescribe : “*Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste*”.

Ese artículo 1.822⁴⁶ obedece a dos fines distintos que constituyen su peculiar objeto y la razón legal de su precepto : uno, la determinación del concepto de la fianza como contrato según el Código, y otro, la fijación de la diferencia que existe entre la obligación solidaria del codeudor y la *subsidiaria* del fiador. Son distintas una y otra materia, aunque derivada la segunda de la primera.

Como se expresa en el artículo 2794 del Código Civil Federal de México, obligase por virtud de ella una persona a pagar o cumplir por un tercero el compromiso que éste hubiere contraído, en el caso de no hacerlo por sí. Es, pues, una obligación *subsidiaria* la contraída por el fiador.

El beneficio del Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* de la Controladora-matriz, es indiscutible. Por este Convenio, las sociedades controladas filiales y subsidiarias integrantes del Grupo societario, se aleja el temor de sus acreedores ya que asegura el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y contribuye poderosamente a fomentar la contratación, y con él todos los beneficios que al interés particular y a la riqueza pública proporciona el amplio desenvolvimiento de las relaciones contractuales.

⁴⁶ *Ibid*, p. 242 y ss.

Obligaciones aseguradas con la fianza

Puede prestarse la fianza eficazmente por una obligación futura –indica Ricci–,⁴⁷ fundándose en que en este caso el fiador se obliga bajo una condición : la de que se lleve a efecto el acto de que se derive la obligación asegurada. Al respecto, el artículo 2798 del Código Civil Federal de México, establece que puede prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero haciendo depender la eficacia de aquélla del vencimiento de la obligación asegurada, o, mejor dicho, aplazando su exigibilidad hasta que la deuda sea líquida y, por tanto, exigible.

Con el Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada*, al igual que la fianza, se suscribe por la Controladora y por las sociedades integrantes del Grupo, para asegurar una obligación futura, cuyo importe no es aún conocido, son créditos futuros inciertos y su cifra *indeterminada* (ilíquida). La *indeterminación* se refiere solamente a que en el momento de constituirse el Convenio, el crédito principal al que los mismos acceden –*obligaciones, pérdidas, daños y perjuicios*–, aun no tienen existencia concreta ni está su monto especificado, no obstante, se refieren a una obligación futura cierta y determinada, sin perjuicio de que la misma se concrete o no realmente.

⁴⁷ RICCI, Francisco, *Curso teórico práctico de derecho civil*, La España Moderna, Madrid, 1890, vol. 9, p. 525.

Artículo 1.823 del Código Civil Español –correlativo del artículo 2795 del Código Civil Federal de México– reza : “La **fianza** puede ser convencional, **legal** o judicial, gratuita o a título oneroso”.

La **fianza legal** *stricto sensu*, es aquella ordenada por la ley, para que se produzcan determinadas consecuencias jurídicas en el derecho sustantivo,⁴⁸ a diferencia de las judiciales o legales en el sentido lato, que se otorgan para producir efectos en orden procesal.⁴⁹

Conforme al motivo o la razón jurídica de la clasificación hecha de la fianza por el concepto de la causa de su origen, el fiador, a más de prestar la fianza por su espontánea voluntad, puede verse obligado a hacerlo, bien por precepto expreso de la ley.⁵⁰

El Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* de la Controladora, está impuesto por la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, y se otorga *por escrito*.

Se tendrá en cuenta –escribe Manresa y Navarro–⁵¹, respecto de la fianza legal, dos principios que constituyen la base esencial de la doctrina en la materia :

⁴⁸ MANRESA Y NAVARRO, op. cit., p. 272 y ss.

⁴⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano, contratos*, Porrúa, México, 1981, t. VI, vol. II, p. 259

⁵⁰ RICCI, op. cit., p. 272.

⁵¹ MANRESA Y NAVARRO, op. cit., 272 y ss.

1. Que es preciso que exista una disposición expresa y especial que ordene la prestación de fianza para que exista dicha fianza, o para que se estime impuesta ésta por virtud de la ley; y
2. Que todas las disposiciones que imponen la obligación de prestar fianza son de interpretación estricta.

Según ella, no puede haber obligación legal sin ley que la imponga, o de que se derive, y es sabido que por vía de interpretación no pueden extenderse las obligaciones legales, ni aun por razón de analogía, a otros casos distintos de los expresamente designados en la disposición de que traen origen, porque –dice Laurent–,⁵² el extender una obligación que sólo el legislador tiene derecho a imponer *sería hacer ley*"; y así debe estimarse con razón; pues en realidad, el ampliar las prescripciones de una ley a otros casos distintos de los tenidos en cuenta por el legislador al establecer su precepto, equivale a subrogarse en las facultades de aquél haciendo una ley nueva comprensiva de los nuevos casos no incluidos en la citada disposición legal.

La fianza es expresa

El artículo 2794 del Código Civil Federal de México, dispone que el contrato de fianza se constituye expresamente, constando de una manera directa e indudable

⁵² LAURENT, F., *Principios de derecho civil francés*, Bruxelles, París, 1887, p. 194.

la intención y la voluntad de obligarse. Excluye, por tanto, la forma tácita de su expresión.

“Quien afianza, paga”. En consecuencia, el fiador, al obligarse *motu proprio*, lo hace de una manera seria y concienzuda, la expresión de su voluntad es garantía suficiente de su deliberada intención de obligarse a cumplir por el principal deudor, en su caso, la obligación asegurada con la fianza.

El mismo razonamiento aplica para el Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada*, ya que la Controladora está consiente de que al estar en la cúspide, es decir, asumir expresamente el “control” y “poder de mando” del Grupo societario, responde subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las *obligaciones* a cargo de las sociedades controladas directa e indirectamente integrantes del Grupo; responde ilimitadamente por las *pérdidas* de todas y cada una de dichas sociedades. También responde ilimitadamente por los *daños y perjuicios* que les cause.

Artículo 1.830 del Código Civil Español –correlativo de la norma 2814 del Código Civil Federal de México– señala : “*El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes **excusión** de todos los bienes del deudor*”.

El beneficio de excusión está consagrado para que el acreedor dirija previamente sus acciones contra el deudor principal, cobrar forzosamente el

mismo su crédito, y por el excedente dirigirse contra el fiador. En caso de que la acción directa no diera resultados, por carencia de bienes a ejecutar, es obvio que el acreedor tiene expedita la vía contra el fiador por el total de la obligación.

El fundamento de este beneficio se funda en razón de equidad, dado que siendo la obligación del fiador *subsidiaria*, es justo que responda solamente en defecto de cumplimiento por parte del obligado directo.

Lógicamente, al amparo del Convenio de responsabilidades, el beneficio de excusión también se otorga a la sociedad Controladora, por el cumplimiento de obligaciones a cargo de las sociedades controladas. Sin embargo, no opera este beneficio a favor de la Controladora, cuando se trate de *pérdidas* de las sociedades controladas, ni por los *daños y perjuicios* que cause a las controladas; por lo que responde *ilimitadamente*, justamente por su “control” y “poder de mando” directo e indirecto sobre todo el Grupo.

Resumen : Los principios que rigen para el Contrato de Fianza, definitivamente son ajustables al Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* de la Controladora, dado que asume un deber directo, frente al acreedor de las sociedades controladas integrantes del Grupo societario.

La *responsabilidad subsidiaria* es la que se presenta a cargo del fiador y de la Controladora que deben responder por las conductas del fiado y de las

sociedades controladas, respectivamente, pero sólo a partir del límite en que éstas son impotentes para cubrir el todo o parte de las prestaciones que deben. Ahí empieza la *responsabilidad subsidiaria*.

La fianza y el Convenio de responsabilidades de la Controladora, se pactan obligadamente *por escrito* en virtud de un precepto de la ley.

La fianza y el Convenio de responsabilidades, son de carácter subsidiario y condicional. Así, el derecho del acreedor para reclamar al fiador y Controladora, no nace, ni puede realizarse legalmente, hasta después de procederse a la ejecución formal de los bienes del principal obligado, y de ser declarada total o parcialmente su insolvencia, ya que el fiador y la Controladora sólo responden del descubierto del crédito del acreedor.

Se justifica su existencia y admisión, por la necesidad sentida de imponer en ciertos casos la constitución de fianza y del Convenio de responsabilidades, para asegurar el cumplimiento de especiales obligaciones y para garantizar la efectividad de determinados derechos.

CAPÍTULO VI

LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Sin duda, el efecto más drástico que la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y la Ley del Mercado de Valores de México, señalan para las situaciones de subordinación es el relativo a las responsabilidades que surgen para las sociedades matrices.

Acerca de esta responsabilidad, Galindo Sifuentes⁵³ expone que las sociedades como personas morales son sujetos de contraer obligaciones frente a terceros y de esa manera tener acreedores respecto a los cuales tienen la obligación de responder con su patrimonio por las deudas contraídas.

Así, con criterio eminentemente proteccionista de los intereses de los acreedores de las compañías que forman parte de Grupos o que están subordinados a otras, esas dos leyes estatuyen modalidades de verdadera *desestimación de la personalidad jurídica* de las sociedades controladas. La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras impone a la sociedad matriz la responsabilidad ineludible de responder en forma *subsidiaria e ilimitada* por las obligaciones a cargo de las sociedades controladas integrantes del Grupo. También les impone la responsabilidad *ilimitada* de responder por las *pérdidas* de

⁵³ GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 2004, p. 180.

dichas sociedades. Por su parte, la Ley del Mercado de Valores, determina que la Controladora pagará los *daños y perjuicios* que cause a las sociedades controladas integrantes de la Agrupación.

La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, prevé la integración vertical y la integración horizontal de los Grupos societarios. Por tanto, la Controladora responde *subsidiaria e ilimitadamente* por las subsidiarias, por aquellas obligaciones a su cargo que no alcancen a costear, por sí mismas, y respecto de las cuales, su filial no pueda cubrir. También tiene la obligación *ilimitada* de reintegrar las *pérdidas* que sufran las subsidiarias que no pueda reponer su filial. Asimismo, la Controlante-matriz responderá por los *daños y perjuicios* que la filial ocasione a las subsidiarias y de los cuales la propia filial no pueda pagar.

Barbieri⁵⁴ dice que deberían incluirse entre los supuestos de extensión –de responsabilidad–, aquellos correspondientes al “control externo”, es decir, cuando dicha situación de dominio se ejerza “por especiales vínculos existentes entre las sociedades”.

Esos “*especiales vínculos*”, son exactamente el “control” y “poder de mando” indirecto de la Controladora-madre sobre las subsidiarias, que se da indispensablemente cuando por conducto de las sociedades filiales, a su vez

⁵⁴ BARBIERI, Pablo C., *Procesos concúrsales*, Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 460-461.

controladas por la misma sociedad Controladora-matriz, adquiere en propiedad acciones con derecho a voto que representan, al menos, un cincuenta y uno por ciento del capital social pagado de las subsidiarias integrantes del Grupo.

Compartimos la exposición de Barbieri, ya que “quien maneja externamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes” y menos “cuando el “control” y “poder de mando” social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de otra sociedad.

Ciertamente el “control” y “poder de mando” generan problemas jurídicos como el de *responsabilidad o comunicación de responsabilidad* entre sociedades dependientes y dominantes; entre “filiales y “matrices”, por lo que las obligaciones de las empresas subordinadas pueden transferirse a la sociedad dominante-madre, ya que aquellas son una mera ficción, una prolongación de ésta.

La extensión de la responsabilidad tiene un carácter eminentemente económico y está íntimamente relacionada con la actuación de la matriz, pues son las decisiones de la compañía Controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de las sociedades indirectamente controladas (las subsidiarias) y son también las que generan su responsabilidad.

Conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, la

sociedad anónima tiene personalidad jurídica y patrimonio propios, diametralmente distinto e independiente del de los socios que sólo tienen la obligación del pago de sus acciones. Se trata de patrimonios propios, autónomos e independientes. Razón a ello, no hay *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* del socio por el cumplimiento de obligaciones respecto de tercero en contra de la sociedad.

Por tanto, la sociedad Controladora puede escudarse al amparo de esta Ley, en el sentido de que en primer lugar, no están regulados los Grupos societarios y, en segundo lugar, la Controlante, como socio mayoritario de una sociedad anónima filial, no responde mas que del pago de sus acciones.

La conclusión no puede ser otra que afirmar que existe en esta materia una laguna de protección de los acreedores. Y las posibilidades de cubrir esta laguna de protección afirmando la responsabilidad de la Controladora-matriz, en el Derecho vigente, la única vía disponible es la del *levantamiento del velo*, cuando se hubiera ocasionado el correspondiente perjuicio a los acreedores.

Al efecto, Ramírez⁵⁵ escribe : “ . . . los socios de las Compañías anónimas, o accionistas, como socios de responsabilidad limitada que son, . . . la responsabilidad del accionista se concreta al desembolso o abono del importe de la *acción*, . . . Téngase en cuenta que la solvencia de la sociedad no depende, en

⁵⁵ RAMÍREZ, José A., *La quiebra, Derecho concursal español*, t. III, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1998, p. 2373.

ningún caso, de la solvencia de sus socios, y que éstos, dada la naturaleza de la institución, no responden de las deudas de aquélla”.

Sin embargo, el “control” y “poder de mando” indirecto, que surgen precisamente por la tenencia accionaria señalada en el último párrafo de la página 111, nos da la pauta para determinar la extensión de la responsabilidad para la matriz que debe responder por las *obligaciones* a cargo de la Filial respecto de las diversas responsabilidades a cargo de las *subsidiarias*, que no puedan cubrir. También responderá por las *pérdidas* a cargo de la Filial respecto de aquellas *pérdidas* de las *subsidiarias*, que no consigan reintegrar. Asimismo, responde por los *daños y perjuicios* que ocasione la filial a las subsidiarias y de los cuales no pueda pagar la filial.

El corrimiento del velo societario

La Ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas (abrogada por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 16 de abril de 1946, que creó la Comisión Nacional de Valores).y la Tesis aprobada por la H. Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, 175-180 Cuarta Parte, página 148, rubrada : “SOCIEDADES ANÓNIMAS, RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA ILIMITADA DE LA PERSONA O PERSONAS QUE CONTROLAN EL FUNCIONAMIENTO DE LAS. ALCANCE DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY QUE ESTABLECE LOS

REQUISITOS PARA LA VENTA AL PÚBLICO DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS”, son las fuentes que incorporan la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria al derecho positivo mexicano.

Con los artículos 13 y 14 de dicha Ley, el Ejecutivo Federal incorpora la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria :

a) Artículo 13.- Las personas que controlen el funcionamiento de una sociedad anónima, ya sea que posean o no la mayoría de las acciones, tendrán obligación subsidiaria ilimitada frente a terceros por los actos ilícitos imputables a la compañía.

b) Artículo 14.- La responsabilidad que el artículo anterior establece se hará efectiva en los términos del párrafo primero del artículo 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La expresión **correr el velo** (*velo*, del latín *velum*), significa : “Descubrir, manifestar una cosa que estaba oscura u oculta”.⁵⁶

Lo que significa entonces, es en el sentido de que, si procede, es resolver el caso concreto como si la sociedad Controladora careciera de personalidad propia (levantamiento del velo), ya que las prácticas abusivas o injustas eventualmente

⁵⁶ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, Mayo, México, 1981.

pueden ocasionar *daños y perjuicios*, y la *insolvencia y pérdidas* de las sociedades integrantes del Grupo. Por tanto, cuando el “control” y “poder de mando” de la sociedad mercantil Controladora es abusivo e injusto y se usa para perjudicar a los acreedores o a otras partes interesadas (accionistas minoritarios), es sólo en ese grado en que la doctrina del “levantamiento del velo” funciona con plenitud.

Al respecto, importa subrayar que “la doctrina del levantamiento del velo se mantiene en protección de terceros, nunca de las mismas personas que constituyeron la sociedad. La afirmación es irrefutable, y perfectamente aplicable a los casos en que una sociedad mercantil es dominante de otra. Sin embargo, De Ángel Yágüez⁵⁷ dice que no es descartable que la doctrina del velo pueda ser invocada por quien participó en la sociedad, si por su parte no hubo abuso de la personalidad ni fraude para terceros.

Definitivamente compartimos el aserto De Ángel Yágüez, dado que los accionistas minoritarios de las sociedades mercantiles integrantes del Grupo, pueden ejercitar las acciones de responsabilidad expuestas en el Capítulo XIII, de esta Tesis, al que nos remitimos, *brevitatis causa*.

Los **elementos** que se caracterizan en una prueba de tres partes que abarca la doctrina **del levantamiento del velo corporativo**, y de los cuales el demandante

⁵⁷ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1997, p. 263.

debe comprobar a fin de desestimar la personalidad jurídica societaria, son :⁵⁸

1º *Control o dominio;*

2º *Uso o propósito impropio;*

3º *Daño o perjuicio resultante.*

Control o dominio :

Al determinar si *existe este control o dominio absoluto*, los Tribunales por lo regular requieren que el demandante presente pruebas de uno o más factores que lo demuestren.

El dominio control es, por mucho, el factor que más mencionan los jueces estadounidenses, a fin de considerar que el primer elemento (dominio y control *lato sensu*) se ha probado.

Propósito o uso incorrecto :

Requiere que el demandante demuestre que el control ejercido por la Controladora demandada *fue usado* "para cometer un daño, perpetrar la violación de un deber

⁵⁸ ENRÍQUEZ ROSAS, José David, *La personalidad jurídica societaria*, Oxford, México, 2001, p. 36 y ss.

legal o realizar un acto ilícito en contra del derecho legal de la parte actora”.

Es un reconocimiento explícito de que debió haber ocurrido una conducta incorrecta más allá de establecer que la compañía se controló o dominó. Se requiere de cierta forma de culpabilidad atribuible a la Controladora, como el uso de la filial o subsidiaria para perpetuar el fraude. Así se considera que los malos manejos de la Controlante constituyen uno de los factores clave que conducen al levantamiento.

Daño resultante :

El demandante debe demostrar que el control del demandado (la Controladora), ejercido de una manera fraudulenta, ilegal o de otro modo injusta hacia él, ocasionó el daño sufrido.

El actor debe comprobar que, a menos que se levante el velo corporativo, y el uso indebido de la forma corporativa, sufrirá daños. La parte actora debe demostrar que el control y los hechos denunciados se presentaron al mismo tiempo que el daño.

En este caso del *levantamiento del velo corporativo* no puede tener más base que las pruebas, como lo previene el artículo 81 del Código Federal de Procedimientos de México.

En concordancia con todo lo hasta aquí expuesto, Piedecosas dice que todas las ventajas propias de la personalidad moral, son susceptibles de abuso y tal uso desviado se ha procurado remediar mediante la posibilidad de prescindir o desestimar la estructura formal del ente para `penetrar' en el sustrato personal y patrimonial del mismo, a efectos de poner de relieve los fines de los miembros que se cobijan tras la máscara de la persona jurídica. Con ello, en el fondo no se niega la existencia de la persona jurídica, sino que se la preserva en la forma en que el ordenamiento jurídico la ha concebido.⁵⁹

Ciertamente, la personalidad jurídica la atribuye el Estado persiguiendo fines superiores : el bien común o bienestar general. Por lo que cada vez que esa personalidad sea utilizada con fines distintos, que desnaturalicen su razón o fundamento, ella debe ser desestimada; es decir, se declarará inoponible esa personalidad, ya que la personalidad jurídica concedida por la ley no es un derecho subjetivo que se pueda ejercitar de forma abusiva.

En estos supuestos, la actuación de la sociedad directa e indirectamente controlada se imputará directamente a la sociedad Controlante-matriz que la ha hecho posible, respondiendo ésta en forma *subsidiaria e ilimitada* por las *obligaciones*, e *ilimitadamente* por las *pérdidas y los daños y perjuicios*

⁵⁹ PIEDECASAS, Miguel A., *Responsabilidad civil por liquidación de empresas de seguros*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 331-333.

ocasionados, ya que es quien, en definitiva, le ha impuesto la conducta contraria a la ley, el *orden público* o la *buena fe*.

Piedecabras explica que la idea fundamental de la doctrina de la desestimación de la forma de la persona colectiva es la siguiente : una persona jurídica es una ficción ideada por razones de técnica, a fin de que en la vida comercial puedan alcanzarse determinados fines que el ordenamiento jurídico no desaprueba. Esto fija los límites dentro de los cuales puede reconocerse vida propia a la persona colectiva; si se abusa de la misma para alcanzar fines contrarios a la vida de la sociedad, es posible adoptar medidas contra los hombres, respecto de las verdaderas relaciones encubiertas tras la máscara de la persona jurídica, que no puede ser obstáculo para el cumplimiento de una sentencia justa.⁶⁰

Coincidimos con Piedecabras en el sentido que la sociedad mercantil es un organismo económico independiente del patrimonio particular del accionista, y tiene vida propia en virtud de su personificación y se le aplican todas las manifestaciones de la personalidad, dotada de patrimonio. Por tanto, para hacer frente al potencial abuso de la personalidad jurídica de la sociedad, deberá darse la solución que permita desconocer el sistema de separación patrimonial, para comprometer la responsabilidad del socio Controlante de las compañías

⁶⁰ *Ibid*, p. 331-333.

integrantes del Grupo societario, como lo previene la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

Moreno Murciano⁶¹ comenta que el *levantamiento del velo*, inicialmente se produce mediante la indagación de aquello que bajo la forma de sociedad anónima se esconde, buscado o surgido, pero que conduce a eludir responsabilidades, principalmente civiles y fiscales, a desvirtuar imputaciones. . . . desvelando por tanto casos en que se simula la constitución de una sociedad con el fin de eludir el cumplimiento de un contrato, o bien de burlar los derechos de terceros, o de eludir la ley, . . .

Efectivamente, el *levantamiento del velo* sólo encuentra fundamento cuando se trata de proteger a un tercero perjudicado (acreedor o accionista minoritario) por la personalidad jurídica propia de la sociedad mercantil controlada integrante del Grupo societario.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, no permite el “levantamiento del velo corporativo” para efectos de fincar responsabilidad patrimonial a los socios de la sociedad anónima por el cumplimiento de obligaciones respecto de tercero; es decir, no responden de ninguna de las obligaciones sociales a cargo de la compañía.

⁶¹ MORENO MURCIANO, Honorato, *Procedimiento de quiebra*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 451.

Esta ley limita la responsabilidad de los socios y accionistas en la sociedad anónima, sólo al pago de sus acciones, que hace irrisoria la pretensión de obtener una extensión de responsabilidad o la posibilidad de lograr un resarcimiento de *perjuicios*. Sin embargo, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras instituye la responsabilidad *subsidiaria e ilimitada* de las sociedades Controladoras, que es obviamente, el parteaguas que resulta útil para prevenir esos abusos, e ineludiblemente lo contendrá la ley que codifique los Grupos societarios ordinarios. Se trata aquí, desde luego, del levantamiento del velo corporativo a través de la legislación.

Resumen : La *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* se da en forma concomitante con la acción que permite la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras. En dicho caso se utiliza la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica societaria para llegar a las sociedades Controlantes o a los sujetos verdaderamente responsables. Indudablemente estamos ante el desconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil controlada (levantamiento del velo corporativo); dando lugar, entonces, a la extensión de la responsabilidad.

El llamado "levantamiento del velo" se resuelve en la aplicación finalista de normas de derecho común, que genera una extensión de la imputación; en otros casos se resuelve en la aplicación de fundamentos autónomos de responsabilidad, que genera una extensión de la responsabilidad.

La extensión de responsabilidad (por virtud del levantamiento del velo corporativo) por “las *obligaciones*”, “*pérdidas*”, y “*daños y perjuicios*” de las sociedades *subsidiarias*, nace para la Controlante-madre, por la adquisición en propiedad de, al menos, un cincuenta y uno por ciento de sus acciones “con derecho a voto” representativas de capital social, por conducto de sus filiales, que le otorgan “poder” y “control de mando” indirecto.

CAPÍTULO VII

EL CONVENIO DE RESPONSABILIDADES

El Convenio Único de responsabilidades es el acto jurídico que deriva de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (artículo 28) y la Regla Decimonovena de las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros, y del acuerdo plurilateral de voluntades por parte de los integrantes de un grupo financiero previsto en los Estatutos de la sociedad Controladora, consistente en la obligación de esta para responder de manera *subsidiaria e ilimitada* por las **obligaciones** de las entidades financieras y por las **pérdidas** de forma *ilimitada*.⁶²

Capitant⁶³ expone que la palabra “**Convención**” [*Convention*] procede del latín *conventio*, derivado del verbo *convenire*, “venir juntos”, de donde “estar de acuerdo”. I. Acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con el objeto de crear obligaciones o modificar o extinguir otras preexistentes. II. En la práctica, documento escrito destinado a probar ese acuerdo.

En términos del artículo 1793 del Código Civil Federal de México, el Contrato es un **Convenio** que tiene por objeto “crear o transmitir” las obligaciones

⁶² DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, op. cit., p. 1443.

⁶³ CAPITANT, op. cit., p. 164.

y derechos.

Conforme al artículo 1792 del mismo Código, *Convenio* en sentido lato, se define como el acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Convenio en sentido estricto, se entiende el acuerdo de voluntades que tiene por objeto modificar o extinguir derechos y obligaciones.

La distinción entre Contrato y *Convenio* –comenta Rojina Villegas–,⁶⁴ consiste para el primero (contrato) que se le asigna una función positiva, o sea, la creación y transmisión de derechos y obligaciones; para el segundo (*Convenio* en sentido estricto), se le da una función negativa : modificar o extinguir derechos y obligaciones. Ambas especies quedan comprendidas dentro del concepto *Convenio* en sentido lato, de tal manera que éste es el acto jurídico plurilateral que cumple las cuatro grandes funciones : crear; modificar; transmitir o extinguir derechos y obligaciones.

El Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* operado por la sociedad mercantil Controladora y las sociedades controladas integrantes del Grupo societario, se trata de un Convenio en sentido estricto, en virtud de que tiene por objeto modificar y extinguir derechos y obligaciones de las controladas,

⁶⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. V, v. I, Porrúa, México, p. 118-119.

en el sentido de que la Controlante-matriz responde *subsidiaria e ilimitadamente* del cumplimiento de las obligaciones a cargo de los integrantes del Grupo; es decir, los releva de esas obligaciones. Del mismo modo, la sociedad dominante responde *ilimitadamente* por las *pérdidas* de todas y cada una de dichas sociedades; esto es, las libera de contribuir a las *pérdidas*.

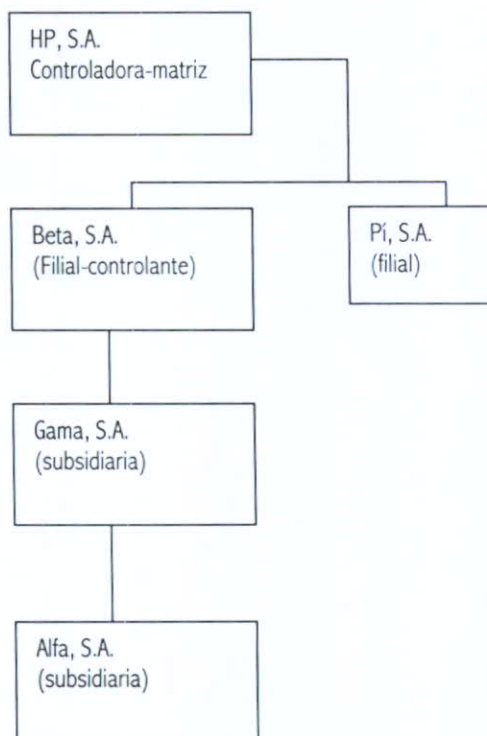
Obviamente el Convenio de *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* comprende a la Controladora, dado que da la orden e interfiere en la vida de la sociedad controlada. Este es el fundamento último de su responsabilidad, pues quien da la orden conoce que ella va a ser cumplida, en virtud de que el administrador de la controlada se halla en una situación fáctica de subordinación, por la gravitación que ejerce el directorio de la Controlante que ejercen una influencia dominante sobre la controlada, lo que conduce al acatamiento de las órdenes impartidas.

Por lo tanto, la regulación de Grupos societarios ordinarios, constituirá en sí una legislación especial en la que se incorporará lo que la doctrina conoce como la "develación de la sociedad anónima",⁶⁵ a través de la cual se considera conveniente, entre otras cosas, que las Controladoras, ligadas a la sociedad controlada por el "control" que en ella ejercen, tengan *obligación subsidiaria e ilimitada* frente a terceros por los actos imputables a la sociedad controlada, para evitar un estado de desprotección jurídica de terceros frente al velo de la

⁶⁵ ENRIQUEZ ROSAS, op. cit., p. 33 y ss.

controlada, con el propósito de prevenir abusos derivados de la manipulación del mecanismo de formación de sociedades para la realización de maniobras ilícitas civiles, “procediendo la responsabilidad de la Controladora que causen daño a la sociedad controlada, incumpliendo, por acción u omisión, sus obligaciones”.⁶⁶

La responsabilidad de la controlante-filial, no está contemplado en forma específica en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras de México, ni en ninguna otra disposición legal, mas ella surge del “control” y “poder de mando” indirecto de la Controladora-matriz, en la integración horizontal del Grupo. Ej. :



⁶⁶ GARRIGUEZ, J & A., *Responsabilidad de consejeros y altos funcionarios de sociedades de capital*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 13.

La Controladora-matriz HP, S.A., responde *subsidiaria e ilimitadamente* del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las filiales Beta y Pí, sociedades anónimas. También responde *ilimitadamente* por las *pérdidas* de éstas sociedades.

Beta, S.A., responde *subsidiaria e ilimitadamente* del cumplimiento de las obligaciones a cargo de Gama, S.A., y también responde *ilimitadamente* por sus *pérdidas*, precisamente por su carácter de controlante-filial. Sin embargo, en el evento de que los activos de Beta, S.A., no fueren suficientes para hacer efectivas las responsabilidades referidas, en tal caso la Controlante-madre HP, S.A., responde *subsidiaria e ilimitadamente* de las obligaciones de Gama, S.A., y también responde *ilimitadamente* por sus *pérdidas*, con todo su patrimonio presente y futuro, ya que ejerce control indirecto sobre Gama, S.A., por conducto de Beta, S.A.

Gama, S.A., responde *subsidiaria e ilimitadamente* del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la subsidiaria Alfa, S.A., y responde *ilimitadamente* por sus *pérdidas*, precisamente por su carácter de subsidiaria-filial-controlante. Sin embargo, en el evento de que los activos de Gama, S.A. no fueren suficientes para hacer efectivas las responsabilidades en referencia, en tal caso la Controladora-matriz HP, S.A., responde *subsidiaria e ilimitadamente* de las obligaciones de Alfa, S.A., y también responde *ilimitadamente* por sus *pérdidas*,

con todo su patrimonio presente y futuro, ya que ejerce control indirecto sobre Alfa, S.A., por conducto de Beta, S.A., que controla directamente a Gama, S.A.

La extensión de responsabilidad no sólo opera respecto de las sociedades filiales de la *holding* cabeza del Grupo, sino que comprende a las sociedades subsidiaria-filial-controlantes de la cadena íntegra de la sociedad controlante, ya que ejercieron la dirección directa e indirecta y transmitieron ordenes. Por lo tanto, no se podrá, al amparo de la ficción legal de la personalidad distinta de la sociedad anónima, desvincular al accionista mayoritario (la Controladora-matriz) de las obligaciones contraídas por medio de la sociedad, para hacerlas efectivas dentro de la misma.

Esto justifica la tendencia para establecer este sistema que garantice el respeto al orden y a las buenas costumbres que rigen en los actos de comercio, y pueda admitirse que ese sano propósito y que su alcance comprenda a la sociedad (en su *estatus* jurídico de Controladora-matriz) en general, creando una reglamentación especial para reglamentar lo relativo al principio de la limitación de la responsabilidad.

Del sistema de protección de los intereses de los acreedores sociales, la Ley General de Sociedades Mercantiles, no contempla ningún especial régimen de *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* de las Controladoras, que debe ser característico de este proceso de Agrupación, como consecuencia de la

fragmentación patrimonial que distingue esta figura jurídica de otros procesos de modificación estructural de la sociedad.

Sin embargo, con el sistema de *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* la Ley procurará mantener la garantía que representa el patrimonio de la sociedad controlada para sus acreedores, ante la división y distribución del patrimonio de la sociedad que opera el proceso de Agrupación societaria.

Esta idea directriz del mantenimiento de la garantía general que constituye el patrimonio del deudor principal (la controlada) para sus acreedores se manifiesta a través de aspectos fundamentales del régimen de responsabilidad que diseña el artículo 2794 del Código Civil Federal, con relación al artículo 28 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras. En esta línea se inscriben la determinación de la *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* de las Controladoras por las *obligaciones y pérdidas* de la sociedad controlada.

El instrumento de tutela de los acreedores, por la cobertura del régimen de responsabilidad establecido en las normas jurídicas señaladas, se extiende a los acreedores de la sociedad controlada cuyos derechos sean atribuidos pasivamente a la sociedad Controladora, sin distinción alguna, en este caso, en atención al momento de su nacimiento, o a su condición de créditos vencidos o pendientes.

Caracterización de la *responsabilidad subsidiaria*

Compartiendo la doctrina de Oleo Banet,⁶⁷ el sistema de responsabilidad de las sociedades Controladoras por las *obligaciones* y las *pérdidas* de la sociedad controlada que configura el artículo 28 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, lo distinguimos por tres notas características : se trata de una responsabilidad *solidaria*, de carácter *subsidiario* y extensión *ilimitada*.

La proposición normativa que integran los artículos 28 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y el 2794 del Código Civil Federal, describen un mecanismo de tutela del cumplimiento de las obligaciones respecto de terceros a cargo de la controlada basado en el aseguramiento de los derechos de que son titulares mediante la *responsabilidad subsidiaria*, por el incumplimiento de la sociedad controlada obligada al pago.

Estas normas jurídicas 28 y 2794, se refieren únicamente a la esfera externa de la relación, es decir, a la garantía de satisfacción del acreedor. La *responsabilidad subsidiaria* que dibujan estos preceptos no es la que sustenta la existencia de una obligación con varios obligados a la prestación en su integridad, sino que más bien se corresponde con la estructura existente en la relación de **fianza**. Y en sentido propio, no puede hablarse de una posición solidaria del conjunto de las sociedades controladas frente al acreedor, en cuanto que la

⁶⁷OLEO BANET, Fernando, *La escisión de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, p. 347.

subsidiariedad de que hablan los artículos 28 y 2794, no se despliega para ellas en un mismo plano de *responsabilidad* respecto del cumplimiento, sino que realmente, en este caso, la *subsidiariedad* se manifiesta frente al acreedor solamente entre la Controladora por motivo de incumplimiento de la sociedad deudora principal.

Así, la Controladora que paga al acreedor en virtud del incumplimiento del obligado principal actúa en su condición de mero *cogarante subsidiario* del cumplimiento de la obligación de la controlada.

Los artículos 28 y 2794 referidos, no limitan la responsabilidad de las sociedades Controladoras al valor activo neto recibido de la sociedad controlada. La *no-limitación* de responsabilidad constituye un factor fundamental en la articulación del sistema dentro del proceso de Agrupación societaria. De este modo se protege el interés de las sociedades controladas y de sus propios acreedores, haciendo incalculable la responsabilidad que puede soportar la sociedad Controladora por consecuencia del *Convenio de responsabilidad subsidiaria e ilimitada*.

La *ilimitación* descrita se configura como una ilimitación de suma o por el *quantum*. Esto significa que el acreedor dispone de toda preferencia sobre los bienes atribuidos a la sociedad Controladora, dado que ni las sociedades responsables pueden limitar su responsabilidad a la masa de bienes recibidos por

la Controladora. Los convenientes que la ilimitación de responsabilidad presenta para la satisfacción del acreedor quedan compensados con la previsión del artículo 2814 del Código Civil Federal de México, que permite al acreedor reclamar el cumplimiento conjuntamente al deudor principal y a la Controlante.

La Controladora que realice el pago frente al acreedor tendrá acción de reembolso por la totalidad del importe pagado contra la sociedad controlada a la que se hubiere transferido la obligación. Tal facultad no se ostenta frente al resto de las controladas por ninguna parte proporcional que no les corresponde por ningún valor ilimitado de la *responsabilidad subsidiaria* de la Controlante. De entenderse aplicable esta situación, la Controladora corresponsable se vería abocada, en defensa de sus propios intereses, a no realizar voluntariamente el pago al acreedor, sino sólo en virtud de mandato judicial, entorpeciendo, de este modo, la efectividad de la tutela del acreedor que pretende el Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada*.

Responsabilidad de la controlada

De acuerdo a la doctrina de Oleo Banet,⁶⁸ concebimos con nítida claridad que la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (artículo 28) y el Código Civil Federal (artículo 2794) incorporan a la sociedad Controlante al círculo de sociedades *responsables subsidiarias* por el incumplimiento de las *obligaciones* y

⁶⁸ *Ibid*, 352 y ss.

pérdidas de las sociedades controladas integrantes del Grupo. Esta circunstancia es coherente con la finalidad del mantenimiento de la condición unitaria del patrimonio de la controlada deudora principal como objeto del poder de agresión del acreedor que persigue el régimen de *responsabilidad subsidiaria e ilimitada*.

Esas dos legislaciones disponen el carácter ilimitado de la responsabilidad de la sociedad Controlante por el incumplimiento de las obligaciones que asume al adquirir en propiedad, directa e indirectamente, en todo tiempo, acciones con derecho a voto que representan al menos, un cincuenta y uno por ciento del capital pagado de cada uno de los integrantes del Grupo, sea por integración vertical o integración horizontal; agravando justificadamente, de este modo, la posición de la sociedad Controladora en beneficio de los acreedores de la sociedad controlada, al resultar transferido el patrimonio anunciado.

La *no*-asimilación de la sociedad controlada a la posición que ocupan las Controladoras en materia de responsabilidad –escribe Oleo Banet–,⁶⁹ situaría además en una posición claramente desfavorable a los acreedores que conforme a la división y reparto del patrimonio establecido en el proyecto de transmisión de, al menos, un cincuenta y uno por ciento de las acciones con derecho a voto de la sociedad mantengan su crédito frente a la controlada. Estos no sólo podrán contar con la responsabilidad de la controlada, sino además contarán a su favor con la *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* de la Controladora, disponen de su

⁶⁹ *Ibíd.*, 355.

responsabilidad patrimonial universal, como receptora de la obligación y de la responsabilidad del resto de las sociedades integrantes del Grupo.

Obligaciones omitidas en el Convenio

En materia de responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones de las sociedades controladas integrantes del Grupo, el Código Civil Federal y la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, no establecen una norma particular que contempla el sistema general de *responsabilidad subsidiaria e ilimitada*, determinan los sujetos responsables de las obligaciones de la sociedad controlada que fueron omitidas en el reparto de su patrimonio realizado en el proyecto de Agrupación societaria.

Como dice Oleo Banet⁷⁰ –cuyo razonamiento compartimos–, si no es posible deducir de la interpretación del proyecto el destino que debe darse a aquellas obligaciones, se establece la *responsabilidad subsidiaria* de la Controladora. Estas normas determinan la sociedad a la que debe ser asignada la obligación de la sociedad controlada omitida en el proyecto, opta por atribuida a la Controlante, haciéndola *responsable subsidiaria* de su cumplimiento frente al acreedor.

⁷⁰ *Ibid*, p. 355 y ss.

El creedor titular del derecho omitido en la transmisión de acciones con derecho a voto que representan, por lo menos, un cincuenta y uno por ciento del capital pagado de la sociedad realizado en el proyecto de Agrupación societaria puede dirigirse directamente contra la sociedad controlada deudora principal y contra de la sociedad Controladora conjuntamente en reclamación del importe total del crédito. Las sociedades Controlantes gozan, pues, en el supuesto descrito del beneficio de *subsidiariedad*, empero no gozan de la limitación de responsabilidad.

El artículo 2794 del Código Civil Federal y 28 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, referentes a la *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* de las Controladoras por las obligaciones de la controlada, no se limitan exclusivamente a determinar las sociedades responsables frente al acreedor, sino que, en función supletoria del Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada*, realizan la atribución de la obligación a las sociedades Controladoras como deudoras de la misma y no únicamente como meros garantes.

En este caso, las sociedades Controlantes responden en su condición de deudoras de modo directo e ilimitado frente al acreedor, de la misma manera que responden de las obligaciones que le son atribuidas en el proyecto de Agrupación societaria. El elemento relevante lo constituye la falta de asignación precisa de la obligación, que provoca su atribución a la sociedad Controladora como *deudora subsidiaria* de la misma.

La responsabilidad que compete a las sociedades Controladoras no deriva así de la posición de garantes que asumen frente al acreedor por incumplimiento del deudor principal (sociedad controlada), sino en virtud de su condición de verdaderas deudoras de la obligación, en la que suceden a la controlada por mandato legal.

En definitiva, es la misma regla de responsabilidad la contemplada en los artículos 24, 227 y 228 *bis*, fracción IV, inciso *d*), de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, aplicada, sin embargo, a supuestos diferentes.

El Código Civil Federal y la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, no guardan silencio en el sentido de que no presume dividida la deuda en tantas partes iguales como controladas formen el Grupo societario, pues no hay indicación en tal sentido en el texto de la *obligación subsidiaria*, ajustándose al sistema de Grupos societarios en el entendido de que en la esfera interna la deuda no se divide en proporción al valor de las acciones con derecho a voto de la sociedad transmitido a la sociedad Controladora.

Titulares de derechos frente a la Controlada

Bajo este rubro —explica Oleo Banet—,⁷¹ se trata de una atribución de derechos

⁷¹ *Ibid*, p. 357 y ss.

equivalentes en la sociedad Controladora a la que se transfiere el derecho en el proyecto de Agrupación societaria que constituye el mecanismo propio de protección de los acreedores de las sociedades controladas.

El proyecto de Agrupación societaria debe contemplar dicha atribución, y los acreedores no pueden oponerse a la transmisión en propiedad, de acciones con derecho a voto que representan, por lo menos, un cincuenta y uno por ciento del capital pagado de la sociedad. No obstante, antes habrá de estarse a lo que dispongan, en su caso, el contrato de Agrupación societaria y el Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* que los ha reconocido. En este sentido, no se considera que pueda imponerse una actuación colectiva a los acreedores si ésta no está prevista.

No hay mecanismo de tutela que constituya el derecho de oposición para los acreedores, sino que es substituido por la atribución del derecho de *responsabilidad subsidiaria*, ya que la configuración del derecho de oposición como un derecho a obtener garantías no resulta funcionalmente adecuada a este tipo de derechos de perfiles bien definidos siempre y cuyo contenido crediticio y económico es real.

Escribe Oleo Banet,⁷² que la consideración equivalente de los derechos que se atribuyen en las sociedades Controladoras a los acreedores de la controlada no

⁷² *Ibid*, p. 357 y ss.

debe interpretarse en el sentido de autorizar una modificación de la identidad o naturaleza de sus créditos, que necesariamente cuentan con la protección *subsidiaria*, sino que más bien la apelación a la equivalencia habrá que entenderla en sentido estricto referida al contenido de sus créditos, es decir, a su valor económico, manteniendo la proporcionalidad de su contenido en la Controladora.

Por tanto, los terceros (acreedores), no pueden oponerse a la transmisión en propiedad, de acciones con derecho a voto que representan, por lo menos, un cincuenta y uno por ciento del capital pagado de la sociedad controlada, dado que su crédito está seguro justamente por la *responsabilidad subsidiaria* de la Controlante. Además no se trata de cambios de objeto, de nacionalidad, de transformación, de disminución del capital, de fusión o de escisión de la sociedad.

Resumen : Para que emerja la responsabilidad patrimonial de la Controlante por el cumplimiento de las *obligaciones* a cargo de todas y cada una de las sociedades controladas directa e indirectamente integrantes del Grupo, así como por sus *pérdidas*, no es necesario que haya actuado con dolo o culpa y como derivación de ese posible actuar antijurídico hubiese perjudicado a la sociedad controlada directa e indirectamente, sino que dicha *responsabilidad subsidiaria* surge inexcusablemente por disposición de la Ley, por su carácter de Controladora-madre, por lo cual la propia Ley les impone la obligación de cubrir tales *pérdidas y obligaciones*.

En el Convenio de responsabilidades no podrá pactarse que la quiebra de uno o más socios –controladas directa e indirectamente– produce por sí sola la de la Agrupación societaria, ya que la responsabilidad de una controlada, no es extensiva para el resto de las sociedades controladas. No es extensiva la responsabilidad de la Controladora-matriz, para ninguna de las sociedades filiales y subsidiarias integrantes del Grupo.

El *no-reconocimiento* de derechos equivalentes en la sociedad Controladora a los titulares de créditos en la sociedad controlada transmitidos por el Contrato de Agrupación societaria *no* constituye un requisito *sine qua non* para la validez del acuerdo de Agrupación, dado que en su ausencia, es subsanable conforme a la figura jurídica que lo suple, es decir, de la *responsabilidad subsidiaria*. Así, sus créditos no pueden verse afectados por las modificaciones estatutarias acordadas sin su consentimiento.

CAPÍTULO VIII

LA DELIMITACIÓN DEL CONVENIO DE RESPONSABILIDADES

Como se anticipó en el Capítulo intitulado “La integración de los grupos societarios ordinarios”, la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, no regula las Agrupaciones societarias, ni las sociedades Controladoras, no dispone tampoco de Reglas Generales para su constitución y, evidentemente, no contempla el *Convenio de responsabilidades subsidiaria e ilimitada* que ineludiblemente deben suscribir la Controlante y las sociedades controladas directa e indirectamente integrantes del Grupo.

Sin embargo, tomando como principio rector los lineamientos de responsabilidad previstos en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la Ley de Concursos Mercantiles, la Ley del Mercado de Valores, el Código Fiscal de la Federación y la REGLA DECIMONOVENA de las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros de México, con la intención en el sentido de que sea viable la integración de Grupos societarios ordinarios, **exponemos** las obligaciones que asume la sociedad mercantil Controladora-matriz al amparo del Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* que obligadamente deben suscribir todos los integrantes de la Agrupación.

Prácticamente todas las legislaciones concursales que exhibe el derecho comparado contienen una serie de institutos cuya finalidad es salvaguardar el buen uso de crédito.

Dicho plexo normativo se extiende en dos direcciones, pues en tanto que por una parte lo integran preceptos cuya característica es la buena disposición con que se contempla la situación de los deudores inculpables, por la otra también lo componen normas que prevén sanciones de gravedad para los quebrados culpables o fraudulentos.

En el mismo sentido, se suele contar con preceptos que responsabilizan personal y patrimonialmente a quienes encubrieron su verdadera personalidad bajo la forma social o actuaron ilegalmente por el deudor, sin perjuicio de las restantes responsabilidades en que aquellos podrían haber incurrido.

Martorell⁷³ explica que es habitual que se extienda la responsabilidad patrimonial a los directivos de empresas en determinadas circunstancias, como, asimismo, a los socios retirados.

Las *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* previstas en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y la diversa del Mercado de Valores, suelen

⁷³ MARTORELL, Eduardo Ernesto, *Tratado de concursos y quiebras*, t. 1, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 282.

alcanzar a los posibles cómplices –la Controladora– del deudor principal (la controlada), lo cual demuestra el afán del legislador por sancionar todo componente de mala fe o de culpabilidad que pueda contribuir a agravar en el sentido patrimonial, corporativo, comercial, financiero, a la sociedad controlada integrante del Grupo.

Entonces, el socio (la Controladora) tiene una *responsabilidad subsidiaria* y accesoria que la obliga a responder a los acreedores de la sociedad controlada cuando no alcanzaran los bienes patrimoniales de ella para cubrir sus deudas.⁷⁴ Así, los acreedores de la sociedad son acreedores, al mismo tiempo, del socio (la Controladora), ya que la *responsabilidad subsidiaria* tutela los créditos legítimos de los terceros.

En voz de L. Kohler,⁷⁵ el *Convenio de responsabilidades subsidiaria e ilimitada* suscrito por la Controladora y las controladas integrantes del Grupo, es un **Convenio de liberación de responsabilidad** (*hold-harmless agreement*), en cuyas condiciones la responsabilidad de una persona (sociedad controlada) por concepto de *daños*, la asume la otra (la sociedad Controlante).

Es una obligación prudentemente asignada y ejercida, de la *autoridad* asignada o imputada a la Controladora-matriz que participan en las *actividades* o

⁷⁴ CONSTANTINO, Juan Antonio, *El administrador en el consorcio de copropietarios de la propiedad horizontal*, Depalma, Buenos Aires, 1989.

⁷⁵ L. KOHLER, Eric, *Diccionario para contadores*, Limusa, México, 2002, p. 130.

decisiones de las sociedades integrantes del Grupo. Constituye una obligación contingente de los accionistas (la Controladora) solamente si la sociedad controlada es incapaz de pagar sus obligaciones íntegramente.

Esa “obligación” es exactamente la *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* prevista en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y la Ley del Mercado de Valores.

Contenido del Convenio

La circunstancia de ser considerada una sociedad Controlante de otra u otras puede eventualmente aparejarle responsabilidades patrimoniales si junto con esa calidad se configuran otros presupuestos considerados antijurídicos.

El Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada*, es un Convenio por el cual, la sociedad Controladora asume obligaciones y responsabilidades irrevocables. Por lo tanto, el Convenio debe puntualizar :

I. La Controladora responde *subsidiaria e ilimitadamente* del cumplimiento de las *obligaciones* a cargo de las sociedades mercantiles integrantes del Grupo, correspondientes a las actividades que, conforme a las disposiciones aplicables, le sean propias a cada una de ellas, aun respecto de aquellas contraídas por dichas sociedades con anterioridad a su integración al Grupo.

El cumplimiento de tales obligaciones se cubrirá hasta el límite del patrimonio de la propia Controladora-matriz.

La Controladora deberá responder por las obligaciones referidas, en un plazo de quince días hábiles contados a partir de la fecha en que la sociedad controlada le haya notificado fehacientemente su exigibilidad.

II. La Controladora responde *ilimitadamente* por las *pérdidas* de todas las sociedades mercantiles que formen parte del Grupo, con todos sus bienes presentes y futuros, hasta el límite de su patrimonio.

En el evento de que el patrimonio de la Controladora no fuere suficiente para hacer efectivas las responsabilidades que respecto de dos o más sociedades integrantes del Grupo se presenten de manera simultánea, dichas responsabilidades se cubrirán a prorrata hasta agotar el patrimonio de la Controlante formado por todos sus bienes presentes y futuros. Al efecto, se considerará la relación que exista entre los por cientos que representan, en el capital de las Controladoras, la participación de la misma en el capital de las entidades de que se trate.

Se entenderá que una sociedad controlada tiene *pérdidas* cuando se presente cualquiera de los supuestos siguientes :

a) Cuando su capital contable sea inferior al capital mínimo pagado con que deba contar el tipo de sociedad de que se trate, de conformidad con las disposiciones que lo regulen;

b) Cuando su capital o reservas sean inferiores a los exigidos por las disposiciones que le sean aplicables.

Tratándose de aportaciones que deba realizar por las *pérdidas* referidas en los dos incisos anteriores, la Controladora estará obligada a efectuarlas en un plazo de treinta días hábiles contados a partir de la fecha en que se presenten tales *pérdidas*. Esta responsabilidad de la Controladora se establece sin perjuicio de los plazos y términos conforme a los cuales deban cubrirse las *pérdidas* que afecten al capital y reservas de la sociedad controlada, de conformidad con las disposiciones que le sean aplicables.

Las aportaciones para cubrir las *pérdidas*, se efectuarán a través de aumentos en el capital social de la empresa que presente *pérdidas*, por una suma equivalente al monto de las mismas.

En el evento de que los accionistas de la sociedad controlada, distintos a la Controladora, no suscriban las acciones que les corresponden en ejercicio de su derecho *del tanto*, la Controladora estará obligada a suscribir las acciones necesarias para cubrir el total de las *pérdidas* de que se trate.

La sociedad mercantil controlada deberá informar a la Controladora, respecto de la eventual *obligación o pérdida* por la que esta última deba responder o garantizar, tan pronto como se presente o se prevea.

III. Cada una de las sociedades del Grupo *no* responderá por las *pérdidas* de la Controladora, ni por las *pérdidas* de los demás integrantes del Grupo.

IV. Los pactos de responsabilidades estarán previstos expresamente en los estatutos tanto de la sociedad Controladora como de las controladas integrantes del Grupo.

V. Se establecerá en sus estatutos las medidas de regulación prudencial que tengan como propósito, entre otros, evitar la transmisión de riesgos entre integrantes del Grupo y de éstas con la Controladora.

VI. Las sociedades Controladoras en el exterior que controlen sociedades mercantiles residentes en México, prevendrán en sus estatutos que estarán sujetas a la legislación extranjera que les sea aplicable y, en su caso a las disposiciones emitidas por las autoridades mexicanas.

VII. La sociedad mercantil controlada que se separe o fuere excluida del Grupo, quedará la sociedad Controladora responsable para con los terceros de todas las

operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión. El pacto en contrario no producirá efecto en perjuicio de tercero.

VIII. La Controladora sólo podrá disolverse una vez cumplidas todas las obligaciones contraídas por cada una de las sociedades controladas directa e indirectamente con anterioridad a la disolución del Grupo.

IX. La Controladora sólo podrá disolverse una vez cubiertas todas las *pérdidas* por cada una de las sociedades controladas con anterioridad a la disolución del Grupo.

X. La responsabilidad de la Controladora durará la vida social de la sociedad mercantil controlada integrante del Grupo, desde la fecha de la respectiva constitución.

La duración de la *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* de la Controladora, será hasta que estén terminadas y liquidadas todas las *pérdidas* y las *obligaciones* pendientes a cargo de la sociedad controlada.

XI. La sociedad mercantil Controladora responde *ilimitadamente* de los *daños y perjuicios* que ocasione a las sociedades integrantes del Grupo, con todos sus bienes presentes y futuros.

La Controladora-madre responde *ilimitadamente* de los *daños y perjuicios* que ocasione la filial a las sociedades *subsidiarias* integrantes del Grupo, con todos sus bienes presentes y futuros.

XII. Si el Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada*, no se hubiere otorgado en escritura ante Notario o Corredor Públicos, cualquier persona que figure como socio podrá demandar el otorgamiento de la escritura correspondiente, dado que "Las obligaciones no se presumen : quien afirme su existencia deberá referirse al título que las origine".⁷⁶

En caso de que la escritura no se presenté dentro del término de quince días a partir de su fecha, para su inscripción en el Registro Público de Comercio, del domicilio de la sociedad mercantil Controladora y de la controlada, cualquier socio podrá demandar dicho registro.

XIII. Lo dispuesto en los incisos a) y b), del epígrafe denominado "*Del no-pago de dividendos*", del Capítulo X, al que nos remitimos, *brevitatis causa*.

Los anteriores lineamientos sobre obligaciones y responsabilidades que debe contener el Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* suscrito por la sociedad Controladora y las controladas integrantes del Grupo, es limitativo, en el sentido de que no podrá contener menos responsabilidades y obligaciones para la

⁷⁶ Artículo 1259 del Código Civil del Estado de Jalisco, México.

propia Controladora, y no contendrá más responsabilidades para las sociedades controladas que las que les corresponde ya enumeradas. Cualquier pacto en contrario así determinado será nulo y de ningún valor, y no podrá establecerse pacto alguno que la suprima. Sin embargo, contractualmente la Controlante podrá asumir más obligaciones y responsabilidades de las ya enumeradas.

Cualquier cláusula estatutaria de limitación de las causas o supuestos de responsabilidad, la renuncia previa, el establecimiento de un régimen particular sobre distribución de una responsabilidad por resultados, el establecimiento de mayorías calificadas para el ejercicio por la sociedad de la correspondiente acción, carecen de validez.

Resumen : El Convenio de responsabilidades, contiene taxativamente las obligaciones y responsabilidades que asume la sociedad Controladora-matriz de todas y cada una de las sociedades controladas integrantes del Grupo.

Esas responsabilidades y obligaciones, son irrenunciables bajo ningún pacto operado por la Controladora y sus controladas directa e indirectamente.

La Controladora responde *subsidiaria e ilimitadamente* con todo su patrimonio presente y futuro, del cumplimiento de las *obligaciones* a cargo de las sociedades controladas directa e indirectamente integrantes del Grupo. También

responde *ilimitadamente* por las *pérdidas* de todas y cada una de dichas sociedades.

En la hipótesis de que la Controladora no suscriba el Convenio, entonces la filial o subsidiaria integrante del Grupo societario, deberá acreditar los elementos del levantamiento del velo corporativo detallados en el Capítulo VI, página 109, entre los que destacan, el “control” y el “poder de mando” que ejerce la Controlante sobre la Agrupación, para que la Controladora-matriz responda por las “obligaciones”, para que reintegre sus “pérdidas” y pague los “daños y perjuicios” que cause a las compañías integrantes del Grupo.

CAPÍTULO IX

LA OBLIGATORIEDAD DEL CONVENIO DE RESPONSABILIDADES

Uno de los temas clásicos, no sólo de la teoría de los contratos en el Derecho Civil, sino también en la Filosofía del Derecho, es el de establecer el fundamento o la razón de su obligatoriedad. Se trata de una cuestión que depende en una gran parte de las premisas o puntos de partida conceptuales, que se adopten tanto por lo que se refiere al concepto mismo de contrato como en un orden mucho más general por lo que se refiere al concepto mismo de Derecho.⁷⁷

Así, acorde al artículo 1796 del Código Civil Federal de México, el Convenio de responsabilidades *subsidiaria e ilimitada*, desde que se perfecciona, obliga a la sociedad mercantil Controladora y controladas integrantes del Grupo no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la *buena fe*, que es un principio fundamental en el Convenio, el uso y la ley.

La *buena fe* significa lealtad a lo prometido en las cláusulas del Convenio, de manera expresa o tácita realizando la conducta esperada conforme a las normas del Convenio, de la ley y de los usos que suelen seguirse en la interpretación del cumplimiento de lo convenido.

⁷⁷ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol. 1º, Civitas, Madrid, 1996, p. 124-128

En consecuencia, la validez y el cumplimiento del Convenio, no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, ya que es fruto de un ajuste de intereses recíprocos.

La motivación ética de la obligatoriedad del Convenio

Recasens Siches,⁷⁸ siguiendo en este punto a Pound Roscoe, considera como un principio que debe regir en toda sociedad civilizada la idea de que los hombres deben poder contar con que aquellos con quienes tratan en el intercambio social actuarán de *buena fe* y por tanto llevarán a cabo las expectativas razonables que sus promesas o su conducta hayan creado razonablemente.

La obligatoriedad del Convenio se funda, pues, de acuerdo con esta idea en una norma ética derivada de la *buena fe*, que exige no defraudar la confianza que en otro pueda haber creado nuestra promesa o nuestra conducta.

Indudablemente la *buena fe* es el alma de los contratos, es la norma ética de veracidad en nuestras comunicaciones con el prójimo, que ordinariamente se expresa como deber de atenerse a la palabra dada. La *buena fe* consiste en el rechazo de todo aquello que sea contrario a la intención común de las partes que se revela o manifiesta en la naturaleza del Convenio.

⁷⁸ RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2006, p. 615-616.

La *buena fe* contractual comprende la recíproca lealtad que debe observarse al celebrar el Convenio, la que se exige a las partes durante la vigencia del mismo y la que atañe al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Convenio y persona. Convenio y autonomía privada

Diez-Picazo⁷⁹ explica que la obligatoriedad del contrato encuentra su fundamento en la idea misma de persona. Si la persona es un ser de fines cuya dignidad, deriva de su naturaleza racional, el ordenamiento jurídico no puede dejar de reconocer, no cabe duda ninguna que debe reconocerse a la persona un ámbito de auto-soberanía para reglamentar sus propias situaciones jurídicas y a través de ellas dar cauce a sus fines, intereses y aspiraciones. El contrato –Convenio– es así un cauce de realización de la persona en la vida social.

Y dice que a este fin tiene declarado que “la doctrina de que el contrato (Convenio en *sentido estricto*) es ley especial para los contrayentes y debe cumplirse en el modo y forma en que está establecido, está subordinada a las demás disposiciones legales”. Es restricción del principio la de que el contrato (el Convenio) “no se oponga a la moral o a las buenas costumbres y a las leyes”. Señala como una de las limitaciones especiales que para aquel principio suponen éstas, la de que los contratantes “no son árbitros de dar a sus actos y

⁷⁹ DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 126.

estipulaciones una calificación legal distinta de la que con arreglo a las mismas leyes le corresponde, según su naturaleza y condiciones esenciales”.

Coincidimos con lo dicho por Díez-Picazo, dado que el artículo 1797 del Código Civil Federal de México, forma parte de un conjunto de disposiciones legales que fijan justos límites a la autonomía de los particulares para estipular en los contratos –Convenio– lo que a su interés convenga, sino para que no violen con ello la disposición de orden público.

Por tanto, no puede desconocerse que la voluntad está sobre la ley cuando no la contradice, teniendo ésta carácter principal y actuando en tales supuestos, con el carácter subsidiario. El Convenio tiene pues su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada.

El Convenio de responsabilidades *subsidiaria e ilimitada* suscrito por la sociedad mercantil Controladora y las sociedades controladas integrantes del Grupo, habrá de reunir los elementos precisos, sin vicios del consentimiento, observancia de la forma que está exigida especialmente y *no*-estipulación de pacto que fuere contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, ya que si bien es verdad que la voluntad de las partes, es la suprema ley de los contratos, también lo es que dicho principio tiene dos limitaciones forzosas, ineludibles : la primera, que se deriva del *interés público* que está por encima de la voluntad

individual, y la segunda de la *técnica jurídica*⁸⁰, sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes.

Resumen : El Convenio de responsabilidades, tiene su fundamento y su razón ético-moral de su obligatoriedad, esencialmente en la ley en la *buena fe* de los contratantes, por consiguiente su validez y cumplimiento no puede abandonarse luego al arbitrio de uno solo de ellos.

Por el Convenio, la Controladora y las controladas integrantes del Grupo, se obligan en la manera y términos que aparezca que quisieron obligarse. Sin embargo, la autonomía de las partes tiene límites, que consisten en no violar por libre voluntad disposiciones de orden público y, por lo tanto, las cláusulas del Convenio que supriman la responsabilidad *subsidiaria e ilimitada* de la sociedad mercantil Controlante, no producen efecto legal.

La equiparación de la fuerza del pacto (Convenio) a la de la ley, la declara el legislador como una figura que ayuda extraordinariamente a comprender el alcance de la eficacia del primero, ya que es siempre la ley misma la primera fuente, de forma que el alcance del Convenio sólo llega hasta donde la ley señala, y a ella ha de supeditarse la convención, tanto para los requisitos que ha de cubrir, como para la medida de su eficacia.

⁸⁰ TÉCNICA JURÍDICA : Conjunto de medios que se emplean para la elaboración, transformación y aplicación de las reglas jurídicas. v. PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, Mayo, México, 1981, p. 1304.

CAPÍTULO X

LAS PÉRDIDAS DE LA CONTROLADA

Capitant⁸¹ explica que la palabra "*pérdida*", procede del antiguo participio de *perdere*, latín *perdere*. I. En su acepción general, sinónimo de daño pecuniario. III. (en plural) Diferencia entre el total de las sumas invertidas en una operación comercial y la ganancia realizada. La comprobación exacta de las *pérdidas* sufridas por un comerciante en el curso de un ejercicio, resulta del inventario y el balance.

Las *pérdidas* es un elemento natural del contrato de sociedad. Invariablemente, es esencia de una situación societaria la circunstancia de que aquellas personas que promueven un emprendimiento común dirigido a obtener ganancias para repartirse, estén dispuestas, también, a distribuirse las *pérdidas* que puedan derivarse de la gestión social.

Los socios o dueños de una empresa –comenta Arturo Rueda–⁸² comparten la propiedad y las expectativas, y sufren, en su caso, las *pérdidas*, ya que se puede perder todo o parte del patrimonio invertido porque un negocio en marcha corre el riesgo de sufrir *pérdidas*.

⁸¹ CAPITANT, op. cit., 421.

⁸² RUEDA, Arturo, *Para entender la Bolsa*, Thomson, México, 2005, p. 667.

En el Código Civil Español, se establecen en él dos reglas de verdadera trascendencia : una, derivada del principio de libertad en que se basa toda la doctrina del mismo, acerca de la constitución de las sociedades, y otra, que constituye una limitación de esa misma libertad, impuesta por razones de moralidad y de buena fe, en cuya observancia deben inspirarse no sólo los contratos, sino todos los actos jurídicos.⁸³

La primera de ellas consiste en el respeto a la voluntad expresa o presunta de las partes, y tiene su lógico y jurídico desenvolvimiento en el artículo 1.689,⁸⁴ refiriéndose a la segunda la prohibición establecida en el artículo 1.691,⁸⁵ pues si bien el reparto de las ganancias y *pérdidas* es de *libre pacto*, los motivos antes indicados hacen precisa la excepción consignada en este último artículo.

La Ley General de Sociedades Mercantiles de México señala que la escritura constitutiva de una sociedad deberá contener la manera de hacer la distribución de las utilidades y *pérdidas* entre los miembros de la sociedad; y en el reparto de las ganancias o *pérdidas* se observará, salvo pacto en contrario, que la distribución de las ganancias o *pérdidas* entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones, esto es, no exenta a ningún socio capitalista de las *pérdidas*.

⁸³ MANRESA Y NAVARRO, t. XI, op. cit., p. 494.

⁸⁴ Código Civil Español : Artículo 1.689 : "Las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad a lo pactado. . . .".

⁸⁵ Código Civil Español : Artículo 1.691 : "Es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas".

El artículo 19 de esta Ley, anota que cualquier pacto en contrario no producirá efecto legal. En tal caso, es nulo el pacto que excluya a uno o más socios de toda parte en las *pérdidas*.

Sin embargo, soportar las *pérdidas* no significa que todos los socios deban responder con su patrimonio, en forma *ilimitada*. Eso ocurre solamente en aquellas sociedades en las que el tipo societario así lo establece; verbigracia, en las Agrupaciones societarias integradas por entidades financieras previstas por el artículo 7º de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, respecto de la Controladora que responde *ilimitadamente* por las *pérdidas* de todas y cada una de las sociedades integrantes del Grupo, con todo su patrimonio presente y futuro.

Conforme a la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la *no*-existencia de riesgos para los socios minoritarios de las sociedades controladas, no es elemento esencial del contrato de sociedad, de modo que si en una sociedad controlada al socio minoritario se le garantizan benéficos sin que participe en las *pérdidas*, tal cláusula no será nula.

Reglas para la distribución de *pérdidas* y ganancias

El principio en que se inspiran las disposiciones del Código Civil Español, al igual que la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, relativas a esta materia es el respeto a la voluntad expresa o presunta de las partes, pues cuando dicha

voluntad no resulta claramente manifiesta en las estipulaciones del contrato, la presume la ley conforme a la equidad y a la comunidad e identidad de condiciones, que es la norma y la ley a que deben ajustarse los contratantes.⁸⁶

Partiendo del principio mencionado, el Código Civil Español establece tres supuestos distintos para determinar en cada uno de ellos la regla que haya de seguirse, a saber :

1º Cuando las partes hayan pactado cómo deban repartirse las *pérdidas* y ganancias.

2º Cuando sólo se hubiere pactado la parte de cada socio en las ganancias; y

3º Cuando no exista pacto alguno respecto a la distribución de las *pérdidas* y ganancias.

En el primer caso, como consta por virtud del pacto consignado en el contrato la voluntad expresa de las partes, habrá de estarse a lo dispuesto en el mismo, y en conformidad a él se hará la distribución, excepto en el caso que se excluya a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las *pérdidas*.

Nadie mejor que los socios, puede valorar la obra prestada por cada uno de

⁸⁶ MANRESA Y NAVARRO, op. cit., p. 494.

ellos y el provecho que los demás puedan obtener de las cosas aportadas por los mismos, y de aquí que sean dichos socios los mejores jueces de esa estimación, por lo que no hay duda alguna de que la proporción fijada en el contrato debe ser preferida a cualquier otra.

A esta razón, puede añadirse que en la materia relativa al reparto de las ganancias y *pérdidas* no interviene ni debe intervenir el legislador más que para suplir la voluntad de las partes cuando éstas no han fijado las reglas a que ha de ajustarse la distribución o para prohibir algún pacto que fuere contrario a la moral y a la buena fe o a la índole del contrato de sociedad, como ocurre en el caso del artículo 16 fracción I, de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México.

Sí puede prosperar la estipulación en que se asigna a algún socio mayor proporción en las ganancias que en las *pérdidas*; ya que la libertad concedida a las partes para regular la distribución citada es tan amplia que no admite más limitaciones que las consignadas en el artículo 16 referido, correlativo del 1.691 del Código Civil Español, y la establecida, en general, para todos los contratos respecto de las estipulaciones contrarias a las leyes, a la moral o al orden público.

En el segundo de los casos citados, es decir, cuando sólo se hubiere pactado la parte de cada uno en las ganancias, la ley, inspirándose en los principios de equidad, presume que la voluntad de los contratantes fue que en la misma proporción contribuya a soportar las *pérdidas*, y así se previene en el

artículo 16 fracción I, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, correlativo del 1.689 del Código Civil Español, diciendo que en dicho caso tendrá el socio la misma parte en las *pérdidas* que la estipulada para las ganancias.

La Controladora y las sociedades controladas deben fijar en el Convenio de Agrupación societaria, las reglas respecto de cómo participarán en las *pérdidas* de la controlada que “*es a cargo de la propia sociedad dominante-madre*”, y a falta de estipulación se entenderá que la división en las *pérdidas* es a cargo de la Controladora, *ipso jure*.

Disposiciones *no* aplicables a las sociedades controladas

No será aplicable a las sociedades mercantiles controladas integrantes del Grupo, lo dispuesto en los artículos 16, 17, 18 y 19 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que se parte en el sentido de que los socios minoritarios han de quedar preservados de todo perjuicio. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto legal. En consecuencia :

a) La distribución de las *pérdidas* entre los socios minoritarios no se hará proporcionalmente a sus aportaciones, dado que no responderán por ninguna *pérdida* de la sociedad. Por tanto, son lícitas y producirán efecto legal pleno las estipulaciones que excluyan a los socios minoritarios de las *pérdidas*;

b) No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a los socios minoritarios de la participación de las ganancias, por *pérdidas* de la controlada;

c) En la integración vertical, la *pérdida* del capital social, deberá ser reintegrado por la Controlante-matriz. En la integración horizontal, las *pérdidas* del capital social, serán repuestas por la controlante-filial; empero, por deficiencia, la Controladora-madre, las asumirá, *ipso jure*. En ambos casos, sí se hará repartición o asignación de utilidades para los socios minoritarios;

d) Para la distribución de utilidades no se considerarán las *pérdidas* que corren sólo a cargo de la sociedad dominante;

e) No se reducirá el capital social por *pérdidas* de la compañía. La distribución de utilidades no estará supeditada a la restitución o absorción de *pérdidas*;

f) La sociedad controlada como sus acreedores no podrán repetir por los anticipos o reparticiones de utilidades hechas a los socios minoritarios que las hayan recibido, solamente podrán exigir su reembolso a la administradora-Controladora que las haya pagado *ipso jure*, y los socios minoritarios no son mancomunada ni solidariamente responsables por dichos anticipos y reparticiones.

La obligación por restitución de las *pérdidas* son exigibles quince días naturales posteriores después de que hayan sido debidamente aprobados por la

asamblea de socios o accionistas los estados financieros que las arrojen, o cuando el socio o socios minoritarios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social pagado, requieran a la sociedad controlante-matriz con *responsabilidad ilimitada* la contribución a que está obligada.

Del no-pago de dividendos

a) La filial, ni la subsidiaria, no podrán pagar dividendos a la Controladora-matriz y filial-controlante, respectivamente, ni realizar cualquier mecanismo o acto que implique una transferencia de beneficios patrimoniales a dichas controladoras, a partir de la fecha en que se le notifique a la Controladora-matriz y filial-controlante, ante fedatario público o autoridad judicial competente, la obligación a su cargo por el reintegro de tales *pérdidas*, y hasta que estas controladoras cumplan con la restitución de las *pérdidas*.

b) Suspender el pago de las compensaciones y bonos extraordinarios adicionales al salario del director general y de los funcionarios de los dos niveles jerárquicos inferiores a éste, así como no otorgar nuevas compensaciones en el futuro para el director general y funcionarios, hasta en tanto la sociedad Controladora-matriz y la filial-controlante cumplan con la restitución de las *pérdidas*. Esta previsión deberá contenerse en los contratos y demás documentación que regulen las condiciones de trabajo.

Los estatutos sociales de la Controladora-matriz y de las compañías integrantes del Grupo societario y los títulos representativos de su capital social deberán incluir el contenido de los incisos a) y b), anteriores.

Prohibición en la distribución de *pérdidas* y ganancias

El Código Civil Español (artículos 1.689 y 1.691), al igual que la Ley General de Sociedades Mercantiles de México (artículos 17 y 19), establecen como uno de los pactos prohibidos en el contrato de sociedad el que se implantara que uno de los socios llevase todas las ganancias y el otro sufriera todas las *pérdidas*.⁸⁷

Dicho Código Civil (artículo 1.691, correlativo del 19, de la Ley General de Sociedades Mercantiles) no declara la nulidad de la sociedad, sino la del pacto, y, por lo tanto, aquélla subsistirá y habrá de regirse por la regla establecida en el párrafo segundo del artículo 1.689, correlativo del 16 fracción I, de la Ley de Sociedades Mercantiles, como si no hubiere pacto alguno acerca de la distribución de las ganancias y *pérdidas*, por lo que ha de tenerse como *no-puesto* y no puede surtir efecto alguno.

García Rendón es conteste en este sentido, cuando dice que en las sociedades regulares la cláusula que exonere a uno o más socios de reportar las

⁸⁷ *Ibid*, p. 502 y ss.

pérdidas estará viciada de nulidad absoluta.⁸⁸

El Código Civil Holandés, por ejemplo en su artículo 1.672, declara nulo el pacto que diera a uno de los socios la totalidad de los beneficios; pero permite que se estipule que las *pérdidas* sean soportadas exclusivamente por uno o más socios.

La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras de México, determina que la Controladora reintegrará las *pérdidas* de las filiales; es decir, no sanciona de nulidad el pacto en el sentido de que los socios minoritarios de la sociedad controlada sean liberados de contribuir a las *pérdidas*.

Resumen : Las *pérdidas* entre los socios se hace en proporción a sus aportaciones. Por tanto, es nulo el pacto que excluya a uno o más socios de las *pérdidas*.

Esta situación no ocurre en las Agrupaciones societarias mencionadas en la página 153, párrafo segundo, de este trabajo de Tesis, en donde la Controladora responde *ilimitadamente* por las *pérdidas* de todas y cada una de las sociedades integrantes del Grupo, con todo su patrimonio presente y futuro.

El *Convenio de responsabilidad ilimitada* previsto en la Ley para Regular las

⁸⁸ GARCÍA RENDÓN, Manuel, *Sociedades mercantiles*, Harla, México, 1993, p. 135.

Agrupaciones Financieras y la REGLA DECIMONOVENA de las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros, son la norma y la ley a que deben ajustarse los contratantes, que permiten que se estipule que las *pérdidas* de las sociedades controladas sean soportadas exclusivamente por la sociedad mercantil Controladora.

Esas dos legislaciones disponen el carácter ilimitado de la responsabilidad de la sociedad Controlante por el pago de las *pérdidas* de las sociedades controladas integrantes del Grupo; agravando, de este modo, la posición de la Controladora, en beneficio de los acreedores de la sociedad subordinada y de los propios accionistas minoritarios.

Así, los acreedores no sólo podrán contar con la responsabilidad de la sociedad controlada, sino además contarán a su favor con la *responsabilidad ilimitada* de la propia Controladora, disponiendo de su responsabilidad patrimonial universal, como receptora de la obligación y de la responsabilidad del resto de las sociedades integrantes del Grupo.

CAPÍTULO XI

LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DE LA CONTROLADA

Capitant⁸⁹ explica que la palabra “**daño**” [*Dommage*] deriva del francés antiguo *dam*, latín *damnum*, daño. Su acepción general, es : “Perjuicio material o moral sufrido por una persona. El daño da lugar a reparación cuando resulta del incumplimiento de una obligación contractual o legal, o de un delito o cuasidelito, o de un hecho cuya responsabilidad es impuesta por la ley a una persona”.

El mismo autor Capitant⁹⁰ explica que la palabra “**perjuicio**” [*Préjudice*] procede del latín *praejudicium*, literalmente “opinión preconcebida” (del verbo *praejudicare*, prejuzgar). Su sentido gramatical es : “Daño de orden material o moral experimentado por una persona. Si es imputable a otra, en razón de su responsabilidad delictual o contractual, ésta se halla obligada a repararlo”.

El Código Civil de la República Argentina, después de afirmar en el artículo 1109 –correlativo del 1910, primera parte, del Código Civil Federal de México–, que está obligado a reparar el perjuicio quien cause por su culpa o imprudencia el daño, añade en el artículo 1113, primera parte –correlativo del 1918 del Código Civil Federal de México– que : “La obligación del que ha causado un daño se

⁸⁹ CAPITANT, op. cit., p. 183.

⁹⁰ *Ibid*, p. 423.

extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia . . . ". Lo normal es pues que cada uno sólo responda de las consecuencias de la propia conducta.⁹¹

La Ley General de Sociedades Mercantiles de México, no contempla la responsabilidad por los "*daños y perjuicios*" que cause la Controladora a las sociedades controladas directa e indirectamente integrantes de la Agrupación, cuando ha desviado el interés social de la controlada, dejando esa dirección unificada en beneficio de la propia Controlante o del Grupo de control, aun cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria, derivada por el "control" y "poder de mando" que ejercen.

Sin embargo, esta responsabilidad por *daños y perjuicios* surge de los principios generales que gobiernan la responsabilidad por los hechos ilícitos. Constituye un tramo vinculado con la responsabilidad de la Controlante, que halla su fundamento último en las disposiciones del artículo 1910, primera parte, del Código Civil Federal y de la propia Ley del Mercado de Valores de México. Por tanto, quien dio la orden que en definitiva motivó el hecho generador del daño ocasionado a la controlada, no puede sustraerse a su propia responsabilidad. Existe un nexo causal entre la orden transmitida y el daño ocurrido, ya que no caben dudas de que la orden impartida, debidamente cumplida por los administradores de la controlada, tiene relación directa con el daño producido.

⁹¹ TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, t. V, Platense, La Plata, 1994, p. 15

Con fundamento en los lineamientos previstos en la Ley del Mercado de Valores, en el rubro de *daños y perjuicios* –que sólo es aplicable a las sociedades anónimas bursátiles inscritas en el Registro Nacional de Valores (artículo 22)–, y con el propósito de hacer factible la integración de Grupos societarios, en obvio beneficio de los socios minoritarios y de los acreedores sociales, **exponemos** las razones y bases lógico-jurídicas por las cuales la Controladora responderá por los *daños y perjuicios* que ocasione a las sociedades controladas integrantes del Grupo, con todo su patrimonio presente y futuro, los cuales surgen de :

- **De la gestión, conducción y ejecución de los negocios sociales**

I. Las funciones de gestión, conducción y ejecución de los negocios de la sociedad controlada integrante del Grupo, son responsabilidad de la Controladora, dado que aquéllas se sujetan para ello a las estrategias, políticas y lineamientos aprobados por la propia Controladora a través del Consejo de Administración.

Por lo tanto, las Controladoras responderán frente a sus controladas de los actos realizados por sus consejeros, directivos, apoderados y empleados en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente, en razón de que adoptan decisiones que trascienden de forma significativa en la situación administrativa, financiera, operacional y jurídica de la propia sociedad controlada.

Esta responsabilidad que corre a cargo de la Controladora, definitivamente es extensiva para los consejeros, directivos y empleados que designe dentro de la sociedad controlada integrante del Grupo.

El Consejo de Administración será responsable de vigilar el cumplimiento de los acuerdos de las asambleas de accionistas. Los miembros del Consejo de Administración desempeñarán su cargo procurando la creación de valor en beneficio de la sociedad, sin favorecer a un determinado accionista o Grupo de accionistas. Deberán actuar diligentemente adoptando decisiones razonadas y cumpliendo los demás deberes que les sean impuestos por la ley aplicable o por los estatutos sociales. Los miembros del Consejo de administración, en el ejercicio diligente de las funciones que la ley aplicable y los estatutos sociales le confieran a dicho órgano social, deberán actuar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad controlada.

El artículo 157 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, apunta : “los administradores asumen la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen”. Si esta norma fuere aplicable a los Grupos societarios ordinarios, la Controlante respondería para con la sociedad controlada, por la inexecución o mal desempeño de su cargo.

El artículo 158 fracción IV, de esa Ley, finca responsabilidad a los administradores para con la sociedad “Del exacto cumplimiento de los acuerdos

de las Asambleas de Accionistas". Si este precepto fuere aplicable a las Agrupaciones societarias ordinarias, la responsabilidad correría a cargo de la Controlante.

La fracción IX del artículo 166 de esta Ley, señala : "Son facultades y obligaciones de los comisarios" : "En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo todas las operaciones de la sociedad". Si esta regla fuere aplicable a los Grupos societarios ordinarios, es claro que la Controladora contraería estas mismas obligaciones del comisario.

El artículo 169, primera parte, de esa Ley, dispone : "Los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen". Si este numeral fuere aplicable a los Grupos societarios ordinarios, razonadamente la Controladora cargaría con dichas obligaciones.

Los miembros del Consejo de administración y demás personas que desempeñen un empleo, cargo o comisión en alguna de las sociedades que controle una *Holding*, no faltarán a la discreción y confidencialidad, cuando proporcionen información al Consejo de administración de la Controlante, relativa a las controladas integrantes del Grupo.

Deducimos de todo lo anterior que, cuando se produce un *daño* a la

sociedad mercantil controlada por abuso de los poderes de la Controlante, tal resultado presupone dos conductas sucesivas :

1ª. Instrucciones, directivas y órdenes dadas por la Controlante, a la controlada;

2ª. Actuación de los administradores de la controlada, atendiendo a directivas impartidas y observando una conducta desleal con relación a la sociedad que administren.

Solamente de darse estos supuestos, la sociedad perjudicada por el ejercicio abusivo de ese “control” y “poder de mando” societario podrá ejercitar las acciones tendientes a que quien controla la sociedad, satisfaga los *daños* y *perjuicios* que acrediten haber sufrido y derivados de una actuación dominante culposa o dolosa. Será la misma sociedad y los accionistas mencionados en el SubCapítulo “De las acciones de responsabilidad” los que deban promover las acciones indemnizatorias y acreditar los *perjuicios* sufridos, así como su extensión.

II. Los miembros del Consejo de administración serán responsables de los *daños* y *perjuicios* que ocasionen a la sociedad controlada por :

a) La falta de atención oportuna y diligente, por causas que les sean imputables, de las solicitudes de información y documentación que en el ámbito de sus competencias les requieran los consejeros de la sociedad;

b) La presentación o revelación, a sabiendas, de información falsa o que induzca a error;

c) La actualización de cualquiera de las conductas detalladas en el *Subcapítulo* “Del deber de diligencia” y, la actualización de cualquiera de las conductas mencionadas en el punto IV, del *Subcapítulo* “Del deber de lealtad y de los actos o hechos ilícitos”, siendo aplicable la indemnización de *daños y perjuicios*.

La información indicada en los incisos a) y b) anteriores, son esencialmente los *estados financieros* referidos en los incisos C) al F) del artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, esto es :

1. Un *BALANCEA GENERAL* que incluye : “Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio”;
2. Un *BALANCE PRINCIPAL* que comprende : “Debidamente explicados y clasificados, los resultados de la sociedad durante el ejercicio”;
3. Un *BALANCE COMPARATIVO* que contiene : “La demostración de los cambios en la situación financiera durante el ejercicio”;
4. Un *INVENTARIO COMPARATIVO* que encierra : “Un estado que muestre los cambios en las partidas que integran el patrimonio social, acaecidos durante el ejercicio”.

Dicha información también comprende dos *MEMORIAS*, a saber :

1a. La primera contiene : “Un informe de los administradores sobre la marcha de la sociedad en el ejercicio, así como sobre las políticas seguidas por los administradores y, en su caso, sobre los principales proyectos existentes;

2a. La segunda, es “Un informe que declare y explique las principales políticas y criterios contables y de información seguidos en la preparación de la información financiera”.

La falta de presentación oportuna de los estados financieros y memorias, será motivo para que la Asamblea General de Accionistas acuerde la remoción del Administrador o Consejo de Administración, o de los Comisarios, sin perjuicio de que se les exijan las responsabilidades en que respectivamente hubieren incurrido, ya que los administradores son solidariamente responsables para con la sociedad, de la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo e información señalados.

Macedo Hernández dice que “la existencia jurídica de un balance falso, lesiona intereses no sólo privados, sino también públicos, dado el ámbito en que este documento pueda hacerse notar (bolsas, instituciones de crédito, autoridades fiscales, etcétera)”. “Un balance al que le falte precisión, no podrá cumplir con su

objetivo de hacer saber a los accionistas y terceros el estado real del negocio”.⁹²

Compartimos este criterio, ya que inclusive esta conducta falaz, se sanciona bajo responsabilidad de *daños y perjuicios*.

- **Del deber de diligencia**

Los miembros del Consejo de Administración de las sociedades controladas faltarán al deber de diligencia y serán susceptibles de responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que las leyes aplicables y los estatutos les imponen, por infracción al pacto social y a las disposiciones legales que rijan el contrato social, cuando causen un daño patrimonial a la sociedad controlada, cuando se actualice alguno de los supuestos siguientes :

a) Se abstengan de asistir, salvo causa justificada a juicio de la asamblea de accionistas, a las sesiones de Consejo y, en su caso, comités de los que formen parte, y que con motivo de su inasistencia no pueda sesionar legalmente el órgano de que se trate;

b) No revelen al Consejo de administración o, en su caso, a los comités de los que forman parte, información relevante que conozcan y que sea necesaria para la

⁹² MACEDO HERNÁNDEZ, José Héctor, *Ley General de Sociedades Mercantiles* (anotada, comentada, concordada con jurisprudencia y Tesis), Cárdenas, México, 1995, p. 172.

adecuada toma de decisiones en dichos órganos sociales, salvo que se encuentren obligados legal o contractualmente a guardar silencio o confidencialidad al respecto;

c) Incumplan los deberes que les impongan las leyes aplicables o los estatutos sociales de la sociedad controlada o los estatutos sociales de la propia Controladora.

La Controladora actuará en interés de los integrantes del Grupo, como “*un buen hombre de negocios*”, o como lo señala el artículo 391 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito : “*Deberá obrar siempre como un buen padre de familia*”.

La Controlante responderá frente a las sociedades integrantes del Grupo, frente a los acreedores sociales de la filial y subsidiarias, y frente a los propios accionistas minoritarios del *daño* que causen por actos u omisiones contrarios a la ley aplicable o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo de administrador-controlador.

- **Del deber de lealtad y de los actos o hechos ilícitos**

El artículo 42 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, instituye

que el administrador podrá, bajo su responsabilidad, dar poderes para la gestión de ciertos y determinados negocios sociales.

En efecto, la Controladora responderá frente a las sociedades controladas integrantes del Grupo, por los actos realizados por sus consejeros, directivos, *apoderados* y empleados de la controlada en el cumplimiento de sus funciones, siguientes :

I. Los miembros del Consejo de administración de las sociedades controladas, deberán guardar confidencialidad respecto de la información y los asuntos que tenga conocimiento con motivo de su cargo en la sociedad, cuando dicha información o asuntos no sean del carácter público.

Esta información y asuntos, son exactamente los estados financieros que comprenden las memorias, balances e inventarios mencionados por el artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, citados en el punto II, del *SubCapítulo* "De la gestión, conducción y ejecución de los negocios sociales".

Los miembros del Consejo de administración, que tengan conflicto de intereses en algún asunto, deberán abstenerse de participar y estar presentes en la deliberación y votación de dicho asunto, sin que ello afecte el *quórum* requerido para la instalación del citado Consejo.

Esa conducta de abstinencia, está prevista por la de la Ley General de Sociedades Mercantiles (artículos 156 y 196), que si fuere aplicable a los Grupos societarios ordinarios, la Controladora que en cualquiera operación tenga por cuenta propia o ajena un interés opuesto al de la sociedad controlada, deberá manifestarlo a los demás Administradores y abstenerse de votar y de toda deliberación relativa a dicha operación y resolución. La Controladora que contravenga esta disposición, será responsable de los *daños y perjuicios*, cuando sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para la validez de la determinación.

La conducta de abstención se hace extensiva a los comisarios designados por la Controladora. Por ello, cuando los Comisarios que en cualquiera operación tuvieren un interés opuesto al de la sociedad, deberán abstenerse de toda intervención, bajo la sanción de responsabilidad de los *daños y perjuicios* que se causen a la sociedad controlada, que corren a cargo de la Controlante.

II. Los consejeros y administradores serán solidariamente responsables con los que les hayan precedido en el cargo, por las irregularidades en que éstos hubieren incurrido si, conociéndolas, no las comunicaran *por escrito* al Consejo de Administración y al Consejo de Vigilancia. Los consejeros estarán obligados a informar a dichos Consejos, todas aquellas irregularidades que durante el ejercicio de su cargo, tengan conocimiento y que se relacionen con la sociedad controlada.

La denuncia e información está contemplada en la Ley General de Sociedades Mercantiles (artículos 159 y 160). Si estos preceptos fueren aplicables a los Grupos societarios ordinarios, no será responsable el Consejero-Administrador que, estando exento de culpa, haya manifestado su inconformidad en el momento de la deliberación y resolución del acto de que se trate.

III. Los miembros del Consejo de Administración de la sociedad controlada incurrirán en deslealtad frente a dicha sociedad y, en consecuencia, serán responsables de los *daños y perjuicios* que le causen, cuando, sin causa legítima, por virtud de su empleo, cargo o comisión, obtengan beneficios económicos para sí o los procuren en favor de terceros, incluyendo un determinado accionista o Grupo de accionistas.

La deslealtad y obtención de beneficios económicos, se advierte en la fracción I, del artículo 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que incluso previene que el contrato de sociedad podrá rescindirse respecto de un socio : “Por uso de la firma o del capital social para negocios propios”.

IV. Los miembros del Consejo de Administración incurrirán en deslealtad frente a la sociedad controlada, siendo responsables de los *daños y perjuicios* causados a éstas, cuando realicen cualquiera de las conductas siguientes :

a) Voten en las sesiones de Consejo de Administración o tomen determinaciones

relacionadas con el patrimonio de la sociedad controlada, con conflicto de interés;

b) No revelen, en los asuntos que se traten en las sesiones de Consejo de Administración o comités de los que formen parte, los conflictos de interés que tengan respecto de la sociedad controlada. Los consejeros deberán especificar los detalles del conflicto de interés, a menos que se encuentren obligados legal o contractualmente a guardar secreto o confidencialidad al respecto;

c) Favorezcan, a sabiendas, a un determinado accionista o Grupo de accionistas, en detrimento o perjuicio de los demás accionistas;

d) Aprueben las operaciones que celebre la sociedad controlada, y aprovechen para sí o aprueben en favor de terceros, el uso o goce de los bienes que formen parte del patrimonio de la sociedad controlada, en contravención de las políticas aprobadas por el Consejo de Administración;

e) Hagan uso indebido de información relevante que no sea del conocimiento público, relativa a la sociedad Controlada;

f) Aprovechen o exploten, en beneficio propio o en favor de terceros, oportunidades de negocio que correspondan a la sociedad controlada.

Se considerará, salvo prueba en contrario, que se aprovecha o se explota

una oportunidad de negocio que corresponde a la sociedad controlada, cuando el consejero, directa o indirectamente, realice actividades que :

1. Sean del giro ordinario o habitual de la propia sociedad controlada;
2. Impliquen la celebración de una operación o una oportunidad de negocio que originalmente sea dirigida a la sociedad controlada;
3. Involucren o pretendan involucrar en proyectos comerciales o de negocios a desarrollar por la sociedad controlada, siempre que el consejero haya tenido conocimiento previo de ello.

Debemos agregar que la sanción para el controlante que use fondos o efectos de la sociedad y los aplique a negocios propios, no es, en este caso, obligarle solamente a satisfacer los *daños y perjuicios* que ello hubiere causado a la compañía, sino que está obligado a traer a esta última las ganancias resultantes.

Las situaciones citadas en los incisos c), d), e) y f) anteriores, está previsto de manera general en el artículo 50 fracción I, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que incluso establece la rescisión del contrato de sociedad respecto de un socio.

V. Los miembros y secretario del Consejo de administración de las sociedades controladas, deberán abstenerse de realizar cualquiera de las conductas que a continuación se establece :

- a) Generar, difundir, publicar o proporcionar información al público de la sociedad controlada, o bien, sobre los valores de cualquiera de ellas, a sabiendas de que es falsa o induce a error, o bien, ordenar que se lleve a cabo alguna de dichas conductas;
- b) Ordenar u ocasionar que se omita el registro de operaciones efectuadas por la sociedad controlada, así como alterar u ordenar alterar los registros para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones celebradas, afectando cualquier concepto de los estados financieros;
- c) Ocultar, omitir u ocasionar que se oculte u omita revelar información relevante que en términos de la Ley de Mercado de Valores deba ser divulgada al público, a los accionistas o a los tenedores de valores, salvo que dicha Ley prevea la posibilidad de su diferimiento;
- d) Ordenar o aceptar que se inscriban datos falsos en la contabilidad de la sociedad Controlada. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que los datos incluidos en la contabilidad son falsos cuando las autoridades, en ejercicio de sus facultades, requieran información relacionada con los registros contables y la

sociedad controlada no cuenten con ella, y no se pueda acreditar la información que sustente los registros contables;

e) Destruir, modificar u ordenar que se destruyan o modifiquen, total o parcialmente, los sistemas o registros contables o la documentación que dé origen a los asientos contables de la sociedad controlada, con relación al vencimiento de los plazos legales de conservación y con el propósito de ocultar su registro o evidencia;

f) Destruir u ordenar destruir, total o parcialmente, información, documentos o archivos, incluso electrónicos, con el propósito de impedir u obstruir los actos de supervisión de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, o de la autoridad correspondiente, según sea el caso;

g) Destruir u ordenar destruir, total o parcialmente, información, documentos o archivos, incluso electrónicos, con el propósito de manipular u ocultar datos o información relevante de la sociedad a quienes tengan interés jurídico en conocerlos;

h) Presentar a la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, o de la autoridad correspondiente, según sea el caso, documentos o información falsa o alterada, con el objeto de ocultar su verdadero contenido o contexto;

i) Alterar las cuentas activas o pasivas o las condiciones de los contratos, hacer u ordenar que se registren operaciones o gastos inexistentes, exagerar los reales o realizar intencionalmente cualquier acto u operación ilícita o prohibida por la ley aplicable, generando en cualquiera de dichos supuestos un quebranto o perjuicio en el patrimonio de la sociedad controlada, en beneficio económico propio, ya sea directa o indirectamente o a través de un tercero.

Los artículos 16 y 33 del Código de Comercio de México, mencionan la “*información*” del inciso a) anterior, en el sentido de que los comerciantes están obligados : “A la publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios; a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado, ya que implantan “un sistema de contabilidad adecuado”, que refiere obviamente a una “información inequívoca”, es decir, no deberá inducir a error.

El “registro” indicado en el inciso b) anterior, también está ordenado en los artículos 18 y 35 de ese Código. En el Registro Público de Comercio se inscriben los actos mercantiles, y en el libro mayor se anotan los nombres o designaciones de las cuentas de la contabilidad, su saldo al final del período de registro inmediato anterior, el total de movimientos de cargo o crédito a cada cuenta en el período y su saldo final. Y en el libro mayor general se concentrarán todas las operaciones de la entidad.

La “información” aludida en el inciso c) anterior, reiteramos que los artículos 16 y 33 del Código de Comercio, imponen esta obligación, que debe publicarse e inscribirse en el Registro Público de Comercio.

La inscripción de los datos aludidos en el inciso d), anterior, también lo dispone el artículo 33 del Código de Comercio, que señala : “El comerciante está obligado a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado”. Por consiguiente, estos datos deberán ser ciertos, *no falsos*.

Las conductas dichas en los incisos e), f) y g) anteriores, nuevamente señalamos que el artículo 33 del Código de Comercio, obliga a los comerciantes a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado”. Por tanto, esa “información” no debe destruirse ni modificarse, la que en términos del artículo 38 de esta legislación, deberá conservar, debidamente archivados, los comprobantes originales de sus operaciones, de tal manera que puedan relacionarse con dichas operaciones y con el registro que de ellas se haga, por un plazo mínimo de diez años.

Respecto de las conductas indicadas en los incisos h) e i) anteriores, expusimos que el artículo 33 del Código de Comercio, obliga a los comerciantes a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado”, es decir, confiable. La “información” y las cuentas activas o pasivas o las condiciones de los contratos, no debe falsearse, ni alterarse o modificarse.

VI. La sociedad Controladora, en las Asambleas Generales de Accionistas, cuando en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad controlada, deberá abstenerse a toda deliberación relativa a dicha operación y no podrá ejercer sus derechos de voto. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que la Controlante tiene en una operación determinada un interés contrario al de la sociedad controlada, cuando manteniendo el control de la sociedad vote a favor o en contra de la celebración de operaciones obteniendo benéficos que excluyan a otros accionistas o a la sociedad controlada.

En qué consiste la indemnización

I. La responsabilidad consiste en indemnizar la Controlante a la sociedad controlada integrante del Grupo por los *daños y perjuicios* ocasionados con motivo de los actos, hechos u omisiones referidos en el Subcapítulo “Del deber de lealtad y de los actos o hechos ilícitos”, en sus puntos I, II, III y IV y, en todo caso, se procederá a la remoción del cargo de los miembros del Consejo de Administración 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 puntos I, II, III y IV, del Subcapítulo “Del deber de lealtad y de los actos o hechos ilícitos”, ni contratar en favor de persona

alguna seguros, fianzas o cauciones que cubran el monto de la indemnización por los *daños y perjuicios* ocasionados.

II. La responsabilidad consiste en indemnizar la Controladora a la sociedad controlada integrante del Grupo de los *daños y perjuicios* causados, por falta de diligencia de los miembros del Consejo de administración de las sociedades controladas, derivada de los actos que ejecuten o las decisiones que adopten en el Consejo o de aquellas que dejen de tomarse al no poder sesionar legalmente dicho órgano social, será solidaria entre los culpables que hayan adoptado la decisión u ocasionado que el citado órgano social no pudiera sesionar.

Lo expuesto en los puntos I y II anteriores, se trata de responsabilidad atribuida a la Controladora, o sea, quien por medio de sus directivas indujo a los administradores de la controlada a incumplir sus deberes para con la sociedad.

Aparece aquí, entonces, una responsabilidad que debe sumarse – naturalmente– a la que se les atribuye a los administradores de la controlada y a la propia persona jurídica Controlante-matriz.

Resumen : La conducción comercial, administrativa, jurídica y financiera de la sociedad mercantil controlada, son responsabilidad de la Controladora, dado su “poder” y “control de mando” que ejercen.

Con el carácter de Controlador-administrador fundadamente la Controlante responderá de sus actos, hechos u omisiones que causen *daño y perjuicios* a la sociedad controlada.

La obligación se traduce en indemnizar, que será en favor de la sociedad controlada que sufra el *daño* patrimonial.

La responsabilidad por los *daños y perjuicios* surgen de “De la gestión, conducción y ejecución de los negocios sociales” de la controlada.

También mana esta responsabilidad del “Del deber de diligencia” por actos u omisiones contrarios a la ley aplicable o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, en la sociedad controlada.

También nace esa responsabilidad por faltar al “Del deber de lealtad y de los actos o hechos ilícitos” cometidos en agravio de la sociedad controlada.

La responsabilidad por *daños y perjuicios*, está prevista en la Ley del Mercado de Valores. Por lo tanto, sólo es aplicable a las sociedades anónimas bursátiles Controladoras inscritas en el Registro Nacional de Valores (artículo 22).

CAPÍTULO XII

LOS ACTIVOS DE LA *HOLDING* : *PRENDA COMÚN* DE LOS ACREEDORES

Capitant⁹³ explica la palabra "**Activo**" [*Actif*], así : "Conjunto de bienes o derechos apreciables en dinero, que forman parte de un patrimonio o de una universalidad jurídica. Se opone al *pasivo*, es decir, las deudas que gravan ese patrimonio o universalidad".

Contrapartida lógica de los derechos que tiene la sociedad mercantil frente a los terceros, es sus obligaciones hacia ellos, la más importante de las cuales es ésta, definida manifestación de su personalidad.

La sociedad mercantil puede adquirir derechos y contraer obligaciones y debe responder por éstas en las mismas condiciones que cualquiera otra persona.

Al respecto, VIDELA ESCALADA⁹⁴ dice "que no requiere mayores explicaciones, por consiguiente, el fundamento jurídico de esta obligación, que resume todo el aspecto pasivo de la intervención de la sociedad en el campo de los negocios".

⁹³ CAPITANT, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁴ VIDELA ESCALADA, Federico N., *Las sociedades civiles*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 292.

El patrimonio, en cuanto “conjunto de bienes de una persona” (artículo 2964 del Código Civil Federal de México), es la garantía del pago de sus deudas, ya que los acreedores de ella tienen el derecho de ejecutar sus bienes, cobrándose así sus créditos insatisfechos. Junyent Bas,⁹⁵ es conteste en este sentido, al señalar : “ . . . el *patrimonio* es la garantía o *prenda común* de los acreedores . . . ”.

Martorell⁹⁶ dice que “es desde esta perspectiva, y no de otra, que se suele hablar, con impropiedad, del patrimonio como “*prenda común* de los acreedores”, aun a sabiendas de que no nos hallamos ante “la prenda” o sea, el derecho real de garantía que versa sobre una cosa en particular (por exigir una *res* concreta sobre la cual recaer), sino frente al patrimonio, que es una especie de *universitas iuris* cambiante”.

Tenemos, entonces –señala Martorell–,⁹⁷ que a despecho de la imprecisión técnica denunciada, la idea del patrimonio de una persona como “*prenda común* de sus acreedores” sirve para brindar un panorama acerca del fenómeno consistente en que los bienes del deudor, cualquiera que sea la fecha en que hayan sido adquiridos, habrán de responder por todas y cada una de sus deudas.

El carácter peculiar de esta garantía radica en el hecho de que todo el patrimonio de la Controladora está a disposición del acreedor garantizado; la

⁹⁵ JUNYENT BAS, Francisco, *Las medidas cautelares en los procesos concursales*, Buenos Aires, 2005, p. 3.

⁹⁶ MARTORELL, Ernesto Eduardo, op. cit., p. 5.

⁹⁷ *Ibid*, p. 5

Controlante no se sustrae al principio de la responsabilidad *ilimitada*.

El artículo 1.911 del Código Civil Español⁹⁸ –correlativo del 2964 del Código Civil Federal de México– estatuye : “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”. Y el artículo 1.088, dice : “Toda obligación consiste en *dar, hacer o no hacer alguna cosa*”.

Manresa y Navarro⁹⁹ señala “que es un principio fundamental, esencialísimo en materia de obligaciones, que el deudor u obligado debe responder exactamente del cumplimiento de las mismas, y si así no lo hiciere, su falta de cumplimiento se traduce en una indemnización o reparación al acreedor, que es consecuencia del sentido *patrimonial* de las obligaciones contractuales; reparación mediante la cual se hace efectiva la obligación en los bienes del deudor”.

Puede ocurrir que la sociedad controlada hubiera contraído más obligaciones que las que pueden realizarse con el producto de la masa total de sus bienes, y tendrían que quedar algunas incumplidas en todo o en parte, o podrían suscitarse choques y conflictos entre los derechos o los créditos de unos y otros por la oposición de sus respectivos intereses, si la ley no estableciera previsoramente las reglas que han de regir la *responsabilidad subsidiaria* de la sociedad mercantil Controladora, y a las cuales deben someterse todos los

⁹⁸ MANRESA Y NAVARRO, t. XII, op. cit., p. 923.

⁹⁹ *Ibid*, p. 920.

acreedores para evitar las contiendas y litigios que en otro caso pudieran suscitarse en perjuicio de todos.

Tal es el objeto de las prescripciones del Código Civil Federal y la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras de México, que han venido a solucionar esta situación, evitando a los mismos acreedores y a los propios accionistas minoritarios de la sociedad controlada integrante del Grupo no pocos perjuicios, y cumpliendo en beneficio de éstos, y aun del mismo deudor principal, una misión previsor de la ley, pues es lo cierto que pudiendo hallarse la sociedad controlada sin los medios necesarios para satisfacer íntegra y totalmente sus compromisos, ante esa imposibilidad surge con las apremiantes exigencias de la realidad del *Convenio de responsabilidades subsidiaria e ilimitada* suscrito con la sociedad mercantil Controladora, estableciendo un orden preciso y obligatorio para su pago.

Estas normas jurídicas establecen los principios a que han de sujetarse tanto el deudor principal (la controlada) y el obligado subsidiario (la Controladora) como los acreedores cuando no pueda atenderse al cumplimiento normal de todas las obligaciones contraídas por la sociedad mercantil controlada.

Es por ello, que las disposiciones de los artículos 2964 del Código Civil Federal y el 28 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, deben recogerse en la Ley General de Sociedades Mercantiles que regule los Grupos societarios, a efecto de que la Controlante-matriz responda de las *obligaciones* y

por las *pérdidas* de las controladas directa e indirectamente integrantes del Grupo, y de los *daños y perjuicios* que cause a éstas sociedades, con todos sus bienes presentes y futuros.

Consigna el artículo 1.911 –comenta Manresa y Navarro¹⁰⁰ un principio que sancionado estaba en la antigua legislación por la Ley 1ª del Título XV de la Partida 5ª, cuya inteligencia está al alcance de todos, pues viniendo obligado el deudor principal al cumplimiento de la obligación contraída, tiene que responder de ella en los términos indicados, porque las obligaciones se realizan, en caso de incumplimiento de las mismas, con los bienes del deudor *subsidiario*.

Mientras no se extinga totalmente el débito o no se cumpla íntegramente la obligación pesa sobre el deudor (el principal) de ella el deber, no sólo moral, sino también jurídico, de cumplirla o satisfacerla, es evidente que ha de responder de ella con todos sus bienes, el deudor subsidiario, lo mismo con los presentes que con los futuros que adquiera hasta la extinción de la deuda.

En esta tesitura, el principio previsto por el artículo 2964, con relación al 2794 del Código Civil Federal de México, inexcusablemente debe ser extensivo a las sociedades mercantiles Controladoras, precisamente por los beneficios que importan tanto para los propios socios minoritarios de la sociedad controlada como para los acreedores de ésta, al Estado y al público en general.

¹⁰⁰ *Ibid*, p. 923.

Pero, a pesar de ese deber, puede ocurrir que el obligado principal (la controlada) no se halle en condiciones de poder cumplir todas las obligaciones contraídas, bien por haber disminuido sus medios de fortuna, bien por otra causa cualquiera, y para dicho caso la ley, con los recursos legales a que se refiere el artículo 2964, con relación al 2794 del Código Civil Federal, ambos con relación al 28 de Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, se sientan las normas jurídicas que han de seguirse, cuando no hay facilidad o posibilidad de satisfacer todos puntual o íntegramente.

Para tutelar debidamente el cumplimiento de las obligaciones, consagra el derecho el principio de la responsabilidad patrimonial del deudor, con arreglo al cual el patrimonio de éste constituye la garantía genérica del derecho de crédito, cuando la prestación debida no es espontáneamente realizada, garantía o responsabilidad que se extiende a todos los bienes presentes y futuros del deudor, como proclama el artículo 2964 del Código Civil Federal, con relación al 28 de Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

Comenta Hernández-Gil,¹⁰¹ respecto del nexo entre los artículos 1.911 y 1.088 del Código Civil Español, que observamos en éste artículo que se configura a la obligación desde su objeto, que no es para el legislador la entrega material de una cosa, sino la actividad o la prestación del deudor, consistente en un dar, hacer o no hacer, lo que equivale a un acto del deudor independiente de su titularidad

¹⁰¹ HERNÁNDEZ-GIL, *En defensa del código civil*, Civitas, Madrid, 1948, p. 16.

patrimonial; pero es el artículo 1.911 el que se aplica en caso de incumplimiento de la obligación contraída, no reconociendo otra garantía que la de los bienes presentes y futuros del deudor, que en su caso, sería el deudor *subsidiario*.

Si relacionamos el artículo 2964 del Código Civil Federal, con los artículos 10, 152 y 157 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, que también hacen referencia al incumplimiento de las obligaciones, deducimos que siempre se resuelve éste en una indemnización estimable económicamente, incluso en la llamada garantía personal o **fianza**, al quedar el fiador obligado a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste.

En realidad, el principio de la responsabilidad limitada se deduce en el derecho comparado de las normas de derecho positivo, que establecen expresamente que el patrimonio del deudor constituye la *prenda común* de los acreedores, tomando el término “prenda” en sentido figurado y no como un derecho real.¹⁰²

Pero ese principio y los preceptos legales que lo fundamentan –dice Satanowsky–,¹⁰³ no son absolutos. Existen preceptos legales que limitan la responsabilidad patrimonial del deudor, no sólo respecto de la suma por la cual responde, sino en cuanto la limita con determinada cantidad de bienes. Podemos

¹⁰² SATANOWKY, Marcos, *Tratado de derecho comercial*, t. III, TEA, Buenos Aires, 1957, p. 307.

¹⁰³ *Ibid*, p. 307.

señalar algunos casos concretos, de derecho positivo, de esa limitación de responsabilidad. El socio comanditario, el industrial, el socio no contratante de una sociedad accidental o en participación, el de una sociedad de responsabilidad limitada y el accionista de una sociedad anónima, sólo responden con el aporte comprometido, mientras el socio de una sociedad colectiva, o el solidario de una sociedad en comandita, responden ilimitadamente con todo su patrimonio.

Ese principio de responsabilidad limitada aparece impuesto en forma expresa e imperativa en el artículo 2964 del Código Civil Federal de México, que implica un precepto de orden público.

Del artículo 2964 del Código Civil Federal, con relación al 28 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, refiriéndonos a la limitación legal de la responsabilidad de la sociedad mercantil Controladora, deducimos de su contemplación, que son disposiciones imperativas, que admite el principio doctrinario de la responsabilidad del *deudor subsidiario* con todo su patrimonio presente y futuro a las obligaciones contraídas que implica una imposición de orden público. En efecto :

“Activo” : Es cualquier objeto físico (tangible) que se posea, o derecho (intangibile) en propiedad, que tenga un valor en dinero. Un artículo o fuente de riqueza,

expresado en función de su costo. El activo representa cualquier partida del balance general.¹⁰⁴

Así, los **activos** se plasman en los principales *estados financieros* que comprenden el balance general, el estado de *pérdidas* y ganancias y el *estado de capital* y el superávit o de utilidades no distribuidas. El *balance general*, que presenta la situación financiera o las condiciones de un negocio según son reflejadas por los registros contables, contiene una lista del activo, del pasivo y del capital del propietario a una fecha determinada.¹⁰⁵

Activos propiedad de la Controladora :

Se conoce como “masa activa –explica Quintana Adriano–¹⁰⁶ al conjunto de bienes y derechos presentes y embargables que forman el activo patrimonial del comerciante, deriven éstos de la actividad mercantil del comerciante o no, ya que nuestra legislación no distingue entre bienes provenientes del comercio y bienes de actividad meramente civil del deudor, lo anterior en razón del principio de unidad del patrimonio”. Y como tales tenemos los siguientes :

I.

¹⁰⁴ L. KOHLER, op. cit., p. 13

¹⁰⁵ DALE KENNEDY, Ralph, *Estados Financieros*, Uteha, México, 1976, p. 4.

¹⁰⁶ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Concursos mercantiles*, Porrúa, México, 2006, p. 74.

a) Más del cincuenta por ciento de las *acciones con derecho a voto* del capital pagado de otra u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;¹⁰⁷

b) Las *acciones de goce* de otra u otras sociedades, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;¹⁰⁸

c) Las *acciones de voto limitado* del capital pagado de otra u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;¹⁰⁹

d) Se consideran activos financieros, los siguientes :¹¹⁰

1. Las personas morales residentes en México, el activo que tengan cualquiera que sea su ubicación, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;

¹⁰⁷ Ley del Impuesto Sobre la Renta (artículo 64, fracción II).

¹⁰⁸ Ley General de Sociedades Mercantiles (artículo 137).

¹⁰⁹ *Ibid* (artículo 113).

¹¹⁰ Ley del Impuesto al Activo (artículos 1º; 2º fracciones III y IV; 2 *bis*, fracciones I y II, y 4º).

2. La inversión de cada terreno y sus construcciones, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;

3. Los inventarios de materias primas, los productos semiterminados o terminados que la Controladora utilice en su actividad empresarial, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;

4. Bienes adquiridos por herencia, legado o donación, incluyendo las donaciones efectuadas por la Federación, Estados, Distrito Federal, Municipios u organismos descentralizados, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;

5. Bienes adquiridos por prescripción, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;

6. Las inversiones en títulos de crédito, a excepción de las acciones emitidas por personas morales residentes en México –las acciones emitidas por sociedades de Inversión de renta fija se considerarán activos financieros–, inclusive cuando dicha

propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;

7. Las cuentas y documentos por cobrar, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora. No se consideran cuentas por cobrar las que sean a cargo de socios o accionistas residentes en el extranjero, ya sean personas físicas o sociedades;

8. Los intereses devengados a favor, no cobrados, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;

e) Las inversiones y los depósitos en instituciones del sistema financiero, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;¹¹¹

II.

1. Los bienes adquiridos en virtud del “contrato de crédito de habilitación y avío” y del “contrato de crédito refaccionario”, inclusive cuando dicha propiedad se tenga

¹¹¹ Reglamento de la Ley del Impuesto al Activo (artículo 13).

por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;¹¹²

2. Los bienes y derechos adquiridos por el “contrato de prenda”¹¹³, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;¹¹⁴

3. Los derechos adquiridos a través del contrato de fideicomiso, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;¹¹⁵

4. Reservas de capital¹¹⁶ y otras reservas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora.

En cuanto a la constitución de la prenda mercantil, hay varias modalidades que a continuación se analizan, de las que solo citamos aquellas que consideramos

¹¹² Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículos 321 y 323).

¹¹³ “La PRENDA : Es un negocio jurídico que permite al acreedor garantizar su crédito con uno o más bienes respecto de los cuales tiene un derecho preferente frente a los demás acreedores del deudor”.- v. LEÓN TOVAR, Soyla H., *Contratos mercantiles*, Oxford, México, 2003, p. 728.

¹¹⁴ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículos 334 y 346); Código Civil Federal (artículos 2856 y 2858).

¹¹⁵ *Ibid* (artículos 382 y 395).

¹¹⁶ RESERVAS DE CAPITAL : “Reserva de capital” : (*capital reserves*) (término de uso británico) Todo o parte del *capital neto* (o *contable*) o de la *participación total* de los accionistas de una empresa, consistente en partidas tales como primas sobre el capital social, superávit por revaluación, reserva para el retiro de acciones y algunas veces ganancias de capital y otras partidas similares, todo lo cual se considera que no se encuentra disponible para su retiro por parte de los propietarios. Contrasta con *reservas de utilidades*. v. L. KOHLER, op. cit., p. 473-474.

más trascendentes, para el trabajo de Tesis que nos ocupa, entre otras :¹¹⁷

1. *Prenda sobre acciones* : Se constituye mediante la entrega de acciones al acreedor, endosadas en garantía y con su correspondiente anotación en el registro de acciones. Para evidenciar la anotación en el registro, deberán expedirse una certificación sobre la inscripción. Las partes determinarán la forma en que serán ejercidos los derechos corporativos, económicos y opcionales.

2. *Prenda bursátil* : La prenda bursátil constituye un derecho real sobre valores que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

III.

a) créditos a cargo de accionistas por desembolsos no exigidos, inclusive cuando esos créditos se tengan por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;

b) valores mobiliarios, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;

¹¹⁷ PRECIADO BRISEÑO, Eduardo y MENDOZA MARTELL, Pablo E., *Lecciones de Derecho Bancario*, 3ª ed., Porrúa, México, 2007, p. 141 y ss.

c) tesorería, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;

d) concesiones, derechos sobre propiedad literaria, franquicias, patentes, licencias, marcas y valores similares, no físicos, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controlante;

e) participaciones en sociedades del Grupo, créditos a sociedades del Grupo, participaciones en empresas asociadas al Grupo, créditos a empresas asociadas al Grupo; inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora;

f) acciones propias;

g) gastos pagados por adelantado, tales como primas de seguro, intereses, rentas, impuestos, regalías, servicios de publicidad no recibidos y suministros no usados, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad Controladora.

Contenido del balance :

El **balance general** nos indica cuál es la composición de los activos y pasivos. El

balance general se debe analizar en forma conjunta con sus notas donde se brinda, entre otra información, explicación acerca del criterio empleado para valorizar sus rubros principales.¹¹⁸

Al respecto, Quintana Adriano¹¹⁹ afirma que para comprobar el importe del activo (de la Controladora) existen varios actos que son sucesivos : la ocupación de sus bienes, la formación del inventario y la elaboración del balance.

La Ley de Sociedades Anónimas Española (artículos 175, 176 y 177) prescribe que el *Esquema del balance* de dichas sociedades, deberá contener por separado, las partidas de *Activo*, *desglose del inmovilizado* y *desglose del activo circulante*¹²⁰, así :

El **activo** incluye : accionistas por desembolsos no exigidos; Inmovilizado : gastos de establecimiento, inmovilizaciones inmateriales, inmovilizaciones materiales e inmovilizaciones financieras; activo circulante : accionistas por desembolsos exigidos, existencias, deudores, valores mobiliarios, tesorería y ajustes por periodificación.

El Desglose del inmovilizado en el activo incluye : *inmovilizaciones*

¹¹⁸ OLIVERI, Carlos Alberto, *Cuánto vale una empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 56

¹¹⁹ Quintana Adriano, op, cit., p. 165

¹²⁰ ACTIVO CIRCULANTE : Para fines contables, las palabras *activo circulante* se usan con el objeto de designar el efectivo y otros activos o recursos identificados comúnmente como aquellos que razonablemente se espera que sean o puedan convertirse en efectivo, o vendidos o consumidos durante el ciclo normal del negocio. v. ANTHONY, Robert N., *La contabilidad en la administración de empresas*, Uteha, México, 1974, p. 42.

inmateriales por gastos de investigación y desarrollo; concesiones, patentes, licencias, marcas, así como los derechos y bienes similares, si han sido adquiridos a título oneroso, o creados por la propia empresa; fondo de comercio, en la medida en que haya sido adquirido a título oneroso, anticipos. Las *inmovilizaciones materiales*, incluirá terrenos y construcciones, instalaciones técnicas y maquinaria, otras instalaciones, utillaje y mobiliario, anticipos e *inmovilizaciones materiales en curso*. Las *inmovilizaciones financieras –valores mobiliarios–* incluirá participaciones en sociedades del Grupo, créditos a sociedades del Grupo, participaciones en empresas asociadas al Grupo, créditos a empresas asociadas al Grupo, títulos que tengan el carácter de *inmovilizaciones*, otros créditos y acciones propias.

El **Desglose del activo circulante** incluye en el apartado de existencias : materias primas y consumibles, productos en curso de fabricación, productos terminados y mercancías y anticipos. En el apartado de *deudores*, incluye clientes por ventas y prestaciones por servicios, empresas del Grupo deudores, empresas asociadas al Grupo deudores y otros deudores.

Las *partidas de Activo* detallados por la Ley de Sociedades Anónimas Española, son exactamente los activos propiedad de la Controladora especificados en los puntos I, II y III, de este Capítulo. Entonces, el *balance general*, nos brinda, entre otra información "El valor de la sociedad mercantil Controladora-matriz".

Resumen : Para el cumplimiento de las *obligaciones y pérdidas* de las sociedades controladas directa e indirectamente integrantes del Grupo, el patrimonio (“activos” presentes y futuros) de la Controladora-matriz garantiza colectivamente a todos los acreedores. Cada uno de ellos procura un suplemento de seguridad que la pone a cubierto de los riesgos derivados de la insolvencia, la cual a su vez puede provenir tanto de las enajenaciones como del aumento de las deudas de las sociedades controladas.

A los fines de salvar estas posibles impotencias patrimoniales –de las controladas– a que se vería enfrentado el acreedor, la ley ha puesto, en favor del titular del crédito, el uso de los activos de la Controlante-madre. Esta facultad, no depende de la voluntad de los contratantes, sino que la ley se los reconoce.

CAPÍTULO XIII

LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

Existen casos en que el hecho generador de la responsabilidad no es realizado por la misma persona obligada a resarcir, sino por otro individuo.¹²¹

La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y la Ley del Mercado de Valores de México, respectivamente, imputan a cargo y cuenta de la propia sociedad Controladora, la responsabilidad por las “**pérdidas**” de las controladas; las “**obligaciones**” a cargo de las sociedades integrante del Grupo, y los “**daños y perjuicios**” que cause la Controlante a las controladas.

Así tenemos que por *responsabilidad subsidiaria* (o eventual) se llama la que queda a cargo de determinados deudores y presupone o *no-cumplida* la obligación por parte de otro deudor (*principal*), o agotados las posibilidades de obtener coactivamente la prestación del deudor principal.¹²²

La responsabilidad *subsidiaria e ilimitada* de la sociedad Controladora no la convierte en titular de la obligación de la sociedad controlada. Para poder imputar esta responsabilidad al socio (la Controladora), debe mediar un acto imputable a la

¹²¹ TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, t. V, Platense, La Plata, 1994, p. 15

¹²² Código Civil Italiano de 1942 (artículos 1268, párrafo; 2160, párrafo; 1408, segundo apartado)

sociedad controlada. Además de haberse iniciado acción judicial contra la sociedad y existir sentencia contra ella.¹²³

El **artículo 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles** de México, dice que la sentencia que se pronuncie contra la sociedad condenándola al cumplimiento de obligaciones respecto de tercero, tendrá fuerza de cosa juzgada contra los socios, cuando éstos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad. En este caso, la sentencia se ejecutará primero en los bienes de la sociedad y sólo a falta o insuficiencia de éstos, en los bienes de los socios demandados.

Si el texto del artículo 24, fuere aplicable a los Grupos societarios ordinarios dada su regulación jurídica y la responsabilidad *subsidiaria e ilimitada* a cargo de la Controladora, es obvio que la sociedad dominante sería demandada conjuntamente con la sociedad controlada, por tales conceptos.

El artículo **1365 del Código de Comercio** de México, señala que las tercerías coadyuvantes no producen otro efecto que el de asociar a quien las interpone con la parte cuyo derecho coadyuva, a fin de que el juicio continúe según el estado en que se encuentre, y se sustancie hasta las ulteriores diligencias con el tercero y el litigante coadyuvado, . . . Y el artículo 1366 dispone que la acción o excepción que deduzca el tercero coadyuvante deberá juzgarse

¹²³ FOURCADE, Antonio Daniel, *Sociedades, Parte General*, Córdoba, 2000, p. 163-164.

con lo principal en una misma sentencia. Por lo tanto, el tercero en ese juicio, se denominará “tercero coadyuvante”.

El **artículo 1203 del Código de Comercio**, instituye la “*denuncia del juicio a tercero*”, pues señala que en el mismo efecto devolutivo será apelable la determinación en que se deseche cualquier prueba que ofrezcan las partes o *terceros llamados a juicio*, a los que siempre se les considerará como partes en el mismo.

Si los preceptos 1203, 1365 y 1366 fueren aplicables a los Grupos societarios ordinarios, dada su regulación en una sola ley, así como la responsabilidad *subsidiaria e ilimitada* a cargo de la Controladora, es claro que si la Controladora no fuere demandada ni llamada a juicio por la controlada, ciertamente la Controladora podrá comparecer a juicio, *motu proprio*, como tercero coadyuvante.

El **artículo 20 del Código Procesal Civil del Estado de Jalisco**, México, señala que compete acción a un tercero para *coadyuvar* en el juicio seguido contra su codeudor solidario. Igual facultad corresponde al tercero cuyo derecho dependa de la subsistencia del derecho del demandado o actor. El deudor de obligación indivisible, que sea demandado por la totalidad de la prestación, puede hacer concurrir al juicio a sus codeudores, siempre que su cumplimiento no sea de tal naturaleza que sólo pueda satisfacerse por el demandado.

El **artículo 271 del Código Procesal Civil** citado, señala que siempre que conforme a la ley deba *denunciarse el juicio a un tercero* para que le perjudique la sentencia que en él se dicte, el demandado, al contestar la demanda, pedirá al juez que se haga la denuncia, señalando el nombre y el domicilio donde deba ser emplazado el tercero. Con la petición presentará copia del escrito de denuncia, así como de la demanda y de los documentos con los que se le corrió traslado. Con la petición y los documentos antes señalados el juez mandará llamar al tercero, emplazándolo para que en un término de ocho días si el juicio fuere ordinario y cinco si el juicio fuere sumario, salga a juicio y apercibiéndolo que de no hacerlo le perjudicará la sentencia que se dicte.

Si los artículos 20 y 271, fueren aplicables supletoriamente en juicio, respecto a Grupos societarios ordinarios, dada su regulación jurídica y la responsabilidad *subsidiaria e ilimitada* a cargo de la Controladora, la sociedad controlada demandada, denunciará el juicio a la Controladora, que deberá salir a juicio.

El **artículo 78 del Código Federal de Procedimientos Civiles** de México, señala : “ . . . cuando un tercero tenga una controversia con una o varias de las partes en juicio, y la sentencia que en éste haya de pronunciarse deba influir en dicha controversia, . . . pueden las partes interesadas hacer venir al tercero, formulando su demanda dentro del mismo proceso, sujetándose a las reglas ordinarias, o puede el tercero hacerlo de por sí, formulando su demanda en los

mismos términos, con la finalidad, en ambos casos, de que se resuelva la tercería conjuntamente con la primitiva reclamación, . . . ”. “Si el tercerista coadyuva con una de las partes, deben ambos litigar unidos . . . ”.

Y el **artículo 69** de ese Código, dice : “Si hubiere oposición de parte de tercero contra la cumplimentación, se substanciará y resolverá aquella por el procedimiento incidental”.

De los preceptos 78 y 69 advertimos la figura jurídica de “denuncia de juicio a tercero” y del “tercero coadyuvante”. Es decir, se trata de Intervención Voluntaria y Forzosa¹²⁴ de terceros en el proceso, como se advierte de los artículos 429 y 430 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Si los preceptos 69 y 78 fueren aplicables supletoriamente en juicio, respecto a Grupos societarios ordinarios, dada su regulación en una sola ley, así como la responsabilidad *subsidiaria e ilimitada* a cargo de la Controladora, sí procede la denuncia del juicio a la Controlante, ya que su actuación es ineludible, dado que se afectarían sus intereses propios, en términos del artículo 69.

¹²⁴ La INTERVENCIÓN VOLUNTARIA : “ . . . surge cuando en un proceso iniciado entre dos partes –un actor y un demandado– un tercero ajeno hasta ese momento al proceso, comparece para defender el derecho o el interés propio, deducido o no todavía en el juicio por las partes originarias”. “La intervención puede ser voluntaria, cuando el tercero comparece espontáneamente, o bien puede ser llamado por una de las partes que está actuando en el proceso, en este último caso estamos ante el supuesto de la INTERVENCIÓN conocida con el nombre de FORZOSA”. v. DÁVILA MILLÁN, M^a Encarnación, *Litisconsorcio necesario, concepto y tratamiento procesal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 33.

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española –**artículo 542**– señala que las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso; que si los títulos ejecutivos fueran extrajudiciales, sólo podrá despacharse ejecución frente al deudor solidario que figure en ellos o en otro documento que acredite la solidaridad de la deuda y lleve aparejada ejecución conforme a lo dispuesto en la ley; que cuando en el título ejecutivo aparezcan varios deudores solidarios, podrá pedirse que se despache ejecución, por el importe total de la deuda, más intereses y costas, frente a uno o algunos de esos deudores o frente a todos ellos.

Esa misma Ley –**artículo 543**– señala que cuando en el título ejecutivo aparezcan como deudores uniones o agrupaciones de diferentes empresas o entidades, sólo podrá despacharse ejecución directamente frente a sus socios, miembros o integrantes si, por acuerdo de éstos o por disposición legal, respondieran solidariamente de los actos de la unión o agrupación; y que si la ley expresamente estableciera el carácter *subsidiario* de la responsabilidad de los miembros o integrantes de las uniones o agrupaciones referidas, para el despacho de la ejecución frente a estos, será preciso acreditar la insolvencia de éstas.

En efecto, la cosa juzgada no existe para aquel que no intervino en el procedimiento, por no habersele dado la participación correspondiente por lo que

conserva el derecho de oponer las defensas de que disponga en el momento oportuno, a pesar de la condenación contra el deudor principal.

Además es necesario para el acreedor, de *intimar previamente al deudor principal* el pago de la deuda y sólo recién, ante el resultado negativo de la diligencia, proceder contra la Controlante, pues únicamente a partir de este momento puede saberse si la deuda ha sido pagada en todo o en parte, o no lo ha sido de ninguna manera.

Por otra parte, de esas normas (artículos 542 y 543) –en opinión de Fourcade,¹²⁵ cuyo razonamiento compartimos– se desprenden varias premisas :

1ª. Debe existir sentencia contra la sociedad (la controlada);

2ª. No es necesario otra acción por separado contra los socios (la Controladora);

3ª. Si se trata de un socio de sociedad colectiva, de un comanditado en la comandita simple o por acciones o de un socio capitalista en la sociedad de capital e industria, tienen el beneficio de *excusión*, es decir que primero deben agotarse los bienes sociales para poder atacar el patrimonio del socio (la Controladora);

4ª. Si se trata del socio comanditado-controlador de una sociedad en comandita

¹²⁵ FOURCADE, op. cit., p. 163 y ss.

simple, sí es posible la ejecución contra ellos, dado que, como Controladora, han participado en la operación generadora de la obligación social;

5ª. Si se trata de un socio Controlador de una sociedad no constituida regularmente, carece del beneficio de *excusión* y puede ser atacado directamente su patrimonio, pero deberá ser considerado parte interesada en el juicio con derecho a ser oído y formular las defensas y ofrecer las pruebas que estime pertinentes.

Por lo tanto, la demanda por el cumplimiento de las *obligaciones* a cargo de las sociedades directa e indirectamente controladas integrantes del Grupo, debe enderezarse conjuntamente contra la sociedad controlada y su Controladora. Ésta última interviene sólo en el supuesto de que la condena no pueda ser satisfecha con el patrimonio del directamente responsable (la controlada), respondiendo de la condena de manera *subsidiaria*.

Enríquez Rosas¹²⁶ cita que la *responsabilidad limitada* significa dejar pendiente de pago a acreedores de corporaciones insolventes. Una respuesta común para dichos acreedores sin pagar es demandar a uno o más accionistas (en este caso, a la Controladora) de la compañía insolvente, con el argumento de que el Tribunal debe ampliar la responsabilidad más allá de la personalidad jurídica societaria, o con palabras más atractivas *levantar el velo corporativo*.

¹²⁶ ENRÍQUEZ ROSAS, op. cit., p. 33.

Por tanto, la Controladora está ilimitada y solidariamente obligada por las operaciones celebradas por la sociedad controlada. Sin embargo, sólo tiene la obligación real y *subsidiaria* de responder del cumplimiento de las *obligaciones* en defecto de su normal cumplimiento, mediante la aplicación del crédito que quede al descubierto. Esto es, su obligación depende del incumplimiento de pago por parte de la controlada, supuesto en el que deberá soportar la afectación de sus bienes al pago de la deuda, ya que la responsabilidad de la Controlante, es *subsidiaria* respecto a la sociedad controlada, y no es exigible sino hasta que quedan establecidas la obligación del deudor principal (la controlada), al ser vencida en juicio, pues aquí nació para la Controladora la obligación solidaria que, en forma *subsidiaria*, podría exigirles el acreedor.

Esta responsabilidad "ilimitada", no puede ser otra que la que sea bastante para garantizar las obligaciones respecto de tercero que ocasione la controlada. Empero, la responsabilidad *ilimitada* nada tiene que ver con la solidaridad; ello sólo quiere decir que la Controladora, contrae, obligaciones de carácter universal; esto es, que responderá de ellas, no sólo con los bienes de la controlada, sino con los suyos propios, sin limitación alguna, pues la responsabilidad solidaria e ilimitada de la Controladora, no llega hasta confundir a ésta con la controlada, ni el patrimonio social de la controlada con el patrimonio de la propia Controladora.

Sobre este tópico de la *responsabilidad subsidiaria* de la Controladora-matriz, por las obligaciones a cargo de las sociedades mercantiles integrantes del

Grupo respecto de tercero, resulta importante mencionar a Galindo Sifuentes¹²⁷ que explica dicha responsabilidad, así : Es la responsabilidad que no puede exigirse a los socios individualmente considerados –filiales y subsidiarias– sin antes haberla ejercitado contra la persona moral –la Controladora-matriz–; es decir, los bienes particulares de los socios –de la controlada– no pueden ser ejecutados para los pagos de las obligaciones que la sociedad contrajo, sino después de haberse hecho exclusión en los bienes de la sociedad –la controlada–; y por lo mismo los socios –la controlada– gozan de los beneficios de exclusión para con las demandas de los acreedores de la sociedad –la controlada–, es decir que estos deberán demandar en primer lugar a la sociedad –la Controladora– y luego después a los socios –la controlada–, sin embargo, este derecho no opera sino cuando los socios –la controlada– son demandados conjuntamente con la sociedad –la Controladora–; el beneficio de exclusión derivado de la *responsabilidad subsidiaria* de los socios –la controlada– significa que los acreedores deberán agotar mediante sus demandas en primer lugar los bienes de la sociedad –de la controlada–, y solo en el caso de que con esos bienes no baste cubrir su deuda se ejercitará la acción en contra de los socios –de la controladora– y sus bienes.

Interés jurídico y legitimación para accionar

El artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Civiles de México, dice que

¹²⁷ GALINDO SIFUENTES, op. cit., p. 80

sólo puede, iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga *interés* en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga el *interés* contrario.

El artículo 1º del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, México, en efecto, requiere para el ejercicio de las acciones, la existencia de un derecho o la necesidad de “declararlo”, “constituirlo” o “preservarlo”, agregando a continuación estos otros tres requisitos : la violación de un derecho o el desconocimiento de una obligación; la capacidad para ejercitar la acción por sí o por legítimo representante; y el *interés* del actor para deducirla.

El *interés* del particular a la intervención del Estado, es un elemento sustancial de la acción y consiste en esto : que sin la intervención judicial el actor sufriría un daño.

En efecto; *el interés* consiste únicamente en que, sin la intervención del órgano público, el actor sufrirá un perjuicio.

Entonces, para intentar una acción, es necesario tener interés, porque sólo con esa condición se pone en juego la actividad jurisdiccional.

A la sazón, **las acciones** de responsabilidad por “*pérdidas*”, por “*obligaciones*” a cargo de las sociedades integrante del Grupo, y por los “*daños* y

perjuicios” que cause la Controlante a dichas sociedades, **podrán ejercitarse por:**

I. Los terceros acreedores sociales de la controlada, *por el cumplimiento de obligaciones a su favor.*

El demandante podrá transigir en juicio el monto de la indemnización reclamada, sin que previa ni posteriormente someta a aprobación del Consejo de administración de la sociedad, los términos y condiciones del convenio judicial correspondiente.

II. La responsabilidad que derive por los *daños y perjuicios* ocasionados por la Controladora a las sociedades controladas integrantes del Grupo, por los actos y conductas descritos en el Capítulo XI; por las *pérdidas* y las *obligaciones* a cargo de la controlada, podrá ser ejercida :

a) La acciones de responsabilidad por *daños y perjuicios*, por *obligaciones* y *pérdidas* de la controlada, se entablarán por ésta sociedad en contra de la Controladora, previo acuerdo de la Asamblea General, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día.

b) Si la sociedad no entabla la acción, uno o más accionistas que sean titulares de, al menos, un 1 % del capital social pagado, podrán ejercitarla, siempre que satisfagan los siguientes requisitos :

1. Que la demanda se presente dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea, o dentro de los quince días naturales siguientes contados a partir de : “el día en que se hubiere realizado el acto o hecho que hayan causado los *daños y perjuicios*; sea exigible el cumplimiento de las *obligaciones* a cargo de las controladas; a partir de que se presente el hecho o acto generador que cause las *pérdidas* de la sociedad controlada”.
2. Que el reclamante no haya concurrido a la asamblea o haya dado su voto en contra de la resolución;
3. Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación.

Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la señalada. Por tanto, el ejercicio de la acción de responsabilidad en interés de la sociedad controlada contra la sociedad Controlante, para el reintegro del patrimonio social, pertenece a los socios individualmente considerados; éstos podrán ejercitarla aun cuando la asamblea haya absuelto a la Controladora de su responsabilidad.

III. Para efectos de que proceda las acciones responsabilidad por *obligaciones* a cargo de las sociedades integrantes del Grupo, es necesario que la filial o subsidiaria incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones. Además, que se actualicen las siguientes supuestos :

a) Que las obligaciones vencidas exigibles tengan por lo menos treinta días de haber vencido;

b) Que las obligaciones vencidas exigibles (por lo menos treinta días de haber vencido), representen el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a su cargo;

c) Que no tenga activos para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas (por lo menos treinta días de haber vencido).

IV. En las sociedades mercantiles controladas existen dos diversas categorías de accionistas : 1. Accionistas mayoritarios (la Controladora) y, 2. Los accionistas minoritarios.

Luego entonces, toda proposición de *daños y perjuicios* que pueda perjudicar los derechos de la categoría de accionistas minoritarios; exonere a la Controladora del cumplimiento de las *obligaciones* a cargo de las controladas; exonere a la Controlante del cumplimiento de reintegrar las *pérdidas* de la controlada, no deberá ser aceptada, acordada ni ratificada por la categoría de accionistas afectados, reunida en asamblea especial, y no será cumplida por ningún accionista, ni por el administrador, ni por el Consejo de administración, pues se trata de infracción al pacto social, de infracción a las disposiciones legales

que rijan el contrato social y, en todo caso, de la comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía.

Los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación serán percibidos por la sociedad.

V. Los accionistas que sean titulares de, al menos, un 1 % uno por ciento del capital social pagado, podrán solicitar la convocatoria de la asamblea general para que esta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la asamblea general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entable dentro del plazo de quince días naturales, contados desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo o dentro del plazo de quince días naturales contados a partir del día en que se hubiere realizado el acto o hecho que hayan causado los *daños y perjuicios*; sea exigible el cumplimiento de las *obligaciones* a cargo de la controlada; a partir del día en que se presente el hecho o acto generador que cause las *pérdidas* de la controlada, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

El demandante podrá transigir en juicio el monto de la indemnización por *daños y perjuicios*, siempre que previamente someta a aprobación del Consejo de

administración de la sociedad, los términos y condiciones del convenio judicial correspondiente. La falta de dicha formalidad será causa de nulidad relativa.

VI. Las acciones que tenga por objeto exigir responsabilidades, prescribirán en cinco años contados a partir del día en que se hubiere realizado el acto o hecho que haya causado el daño patrimonial correspondiente; a partir del día en que sea exigible el cumplimiento de las *obligaciones* a cargo de las controladas; a partir del día en que se presente el hecho o acto generador que cause las *pérdidas* de la sociedad controlada.¹²⁸

VII. La responsabilidad imputada a las sociedades Controladoras, será exigible aun y cuando las acciones representativas del capital social de ese tipo de sociedades, sean colocadas entre el público a través de títulos de crédito que representen dichas acciones, emitidos por instituciones fiduciarias al amparo de fideicomisos, supuesto en el cual la acción de reclamación por *daños y perjuicios*, por *pérdidas* y por *obligaciones* a cargo de las sociedades controladas integrantes del Grupo, podrá ser ejercida por la institución fiduciaria o por los tenedores de dichos títulos que representen, al menos, un 5 % o más del capital social pagado de la sociedad controlada.

VIII. El demandante no podrá transigir en juicio el monto de la indemnización por las *pérdidas*, ni por *obligaciones* a cargo de la controlada. La aprobación que en

¹²⁸ Código de Comercio (artículo 1045).

este sentido apruebe el Consejo de administración o la Junta General de la sociedad, los términos y condiciones del convenio judicial correspondiente, serán nulos.

IX. No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los Administradores o de los Comisarios de la controlada integrante del Grupo societario.

Resumen : La sociedad mercantil dominante responde *subsidiaria e ilimitadamente* por las *obligaciones* a cargo de las sociedades integrantes de la Agrupación societaria, sólo del descubierto del crédito. Lo cual significa que el derecho del acreedor (los terceros), no nace, ni puede realizarse legalmente, hasta después de procederse a la ejecución formal de los bienes del principal obligado (la controlada), y de ser acreditada su insolvencia.

Los terceros sólo podrán ejercitar la acción en contra de la sociedad controlada, por *obligaciones* a su favor, debiendo llamar a juicio a la Controlante. En el evento que el actor no demande conjuntamente a la Controladora, la controlada debe llamarla a juicio, para que salga y le perjudique la sentencia.

Si la sociedad filial o subsidiaria integrante del Grupo, no entabla acción por *pérdidas*, por *obligaciones*, por *daños y perjuicios*, los accionistas que sean

titulares de, al menos, un 1 % del capital social pagado, podrán ejercitar tales acciones, siempre que acredite su interés jurídico y legitimación a la causa activa.

CONCLUSIONES GENERALES

Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios.

Para coadyuvar a la consecución de estos propósitos, deben adoptarse medidas importantes tendientes a actualizar el marco jurídico de la Ley General de Sociedades Mercantiles y codifique la integración de los Grupos societarios ordinarios –“ordinarios” porque no están integrados por entidades financieras previstas por el artículo 7º de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras– y, consecuentemente, el Convenio de *responsabilidades subsidiaria e ilimitada* de la Controladora, y *los daños y perjuicios* que ésta sociedad ocasione a los integrantes de la Agrupación, a fin de promover la modernización del sistema societario mexicano en su conjunto, que dará respuesta a los retos que implican la creciente globalización de la estructura económica internacional.

La regulación de Grupos societarios establece una modalidad de responsabilidad *subsidiaria e ilimitada* de la matriz en los casos de insolvencia de sus filiales y subsidiarias. Esa responsabilidad está consagrada en el artículo 28 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

La regulación de las Agrupaciones societarias, tiende a adecuar el marco normativo a la realidad que rodea nuestro sistema societario, ya que la responsabilidad *subsidiaria e ilimitada* está prevista del algún modo, en los artículos 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; 111 de la Ley Agraria; 26 fracciones VIII, X inciso c), XII y XVII del Código Fiscal de la Federación; 12, 79, 105 fracción II, y 192 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; 40 fracción III, de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, y 2794 del Código Civil Federal de México. Lo cual se considera oportuno y congruente con la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia.

Hemos de evitar que la falta de regulación concreta de los Grupos Societarios ordinarios y la *responsabilidad subsidiaria e ilimitada* de la Controlante provoque desequilibrios en los mercados o incluso la quiebra de algunas empresas, con todas las consecuencias que esto tendría para el público en general.

PROPUESTAS

1. Es indispensable la Codificación en una sola Ley, tanto la integración horizontal como la integración vertical de los Grupos societarios ordinarios, en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

2. Debe regularse el Convenio de responsabilidades *subsidiaria e ilimitada* que previene las responsabilidades a cargo de la Controladora-matriz, en el sentido siguiente : a) respondera *subsidiaria e ilimitadamente* del cumplimiento de las *obligaciones* a cargo de todas y cada una de las sociedades filiales integrantes del Grupo; b) responde *ilimitadamente* por las *pérdidas* de dichas sociedades; c) responde *ilimitadamente* por los *daños y perjuicios* que directa o indirectamente ocasione a éstas sociedades.

Dichas responsabilidades son extensivas para la Controlante-matriz aun tratándose de la integración horizontal del Grupo societario. Esto es, responderá por estos mismos conceptos, por las sociedades *subsidiarias*, precisamente por el “control” y “poder de mando” que indirectamente ejercen sobre las subsidiarias, por conducto de las filiales.

Por tanto, la Controladora-madre responderá por tales obligaciones, con todo su patrimonio, presente y futuro.

En cuanto a las *pérdidas*, fundará la forma de cómo la Controlante las reintegrará, dado que ni las filiales, ni las subsidiarias, no participan en las *pérdidas*.

De los *daños y perjuicios*, la ley que regule las Agrupaciones societarias, determinará cómo, cuándo y por qué razones se ocasionan, los que se derivan precisamente “De la gestión, conducción y ejecución de los negocios sociales”, “Del deber de diligencia” y “Del deber de lealtad y de los actos o hechos ilícitos”; y determinará en qué consiste la indemnización.

3. La codificación de los Grupos societarios, determinará qué personas tienen legitimación en la causa activa e interés jurídico para ejercitar las acciones por *daños y perjuicios*, por *pérdidas* y por *obligaciones* a cargo de las sociedades controladas integrantes del Grupo.

4. La Ley que regule los Grupos societarios, prohibirá terminantemente que las sociedades miembros del Grupo societario, incluyendo a la Controladora, no pueden invertir ni tan sólo parcialmente, su capital en acciones o partes sociales en operaciones de Imbricación, ya que se genera confusión de patrimonios y provocaría riesgos de insolvencia en perjuicio de terceros, y son actos nulos.

5. Debe prohibirse que los integrantes del mismo Grupo, participen en el capital de las sociedades que, a su vez, sean accionistas de la Controladora, ya que tales

adquisiciones provocarían que la *Holding*, pierda el “control” y “poder de mando” directo e indirecto; y generaría además, un auto-control de la propia integrante adquirente, que además originaría confusión de patrimonios.

BIBLIOGRAFÍA

Libros :

Anthony, Robert N., *La contabilidad en la administración de empresas*, Uteha, México, 1974.

Barbieri, Pablo C., *Procesos concursales*, Universidad, Buenos Aires, 1999.

Brunetti, Antonio, *Tratado del Derecho de las sociedades*, t. III, Orlando Cárdenas, México, 1994.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Diccionario Jurídico*, Heliasta, Buenos Aires, 1983.

Capitant, Henri, *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

Carvallo Yáñez, Eric, *Tratado de Derecho bursátil*, Porrúa, 4ª ed., México, 2006.

Constantino, Juan Antonio, *El administrador en el consorcio de copropietarios de la propiedad horizontal*, Depalma, Buenos Aires, 1989.

Cordoba Bueno, Miguel, *El control político de las sociedades cotizadas*, Thomson,

Madrid, 2003.

Cortina Ortega, Gonzalo, *Prontuario bursátil y financiero*, Trillas, México, 1999.

Dale Kennedy, Ralph, *Estados Financieros*, Uteha, México, 1976.

Dávila Millán, M^a Encarnación, *Litisconsorcio necesario, concepto y tratamiento procesal*, Bosch, Barcelona, 1997.

De ángel Yágüez, Ricardo, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1997.

De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, t. I y II, Porrúa, México, 2000.

De Sola Cañizares, Felipe, *Tratado de las sociedades por acciones en el Derecho comparado*, Tea, Buenos Aires, 1957.

Diez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I^o, Civitas, Madrid, 1996.

Enrique Zuloaga, Carlos, *Agrupaciones de Empresas*, Porrúa, México, 2006.

Enríquez Rosas, José David, *La personalidad jurídica societaria*, Oxford, México, 2001.

Fernández Fernández, José Miguel, *Consolidación de estados contables*, AC, Madrid, 1993.

Ferraro Mila, Pablo F., *La transferencia de paquetes accionarios de control*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

Fourcade, Antonio Daniel, *Sociedades, Parte General*, Córdoba, 2000.

Frisch Philipp, Walter, *Sociedad anónima mexicana*, Harla, México, 1994.

Galindo Sifuentes, Ernesto, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 2004.

García Rendón, Manuel, *Sociedades mercantiles*, Harla, México, 1993.

García Velasco, Gonzalo, *Las minorías en las sociedades anónimas*, Porrúa, México, 2005.

Garrigues, J & A., *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

Hernandez-Gil, *En defensa del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1948.

Laris Casillas, Francisco Javier, *Estrategias para la planeación y el control empresarial*, Trillas, México, 1988.

Laurent, F., *Principios de Derecho Civil Francés*, Bruxelles, París, 1887.

Le Pera, Sergio, *Cuestiones de Derecho comercial moderno*, Astrea, Buenos Aires, 1979.

León Tovar, Soyla H., *Contratos mercantiles*, Oxford, México, 2003.

Lepaulle, Pierre, *Tratado teórico y práctico de los trusts*, Porrúa, México, 1975.

L. Kohler, Eric, *Diccionario para Contadores*, Limusa, México, 2002.

Macedo Hernández, José Héctor, *Ley General de Sociedades Mercantiles* (anotada, comentada, concordada con jurisprudencia y Tesis), Cárdenas, México, 1995.

Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Reus, Madrid, Tomos VIII, vol. I y II (año 1967); XI (año 1972) y XII (año 1973).

Martorell, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1998.

-----, *Tratado de los Contratos de Empresa*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1993.

-----, *La transferencia de la empresa : problemática laboral*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

Mascheroni, Fernando H., *La asamblea en la sociedad anónima*, Universidad, Buenos Aires, 1987.

Messineo, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, t. V., EJE, Buenos Aires, 1979.

Moreno Murciano, Honorato, *Procedimiento de quiebra*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

Oleo Banet, Fernando, *La escisión de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995.

Oliveri, Carlos Alberto, *Cuánto vale una empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2005.

Otaegui, Julio César, *El interés societario y el agrupamiento de empresas*, t. III, Abaco, Buenos Aires, 1979.

Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para Juristas*, Mayo, México, 1981.

Peña, Julian, *Control de concentraciones económicas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

Piedecabras, Miguel A., *Responsabilidad civil por liquidación de empresas de seguros*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

Preciado Briseño, Eduardo y Mendoza Martell, Pablo E., *Lecciones de Derecho Bancario*, 3ª ed., Porrúa, México, 2007,

Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Concursos mercantiles*, Porrúa, México, 2006.

Ramirez, José A., *La quiebra, Derecho concursal español*, t. III, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1998.

Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2006.

Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho societario*, Temis, Bogotá, 2002, t. I.

Ricci, Francisco, *Curso Teórico Práctico de Derecho Civil*, v. 9, La España Moderna, Madrid, 1890.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Contratos*, Porrúa, México, 1981, t. VI, v. II.

-----, *Compendio de Derecho civil, Contratos*, México, Porrúa, 1979.

Rueda, Arturo, *Para entender la Bolsa*, Thomson, México, 2005.

Satanowsky, Marcos, *Tratado de Derecho Comercial*, t. 3, TEA, Buenos Aires, 1957.

Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, t. V, Platense, Buenos Aires, 1994.

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, Comentado, *Libro Cuarto, Segunda y Tercera Partes*, t. V, Porrúa, México, 1988.

Verón, Alberto Víctor, *Estados contables y libros de comercio*, Abaco, Buenos Aires, 1978.

Videla Escalada, Federico N., *Las sociedades civiles*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

Vivante, César, *Tratado de Derecho Comercial*, t. II, nº 606, traducción francesa de Jean Escarra, Sirey, París, 1911.

Junyent Bas, Francisco, *Las medidas cautelares en los procesos concursales*, Buenos Aires, 2005,

Zarkín Cortés, Sergio Salomón, *Derecho corporativo*, Porrúa, México, 2005.

Leyes nacionales (México) :

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley de Aeropuertos.

Ley de Concursos Mercantiles.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley de Inversión Extranjera.

Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Ley de Sociedades de Inversión.

Ley del Impuesto al Activo.

Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Ley del Mercado de Valores.

Ley Agraria.

Ley Federal de Derechos.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Código de Comercio.

Código Civil Federal

Código Civil del Estado de Jalisco

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

Código Federal de Procedimientos Civiles

Código Fiscal de la Federación.

Regla Decimonovena de las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros.

Tesis de Jurisprudencia de la H. Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Leyes extranjeras :

Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

Ley de Sociedades Mercantiles de Argentina.

Ley de Sociedades Anónimas Española.

Código Civil de la República Argentina.

Código Civil Español

Código Civil Italiano (promulgado en Real Decreto del 16 de marzo de 1942).

Código Civil Holandés.

Directiva 92/101 de la Comunidad Económica Europea

Revistas :

Champaud, Claude, *Los métodos de agrupación de sociedades*, RDCO (Revista de Derecho Comercial y Obligaciones), Buenos Aires, 1969.

Mejan Carrer, Luis Manuel C., *La Agrupación de sociedades y los grupos financieros*, Revista ARS IURIS 26 del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, 2001.

Santillan, Jorge M., *Las sociedades controladas y la ley 22.903*, R.D.C.O. (Revista de Derecho Comercial y Obligaciones) número 101, Buenos Aires, 1984.

