Universidad Panamericana

"LA NECESARIA REGULACIÓN EN MÉXICO DEL CONCURSO MERCANTIL DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES."

Tesis que presenta Víctor Manuel Peña Briseño para obtener el grado de Doctor en Derecho.

Director de Tesis: Dr. Luis Manuel Méjan Carrer.

México, D.F. Noviembre de 2012

A Dios Nuestro Señor, por permitirme realizar mis sueños.

A mi amada esposa Lily, la musa de mi eterna inspiración.

A mis hijos, Karina, Victor Manuel y Marco Antonio, en quienes veo acrisoladas mis ilusiones.

Al Dr. Luis Manuel Méjan Carrer, por sus sabias orientaciones y pacientes consejos que hicieron posible ver terminado este trabajo.

A la Lic. María de la Luz Sandoval Reyes por su eficiente colaboración y dedicación para llevar a feliz término este estudio.

A todos aquellos que aman al Derecho.

ÍNDICE

Págs.

- PLANTEAMIENTO…… I - VIII

PRIMERA PARTE.- LOS GRUPOS EMPRESARIALES EN EL DERECHO MEXICANO

CAPÍTULO I

NOCIÓN DE "EMPRESA"

I.1 Antecedentes…… 1-2

1.1.1 Roma…… 2-8

1.1.2 Edad Media…… 8-9

1.1.3 Modernidad…… 9-11

1.1.4 Postmodernidad…… 11-20

I.2 Definición de empresa……20-21

1.2.1 Concepto económico de empresa……21 -25

1.2.2 Concepto jurídico de empresa…… 25-29

1.2.3 ¿La empresa con personalidad jurídica propia?..... 29-31

1.2.4 La empresa como universalidad…… 31-33

1.2.5 La empresa como actividad económica…… 33-36

I.3 Elementos de la empresa…… 36

1.3.1 Elementos objetivos…… 37-41

1.3.2 Elementos subjetivos…… 41-43

CAPÍTULO II

LA NOCIÓN DE "EMPRESA" EN EL DERECHO MEXICANO

II.1 Concepto de "comerciante" en el derecho mexicano……. 44-50

II.2 Concepto de "agente económico" en la jurisprudencia mexicana……. 50-54

II.3 El concepto jurídico "empresa" en el derecho mexicano……. 54

2.3.1 ¿Qué se entiende por actividad empresarial?..... 54-57

2.3.2 Concepto de "empresa" en la legislación mexicana…… 58-62

2.3.3 Concepto de "empresa" en la doctrina……. 62-63

2.3.4 Concepto de "empresa" en la jurisprudencia mexicana…….. 63-65

2.3.5 Epílogo……. 65-67

CAPÍTULO III

ASPECTOS GENERALES DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

III.1 Breves antecedentes de los Grupos Empresariales……. 68

3.1.1 Roma…….. 68-71

3.1.2 Postmodernidad……. 71-77

III.2 Los Grupos Empresariales como realidad económica…… 77-81

III.3 Los Grupos Empresariales a la luz del derecho…….. 81-86

III.4 Postura del Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL con respecto al tratamiento de los Grupos Empresariales……. 87-88

3.4.1 La Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia.. 88-96

3.4.2 La postura de la Federación de Rusia en cuanto al tratamiento de los grupos de empresas en la tercera parte de la guía legislativa de la UNICTRAL……... 96-97

3.4.3 La postura de Polonia en cuanto al tratamiento de los grupos de empresas en la tercera parte de la guía legislativa de la UNICTRAL……... 97-99

3.4.4 La postura del gobierno de Colombia a través de las observaciones realizadas por su dirección de asuntos jurídicos internacionales en cuanto al tratamiento de los grupos de empresas en la tercera parte de la guía legislativa de la UNICTRAL…… 99-100

III.5 Elementos objetivos que permiten identificar a empresas que actúan como "Grupos Empresariales"…….. 100-103

III.6 El Grupo Empresarial Multinacional…….. 103-107

III.7 Causas e implicaciones de la multinacionalización…… 107-115

CAPÍTULO IV

ENFOQUE DOCTRINAL SOBRE LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

IV.1 Noción de control en los Grupos Empresariales…….. 116-118

4.1.1 El concepto de subordinación de los Grupos Empresariales…… 118-120

4.1.2 El control individual y el control conjunto…….…… 120

4.1.3 El control directo y control indirecto…….…… 120-122

4.1.4 El control interno y el control externo…….…… 123-127

IV.2 Los Grupos Empresariales de estructura jerárquica vertical…….. 128-130

IV.3 Los Grupos Empresariales por coordinación……. 130-133

IV.4 La asistencia intra-grupo con fines financieros…….…… 133-138

IV.5 Los Grupos Empresariales.- Algunas consideraciones sobre su actuación pendientes de regularse jurídicamente…… 138-142

CAPÍTULO V

EL VELO CORPORATIVO: SU LEVANTAMIENTO

V.1 Teoría de la personalidad jurídica…… 143-146

V.2 La responsabilidad limitada como escudo para abusar del derecho……. 146-147

V.3 Abuso de la personalidad jurídica en los grupos de sociedades…… 147-154

V.4 Soluciones en el derecho contemporáneo…… 154-164

V.5 Opinión del autor…….…… 164-166

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS DE LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES INTEGRANTES DE UN GRUPO EMPRESARIAL EN EL DERECHO MEXICANO

VI.1 La responsabilidad de la sociedad matriz (o controladora)……. 167-170

6.1.1 La responsabilidad de la sociedad matriz o controladora en otras latitudes……. 170-172

6.1.2 Implicaciones de "*management*" y "*mismanagement*"…….. 173-176

VI.2 Responsabilidad de la "holding" en materia fiscal…… 176-179

VI.3 Concepto de "partes relacionadas"…… 180-182

VI.4 Responsabilidad de la "holding" en materia mercantil…… 182-183

VI.5 La responsabilidad de la controladora tratándose de grupos financieros…. 183-185

VI.6 Responsabilidad de la "holding" en materia concursal…….. 185-189

VI.7 Responsabilidad en materia penal de las empresas integrantes de un grupo …… 189-191

VI.8 Los Grupos Empresariales desde la perspectiva de la Ley Federal de Competencia Económica…… 191-193

CAPÍTULO VII

ACERCAMIENTO AL ESTUDIO DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES A LA LUZ DEL DERECHO MEXICANO

VII.1 El tratamiento de los grupos financieros…… 194-203

VII.2 Tratamiento fiscal de empresas integrantes de un Grupo Empresarial…… 203-204

VII.3 Regulación de los grupos de empresas en la Ley de Concursos Mercantiles….. 205

SEGUNDA PARTE.- EL CONCURSO DE ACREEDORES DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

- INTRODUCCIÓN…….... 206-207

CAPÍTULO VIII

EL RÉGIMEN DE LA EXTENSIÓN DEL CONCURSO O DE LA QUIEBRA DEL GRUPO EMPRESARIAL

VIII.1 Antecedentes Históricos…….. 208-209

VIII.2 Definición……. 209-212

VIII.3 Teorías que explican la Extensión…….. 212

8.3.1 Comerciante oculto…….. 212-214

8.3.2 Confusión de patrimonios…… 214-217

8.3.3 Abuso de la personalidad……. 217-219

8.3.3.1 Extensión de la quiebra por abuso de la personalidad en el régimen concursal argentino…….…….. 219-222

CAPITULO IX

LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO

IX.1 Concepto de personas especialmente relacionadas o vinculadas…….. 223-224

9.1.1 Personas relacionadas para la ley colombiana……. 224-225

9.1.2 El caso de España…… 226-229

9.1.3 El caso de Portugal……. 229-230

9.1.4 El caso de Alemania……. 231-233

IX.2 Implicaciones económicas y jurídicas de las personas íntimamente relacionadas con el deudor …….…… 233

9.2.1 Implicaciones en la legislación colombiana……. 233-242

9.2.2 Implicaciones en la legislación de Portugal……. 242-243

9.2.3 Implicaciones en el régimen concursal de España…….. 243-245

9.2.4 Implicaciones en la legislación concursal de Alemania…… 245-248

IX.3 El concepto de *insider* en el derecho concursal estadounidense……. 248-252

9.3.1 Estudio de caso: In re U.S. Medical, Inc. …… 252-257

9.3.2 Algunas consecuencias de ser un *insider* en el derecho estadounidense…… 257-263

IX.4 Las partes relacionadas en el Derecho Concursal mexicano ……. 263-264

9.4.1 Actos en fraude de acreedores.- El proceso de reintegración…….. 264-269

9.4.2 Limitaciones para adquirir bienes en la quiebra…….. 269-270

9.4.3 Prohibición para actuar como visitadores, conciliadores o síndicos…….. 270-271

9.4.4 Colofón del capítulo…….. 271-273

CAPÍTULO X

LA ACUMULACIÓN Y LA COORDINACIÓN PROCESAL EN EL CONCURSO DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

X.1 Introducción…….. 274-275

X.2 Fundamento de la acumulación procesal…….. 276-282

X.3 Solicitud y apertura conjunta…….. 282-289

X.4 Sujetos legitimados para solicitar la apertura conjunta y la coordinación procesal…….. 289-294

X.5 Finalidad de la coordinación procesal…….. 294-298

X.6 Trato otorgable a los bienes una vez abierto el concurso de acreedores de un Grupo Empresarial…….. 298

10.6.1 Financiación y otorgamiento de garantías posteriores a la apertura del concurso…….. 298-304

a) Provenientes de concursadas…… 304-309

b) Provenientes de integrantes del grupo no concursadas…… 309-310

c) Provenientes de terceros…… 310-313

10.6.2 Administración y enajenación de bienes…… 313-317

CAPÍTULO XI

LA CONSOLIDACIÓN PATRIMONIAL

XI.1 Introducción…….. 318-321

XI.2 Elementos objetivos que justificarían la consolidación en casos excepcionales…… 321-334

XI.3 Consolidación parcial y consolidación total…… 334-338

XI.4 Cuestiones procesales relativas a la consolidación patrimonial…….. 338

11.4.1 Personas legitimadas para solicitarla……. 338-340

11.4.2 Orden de prelación de créditos contra el patrimonio consolidado…….. 340-345

XI.5 Efectos de la consolidación patrimonial y su finalidad…… 345-346

11.5.1 Otros efectos de la orden de consolidación patrimonial…… 347-355

11.5.2 Finalidad de la Consolidación patrimonial……. 355-357

XI.6 Casos en que resultaría improcedente la consolidación sustancial…….. 357-360

- Anexo 11.5.2…….. 361-364

CAPÍTULO XII

SUBORDINACIÓN CREDITICIA: SU NATURALEZA JURÍDICA

XII.1 ¿Qué se entiende por subordinación de créditos?..... 365-371

XII.2 Clases de subordinación……. 371-372

12.2.1 Subordinación Legal…… 372

12.2.2 Voluntaria o convencional…… 372

12.2.2.1 General y especial…… 372-373

12.2.2.2 Pura o completa y condicional…….. 373-375

12.2.3 Judicial…… 375

12.2.4 Atendiendo a su origen: Originaria y posterior o subsiguiente.375-376

12.2.5 Atendiendo a la modalidad de cobro: Directa e Indirecta…….…… 376

XII.3 Modelos de subordinación crediticia……. 377

12.3.1 Infracapitalización……. 377

12.3.2 Subordinación equitativa (“*equitable subordination”*)……. 377-383

12.3.3 Automática: *Ex lege*…… 383-386

XII.4 El dilema de la subordinación de créditos: Seguridad vs. Justicia…….. 386-389

12.4.1 La subordinación como reparación del daño: Doctrina de la subordinación equitativa…… 389-392

12.4.2 La doctrina de la subordinación automática: Cuando la legalidad se antepone a la justicia…… 392-403

12.4.3 La subordinación de créditos como sanción……. 403-405

12.4.4 El derecho de voto en el convenio concursal…… 405-409

12.4.5 Propuesta de subordinación de créditos en el derecho concursal mexicano…….…… 409-410

12.4.6 Análisis de la deficiencia de la ley concursal mexicana con respecto al tratamiento de los créditos de los miembros integrantes de un Grupo Empresarial: El caso del concurso del Grupo Vitro.....410-416

CAPÍTULO XIII

EL RÉGIMEN DE LA SUBORDINACIÓN DESDE EL DERECHO CONCURSAL COMPARADO

XIII.1 La subordinación de créditos en el Derecho Concursal español…… 417-421

XIII.2 La subordinación de créditos en el régimen concursal de Argentina……. 421-422

XIII.3 Tratamiento a los créditos subordinados en Perú …….. 422-423

XIII.4 La postergación de créditos en el caso de insolvencia de grupos empresariales en Colombia…….…… 423-426

XIII.5 Subordinación crediticia en el derecho concursal de Uruguay…….…… 426

XIII.6 Subordinación en la legislación de insolvencia de Portugal…… 427

XIII.7 La prelación en la Ley Concursal mexicana…….…….. 427-429

CAPÍTULO XIV

ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL CASO DE INSOLVENCIAS DE GRUPOS EMPRESARIALES MULTINACIONALES

XIV.1 Introducción…….. 430-432

XIV.2 Planteamiento de la problemática de la insolvencia del Grupo Empresarial Multinacional…….. 433-438

XIV.3 Documentos y principios rectores de la insolvencia transfronteriza…….. 438-441

14.3.1 El Concordato sobre Insolvencias Transfronterizas de la Asociación Internacional de la Barra de Abogados…….…… 441-447

14.3.2 La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza……. 447-453

14.3.3 Regulación de la Unión Europea en materia de Insolvencias Transfronterizas…… 453-459

XIV.4 La Tercera parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL con respecto al tratamiento de las cuestiones internacionales de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia……..459-460

14.4.1 Coordinación y cooperación entre tribunales……. 460

14.4.2 Formas y contenido de las comunicaciones……. 460-463

14.4.3 Celebración de audiencias conjuntas…….…… 463-465

14.4.4 Cooperación y comunicación entre representantes de la insolvencia (especialistas) y entre éstos y los tribunales extranjeros…….…… 465-467

XIV.5 Aplicación de Acuerdos Transfronterizos en respuesta a los casos de insolvencia trasnacional de los Grupos Empresariales Multinacionales…… 467-476

- CONCLUSIONES…….…… 477-496

- FUENTES DE INFORMACIÓN…….…… 497-508

PLANTEAMIENTO

En la medida que el legislador mexicano reconozca y eleve a la categoría de norma jurídica la existencia de los Grupos Empresariales, su actuación en la economía y la regulación jurídica de su insolvencia, permitirá que la modernidad de nuestras instituciones jurídicas propicien una mayor seguridad jurídica a todas las partes interesadas que concurren a un procedimiento concursal y redundará en una mayor competitividad internacional de nuestro país, evitando quedar rezagados frente a otros países que están modernizando sus estructuras jurídicas frente a los nuevos retos económicos internacionales.

La crisis financiera internacional que afecta principalmente a los países desarrollados, ha obligado a importantes Grupos Empresariales a buscar nuevos horizontes en economías, como la nuestra, en vías de desarrollo, que les permita abaratar costos, aprovechar su situación geográfica y su mano de obra calificada. México no puede quedarse a la zaga frente a países con estructuras jurídicas más avanzadas que la nuestra. Es imperativa la modernización de nuestras instituciones jurídicas para aprovechar la actual coyuntura económica.

Resulta incuestionable que en la actualidad la actividad empresarial se manifiesta de diversas formas que difieren de la manera en que tradicionalmente había venido operando la empresa en el ámbito económico. La globalización de la economía y las facilidades que la tecnología pone al servicio de las comunicaciones, han facilitado la integración de las empresas en grupos económicos siguiendo el ejemplo de otras latitudes, pues hoy la distancia no es obstáculo para aprender nuevas y diferentes formas de organizarse para hacer frente a los retos que impone un mercado globalizado.

Un fenómeno económico-jurídico que no ha sido tratado a profundidad por el Derecho mexicano, es precisamente el que representa la actuación, comportamiento e influencia en la economía, de los Grupos Empresariales y su incidencia en la vida jurídica en México. Ante la falta de regulación jurídica de dichos grupos, el Estado se ve limitado para sancionar conductas de estos conglomerados económicos que con frecuencia violentan la norma jurídica en perjuicio del propio Estado al eludir

obligaciones fiscales, en perjuicio de otros actores de la economía al realizar prácticas monopólicas disfrazadas y en perjuicio del interés común al manipular el mercado, y en casos de insolvencia, evadiendo el cumplimiento de obligaciones de pago en perjuicio de proveedores, del sistema financiero, de los trabajadores y de los acreedores en general.

En México, aunque si bien existen pocas regulaciones jurídicas de los Grupos Empresariales, limitadas a la materia fiscal, aduanera, de competencia económica y en materia de grupos financieros, no existe definición alguna que permita identificar por sus elementos objetivos a lo que se debe entender por "Grupos Empresariales".

El arcaico Código de Comercio que data de 1889, aún se sigue refiriendo al "comerciante" individual o social, sin definir aún a la empresa, al empresario, ni mucho menos a los Grupos Empresariales. Esta limitada regulación jurídica ha continuado vigente en infinidad de ordenamientos jurídicos que conforman el derecho positivo mexicano, incluyendo al derecho concursal mexicano, el que no obstante su modernidad, pues data del año 2000, también se acoge a la antigua definición de "comerciante" tal y como lo identifica el citado Código de Comercio, aunque también reconoce la posibilidad de tramitar el concurso de los fideicomisos empresariales y de las empresas controladoras y sus controladas cuando incumplen generalizadamente en el pago de sus obligaciones. Sin embargo, aún estas referencias de la Ley Concursal a empresas "controladoras" y sus "controladas", no implican un tratamiento serio y formal de los Grupos Empresariales con toda su compleja estructura y funcionamiento, que trae como consecuencia serias lagunas legales que impiden un tratamiento adecuado a su problemática actual, como será analizado a lo largo de este trabajo.

El más alto Tribunal de Justicia de la Nación, en algunas resoluciones jurisprudenciales, ha pretendido llenar el vacío legislativo al que se hace referencia, tratando de identificar en ciertos casos concretos que han sido juzgados -relacionados con la materia de competencia económica- aquellos elementos objetivos que permitan identificar la actuación de los grupos empresariales a los que también denomina "Grupos de Interés Económico", a efecto de validar la legalidad de la actuación de la Comisión Federal de Competencia Económica para sancionar conductas monopólicas.

Pero fuera de estos aislados intentos por tratar de identificar con certeza cuándo se está ante la presencia de la actuación de un Grupo Empresarial, no existe mayor regulación jurídica que permita avanzar en el camino de su precisa identificación y regulación para los diversos efectos de la vida jurídica de las empresas.

Para facilitar el tratamiento de la problemática que se plantea, en la Primera Parte de este estudio que se ha denominado "Los Grupos Empresariales en el Derecho Mexicano", se ha recabado información doctrinaria, legal y jurisprudencial sobre este tema, para tratar de precisar estos elementos objetivos que permitan identificar a los Grupos Empresariales, para motivar al legislador mexicano a recogerlos y plasmarlos en la leyes respectivas para dar certeza jurídica a los diversos actores de la economía e inclusive al propio Estado, rector de la misma y encargado de preservar la igualdad, equidad y seguridad jurídicas.

En la Segunda Parte de este trabajo, se ha de entrar de lleno a la problemática relacionada con el concurso de acreedores de los Grupos Empresariales, analizando diversas legislaciones que se consideran más avanzadas que la propia, incluyendo por supuesto comentarios a la Tercera Parte de la Guía Legislativa del Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, documento orientador y que ha inspirado a modernas legislaciones como las recientes reformas a ley colombiana del año próximo pasado.

Este estudio servirá además para profundizar en estas ideas y conceptos y a la luz del derecho comparado, analizar lo que sobre este particular sucede en otros países, en foros y organismos internacionales, en especial en los precitados trabajos realizados por el Grupo de Trabajo V de la Organización de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en lo sucesivo UNCITRAL por sus siglas en inglés). Se orienta en especial la presente investigación, precisamente a clarificar el grado y el nivel de responsabilidad que deben tener la empresa controladora (*holding*) y sus controladas, cuando ocurra el estado de insolvencia o el incumplimiento generalizado en los pagos de cualquiera de los miembros que componen al Grupo Empresarial de que se trate.

En el Capítulo I, a partir de una breve reseña histórica de la empresa en Roma, se realizará un análisis acerca del concepto jurídico de la "empresa", partiendo de sus

antecedentes y de su concepto económico y se examinará si goza o no de personalidad jurídica propia, patrimonio propio, considerada como una universalidad. En este capítulo también se estudiarán sus elementos objetivos y subjetivos.

En el Capítulo II, se analizará la noción de "empresa" en el derecho mexicano partiendo del tradicional concepto de "comerciante" y se tratará de identificar al concepto de "empresa" en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia mexicanas, considerando por supuesto el moderno concepto de "agente económico" a que se refiere la jurisprudencia del más alto Tribunal de Justicia de la Nación.

En el Capítulo III, se entrará al análisis de los "Grupos Empresariales" desde un breve estudio de sus antecedentes históricos, como realidad económica y a la luz del derecho, tratando de identificar aquellos elementos objetivos que permitan reconocer a empresas que actúan como grupos. Serán tomadas en consideración las conclusiones a que ha arribado sobre este particular el ya mencionado Grupo de Trabajo V (régimen de la insolvencia) de la de la UNCITRAL, plasmadas en la Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre el trato otorgable a los Grupos de Empresas en situaciones de insolvencia. Igualmente se comentarán posturas de diversos países que sobre este particular se han pronunciado. Así también, en este capítulo se analizarán los elementos objetivos que permiten identificar a empresas que actúan como "Grupos Empresariales", y por último, se abordará el tema del Grupo Empresarial Multinacional y las causas e implicaciones de la multinacionalización.

En el Capítulo IV, se analizará desde el punto de vista doctrinal la estructura y funcionamiento de los Grupos Empresariales, tratando de identificar los conceptos de control, de subordinación y los diversos tipos de control que se dan en la realidad económica en aquéllas empresas que funcionan de manera grupal. También se estudiará el funcionamiento de los grupos empresariales según su estructura: ya sea jerárquica vertical, o por coordinación, e igualmente se abordará el tema de la asistencia intra-grupo con fines financieros.

En el Capítulo V, se hará referencia al llamado "velo corporativo" y su levantamiento, partiendo de la teoría de la personalidad jurídica y de algunas soluciones en el derecho contemporáneo que tratan de evitar que se abuse del

derecho bajo el pretexto del escudo que les proporciona la mencionada teoría de la personalidad jurídica.

En el Capítulo VI, se hará un análisis de la extensión de la responsabilidad de las sociedades integrantes de un Grupo Empresarial a la luz del Derecho, responsabilidades tanto de la sociedad matriz o controladora, como de otras sociedades componentes de un Grupo Empresarial frente a obligaciones exigibles por terceros que realizan transacciones comerciales con el ente económico que conocen como Unidad Económica o Grupo Empresarial. Para tal efecto, resulta forzoso un análisis sobre la gestión de la alta dirección de empresas y su responsabilidad, especialmente en los casos de insolvencia, lo que se conoce como implicaciones de *management* y *mismanagement*.

Para finalizar la Primera Parte de este trabajo, en el Capítulo VII se dará un acercamiento al estudio de los Grupos Empresariales a la luz del Derecho mexicano, el cual, aún de manera incipiente empieza a reconocer la existencia de los Grupos Empresariales y su problemática.

En la Segunda Parte de este estudio, se pretende analizar la problemática de los Grupos Empresariales desde la única óptica del derecho de la insolvencia, esto es, cuáles serán las instituciones jurídicas que se pondrán en ejercicio en el momento que acaece el estado de cesación de pagos de cualesquiera de las empresas componentes de un Grupo, incluyendo a su matriz o controladora. Es ineludible el acudir al derecho comparado y abrevar en sus instituciones jurídicas, así como en especial a los trabajos realizados por el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, la cual en su Tercera parte de la Guía Legislativa sobre el trato otorgable a los Grupos de Empresas en situación de insolvencia, dan la pauta a seguir para incorporar (de así ser conveniente) al régimen jurídico mexicano de la insolvencia, el producto de las experiencias internacionales en esta materia. Se analizarán también las más representativas posturas doctrinarias sobre esta problemática y se abrevará en algunas resoluciones de tribunales extranjeros.

En el Capítulo VIII, se estudiará el régimen de la extensión del concurso o de la quiebra del Grupo Empresarial para conocer los supuestos bajo los cuales se propagan sus efectos a otra persona jurídicamente distinta de la del fallido o concursado.

En el Capítulo IX, se analizará el concepto de personas especialmente relacionadas o vinculadas con el concursado y cuáles pueden los efectos jurídicos de tal relación, bien por virtud de parentesco, bien por virtud de sus nexos de negocios.

En el Capítulo X, se comentarán los efectos de la acumulación y la necesaria coordinación procesal en el concurso de los Grupos Empresariales.

En el Capítulo XI, se examinará a la consolidación patrimonial, bien parcial o total, cuestiones procesales relativas a esta institución jurídica como quiénes serían las personas legitimadas para solicitarla, los efectos y finalidad de la consolidación, casos en los que resultará su improcedencia y su diferencia con la doctrina del levantamiento del velo corporativo.

En el Capítulo XII, se tocará un tema que se considera de vital importancia en el concurso de Grupos Empresariales, atendiendo a la necesidad de garantizar la *par condicio creditorum.* Se estudiará a la subordinación crediticia y su naturaleza jurídica, las clases de subordinación, sin dejar de analizar el dilema de la seguridad jurídica vs. Justicia y se comentarán algunas doctrinas relacionadas con este tema. Se verá si la subordinación de créditos es o no una sanción y se hará una propuesta para que sea tomada en cuenta para el derecho concursal mexicano, comentando por supuesto el caso del concurso de “Grupo Vitro”.

En el Capítulo XIII, se continuará con el análisis del régimen de la subordinación en el derecho concursal comparado, analizando las legislaciones española, argentina, peruana, colombiana, uruguaya, portuguesa y cómo se relaciona este tema con la prelación en la ley concursal mexicana.

En el Capítulo XIV, se hará referencia a algunas cuestiones relativas a la cooperación internacional para el caso de insolvencias de Grupos Empresariales Multinacionales. Se verán algunos documentos y principios rectores de la insolvencia transfronteriza como el Concordato sobre insolvencias transfronterizas de la

Asociación Internacional de la Barra de Abogados, la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza, la regulación de la Unión Europea en esta materia y se concluirá este capítulo con la aplicación de los Acuerdos Transfronterizos como respuesta a las ausencias de reconocimiento jurídico de una ley supra nacional que regule a los casos de insolvencia transnacional de los Grupos Empresariales Multinacionales, reproduciendo las Pautas que son producto del esfuerzo realizado por el *American Law Institute* y que han sido adoptadas por el *International Insolvency Institute* y que representan una guía de consulta obligatoria para la formulación adecuada de estos acuerdos y que resultan aplicables en particular a los países del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés).

Se finalizará este trabajo de investigación con las necesarias Conclusiones que se consideran procedentes para animar al lector a continuar profundizando en la problemática tratada, en aras de realizar propuestas concretas de reformas al régimen de insolvencia mexicano que permitan la modernización del derecho concursal nacional.

PRIMERA PARTE

LOS GRUPOS EMPRESARIALES EN EL DERECHO MEXICANO

CAPÍTULO I

NOCIÓN DE "EMPRESA".

I.1 ANTECEDENTES

Para explicar los orígenes históricos de la empresa, es conveniente abordar el tema, en principio, desde una perspectiva más económica que jurídica. Lo anterior en virtud de que, al hablar de empresa (como se verá más adelante) no será ésta entendida como una persona jurídica o sociedad mercantil (estrictamente este carácter le corresponde a su titular: el empresario), sino más bien a la organización de la actividad o institución económica, que ha impulsado el desarrollo de los mercados y de la vida comercial de las sociedades.

Al igual que la Economía, el Derecho ha estudiado al fenómeno empresarial y ha intentado explicar y definir el concepto de "empresa" desde el punto de vista de la ciencia jurídica (tema que será abordado en los siguientes apartados). Asimismo, ha recogido a la empresa así como a su titular (empresario) en el estudio del derecho positivo, doctrina y jurisprudencia. No obstante lo anterior, el surgimiento y evolución del fenómeno de empresa, puede ser estudiado con mayor precisión desde la lupa de su historia económica.

En este capítulo se verán, aunque de manera breve, los periodos históricos en que el fenómeno empresarial se ha ido forjando y evolucionando, tanto en la ciencia económica como en la jurídica, con el propósito de entender el modelo empresarial existente en la actualidad.

Los métodos organizacionales para los intercambios de mercancías y prestaciones de servicios, han existido desde tiempos muy remotos; las estructuras corporativas tienen su origen desde la Grecia antigua surgiendo como agrupaciones de

trabajadores libres. Más tarde, en tiempos de Solón, se les dio un carácter jurídico a las asociaciones de socorro y a cofradías de oficio.

1.1.1 ROMA.- En la ANTIGÜEDAD ROMANA, este tipo "corporativo" se manifestó como organizaciones de artesanos, las cuales tenían una casa común (el domicilio o sede de hoy), una caja común (patrimonio), así como celebraciones (lo equivalente a las juntas directivas actuales). Estas corporaciones o *collegia* fueron perfectamente reguladas por el Senado, tenían papeles económicos y sociales (estatutos) que llegaron a tener fuerza de ley, aunque, nunca se llegó a perfeccionar o a esclarecer el tema de su personalidad jurídica.[1]

PERIODO CLÁSICO.- Siguiendo al doctor Carlos Soriano Cienfuegos,[2] es a mediados de la República, al finalizar la primera guerra púnica (241 a.C.) guerra entre Roma y los cartagineses, por conquistar una salida segura al mar que permitiese incrementar el comercio y las conquistas romanas. Se produce entonces una profunda transformación de la sociedad romana en todos los sectores, destacando el económico, pues al acrecentarse la extensión del territorio romano se provocó un notable aumento en el número de los esclavos, quienes se convirtieron en la principal fuerza laboral, impulsando vigorosamente a toda la economía, en especial al comercio. Producto del tratado de paz con Cartago, entran los romanos en posesión de la mayor parte de la isla de Sicilia, la estación más importante de aquéllas regiones de los mares occidentales, la isla más grande, más fértil y más accesible por sus numerosos puertos. Con el auge del comercio hubo necesidad de abandonar el *aes signatum* (lingotes de bronce forjados con la imagen del ganado) siendo sustituida por la moneda acuñada (*aes grave* o *numeratum*, alrededor de la mitad del siglo IV a.C.) abandonando también la hasta entonces economía de autosuficiencia (agrícola y de pastoreo) para entrar de lleno al intercambio de bienes y servicios, con gran repercusión no sólo en la vida económica, sino también en el ámbito jurídico.

---

[1] Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Diccionario Jurídico Mexicano.* Vol. III. IV vols. México, D.F.: Porrúa, 2009.

[2] Soriano Cienfuegos, Carlos, *Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano*, Ed. Porrúa, México, 2007, pp. 3-40.

Continúa señalando el doctor Soriano Cienfuegos, que este periodo es conocido por la aparición de una serie de acciones (adyecticias o *adiecticiae qualitatis*), cuyo papel no fue sólo el de establecer un régimen de responsabilidad empresarial (limitada e ilimitada), sino que su importancia radica fundamentalmente en la creación de los modelos de organización empresarial romana, aportando elementos estructurales y formales de su funcionamiento, destacado aporte del doctor Soriano a la comprensión y estudio de los antecedentes históricos de la empresa.

Dichas acciones *adjecticiae*, creadas gracias a la labor edictal pretoriana, fueron la respuesta jurídica a un fenómeno preponderantemente económico; como lo fue la ya citada expansión romana en términos no sólo geopolíticos sino comerciales, la proliferación de esclavos como la principal fuerza de trabajo, la creciente generación de riqueza, así como la constitución de grandes capitales, etc. De esta forma, Roma se afirmaba como la gran potencia y el centro del mundo conocido hasta entonces.

Cabe mencionar algunos ejemplos de dichas acciones, como la *"de peculio et de in rem verso"*, que podía ser ejercitada por un tercero contratante con el *alieni iuris*, en contra del *paterfamilias*, haciéndolo responsable dentro de los límites del peculio o bien, en ausencia de peculio, podía ser ejercitada cuando el esclavo realizara negocios sin autorización expresa del *pater,* pero que repercutieran beneficiosamente en el patrimonio de éste último, responsabilizándolo hasta el monto del incremento que su patrimonio hubiere experimentado por efecto de tales negocios.

A la vista de este interesante análisis que realiza el doctor Soriano, se puede desprender que el origen del "patrimonio afectación" se encuentra en el derecho romano, constituyéndose mediante la conformación de un peculio destinado a un negocio en particular (*merx peculiaris*-capital empresarial) y separado del patrimonio personal del pater (*res domini*). Veremos entonces que la "moderna" Teoría del Patrimonio Afectación, no es tan moderna, pues ya los romanos perfectamente delimitaban la naturaleza jurídica de este peculio que se destinaba a un negocio en particular.

Dentro de las mencionadas acciones adyecticias es preciso señalar a la *actio tributoria*, que tiene aplicación sólo en el ámbito comercial en el caso que el *dominus*

tuviera conocimiento (*scientia*) de los negocios realizados por el *servus*, en tal supuesto, sus créditos no podían ser descontados con anterioridad a los de los demás acreedores y estaba obligado a llamar al concurso (*vocatio in tributum*). De no hacerlo, se podía ejercitar dicha *actio tributoria* consistente en la revocación del pago doloso realizado a cada uno de los acreedores en directa proporción a sus créditos, sin establecer entre ellos ninguna preferencia en el cobro, incluido el dueño (establecimiento de una *par condicio creditorum*).

De lo narrado en estas líneas anteriores, también se puede desprender el origen de dos importantes instituciones jurídicas hasta hoy utilizadas: en primer término la regulación jurídica de las consecuencias de la realización de actos en fraude de acreedores y en segundo término de la institución jurídica de la *par condicio creditorum* que propugna por el trato igual a los acreedores, cada vez más demeritado por las modernas legislaciones concursales en donde se establecen privilegios especiales para el momento del pago, en perjuicio de los acreedores ordinarios.

En cuanto a las acciones que permitían responsabilizar ilimitadamente al *dominus*, se pueden mencionar la *actio quod issu*, por medio de la cual se podía exigir al paterfamilias el pago de la totalidad de las deudas contraídas por el *filius* y más tarde, por cualquier persona sometida a su *potestas*, en un determinado negocio, cuando éste había sido autorizado por el *dominus*. Aquí también se puede afirmar que encontramos el origen de la responsabilidad solidaria o subsidiaria.

Así también la *actio institoria* -con la cual se organizaba la empresa mercantil de responsabilidad ilimitada, de acuerdo con el doctor SORIANO CIENFUEGOS- convertía al *dominus* en responsable directo e ilimitado frente a terceros de las obligaciones contraídas por sus *alieni iuris*, quienes eran puestos por el *pater* al frente de una negociación en calidad de gerentes o factores (*institores*). Al mismo tiempo, surgió la *actio exercitoria*, la cual establecía el mismo régimen que la *institoria* pero para empresas de navegación o marítimas.

Se puede dilucidar a partir del estudio de tales acciones, los elementos fundamentales de la empresa romana, que siguiendo al doctor SORIANO CIENFUEGOS[3], son cuatro:

1º El carácter potestativo de la familia romana;

2º La función gerencial de los esclavos;

3º El fenómeno, primero económico, y posteriormente, con la figura jurídica, que es el peculio;

4º El elemento de conocimiento (advertencia) y consentimiento del *dominus* (o *pater)*, que se halla en diversos grados, que van desde la simple *scientia*, a la *voluntas*, y en último término a la *praepositio* (encargo).

De acuerdo a la organización de estos elementos, se permitió la constitución de diversas tipologías empresariales (individual, colectiva o de grupo) que más adelante se explican. Aunado a lo anterior, se sientan las bases de la responsabilidad empresarial frente a terceros (posibilidades de reclamación dependiendo de cada tipo empresarial), que puede clasificarse en ilimitada y limitada.

Por otra parte, en esta época se pone de relieve el creciente interés en desarrollar, mediante edictos pretorianos, una rica terminología (los "*verba edicti"*) referente a todo lo concerniente con la actividad empresarial. Se definen entonces expresiones relacionadas con la "*exercitio negotiationum"* (gestión de actividades comerciales, encaminadas a la obtención de un lucro), tales como: "*taberna instructa"* (establecimiento mercantil) y "*negotiatio"* (actividad comercial), ambos términos desarrollados en edictos y consolidados ulteriormente en la jurisprudencia. En cuanto a la empresa marítima, se afirman los conceptos de "*exercitio navis"* (gestión de una empresa destinada a la navegación comercial) y "*navis instructa"* (nave equipada para desarrollar dicha actividad mercantil). Mientras que el establecimiento industrial, el taller o el laboratorio, se denomina *officina*,[4]

[3]Ibíd.
[4] Ibíd.

Asimismo, es pertinente señalar la distinción de las figuras del "*negotiator*" y la del "*mercator*"; el primero de ellos está caracterizado por el ejercicio habitual de una rama específica del comercio, pero sobre todo por la gestión de una *taberna instructa*, mientras que el último es aquel que se desempeña en forma continua como un intermediario, conformándose como un agente profesional del comercio. Finalmente, cabe destacar que la locución "*merx peculiaris*" asume el significado de 'capital empresarial', refiriéndose tanto al relacionado con el comercio, como con la producción.

Teniendo conocimiento de lo anteriormente descrito, la empresa romana se puede clasificar de acuerdo con los siguientes tipos:

a) Empresa individual (*negotiatio unis*).- La cual puede ser de responsabilidad ilimitada, entendida ésta como la gestionada directamente por el *pater* o bien a través gerentes al frente de negocios terrestres (*institores*) o marítimos (*magistri)* instruidos por encargo para gestionar determinado negocio ("*praepositio*"); o de responsabilidad limitada, constituida a través de un patrimonio empresarial (peculio) que estaba separado del patrimonio personal del dueño (*res domini*), mismo que era gestionado por un *servus* en calidad de negociante (*negotiator)* y ya no de *dependiente* del *pater*.

b) Empresa colectiva (*negotiatio plurium*).- Este tipo empresarial podía existir sin necesidad de un contrato de sociedad, basándose en la copropiedad de un *institor* o *magister* por varios *domini* (empresas colectivas de responsabilidad ilimitada) o en la copropiedad sobre un peculio (empresas colectivas responsabilidad de limitada). Asimismo, podían constituirse mediante un contrato de sociedad, mismo que surtía efectos frente a terceros en ciertos casos de empresas que presentaban un interés público. Tal es el supuesto de las "*societas publicanorum*" (sociedades de publicanos), cuyo objeto consistía en la realización de actividades públicas tales como: la recaudación de los ingresos públicos, construcción y manutención de las obras públicas, aprovisionamiento militar para flotas y ejércitos, y tesorería del erario y

operaciones financieras. Sus principales características consistían en contar con un patrimonio común y personalidad jurídica.[5]

c) Grupos de empresas.- Tienen su fundamento en el tipo de estructura empresarial de responsabilidad limitada, basada en dos pilares: *la individuación de un patrimonio empresarial separado de la res domini, dentro de cuyos límites el empresario responde frente a terceros; y el empleo de un servus en calidad de negociante y no dependiente.*[6] Dicha estructura permitió el surgimiento de formas empresariales más complejas como son los grupos de empresas, los cuales, pueden estar organizados *verticalmente* (empresas dependientes unas de otras y dirigidas por un mismo dueño), *horizontalmente* (empresas del mismo nivel pero encabezadas por un mismo *dominus*), o de forma *mixta* (combinación entre los dos anteriores).

Esta tipología de grupo empresarial en la época romana clásica, se explica con más detalle en el apartado concerniente a los antecedentes de los Grupos Empresariales incluido en el Capítulo III del presente trabajo.

ÉPOCA ROMANA POST-CLÁSICA.- Coincide con la muerte de Alejandro Severo y la conformación del denominado imperio absoluto. Este tercer periodo se caracteriza también porque el sistema de las *negotiationes* ya no constituye el centro de la totalidad del sistema económico-jurídico. Es conocida por la crisis del sistema económico-monetario y por una consecuente involución no lineal de la empresa, oscilando desde la declinación del periodo posterior a los Severos hasta la época de Justiniano, en la que se retoman los modelos organizativos propios del principado[7].

Esta crisis generalizada que se presenta en la segunda mitad del s. III d. C. es originada además por factores complementarios como la decadencia de la agricultura causada por el latifundismo que fomenta las tierras ociosas y de la criminalidad; el declive de la artesanía y la industria, causado por la pobreza generalizada y la trasformación del trabajo servil; disminuyendo la importancia del comercio de

[5] Como bien apunta el doctor Soriano Cienfuegos, el elemento "personalidad jurídica" se encuentra explicado dogmáticamente.
[6] Ibídem p. 22.
[7] Ibídem pp.25 y 26.

ultramar debida principalmente a la piratería, con la consecuente reducción de las zonas comerciales y finalmente, la costosísima burocracia y la devaluación de la moneda.

Sin embargo, el rasgo característico de esta etapa, es el *"marcado dirigismo y sindicalismo"*, traducido éste por ejemplo, con la "*matricula negotiatiorum*" (el registro oficial de aquéllos que desarrollaban actividades comerciales y que estaban sujetos, en su calidad de comerciantes al pago de impuestos) y el "*corpus collectariorum"* (corporación de agentes financieros, encargados de prestaciones públicas), tal y como bien explica el doctor Carlos Soriano en la obra precitada,.

1.1.2 EDAD MEDIA.- Los doctores y catedráticos de Historia e Instituciones económicas Jesús María Valdaliso y Santiago López[8], estudian a la empresa realizando un exhaustivo análisis a través de varias etapas históricas que van desde la Edad Media, la Modernidad (dentro de acontecimientos politico-económicos como el surgimiento del capitalismo y la revolución industrial), hasta la Posmodernidad y la Era Conteporánea (donde el proceso globalizante juega un papel primordial).

Así, estos maestros, relatan cómo durante la <u>época medieval de entre los siglos XI al XIII</u>, los comerciantes viajaban con sus mercancias para venderlas o intercambiarlas en mercados o ferias (las cuales estaban protegidas y reguladas por príncipes o señores feudales a cambio del pago de un impuesto), atravesando por muchas dificultades dada la precariedad de los caminos y el retraso en las comunicaciones. Acuñándose en Gran Bretaña, en honor a estos valientes comerciantes (que pueden ser calificados como antiguos empresarios) el término de *"adventurer"*, ya que su actividad constituía una verdadera aventura.

Se conoce también que en ésta época (Edad Media) había corporaciones constituidas por grupos de profesionistas que se organizaban con una finalidad preponderantemente económica pero también para reglamentar su oficio, ayudarse mutuamente, pedir protección frente al gobierno, etc. De la misma manera, surgieron los grupos de comerciantes. Por ejemplo, durante la etapa de la Baja Edad Media, ya existían bancos de origen italiano que establecían sucursales en otros lugares como en

[8] Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Op.cit.*

el territorio de Inglaterra, quienes para el Siglo XIII formaban parte integral de la sociedad urbana y de la economía. [9]

Continúan los comentados autores en el siglo XIII, en el cual, citando a Roover, describen el fenómeno de la llamada *"Revolución Comercial"* que estaría caracterizada por la *"sedentarización"* del comercio. Dicha sedentarización, es consecuencia de factores como los avances en los transportes, el uso de la letra de cambio, el surgimiento de una vasta red de información entre comerciantes (surgieron servicios de correo entre compañías), observándose también una considerable avance en la contabilidad.

Explican que, ya para los siguientes siglos (XIV al XV) existían grandes empresas manejadas por las familias más importantes de la época[10]. Estas compañías se caracterizaron por sus dimensiones y diversificación de actividades; presentaban una forma de *"integración vertical"* de sus negocios relacionados: la manufactura, el comercio y la banca. Este tipo de organización se expandió por todo Europa y dichas empresas empezaron a extender sus negocios a varios países del continente mediante la creación de filiales que estaban administradas o dirigidas por un agente (por lo general un empleado de la casa o de la familia propietaria de la empresa), pero controlado por la familia desde una oficina central. Así aparecen, los antecedentes de lo que hoy se conoce como *"holding".*

1.1.3 MODERNIDAD.- En los siglos XV a XVII, la forma de organización política moderna estaba regida por el *"Estado soberano"* (que alcanzó su máximo esplendor en la Paz de Westfalia, 1648)[11], el cual, como actor principal de la Modernidad, sentaría

[9] SUÁREZ, Andrés Santiago. (2004). *Capitalismo y multinacionales.* Madrid: Pirámide.

[10] En Italia se pueden mencionar a las empresas de las familias Medici, Perucci o Frescovaldi. VALDALISO, Jesús María, y LÓPEZ, Santiago. *Historia Económica de la empresa.* Barcelona: Crítica, p.119.

[11] La sociedad europea, a finales del siglo XV y principios del XVI, heredera de la *Res Publica Christiana*, surge como consecuencia de la crisis del universalismo imperial y pontificio, el concepto de poder concentrado en dos cabezas (el Imperio y el Papado), cede el lugar a una pluralidad de Estados que no reconocen superior y que "son esencialmente iguales en derecho. (Ver a: TRUYOL Y SERRA, Antonio. *La Sociedad Internacional*. Madrid. Alianza. 2001). El paso de la cristiandad a Europa, significa la formación de los primeros Estados nacionales (España, Francia e Inglaterra) y el advenimiento de la llamada Sociedad Europea de los Estados, que precisamente fue consolidada en la Paz de Westfalia. Este sistema es importante, porque se mantuvo durante todo el siglo XVIII. Aunque a posteriormente, a principios del siglo XIX se produjo la primera descolonización con la independencia de las colonias europeas en

las bases para que Europa se conviertiera más tarde en el principal centro de desarrollo económico, científico y técnico del mundo.

En esta misma época se produjeron acontecimientos políticos de vital importancia para la economía y por ende para la evolución empresarial: el descubrimiento de América y su colonización, así como las colonizaciones de Asia y África por parte de dichos Estados europeos. En este marco histórico, surge un novedoso tipo de empresa; las sociedades marítimas y comerciales, las cuales contaban con autorización real.

Estas compañías propias de los siglos XVI a XVIII dedicadas al tráfico de mercancías vía marítima principalmente, son equiparadas en razón de su estructura y su sistema operacional, por el catedrático de la Universidad de Londres P.T. Muchlinski, a las grandes empresas comerciales de la actualidad, diferenciándose únicamente en el grado (y no en la forma) de integración productiva de las grandes trasnacionales contemporáneas.[12]

Asimismo, alrededor de los siglos XVI al XVIII, el Estado además de ser centro del poder político y militar, y el encargado de proveer y proteger ciertos bienes públicos (como seguridad nacional, salubridad, medio ambiente), también jugó un papel fundamental en la transición hacia la economía capitalista, protegiendo la propiedad privada y sobre todo los intereses del mercado interior y el bienestar económico. Según José Antonio Sanahuja Perales, *"(…) la mano oculta necesita siempre una mano invisible, hasta para Smith el Estado debe existir, lo que varía es el alcance de la mano invisible y la visible"*[13]. Bajo este contexto, el fenómeno de la empresa desde la concepción moderna ya no estaba únicamente vinculado a la producción y/o a la tenencia de tierra, sino más bien, relacionado con otras materias más financieras y comerciales, como el uso del crédito, la tenencia de capital, el

---

América, dando lugar a la denominada *"Sociedad de Estados Civilizados"*. (Ver a: PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid. Tecnos. 2001).

[12] MUCHLINSKI, Peter. *Multinationals Enterprises and the Law.* Massachusetts: Wiley-Blackwell, 1997. Pp.20

[13] SANAHUJA, José Antonio. (1999). *El sistema internacional de cooperación al desarrollo. Una aproximación a sus actores e instrumentos.* Madrid: CIDEAL.

beneficio, etc. "*La extensión general de una economía de mercado capitalista y la transición del sistema basado en la propiedad de la tierra a otro basado en la propiedad del dinero y el crédito*".[14]

Es asi como el capitalismo moderno puede ser considerado como un capitalismo mercantil, mismo que se encuentra vinculado con el comercio, la banca y las finanzas, y que también se extendió al campo de la producion manufacturera[15].

1.1.4 POSTMODERNIDAD.- Segunda mitad del siglo XVIII y a principios del XIX, la Revolución Industrial surge como una etapa de profundos cambios económicos, sociales y culturales. Además supuso un incremento en el crecimiento de la población sobre todo en las ciudades. Por su parte las empresas fabriles, principalmente dedicadas a la industria de bienes manufacturados iniciaron una nueva forma de organizar el factor laboral: la división del trabajo. Así también al comenzar a producir bienes en masa, las nuevas fábricas estuvieron en condiciones de aprovechar los beneficios de las economías de escala, las cuales cada vez eran mayores debido al crecimiento demográfico de la población.

En resumen, la empresa privada fue la protagonista de un nuevo modelo de organización y por ende el empresario fue el coordinador del proceso de producción, que Valdaliso y López atribuyen a "*…la ampliación de las oportunidades de negocio derivadas de un crecimiento de los mercados y un cambio tecnológico, en un marco institucional favorable a la iniciativa individual y a la propiedad privada".*[16]

A estos factores se pueden sumar las revoluciones burguesas de la época que promovieron los derechos de propiedad privada, así como la liberalización del Estado que como ya se dijo facilitaba el funcionamiento de los mercados. Aunado a todo esto, desde el ámbito del derecho hay que agregar la creación de leyes (código civil, comercial, etc.) que aseguraron la autonomía jurídica de las personas y liberalizó la contratación de los factores productivos.

---

[14] MAGNUSSON y FERNÁNDEZ DE PINEDO, citados por Valdaliso y López (Valdaliso y López 2007, p.99).

[15] Hay autores que sitúan el desarrollo de la integración internacional de estas empresas manufactureras de capital privado a mediados del s. XIX. (Muchlinski 1997,Op.cit. P.20)

[16] VALDALISO, Jesús María, y LÓPEZ, Santiago. *Op.cit.* Pág. 146. (Énfasis añadido).

Como resultado de lo anterior, las empresas se encontraron favorecidas y los individuos cada vez más incentivados a iniciar negocios. Pero de igual forma, dada la creciente competencia e innovación empresarial, las compañías se vieron en la necesidad de hacerse más competitivas, por lo cual comenzaron a especializarse, dando como resultado el génesis de nuevos sectores de la actividad económica.

En esta misma línea, los maestros Valdaliso y López conciben dentro de la época que transcurre de los años 1800 a 1870, al tipo empresarial cuya estructura estaría organizada jerárquicamente e integrada por varios departamentos. A diferencia de los modelos anteriores, estas empresas no estarían únicamente dirigidas por sus socios o propietarios, sino que los puestos de gerencia o dirección estarían a cargo de empleados especializados sujetos a una relación laboral, lo anterior, aunado al avance de los métodos contables. A la etapa en que se desarrolla este fenómeno corporativo es a lo que Valdaliso y López denominan como *"capitalismo gerencial"*.

Por otra parte, en el plano internacional los cambios en el transporte y en las telecomunicaciones, así como la revolución tecnológica, permitieron el dominio del espacio terrestre que permitirá las migraciones y el comercio internacionales. Este proceso *"mundializador"* (que culmina en el siglo XX), es definido por el profesor Olivier Dollfus, como el "*intercambio generalizado entre las diferentes regiones del planeta, el espacio mundial convertido en ámbito común de la transacción, cuyo desarrollo tiene lugar en un contexto de distintos niveles de crecimiento y de grandes cambios*"[17]. Dicho proceso, trae consigo un cambio cualitativo porque la humanidad no es la misma antes y después de ésta; se pasa de un mundo dividido, en términos culturales, geográficos, sociales, informativos, etc. a un mundo entrelazado. De un mundo en que las Sociedades Internacionales particulares comerciaban o exportaban mercancías a través de la conquista, a un mundo cerrado donde ya no hay nada que conquistar; unido geográficamente.

Para el periódo transcurrido entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX (1870-1940) las empresas estaban organizadas verticalmente y su producción diversificada al igual que sus actividades y en los años 20's el mercado era el *"árbitro*

[17] DOLLFUS, Olivier. *La mundialización.* Barcelona: Bellaterra. 1999.

de los factores de la producción, como consecuencia de la realización de los actos de comercio en masa, y dentro de una unidad productiva organizada llamada empresa" [18]. Esta línea empresarial en su concepción tradicional inicial, era entendida de acuerdo con Wieland, citado por Férnandez Ruiz y Martín Reyes, como *«el empleo de los factores económicos de la producción, capital y trabajo, para la obtención de una ganancia incierta e ilimitada».* [19]

Sin embargo, en los años siguientes, un estilo empresarial que ya no era el de producción en masa empezó a tener tanta importancia como el de la gran empresa basada en las economías de escala. Este tipo empresarial denominado como de *"especialización flexible"* esta integrado principalmente por las PYMES (Pequeñas y Medianas Empresas), quienes agrupadas supusieron una importante fuente de empleo y una especialización de la producción mayor quien dotó de valor agregado a los productos.

Por otro lado, en el caso del Sudeste Asiático, vale la pena mencionar el modelo empresarial nacido en Japón a finales del siglo XIX y que subsistió hasta casi mitad del XX con el fin de la Segunda Guerra Mundial: el *"zaibatsu"* japonés. Estas compañías se formaron con motivo de la venta de varias empresas estatales por el gobierno. Dichas empresas fueron adquiridas por las grandes comerciantes, propietarios así como la antigua clase feudal del Japón quienes formaron en aquélla época una *"oligarquía industrial"*[20]. Estos grandes conglomerados empresariales eran a su vez muy favorecidos por el Estado y llegaron a controlar (más que el gobierno) la economía del país.

Su estructura se resumía básicamente a un gran *holding* que, en sus comienzos estaba constituida por una sociedad (persona jurídica) y cuyos negocios eran realizados por una división autónoma de la misma sociedad. Pero conforme se fueron diversificando sus actividades y creciendo sus negocios, la sociedad inicial fue creando un gran número de empresas destinadas a ocuparse de cada uno de sus distintos

---

[18] FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis; MARTÍN REYES, Mª de los A. *Fundamentos de derecho mercantil. Tomo I: Concepto y fuentes, empresa y empresarios individuales y sociales (4ª ed.)* Madrid: Edersa, 2004.
[19] *Ibíd.*
[20] VALDALISO, Jesús María, y LÓPEZ, Santiago. *Op.cit.* Pág. 280.

negocios o actividades, a manera de filiales que serían controlados por la matriz, que a su vez era en última instancia dirigida por la familia o grupo de familias. Asimismo, cada empresa integrante de estos gigantescos conglomerados, tenían acciones entrelazadas y participaciones entre sí. Posteriormente, como una manera de tener independencia y un control total sobre la actividad económica, los *"zaibatsu"* constituyeron bancos y empresas de distribución, mismos que proporcionaban por un lado todos los servicios de marketing y por otro los de financiación. Como ejemplos de grandes *"zaibatsu"* pueden mencionarse el de la familia Mitsubishi y el de la familia Nissan, que a todo el mundo le son conocidos.

Sin embargo, el fin de la Segunda Guerra Mundial supuso la desaparición de este tipo empresarial japonés, debido a las prohibiciones antimonopólicas y a cualquier tipo de agrupación empresarial, así como la purga a muchos de los dirigentes de las ya disueltas *"zaibatsu"* por su cooperación con el antiguo régimen de gobierno japonés.

No obstante, los japoneses no tardarían mucho en crear otro modelo que les permitiera esquivar dichas prohibiciones; asi que inventaron un estilo corporativo llamado *"keiretsu"*. Los *"keiretsu"* eran varias compañías asociadas por acciones entrecruzadas y dirigidas mediante una admirable labor de coordinación, organizada mediante una especie de juntas directivas intragrupales, pero de manera que todas sus actividades, reuniones y relaciones estuvieran organizadas fuera de un marco jurídico o formal. Se trataba de reuniones de facto que no tenían aparentemente ningún vínculo obligacional entre las distintas empresas, las cuales se escapaban de la regulación de las nuevas y estrictas normas empresariales impuestas por los Estados Unidos.

Por otro lado el fin la Segunda Guerra Mundial en el 45' también dejó consecuencias devastadoras para la mayoría de las empresas europeas. Las principales compañías de Europa sufrieron un desmantelamiento forzado en sus subsidiarias transcontinentales y lo mismo ocurrió con las filiales británicas en territorio europeo.[21]

[21] Se calcula que el 40% de los bienes transfronterizos británicas se perdió debido a su destrucción, expropiación, nacionalización o venta entre 1939 y 1956. (Muchlinski P. , 1997).

En contraposición, las compañías norteamericanas tomaron una posición privilegiada después de la guerra. En primer lugar, al estar fuera del territorio en guerra se escaparon de la destrucción masiva de sus plantas y de sus bienes, que experimentaron las compañías europeas ubicadas en pleno campo de ataque. Así mismo, durante la guerra varias empresas norteamericanas se vieron favorecidas mediante la producción de armamento bélico, con lo cual, se abrió un próspero mercado, que estimuló a las compañías armamentistas a desarrollar nuevas tecnologías y a experimentar con nuevos procesos de producción, que más tarde serían utilizados en otros tipos de industria. Así que para la época, las compañías estadounidenses eran las más adelantadas en cuanto a la investigación y el desarrollo de nuevas tecnologías, lo que les permitía extender sus oportunidades hacia nuevos mercados, ya fuese a través de exportaciones o de Inversión Extranjera Directa (IED).

Aunado a lo anterior, existieron otros factores relevantes que permitieron la expansión de la IED norteamericana. El primero de ellos, fue la introducción del Plan Marshall, en 1948. Este plan de "ayuda" para la recuperación de las economías europeas, supuso una inyección de capital para la reconstrucción de Europa, lo que abrió nuevas oportunidades para la entrada de empresas de inversión estadounidense. [22]

[22] El Plan Marshall tuvo lugar el 5 de junio de 1947, mediante un discurso pronunciado por el entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos George Marshall, en la Universidad de Harvard. Y para marzo de 1948 se aprobó la ley de ayuda exterior de Estados Unidos a Europa, donde se liberó una primera ayuda equivalente a 5 mil millones de dólares aproximadamente. El 4 de abril de 1948, se firmó el estatuto constitutivo de la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE) con sede en Paris, destinada a ejecutar la ayuda aprobada en el Plan y por otro lado la Agencia de Cooperación Económica en Estados Unidos, se encargaba de recibir las peticiones de ayuda de los países europeos y las coordinaba desde tierras norteamericanas. Estados Unidos y sus empresas, se vieron beneficiadas por este Plan ya que las compañías estadounidenses tenían una infraestructura de producción potentísima, que precisaba ampliar su mercado. Así que Estados Unidos, no daba únicamente ayuda en efectivo, sino también en especie, enviando mercancías de producción americana, que transportaba única y exclusivamente en su flota mercante. Así que la ayuda consistió también en el suministro de productos, mismos que se obtenían de empresas norteamericanas, cuyos gastos fueron cubiertos en principio por los Estados Unidos y poco a poco fueron siendo pagados por Europa. Así que al conseguir el mercado, Estados Unidos no sólo hizo ricos a sus socios, sino que en su propia economía experimentó un crecimiento sin precedentes. Por otro lado, la OECE tenía como función el gestionar la ayuda en base a un mercado abierto y competitivo, que sentó a la bases para la expansión del sistema de liberalización del comercio que permitió el nacimiento de la "Empresa Multinacional" tal como hoy la conocemos.

En segundo lugar, el nuevo sistema financiero internacional establecido después de la guerra (sistema *Breton Woods*), entiéndase Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM, antes Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, BIRF) y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio[23] (GATT por sus siglas en inglés), aseguró la supremacía del dólar como moneda de curso legal para las transacciones internacionales, con lo que se favoreció a la liberalización comercial al remover barreras arancelarias. Asimismo, también permitió el establecimiento de plantas de producción en varios países, así como las transferencias *"intra-firma"* de productos *"semi-acabados"* y demás materiales.

El tercer factor, fueron las ventajas fiscales que ofreció el gobierno de los Estados Unidos para aquéllas empresas con inversiones transfronterizas, mismas que permitían repatriar ganancias o ingresos del extranjero a los Estados Unidos, sin estar sujetos a impuestos.

El cuarto factor, fue el desarrollo de las comunicaciones y transportes, que facilitó el control de las actividades de las filiales establecidas en otros países.

Y finalmente, los países europeos, recibieron bastante bien a la IED estadounidense, pues veían en ella un medio para incrementar las fuentes de empleo, así como el diezmado nivel de vida de la población.

Aunque en principio, las firmas norteamericanas representaban las dos terceras partes de la IED mundial, para los años 50's las empresas europeas empezaron a recuperarse y a cobrar fuerza (empresas como Bayer comenzaron a recuperar plantas confiscadas durante la guerra), así países como Francia comenzaron a tener un impacto relevante en la exportación de productos.

Ya entrados los años 60's, la naturaleza de la Inversión Extranjera Directa sufrió un vuelco sustancial, ya que mientras que en décadas anteriores estaba orientada a los países en vías de desarrollo, de donde se obtenían materias primas y productos

[23] El GATT que entró en funciones en 1948, pretendía liberalizar el comercio, con principios como el de no discriminación, de la nación más favorecida, la reciprocidad, el trato nacional y la prohibición de utilizar restricciones cuantitativas. Asimismo, en el marco de esta organización Estados Unidos empezó a promover medidas en materia arancelaria, que consiguieron con éxito bajar los aranceles hasta en un 35%.

agrícolas, para la década de los 60's la inversión iba de países industrializados hacia otros países industrializados con un nivel tecnológico avanzado, lo que les permitiera obtener bienes y servicios con *"valor agregado".*

La dominación de las empresas estadounidenses sería muy evidente hasta los años 70's. Pero a comienzos de misma década, surgió Japón como la nueva potencia inversionista, (con los *"keiretsus"* jugando un papel fundamental) quien después se convertiría en la 3ª economía más grande del mundo, con una de las poblaciones más ricas a nivel mundial -con un ingreso per cápita de 37 mil 800 dólares al año-. China por su parte, para el año de 1978, ya había iniciado un camino de reformas con grados crecientes de inserción internacional, como la apertura al libre mercado del estado comunista chino iniciada por Den Xiaoping, que más tarde daría frutos asombrosos.[24]

Por otro lado, en años 80's (formalmente con la caída del muro de Berlín) se inició el proceso de globalización que persiste hasta hoy, con características tales como: la superación del espacio y el tiempo (superación de fronteras físicas de los Estados, y la inmediatez por ejemplo: en la información, en las operaciones comerciales, en los medios de transporte, etc.); la reducción de la capacidad de los Estados a decidir (disminución de la soberanía y autonomía); la debilitación del Estado como actor internacional que ha favorecido al protagonismo de actores Trasnacionales en particular, Empresas Trasnacionales; [25] la elevación de la vulnerabilidad de los Estados frente a otros Estados y frente a actores internacionales[26]; el establecimiento de múltiples redes de comunicación entre

[24] Actualmente, China se ha convertido en la segunda economía más poderosa a nivel mundial sólo por debajo de la estadounidense y desbancando a Japón, su principal competidora en Extremo Oriente. Así mismo, esta potencia asiática tiene el primer puesto en el mercado automovilístico y es el segundo importador de petróleo del planeta, mientras que su economía sigue creciendo, superando para el primer trimestre del año 2010, los 1.33 billones de dólares de PIB. VILLARINO, Ángel. *«Afianza China rol de superpotencia.»* Mural, 17 de Agosto de 2010: 10.

[25] En palabras de Susan Strange, "*el vuelco en el equilibrio de poder a los mercados ha hecho de las empresas trasnacionales actores políticos*" "(…) *son en sí mismas* (refiriéndose a las empresas trasnacionales) *instituciones políticas que mantienen relaciones políticas con la sociedad civil (…) con otras empresas o con determinados gobiernos*." STRANGE, Susan. "*La retirada del Estado".* Barcelona: Intermón Oxfam e Icaria editorial, 1996.

[26] El Estado ha delegado y subrogado el uso de la violencia a empresas privadas; ya no es el Estado quien garantiza la seguridad privada o interna. En la opinión de Susan Strange, "el control del Estado sobre el uso de la violencia se encuentra amenazado, puesto que existen fuerzas armadas privadas que escapan

Estados, lo cual supone que no se relacionen exclusivamente entre ellos, sino que interactúen con actores trasnacionales; el cambio en la naturaleza de distribución del poder que hoy en día se distribuye entre los actores trasnacionales y los Estados, y;[27]la desnacionalización de la territorialidad y la pérdida del control de una parte importante de los flujos, debido al libre mercado.[28] En la opinión del politólogo español, Celestino Del Arenal, el territorio se desvaloriza como elemento del poder, pues su ejercicio implica cada vez menos el control físico del territorio y más el control de redes financieras, comerciales, informáticas o telemáticas.[29]

Por otro lado, en el ámbito económico la globalización se caracteriza por la fragmentación o desintegración de la producción, también llamada *"especialización vertical"* o *"task trade"* y la partición de la cadena de valor. Lo anterior, mediante el *"out sourcing"* que más tarde desencadenará las redes globales de producción.[30]

El profesor Antoni Verger denomina a esta época como *"capitalismo globalizado"* porque la producción, comercialización y finanzas de las empresas, se traslada de un plano nacional a otro de carácter internacional, en el entendido de que funcionan como una especie de *"federación de filiales con idiosincrasia propia"* (con

---

del control del Estado. Según esta autora, la razón se encuentra en la estructura de seguridad global en la que existe un mercado mundial que nunca ha estado sometido a un control efectivo. *Ibíd.*

[27] Durante siglos el poder se manifestaba como la capacidad de un Estado de obligar a otro a hacer algo que de otra forma no haría, a esto se le denomina coacción directa o poder duro. Ahora la naturaleza del poder y por tanto la manera de aplicarlo ha cambiado, cada vez se expresa más en poder estructural o blando. Joseph Nye le llama el "poder blando" a la admiración o atracción de unos países sobre otros. En otras palabras, el conseguir que otros actores quieran lo que un Estado quiere que hagan pero sin que sea tan evidente. Cuando los niveles de interdependencia son elevados, el poder blando actúa con mucho más frecuencia y efectividad que el poder duro. NYE, Joseph S. "*Soft Power: The means to succes in world politics"*. Nueva York: Public Affairs, 2004.

[28] El espacio territorial tradicional del siglo XIX, para controlar un mercado nacional, hoy en día es insuficiente frente a las necesidades de mercados más amplios. Los mega mercados representan las necesidades futuras de las grandes empresas de estructura "supranacionales". ZIRAOUI, Zidane. (Coord.) "*Los nacionalismos y la crisis del Estado-nación*." En "*Política Internacional Contemporánea."* p. 270. México, D.F.: Trillas. 2000.

[29] DEL ARENAL, Celestino. (2001). La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: Un reto para la teoría y la política. En Varios, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* (págs. 66-68). Madrid: Tecnos.

[30] TUGORES QUES, Juan. *Economía Internacional. Globalización e integración regional.* Madrid: Mc Graw Hill, 2006. pp. 16-18.

procedimientos de fabricación independiente unas de otras) y con una dirección que puede estar a cargo de varias personas jurídicas de distintas nacionalidades.[31]

En la era de la *globalización,* los abruptos cambios tecnológicos, así como la consolidación del mercado global, ha permitido que el modelo de empresa gerencial integrada verticalmente, sea sustituida por lo que Valdaliso y López llaman *empresa-red*. Este tipo de estructura corporativa que funciona principalmente a manera de *"Grupos Empresariales"*, viene dada a través de redes de empresas especializadas, agrupadas global o regionalmente en *distritos* y/o clusters, cuya jerarquía ha dado paso a nuevas formas de organización del trabajo y la producción (el trabajo en equipo y la función de los directivos que se desplaza de la coordinación administrativa a la creatividad empresarial). En palabras de los doctores Valdaliso y López, "l*as grandes empresas crean filiales o se descomponen en unidades más pequeñas donde la iniciativa empresarial puede desarrollarse sin las inercias y la rigidez de las grandes organizaciones"*. [32]

De igual manera, como se verá en líneas posteriores en capítulo por separado, los grupos empresariales han desarrollado sofisticadas formas de actuación que les permiten de manera efectiva ejercer presiones en el mercado y hasta manipularlo, evadiendo las regulaciones jurídicas anti-monopólicas.[33]

Se puede concluir que en la actualidad, este tipo corporativo multinacional no solo subsiste, sino que ha alcanzado una importancia y protagonismo a nivel mundial sin precedentes, que entre otros factores es representado por su poderío económico muchas veces incluso mayor que el de varios Estados-nación.[34] En palabras del Grupo

---

[31] VERGER, Antoni. *El sutil poder de las trasnacionales*. Barcelona: Icaria, 2003.

[32] VALDALISO, Jesús María, y LÓPEZ, Santiago. *Op.cit*.

[33] Tal fue en México el sonado caso de "*La Guerra de las Colas*" ventilado ante nuestro H. Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, en que se analizó y resolvió sobre la procedencia de las sanciones impuestas por la Comisión Federal de Competencia Económica quien acreditó como monopólicas ciertas prácticas realizadas por un grupo empresarial denominado como "*Grupo Coca-Cola*". Dicho caso lo estudiaremos a detalle en líneas posteriores.

[34] Al comparar el Producto Interno Bruto de los Estados con las ganancias en ventas de varias empresas, se obtuvo como resultado que dentro de las 100 potencias económicas más grandes la mayoría son empresas trasnacionales. Por ejemplo, para el año 2009 la compañía trasnacional Exxon Mobil tuvo un total de ventas de 442,851 millones de dólares; la compañía multinacional Royal Deutch Shell ganó 458,361 millones de dólares; la empresa Wall Mart por su parte obtuvo 405,607 millones de dólares en

de Trabajo V de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) *"los grandes grupos multinacionales tal vez generen un porcentaje elevado del producto nacional bruto a escala mundial y sus tasas de crecimiento anual y su volumen de operaciones sobrepasan los de muchos Estados".*[35]

Por último, es evidente que el adentrarse al estudio de los antecedentes de la empresa demuestra que desde sus inicios se ha tratado de un fenómeno económico más que jurídico, pero que sin embargo la ciencia del derecho la ha ido regulando. También se evidencia que de acuerdo con las circunstancias de cada época y el vaivén económico y/o político, las estructuras empresariales han ido evolucionando hasta lo que actualmente se conoce como Grupos Empresariales.

Acudir a las fuentes históricas de la empresa es la única forma en que será posible adentrarse a su conceptualización, ya que es preciso conocer su origen para comprender su realidad actual y la necesidad imperante de que ésta sea reconocida y regulada por el Derecho.

I.2 DEFINICIÓN DE EMPRESA

El término de empresa proviene del latín *"prehendo"*, que significa "*prender, coger, asir, tomar; cazar"*. De esta raíz deriva la palabra emprendedor que empieza a usarse a finales del siglo XVI. Ya a mediados del siglo XV se empezaba a utilizar la palabra empresa derivada de la misma raíz latina. De aquí se derivan los vocablos en francés del término *"entrepreneur"* que significa "*empresario" y* "*entreprise"* que significa "empresa." También de aquí se deriva el vocablo anglosajón "Enterprise" que

---

ventas, y; la conocida compañía BP obtuvo una ganancia que ascendió a los 367,052 millones de dólares. (Fortune. CNN Money. 23 de julio de 2009. http://money.cnn.com/magazines/fortune/global500/2009/full_list/index.html (último acceso: 14 de agosto de 2010). Mientras para ese mismo año, países como Austria tuvieron un Producto Nacional Bruto de 391,822 millones de dólares, Dinamarca 325,847 millones de dólares o Portugal 222,649 millones de dólares. (Banco Mundial. «Site Resources World Bank.» Total GNI 2006. 1 de julio de 2009. http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GNI.pdf (último acceso: 15 de agosto de 2010).

[35] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V. *"Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la insolvencia. Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia."* A/CN.9/WG.V/WP.92. p.6. Nueva York. 2010.

significa "empresa".[36] Como afirma Elvia Arcelia Quintana Adriano,[37] las raíces del término indican que se trata de la realización de una actividad novedosa, de una aventura que se emprende o de una oportunidad que se está tomando. También significa acción difícil o ardua que se comienza con valor y resolución.[38] Pero no habla de un sujeto, más bien de la acción que debe de ser realizada por alguien más.

Por otro lado cabe mencionar el término de *negotiatio,* entendido éste como:

> *"…el ejercicio profesional de actividades comerciales que se ponen en ejecución por medio de una organización de cosas y personas (típicamente, esclavos), por parte de un negotiator, con la finalidad de obtener un lucro (propter quaestum, según la expresión de Paulo, 29 ad ed.)."*[39]

Aunque los términos *negotiatio* (negociación) y empresa no guardan relación etimológica entre ellos, en esencia, los conceptos de *negotiatio* en derecho romano y de la empresa mercantil de nuestros días son prácticamente los mismos, que se podría resumir en el ejercicio de una actividad comercial organizada (en derecho romano por medio de cosas y personas, ahora por medio de bienes y derechos) y gestionada por el empresario, con la finalidad de obtener una ganancia económica o lucro.

1.2.1 CONCEPTO ECONÓMICO DE EMPRESA

Para explicar el fenómeno de la empresa a la luz del Derecho, la mayoría de los tratadistas coinciden en comenzar a definirlo desde el punto de vista económico, dada la complejidad que implica el explicar en términos puramente jurídicos su concepto y también en virtud de que, a la fecha no existe una versión unificada dentro de todas las ramas del Derecho sobre la definición del término "empresa". De acuerdo con Joaquín Garrigues, la empresa se puede explicar desde una concepción económica como un sistema (organización) que combina los elementos de producción (capital y trabajo) con fines de lucro:

---

[36] SEGURA MUNGUÍA, Santiago. "*Diccionario por raíces del latín y de las voces derivadas"*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2006.

[37] QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Diccionario jurídico Mexicano*. Tomo II pág. 1,493. México: Editorial Porrúa, 2009.

[38] Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Selecciones del Reader's Digest. Tomo III. Madrid. 1972.

[39] SORIANO CIENFUEGOS, Carlos. Citando el D. 14, 3, 16. Op.cit. p.15.

> *"(…) económicamente, la empresa es la organización de los factores de producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada."*[40]

Por su parte Roberto Mantilla Molina, la define de una manera muy similar como el *"conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios sistemáticamente y con propósitos de lucro"*.[41]

Asimismo Joaquín Garrigues, considera a dicha organización (empresa) como una unidad conformada por un conjunto de bienes o elementos, que están organizados por su titular (comerciante). De esta forma explica el concepto de comerciante, a quien lo ubica como una persona aparte quien se encarga de llevar a cabo la estructuración de la empresa:

"Los elementos integrantes de la empresa, en su compleja variedad, aparecen íntimamente ligados por la comunidad de destino económico (obtención de la ganancia máxima), constituyendo una unidad organizada conforme a las exigencias de la explotación económica (…) el conjunto de bienes (cosas, derechos, actividades) organizados por el comerciante con fines de lucro.[42]

Hay también enfoques que entienden a la empresa como un *"espacio"* en donde se *"combinan económica y socialmente los factores de producción"*[43] y algunos otros que la entienden como una *actividad*, la cual es realizada o llevada a cabo por otro sujeto (empresario o comerciante para algunos autores). Es decir, entienden a la empresa como una actividad u organización de dicha actividad, y no así como el individuo que la realiza. Rafael De Pina Vara define a la empresa, en una acepción mercantilista como:

"(…) la realización de actos de comercio presupone la función de aportar al mercado general de bienes o servicios, con fines de lucro. Esta actividad es realizada por el comerciante –individual o social- a través de la organización de los elementos

---

[40] GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil.* Tomo I, pág. 166. México: Editorial Porrúa, 1984.
[41] MANTILLA MOLINA, Roberto, citado por QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Op. cit.,* pág. 1,493.
[42] GARRIGUES, Joaquín. *Op. cit.,* pág. 166.
[43] VICENT CHULIÁ, citado por FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis y MARTÍN REYES, Ma. de los Ángeles. *Op.cit.*

patrimoniales y personales necesarios, elementos que en su conjunto integran su empresa".[44]

El citado autor coincide con Garrigues al considerar a la empresa como una organización de dicha actividad productiva:

"De aquí la definición de carácter económico: la empresa es la organización de una actividad económica que se dirige a la producción o al intercambio de bienes o servicios para el mercado" [45]

Por otro lado, es interesante la asociación que hacen algunos doctrinistas del término de empresa como medio de generación de riqueza para el Estado o la economía en general. En este sentido puede citarse al catedrático de la Universidad de Córdoba, Juan I. Font Galán en la obra coordinada por el Magistrado en España del Tribunal Constitucional, Guillermo J. Jiménez Sánchez, quien habla de la empresa como:

> *"(…) esa realidad socioeconómica que es la empresa –organismo productivo de riqueza para el país, de salarios para los trabajadores, de beneficios para los empresarios e inversores, y de bienes y servicios para los consumidores y usuarios, resultado de la organización por el empresario de los factores productivos (capital y trabajo) (empresa en sentido económico)- no está conceptuada, ni regulada unitaria y sistemáticamente por el Ordenamiento jurídico."*[46]

Este autor también considera a la empresa como una estructura unitaria (*organismo*) organizada, que cumple su función a través de otro sujeto, a quien en este caso ya no le denomina comerciante, sino *empresario.* De esta definición también cabe destacar, como arriba se comenta, la difícil acogida de manera uniforme por el Derecho del concepto económico de empresa, que no está *"conceptuada ni regulada unitaria y sistemáticamente por el Ordenamiento jurídico"*.

La realidad económica de empresa entendida como generadora de riqueza, es protegida por ciertas ramas del Derecho tales como el Derecho Concursal tanto en

---

[44] DE PINA VARA, Rafael. *Derecho Mercantil Mexicano.* Pág. 27. México: Editorial Porrúa, 1998.
[45] *Ibid.* Pág. 27.
[46] FONT GALÁN, Juan I. Coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo. "*Derecho Mercantil I. Concepto, método y fuentes. Empresa. Estatuto del empresario. Empresario individual."* Pág. 56. Barcelona. Editorial Ariel, S.A., 2000. (Énfasis añadido).

España como en México, ya que persigue como fin último la conservación de la empresa, por tratarse de un instrumento generador de bienestar económico. José María Ferrer opina: *"La empresa puede ser un* ***instrumento de riqueza*** *para la consecución de fines e intereses económicos."* (*José María Ferrer*. Doctrina.) *"(…) Desde el punto de vista del Derecho Mercantil dentro del Derecho Concursal; la empresa es el* ***motor de riqueza*** *y fuente de ingresos para la satisfacción de intereses de acreedores y deudores." (José María Ferrer*. Doctrina.) *"(…) Por tanto, la salvación y continuidad y reflotamiento de la empresa es fundamental y prioritario para todo el desarrollo del procedimiento concursal."* [47]

Desde la misma perspectiva económica, Elvia Arcelia Quintana, observa a la empresa como una unidad donde, sus elementos ya no sólo están organizados por el empresario, sino que sus efectos vienen *coordinados* por éste o por un grupo. Este elemento es importante, porque la coordinación no viene dada únicamente por un solo sujeto sino que plantea la posibilidad de que varios sujetos (pueden ser personas morales) coordinen las actividades empresariales o sus elementos productivos de capital y el trabajo.

> *"(…) es una unidad de control y decisión; es una combinación de factores fijos que determinan su existencia; es un ingenio que supera el mecanismo de precios en donde las decisiones y transacciones están coordinadas por un individuo o grupo. Es un área unificada de planificación."*[48]
> *"La empresa se presenta como un área unificada de planificación, como "una isla de poder conciente (sic)" dentro del mecanismo de los precios en conjunto que se ve superado en la coordinación de factores y productos."* [49]

Por último, Elvia Quintana, enfatiza el carácter económico de la empresa al definirla *"(…) desde el punto de vista económico (…) la empresa es una organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la intermediación de bienes y servicios para el mercado con el fin de generar ganancias"*. Tal definición, como la mencionada

---

[47] FERRER VICENTE, José María. *Instituciones del nuevo Derecho Concursal. Un progreso y avance en el Derecho español. Valoración de la Empresa.* vLex. 2009. (Énfasis añadido)

[48] QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Op. cit.,* pág. 1,493. (Énfasis añadido).

[49] SELDON, Arthur; PENNANCE, F.D. *Diccionario de Economía.* Citados por QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Diccionario jurídico Mexicano*. *Op. cit.,* pág. 1,493.

anteriormente por Joaquín Garrigues, es la más aceptada desde la perspectiva económica.[50]

Aunque en este sentido, la empresa debe ser entendida no solamente como generadora de ganancias, sino como generadora de riqueza. Esto quiere decir que la utilidad que se obtiene de la actividad empresarial, no debería de beneficiar exclusivamente a los titulares de la empresa, sino a todas las personas que intervienen en dicha actividad e indirectamente a la sociedad en general. Las empresas organizadas y operadas bajo patrones o normas de conducta éticos, deberían de generar ganancias que se queden en los países donde se ubican, permitiendo el desarrollo del Estado y garantizando cada vez más, el acceso a la riqueza de la población.

En conclusión puede decirse que varios autores han coincidido en definir a la empresa en su acepción económica como una organización, unidad o espacio en el que los factores productivos se combinan con el fin de obtener una ganancia o lucro, en donde ejerce su actividad el empresario y la asunción de un riesgo. [51]

En suma, conforme la opinión del catedrático de la Universidad del País Vasco José Luis Fernández Ruiz y de la catedrática en la Universidad de Málaga Mª de los Ángeles Martín Reyes, que necesariamente debe partirse desde la concepción económica de la empresa para adentrarse en su estudio jurídico.[52]

1.2.2 CONCEPTO JURÍDICO DE EMPRESA

Como ha quedado dicho, es muy complicado llegar a un consenso jurídico sobre la noción de empresa. Sin embargo, a través del tiempo varios juristas han hecho

---

[50] FONT GALÁN, Juan I. Coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo. *Op. cit.,* Pág. 57. (Énfasis añadido).

[51] *"(…) el riesgo ocupa el eje central del concepto, y con él la idea de ánimo de lucro, como contrapartida al mismo."* FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis y MARTÍN REYES, Ma. de los Ángeles. *Op. cit.*

[52] "Nuestra conclusión es que se parte del concepto económico para estudiar el jurídico." FERRER VICENTE, José María. *Op. cit.*

innumerables esfuerzos por definirla. La mayoría de los estudiosos coinciden en que hay que partir de su estudio económico y observar sus elementos desde la realidad.[53]

Por otro lado, hay quienes dicen que en el campo de la ciencia jurídica, debe ser el Derecho Mercantil el que se encargue de analizar el derecho de la empresa. Sin embargo y coincidiendo con Garrigues, el fenómeno empresarial es tan amplio e influye en tantas esferas jurídicas (laboral, concursal, fiscal, etc.), que es erróneo limitar su estudio únicamente a la materia mercantil:

> *"se trata de saber si el concepto de la Economía, se puede trasladar, sin más, al del Derecho (…) hay que partir de algo que ya dijo hace tiempo GARRIGUES: «no todo el Derecho de la empresa es Derecho Mercantil» (…)*[54]
>
> *"todavía no ha nacido un verdadero Derecho de la Empresa y cuando nazca probablemente no será íntegramente Derecho mercantil porque abarcará parcelas de diversas disciplinas jurídicas."* [55]

Por lo tanto, dice Garrigues citando a Ferrara, que la empresa por tratarse de una "organización" no puede ser objeto de protección jurídica. Y que la empresa definida como "actividad" tampoco, porque son elementos que están fuera del tráfico jurídico (opinión que más adelante se debatirá, en virtud de que existen elementos de las empresas, así como factores empresariales, que sí están sujetos al tráfico jurídico).

> *"(…) empresa como concepto jurídico.- (…) falta pues en nuestro Derecho una concepción legal unitaria de la empresa, quizá porque ésta es una organización y las organizaciones son refractarias al Derecho."* [56]

Continúa Garrigues:

"(…) todavía no hemos alcanzado la unidad jurídica necesaria para concebir la empresa como objeto de derecho. La idea organizadora, en sí misma, ***no es objeto de protección jurídica*** *(…), ni puede transmitirse con independencia de los elementos que*

---

[53] *"La mayoría de las opiniones, siguiendo la del maestro Garrigues, consideran que el concepto jurídico de empresa debe proceder, precisamente, del económico, porque aquella desenvuelve sus actividades en el círculo económico del empresario" (GARRIGUES, propugnó la identificación de ambos conceptos, y, posteriormente, en el mismo sentido se pronunciaría BROSETA, considerando válida para el Derecho, la definición procedente del campo de la Economía)".* FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis y MARTÍN REYES, Ma. de los Ángeles. *Op. cit*.

[54] FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis y MARTÍN REYES, Ma. de los Ángeles. *Op. cit.*

[55] GARRIGUES, Joaquín. *Op. cit.*, pág. 165.

[56] FERRARA citado por GARRIGUES, Joaquín. *Op. cit.,* pág. 167.

la materializan. Tampoco puede ser objeto de tráfico jurídico el conjunto de actividades, ni el trabajo que crea la empresa. Estos elementos no se compran, ni se venden. (…) Existe indudablemente la empresa como unidad económica. La ley protege esa unidad económica defendiendo el principio de la conservación de la empresa (…). Pero ninguna norma ha dado todavía el concepto legal de la empresa ni como patrimonio ni como organización." "A falta de un concepto legalmente acuñado, ***no puede darse un concepto jurídico unitario de la empresa."***[57]

Debe concluirse que es imposible que el Derecho establezca un concepto puramente jurídico de la empresa y siendo así, se debe de coincidir con la definición económica de ésta última, para entenderla desde la ciencia del Derecho.

"Del concepto de empresa como conjunto organizado de actividades, bienes patrimoniales y relaciones materiales de valor económico se desprenden dos conclusiones: 1ª la imposibilidad de encajar actualmente a la empresa en los cuadros y nomenclaturas tradicionales del Derecho; 2ª la plena coincidencia del Derecho y de la Economía en la definición de empresa como organización de elementos heterogéneos movidos por la idea rectora del empresario y por la actividad de éste y la de sus colaboradores" [58]

Coincide plenamente con esta idea el investigador emérito en derecho del Sistema Nacional de Investigaciones y gran tratadista mexicano, Jorge Barrera Graf, citado por el doctrinista mexicano, Rafael de Pina Vara, quien señala que:

> *"…la empresa o negociación mercantil es una figura de índole económica, cuya naturaleza intrínseca* ***escapa al derecho****. Su carácter complejo y proteico, la presencia en ella de elementos dispares, distintos entre sí, personales unos, objetivos o patrimoniales otros (…) hace de la empresa una institución* ***imposible de definir desde el punto de vista jurídico."***[59]

En contrapartida, hay quien diga que aunque es conveniente definir al término de empresa desde la Economía, también lo es, que los elementos que constituyen a la

[57] GARRIGUES, Joaquín. *Op. cit.*, pág. 174.
[58] *Ibídem.* p. 176. (Énfasis añadido)
[59] BARRERA GRAF, citado por DE PINA VARA, Rafael. *Op. cit.* Pág. 27. (Énfasis añadido).

empresa sí son o pueden ser objeto de tráfico jurídico. A este respecto cabe citarse a Luis Fernández Ruiz y a Mª de los Ángeles Martín Reyes, quienes exponen que

> *"(…) no hay que olvidar, tampoco, que el empresario organiza un conjunto de bienes (aspecto objetivo de la empresa), que constituyen la empresa o negocio, y que pueden ser objeto de tráfico jurídico (…)"* [60]

A mayor abundamiento, en su actuación, la empresa es capaz de desarrollar valor intangible que sin embargo es posible justipreciar en caso de su enajenación ó valoración para efectos financieros y de mercado.

Tal es el caso de la llamada Propiedad Industrial en donde las patentes, las marcas, los nombres y avisos comerciales son valorados precisamente en íntima relación a la actuación e imagen comercial de la empresa (el llamado *"good will"* al que se hará referencia más adelante).

Existen en el mercado empresas cuyo mayor activo intangible es su conocimiento de cómo hacer las cosas (el llamado *"know how"*), su estratégica posición geográfica en donde se desempeñan y cuyo valor económico puede ser importante en una transacción comercial (los llamados "guantes"), o bien su cartera de clientes, o sus licencias para producir cierto tipo de productos (como en la industria farmacéutica), o sus registros y licencias para importar productos controlados por el Estado ó aún aquellos que cuentan con su registro en el padrón de proveedores del Gobierno (en sus tres niveles).

Todos estos activos son intangibles, en la mayoría de las ocasiones no forman parte de la contabilidad, quizá por su dificultad para justipreciarlos, ni aparecen en los estados financieros de una empresa, debiendo ser considerados en su valor patrimonial y sin embargo llegan a tener un valor mayor al de los activos fijos y circulantes (tangibles) y cuyo estudio y efectos no son en el mayor de los casos materia de su regulación por el derecho positivo.

El concepto empresarial sí debe de partir más desde su acepción económica, ya que antes que nada es un fenómeno económico de facto y cuyo concepto económico

[60] FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis y MARTÍN REYES, Ma. de los Ángeles. *Op. cit.*

es acogido por el Derecho. Sin embargo, sus elementos, así como sus efectos, sí pueden ser susceptibles al tráfico jurídico, por lo tanto el Derecho debe de procurar estudiarlo y si bien no contemplarlo en sí misma como una persona jurídica (para este caso regulará a su titular), sí estar atentos a su funcionamiento, estructura, efectos y todo lo que ella comprende.

1.2.3 ¿LA EMPRESA CON PERSONALIDAD JURÍDICA PROPIA?

Debe abordarse la cuestión de que si la empresa (ya sea definida desde la realidad económica o desde las distintas ramas del Derecho), debe ser considerada como un sujeto con personalidad jurídica propia. A esta cuestión cabe responderse que no es posible atribuirle esta condición porque la empresa ya sea entendida como actividad u organización de factores de producción, o bien como conjunto de bienes y relaciones de hecho,[61] o como unidad económica de facto, no puede tener este carácter, sino que es su titular (comerciante o empresario), quien en todo caso gozaría de dicha autonomía jurídica.

El jurista Raúl Cervantes Ahumada, considera a la empresa como la condición necesaria para adquirir la calidad de comerciante y al comerciante como titular de ésta última. Es decir, el comerciante según esta teoría no podría existir sin empresa y la empresa no podría llevarse a cabo sin un titular (en este caso, comerciante). Sin embargo, la empresa en sí, como "universalidad de hecho" no tiene personalidad jurídica.

> *"…la empresa es la condición necesaria para la perfecta adquisición de la calidad de comerciante"*[62] *"por lo que el comerciante se concibe como el titular de una empresa (…) consideradas como unidades económicas ("organización de capital, trabajo y fuerzas naturales") (…)".* [63]
> *"Como se ha pretendido por algunos autores atribuir personalidad jurídica a la empresa y aun al establecimiento, debemos reiterar que, como universalidades de hecho que son,* ***carecen de tal personalidad****,*

[61] *"La empresa es un conjunto de elementos patrimoniales (cosas, derechos) y de relaciones de puro hecho. Pero no goza de autonomía jurídica."* GARRIGUES, Joaquín. *Op. cit.,* pág. 174.
[62] MOSSA, citado por CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Derecho Mercantil*. Pág. 492. México: Editorial Herrero, S.A., 1980.
[63] CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Op. cit.,* p. 492.

> *la que radica sólo en el empresario, sea comerciante individual o sociedad mercantil."* [64]

Es conveniente mencionar que algunos juzgadores aún consideran que únicamente tienen la calidad de comerciante aquéllas personas físicas reguladas por el Código de Comercio y las personas jurídicas previstas en la Ley General de Sociedades Mercantiles. Es incorrecta tal apreciación, porque en nuestro derecho positivo existen previstos otro tipo de comerciantes sociales que son regulados por diversas legislaciones a las ya mencionadas.

Tal es el caso de las Sociedades Cooperativas de Producción ó de Consumo (previstas por la Ley General de Sociedades Cooperativas), de los Fideicomisos Empresariales (previstos por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), de las Sociedades de Producción Rural (previstas por la Ley Agraria), de las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (SAPI's) y las Sociedades Anónimas Bursátiles (SAB's) reguladas por la Ley del Mercado de Valores.

Los maestros Soyla H. León Tovar y Hugo González García, exponen este tema postulando que, la sociedad (entendida como persona moral) titular de la empresa, condición que le otorga el carácter de empresario, es quien asume los derechos y las obligaciones que se formalizan en nombre de la persona jurídica. Pero la sociedad no debe de ser confundida con empresa. Aunque los actos que realiza evidentemente tienen repercusión en la empresa, cuando se habla de contratos de "empresa", se habla únicamente en sentido metafórico pues la empresa, como tal, carece de personalidad jurídica.

> *"(…) la sociedad es titular de la empresa. Dicha titularidad le otorga a aquélla el carácter de empresario. El empresario es el sujeto de derecho capaz de asumir derechos y obligaciones que si bien nacen y se formalizan en nombre de la sociedad, se proyectan generalmente sobre la empresa. Todos los contratos celebrados en nombre de la sociedad sólo en sentido metafórico son contratos de la empresa" (…) "La empresa* ***no constituye una persona jurídica; esto es, no tiene una personalidad jurídica propia."***[65] *"La orientación hacia una actividad económica se la da y la realiza uno de sus propios*

[64] *Ibídem*. p. 496. (Énfasis añadido).

[65] LEÓN TOVAR, Soyla H.; GONZÁLEZ GARCÍA, HUGO. *Derecho Mercantil.* Pág. 316. México: Oxford University Press. 2010. (Énfasis añadido).

*elementos subjetivos: el **empresario**."*[66]

Otros autores mexicanos, como Carlos Sepúlveda Sandoval, coinciden con esta perspectiva, señalando que:

> *"…la teoría que resulta más aceptada, es la que sostiene que la empresa o negociación mercantil es una universalidad de hecho, conformada por elementos complejos, que constituyen una organización o unidad económica, cuya titularidad recae en el comerciante, siendo a éste a quien se le reconoce una calidad, es decir, la **personalidad jurídica de aquélla es la de su titular o empresario.**"* [67]

En este mismo sentido, se pronuncian tratadistas españoles como José Luis Fernández Ruiz y Mª de los Ángeles Martín Reyes, quienes afirman que la empresa que es entendida jurídicamente como una "unidad económica organizada" ejerce su actividad a través del empresario y es éste mismo el titular de los derechos y obligaciones emanados desde la primera. [68]

1.2.4 LA EMPRESA COMO UNIVERSALIDAD

Sin embargo, algunos juristas se han empeñado en considerar a la empresa como un "objeto unitario" de derechos. Lo cual es impreciso; si bien la empresa puede considerarse como una *unidad,* no es correcto identificarla como el conjunto de sus elementos aislados, los cuales sí pueden ser objeto de tráfico jurídico.

Así pues, es menester explicar a la empresa desde su concepción unitaria, Joaquín Garrigues, expone que:

> *"Para intentar llegar a la **concepción unitaria** de la empresa se parte de un dato de la experiencia: la imposibilidad de identificar la empresa con sus elementos patrimoniales aislados. La empresa mercantil es algo más que un conglomerado de cosas y de derechos."*[69]

La empresa como una universalidad, puede compararse con el ser humano, quien no puede ser concebido solamente como conjunto de brazos, piernas u órganos, sino que debe ser concebido íntegramente como un ente, un sistema complejísimo y perfectamente bien organizado que funciona gracias a todos los elementos que lo

---

[66] *Ibíd.* p. 307. (Énfasis añadido).

[67] SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos. *La empresa y sus actividades. Concepto jurídico.* Pág.110. México: Editorial McGraw Hill. 1997. (Énfasis añadido)

[68] FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis y MARTÍN REYES, Ma. de los Ángeles. *Op. cit.*

[69] GARRIGUES, Joaquín. *Op. cit*, pág. 167.

integran, pero coordinados entre sí. Siendo entendido principalmente gracias a su fuerza rectora, a su naturaleza, que es el centro de la persona: su esencia (espíritu o alma para algunos), su mente, entendidos como su razón de ser, y un cuerpo que le permiten realizarse como persona humana y que aun cuando le faltaren alguno de sus órganos o extremidades, continuaría siendo persona, pues tiene una naturaleza diversa a la de sus elementos aislados. De la misma manera que la persona física, una empresa debe entenderse desde una noción integradora, como una unidad que persigue un fin último y que aun ante la falta de alguno de sus elementos se siga considerando como tal.

En el caso de las empresas, sus elementos (los cuales serán enumerados y explicados más adelante) están integrados para la realización de un fin preponderantemente económico, pero también deben de estar orientados hacia un fin más noble que es el de producir bienes y/o servicios para la sociedad, desde proveer de bienes de consumo básico, hasta la creación de medios de producción más desarrollados que como ya se dijo, son generadores de riqueza. Como diría Carlos Llano Cifuentes, *"son cuatro las finalidades de la empresa: generar un valor económico agregado, otorgar un servicio a la comunidad, desarrollar a las personas que interfieran en la empresa, y dotarla de capacidad de permanencia."* [70]

Como bien dice Raúl Cervantes Ahumada, *"el concepto general de empresa mercantil podemos expresarlo así: es una* ***universalidad*** *de hecho, constituida por un conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, coordinado para la producción o el intercambio de bienes y servicios destinados al mercado general".* [71]

Por último, resumiendo todo lo anterior puede darse una definición basada en las palabras de los maestros Soyla H. León y Hugo González García, quienes consideran a la empresa desde una perspectiva integradora, como un "modelo ideal" integrado

[70] LLANO CIFUENTES, Carlos. *Dilemas éticos de la empresa contemporánea.* Pág. 269. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
[71] CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Op. cit*. Pág. 495.

por un conjunto de elementos objetivos y subjetivos unidos entre sí, para la realización de una actividad económica.[72]

1.2.5 LA EMPRESA COMO ACTIVIDAD ECONÓMICA

Recordando la definición económica de empresa como "*la organización de los factores de producción (capital, trabajo) con fines de lucro"* no se debe confundir a la organización de elemento, actividades y factores que es la empresa, como únicamente una actividad. Si bien es cierto, la actividad del empresario es creadora de la empresa, no es la empresa en sí misma, pues esta última se compone por otros elementos y organiza la actividad del empresario, de lo contrario no se podría estar hablando de empresa.

Lo anterior se explica en palabras Garrigues, quien postula que

> *"(…) Según nuestra opinión, concebir a la empresa como actividad es volver al punto de partida y desconocer lo que se quiere definir, porque es precisamente la actividad del empresario y de sus colaboradores la que ha creado la empresa como cosa distinta de esa actividad. En definitiva, esta* ***actividad*** *crea la empresa, pero no es la empresa misma. Y la empresa es, como veremos, la* ***organización de esa actividad*** *y,* ***además, un conjunto de elementos*** *de varia naturaleza sobre los que se vierte la actividad organizada."*[73]
> *"Piénsese, en efecto, que la actividad del empresario no puede separarse de la persona del mismo, mientras que es indudable que la empresa puede y debe distinguirse del empresario. Es una creación de éste, pero una creación que cobra autonomía frente a él."*[74]

En el mismo sentido se pronunció BARASSI, citado por De Pina Vara, quien también considera a la empresa no como una actividad en sí, sino como la

---

[72] *"…empresa es el conjunto organizado e integral de elementos objetivos y subjetivos bajo cohesión jurídica, orientados hacia una actividad económica para la producción, circulación o consumo de satisfactores en un mercado determinado"* LEÓN TOVAR, Soyla H.; GONZÁLEZ GARCÍA, HUGO. *Op. cit.,* pág. 307. *"Para efectos de establecer los componentes y las particularidades de la empresa, es preciso recurrir a un modelo ideal, ya que no en todas las empresas se dan todos los elementos. Así pues, esta empresa ideal está constituida por elementos objetivos y subjetivos."* LEÓN TOVAR, Soyla H.; GONZÁLEZ GARCÍA, HUGO. *Op. cit.,* pp. 324 y 325.

[73] GARRIGUES, Joaquín. *Op. cit.,* pág. 172.

[74] *Ibídem*. p. 172.

organización de dicha actividad económica de los factores de producción (trabajo y capital).[75]

De la misma forma, Fernández Ruiz y Martín Reyes, citando a GIRÓN TENA, hablan de la actividad empresarial entendida dentro el marco del derecho español, como un ejercicio realizado no tanto por la empresa en sí, sino ejercido de manera libre por el *empresario,* el cual se encuentra protegido en sus derechos políticos y económicos por la constitución. Completan esta idea, citando a WIELAND, quien concibe a la empresa como una forma de organización de la **actividad** de producción o de prestación de servicios en otros sectores de la actividad económica." [76]

Cervantes Ahumada, hace referencia al Derecho alemán, quien si bien entendía a la empresa como una actividad, esta última era desempeñada por el empresario.[77]

En contrapartida, el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL (CNUDMI), define a la empresa como "(…) toda entidad, **cualquiera que sea su forma jurídica**, que ejerza una **actividad** económica y a la que, llegado el caso, sea aplicable el régimen de la insolvencia (…)."[78]

La opinión del Grupo V, es de gran valor doctrinal, pero sobre todo de gran valor práctico. Aporta un elemento muy importante, que es el considerar a la empresa independientemente de la forma en que esté organizada ("cualquiera que sea su forma jurídica"). De esta manera permite estudiar y dar un tratamiento jurídico, a fenómenos que en la realidad se producen, pero que son tan recientes o tan complejos

---

[75] *"… la empresa es la organización profesional de la actividad económica del trabajo y del capital tendiente a la producción o al cambio*" BARASSI, citado por DE PINA VARA, Rafael. *Op. cit.* Pág. 27. (Énfasis añadido).

[76] "(…) la actividad de la empresa debe ser realizada por el empresario sin injerencias políticas, y a tenor del artículo 38 de nuestra Constitución, dentro del sistema de: «libertad de empresa en una economía de mercado». (En 1954, GIRÓN TENA, llamó a estos empresarios: «los del sector libre de la economía»). FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis y MARTÍN REYES, Ma. de los Ángeles. *Op. cit*.

[77] "(…) *la empresa es concebida como actividad del empresario, como conjunto de bienes patrimoniales al servicio de la actividad empresarial, o como comunidad de trabajo que se realiza en el seno de la empresa, entre el empresario y sus auxiliares".* CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Op. cit*., pág. 492.

[78] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la insolvencia. Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. Pre released July 2010.* Nueva York: Naciones Unidas, 2010. (Énfasis añadido).

que se han escapado de la regulación jurídica. Tal es el caso de los Grupos Empresariales, los cuales son un fenómeno que desde hace años existe en la realidad económica y social, pero que han tardado mucho en ser regulados por el Derecho.

Es acertada la referencia que hace el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, al abarcar dentro del estudio de la empresa a cualquier "ente" sin importar la forma jurídica que haya adoptado. Aunque hay que advertir, por otro lado, que dicha definición puede prestarse a confusión cuando señala que la empresa es un ente que ejerce una actividad económica, puesto que no se sabe si el sentido último de estas palabras, se refiere a la empresa en un sentido económico amplio (es decir a la empresa como ente que ejerce una actividad económica, suponiendo que lo hace a través de su titular, o sea el empresario), o si se está refiriendo al "empresario" en sentido estricto.

Especial importancia reviste para esta definición y el resultado de los trabajos del Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, porque de ellos se puede partir para estudiar los efectos de la insolvencia de empresas que conforman grupos empresariales, en capítulos posteriores.

Por su parte en el Poder Judicial de México se define a la empresa en materia de Competencia Económica, de una manera muy similar por no decir idéntica, a como lo hace el Grupo V de la UNCITRAL, al señalar que la empresa *"responde a un criterio funcional, y abarca a cualquier entidad que ejerza una* ***actividad*** *económica,* ***con independencia de su naturaleza jurídica****, por lo que si no cumple dicha condición, no es posible considerarla como empresa."*[79]

En este mismo sentido, URÍA CASANOVA, citado por Quintana Adriano, en el Diccionario Jurídico Mexicano, considera al ejercicio profesional de una actividad empresarial como empresa,[80] lo cual es criticable pues esta definición está más

[79] *"Empresa. Su concepto en materia de competencia económica."* Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Octubre de 2008 Página: 2176 Tesis: I.4o.A. J/64 Jurisprudencia Materia(s): Administrativa. México.

[80] "(…) Como actividad: La empresa no es un conglomerado de elementos de distinta naturaleza organizados y unidos por un vínculo de finalidad económica, sino todo ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes y servicios. URÍA CASANOVA citado por QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Op. cit.,* pág. 1,494. (Énfasis añadido).

apegada al concepto de empresario que al de empresa.

Es criticable también este enfoque, porque la noción de empresa debe de ser entendida desde una perspectiva amplia y abarcar todos sus elementos constitutivos; tanto la forma de organización de factores de producción, como su fin, que es el de obtener una ganancia en primer lugar y como fin último el de generar riqueza, desarrollo y proveer a la sociedad de bienes y/o servicios. En adición, cabe incluir dentro del concepto de empresa a la actividad del empresario y de sus auxiliares, misma que es indispensable para la consecución de los fines empresariales y para que la empresa exista. Sin embargo, no puede afirmarse que la actividad por sí sola, constituya la empresa.

Para finalizar, regresando al punto de partida, el concepto económico de empresa, es menester concluir que ésta debe de ser considerada desde una visión universalista donde se conjuguen elementos reales y personales, organizados para la ejecución de un fin preponderantemente económico.[81]

I.3 ELEMENTOS DE LA EMPRESA

Como ya se estableció en párrafos anteriores, la empresa entendida como una *organización* de la actividad económica y productiva, está integrada por varios elementos necesarios para su funcionamiento y para que la actividad que realiza sea efectivamente coordinada, dirigida y efectuada con éxito.

A grandes rasgos, las empresas se componen principalmente por dos tipos de elementos: objetivos y subjetivos, los cuales se encuentran integrados por diversos factores, mismos que se explican a continuación y que pueden ser consultados gráficamente en el Cuadro I.3.1 que aparece al final del presente apartado.

---

[81] BROSETA: "Organización de capital y trabajo destinada a la producción de bienes o servicios para el mercado". Citado por FERRER VICENTE, José María. *Op. cit.*
(…) Como organización: El elemento decisivo de la empresa es su organización, o sea, el ordenamiento de los factores reales y personales de la producción. La empresa es la energía viviente que crea valores, cuya existencia como organización está ligada a la de persona y al mantenimiento de la explotación." MÜLLER-ERZBACH citado por QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Op. cit.,* pág. 1,494.

1.3.1 ELEMENTOS OBJETIVOS

Los elementos objetivos o también conocidos como el "Patrimonio" empresarial, están constituidos por el conjunto de bienes (cosas) y derechos de las empresas. En palabras de Garrigues el patrimonio se describe como las *"cosas y derechos y obligaciones mercantiles."*[82] Aunque, como bien lo indica este mismo autor *"la empresa no puede ser titular jurídicamente de un patrimonio, hablamos en un sentido económico..."* en este caso, puede decirse que aunque efectivamente la empresa en sí misma no pueda ser propietaria jurídicamente de bienes, derechos u obligaciones, su titular (el empresario, al que se hará referencia más adelante como su principal elemento) podrá asumir esos derechos y obligaciones jurídicas, así como la tutela y la propiedad de sus bienes.

Cabe mencionar que en el derecho italiano al patrimonio de la empresa, entendido como el conjunto de bienes materiales e inmateriales (muebles, inmuebles, propiedad industrial e intelectual y crédito comercial) organizados por el empresario, se le denomina *"azienda"*.

En palabras de Barrera Graf, se le puede llamar "hacienda" *"al conjunto de los elementos patrimoniales que pertenecen a la empresa; esto es, el conjunto de bienes materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad mercantil. La hacienda está constituida por los bienes y medios con los cuales se desenvuelve una actividad económica y se consigue el fin de la empresa…"* [83]

Dicho término de "hacienda" es empleado frecuentemente en la doctrina general, aunque como lo mencionan Soyla León y Hugo González, en el sistema jurídico mexicano este vocablo no es muy usado y no es éste, sino el término de "patrimonio", el más aceptado para definir al referido conjunto de bienes y derechos. [84]

Ahora bien, los bienes que integran el patrimonio de la empresa se dividen en: bienes materiales o corpóreos e inmateriales o incorpóreos.

---

[82] GARRIGUES, Joaquín. *Op. cit.,* pág. 178.
[83] BARRERA GRAF, citado por De Pina Vara, Rafael. *Op.cit.,* pág. 29.
[84] LEÓN TOVAR, Soyla H.; GONZÁLEZ GARCÍA, HUGO. *Op. cit.,* pág. 325

Los elementos materiales o corpóreos están compuestos por bienes muebles (mercancías, materias primas, maquinarias, dinero, enseres, etc.) y bienes inmuebles.

Dentro de los elementos inmateriales o incorpóreos están los derechos de propiedad inmaterial -propiedad industrial y propiedad intelectual- y el crédito comercial.

a) Propiedad industrial.- En el derecho mexicano la ley que regula este elemento inmaterial es la "Ley de la Propiedad Industrial" que entró en vigor en el año de 1991, misma que regula entre otros elementos a: las invenciones, las patentes, las marcas, el nombre comercial, los avisos comerciales, la denominación de origen, el secreto industrial y los diseños industriales[85]. Cabe comentar algunos de estos elementos.

Lo que la ley en la materia entiende por "*marca"* es: *"todo signo visible que distinga productos o servicio de otros de su misma especie o clase en el mercado."*[86] Especial atención merece este elemento en virtud de que, el valor que representan las marcas para las grandes empresas de la actualidad muchas veces supera al valor de sus elementos materiales.

En esta era de globalización muchas veces una marca (vinculada con la imagen empresarial que más adelante se explica) manejada en el marco de una buena campaña publicitaria, puede hacer que un producto sea más comerciable y más apetecible para el público que la calidad del producto en sí mismo.

A manera de ejemplo puede citarse el caso de la empresa de artículos deportivos "*Nike"*, quien en realidad no fabrica sus propios productos sino que son elaborados bajo diseño a través de proveedores externos, quienes también fabrican artículos deportivos para otras empresas, sin embargo, el público está dispuesto a

---

[85] *Artículo 32.- Los diseños industriales comprenden a:*
I.- Los dibujos industriales, que son toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial con fines de ornamentación y que le den un aspecto peculiar y propio, y
II.- Los modelos industriales, constituidos por toda forma tridimensional que sirva de tipo o patrón para la fabricación de un producto industrial, que le de apariencia especial en cuanto no implique efectos técnicos.

[86] Congreso de la Unión. *Ley de la Propiedad Industrial,* artículo 88. Diario Oficial de la Federación. México: 1991. Texto vigente al 28 de Enero de 2011.

pagar una cantidad mucho mayor por un artículo de una marca reconocida como "*Nike"*, que por un producto que puede ser de igual calidad pero que pertenece a otra marca menos famosa.

También es el caso de los *"diseños industriales"* definidos por el artículo 32 de la Ley de la Propiedad Industrial como *"…I.-Los dibujos industriales, que son toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial con fines de ornamentación y que le den un aspecto peculiar y propio, y II.- Los modelos industriales, constituidos por toda forma tridimensional que sirva de tipo o patrón para la fabricación de un producto industrial, que le de apariencia especial en cuanto no implique efectos técnicos."*[87] Estos diseños industriales, también representan un valor muy importante para la empresa, ya que un buen diseño permite elevar las ventas o mejorar la imagen empresarial considerablemente. Tal es el caso de la empresa refresquera *"The Coca-Cola Company",* quien además de la importancia en términos comerciales de su marca, cabe destacar la enorme estimación (monetaria) que representa para dicha empresa el diseño industrial de sus botellas, que al igual que su propia marca, ha sido un signo distintivo y parte de la imagen empresarial de la *Coca-Cola*, por muchos años.

También es interesante mencionar, por otro lado lo relativo al *"nombre comercial"*, mismo que está igualmente protegido por la Ley de la Propiedad Industrial, y que concede a las empresas el derecho de usarlo exclusivamente sin necesidad de registro. Dicha protección abarca *"la zona geográfica de la clientela efectiva"* de la empresa y se extenderá a todo el territorio nacional en caso de que la difusión de su nombre sea masiva. [88]

b) Propiedad intelectual.- Este elemento inmaterial, principalmente se refiere a los Derechos de Autor que en México están regulados y protegidos por la llamada "Ley Federal de Derechos de Autor," misma que se encuentra dirigida sobre todo a la protección de los derechos sobre obras literarias o artísticas, que si bien son atribuidos

[87] Ibid. Artículo 32.

[88] Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, *"Ley de la Propiedad Industrial",* artículo 105. DOF, 27 de Junio de 1991. Vi: Texto vigente al 28 de Enero de 2011.

a sujetos individuales, en la actualidad este tipo de obras son explotadas o creadas bajo el patrocinio de muchas empresas. [89]

c) Crédito comercial.- En el derecho mexicano el crédito comercial se encuentra protegido por las normas de competencia económica y puede definirse en palabras de Soyla León y Hugo González, como *"la buena organización, conocimiento de gustos y hábitos del público: la buena reputación o prestigio."*[90] Este concepto también es denominado en derecho italiano como *"aviamiento"* o en derecho anglosajón como *"good will"*. Para Barrera Graf, el aviamiento es *"un producto de la inteligencia de la capacidad de la preparación y habilidad técnica del empresario."*[91]

El crédito comercial como un conjunto de elementos de conocimiento del gusto del público que permiten una aceptación o reconocimiento en general, se resume en la buena reputación de la empresa que propicia su éxito comercial y la existencia y permanencia de un grupo de consumidores. Este elemento está muy ligado con el concepto de clientela, que es precisamente el grupo de consumidores de los bienes o servicios ofrecidos por las empresas.

La clientela de acuerdo con Rotondi, es el *"conjunto de personas que de hecho, mantienen con la empresa relaciones continuas por demanda de bienes o servicios."*[92]

De acuerdo con Branca la clientela es *"un instrumento para la consecución de utilidades operativas…pero una vez que existe, contribuye a la obtención de utilidades, lo que equivale a decir, deviene también un elemento, o mejor dicho, un factor de la capacidad productiva que se designa como dirección…"* [93]

En realidad, la clientela más que un elemento, es un factor importantísimo en la empresa, es como diría Bercovitz Rodríguez-Cano *"la contraparte en los negocios de la empresa en el mercado."*[94] Sin embargo el crédito comercial, es a todas luces un

---

[89] LEÓN TOVAR, Soyla H.; GONZÁLEZ GARCÍA, HUGO. *Op. cit.,* pág. 332.
[90] LEÓN TOVAR, Soyla H.; GONZÁLEZ GARCÍA, HUGO. *Ibid.,* pp. 327, 328
[91] BARRERA GRAF, citado por QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Op. cit.,* pág. 1,495.
[92] FERRER VICENTE, José María. *Op. cit.*
[93] BRANCA, citado por LEÓN TOVAR, Soyla H.; GONZÁLEZ GARCÍA, HUGO. *Op. cit.,* pág., 328.
[94] BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto. "*Apuntes de Derecho Mercantil*". Editorial Aranzadi: Pamplona. 2007. p. 268.

elemento fundamental y uno de los pilares más importantes de la empresa. Su relevancia en el mundo empresarial puede equipararse o incluso superar a la de los elementos tangibles; puesto que sin el conocimiento de cómo realizar la actividad empresarial ("know how"), sin su buen prestigio e imagen y sin el conocimiento que le permita atraer al público, no es posible tener clientela, ni tampoco tener una empresa exitosa.

1.3.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS

a) Empresario.- El principal elemento de la empresa es sin duda alguna su titular: el empresario, pues es él quien le da vida a la empresa, el que organiza la actividad de la misma, su fundador y dirigente. El empresario puede ser tanto una persona física o individual, como una persona jurídica (en México también llamada persona moral). Esta persona jurídica o moral puede ser una sociedad mercantil, quien es también denominada por autores como Rafael de Pina Vara como "comerciante social." Asimismo, citando a De Pina Vara, se puede definir al empresario *como "… el dueño de la empresa, el que la organiza y maneja con fines de lucro."* [95]

De acuerdo con el derecho italiano el empresario es entendido como *"…aquél que ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con fines de producción, de cambio de bienes o de servicios, y que se divide en: individuales, persona física, y colectivos, persona moral."* [96]

Para la legislación mexicana sin embargo, el concepto jurídico de empresario no existe como tal, sino que se le denomina más bien como "comerciante" entendiéndose por este último a la persona que *"teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hace de él su ocupación ordinaria…"* [97] y de quien se tratará con mayor detenimiento en el siguiente capítulo.

b) Auxiliares del empresario.- Se denomina así al personal o a la fuerza de trabajo que ayudan al empresario a la realización de la producción de bienes o

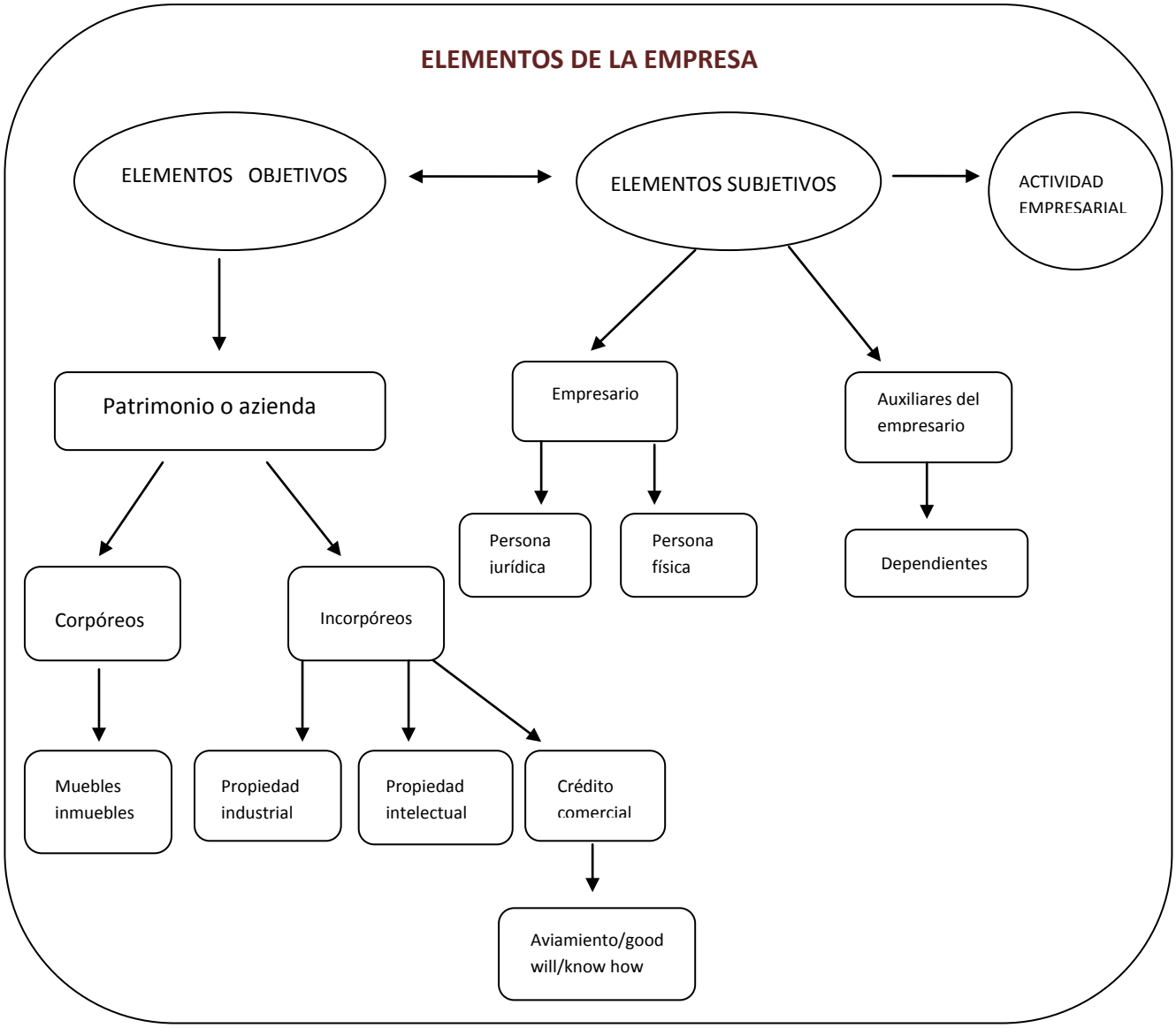
---

[95] DE PINA VARA, Rafael, *Op. cit.*, p. 28.
[96] QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Op. cit.,* p. 1,495.
[97] *Código de Comercio*. Artículo 3º Fracción I. Diario Oficial de la Federación de 15 de Septiembre de 1889. Vi: Texto vigente al 28 de Enero de 2011.

servicios, que se encuentran al servicio de la empresa y que necesariamente *tienen que ser personas físicas*[98]. Existen dos tipos de auxiliares del empresario: los *auxiliares dependientes* (también denominados en idioma inglés como "*humanware"* o *"manpower"*),[99] quienes están ligados directamente al empresario por una relación laboral establecida mediante un contrato de trabajo y con un salario determinado, sin importar el puesto que ocupen dentro del organigrama empresarial. Y los *colaboradores* o *auxiliares independientes*, quienes pueden estar relacionados contractualmente con el empresario, pero sin embargo, no tienen una relación laboral ni de subordinación con respecto a éste último, no obstante son importantes auxiliares del comercio. Este tipo de auxiliares si bien son necesarios para el desempeño de la actividad empresarial, no deben de ser considerados propiamente como un elemento de la empresa, puesto que son externos a ella.

Para resumir lo expresado en el presente apartado y con fines de facilitar su comprensión, a continuación se presenta un cuadro esquemático en el que se observan los elementos principales de la empresa.

[98] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Op.cit.* p.224.
[99] LEÓN TOVAR, Soyla H.; GONZÁLEZ GARCÍA, HUGO. *Op. cit.,* pág. 331.


ELEMENTOS DE LA EMPRESA
ELEMENTOS OBJETIVOS
ELEMENTOS SUBJETIVOS
ACTIVIDAD EMPRESARIAL
Patrimonio o azienda
Empresario
Auxiliares del empresario
Persona jurídica
Persona física
Dependientes
Corpóreos
Incorpóreos
Muebles inmuebles
Propiedad industrial
Propiedad intelectual
Crédito comercial
Aviamiento/good will/know how

Cuadro 1.3.1

CAPÍTULO II

LA NOCIÓN DE "EMPRESA" EN EL DERECHO MEXICANO

II.1 CONCEPTO DE "COMERCIANTE" EN EL DERECHO MEXICANO

Hay que insistir en que el derecho mexicano no ha adoptado el concepto jurídico de "empresa", ni mucho menos lo ha definido como ya se estudió en el capítulo inmediato anterior. Es concluyente que en su lugar, en su mayoría el derecho positivo mexicano identifica a la empresa y al empresario con el término jurídico de "comerciante", tal y como lo define el Código de Comercio en vigor. A manera de ejemplo hay que hacer referencia a la mención que hace del término "comerciante" la ley concursal mexicana, legislación que por otra parte reviste para especial importancia porque, como se expresó en el capítulo anterior, será a la insolvencia de las empresas (o del comerciante) a la que se dedicarán los capítulos posteriores del presente estudio.

Dado que la ley concursal mexicana, define en su artículo 4to fracción II al *"Comerciante"* como *"la persona física o moral* (jurídica) *que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio"* y que este concepto de comerciante comprende también *"al patrimonio fideicomitido cuando se afecte a la realización de actividades empresariales. Igualmente comprende a las sociedades mercantiles controladoras o controladas a que se refiere el artículo 15 de esta ley"* entonces es menester explicar lo que la ley mexicana entiende por todos estos conceptos, dado que precisamente la ley concursal mexicana va orientada a la conservación de las empresas (sinónimo para la ley de comerciante, fideicomiso empresarial y sociedades mercantiles controladoras o controladas) y evitar el incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago que pueda poner en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios.[100]

[100] Artículo 1º de la Ley de Concursos Mercantiles.- DOF. 12 de Mayo de 2000.

En primer término, al remitirse la ley concursal al Código de Comercio en vigor[101] para la definir al comerciante, sin entrar a su definición, el artículo 3º establece lo siguiente:

> *"Articulo 3. Se reputan en derecho comerciantes:*
>
> *I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;*
>
> *II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;*
>
> *III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de estas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio."*

De lo anterior se colige que toda persona que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio hagan de él su ocupación ordinaria, serán reputadas en derecho comerciantes y por tanto sujetos a las disposiciones de la Ley de Concursos Mercantiles para el caso de su insolvencia, con excepción de aquellos pequeños comerciantes que sólo podrán ser declarados en concurso mercantil, cuando acepten someterse voluntariamente y por escrito a la aplicación de la ley concursal referida, entendiendo dicho ordenamiento legal como pequeño comerciante a aquél cuyas obligaciones vigentes y vencidas, en conjunto, no excedan el equivalente de 400 mil UDI's (Unidades de Inversión)[102] al momento de la solicitud o demanda de concurso.[103]

También son comerciantes para el derecho mexicano las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles que, en México es la Ley General de Sociedades Mercantiles[104] la que en su artículo 1º reconoce a las siguientes especies de sociedades mercantiles:

> *"Articulo 1.- Esta ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:*
>
> *I.- Sociedad en Nombre colectivo;*

---

[101] DOF del 07 al 13 de Octubre de 1889.

[102] Cantidad que equivale a MXP$1'789,996.4 pesos, a €105, 226.0721 euros o a USD$146,264.2403 dólares. DOF. 05 de noviembre de 2010.

[103] Artículo 5to de la Ley de Concursos Mercantiles.

[104] DOF 4 de Agosto de 1934 y sus reformas.

II.- Sociedad en Comandita simple;

III.- Sociedad de Responsabilidad Limitada;

IV.- Sociedad Anónima;

V.- Sociedad en Comandita por Acciones, y

VI.- Sociedad Cooperativa.

Cualquiera de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V de este artículo podrá constituirse como sociedad de capital variable, observándose entonces las disposiciones del capitulo VIII de esta ley."

Es oportuno señalar que las Sociedades en Nombre Colectivo, en Comandita Simple y en Comandita por Acciones, han caído en desuso en México.

Asimismo es menester mencionar a otras legislaciones de carácter mercantil que también regulan otro tipo de sociedades mercantiles que igualmente serán consideradas como comerciantes para el derecho mexicano, como es el caso de la Ley del Mercado de Valores[105] y que regula a las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (SAPI's); Sociedades Anónimas de Inversión Bursátil (SAIB's) y; a las Sociedades Anónimas Bursátiles (SAB's), que fueron creadas por el legislador mexicano para promover la captación de inversiones hasta llegar a su cotización en la Bolsa Mexicana de Valores a efecto de bursatilizar sus acciones y obtener financiamientos importantes del gran público inversionista.

Por otra parte se encuentran las empresas del sector financiero y de los seguros que ejercen sus funciones como Instituciones de Crédito (Bancos), de Seguros y Fianzas, Almacenes Generales de Depósito y Uniones de Crédito, las cuales son reguladas por su propia ley de cada materia.

También son considerados como comerciantes para efecto de la ley concursal las Empresas de Participación Estatal que se constituyan como sociedades mercantiles.[106]

[105] DOF. 31 de Diciembre de 2005.

[106] Artículo 5to, Segundo Párrafo, de la Ley de Concursos Mercantiles.

Mención especial merece la inclusión en el derecho concursal mexicano del patrimonio fideicomitido que tendrá la calidad de comerciante cuando se afecte a la realización de actividades empresariales.

Sin lugar a dudas, esta figura del fideicomiso empresarial implica una novedad legislativa importante para el derecho mexicano, toda vez que el legislador reconoce y acepta para asimilar en el derecho concursal mexicano a la moderna Teoría del Patrimonio Afectación, que a diferencia de la Teoría Clásica del Patrimonio, considera que de hecho, una persona puede tener distintos patrimonios, en razón de que puede tener diversos fines jurídico-económicos por realizar, así como que dichos patrimonios, considerados como masas autónomas, pueden transmitirse por actos entre vivos.

Aún cuando esta moderna Teoría del Patrimonio Afectación no ha sido aceptada universalmente por todas las legislaciones y son todavía muchas las que, con una serie de excepciones, siguen recogiendo la Teoría Clásica, el legislador mexicano la regula en la ley concursal mencionada, no obstante que, la legislación mexicana en general continúa apegada a la Teoría Clásica del Patrimonio sobre todo en lo relativo al principio de su indivisibilidad.

Es entonces el patrimonio fideicomitido, sin dudar, un patrimonio-afectación. Hay que recordar que el Fideicomiso en México se forma a través de un contrato por medio del cual una persona (física o jurídica) denominada *"fideicomitente"* transmite ciertos bienes o derechos para la realización de un fin lícito, encomendando dicha realización a una institución fiduciaria que se denomina *"la fiduciaria",* en beneficio de otra u otras personas (físicas o jurídicas) que se denominan *"fideicomisarios"* y que bien pudiera ser el propio *"fideicomitente"*.[107]

La institución fiduciaria, que en la mayoría de los casos siempre será una institución de crédito autorizada en el país, tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto en el acto de su constitución y si bien es cierto que el fideicomitente transmite a la fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más

[107] Capítulo V, del Título I, Sección I, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. DOF. 27 de agosto de 1932 y sus reformas.

bienes o derechos, la fiduciaria resulta ser la titular jurídica más no económica de dichos bienes o derechos, pues los beneficios económicos siempre serán a favor del fideicomisario o del propio fideicomitente en su caso. Es así, que de manera taxativa el numeral 386 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que regula esta figura jurídica, claramente establece a la fiduciaria la obligación de registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.

Por otra parte, la legislación fiscal también obliga a las entidades financieras que funjan como fiduciarias en este tipo de fideicomisos el registrarlos y obtener el número del Registro Federal de Contribuyentes (RFC) que identifique a cada fideicomiso para efectos de su tributación.[108]

De la misma manera, las leyes fiscales tipifican al fideicomiso con actividad empresarial, cuando los fines del mismo sean para dedicarse a actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, pesqueras o silvícolas.[109]

Las anteriores consideraciones sobre el fideicomiso empresarial, no siempre parecen ser tan claras para los tribunales mexicanos. Existen casos en la jurisprudencia mexicana en los cuales hubo resistencia y seria oposición por parte de la Asociación de Banqueros de México para evitar la tramitación del concurso de acreedores de un fideicomiso empresarial, argumentando la inconveniencia de llevar a concurso a una institución de crédito, cuando en realidad sólo se tramitaría el concurso de un patrimonio fideicomitido (patrimonio-afectación) cuyo fiduciario (titular jurídico) lo era como por ley debe ser, una institución de crédito fiduciaria.[110]

Resulta entonces que estos conceptos sobre el fideicomiso empresarial, a diez años de haber entrado en vigor la ley concursal mexicana, aún siguen siendo motivo de discusión en tribunales.

---

[108] Artículo 32-B, Fracción VIII, del Código Fiscal de la Federación. (CFF). DOF. 31 de Diciembre de 1981.
[109] Artículo 16 del Código Fiscal de la Federación. (CFF)
[110] Ver concurso mercantil de *"Autoconstrucción, S.A. de C.V."* y su patrimonio fideicomitido. Fiduciaria *"Banca Serfín, S.A. División Fiduciaria"*. Expediente 159/2005 del Juzgado 10mo de Distrito en materia Civil en el Distrito Federal.

Por último, como es pertinente señalar que la legislación mexicana utiliza como sinónimos el término *"comerciante"* y el término *"empresa",* como se verá enseguida.

En efecto, como ya se dijo en líneas anteriores, obsoleto Código de Comercio mexicano de fines del siglo antepasado no reconoce el término *"empresa", "empresario",* ni *"actividad empresarial",* sin embargo existen otras disposiciones , también de carácter federal y que tienen la misma jerarquía que la legislación de comercio y que introducen estos términos en la terminología jurídica.

La propia Ley de Concursos Mercantiles identifica como sinónimos a los términos *"empresas"* y *"comerciantes",* cuando en su artículo 5to habla de las *"empresas pequeñas y de participación estatal"* para en el mismo numeral mencionarlas como *"pequeños comerciantes",* definiéndolos, como ya se vio, *"a aquellos cuyas obligaciones vigentes y vencidas, en conjunto, no excedan el equivalente de 400 mil UDI's al momento de la solicitud o demanda"*.

Por su parte, la legislación fiscal, más moderna y siguiendo los lineamientos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), identifica lo que se entiende por *"actividades empresariales*", refiriéndose expresamente a las actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, pesqueras y silvícolas, y considera "empresa" a la persona física o moral (jurídica) que realice las actividades antes mencionadas, ya sea directamente, a través de fideicomiso o por conducto de terceros[111].

Por su parte, la moderna doctrina mexicana, es unánime en que atendiendo a su función en el proceso económico o a la actividad productora del empresario, la empresa es concebida dinámicamente como una actividad. No es lo mismo empresa que sociedad mercantil.[112] La sociedad es el empresario; la empresa es el modo en que se desarrolla la actividad del empresario. Siguiendo a Cervantes Ahumada,[113] se puede decir que la empresa es un conjunto de bienes patrimoniales al servicio de la actividad empresarial y como ya se vio anteriormente, la actividad empresarial se identifica con

[111] Artículo 16 del Código Fiscal de la Federación.
[112] LEÓN, Tovar Soyla; GÓNZALEZ, García Hugo.- "Derecho mercantil".-. Edit. Oxford.- 2007. Pp.315 y sigs.
[113] CERVANTES, Ahumada. *Op.cit*.

los actos de comercio que se enuncian claramente en el artículo 75 del Código de Comercio.

II.2 CONCEPTO DE "AGENTE ECONÓMICO" EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

Partiendo del principio de que aún no existe una definición del concepto de "empresa" generalmente aceptada por el derecho positivo mexicano y resultando insuficiente y obsoleta la definición que del término jurídico "comerciante" regula el Código de Comercio mexicano de 1889, resulta entonces que ante la presencia de fenómenos económicos y jurídicos que impactan la vida económica e influyen, a veces de manera negativa, en las relaciones del mercado que garanticen una sana y necesaria libre competencia entre los diversos actores económicos, es conveniente citar aquí un nuevo término acuñado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando se refieren en materia de competencia económica a la actuación de lo que denomina "agente económico" y a que se hará referencia enseguida.

Hay que mencionar el sonado litigio conocido como *"la guerra de las Colas"* derivado de la denuncia que realizó una empresa refresquera que produce bebidas de cola, en contra de lo que consideró constituían prácticas monopólicas llevadas a cabo por el grupo empresarial conocido como *"Grupo Coca-Cola"* integrado por una serie de empresas (sociedades mercantiles) que aunque en principio tienen su propia personalidad jurídica, opera en el mercado como un grupo empresarial y que a juicio de la afectada implicaba la realización de conductas monopólicas o prohibidas que violentaban lo estipulado en la Ley Federal de Competencia Económica y su Reglamento.

Las diversas empresas denunciadas por prácticas monopólicas impugnaron la resolución de la Comisión Federal de la Competencia Económica que declaró la procedencia de la denuncia y sancionó por prácticas monopólicas a las diversas sociedades mercantiles que componen el Grupo Coca-Cola.

Las empresas denunciadas impugnaron tal resolución administrativa argumentando en lo toral que dicha resolución era ilegal al pretender imputarle

hechos por pertenecer a lo que la autoridad denomina como “Grupo o sistema Coca-Cola”, no obstante que el derecho positivo mexicano en ningún momento reconoce personalidad jurídica a los grupos o sistemas económicos o grupos corporativos y que por tanto, la aludida resolución indebidamente crea una nueva persona jurídica distinta a las empresas que impugnaron tal resolución y a las que no puede válidamente atribuírsele la responsabilidad de hechos de terceros (se refieren a la empresa *holding* o matriz denominada *“The Coca-Cola Company”*).

Es importante señalar para el análisis de este caso que el artículo 3º de la Ley Federal de Competencia Económica establece lo siguiente:

“Artículo 3º.- están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica”.

Así entonces, los tribunales que conocieron de este caso debieron dilucidar qué debe entenderse por empresa, a la cual se definió utilizando el concepto funcional y estableciendo que *“abarca a cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico o la naturaleza jurídica, por lo que si un ente no ejerce ninguna actividad económica, resulta que no es posible considerarlo como empresa.”*

Resulta inconcuso que las empresas denunciadas ejerzan una actividad económica al producir, comercializar, distribuir y vender bebidas carbonatadas y no carbonatadas, bajo las marcas “Coca-Cola”, “Orange Crush” y en especial la distribución del agua de Taxco “Yoli”.

En la propia resolución judicial en comento se definió el contenido del concepto de “agente económico” al que se refiere el ya citado artículo 3º de la Ley Federal de Competencia Económica utilizando la propia definición hecha por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación y que lo define de la siguiente manera:

"(…) Consecuentemente, se concluye que los agentes económicos son aquellas personas o entidades que se dedican a la actividad económica, dada su estrecha vinculación con la producción, la distribución, el intercambio y el consumo de artículos necesarios, siguiendo un comportamiento para obtener su máxima utilidad, que repercute necesariamente en la economía del Estado."[114]

Así entonces los tribunales que conocieron de este caso concluyeron que:

> *"(…) The Coca-Cola Company" se dedica a la fabricación y venta de concentrados y bases de bebidas, a partir de los cuales se preparan jarabes para bebidas no alcohólicas. Es la cabeza de un grupo de interés económico dedicado a producir, embotellar y distribuir las bebidas carbonatadas, comúnmente conocidas como refrescos, de la marca Coca Cola, a través de un sistema de contratos de carácter territorial establecido con diversos embotelladores nacionales. Asimismo, es el fabricante, comercializador y distribuidor de concentrados y jarabes para bebidas no alcohólicas más grande del mundo. Tiene publicado en su página de internet que ha invertido en otras compañías con el método de capital. Define el Sistema Coca-Cola como la empresa y sus socios embotelladores.*
>
> *Como titular de las marcas es quien generalmente induce y coordina la promoción del producto en los diversos medios de comunicación, particularmente a través de la televisión, radio, cine, periódicos y revistas. Además de llevar a cabo el patrocinio de actividades deportivas, musicales y culturales tendientes a promover la imagen de la marca Coca-Cola. El costo de la referida promoción se comparte por lo general con los embotelladores. Ha designado y autorizado a terceros para fabricar las bases de bebidas para su venta a embotelladores debidamente designados. Tales terceros se denominan, proveedores autorizados."*

Resolvieron los Tribunales con base en el análisis de las investigaciones realizadas por la autoridad administrativa, que la manera en que funciona el agente económico denominado "Grupo Coca-Cola" mediante acuerdos verticales (acuerdos entre empresarios en distintas fases de un proceso) tiene un efecto anticompetitivo en relación con otras marcas en el mercado, pues si bien hay una relativa competencia de los embotelladores limitada a sus territorios y productos que fabrica con, posiblemente cierta ganancia en eficiencia; no menos cierto es que en la competencia

[114] Jurisprudencia con registro número 168495.-Rubro: Competencia Económica. La prueba indirecta es idónea para acreditar, a través de indicios, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como la mejor información disponible, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas.- Novena Época.- Tribunales Colegiados de Circuito.- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Noviembre de 2008, pág.1228.

entre marcas al identificarse con la distribución comercial (acuerdos de compra exclusiva), se generan barreras de entrada

> *"(…) al sujetar la venta de bebidas carbonatadas de las marcas Coca-Cola, a las tiendas detallistas a la condición de no vender ni proporcionar las bebidas carbonatadas de las marcas de Big Cola (la denunciante afectada) y además, de manera unilateral rehusarse a vender a las tiendas detallistas bebidas carbonatadas de las marcas de Coca- Cola, aún cuando dichas bebidas carbonatadas están disponibles y son normalmente ofrecidas a terceros, lo cual desplaza indebidamente e impide sustancialmente el acceso de AJEMEX (la denunciante afectada) en el mercado relevante de la distribución y comercialización de bebidas carbonatadas y en todo el territorio nacional respecto de la elaboración, envasado y transporte de bebidas carbonatadas atendiendo a la integración y coordinación de las políticas instrumentadas por "The Coca-Cola Export Corporation", las empresas cabeza de grupo y las embotelladoras referidas, todas integrantes del Sistema Coca-Cola, pues dificulta a los diversos fabricantes de la rama competir sobre la base de la calidad de sus productos, sin justificación o ventajas competitivas."*
>
> *"De las circunstancias de hecho y razones apuntadas, es viable establecer que no puede desconocerse la comunidad de intereses y la unidad económica que existe entre las diversas personas morales involucradas en la investigación y resolución de prácticas monopólicas relativas, puesto que el hecho de que se trate de sociedades mercantiles distintas con personalidad jurídica diversa, no es obstáculo para que se pueda investigar la realidad que existe en su interior, con el fin de evitar conductas indebidas (por la existencia de una sociedad dominante) y la utilización de la personalidad para obtener resultados anti jurídicos en perjuicio de intereses públicos o privados".*[115]

De lo anterior se colige, que el alto tribunal de justicia de la Nación, en la tesis jurisprudencial analizada ha tratado de suplir la deficiencia del derecho positivo mexicano de definir y regular en un concepto amplio y moderno a los "*agentes económicos*" tal y como actúan en un mercado determinado.

De carecer de estos lineamientos y definiciones, aun sean de manera funcional como es el caso, no sería posible evitar y sancionar conductas ilícitas de estos "*agentes económicos*", quienes con frecuencia violan disposiciones anti-monopólicas afectando el sano desarrollo del comercio en general.

---

[115] Amparo en revisión 479/2006.- Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito.- Novena Época.- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo XXVIII, Octubre de 2008. Pág. 2050.

Posteriormente se verá cómo también la ausencia de regulación jurídica de estos "*agentes económicos*" impiden a los acreedores tener garantizados sus créditos con el patrimonio de los integrantes de estos "*agentes económicos*" o "*grupos económicos*" cuando alguno de sus miembros cae en estado de insolvencia. De ahí el interés en seguir profundizando en este tema.

II.3 EL CONCEPTO JURÍDICO "EMPRESA" EN EL DERECHO MEXICANO

En el capítulo I se analizó lo que se debe entender jurídicamente como "empresa" y se estableció que este concepto no es reconocido ni regulado en la generalidad del derecho positivo mexicano, por lo que se hará un breve análisis sobre lo que entiende la legislación en general, la doctrina y la jurisprudencia mexicanas por "*empresa*", que en el mayor de los casos lo asimilan al concepto jurídico de "*comerciante*" tal y como lo define el ya citado artículo 3º del Código de Comercio de 1889 al que se ha hecho referencia en el apartado II.1 de este mismo capítulo.

2.3.1 ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ACTIVIDAD EMPRESARIAL?

Como ya se ha dejado asentado, el ya obsoleto Código de Comercio de 1889 define a la figura del comerciante como aquéllas personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria. También reputa en derecho comerciante a las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles y a las sociedades extranjeras o a las agencias y sucursales de éstas que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Así entonces, la legislación de comercio mexicana más que definir a la actividad empresarial la identifica con la realización de actos de comercio que se realizan como ocupación ordinaria, bien sea por personas físicas o jurídicas o bien, como dice la legislación de comercio, por sociedades constituidas con arreglo a leyes mercantiles.

Esta enunciación parece obsoleta porque, como se ha visto desde el capítulo anterior, hoy en día diversas entidades realizan actividades empresariales con independencia de la forma jurídica en que se organicen y estas actividades empresariales son llevadas a cabo por los denominados "*agentes económicos*" o "*grupos de interés económico*" como ya los ha definido la propia Ley Federal de

Competencia Económica y la Jurisprudencia del alto tribunal de justicia de la Nación, en las resoluciones referidas con antelación.

Por otra parte, hoy en día existen sociedades que realizan actividades empresariales y que no se encuentran constituidas con arreglo a las leyes mercantiles como limitativamente lo establece la citada fracción II del artículo 3º del Código de Comercio en vigor, y operan en el mercado sociedades de producción rural que en en el estado de Jalisco son las que cultivan, cosechan y explotan el producto del agave del cual se extrae el tequila y que se encuentran reguladas por una ley de naturaleza agraria y que tampoco tiene la naturaleza de mercantil, desarrollando en realidad actividades empresariales. Es concluyente entonces que también este tipo de sociedades, aunque no son reguladas por el derecho mercantil, al realizar actividades empresariales también pueden ser sujetas de ser llevadas a concurso mercantil.

Por lo que respecta a aquéllas empresas que teniendo participación estatal y que por ello forman parte de la administración pública paraestatal, de acuerdo con la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, al desarrollar actividades mercantiles, en principio también debieran ser sujetas al concurso mercantil en caso de su insolvencia. Sin embargo, el artículo Cuarto Transitorio de la ley concursal mexicana, claramente prevé que estas entidades de la administración pública paraestatal *que no estén constituidas como sociedades mercantiles* no serán declaradas en concurso mercantil. Esta disposición de la ley parece ser un despropósito de la misma, puesto que deja de regular a la insolvencia de estas empresas, que aún desarrollando actividades mercantiles, no son sujetas de ser llevadas a concurso, lo que deja en estado de indefensión a los acreedores.

Luego entonces, ¿en dónde se encontrará en el derecho positivo mexicano regulada a la actividad empresarial? Como ya es común en el sistema jurídico mexicano, una vez más han sido las leyes fiscales las pioneras en regular diversas figuras o entidades jurídicas que realizan actividades empresariales, aunque su regulación se limite a su tratamiento fiscal.

El Código Fiscal de la Federación[116] en su artículo 16 establece que se entenderá por actividades empresariales las siguientes:

> *"I. Las comerciales que son las que de conformidad con las leyes federales tienen ese carácter y no están comprendidas en las fracciones siguientes.*
>
> *II. Las industriales entendidas como la extracción, conservación o transformación de materias primas, acabado de productos y la elaboración de satisfactores.*
>
> *III. Las agrícolas que comprenden las actividades de siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.*
>
> *IV. Las ganaderas que son las consistentes en la cría y engorda de ganado, aves de corral y animales, así como la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.*
>
> *V. Las de pesca que incluyen la cría, cultivo, fomento y cuidado de la reproducción de toda clase de especies marinas y de agua dulce, incluida la acuacultura, así como la captura y extracción de las mismas y la primera enajenación de esos productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.*
>
> *VI. Las silvícolas que son las de cultivo de los bosques o montes, así como la cría, conservación, restauración, fomento y aprovechamiento de la vegetación de los mismos y la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.*
>
> *Se considera empresa la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este artículo, ya sea directamente, a través de fideicomiso o por conducto de terceros; por establecimiento se entenderá cualquier lugar de negocios en que se desarrollen, parcial o totalmente, las citadas actividades empresariales."*

Así entonces, la legislación fiscal más que definir a la actividad empresarial, establece lo que se debe entender para fines fiscales por actividad empresarial, lo que comprende a la actividad comercial, industrial, agrícola, ganadera, pesquera o silvícola, que realice la empresa, entendida como la persona física o moral (jurídica) que realice las actividades anteriores, ya sea directamente, a través de fideicomiso empresarial o aún por conducto de terceros, como el caso de los incapaces legales que pueden ser empresarios para efectos fiscales aunque realicen su actividad por conducto de sus representantes legales.

[116] Diario Oficial de la Federación del 31 de Diciembre de 1981.

La legislación fiscal entonces, es más avanzada que el propio Código de Comercio al identificar y definir, aunque sea de manera funcional de nuevo, lo que se debe entender por actividades empresariales, que serán todas aquéllas que tengan un contenido eminentemente económico.

A su vez la Ley del Impuesto Sobre la Renta[117] al regular en su Título IV los ingresos de las personas físicas por actividades empresariales, establece en el artículo 120 que están obligadas al pago del impuesto establecido en en la Sección I (de las personas físicas con actividades empresariales y profesionales), las personas físicas que perciban ingresos derivados de la realización de actividades empresariales o de la prestación de servicios profesionales y en su párrafo III establece: "*para los efectos de este capítulo se considerarán: I.- Ingresos por actividades empresariales, los provenientes de la realización de actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, de pesca o silvícolas.*"

Tal enunciación es la misma que ya se analizó, prevista en el Código Fiscal de la Federación.

Por tanto, la Ley del Impuesto Sobre la Renta en lugar de definir a las actividades empresariales, remite a su definición como lo hace el Código Fiscal de la Federación.

Aunque la definición de lo que se debe considerar como empresa que hacen las leyes fiscales antes mencionadas es muy interesante y novedosa en el derecho mexicano, sin embargo no es posible utilizarla en el ámbito del derecho concursal, el cual, como ya se dijo sigue sujeto a la definición de lo que se debe entender como "comerciante", término que como ya se ha venido sosteniendo, resulta sumamente limitado en la actualidad para comprender a todos aquellos entes que realizan actividades empresariales y que debieran ser sujetos del derecho concursal en caso de su insolvencia.

2.3.2 CONCEPTO DE "EMPRESA" EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

[117] Diario Oficial de la Federación del 1º de Enero de 2002.

De lo expuesto en líneas anteriores resulta concluyente que la legislación mexicana en general no regula el concepto de empresa, sino más bien, se insiste en que establece lo que se reputa en derecho como comerciante en los términos del ya citado artículo 3º del Código de Comercio en vigor que son aquéllas personas que ejercen el comercio y hacen de él su ocupación ordinaria. Y el diverso numeral 75 del propio Código de Comercio establece lo que la ley reputa como "*actos de comercio*" y que son los siguientes:

> *"I.- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;*
>
> *II.- Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;*
>
> *III.- Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;*
>
> *IV.- Los contratos relativos y obligaciones del Estado ú otros títulos de crédito corrientes en el comercio;*
>
> *V.- Las empresas de abastecimientos y suministros;*
>
> *VI.- Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados;*
>
> *VII.- Las empresas de fábricas y manufacturas;*
>
> *VIII.- Las empresas de trasportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo;*
>
> *IX.- Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas;*
>
> *X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda;*
>
> *XI.- Las empresas de espectáculos públicos;*
>
> *XII.- Las operaciones de comisión mercantil;*
>
> *XIII.- Las operaciones de mediación de negocios mercantiles;*
>
> *XIV.- Las operaciones de bancos;*
>
> *XV.- Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;*
>
> *XVI.- Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;*

XVII.- Los depósitos por causa de comercio;

XVIII.- Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;

XIX.- Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;

XX.- Los vales ú otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;

XXI.- Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;

XXII.- Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;

XXIII.- La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;

XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

XXV.- Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial."

De la anterior enunciación, se colige entonces que toda aquella persona física o jurídica, que realice como su ocupación ordinaria cualesquiera de los actos enunciados en el referido artículo 75 del Código de Comercio, se reputarán en derecho comerciantes (que en su moderna acepción bien pueden llamarse empresarios).

También el propio artículo 75 referido menciona diversos tipos de empresas, sin definir lo que se entiende por "*empresa*" y sólo estableciendo su ocupación ordinaria para reputar que realizan actos de comercio.

Por su parte, la Ley de Concursos Mercantiles mexicana tampoco define el concepto de empresa, sino que se refiere al comerciante y remite para su acepción a la propia definición ya vista del Código de Comercio. Una novedad en el derecho positivo mexicano es que se identifica como comerciante también al patrimonio fideicomitido cuando se afecte a la realización de actividades empresariales.

Así entonces, siendo el fideicomiso un contrato a virtud del cual una persona llamada fideicomitente afecta ciertos bienes para la realización de un fin lícito encomendado a una institución fiduciaria y regulado por el Capítulo V la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito[118], la Ley de Concursos Mercantiles mexicana ya le confiere el carácter de ente comercial, sin que constituya una sociedad mercantil o cualesquier otro tipo de sociedades y sin que de suyo el fideicomiso sea una persona jurídica con personalidad jurídica propia, pues se trata de un patrimonio de afectación (como le llama la doctrina), cuyo titular jurídico es la institución fiduciaria (en la mayoría de los casos es una institución de crédito) y cuyo titular económico es el fideicomisario o beneficiario que bien puede ser el propio fideicomitente.

Pero al no definir la propia Ley de Concursos Mercantiles lo que se entiende por "*actividades empresariales*" para distinguir a un fideicomiso empresarial, entonces de nuevo se ven precisados a acudir a la definición que ya se vio en líneas anteriores de lo que entiende el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación cuando define a las actividades empresariales y que en obvio de repeticiones aquí se da por reproducido y que son todas aquellas que ya mencionadas que tienen un contenido económico en su realización.

Es menester aclarar que haciendo uso de la hermenéutica jurídica es válido acudir a otro cuerpo de leyes para encontrar la definición de algún concepto jurídico como en este caso, pues tanto la Ley Concursal mexicana como el Código Fiscal de la Federación, ambos son leyes federales, de la misma jerarquía y ambas emanadas del H. Congreso de la Unión.

Por su parte, Ley de Navegación y Comercio Marítimos[119] abrogada por la nueva Ley de Navegación y Comercio Marítimos, establecía en su artículo 127 que *"…se entiende por empresa marítima el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para la explotación de uno o más buques en el tráfico marítimo. Se entiende por naviero, el titular de una empresa marítima."*

[118] Publicada en el Diario Oficial de la Federación 27 de agosto de 1932.
[119] Diario Oficial de la Federación de 21 de noviembre de 1963.

Esto es, la abrogada ley también identificada al concepto de empresa como al conjunto organizado del trabajo, elementos materiales y valores incorpóreos, que se coordinan para la explotación de uno o más buques en el tráfico marítimo, con independencia de su titular a quien le denomina "naviero".

De manera inexplicable la nueva Ley de Navegación y Comercio Marítimos[120] ya no define al concepto de empresa naviera desde el punto de vista de los elementos que la componen, sino que en su artículo 2 fracción IX, identifica al naviero o empresa naviera, armador o empresa armadora, de modo sinónimo, como la persona física o moral (jurídica) que teniendo bajo su propiedad o posesión una o varias embarcaciones y/o artefactos navales y sin que necesariamente constituya su actividad principal, realice las siguientes funciones: equipar, avituallar, aprovisionar, dotar de tripulación, mantener en estado de navegabilidad, operar por sí mismo y explotar embarcaciones.

Esto es, la nueva legislación en materia de navegación y comercio marítimos identifica como sinónimos al titular de la empresa y a la empresa misma cuando se dedique a cualesquiera de las actividades ya mencionadas aunque no lo realicen como su actividad principal, ignorando por completo en la definición a los elementos que componen la empresa y centrándose exclusivamente en las funciones realizadas por quien las lleve a cabo.

Por otra parte, la Ley Federal del Trabajo [121] en su artículo 16 establece que: *"para los efectos de las normas de trabajo, se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa."*

Siendo la ley del trabajo de carácter eminentemente social y proteccionista de los trabajadores, y sólo para efecto de las normas del trabajo, se define a la empresa "el patrón" como la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios, obviamente para la cual presta sus servicios el trabajador. Esto es, la

[120] Diario Oficial de la Federación del 1º de junio de 2006.
[121] Diario Oficial de la Federación del 1º de abril de 1970

legislación laboral no le impone al trabajador la carga de identificar el tipo de persona (física o jurídica) o el nombre correcto y exacto del empresario o titular de dicha unidad económica para efectos de exigencia, reclamo o demanda de prestaciones laborales, sino que basta con que el trabajador identifique el lugar en el que presta sus servicios personales para que dicha unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios tenga el carácter de empresa patrona y por tanto tenga la legitimación en la causa pasiva para ser demandada por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación obrero-patronal.

Así entonces existen aunque de manera aislada, algunas disposiciones legales en el derecho mexicano se refieren a la "empresa", pero no definen a ésta y se limitan a identificar lo que se debe entender por "actividad empresarial", la cual es mejor definida en materia tributaria.

2.3.3 CONCEPTO DE "EMPRESA" EN LA DOCTRINA

Ante la ausencia de la definición del concepto de empresa en el derecho positivo mexicano, hay que acudir a la doctrina para tratar de entender este concepto en toda su magnitud haciendo de nuevo referencia a lo que estudiado en el capítulo I de este trabajo, pero que bien vale la pena recordar brevemente para efectos de precisar los elementos que componen su definición.

Ya establecía Raúl Cervantes Ahumada[122] que la empresa es un conjunto de bienes patrimoniales al servicio de la actividad empresarial, lo que implica tácitamente que de acuerdo con la moderna doctrina de la empresa, no importa el ente jurídico en que se constituya el empresario, que es el titular de la empresa, sino que la empresa será el conjunto de bienes patrimoniales que están destinados al servicio de la actividad empresarial, que como ya se vio, es toda aquella de contenido eminentemente económico.

Por su parte, Soyla León Tovar y Hugo González García, [123] después de hacer un análisis de las diversas teorías doctrinales sobre la empresa, concluyen que, atendiendo a su función en el proceso económico o a la actividad productora del

[122] CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Op.cit.*
[123] LEÓN TOVAR, Soyla; GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo. *Op. cit.* pp.315 y siguientes.

empresario, la empresa es concebida dinámicamente como una actividad. No es lo mismo empresa que sociedad mercantil, como atinadamente lo sostienen dichos tratadistas. La sociedad mercantil en su caso es el empresario; la empresa es el modo en que se desarrolla la actividad del empresario. De nuevo se está ante la presencia de una definición de empresa tipo funcional.

Para los demás conceptos doctrinarios y en obvio de repeticiones hay que remitirse a lo ya dicho sobre este particular en el capítulo I de este trabajo.

2.3.4 CONCEPTO DE "EMPRESA" EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

En realidad no existen importantes antecedentes en la jurisprudencia mexicana sobre lo que debe entenderse por el concepto de empresa. Como ya se ha venido insistiendo, en el derecho mexicano se ha utilizado preferentemente el concepto de "comerciante" para identificar como tal a la persona física o jurídica que realice de manera ordinaria y habitual cualesquiera de los diversos actos de comercio que enuncia el ya referido artículo 75 del Código de Comercio en vigor.

También se ha señalado que es más frecuente encontrar el significado del término "actividad empresarial", principalmente referido a la materia tributaria, pues es precisamente la realización de cualesquiera de los actos de naturaleza económica que se identifican como actividad empresarial en el Código Fiscal de la Federación ya mencionado en líneas anteriores, cuando se actualiza la norma tributaria generando obligaciones de naturaleza fiscal.

Como ya también se mencionó en líneas anteriores, cuando se reolvió el conflicto que se identifica como *"La Guerra de las Colas"* al analizar el H. Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, la procedencia o no de las sanciones impuestas por la Comisión Federal de Competencia Económica al encontrarse y acreditarse las prácticas monopólicas por parte del grupo económico identificado como *"Grupo Coca-Cola"* [124] nuestro alto tribunal de justicia de la Nación definió lo que se debe entender por empresa y como ya se ha mencionado lo hace de la siguiente manera: *"…la elucidación del concepto (de empresa) debe comprender de*

[124] Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito. *Op. cit.* Registro 21150.- Tema Competencia Económica

manera funcional y abarca a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico o la naturaleza jurídica, por lo que si un ente no ejerce ninguna actividad económica, resulta que no es posible considerarlo como empresa".

De lo anterior se colige que para dicho alto tribunal de justicia, en su definición asentada en la tesis jurisprudencial en comento, es esencial para identificar a un ente como empresa que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico o de su naturaleza jurídica.

Es pertinente recordar que en los términos de la Ley de Amparo mexicana las jurisprudencias dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito son obligatorias para todos los tribunales de ese circuito y la jurisprudencia dictada por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, bien a través de sus Salas Primera y Segunda o bien a través del Pleno, son obligatorias paro todos los tribunales de la República Mexicana.

Así entonces, aunque si bien definida para efectos de competencia económica, es importante señalar que dicho alto tribunal de justicia de la nación, ha definido a la empresa de manera funcional y éste concepto abarca a cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia de su estatuto jurídico o naturaleza jurídica.

Esto es importante, porque en materia tributaria el propio Título IV de la Ley Sobre el Impuesto Sobre la Renta, identifica para efectos tributarios los ingresos que obtiene una persona física que realiza una actividad empresarial de aquellos ingresos que recibe por la prestación de un servicio personal subordinado o por ingresos por actividades profesionales. Todas esas personas físicas realizan de carácter económico, todos perciben ingresos por sus actividades, pero no todos tienen el mismo tratamiento fiscal por estos ingresos, diferenciándose los ingresos percibidos por salarios (servicio personal subordinado) de los que perciben por actividades profesionales y por supuesto de los que se perciben por actividades empresariales.

Por su parte, para la Ley de Concursos Mercantiles sólo puede ser declarado en concurso de acreedores a aquéllas personas físicas o jurídicas que son comerciantes y

para tal efecto remite a la definición del artículo 3 del Código de Comercio que define como tal a la persona física o jurídica que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria. No por el hecho de realizar alguna actividad económica (trabajar por un salario, ingresos por arrendamiento, etc.) se es reputado como comerciante y por ende sujeto a concurso mercantil.

Por ello es importante aclarar que aunque si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza una definición de carácter funcional sobre lo que debe entenderse por empresa, es importante insistir en que el concepto antes citado lo es para efectos de la aplicación o no de la Ley Federal de Competencia Económica y esta definición no necesariamente pudiera ser aplicable a otras materias.

Será necesario seguir atendiendo estas definiciones que pronuncie el Poder Judicial de la Federación a través de sus tribunales, tanto Colegiados como la H. Suprema Corte, para ir enriqueciendo las definiciones jurídicas sobre lo que hay que entender por "empresa". Mientras tanto, en los casos que proceda, se deberá utilizar esta definición en casos relacionados.

2.3.5 EPÍLOGO.- Es concluyente la obsolescencia del término de "comerciante" utilizado por ley concursal mexicana para definir a aquellas personas físicas o morales (jurídicas) que puedan ser sujetas al régimen de insolvencia, pues deja de considerar, como ya se mencionó en líneas anteriores, a aquéllas otras entidades que sin ser reguladas por las leyes mercantiles también realizan actividades de naturaleza económica y que por tanto pudiesen caer en insolvencia, privando a sus acreedores de la oportunidad de cobrar sus créditos en la forma y términos establecidos por la ley concursal.

Es por ello que en este estudio se intentará concebir una definición de lo que se debe entender para el derecho mexicano por el término de "empresa", que sea más aplicable por su extensión y omnicomprensión, como también ya se ha comentado en líneas anteriores.

Para tales efectos se tomarán los valiosos conceptos a que han arribado importantes grupos de trabajo como el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, la

novedosa regulación colombiana en materia de los grupos empresariales y por supuesto, las propias definiciones del Código Fiscal de la Federación mexicano.

Se propone entonces, la necesidad de reformar el artículo 4º, fracción II, de la Ley de Concursos Mercantiles, para que quede como sigue:

> *Artículo 4º Definiciones.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:*
>
> *I. (…)*
>
> *II.- Empresa, a las personas naturales, jurídicas, patrimonios autónomos o toda entidad, cualquiera que sea su forma jurídica, que las leyes reputen en derecho comerciantes o que ejerzan actividades de carácter económico o empresarial como ocupación ordinaria.*

Se considera que esta definición es omnicomprensiva porque reconoce que debe ser reputado como empresario (para fines del concurso mercantil) a cualesquier persona física o jurídica, patrimonio autónomo (como el fideicomiso afecto a la realización de actividades empresariales) o cualesquier otro ente, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que de manera ordinaria realice actividades de carácter económico o empresarial (como las que define el Código Fiscal de la Federación que ya se ha visto en líneas anteriores), sin limitar el que estos entes se encuentren o no regulados en leyes de naturaleza mercantil pues basta con que realicen de manera ordinaria actividades económicas para que deban ser sujetas al régimen de insolvencia.

Será el propio legislador quien establezca los casos de excepción, como el caso de las empresas de participación estatal que aunque realicen actividades de carácter económico no quedarán sujetas al régimen de insolvencia en tanto no estén constituidas como sociedades mercantiles (artículo Cuarto Transitorio de la Ley Concursal mexicana). Esta definición también permitirá acudir a cualesquier disposición legal, de cualesquier rama del derecho que prevea o regule cualesquier otro ente que pueda realizar actividades económicas, sin la limitación de estar previsto en leyes mercantiles.

Esta definición también comprende por supuesto a las sociedades mercantiles “controladoras” y “controladas” a que se refiere el artículo 15 de la ley concursal, pues

su mención es ociosa toda vez que por tratarse de sociedades mercantiles, evidentemente caen en la definición anterior.

CAPÍTULO III

ASPECTOS GENERALES DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

III.1 BREVES ANTECEDENTES DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

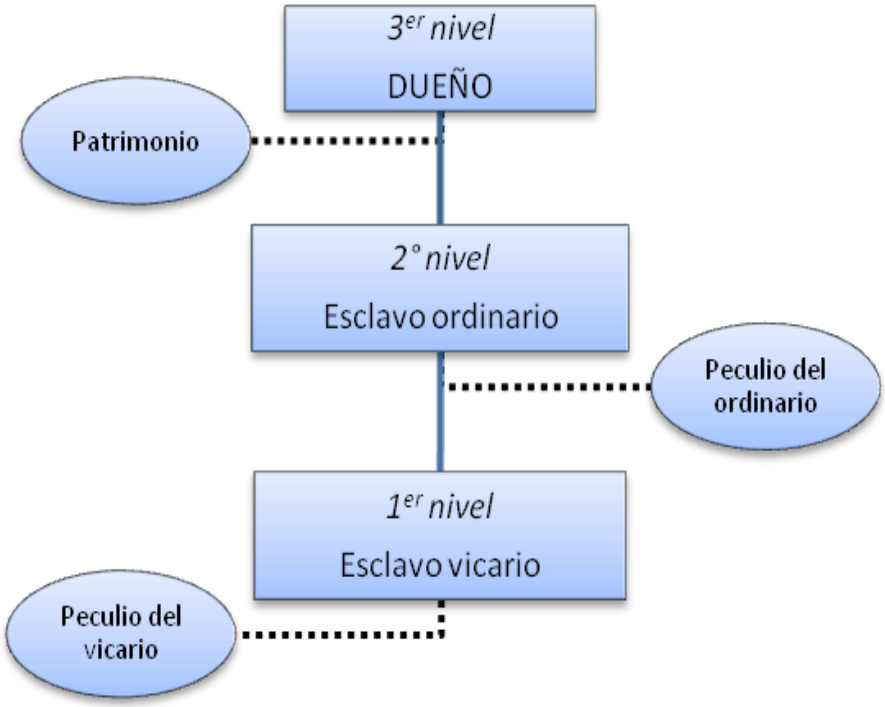
3.1.1 ROMA.- Como ya se mencionó en el apartado I.1.1 del presente trabajo, los Grupos de Empresas tienen su antecedente más remoto en la Roma del periodo clásico (s. III a. C. al año 235 d.C.), merced a la consolidación del régimen de responsabilidad limitada impulsado por la creación de las "acciones adyecticias" y basado en la administración de un patrimonio separado de la *res domini* (hoy le llamaríamos patrimonio afectación) a cargo de un *servus negotiator* no dependiente del *pater* o *dominus*, lo que permitió estructuras empresariales muy variadas.

Fue entonces cuando surgieron fenómenos empresariales de gran relevancia para la vida comercial y económica romana: empresas organizadas a manera de grupo. Tal y como se señaló brevemente en el Capítulo Primero del presente estudio, en Roma, dichos grupos se organizaban en distintos tipos de estructuras como a continuación se exponen:

a) Grupos Empresariales de organización vertical; Están constituidos en primer lugar por un empresario real (*dominus)*, seguido de un *servus ordinarius negotiator* que tenía a su cargo la gestión de un *peculio* (ordinario) separado del patrimonio personal del *dominus*, por último, en el nivel más inferior se encontraba un servus vicarius dependiente del ordinarius a quien éste último confiaba una parte separada del peculio ordinario para su administración (peculio vicario).

Tal estructura se ilustra a continuación por medio del siguiente esquema ofrecido por el doctor Carlos Soriano[125]:

[125] SORIANO CIENFUEGOS, Carlos. Op. cit. p.23

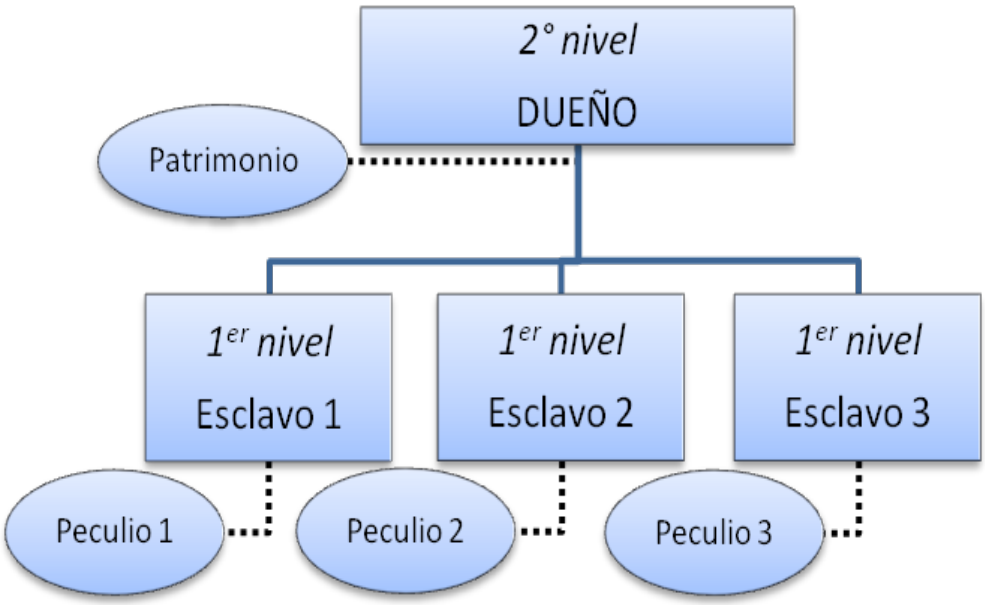


Como bien expone el doctor Soriano –y esta es otra de sus grandes aportaciones al tema- en esta organización la empresa matriz (representada por el *dominus*) domina a las demás dependientes por varios medios e instrumentos expresados por la *dominica potestas*, mientras que éstas últimas podrían dominar, dentro de ciertos límites, a sus inferiores (*servus vicarius*). Sin embargo en caso de conflicto frente a terceros surge en última instancia la figura del *dominus* quien será responsable dentro de los límites del peculio de que se trate.

Para el caso de crisis económica, el riesgo se encuentra distribuido, ya que la crisis de una empresa inferior o dependiente (*servus vicarius*) no afecta a la dominante (*servus ordinarius o dominus*). Por el contrario, los problemas económicos de las dominantes sí importan a la de sus dependientes. Está claro que la crisis de la matriz trasciende a todo el grupo e incluso podría provocar su desaparición.

b) Grupos empresariales en sentido horizontal.- Conformada por varios *servi ordinarii negotiatiores* del mismo *dominis*. Es decir, varias empresas dependientes

de una misma matriz, pero independientes entre sí. Lo cual se aprecia mejor a continuación, de acuerdo al esquema que presenta SORIANO:[126]



Cabe destacar que en caso de crisis económica de la matriz, ésta se extiende a las demás empresas dependientes *(servi ordinarii)*.

c) Grupos de empresas mixtos.- Surgen de la combinación de los dos modelos anteriores, es decir, varias empresas dependientes de una misma matriz (*servi ordinarii*) y que se encuentran en el mismo nivel, pudiendo a su vez tener subordinadas (*servi vicarii*).

Por último, el doctor SORIANO CIENFUEGOS[127], reconoce otro fenómeno de vinculación empresarial, aunque ya no lo considera de grupo, el cual se resume en la copropiedad entre varios *domini* de un único *servus negotiator*, el cual se encuentra a cargo de la gestión de varios *peculia separata*, pertenecientes a cada uno o algunos de los *domini,* quienes responden frente a terceros respecto de los límites de su propio peculio. De acuerdo con dicho autor, todo se encuentra jurídicamente separado, existiendo una vinculación de hecho o contractual, construcción que podría servir, en

[126] Ibídem p.21.
[127] Ibídem p.25

ciertos casos, para evitar que la crisis de un socio no alcanzara a la empresa del peculio del siervo común, que podría pertenecer a todos los copropietarios.

3.1.2 POSTMODERNIDAD.- No obstante lo anterior, se tiene constancia de que los *"grupos empresariales"* tal y como hoy los conocemos, aparecieron por primera vez a finales de los años 1800's en los Estados Unidos de América, como resultado de un proceso de expansión interna de las empresas *que les permitió irse haciendo con el control de su propia vida financiera, técnica o comercial*[128] y que posteriormente, se fue extendiendo hacia la participación y el control de otras compañías, que al principio pertenecían al mismo sector económico o productivo, pero con el tiempo la participación entre sociedades se fue manifestando entre empresas que ya no eran parte de la misma rama comercial, financiera o productiva, o que ni siquiera compartían la misma nacionalidad (tal y como se verá más adelante para el caso de los grupos multinacionales o trasnacionales).

En principio, esta forma de relación entre empresas fue impulsada por las facilidades que en aquélla época (postrimerías de los 1800's) prestó la legislación norteamericana a las empresas para que pudieran a su vez adquirir y controlar acciones de otras compañías. Para esa época, era una estrategia muy novedosa ya que años atrás este tipo de *"expansión"* era visto como un comportamiento indeseable que conducía al control monopólico del mercado. Pero al legitimarse las prácticas de adquisición de participaciones societarias, los grupos empresariales fueron haciéndose cada vez más numerosos y poderosos, hasta alcanzar un papel líder en la economía norteamericana. [129]

Concretamente algunos autores sitúan el origen de los grupos de empresas entre los años 1889 y 1893[130], y otros se remontan casi a una década previa, en el año de 1870 con la aprobación de un acuerdo en el estado de Pensilvania (Estados Unidos)

---

[128] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la insolvencia. Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. Op.cit.* p.5.

[129] MEVORACH, Irit. *"Insolvency within Multinational Enterprise Groups."* Pp. 10-11. Nueva York: Editorial Oxford University Press. 2009.

[130] BLUMBERG citado por Mevorach, *op. cit.* pág.10.

que permitió la participación de sociedades en el capital otras sociedades, la cual anteriormente requería una autorización gubernamental que limitaba el porcentaje de dicha participación.[131] Aunque existe un mayor consenso en que el evento que dio origen formal a los grupos empresariales dentro del sistema del *common law* fue el de la aprobación de una ley en el estado de Nueva Jersey (Estados Unidos), hacia el año de 1888[132], la cual permitió a las sociedades la adquisición de acciones de otra sociedad, y que permitió una concentración empresarial más práctica y sencilla que la fusión de sociedades, que hasta entonces había sido la práctica común de concentración de sociedades de aquellos años. En contrapartida comenta el Doctor Francesco Galgano, que el *civil law* desarrolló más esta capacidad de participación entre sociedades basada en la relación de control, sin necesidad de alguna ley que así lo permitiera, ya que no existía en esta rama legal principio alguno que hiciera referencia *sobre capacidad especial de las personas jurídicas.*[133]

Sin embargo, como contraataque a las leyes permisivas, se aprobó en el año de 1890 en los Estados Unidos la conocida *Sherman Act,* la cual declaraba ilícito *"todo contrato o acuerdo bajo forma de trust, o que limitara de cualquier forma la libertad de comercio o de cambio…"*[134], y condenaba a *"…cualquiera que monopolizara o tratara de monopolizar una rama del comercio, ya sea en cualquier estado de la Unión o en países extranjeros."*[135]

Esta normativa *anti-trust* afectó a las fusiones de empresas y a otras formas de asociaciones intra-empresariales, razón por la cual, el *holding*[136] fue fortaleciéndose como la "…*forma jurídica ideal para la unión bajo una dirección, de diversas sociedades*

---

[131] CLULOW, Carlos Alberto citado en la Enciclopedia jurídica OMEBA. *"Holding".* Tomo XIV Pág.393. Edición electrónica. 2007.

[132] Ibíd.

[133] GALGANO, Francesco. *"Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades." La empresa de grupo.* Pp. 24 y 25. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2009. (Énfasis añadido).

[134] MUCHLINSKI, Peter. *Op.cit.* Pág. 129.

[135] *Ibíd.*

[136] El doctor Francesco Galgano hace referencia a este tipo de agrupación empresaria observando que *"cuando la empresa alcanza dimensiones económicas de importancia y está provista de una organización compleja, y extendiendo su acción a vastos mercados, asume inevitablemente su configuración bajo la dirección unificada de una sociedad directora o holding, que opera por medio de una pluralidad de sociedades"*. GALGANO, Francesco. *Op.cit.* Pág. 22

ya sea que actuasen en una misma actividad industrial, o integrasen diversas etapas de un ciclo de producción". Esta forma de agrupación empresarial, demostró ser más eficaz que los otros modelos de asociación social preexistentes, pues presentaba las ventajas de ser más rápido y simple que las fusiones, requería menos capital de participación que el *trust* (lo que suponía un menor riesgo para los accionistas) y por si fuera poco, las sociedades integrantes del *holding* seguían conservando su personalidad jurídica independiente respecto de las demás empresas del grupo.[137]

Sin embargo, el derecho impositivo norteamericano no tardaría mucho tiempo en afectar también a los *holdings* con la *Clayton Act* de 1914 que vendría a perfeccionar y reforzar la ya mencionada *Sherman Act*. [138]

En cuanto al origen de los *"grupos empresariales"* en *territorio europeo*, no se tiene claro en qué punto histórico empezaron a surgir, ya que como bien se menciona en la obra de GALGANO, contrario a la experiencia norteamericana, las legislaciones civiles europeas nunca limitaron su aparición, e incluso impulsaban varios tipos de relaciones entre grupos. Sin embargo, específicamente en Inglaterra se tienen indicios de jurisprudencia referida a grupos corporativos que datan de entre los años de 1920 y 1930.[139]

Por otro lado a nivel mundial, la inestabilidad económica de las décadas de los 20's y 30's, seguida por inflaciones y depresiones caóticas, desencadenaron la Gran Depresión de 1930 y la caída del mercado económico mundial. Ante esto, los Estados (no sólo los socialistas) que temían por la estabilidad de sus economías optaron por políticas nacionalistas extremadamente proteccionistas, incluso estados europeos adoptaron regímenes fascistas, como los conocidos casos Italia y el nacional-socialismo de Alemania. Estas políticas nacionalistas, favorecieron a las fusiones de pequeñas, medianas y grandes empresas de la misma nacionalidad, para la creación grupos o de

[137] Enciclopedia jurídica OMEBA. *Op.cit*. Pág.393.
[138] Ibid.
[139] MEVORACH, Irit. *Op. cit.* Pág. 11.

compañías más sólidas. Asimismo, se formaron asociaciones empresariales en distintos sectores de la industria, sobre todo en Europa.[140]

En el caso del Extremo Oriente, *Japón* ha sido uno de los países donde los grupos corporativos alcanzaron una influencia remarcable, (no hay que olvidar a los grupos empresariales japoneses denominados *zaibatsu* cuya estructura y funcionamiento se comentó en el apartado 1.1 del presente trabajo). Sin embargo, concluida la Segunda Guerra Mundial, Japón tuvo que modificar sus estructuras para *"cumplir con la prohibición impuesta por los Estados Unidos sobre las operaciones de compañías controladoras*". Aunque con posterioridad iniciaría otro modelo de agrupación llamado *keiretsu*, modelo que también se describe más ampliamente en el Capitulo I de esta tesina y mismo que con sus oportunas adecuaciones vendría a sustituir a los *zaibatsus*.[141]

Por su parte, después de la Segunda Guerra Mundial, los Estados *Latinoamericanos* también se vieron muy afectados, pero no en el sentido de prohibiciones anti monopólicas como en el caso japonés, sino debido al atraso tecnológico e industrial propociado por la falta provisionamiento de equipo industrial y de tecnología por parte de los países desarrollados de Europa y de Norteamérica. De acuerdo con los doctores Jesús María Valdaliso y Santiago López, a partir de entoces se inició una política de *"sustitución de importaciones"* en la cual, los gobiernos (en su mayoría populistas) comenzaron a darles prioridad y una serie de facilidades a las empresas nacionales, que se organizaron bajo estructuras de grupos, así la *"organización empresarial más extendida en los países de América Latina en este periodo es el llamada* ***"grupo económico...***" Este tipo de grupos de empresas se caracterizaba, al igual que los grupos españoles, italianos o los *zaibatsu* japoneses, por ser controlado y financiado por un grupo de poderosas familias, las cuales eran propietarias de empresas (en el sentido amplio) con personalidad jurídica independientes entre sí, que no obstante que podían pertenecer a distintas ramas de

[140] MUCHLINSKI, Peter. *Op.cit.* Pp. 23, 24 y 25.
[141] MEVORACH, Irit. *Op.cit.* p.11.

la industria o participar diferentes procesos de la producción, estaban unidas entre sí por lazos de confianza familiares. [142]

Tal y como relatan los Jesús Valdaliso y Santiago López, los grupos económicos en Latinoamérica, se desarrollaron dentro de un marco de países de alto riesgo; con un grado elevado de inestabilidad tanto a nivel financiero como político. Por esta razón, los grupos de empresas generalmente basaron sus estructuras en una organización vertical que les permitía diversificar su producción y bajar los costos, de manera que les fuera posible también reducir de forma considerable dichos riesgos. Estas agrupaciones, estuvieron enfocadas a abastecer las necesidades del mercado interno, el cual, a diferencia del mercado internacional, no era lo suficientemente grande como para aprovechar las economías de escala.

Uno de los factores decisivos en el impulso al desarrollo de estos grupos, como ya se ha mencionado en líneas anteriores, fue la benevolencia con que fueron tratados por el Estado y la estrecha relación que, en mayor o menor medida, tenían con este, así como las ventajas que suponían para las empresas nacionales la imposición de medidas proteccionistas, tales como, las barreras arancelarias que impedían la entrada de empresas extranjeras.

Los resultados, como bien señalan VALDALISO y LÓPEZ, no fueron buenos. Lo anterior, por varias razones: La primera de ellas consistió en que, en la mayoría de los países de Latinoamérica el gasto público estuvo muy limitado en los sectores de la educación, la investigación y el desarrollo tecnológico, con lo cual, el desarrollo industrial de estos países cada vez más se hizo dependiente de los avances científicos y técnicos provenientes del exterior. Por otro lado, como ya se mencionaba anteriormente, las medidas proteccionistas, así como las políticas de *"sustitución de las importaciones"*, ocasionaron que las empresas, confiadas en la seguridad del mercado interno, no innovaran y que cada vez menos fueran competitivas frente a los mercados internacionales, en palabras de Valdaliso y López "*el proteccionismo arancelario aisló a la industria de la competencia exterior, reforzó el poder de mercado*

[142] VALDALISO, Jesús María; LÓPEZ, Santiago. *Op.cit.* p. 390. (Énfasis añadido)

de los grupos y la situación de oligopolio en la mayor parte de los sectores"[143]. Obviamente cuando las economías de mercado se abrieron al exterior, los grupos de empresas internos no se encontraban de manera alguna en posición de competir con las empresas extranjeras. Aunado a lo anterior, estaba el problema de la deuda externa de varios países latinoamericanos. Todos estos factores en su conjunto desencadenaron la desaparición masiva de empresas. Las consecuencias económicas y, por lo tanto, políticas y sociales, fueron desastrosas.

Aunque el fracaso del modelo económico e industrial en realidad no fue producto del modelo empresarial de los *"grupos económicos,"* sino más bien del manejo político y económico de facto que se les dio a éstos últimos, la opinión pública se encargó de satanizar y de hacer responsables a los grupos de empresas por el fracaso de la economía nacional, así como de deslegitimizar a la figura del empresario. Sin embargo una vez superadas las crisis económicas de los años 70's y 80's, para la década de los 90's los grupos empresariales, ahora ya más competitivos, fueron reanudando su desarrollo en un marco de *mayor orientación al mercado internacional.*[144]

Ratificando lo sucedido a *nivel mundial* hay que reiterar que también hubo un proteccionismo generalizado de los Estados hacia sus empresas locales, así como una proliferación de políticas restrictivas a la inversión extranjera, no obstante, estas medidas no fueron un impedimento suficientemente poderoso para detener las alianzas comerciales en el sector privado, ni para luchar contra la fuerza de los grupos empresariales de carácter *trasnacional* que continuarían haciendo negocios e invirtiendo en el extranjero,[145] muestra de ello es que para principios de los años 40's la Inversión Extranjera Directa ya había sobrepasado por lo menos en un 50% los niveles de inversión que alcanzaron en 1914. [146]

---

[143] Ibídem. p.391.

[144] Ibíd.

[145] El concepto así como el funcionamiento de esta forma de agrupación societaria denominada *"Grupo Empresarial Trasnacional o Multinacional"*, serán explicados más ampliamente en el punto III.6 de este Capítulo.

[146] MUCHLINSKI, Peter. *Op,cit..*

De todo lo anterior, se puede concluir que el concepto de *"grupo empresarial"* como se conoce actualmente es relativamente nuevo y su creación representó un paso al desarrollo en el derecho societario, en el que se aprovecharon las características de responsabilidad limitada de los accionistas y de personalidad jurídica independiente a la de los socios.[147] En la actualidad, como bien señala el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, la personalidad jurídica propia de las sociedades se sigue manteniendo, sin embargo, hoy en día probablemente la pequeña empresa privada sea el único tipo de empresa organizado como sociedad independiente, ya que la mayoría de las grandes empresas están organizadas a manera de grupos que se encuentran "*omnipresentes tanto en los mercados desarrollados como en los incipientes."*[148]

III.2 LOS GRUPOS EMPRESARIALES COMO REALIDAD ECONÓMICA

Al igual que las *"empresas"*[149], los "*grupos de empresas"* surgen primordialmente por razones económicas, es decir, puede entenderse que los *grupos* son un conjunto de empresas (en el sentido amplio-personas jurídicas) que están vinculadas por lazos (ya sea de control o coordinación), y son dirigidas unificadamente para perseguir un fin que, generalmente es de naturaleza preponderantemente económica, que puede ir desde el mejoramiento de la producción, la obtención de una mayor competitividad para intervenir en el mercado, hasta la diversificación de la producción y el aprovechamiento de las economías a escala, entre muchos otros.[150]

Como bien menciona el jurista Francesco Galgano, el grupo de sociedadeses una realidad primordialmente económica *fruto de la imaginación empresaria*. [151] Es

---

[147] MEVORACH, Irit. *Op.cit.* Pp. 10 y 11.

[148] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V. *A/CN.9/WG.V/WP.92. Op.cit.* p.5..

[149] Ver definición económica de empresa el apartado I.1 del presente trabajo.

[150] Para Víctor Luis y Pablo Gustavo Montesi, *"Los grupos de sociedades constituyen un aspecto de la concentración de empresas. Éstas, generalmente por razones económicas, se ven en la necesidad de agruparse para la mejor consecución de sus fines, y para ellos recurre a las más variadas formas (…)"* MONTESI, Víctor Luis; MONTESI, Pablo Gustavo. *"Extensión e la quiebra."* Pp.144 y 145. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1997.

[151] En lo sucesivo se emplearán los términos de "*grupos de sociedades*", "*grupos de empresas*" o "*agrupamientos empresariales*" para referirse al mismo fenómeno, entendiéndose por éste a un

decir, le atribuye al empresario el mérito de saber adaptar las formas jurídicas permitidas en la estructura de la sociedad (específicamente hace referencia a la sociedad por acciones) conduciéndola a *consecuencias extremas,* con el propósito de crear por sí sólo, una estructura empresarial que por lo general no se encuentra prevista por el derecho positivo. En este sentido, la conformación de los grupos sería una práctica empresarial que tiene lugar dentro del campo económico, pero que sólo puede ser creada manipulando los instrumentos legales previamente reconocidos a la sociedad por acciones.

Para desarrollar un poco más esta idea, el Grupo de Empresas, entendido como un *conjunto de sociedades vinculadas o unidas entre sí por una relación de control o de coordinación, orientadas unitariamente para la obtención de un fin común, pero destinadas cada una de ellas a un sector empresarial o mercado en específico*, es una figura económica creada por diversas prácticas empresariales (producto del ingenio del empresario), a partir de instrumentos jurídicos como son: la personalidad jurídica, las figura de las sociedades mercantiles, los derechos de propiedad y la autonomía contractual que más adelante se explicará. Es así como se conforma *de facto* el Grupo Empresarial que posteriormente el Derecho (sin mucho éxito) ha tratado de recoger y de regular. En palabras del propio GALGANO, *"el grupo de sociedades no es creación legislativa (…) nace de la valorización de la potencialidad implícita en la forma jurídica de la sociedad por acciones (…) es fruto del empleo de dos de las categorías más generales del ordenamiento jurídico. La primera de estas es* ***la autonomía contractual*** *(…) la segunda categoría es el* ***derecho de propiedad."***[152]

La *autonomía contractual,* se refiere a la capacidad de una sociedad (persona jurídica) para contratar, lo que le permite celebrar compraventas y así adquirir acciones, y al adquirirlas puede hacerse de un control importante e incluso total, de otra sociedad. Asimismo, esta autonomía faculta a una sociedad para crear otras en donde pueda suscribir la mayor parte o la totalidad de las acciones, obteniendo, por esta otra vía, el control de la nueva sociedad.

---

conglomerado de empresas en el sentido amplio, es decir empresa-empresario (persona jurídica o sociedad).

[152] GALGANO, Francesco. *Op.cit.* Pp. 23 y 24. (Énfasis añadido).

En cuanto al *derecho de propiedad*, se puede decir que es el derecho real que nace de la suscripción o adquisición de las acciones societarias, lo cual, otorga a la persona propietaria de dichas acciones el uso y la disposición de las mismas, y que, al decidir sobre ellas ejerce una *"influencia dominante sobre otras sociedades".*[153] Esta influencia se puede manifestar de formas muy variadas, que pueden ir desde la toma de medidas en materia gerencial como el nombramiento y remoción de administradores, o en decisiones de índole financiera, como aumentos o disminuciones del capital social.[154] El control accionario, también permite a la sociedad *"dominante"* ejercer una actividad gerencial, es decir, intervenir en las decisiones de los gerentes o administradores, y aunque si bien este poder de dirección es una facultad de hecho, las sociedades controladoras frecuentemente ejercen ciertas acciones *"persuasivas"* o en su caso *"disuasivas"* sobre los directores, en virtud de el estatus que le otorga el ser propietaria de acciones.

Aquí cabe agregar que, el ejercicio de la administración gerencial puede derivar no solamente del derecho de propiedad accionaria que se cita en el párrafo anterior, sino que también puede provenir de un acuerdo de voluntades entre la sociedad controlada y la controladora vía contractual, aunque ahora no se abundará sobre este tema ya que las formas de organización y jerarquización de los grupos serán estudiadas más ampliamente en el Capítulo IV de este trabajo.

En este orden de ideas una misma actividad económica se distribuye entre varias personas jurídicas que están ligadas por relaciones de control o coordinación, o dicho de otra manera varias unidades económicas cuyos titulares son sociedades independientes (personas jurídicas) que se unen siguiendo una misma dirección.[155]

---

[153] Ibid.

[154] GALGANO, Francesco. *Op cit.* Pp. 24.

[155] *"…el grupo de empresas no es otra cosa que una empresa policorporativa. Esto es,* ***un conjunto de unidades económicas*** *de producción o prestación de servicios para el mercado cuya* ***titularidad*** *corresponde a* ***múltiples sujetos de derecho****, independientes entre sí desde la perspectiva jurídica, pero que actúan en el mercado siguiendo una dirección unitaria."* QUAGLIA, Marcelo. *"La definición de concentración económica dentro de la ley de defensa de la competencia argentina (ley 25.156)."* Boletín Latinoamericano de Competencia; Boletim Latino-Americano de Concorrencia N° 16. (2003) Pág. 25-39. (Énfasis añadido).

Se coincide con lo expuesto por el doctrinista Marcelo Quaglia, quien señala como piedra angular de la estructura de grupos a la *dirección unitaria*, misma que puede ejercerse como consecuencia de *"un **poder de hecho** que tiene un sujeto frente a otro (...), o como resultado del **poder de derecho** con que cuenta una empresa con relación a la otra (…), o como consecuencia del **libre acuerdo de voluntades** entre los titulares de las unidades económicas integradas al grupo".*[156]

Es interesante resaltar lo referente a la dirección derivada del libre acuerdo de voluntades, puesto que muchas veces se cae en el error de creer que las empresas integrantes de un grupo están ligadas únicamente en virtud de relaciones de control, lo que implica una subordinación en entre empresas controlada y controladora, sin embargo, en la práctica empresarial, las sociedades también se encuentran encausadas en la misma dirección asociándose por pactos o alianzas de cooperación o acuerdos de colaboración. Ahora bien, es menester mencionar que la característica principal de los grupos como realidad económica es la unidad de decisión o de dirección, que persigue la realización de una actividad económica.

Sin embargo, por el momento tampoco se profundizará sobre los elementos que conforman a los grupos empresariales, ya éstos constituyen materia de estudio del tema III.5 del presente capítulo.

Por otro lado, cabe destacar que la figura del grupo empresarial, integrado por varios sujetos de derecho, no es, en sí misma sujeto de derechos ni obligaciones y que de acuerdo con lo que bien señala el doctor Héctor Miguens, "*no tiene personalidad jurídica propia, ni patrimonio propio, ni activos o pasivos que le pertenezcan, ni un interés social propio."*[157] Por su parte la ciencia jurídica, ha dejado en muchas ocasiones una laguna legal en cuanto al tratamiento de los Grupos, pues al estudiar el fenómeno empresarial desde el criterio de la "personalidad jurídica" o de la "entidad jurídica única" ha dejado un vacío legal en cuanto al tratamiento de los Grupos, que son en realidad una "entidad económica única".

---

[156] *Ibíd.* (Énfasis añadido).

[157] MIGUENS, Héctor José. *"El Grupo Insolvente"*. Pág.2. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. 2009. (Énfasis añadido).

Es decir, desde el punto de vista de la Ciencia Económica, la estructura multiarticulada que constituye al Grupo Empresarial, sí forma una nueva unidad económica independiente a la de sus miembros. El doctrinista Héctor Miguens expone esta idea: *"(…) Implica un **proceso económico** más evolucionado de integración de entidades o sociedades en un grupo: existe una **nueva forma de empresa**, basada en la **unidad económica** de las sociedades dominantes y dependientes, sin perjuicio del mantenimiento o subsistencia de la personalidad jurídica de cada una."*[158]

Y no obstante, el empeño de la ciencia del Derecho por conservar su tradicional postura de la "personalidad jurídica" en el tratamiento de los grupos empresariales, como bien expone el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, hay controversias que pueden ser dirimidas más acertadamente si se considerase al grupo como una *"empresa comercial única" (constituida por un grupo de sociedades)*[159], más que si se resolvieran atendiendo a la teoría de la *"entidad jurídica única"* (estudiando a cada sociedad integrante del grupo por separado). Por esta razón, muy atinadamente varios jueces y tribunales en todo el mundo han ido buscando soluciones basadas en el estudio de la "empresa comercial única", que están "*más acordes con la realidad económica del mundo empresarial moderno".*[160]

III.3 LOS GRUPOS EMPRESARIALES A LA LUZ DEL DERECHO

Como se observó en el punto III.2 que antecede, los Grupos Empresariales son producto de la práctica económica que surge de la imaginación del empresario para crear nuevos modelos que se ajusten a sus ambiciones y necesidades comerciales. Pero a su vez, el empresario se ha valido de herramientas jurídicas y normas de Derecho, principalmente del Derecho Mercantil y Societario, para moldear a su

---

[158] *Ibíd.* (Énfasis añadido).

[159] *"El criterio de la **empresa única** presta, en cambio, atención a la **integración económica efectiva** de las empresas de un grupo, por lo que se concibe al grupo como unidad económica única que desarrolla su actividad comercial al servicio de los <u>intereses del grupo</u> en cuanto tal, o al servicio de los intereses de la empresa dominante del grupo, pero <u>no al servicio de los intereses de cada empresa en particular</u>."* Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Op. cit.* p.16. (Énfasis añadido).

[160] Ídem. p.6.

conveniencia el modelo empresarial. Por su parte el Derecho, ha intentado *recoger* al fenómeno económico-empresarial de los Grupos de Empresa, para su estudio y regulación.

Dicho lo anterior, se iniciará por dar una pequeña reseña histórica sobre el origen y evolución del llamado "derecho de los grupos", para así poder situarse en la época actual y señalar los criterios que el Derecho contemporáneo ha adoptado para estudiar esta figura empresarial.

Los grupos de sociedades empiezan a ser legislados tardíamente, en un momento en que su uso estaba ya muy expandido a nivel mundial. Como antecedente más lejano se puede mencionar una normativa de origen italiano, el Real Decreto 1434 del 13 de noviembre de 1931, que fue antecedente de una posterior regulación en el Codice Civile italiano de 1942.[161] Esta normativa permitía a una sociedad adquirir participaciones en otras que tuvieran el mismo objeto social, sin tener que modificar el propio.

Sin embargo, varios autores coinciden en que la regulación de los grupos empresariales surge más claramente en el Derecho Alemán con la creación de una ley "*Aktiengesetz"* en el año de 1965. Aunque hay quien critica su eficacia argumentando que esta normativa solo vino a constatar un fenómeno ya consolidado y que se encargaba únicamente de proteger a los acreedores externos y a los de las sociedades controladas.[162] Existen más doctrinistas que reconocen a esta legislación como pionera en la creación de conceptos y en abordar situaciones que a la fecha siguen siendo materia obligada para quien pretenda estudiar más a fondo el tema de los grupos.[163] Asimismo, ha servido como base para posteriores legislaciones por mencionar alguna, la francesa de 1966, misma que utilizó muchos de los conceptos de la ley alemana y añadió algunos nuevos como el de las sociedades *"participadas"* (en las cuales otra

[161] GALGANO, Francesco. *Op.cit.* Pág. 25.

[162] *Ibíd.*

[163] BASSANI, Carla. *«El fenómeno de la concentración empresaria.» Terrangi jurista.* Editado por Marco Antonio Terrangui. 3 de marzo de 2009. http://www.terragnijurista.com.ar/index.htm (último acceso: 29 de noviembre de 2010).

sociedad posee el 10% o más de sus acciones) y el de *"afiliadas"* (en las que la participación por otras sociedades supera el 50%).[164]

Sobre la ley alemana, cabe destacar el concepto del *"konzern"* ("grupo"), que hace referencia a sociedades que están sujetas a una *"dirección unificada",* la cual se alcanza en virtud de la relación de dominación que tiene una sociedad sobre otra subordinada a la primera, merced a un contrato celebrado entre ellas.

Es decir, la ley alemana postula que si una sociedad participa en otra suscribiendo la mayoría de sus acciones se presume (salvo prueba en contrario) que existe una *influencia dominante* de la primera sobre la última, por tanto, existe una *relación de subordinación*, y dicha relación de subordinación hace a su vez presumir que ambas sociedades se encuentran encausadas en una misma dirección. Así que, precisamente cuando las sociedades se sujetan a dicha *dirección unificada* es cuando se configura el *Konzern*, denominándose a las empresas que lo integran como *"empresas de grupo".*[165]

Dicha legislación, además de establecer los presupuestos básicos en los que se configura una relación de grupo o *konzern,* impone las reglas y las consecuencias jurídicas que supone la pertenencia al grupo. Por ejemplo, la ley alemana autorizó el uso de la influencia de la sociedad dominante en perjuicio de la empresa subordinada, mediante instrucciones o directivas que la sociedad subordinada o sus directores tendrían obligación de acatar. Este ejercicio de control se haría por medio de *"contratos de dominación",* los cuales debían ser aprobados por las asambleas de ambas sociedades con un porcentaje de no menos del 75% de los accionistas con derecho a voto y también deberían inscribirse en el Registro de Comercio. Igualmente se puede mencionar los "*contratos de transferencia de utilidades"* previstos en la *Aktiengesetz,* los cuales consistían en transmitir a la dominante una parte o incluso la totalidad de las utilidades de la subordinada y también incluían la posibilidad de administración de los negocios de la subordinada por la dominante. Asimismo, esta clase de contratos debían de estar debidamente registrados. Y por último, establecía

[164] Ibid.

[165] BASSANI, Carla. *Op.cit*.

un procedimiento de "*integración",* que básicamente regulaba lo que se conoce como fusiones de sociedades y que para el caso de la ley alemana requería que una de las sociedades fuera propietaria de no menos del 95% del capital de la otra sociedad con la que prendía *"integrarse".*[166]

Ahora bien, en la actualidad si bien existen varias legislaciones que han ido cada vez más tratando el tema de los grupos de empresas, no se tiene constancia de que existan normas dedicadas exclusivamente a su estudio. Se trata más bien de normas especializadas en materias de diversa índole (fiscal, financiera, bursátil, bancaria, laboral, en algunos casos, concursal) y que son tan solo leyes aisladas, que no estudian a profundidad todas las implicaciones que trae consigo el fenómeno de grupos.

Otro problema que trae aparejada la diversidad de legislaciones que abordan de manera parcial este tema, es que a la fecha no existe consenso alguno entre normas ya no solo de distintos países, sino del mismo país, que coincidan en un criterio unánime o en las reglas que se han de seguir cuando se encuentran ante casos de agrupamientos sociales. Como bien lo expone el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL en la Tercera parte de la Guía Legislativa donde se aborda el problema de los Grupos Empresariales en casos de insolvencia, *"(…) el término "grupo" puede denotar realidades distintas a efectos diferentes, aunque puede haber elementos comunes; (…) el concepto se define en sentido más lato o más restringido, (…) según la finalidad de la legislación*. [167]

Por otro lado, los legisladores y los tribunales de varios países se han dado a la ardua tarea de determinar cuales son los lazos que unen a las empresas para determinar si efectivamente se está en el supuesto de empresa de grupo. A rasgos generales se han adoptado criterios en cuanto a la participación accionaria de una sociedad con respecto a otra, y dependiendo el derecho de cada país, se determinan los porcentajes de participación de capital social en otras sociedades, necesarios para

[166] *Ibíd*.

[167] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Op.cit.* p.14. .

que una empresa (persona jurídica) se considere parte de un grupo.[168] También se han adoptado criterios con respecto a la "influencia" o control directo o indirecto que ejerza una sociedad dominante o controladora, sobre una controlada, pero se puede decir que los criterios más usados para determinar la reglamentación de los grupos son dos: la teoría de la *identidad jurídica independiente* de cada sociedad integrante del grupo y la del grupo como *empresa única*.

La teoría de la *identidad jurídica independiente* se basa en una postura muy conservadora y tradicionalista, que implica que cada empresa integrante de un grupo de empresas tiene una personalidad jurídica independiente a las demás, con derechos y obligaciones propios, lo que quiere decir que sus responsabilidades o la consecuencia de sus actuaciones, así como las deudas y obligaciones contraídas con terceros, no recaerán sobre las demás empresas hermanas, controladora(s) o filiales, aunque estas deudas u obligaciones hayan sido en virtud de la dirección unitaria del grupo o en beneficio de éste. Este principio es el más utilizado por la mayoría de los países, sin embargo, algunos de ellos hacen algunas excepciones en cuanto a su aplicación estricta.[169]

---

[168] *"Esos porcentajes oscilan entre una participación de sólo un 5% hasta más del 80%. En países que han fijado porcentajes más bajos, se suelen considerar otros factores complementarios, como los que se examinan más adelante como indicadores de control o de influencia."* Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Op.cit.* Pág.14.

[169] *"Entre las circunstancias en las que no se aplica de forma estricta el criterio de la entidad jurídica independiente cabe citar: la consolidación de las cuentas de una sociedad del grupo y de toda empresa por ella controlada; las operaciones entre personas allegadas (suele estar prohibido que una sociedad mercantil otorgue a una sociedad allegada alguna ventaja financiera en forma, por ejemplo, de préstamos, garantías o indemnidades internas, condonación de deudas o transferencias de bienes, salvo que sus accionistas hayan aprobado la operación o que la sociedad otorgante goce de alguna exención); las participaciones cruzadas en el capital social de las empresas (por lo general, los miembros de un grupo tienen prohibido adquirir acciones de la empresa dominante o aceptar una garantía sobre tales acciones, y tienen igualmente prohibido emitir o transferir acciones en provecho de una empresa controlada) y el endeudamiento de una empresa siendo ya insolvente (la sociedad matriz, que debiera haber sospechado la insolvencia de una filial, podrá ser declarada responsable de las deudas que esa filial contrajo siendo ya insolvente)."* Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Op.cit.* p.16. Ejemplo de ello en México, son algunas regulaciones jurídicas en materia bancaria, fiscal y laboral, mismas que a lo largo de este trabajo se han venido comentado.

Por su parte, en el criterio de *empresa única*, no se considera al grupo como una mera pluralidad de entes independientes que realizan distintas empresas (diferentes actividades económicas sin dirección unitaria aparente), sino que se les considera como una pluralidad de sujetos (multiplicidad de empresarios) que forman una *unidad* (una misma empresa), similar a lo que hace cientos de años se reconocía en la *lex mercatoria* del Derecho Romano como *"plures mercatores unam mercatiam exercentes",*[170] lo que quiere decir que el grupo es considerado en su conjunto y sus miembros serán responsables (en el grado que de acuerdo al caso se determine) como parte de una misma familia. Similar tratamiento se les daba en el Derecho romano a los que en conjunto explotaran una nave, ya que podía intentarse por el todo la acción contra cualquiera de ellos, lo que se enunciaba con el siguiente aforismo: "*si plures navem exerceant, cum cuolibet eorum in solidum agi potest".- Ulpiano.*[171]

Algunos ejemplos de países que han utilizado en mayor o menor medida el criterio de empresa única son: Alemania (quien establece varios grupos en los que pueden participar empresas públicas), Nueva Zelanda (quien en su Derecho Societario se legitima que los directivos de una filial actúen en beneficio de la matriz, así sea en detrimento de la propia filial) y Estados Unidos (en cuyas sentencias jurisprudenciales muchas veces se ha utilizado el criterio de "equidad" para *"(…) declarar impugnables ciertas operaciones internas de un grupo de empresas, para confirmar las garantías internas del grupo y, en unos cuantos casos, para ordenar la consolidación patrimonial" entre otros).*[172]

No obstante, los intentos por regular en el Derecho interno de los países de acuerdo a distintos enfoques la figura de los Grupos de Sociedades, es concluyente que estos esfuerzos no han sido suficientes en la mayoría de los casos y que una vez más la realidad económica está superando a la ciencia jurídica.

---

[170] Aforismo citado por GALGANO, Francesco. *Op.cit.* p. 58.

[171] Ulpiano: I.I, 25 D, *De exercitoria actione, 14, I.* Consultable en la obra *"Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos. Con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia".* MANS PUIGARNAU, Jaime M. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona.1979. p.448.

[172] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Op.cit.* Pág.17.

III.4 POSTURA DEL GRUPO DE TRABAJO V DE LA UNCITRAL CON RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

El tema de los Grupos Empresariales ha sido tratado en importantes organizaciones internacionales intergubernamentales tales como la Unión Europea, y organismos no gubernamentales como la Asociación Internacional de Abogados o la *City of London Law Society,* entre muchos otros. Sin embargo, en las siguientes líneas se dedicará especial atención a la interesante labor realizada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) a través de su Grupo de Trabajo V, en su estudio sobre el tema de los Grupos Empresariales y en particular el consistente en la elaboración de la Tercera parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia relativa al trato otorgable a los Grupos de Empresas en situaciones de insolvencia.

Asimismo, se mencionarán algunas de las posturas de ciertos países en cuanto al tratamiento de dichos grupos de empresas en la Tercera parte de la Guía Legislativa, opiniones de especial interés para ejemplificar los diferentes contextos políticos y legislativos en el que son estudiados este tipo de agrupaciones societarias.

Sin más preámbulo, se iniciará por dar un breve antecedente sobre el organismo que ocupa esta primera parte del presente estudio: la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés).

Esta comisión (en lo sucesivo indistintamente UNCITRAL, la Comisión o CNUDMI por sus siglas en español) que desde su creación en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1966[173], ha tenido el encargo de armonizar y unificar el derecho mercantil internacional con el objetivo de reducir los obstáculos al comercio internacional, en el año 1995 decidió destinar uno de sus ahora seis grupos

[173] La UNCITRAL fue establecida por la Asamblea General en 1966 (resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966). La Asamblea General, al establecer la Comisión, reconoció que las disparidades entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos para ese comercio, y consideró que, mediante la Comisión, las Naciones Unidas podría desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos.

de trabajo[174] -el Grupo de Trabajo V- exclusivamente al estudio del régimen de la insolvencia.

Así desde el año 1995 a 1999 y posteriormente a partir del año 2001 y hasta la actualidad, el Grupo de Trabajo V se ha venido dedicando al estudio del Régimen de la Insolvencia y particularmente al del problema de la Insolvencia Transfronteriza. En su 38º periodo de sesiones, que tuvo lugar en abril de 2010, dicho grupo de trabajo prestó especial interés en el tema de la Insolvencia Transfronteriza para el caso de los *"Grupos de Empresas"*, en virtud de que la Ley Modelo de 1997 se refiere mas bien a los supuestos de insolvencias transfronterizas de empresas multinacionales, pero considerándolas como *"deudores individuales"*, no obstante que en la actualidad la forma de organización más frecuente en las empresas transfronterizas es precisamente el modelo de *"grupo empresarial".*

El Grupo de Trabajo V decidió complementar la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia del 2004, con una tercera parte referente al tema de la insolvencia para el caso de los "Grupos de Empresa".

3.4.1 TERCERA PARTE DE LA GUÍA LEGISLATIVA DE LA UNCITRAL SOBRE EL TRATO OTORGABLE A LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA.-

La Tercera parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia fue adoptada en el 38º periodo de sesiones del Grupo V de la UNCITRAL en abril de 2010 y aprobada por la *Comisión* en su 918va sesión celebrada el 1 de julio de 2010.[175] Tiene la finalidad de prever el caso de la insolvencia de los Grupos Empresariales y dar una orientación sobre los posibles escenarios en los que pueden suscitarse los casos de insolvencia de grupos, tanto en el ámbito nacional como en el

[174] La Comisión ha establecido seis grupos de trabajo que se encargan de la labor preparatoria sustantiva sobre los temas del programa de trabajo de la Comisión. Cada uno de los grupos de trabajo está integrado por todos los Estados miembros de ésta. Estos grupos de trabajo realizan la labor preparatoria sustantiva sobre temas del programa de trabajo de la UNCITRAL. En la actualidad, todos los Estados miembros de la UNCITRAL pueden pertenecer a los grupos de trabajo. Los grupos de trabajo se reúnen normalmente dos veces al año, celebrando un período de sesiones en primavera, en Nueva York, y otro en otoño, en Viena.

[175] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 43º período de sesiones (21 de junio a 9 de julio de 2010) Asamblea General Documentos Oficiales Sexagésimo quinto período de sesiones. Suplemento núm. 17 Págs. 46, 47 y 48.

internacional, para que los problemas surgidos a raíz de la naturaleza de la estructura de tal asociación empresarial sean tratados con mayor eficiencia por los gobiernos y sus legislaciones.[176]

La Tercera Parte en comento, trata en principio los rasgos generales de los grupos de empresas, aportándo definiciones sobre algunos conceptos básicos para el estudio de este tema como son los conceptos de "empresa", "grupo de empresas", "control", "coordinación procesal" y "consolidación patrimonial", conceptos que se han analizado con antelación algunos de ellos y se analizarán con posterioridad el resto en la medida que se vayan tocando estos tópicos. Asimismo, aporta una reseña histórica sobre la evolución de los grupos empresariales, para después adentrarse en el estudio de su naturaleza, su origen o función esencial, así como su reglamentación, lo cual, sienta las bases para el posterior estudio de las cuestiones o problemas que surgen al respecto de la insolvencia de los grupos tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

En cuanto a las cuestiones de insolvencia de los grupos empresariales en el *ámbito nacional,* la Tercera parte de la mencionada Guía Legislativa de la UNCITRAL, aborda principalmente los aspectos procesales que deberían adoptarse en los procedimientos de insolvencia al interior de los Estados, en tratándose de casos de insolvencia de grupos de empresas. Por ejemplo, en la Tercera parte de dicha Guía se establecen los requisitos para la solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia para el caso de grupos de empresas; en este punto se tratan cuestiones como quién o quienes deben de ser los sujetos legitimados para solicitar la apertura del procedimiento, cual será el tribunal competente para estudiar el caso, cuestiones referentes a la notificación, a términos y formas procesales sobre la coordinación de los procedimientos, entre otros aspectos.

---

[176] *La finalidad de la tercera parte es la de prever, en contextos tanto internos como transfronterizos, el trato que procede dar en las actuaciones de insolvencia, que se abran en el marco de un grupo de empresas respecto de una o más empresas de ese grupo, con miras a resolver las cuestiones que son peculiares a esos grupos con mayor eficiencia procesal y en provecho del grupo de empresas en su conjunto y de sus acreedores en general* (…) *Ibídem.* p. 4.

Así mismo, se desarrolla el tema referente al *"trato otorgable a los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia"* refiriéndose a los bienes patrimonio del Grupo; en cuanto a esta cuestión se estudian los mecanismos de protección a la "masa" de la insolvencia, analizando la extensión de la responsabilidad en los bienes de los distintos miembros del Grupo; también se trata el tema de la financiación posterior a la solicitud y al respecto se establece quien o quienes serían el o los indicados para prestar dicha financiación. Igualmente se analizan otros aspectos interesantes como son: el uso y la enajenación de bienes de la masa de la insolvencia; el otorgamiento de garantías y fianzas entre empresas integrantes de un mismo grupo, el conflicto de intereses del grupo y de sus empresas integrantes como entidades jurídicas independientes; lo referente a los procedimientos de impugnación de operaciones que se llevan a cabo dentro de los grupos de empresas y; así también se trata el tema de la relación de "subordinación" de las empresas que integran los grupos.

Por último cabe destacar sobre la Tercera parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL, el detallado y atinado estudio que hace en asuntos tan delicados y controvertidos como son: el de la extensión de la responsabilidad por deudas y actos llevados a cabo por una o varias de las empresas integrantes de un mismo grupo y el de la consolidación patrimonial en el que un tribunal está facultado para consolidar los activos y pasivos de dos o más empresas de un mismo grupo como si se tratase de un único patrimonio perteneciente a una sola entidad comercial. Lo anterior con la finalidad de:

> *"a) Proporcionar un marco legal para la consolidación patrimonial, pero respetando el principio básico de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo;*
>
> *b) Precisar las circunstancias sumamente limitadas en que cabrá recurrir a la consolidación patrimonial en aras de la transparencia y la previsibilidad; y*
>
> *c) Precisar el efecto de una orden de consolidación patrimonial, especificando el trato otorgable a las garantías reales."*[177]

[177] Ibídem. p 64.

En lo que se refiere a la segunda mitad de la Tercera parte de la referida Guía, en lo relativo a las *cuestiones internacionales,* se estudia el trato otorgable para el caso de insolvencias *transfronterizas* en relación con los grupos de empresas. Es decir, el de la insolvencia de los grupos que tienen compañías (filiales, subsidiarias, hermanas) ubicadas en distintos países y cuyas empresas se encuentran en situaciones de insolvencia, lo que presupondría la apertura de un sin número de procedimientos de insolvencia independientes en varios países contra cada una de las empresas insolventes del Grupo de manera separada[178] y de darse el caso, de no existir una coordinación efectiva entre dichos procedimientos, la reorganización del grupo sería mucho más complicada y las probabilidades de disolución aumentarían exponencialmente[179].

Así que no sólo en el contexto nacional, sino también en el marco internacional del Grupo Empresarial Multinacional, existe el conflicto consistente en si se debe de considerar al grupo bajo el criterio *"entidad jurídica única o independiente"* considerando a cada una de las empresas que lo integran de manera separada, o bien aplicar el criterio de *"empresa comercial única"* en que se establece una masa común en beneficio de todos los acreedores.

Otro de los problemas para el caso de la insolvencia trasnacional de los Grupos de Empresas, es que desafortunadamente no existe un régimen legislativo global que aborde el tema. Evidencia de esto es que la Ley Modelo de la UNCITRAL[180], que constituye el principal marco jurídico para los casos de insolvencias transfronterizas no

---

[178] A partir del 15 de septiembre de 2008 (fecha de la apertura del procedimiento en los Estados Unidos), se han venido iniciando más de 75 procedimientos de insolvencia con respecto a Lehman Brothers Holdings Inc., y sus filiales deudoras en unos 16 países de todo el mundo. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza.* 2009. p.33

[179] KPN Quest era un grupo de telecomunicaciones que era propietario y que explotaba redes de transmisión por cable de fibra óptica en Europa y los Estados Unidos. Las principales redes estaban dispuestas en forma de anillos: en el anillo que circundaba Europa, el tramo francés pertenecía a una filial francesa; el tramo alemán, a una filial alemana, y así sucesivamente. Al quebrar la empresa matriz holandesa, muchas de las filiales se vieron obligadas a solicitar la protección de los tribunales en el país en que se habían constituido. Nadie pudo coordinar las actuaciones y el grupo fue efectivamente desmembrado (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V. Tercera Parte de la Guía Legislativa (…) *op.cit.*

[180] Adoptada por México en el Título Décimo Segundo de la Ley de Concursos Mercantiles. DOF.12 de mayo de 2000 y sus reformas.

entra al estudio de los "Grupos Empresariales" o bien su aplicación todavía es muy limitada cuando se habla de ellos.

Ahora bien, para la creación de un esquema legislativo existen varias propuestas que pueden servir como la base para un régimen jurídico de la insolvencia transfronteriza de los Grupos Empresariales. Una de las propuestas es la ubicar el *"centro de los principales intereses del Grupo,"* tema ya ampliamente discutido en el 39º periódo de sesiones del Grupo V de la UNCITRAL[181]. Se busca que una vez establecido el centro de principales intereses, se puedan aperturar sendos procedimientos contra cualquier empresa del Grupo, pero todos serían administrados en un mismo lugar, ante un único tribunal y con sujeción a la misma ley aplicable. Sin embargo ha sido complicado definir cual es el principal centro de operaciones o de intereses, incluso podrían existir varios centros principales de negocios de las empresas, además se han discutido los requisitos que debería de cumplir un lugar para ser considerado como centro de las principales operaciones del Grupo y en el que también habría que tomar en consideración todas las cuestiones de jurisdicción para las distintas compañías que integran el grupo.

Otra propuesta para el establecimiento de este régimen jurídico, es la de tratar el tema del *"centro de coordinación del grupo",*[182] que se refiere al lugar donde se encuentra ubicada la empresa matriz o controladora. Para este caso, tanto como para la apertura de un único procedimiento en el *"centro de sus principales intereses"*[183], hay que enfrentarse a cuestiones de jurisdicción, ley aplicable y a la discusión sobre todas estas cuestiones para que se pueda llegar a un acuerdo internacional vinculante

[181] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) 39ª período de sesiones. *"Régimen de la Insolvencia. Interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses."* Viena, 6 a 10 de diciembre de 2010. A/CN.9/WG.V/WP.95

[182] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. Tercera parte. (…)* 2010. *op. cit.*

[183] El tema sobre la "*interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses*", fue tratado en la sesión más reciente del Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, en el 39º periodo de sesiones llevado a cabo en Viena del 6 al 10 de Diciembre de 2010.

que permita dar certidumbre al procedimiento de insolvencia trasnacional de este tipo de Grupos.

Como ya se mencionaba, en la actualidad no existe, salvo la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL y los parámetros adoptados en el marco del Grupo de Trabajo V *"sobre Interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses",* un modelo que permita dar una respuesta satisfactoria o completa a todas las cuestiones planteadas anteriormente. Por ejemplo, en el Reglamento del Consejo de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia adoptado en mayo del 2000, no se abordó el tema de la cooperación para el caso de los Grupos Empresariales.[184]

De esta forma la Tercera parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia, en la parte que se refiere a las cuestiones internacionales del tratamiento de los Grupos de Empresas en situaciones de insolvencia, se sugirió que el primer paso para solucionar el problema del régimen jurídico de la insolvencia trasnacional de los Grupos Empresariales, fuera el de la *cooperación trasfronteriza*, en la cual debe de haber una participación activa de tribunales y representantes de los casos de insolvencia. Lo anterior, con el fin de incrementar la certidumbre comercial, la eficiencia de los procedimientos, la protección de los derechos de todas las partes interesadas, así como la optimización del valor de los bienes del Grupo que permita conservar empleos y reducir al mínimo los costos administrativos.

Aunque en este mismo foro, también se tomó en consideración la existencia de casos en los cuales es más factible llevar a cabo varios procedimientos de insolvencia por separado (en los supuestos de Grupos que no tengan una estructura tan integrada), se consideró que aun en estos casos la cooperación internacional es la vía más adecuada para reducir el riesgo de dichos procedimientos.

---

[184] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. Tercera parte. Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. Cuestiones internacionales. A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1.* p. 3. 2010.

Sin embargo, en la actualidad la alternativa de la cooperación también presenta ciertas limitaciones en virtud de la falta de un marco legislativo en materia de Grupos Empresariales que dé más estabilidad y certidumbre sobre las facultades de los tribunales para cooperar con otros tribunales y representantes de insolvencia extranjeros.

Se puede considerar que la Ley Modelo se encarga de brindar un marco legislativo para el caso de insolvencia trasfronteriza, sin embargo, el conflicto que existe en aplicar el marco de la Ley Modelo para los casos de insolvencias de Grupos de Empresas, es que esta Ley Modelo abarca los casos de insolvencias que se refieren a un mismo deudor (que puede ser una empresa trasnacional) que cuenta con bienes, operaciones o acreedores en distintos Estados. En otras palabras, se ocupa de los casos de procesos paralelos de insolvencia que se siguen en dos o más países, pero respecto a una única empresa deudora. El problema que existe con los Grupos de Empresa es que los procedimientos de insolvencia iniciados en varios Estados, se siguen en contra de empresas que tienen personalidad jurídica independiente unas de otras (a veces cada una de estas empresas tiene varios procedimientos de insolvencia en distintos países, situación que sí entraría en el ámbito de la Ley Modelo) y cuyo vínculo fáctico sería únicamente que forman parte de un mismo grupo, cuestión tal que no está prevista dentro de la Ley Modelo.

Por tanto, también debe de existir una cooperación por parte de cada Estado para que en sus legislaciones nacionales se prevea y se reconozca la existencia de los Grupos Empresariales, puesto que en muchas ocasiones y por las razones que ya se señalaron anteriormente (complejidad de su organización, falta de vinculación jurídica entre las filiales, diferentes clases de operaciones entre empresas del grupo, entre otras) podría parecer que los procedimientos de empresas del mismo grupo no guardan relación entre sí, y al no existir un marco jurídico internacional que regule todas las cuestiones relativas a este fenómeno, la cooperación transfronteriza pareciera ser la única alternativa viable para enfrentar esta problemática.

En la práctica hay muchos casos de insolvencias de Grupos Empresariales que requieren de una solución global que sea congruente con la magnitud de sus

actividades, por lo cual es imperante la cooperación entre los Estados nacionales que aborden según sea el caso, la insolvencia de algunas empresas del grupo o de la totalidad de ellas.

En resumen, se coincide con lo postulado por el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, en el sentido de que es urgente que los distintos regímenes de insolvencia reconozcan la existencia de los Grupos Empresariales y de los Grupos Empresariales Multinacionales, para fomentar la cooperación entre los Estados y los tribunales de los Estados en lo relativo a la insolvencia de empresas de grupos societarios.

Asimismo, se debe promover que ciertas cuestiones previstas en la Ley Modelo con respecto a los deudores individuales, se hagan extensivas a los procedimientos de insolvencias iniciados respecto de sociedades integrantes de un Grupo. Pero siendo conscientes de que en la Ley Modelo no se prevén soluciones para la problemática que presenta la insolvencia de empresas que funcionan como Grupo Empresarial. Ya se ha dicho con antelación que no se puede seguir aplicando soluciones añejas a problemas actuales.

Como ya se ha observado anteriormente, el régimen de insolvencia trasnacional ha sido creado en función a empresas individuales con personalidad jurídica propia. No obstante, en la vida práctica los jueces y representantes de insolvencia cada vez más se han venido enfrentando a un gran número de casos de insolvencia que tienen que ver con Grupos o empresas que forman parte de Grupos Empresariales. Razón por la cual han tenido que buscar soluciones prácticas que vayan más acordes con el mundo empresarial actual, adoptando el criterio de *"empresa comercial única"* (grupo de empresas) en lugar del criterio de *"entidad jurídica única"* (empresa individual).[185]En México, sin embargo, no ha sido fácil la adopción de estas soluciones prácticas basadas en la equidad, porque su rígido sistema de derecho escrito exige a la autoridad judicial un respeto absoluto al principio de seguridad jurídica en donde el juez tiene que aplicar la letra escrita de la ley sin poder acudir libremente a otros criterios diversos al derecho positivo.

[185] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. Tercera parte. Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia (…) Op.cit.* 2010.

En adición a lo anterior, es interesante señalar, aunque de manera breve, las posiciones de los gobiernos de tres países (Rusia, Polonia y Colombia), referentes a la ya mencionada Tercera parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL con respecto al trato otorgable a los Grupos de empresas en situaciones de insolvencia, opiniones que fueron recopiladas oportunamente en el 43º Periodo de sesiones de la UNCITRAL llevado a cabo del 21 de junio al 9 de julio del 2010.[186]

3.4.2 LA POSTURA DE LA FEDERACIÓN DE RUSIA EN CUANTO AL TRATAMIENTO DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN LA TERCERA PARTE DE LA GUÍA LEGISLATIVA DE LA UNICTRAL.-

El gobierno de la federación de Rusia, después de apoyar en su totalidad el texto presentado por el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL referente a la 3ª parte de la Guía Legislativa, se pronunció a favor de incluir dentro de dicho estudio los criterios que se habrán de tomar en cuenta para considerar como partes de un grupo de empresas a: personas físicas y organizaciones. Este tema es interesante, porque como ya se ha comentado en el presente capítulo, puede darse el caso que un grupo esté integrado no solamente por sociedades o personas jurídicas, sino también por personas físicas, a quienes en su carácter de accionistas en varias empresas de un mismo grupo puedan considerárseles como entes integrantes del mismo o aún más, quienes también en lo personal pueden ser comerciantes o empresarios en el sentido amplio del término por dedicarse a la realización de actos de comercio de manera ordinaria y habitual.

Asimismo, solicitó que se tomara en cuenta la formulación de un criterio sobre lo que debe entenderse por "*centro de los principales intereses*" de un grupo de empresas. A este respecto cabe mencionar que el Grupo de Trabajo V en su sesión del pasado Diciembre de 2010, ya se ha encargado de desarrollar este punto.[187]

---

[186] Consultar: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia: proyecto de tercera parte relativa al tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. Recopilación de observaciones presentadas por los gobiernos*. A/CN.9/699/Add.2, A/CN.9/699/Add.1 y A/CN.9/699. 2010.

[187] Grupo de trabajo V de la UNCITRAL en su 39º periodo de sesiones llevado a cabo en Viena del 6 al 10 de Diciembre de 2010.

Por otro lado, también sugirió que se precisaran los motivos por los cuales se puede extender la responsabilidad a las empresas solventes de un grupo por las obligaciones de las insolventes y de igual forma señaló que deberían de establecerse aspectos concretos sobre la consolidación de la masa patrimonial de la insolvencia en la que dos o más miembros de un mismo grupo sean deudores. Al respecto, hay que señalar que tanto en el régimen de insolvencia como en toda rama del Derecho que estudie el tratamiento de los Grupos de Empresas, se deberían de establecer con claridad y de acuerdo a *parámetros objetivos*, las razones por las cuales cabe hacer responsables a las distintas empresas de un grupo por los actos u obligaciones de sus integrantes.

De igual forma, pidió se estableciera un procedimiento unificado para la reorganización de dos o más miembros insolventes de un mismo grupo empresarial. Este es un tema primordial en el régimen de la insolvencia puesto que el motivo principal del procedimiento de insolvencia (o concurso mercantil en México) es precisamente el de velar por la permanencia y el futuro desarrollo de las empresas, sea a nivel local o internacional.

Por último, la Federación Rusa se pronunció a favor de considerar las propuestas de la *Union Internationale des Avocats*, sobre la elaboración de una convención internacional que regulara cuestiones de insolvencia transfronteriza, tema que no será tocado con más profundidad en el presente trabajo, ya que es materia de otro estudio.

3.4.3 LA POSTURA DE POLONIA EN CUANTO AL TRATAMIENTO DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN LA TERCERA PARTE DE LA GUÍA LEGISLATIVA DE LA UNICTRAL.-

El gobierno de Polonia observó que al igual que en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, la cuestión de la insolvencia de los Grupos de Empresas no se encontraba legislada en su país, y aunque si bien en su Ley sobre Insolvencia y Reestructuración de Polonia del año 2003[188] se regulaban los casos de

[188] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 43º período de sesiones. Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010. Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia:

insolvencias transfronterizas, éstos se desahogaban conforme a la teoría de la "única entidad jurídica", es decir, sólo se encontraban previstos los casos relativos al mismo deudor. Así también, apuntó la importancia de legislar sobre el tema de los grupos para el supuesto de insolvencia ya que particularmente en su país ya se han suscitado algunos casos de grupos empresariales trasnacionales en insolvencia, como lo fue el de un grupo conformado por varias empresas polacas con accionistas alemanes, en el cual la empresa matriz que cayó en insolvencia posteriormente contagió a las filiales. Dichas empresas de nacionalidad polaca e inversión alemana, tenía operaciones tanto en Alemania como en Italia. De esta forma se encontraban involucrados tres países y varias empresas vinculadas, de tal suerte que formaban un solo organismo económico, pero que debido a la falta de una adecuada legislación en los tres países no podían ser consideradas como un único ente, ni tampoco coordinarse o aplicar reglas comunes entre dichos países para resolver el conflicto de insolvencia del Grupo Empresarial. Así que por razones como estas, Polonia se manifestó a favor de la Tercera parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, pues consideró que podía ofrecer soluciones que debieran introducirse a la legislación de los países y aunque si bien la guía no está revestida de carácter obligatorio o vinculante para los Estados, Polonia, planteó la posibilidad de que en un futuro se adopte una *Ley Modelo* elaborada sobre las bases del la mencionada Guía Legislativa.

Por otro lado, hizo hincapié sobre la coherencia de la Guía en el tratamiento de cuestiones internacionales y nacionales, para su adecuada incorporación en los derechos internos de los países. Asimismo, apoyó el respeto al principio de la separación jurídica de las empresas insolventes y la manera general de postular todas las propuestas de la Guía, que facilitan considerablemente su adopción en las legislaciones internas de los Estados. Por último, concluyó observando la exitosa labor de colaboración de los países de distinta tradición jurídica que hicieron posible la elaboración de una Guía completa y aplicable a la mayoría de los Estados y de nueva cuenta resaltó la conveniencia de la elaboración de una Ley Modelo *"(…)que previera las soluciones enunciadas en la tercera parte de la Guía Legislativa para la insolvencia*

---

proyecto de Tercera parte relativa al tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia Recopilación de observaciones presentadas por los gobiernos* A/CN.9/699. Pág.2.

de los grupos empresariales " para la existencia una mayor armonización internacional en cuanto a este tema.[189]

3.4.4 LA POSTURA DEL GOBIERNO DE COLOMBIA A TRAVÉS DE LAS OBSERVACIONES REALIZADAS POR SU DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES EN CUANTO AL TRATAMIENTO DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN LA TERCERA PARTE DE LA GUÍA LEGISLATIVA DE LA UNICTRAL.-

El Estado colombiano a través de su Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales, señaló, en el foro del 43º periodo de sesiones de la UNCITRAL llevado a cabo en los meses de junio y julio de 2010, como un gran logro en la legislación colombiana la adopción de la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1997 sobre la insolvencia Transfronteriza, en el título II la Ley 116 de 2006, *"por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones"*.[190] Sin embargo, expuso que, hasta aquél momento, en la legislación de su país no se contaba con disposiciones que tuvieran que ver con la insolvencia de los Grupos Empresariales y aunque como ya se mencionó sí se encontraba legislado el caso de las insolvencias transfronterizas gracias a la adopción en su derecho interno de la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1997, en la cual se prevé el caso de coordinación de procedimientos del mismo deudor en distintos países, no se abordaba el caso de procedimientos de insolvencia referentes a distintas empresas integrantes de un mismo Grupo.

Por lo tanto, la delegación colombiana consideró muy adecuada la adopción de la Tercera parte de la Guía Legislativa, opinando que era de vital importancia que en el régimen de insolvencia se previera la existencia de los Grupos de Empresas.

Congruente con este planteamiento, a partir del tratamiento que hace la Tercera Parte de la Guía legislativa de la UNCITRAL, Colombia consideró conveniente

---

[189] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 43º período de sesiones. *Op. cit.* A/CN.9/699. Pág.3

[190] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 43º período de sesiones. Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010. Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia: proyecto de Tercera parte relativa al tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia Recopilación de observaciones presentadas por los gobiernos* A/CN.9/699/Add.1. pág.6

realizar un profundo análisis a su propia legislación vigente en materia de insolvencias, teniendo como base las reglas previstas en la Ley 116 de 2006, para un posterior tratamiento de la insolvencia de los Grupos de Empresas en su país. Resultando de tal análisis, el Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales emitió el Decreto número 1749 el día 26 de mayo de 2011 pasado, por medio del cual se reglamentaron los artículos 11, 12, numeral 3 del artículo 15; 24, 32, 41; numeral 5 del artículo 43; 60, 61, 67; numeral 1 y parágrafo 2 del articulo 69; 74; numeral 1 del articulo 78; 82, 83, 95, 110, 111 y 112 de la citada Ley 1116 de 2006, con el objetivo de regular a las cuestiones relacionadas con el trámite de la situación de insolvencia de los Grupos de Empresas, tanto a un nivel nacional como en los casos en que se requiera una cooperación con otros países.

Esta novedosa regulación jurídica colombiana en materia del tratamiento de la insolvencia de los Grupos Empresariales, constituye el más moderno cuerpo legislativo sobre la materia en América Latina. Se definen conceptos tales como: Grupo de Empresas; deudor(es) vinculado(s) o participe(s) del Grupo de Empresas; coordinación; consolidación patrimonial; afinidad operativa; acto o negocio sin legitimidad comercial y; financiación. El análisis de esta novedosa ley no será materia de este estudio, salvo en aquellos conceptos íntimamente relacionados con nuestro trabajo y únicamente para efectos de derecho comparado.

Las tres posturas anteriores (y otras más) fueron tomadas en cuenta por los miembros del Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL al momento de adoptar los textos finales de dicha Guía Legislativa.

III.5 ELEMENTOS OBJETIVOS QUE PERMITEN IDENTIFICAR A EMPRESAS QUE ACTUAN COMO "GRUPOS EMPRESARIALES"

Como ya se ha venido dilucidando a lo largo del presente capítulo, el concepto de Grupo Empresarial concebido como una estructura formada por *dos o más sujetos de derecho* (generalmente sociedades), que realizan distintas actividades empresariales (ya sea de producción o servicios) bajo una *dirección unificada* lograda a través de lazos de *control* o *coordinación*, para la consecución un fin económico común, trae implícitos sus principales elementos que se explicará a continuación.

Señala el tratadista Héctor José Miguens, citando a BLUMBERG, que los grupos empresariales cuentan con tres elementos indispensables para su existencia o constitución, a saber:

> *"1) Una pluralidad (al menos dos) de sujetos, generalmente sociedades pero que pueden tener cualquier estructura jurídica, sean personas físicas o de existencia ideal.*
>
> *2) Una relación de dependencia, influencia dominante o control.*
>
> *3) Una dirección económica o empresarial unitaria o unificada o común ejercida por medio del control societario o relación de dependencia societaria. (…)."*[191]

En cuanto al primer elemento no habrá que detenerse mucho tiempo, ya que es evidente que un grupo necesariamente tiene que estar constituido por una multiplicidad de sujetos, que para efectos de este trabajo se tratará más bien a los sujetos entendidos como personas jurídicas, aunque sin olvidarse que un grupo de empresas puede estar integrado por sujetos empresarios personas físicas; para este caso se puede mencionar a los grupos controlados por familias, en los que dos o más personas físicas (miembros de la misma familia) son accionistas de varias empresas, que a su vez están dirigidas con intereses y fines comunes. Y aunque este tipo de integración empresarial tal vez no sea el común denominador, no hay que descartar su existencia ni tampoco subestimar su impacto económico[192].

En cuanto al segundo elemento referente al control, no se coincide con la postura antes señalada, en el sentido de que si bien es cierto para que las empresas del grupo sigan la misma dirección debe de existir una influencia que las guíe por el mismo camino, este poder de decisión muchas veces no está dado en razón de una relación de control, sino que también puede devenir del acuerdo de las sociedades "coordinadas" entre sí. Así tampoco se coincide en la posición que indica que la falta de uno de los tres elementos antes citados (en específico el elemento de control) la

---

[191] MIGUENS, Héctor José. *Op.cit*. Pág.1. (Énfasis añadido).

[192] Como ejemplo ver el caso del grupo Parmalat controlado por la familia italiana Tanzi, cuyas relaciones de control entre empresas deben de estar estudiadas en torno a la relación de los vínculos familiares de sus accionistas.

conformación de un grupo sería imposible. Por tanto, se afirma que los elementos consistentes en la *pluralidad de sujetos* que se dirigen en una misma dirección unificada, son indispensables para la existencia de los grupos, no así el vínculo del control entendido este como la relación de subordinación de empresa controladora-controlada, porque si así fuera se dejarían fuera de esta clasificación de grupos empresariales, a aquéllas empresas que están unidas por vínculos de coordinación. En este orden de ideas, se coincide con la opinión del doctrinista Marcelo Quaglia quien postula que *"(…) la simple posesión del control de la empresa no da lugar a la integración o grupo de empresas, es necesaria la existencia de una dirección unificada. Es más si existe una dirección unificada y* ***se halla ausente el elemento control*** *(entendido en el sentido de subordinación), igualmente estaremos ante una integración empresaria (verbigracia en el caso de un grupo por coordinación)."* [193]

Tal es el caso, por citar un ejemplo, de lo que el Código de las Sociedades Comerciales de Portugal, regula como "*contrato de grupo paritario*" (artículo 492º), que establece que dos o más sociedades que no sean dependientes ni entre sí ni de otras sociedades pueden constituir un grupo de sociedades, mediante contrato por el cual acepten someterse a una dirección unitaria y común. El contrato, sus modificaciones y prórrogas deben ser celebrados mediante Escritura Pública y precedidos de deliberaciones de todas las sociedades intervinientes, tomadas sobre la propuesta de sus administraciones y opiniones de sus órganos de fiscalización, por la mayoría que la ley o los contratos de sociedad exijan para su función. Estos contratos no pueden ser estipulados por tiempo indeterminado, pero pueden ser prorrogados.

La ley en comento establece en el numeral en cita que el contrato no puede modificar la estructura legal de la administración y fiscalización de las sociedades y cuando a virtud de dicho contrato se instituya un órgano común de dirección o coordinación, todas las sociedades deben participar en él igualmente (eliminando totalmente la posibilidad de control de alguna de ellas). Es evidente que no existe subordinación en este tipo de grupos.

[193] QUAGLIA, Marcelo. *Op.cit*. (Énfasis añadido).

A estos Grupos Empresariales no les aplican las normas legales disciplinarias en materia de competencia entre empresas que forman parte de dicho grupo, por excepción expresa de esta ley.[194]

También en cuanto a este punto, cabe mencionar que la manera de obtención del control ya sea directo o indirecto, puede hacerse mediante participaciones en el capital social de las empresas, por medio de la adquisición de derechos o bien, a vía contractual que una sociedad confiera a otra la facultad de controlarla.[195]

Por último, habrá que referirse a la dirección económica unificada, que es el elemento primordial de la existencia de los grupos, se podría decir que es el elemento integrador de las empresas, la esencia del grupo. Sin embargo, este elemento es de naturaleza más económica que jurídica, ya que el grupo se administra como si se tratase de una única empresa independiente de sus partes, que en la opinión de MIGUENS "(…) *implica un* ***proceso económico*** *más evolucionado de integración de entidades o sociedades en un grupo: existe una* ***nueva forma de empresa****, basada en la* ***unidad económica*** *de las sociedades dominantes y dependientes, sin perjuicio del mantenimiento o subsistencia de la personalidad jurídica de cada una.(…) La dirección empresarial unificada procura la dirección óptima del conjunto, cuya estructura económica no coincide necesariamente con la estructura societaria. Es lo que hace al grupo una unidad supraordenada, mediante un gobierno superior."* [196]

En resumen, es concluyente que todos estos elementos constitutivos del Grupo Empresarial, no son más que el propósito de las empresas que al agruparse buscan un mismo fin de poderío económico.

III.6 EL GRUPO EMPRESARIAL MULTINACIONAL

Se tiene constancia que el término de *"multinacional"* en el ámbito empresarial fue utilizado por primera vez en los años 60's por David E. Lilienthal quien definió a la *"corporación multinacional"* como *"la corporación…que tiene su sede en un país, pero*

---

[194] Decreto-ley número 262/86 de 2 de septiembre de 1986. *Código das Sociedades Comerciais*.

[195] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V. *Op. cit.* Pág.15. (Énfasis añadido).

[196] MIGUENS, Héctor José. *Op. cit*. Pág.2. (Énfasis añadido).

que también opera y se rige por leyes y costumbres de otros países".[197] Esta definición sin embargo, considera a la empresa como uni-nacional pero con operaciones en países del extranjeros, dejando de lado a otros tipos corporativos trasnacionales que tienen sus matrices o empresas controladoras ubicadas en varios países, es decir con un origen en sí mismo multi-nacional. Por ejemplo, los casos de las empresas de nacionalidad Anglo-Holandesa de *Unilever* y *Royal Dutch Shell*.

Más tarde, varios economistas definieron a la *"empresa multinacional"* como a cualquier compañía que controlara y administrara operaciones, o fuera propietaria de activos societarios, en más de un país. En resumen, consideraban como multinacional a aquella empresa que participara directamente en una Inversión Extranjera Directa (IED).

En este sentido se puede citar la definición de Andrés Suárez Suárez, quien entiende por empresa multinacional o trasnacional a "(…) *la empresa que tiene la propiedad, dirección y control de activos productivos en más de un país, bien sea en las fases de fabricación, comercialización o aprovisionamiento; integrados esos activos en unidades que operan generalmente como figuras jurídicas independientes (filiales participadas por la totalidad o parte de su capital social) o como unidades productivas integradas en una sociedad matriz con residencia en otro país; carentes de personalidad jurídica propia, si bien con una gran autonomía funcional*."[198]

Por su parte, Antoni Verger, define a la corporación o empresa trasnacional como "*aquella organización económica compleja en la que una empresa detenta la propiedad de una o varias empresas en países extranjeros, a las cuales se les denomina filiales*."[199]

Coincidiendo con el postulado de Muchlinski "*la producción internacional puede tomar muchas formas legales, y el término de empresa multinacional no se restringe únicamente al modelo de empresa matriz-sucursal, así que desde el punto de*

---

[197] MUCHLINSKI, Peter. *Op.cit*.

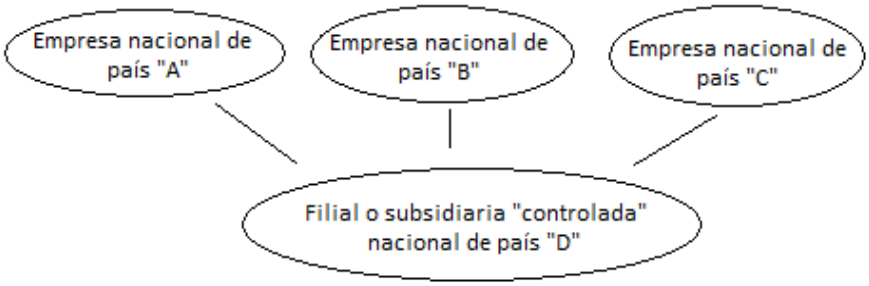
[198] SUÁREZ, Andrés S. *Capitalismo y multinacionales.* Madrid: Pirámide, 2004.

[199] VERGER, Antoni. *El sutil poder de las trasnacionales.* Barcelona: Icaria, 2003.

vista económico, la forma de "legal" que tome la empresa para organizar sus negocios, no es determinante para la clasificación de una empresa como "Multinacional".[200]

Siguiendo un poco la evolución histórica del concepto, es menester recordar la distinción efectuada por la ONU en la década de los 70's de los términos de *"Corporación Multinacional"* y *"Corporación Trasnacional"*. Al efecto se adoptó la simple definición economista de *"Corporaciones Multinacionales"* como *"…aquellas empresas que tienen la propiedad o el control de la producción o servicios, en un país fuera de aquél donde tienen su base. Dichas empresas no son necesariamente privadas, sino que también puede tratarse de cooperativas o empresas estatales".* Sin embargo, en la quincuagésima séptima sesión del ECOSOC, en 1974, varios representantes discutieron a favor de que se adoptara el término de *"Corporación Trasnacional"*. Se decía, que era un término mejor empleado, para describir su principal característica, que era precisamente la de tener operaciones allende las fronteras nacionales. En tanto que el término de "Multinacional", debería de ser utilizado para aquellas que fueran propiedad de varias empresas de distintios países, y que conjuntamente ejercieran un control sobre la primera (ver recuadro 3.6.1).

Concepto de Empresa Multinacional
según las Naciones Unidas, 1974.



Recuadro 3.6.1

Sin embargo, con el paso de los años, esta distinción fue cayendo en desuso y prácticamente ya no es utilizada en las publicaciones y documentos oficiales de las Naciones Unidas. Así que, el término de "Empresa o grupo de empresas trasnacional"

[200] MUCHLINSKI, Peter. *Op.cit*.

es utilizado para referirse a cualquier tipo de asociación comercial que cruce fronteras y que participe en una IED.

Más recientemente, los 42 países[201] integrantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que en este caso se trataba de un grupo de países política y económicamente más homogéneo, resolvió dar una definición del concepto "Empresa Multinacional" en términos más amplios, para ser incluida en el proyecto de "Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales". Esta especie de "guía", revisada en junio del 2000 y recientemente actualizada en el mes de abril de 2010, es un instrumento destinado a promover una conducta empresarial responsable, y define a las empresas multinacionales de la siguiente manera:

(…) I. Conceptos y principios (…)

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

" Las Directrices se dirigen a todas las entidades pertenecientes a la empresa multinacional (sociedades matrices y/o entidades locales). (…).[202]

De acuerdo con esta definición, se considera a las empresas multinacionales como entidades independientes ubicadas en más de un país, pero "coordinadas" entre sí. Es decir, la carcterística principal de la multinacional no sería tanto el grado de "control" sobre sus subsidiarias, sino la capacidad de la primera para coordinar sus actividades, y dicho grado de coordinación o de influencia sobre las filiales puede

[201] Los cuales, en su conjunto representan el 85% de la Inversión Extranjera Directa mundial. (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 2010).

[202] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). «Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).» *Guidelines for Multinational Enterprises.* 2008. http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf (último acceso: 5 de Agosto de 2010).

variar en función del grado de autonomía que se les adjudique a las últimas. Por lo tanto, esta definición es lo suficientemente amplia, como para abarcar cualquier forma de inversión extanjera directa, sin importar la forma legal o el origen del capital de las empresas.[203]

Para efectos del presente trabajo y pretendiendo adoptar de manera ecléctica los diversos conceptos que se consideran esenciales para la identificación de un Grupo Empresarial y que se han identificado en líneas anteriores, se entenderá por Grupo Empresarial Multinacional al conjunto de dos o más empresas o entidades establecidas en más de un país, que funcionen en la economía dando la apariencia de un grupo o que estén vinculadas entre sí por una dirección unificada, o relación de control, coordinación o participación significativa en su capital social.

III.7 CAUSAS E IMPLICACIONES DE LA MULTINACIONALIZACIÓN

En los últimos años las empresas y grupos trasnacionales han alcanzado una importancia a nivel económico y político global sin precedentes, la cual ha sido explicada por las facilidades que tienen las empresas para organizar su producción a escala global. Lo anterior, responde a factores como la eliminación cada vez más frecuente de barreras a la movilidad del factor capital (financiero y físico), los avances en materia de transporte y comunicaciones, que han facilitando la coordinación entre empresas ubicadas en diferentes países, así como el traslado de mercancías de manera casi inmediata, facilitando la *"multinacionalización"* de la actividad productiva de las empresas.

El fenómeno "multinacional" ha tenido consecuencias, que han afectado a la distribución territorial de la actividad productiva o la "división internacional del trabajo". Asimismo ha incrementado la interdependencia en la economía global, mientras que también ha adquirido un rol importantísimo sobre la capacidad de

[203] MUCHLINSKI, Peter. *Op.cit*.

influencia política de los poderes públicos estatales, respecto a unas empresas que pueden cambiar de jurisdicción con más facilidad que nunca.[204]

De acuerdo con el catedrático Juan Tugores Q., la multinacionalización implica en muchas ocasiones fragmentar procesos productivos en los que tradicionalmente todas las etapas de la producción – desde la obtención de *"inputs"* (productos) iniciales, sucesivas transformaciones en *"inputs"* intermedios, las tareas de *"ensamblaje"* para conformar el producto final y su venta al cliente- tenían lugar en un único país, y ahora son distribuidas en varias localizaciones en el territorio de la economía global, en función de las ventajas que cada ubicación ofrezca para ciertas fases del proceso productivo.

Se puede afirmar que en la actualidad es más fácil establecer una *"partición de la cadena de valor"* o una *"desintegración de la producción"* en varias ubicaciones situadas en países diferentes, para aprovechar diferencias de costes o regulaciones. *"Hoy en día es muy frecuente encontrar artículos en cuyo proceso productivo, en cuya cadena de valor, han estado presentes varios países, incorporando con ello a los mercados mundiales a muchos más territorios y personas que probablemente nunca en la historia. Es uno de los ingredientes y efectos del "aplanamiento del mundo."*[205]

El proceso en el cual un país distinto es receptor de una etapa del proceso de producción se denomina como *"especialización vertical"*, en el cual se efectúan constantes entradas y/o salidas de *"inputs"* (productos) intermedios o inacabados. Ello incrementa las cifras de transacciones comerciales internacionales entre empresas del mismo grupo, contribuyendo a un peso creciente del comercio en "inputs intermedios" o inacabados, que en una cuantía importante daría lugar al denominado *"comercio intrafirma"* o *"transacciones entre filiales de la misma empresa o grupo empresarial"* que podrían suponer cerca de una tercera parte de los flujos comerciales internacionales.[206]

---

[204] TUGORES QUES, Juan. *Op.cit*.

[205] *Ibíd.*

[206] *Ibid.*

México ha tenido un importante desarrollo en la creación de este tipo de empresas que se denominan *"maquiladoras"*, las cuales por su cercanía con el principal mercado consumidor que es EUA, menores regulaciones gubernamentales y en algunos casos bajo costo de mano de obra, permiten de manera competitiva participar en la cadena productiva manufacturando productos intermedios o inacabados, los cuales serán reexportados para continuar con su ensamblaje en el producto terminado en diverso país o en el país de destino. Estas maquiladoras deben acojerse a los Programas de Maquila establecidos por el gobierno federal, que les permitirán tener ciertos beneficios fiscales como el ahorro en los impuestos de importación y en el impuesto al valor agregado, con la única obligación de acreditar a las autoridades aduaneras que los productos terminados o semiacabados han sido reexportados con un cierto grado de integración nacional, salvo las correspondientes mermas o desperdicios propios a cada industria. En especial se ha desarrollado en nuestro medio la industria maquiladora de partes para la industria electrónica y automotriz.

El hecho de que una empresa maquiladora realice parte del proceso de producción de sus clientes, no significa por sí mismo que forme parte de un Grupo Empresarial. Esto es, una empresa ubicada en los Estados Unidos de Norteamérica dedicada a la fabricación de computadoras, puede solicitar a otra empresa mexicana, la fabricación de chips para las computadoras y no por ello ambas formarán parte de un Grupo Empresarial, toda vez que no se dan los elementos que se han analizado en líneas anteriores como requisito *sine qua non* para la existencia de un Grupo Empresarial. Se trata de una simple relación de negocios entre cliente-proveedor. Estas maquiladoras bien podrían formar parte de un Grupo Empresarial cuando se reúnan las condiciones de subordinación, control, participación accionaria, dirección unificada o presentación en el mercado como parte de un Grupo Empresarial.

Como se mencionó anteriormente, el enfoque de Dunning constituye una útil guía para entender mejor las razones por las cuales las empresas adoptan el modelo de organización trasnacional. En este sentido Dunning identifica tres factores importantes: *propiedad, localización e internalización* (OLI por sus siglas en inglés).

La *propiedad* se refiere a la imagen emblemática de las empresas, por ejemplo patente o una reputación o "imagen de marca", que confiere una ventaja capaz de superar los costes adicionales de fabricar en el extranjero.

Los factores de *localización,* por su lado se refieren tanto a los ahorros de barreras arancelarias y otros obstáculos comerciales que se pueden obtener fabricando en el país en el que se quiere vender, además de ventajas de costes de los factores de producción de cercanía al mercado en que se ubican los clientes. Este factor, trata de dar respuesta a la pregunta más "clásica" al respecto, de si es mejor abastecer un mercado extranjero vía comercial mediante exportaciones desde el país de origen, o si es preferible instalar una filial para producir "in situ" en el país extranjero mediante Inversión Extranjera Directa (IED). Es útil para ejemplificar este factor el caso de la empresa *Philips,* para la cual los mercados emergentes como China y países de Latinoamérica representan el 34% de sus ventas a nivel mundial, por lo cual tiene proyectadas fuertes inversiones hacia estos mercados, así como una ampliación de personal tanto de mano de obra como de personal especializado para la investigación. Por otro lado, la desaceleración de los mercados desarrollados debido a la crisis económica, han sido otra razón importante por la cual las empresas buscan ubicarse en otros mercados no tan desarrollados pero que emergen rápidamente para convertirse en competidores globales. Por todo lo anterior, se pone de manifiesto como una importantísima empresa multinacional ha buscado y no con desalentadores resultados, desarrollar sus productos *"de manera local y para el mercado local"* tal como lo señala su presidente y CEO del Consejo de Dirección, Gerard Kleisterlee en una entrevista para The Wall Street Journal.[207]

Y no solamente para empresas productoras de insumos para la iluminación y la salud como Philips han sido susceptibles a la crisis económica en países desarrollados, sino que en el mercado automovilístico la mayoría de las grandes trasnacionales como *Honda Motor Corp., Toyota Motor Corp., Ford, General Motors* y *Chrysler* han experimentado abruptas caídas de ventas en mercados consolidados de Estados

[207] KLEISTERLEE, Gerard, entrevista de Wall Street Journal. *Líder de Philips dejará una empresa más concentrada en los mercados emergentes* (30 de Agosto de 2010).

Unidos y Europa donde tienen sus sedes, que para el mes de agosto de 2010 tuvieron las ventas más débiles en los últimos 27 años.[208]

En este mismo sentido, otras importantes trasnacionales como *Walmart*, *Nestlé* y *Mega Brands*, están siendo atraídas por jóvenes economías emergentes como México, que ofrecen entre otras, ventajas demográficas que constituyen un amplio mercado de consumidores. En contraposición de los mercados ubicados en los países *"sede"* cuyas ventas están estancadas, en otros países extranjeros menos desarrollados pero con un potencial de compra más amplio, se ofrecen buenas oportunidades y facilidades para invertir en plantas que permitan abastecer el mercado local. Así que países de economías emergentes como México, actualmente representan la *"salvación"* de grupos trasnacionales, como *Walmart* cuyo segundo mercado más importante a nivel mundial es el mexicano; *Megra Brands* con un 40% de incremento en sus ventas impulsadas por México y otros países emergentes y; *Nestlé* reportando un 10% de crecimiento en países de Latinoamérica mientras que en Europa apenas registró un 2.2%, razón por la cual anunció que para el año 2010 invertiría 390 millones de dólares en México para instalar la mayor planta de café soluble del país.[209]

Por otra parte, las consideraciones de *internalización* explicarían porqué puede ser mejor aprovechar internamente por las propias empresas del grupo cualquier ventaja (de conocimientos, patentes, de tecnología, de organización, etc.) en lugar de ofrecerla a otras empresas locales, implicando riesgos de comportamientos desleales tales como la "imitación" tras una primera etapa de cooperación y en general dificultades de implementar y hacer efectivos contratos, por ejemplo bajo las fórmulas como concesiones o "franquicias", o "contratos de aprovisionamiento[210]"-para que una empresa local del país extranjero produzca y/o comercialice bajo "licencia". De esta manera el titular de activo estratégico mantiene la "propiedad" y el "control" del proceso de producción, en lugar de cederlo contractualmente a un tercero. Aunque

[208] CANTERA, Sara. «*Cae venta de autos en EU.» Mural*, 1 de septiembre de 2010. p.3 Negocios.

[209] RODRIGUEZ, Karla. «*Desarma con empleo a delincuentes*.» *Mural*, 09 de Noviembre de 2010: 3.

[210] Como es el conocido caso de la compañía de artículos deportivos "Nike", aunque para el particular, si bien es cierto que los proveedores de sus productos son empresas jurídicamente independientes, no significa que la multinacional no ejerza un control muy activo sobre ellas.

como se estudiará más adelante, hay formas contractuales que establecen un grado más elevado de control que otras y cada vez más las empresas optan por ligar sus relaciones por medio de esta vía, de modo que aquí no se está criticando a la forma de organización "contractual" *per se*, sino que este factor se refiere más bien a las ventajas de que experimenta una empresa al ejercer un mayor poder de influencia sobre sus "entidades controladas" en el extranjero.

Otra distinción clásica es entre grupos multinacionales de *estructura horizontal* y de *estructura vertical***.** Se habla de "grupos multinacionales horizontales" cuando diversifican actividades similares a menudo entre países similares, frecuentemente para obtener mejor acceso a los mercados, incluido por tanto el motivo de "eludir aranceles" *("tariff jumping")* u otras trabas comerciales, además de sintonizar mejor con las especificidades de los consumidores[211] y se dice que este tipo de grupos son más frecuentes en países europeos y por lo general se especializan dentro del sector comercial. [212]

Y de "grupos multinacionales verticales" cuando tratan de aprovechar diferencias de costes, normalmente mediante unos "servicios centrales" con los departamentos estratégicos (dirección general) en un país desarrollado y pero con "actividades de producción" efectuadas en países con menor nivel de desarrollo, lo que implica que los salarios sean más bajos, donde generalmente existe una abundancia de recursos naturales y en donde por lo general se ofrecen ventajas en materia de regulación ambiental, ya que estos Estados en vías de desarrollo llegan a tener normas mucho más laxas que los países desarrollados.[213] Asimismo, como ya se ha mencionado con antelación por lo general este tipo de grupos predominan en países como Estados Unidos y Japón, y se frecuentemente encuentran su desarrollo en

[211] TUGORES QUES, Juan. *Op.cit.*.

[212] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Op.cit*.

[213] En este respecto se ha sugerido la creación de un "mercado" para el derecho de contaminar, mediante la emisión de permisos y cuotas los cuales se pueden comercializar, sin embargo, no se profundizará sobre este tema que constituye materia de otro estudio.

la industria manufacturera.[214] Específicamente en México, es menester señalar el caso de dos de los grupos de empresas automovilísticas multinacionales más importantes – *Ford* y *Chrysler*- quienes atraídos por la ausencia de normas que regule el consumo de combustible para sus vehículos, se han precipitado a establecer armadoras en este país y no en países con un nivel de desarrollo mucho más elevado; *"…esta práctica comercial les resultaría insostenible en los principales mercados como Estados Unidos, Europa y Japón"* señaló Gerardo Moncada coordinador de Transporte Eficiente en México.[215]

A veces también se utiliza la expresión de *"offshoring"* para referirse al fenómeno de producir y/o adquirir determinados productos en el extranjero, tratando de englobar la IED y el *"outsourcing"* (abastecimiento internacional de productos o servicios) mediante proveedores externos ubicados en países extranjeros. Aunque también se habla de "*outsourcing internacional de servicios*" para referirse a los casos en los que aprovechando las tecnologías de la información y comunicación determinados servicios se "*deslocalizan*" a empresas ubicadas en el extranjero, de manera que en ese caso lo que se mueve a través de las fronteras no es el capital – como en el caso de la IED, ni las mercancías, como en el caso de las exportaciones/importaciones de productos finales o intermedios, sino servicios (como los de atención telefónica, análisis de resultados médicos, contabilidad, muy populares en países con economías en transición como la India, que aprovechan sus conocimientos científicos y tecnológicos para exportar servicios de valor agregado).

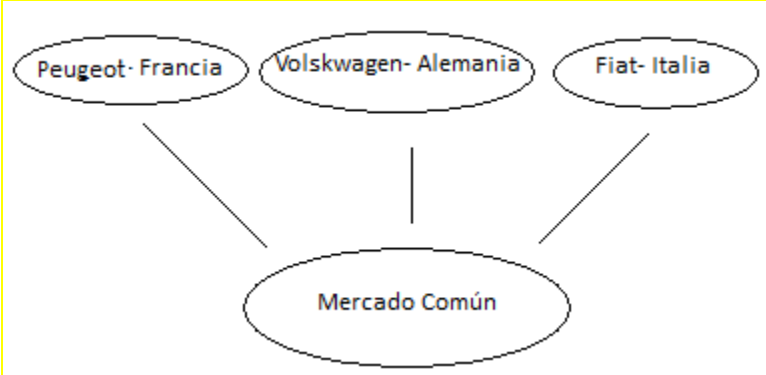
Los intercambios que derivan de esta multinacionalización pueden ser de naturaleza diversa, tales como el comercio que tiene lugar entre una empresa matriz que envía componentes a una planta de ensamblaje, pertenezca o no jurídicamente a la misma empresa, es decir, siendo jurídicamente o no comercio *"intrafirma"*.

---

[214] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Op.cit*.

[215] Según datos de la Asociación Mexicana de Distribuidores de Autos, en la última década la venta de de camionetas con consumo elevado de gasolina representó el 48.3% del total de ventas para Chrysler y el 59% para Ford. CANTERA, Sara. «*Ubican las camionetas que gastan más gasolina*.» Mural, 25 de Agosto de 2010: Negocios 3.

Por otra parte, siguiendo las explicaciones que llevan al origen de la multinacionalización de las empresas, una de las teorías más novedosas que explican dicho fenómeno en el siglo XXI es la teoría del "*Comercio Intraindustrial"*, que refiere al tipo de mercado en el cual se importan y exportan, productos de la misma industria entre países similares. Por ejemplo Francia exporta autos *Renault* a Alemania y Alemania exporta autos *Volskwagen* a Francia. La teoría del *"comercio intra-industrial"* fue desarrollada en los años 70's y 80's e impulsada por la Unión Europea, misma que no desacreditaba las teorías clásicas pero que surgió en respuesta a una necesidad real de adaptarse a un tipo de comercio bidireccional, que no sería posible por ejemplo bajo teoría de la ventaja comparativa. Para ejemplificar mejor este fenómeno, se hace una breve esquematización en el cuatro 3.7.1 siguiente.



Cuadro 3.7.1 Comercio Intra-Industrial

Las empresas modernas han aprovechado este tipo de comercio por varias razones; en primer lugar, por la posibilidad de aprovechar mejor las economías de escala. Esto quiere decir, que el coste por unidad disminuye si aumenta el volumen de producción. Luego entonces, si el coste de producción es fijo, se puede producir más con lo mismo (una misma máquina puede producir de la misma manera 1 producto que 1000 productos). Y aunque cuando el coste fijo sea elevado, al producir a gran escala es posible vender a un precio más bajo. Más aún, cuando el mercado es amplio y se produce en masa, se maximiza el aprovechamiento de la economía a escala, mientras que un mercado nacional se limitaría.

Una segunda razón es la preferencia de los consumidores por la variedad o diferenciación de productos. Lo cual se explica por tres motivos principales: A) Diferenciación horizontal: Esto quiere decir que los gustos de los consumidores son heterogéneos, así que aunque se vendan productos de la misma clase, los consumidores tendrán sus preferencias basadas en los "estilos" de las mercancías, más que en la naturaleza de estas. B) Diferenciación vertical: Se basa en la escala de calidades y precios por productos. Lo que depende en buena medida del bolsillo del consumidor, puesto que productos de la misma especie pueden estar enfocados a distintos estratos económicos de la sociedad. C) Preferencia por la variedad: Es importante en artículos de consumo diario o repetido. Es decir, aunque el consumidor guste del producto y tenga la capacidad económica para adquirirlo, al tratarse de artículos que se consumen de manera frecuente, el comprador prefiere alternar su consumo con otros de la misma calidad y especie. Por ejemplo, si la bebida favorita de una persona es el refresco de manzana, probablemente no beberá refresco de manzana todos los días, sino que intercalará su consumo con té helado.

La teoría del comercio intra-industrial, es novedosa porque combina la economía a escala con el deseo de variedad de los consumidores. Así también, históricamente es una novedad porque en la época actual, ya se tienen cubiertas la mayoría de las necesidades básicas, por lo que se eleva la venta en la generalidad de la gente que se guía por los gustos.

Finalmente, en esta teoría es importante el efecto pro-competitivo: Décadas atrás, el mercado de competencia internacional era nulo, ahora el mercado es competitivo, ya que es común que se rompa el grado de privilegio de empresas dentro de su propio país, lo cual da como resultado que las empresas sean más eficientes. Actualmente, hay organismos internacionales dedicados a proteger la competencia tales como la Organización Mundial de Comercio.

CAPÍTULO IV

ENFOQUE DOCTRINAL SOBRE LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS "GRUPOS EMPRESARIALES."

En el presente capítulo se examinarán las distintas formas de organización de los Grupos de Empresas, para lo cual se explicarán los lazos que unen a las distintas sociedades o empresarios (como son los vínculos de control y coordinación), lo cual constituye las bases para su conformación y posterior funcionamiento como grupo. Asimismo, se señalarán brevemente algunas de las principales estructuras empresariales en el contexto grupal: la jerárquica vertical (forma de organización más frecuente en los grupos) y la descentralizada u horizontal. Lo anterior, para estar al tanto de algunos de los posibles escenarios en los se pueden desenvolver dichos Grupos Empresariales. Por último y a manera de ejemplo se estudiarán brevemente algunas de las formas de asistencia intra-grupal que tienen como finalidad la financiación de las empresas integrantes de los grupos, específicamente se hará referencia al otorgamiento de garantías inter-societarias y a las denominadas "cartas de respaldo".

IV.1 NOCIÓN DE CONTROL EN LOS GRUPOS EMPRESARIALES

En lo que se refiere al tratamiento de los Grupos de Empresas, ya se ha estudiado como uno de los elementos principales de los grupos organizados jerárquica o verticalmente al control. Aunque se ha tocado este concepto de manera breve en el Capítulo III del presente trabajo, se puede definir al control societario de un grupo como el dominio que ejerce una sociedad (persona jurídica), empresa (en sentido amplio) o empresario individual, sobre otra u otras sociedades o empresas. La noción de control de grupos se distingue de la noción de coordinación (que más adelante se explicará con mayor detalle), en que el término de control supone una relación de dominio-subordinación entre empresas, mientras que en la coordinación o colaboración societaria no existe una relación jerárquica, sino más bien una paritaria u horizontal.

Entre tanto, la abogada española Idoia Fernández Markaida, ofrece una conceptualización del control de acuerdo a su "finalidad", que es la *"…obtención de un dominio sobre otra sociedad dependiente, es decir, el ejercicio de una superioridad legítima sobre aquélla y la realización de su propia voluntad, independientemente de la de la sociedad dominada"*[216]. Esto quiere decir, que el control permite de alguna manera manipular las decisiones de otra empresa, con independencia de la voluntad o de los fines que la sociedad dominada pudiera tener por sí sola. Así mismo, esta autora hace una distinción sobre términos "control" y "dominio" señalando que el control es la facultad (como potencialidad) de ejercer el dominio, es decir, el poder de hecho de intervenir en las decisiones de otra sociedad, y en medida en que esa facultad (control) sea efectivo o no, existirá o no el dominio.

Por otro lado, atendiendo a la definición de la noción del control inter-societario, la investigadora Carla Bassani citando a FERRI, expone el concepto de control entendido como *"…la particular situación por la que un sujeto está en condición de orientar con su voluntad la actividad económica de una sociedad"*[217]. Y aunque esta definición es de carácter puramente económico, se puede agregar aquí que el control puede ser ejercido en cualquier otra faceta de la actividad empresarial, tales como en el ámbito administrativo, de distribución, de gestión de negocios, de decisiones de índole legal, etc.

En cuanto a los antecedentes históricos de la noción de control, FERNANDEZ MARKAIDA, señala que el origen del término ha sido en muchas ocasiones equiparado a los conceptos de "dependencia" o "influencia dominante" y menciona como ejemplo el caso de la ley societaria alemana, la *Aktiengesetz,* misma que en su artículo 17.1 habla de la "influencia dominante" de las sociedades, al igual que el artículo 6 del proyectado Estatuto de Sociedad Anónima europea y el artículo 87 de la Ley de

[216] FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia. *"Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial."* Madrid. 2001. Editoriales de Derecho Reunidas EDERSA. Se puede consultar en: http://vlex.com/vid/335192. última consulta 31 de Enero de 2011.
[217] FERRI citado por BASSANI, Carla. *Op.cit*.

Sociedades Anónimas española. Por último, esta autora aclara que en la actualidad la legislación española en general se refiere más al término de "control".[218]

Es oportuno ahora que para efectos de este estudio se defina lo que se debe entender por el término "control": El control entre sociedades supone el dominio de un empresario persona física o persona jurídica, sobre una o más empresas, que estarían sujetas a seguir las direcciones de la primera, en una relación de subordinación y con independencia de la voluntad de éstas últimas.

Ahora es pertinente explicar, aunque de manera muy breve, el concepto de subordinación, para así poder tener una idea más amplia de la estructura de los grupos que surgen en virtud de relaciones de control, como acontece con los grupos de estructura jerárquica vertical.

4.1.1 EL CONCEPTO DE SUBORDINACIÓN DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

A este respecto, Carla Bassani, define a los grupos empresariales por subordinación, como a aquéllos que funcionan de acuerdo a mecanismos que permiten una estructura jerárquica, la cual se caracteriza por una relación de dominio entre las empresas que lo constituyen, en las que una o varias empresas controlan a otra u otras que están sujetas a las primeras de acuerdo con una dirección unificada.[219]

Por su parte, FERNÁNDEZ MARKAIDA, expone que la noción de subordinación puede entenderse como *"…la sujeción directa o indirecta, de una sociedad (controlada) al poder de otra entidad (dominante)."*[220] Y bajo de este supuesto se pone de manifiesto, que si bien la relación de "subordinación" de una sociedad con respecto a otra, puede ser un elemento constitutivo del grupo, no todos los grupos necesariamente deben cumplir con este supuesto. Es decir, en los grupos de estructura vertical, el elemento de control y por lo tanto la subordinación societaria es necesaria

[218]Por ejemplo, la Ley de Sociedades de Capital española, hace referencia al control al definir al grupo de sociedades en su artículo 18, como sigue: *"A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras"*. Boletín Oficial del Estado de 3 de julio de 2010. Núm. 161. Sec. I. Pág. 58484.
[219] BASSANI, Carla. Op. cit.
[220] FERNANDEZ MARKAIDA, Idoia. Op. Cit.

para que se cumpla el fin de la existencia del grupo, que es precisamente la "dirección unificada" (término que se ha explicado en capítulos anteriores). Y para este caso, la ausencia de subordinación de las sociedades controladas frente a una controladora, no les permitiría seguir una misma dirección uniforme o una misma finalidad empresarial. Sin embargo, este no es el caso de los grupos por "coordinación", en los cuales, las empresas integrantes de ellos, libre y voluntariamente celebran acuerdos para seguir una misma dirección común, pero sin que exista una relación de dominación-subordinación inter-societaria. Es por esto, que cabe hacer hincapié que el elemento de control y por consecuencia, la relación de subordinación entre empresas, no es indispensable para la existencia de un Grupo de Empresas.

No obstante, también es necesario mencionar que la forma más utilizada de organización de los Grupos Empresariales es precisamente la de la estructura jerárquica vertical, en la cual los elementos de control y subordinación siempre estarán presentes y serán indispensables en su funcionamiento y regulación.

Aunque en la legislación mexicana la noción de Grupos de Empresas se encuentra pobremente regulada (salvo en lo que se refiere a los Grupos Financieros, previstos en la Ley para Regular las Agrupaciones Financiera y en algunas otras disposiciones muy específicas en cuanto al tema de los grupos, sobre todo en materia tributaria), la concepción que en este país se tiene sobre la estructura de los Grupos de Empresas siempre va orientada a una noción de "control". Tal y como se verá más adelante, las pocas normativas jurídicas que hay en México que se refieren al tema de los Grupos Empresariales, por lo general hablan de una sociedad "controladora" y otra u otras "controlada" o "controladas", en las que se supone una relación de subordinación y que por lo tanto el elemento de "control" es fundamental. Pero en ningún dispositivo legal en el país se hace mención a grupos de estructura horizontal (que más adelante se estudiará) en los que existe una relación de colaboración o cooperación empresarial.

Dicho lo anterior, es conveniente hacer una clasificación doctrinal sobre los grupos cuya estructura está basada esencialmente en la noción de control inter-societario, con la finalidad de poder establecer un panorama un poco más amplio

sobre los posibles escenarios en los que pueden desenvolverse los Grupos de Empresas de estructura jerárquica vertical. Así mismo, dentro de esta clasificación doctrinal, se inentará encuadrar algunos tipos legales provenientes de regulaciones nacionales y extranjeras, en las cuales, específica o tácitamente, se encuentran previstos los distintos tipos de grupos basados en una relación de control.

4.1.2 EL CONTROL INDIVIDUAL Y EL CONTROL CONJUNTO

El control individual se refiere al dominio que ejerce un solo ente, empresario o sociedad sobre otra u otras empresas, mientras que el control conjunto supone a una pluralidad de personas (empresarios o sociedades) que dominan o controlan a otra u otras empresas, por medio de un acuerdo entre las controlantes. En palabras de los autores colombianos Edgar Iván León y Yiria López Castro, el control conjunto se da cuando una pluralidad de personas *"manifiestan su voluntad de actuar en común, distinta de la "affectio societatis", mediante circunstancias tales como la participación conjunta en el capital de varias empresas, la coincidencia en los cargos de prestación legal de las mismas, la actuación en "bloque" en los órganos sociales, etc."*[221]

4.1.3 EL CONTROL DIRECTO Y CONTROL INDIRECTO

Para hablar de esta clasificación, se atenderá a un estudio comparativo de distintas legislaciones de algunos países. En cuanto al derecho colombiano se puede decir que el *control indirecto* es aquél que ejerce la empresa matriz sobre sus controladas pero canalizando sus determinaciones o directivas a través de otras empresas subordinadas por la primera. Y el *control directo* es aquél que ejerce la matriz de forma inmediata sobre sus controladas. (Artículo 260 del Código de Comercio colombiano).[222]

En cuanto a la legislación italiana, el Código Civil (artículo 2359 2do párrafo)[223] considera al *control indirecto* como aquél ejercitado por la controlante sobre su controlada por la interposición de otra u otras sociedades controladas por la primera, y a su vez controlante de la segunda, por sí misma o a través de un tercero (como lo

[221] LEÓN ROBAYO, Edgar Iván; LÓPEZ, Yiria. *Op.cit*. pág. 321.
[222] *Ibíd.*
[223] Citado por GALGANO, Francesco. *Op.cit.* pág. 234.

sería una sociedad fiduciaria) o por interpósita persona. Es decir, la matriz impone sus lineamientos a todas las sociedades controladas del grupo, pero con la posibilidad de que existan a su vez empresas sub-controladas, a quienes dirigen otras controladas, estas últimas a su vez las dirigen por sí mismas o por medio de otros terceros vinculados. Como bien lo menciona Francesco Galgano, esto se refiere al fenómeno de "sociedades en cadena", la cual no conoce límites, en el sentido de que pueden existir tantas empresas controladas, como económica o estructuralmente le sea posible a la actividad del empresario.[224]

En lo que se refiere al derecho positivo mexicano, se establece como forma de vinculación entre sociedades mediante las formas de control directo e indirecto, específicamente en el sexto párrafo del artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles[225], que considera como sociedades controladas a aquéllas en las cuales otras sociedades controladoras tengan la propiedad de más del 50% de sus acciones con derecho a voto, ya sea en forma *directa, indirecta o ambas.* Y postula que la "tenencia" (control a través de propiedad accionaria) indirecta de acciones de una sub controlada, será aquélla que ostente la controladora a través de alguna o algunas de sus controladas directas.

Por otro lado, la Ley del Impuesto sobre la Renta[226], en su artículo 64, señala los requisitos necesarios para que una sociedad se considere como "controladora" y entre ellos se encuentra el de ser propietarias de más del 50% de las acciones con derecho a

---

[224] Como ya se ha mencionado con anterioridad, hay empresas cuya estructura es tan compleja o tan extensa que es difícil determinar el grado de conexión entre las filiales y su matriz, puesto que existe una cadena inmensa de filiales y sub-filiales tal como ejemplifica el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, respecto del tratamiento de los Grupos Empresariales en situaciones de insolvencia, quien al efecto señala que en un estudio realizado en el Reino Unido con respecto a las filiales de varios grupos que tenían su sede en aquél país se tuvo que abortar el estudio de dos grandes grupos de empresas pues "*contaban con 1.200 y 800 filiales, respectivamente, ante la imposibilidad de concluir el análisis. Los investigadores observaron que muy pocas personas del grupo podían discernir las relaciones jurídicas precisas que vinculaban a todas las empresas integrantes y que ninguno de los grupos estudiados parecía disponer de un organigrama propio completo."* Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la insolvencia. Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. A/CN.9/WG.V/WP.92.* Pág.10. Nueva York: Naciones Unidas, 2010.

[225]DOF de 12 de Mayo de 2000.

[226] DOF de 1º de Enero de 2002.

voto de otra u otras sociedades controladas, incluso cuando la propiedad sea por conducto de otras sociedades a su vez controladas por la primera (Artículo 64 fracción II). Y que en ningún caso más del 50% de las acciones con derecho a voto de la controladora, sean propiedad de otra sociedad (esto la convertiría en controlada). A excepción de los casos en que las sociedades que sean propietarias de más del 50% de dichas acciones de la controlada, sean residentes de un país extranjero en donde se tenga acuerdo amplio de intercambio de información, en cuyo caso no se computan las acciones que se coloquen entre el gran público inversionista. (Artículo 64 fracción III).

Por otra parte, en lo que se refiere a la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras[227], para tener el control de una sociedad controladora se establecen menos requisitos que para el control de una controlada, pues señala en su artículo 20 que el control de una sociedad controladora se adquiere con la propiedad de del 30% o más de las acciones representativas de su capital social o bien "*…se tenga el control de la asamblea general de accionistas, se esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, o por cualquier otro medio se controle a la sociedad controladora de que se trate".* (Artículo 20 Quinto párrafo).

Esta misma legislación también habla de un caso muy peculiar de control indirecto, que es el referente al control que ejercen instituciones financieras del exterior, sobre filiales que operan en territorio mexicano y que a su vez controlan a otras subsidiarias mexicanas. A estas sociedades controladas desde el exterior y controladoras de filiales nacionales les denomina *"sociedad controladora filial",* las cuales estarán regidas por los Tratados y Acuerdos internacionales correspondientes y demás disposiciones de dicha ley. Además, cabe señalar que su constitución requerirá la aprobación del gobierno federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien oirá la opinión del Banco de México y a las Comisiones Nacionales Bancaria, de Valores y de Seguros y Fianzas que corresponda según la naturaleza de los integrantes del grupo financiero. (Artículo 27-D de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras).

[227] DOF de 18 de julio de 1990.

4.1.4 EL CONTROL INTERNO Y EL CONTROL EXTERNO

El control de índole interna de los grupos societarios generalmente (aunque no siempre) se origina en virtud del derecho de propiedad accionaria, que le permite a una sociedad controladora dirigir las decisiones de su o sus controladas mediante la participación o dominación de los órganos societarios, tales como el consejo de administración. Este control le permite tomar decisiones dentro del Consejo o bien nombrar y destituir a sus miembros.

De acuerdo con la doctrina argentina, Carla Bassani, define al control interno como aquél por el que *"…una sociedad tiene injerencia directa sobre la actuación de su controlada, al ostentar una mayoría en los votos que le permiten tomar las decisiones sociales de su controlada"*[228] igualmente esta misma autora, citando a OTAEGUI señala que el control se refiere a la posibilidad de la controladora de designar a los administradores de la controlada.

En el caso del derecho positivo colombiano, se establece que el control interno es originado por la participación patrimonial de una sociedad matriz, al ser propietaria de más del 50% de las acciones con derecho a voto, ya sea directamente o por conducto de otra de sus subordinadas (lo que ya se estudió como control indirecto). Por otra parte, para el caso del control interno, las acciones sin derecho a voto o con dividendo preferencial no serán tomadas en cuenta. (Artículo 27 numeral 1º de la Ley 222 colombiana).[229]

En este mismo sentido, el Código Civil italiano señala que el control interno también puede ser originado no sólo por el derecho de propiedad sobre las participaciones en el capital social, sino cuando una sociedad tenga la posibilidad, en virtud de su derecho a voto, de elegir a la mayoría de los miembros del la junta directiva o se le permita tomar decisiones en la asamblea social (artículo 27 numeral 2º del Código Civil italiano).[230]

---

[228] BASSANI, Carla. Op. cit.
[229] LEÓN ROBAYO, Edgar Iván; LÓPEZ, Yiria, y coautores. *Op.cit.* pág. 322 y 323.
[230] GALGANO, Francesco. *Op.cit.* pág. 232.

Por lo que se refiere al derecho positivo mexicano, la ley que regula a las agrupaciones financieras si bien no hace referencia específica al término de "control interno" cabe dilucidar a partir del estudio de su artículo 15, que la relación de dominación de la matriz sobre sus controladas se da en virtud del control interno, es decir, aquél control existente sobre las asambleas generales de accionistas y sobre el Consejo de Administración, derivado de la facultad de nombrar a la mayoría de los integrantes del Consejo en virtud del derecho de propiedad de acciones con derecho a voto representantes del 51% o más del capital social. (Artículo 15 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras).

Por otro lado, el artículo 15 de la ley concursal mexicana, citado en párrafos anteriores, también señala como presupuesto de una sociedad controladora tener la propiedad de más del 50% de las acciones con derecho a voto de la o las sociedades controladas, por sí o por otras sociedades (control indirecto). Entonces es posible deducir que en esta ley mexicana el control ejercido por la controladora sobre sus controladas, será interno.

Asimismo, hay que mencionar dentro el estudio del control interno de las sociedades, la clasificación que el jurista Francesco Galgano hace con respecto a este tema en virtud de origen de este tipo de dominación.

Así pues expone que el *control interno* puede ser *de derecho*, en razón del derecho de propiedad u otros derechos sobre las acciones integrantes del capital social de la controlada, que le permiten a la controladora ostentar la mayoría de los votos en su asamblea ordinaria, lo que constituye un poder de decisión acreditado por ley (en el caso del derecho italiano, en el artículo 2359 del Código Civil). Para el caso del derecho mexicano, es posible observar el ejemplo de la citada Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, que en su artículo 15 señala que la controladora al ser propietaria del 51% o más de las acciones con derecho a voto de su o sus controladas, estará en *"posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración de cada uno de los integrantes del grupo"*, (Artículo 15, 3er párrafo de la ley). Por lo que se deduce que dicha normatividad mexicana prevé al control interno de derecho.

Se considera pertinente precisar que en base a las consideraciones vertidas en líneas anteriores, la matriz que ostente el 30% o más del capital de la *holding* o controladora, no solamente domina a esta última, sino que de manera indirecta domina a las controladas y por tanto ejerce el control de todo el Grupo Empresarial. En este caso, la controladora que ostenta el 51% o más del capital de sus controladas, como lo se ha asentado en líneas anteriores, ejerce un control interno sobre cada una de dichas controladas, pero no se puede afirmar que ejerza el control de grupo porque, éste lo ejerce la matriz que a su vez controla a la controladora y de manera indirecta a las controladas.

Igualmente, GALGANO señala que el *control interno* también puede ser *de hecho,* el cual a diferencia del control de derecho, no proviene de la mayoría de los derechos a voto ejercitables en la asamblea, sino que por otras razones tales como el ausentismo de miembros en dicha asamblea, una sociedad puede ejercer una "influencia dominante" ya que en caso de ausencia de varios de los accionistas, puede "de hecho" ubicarse en una posición mayoritaria.[231] En cuanto a esta clasificación no se encuentran referencias en el derecho positivo nacional. Pero en todo caso, este tipo de control interno es circunstancial, pues depende de la inasistencia de otros accionistas de tal suerte que permita la toma de decisiones por la asamblea en el sentido del voto mayoritario de los presentes. También habrá que considerar si los temas tratados en el Orden del Día para la realización de la asamblea permiten votación válida con la mayoría de los presentes o requiere un quórum especial de asistencia o de votación.

Por otro lado, es interesante dentro de esta clasificación de control de grupos de sociedades, el denominado *control externo*, mismo que se refiere a la capacidad de dominación o al ejercicio de influencia dominante obtenida en virtud de la relación contractual entre la sociedad controladora y sus controladas. Se considera que los grupos empresariales unidos por vínculos contractuales de control externo, se diferencian de los grupos societarios por coordinación, en virtud de que el control externo presume un poder de dominación de la matriz y la subordinación de sus subsidiarias o controladas, así como el poder de decisión de la controladora en los

[231] *Ibíd.*

órganos societarios (tales como el Consejo de Administración), mientras que en los grupos por coordinación (que más adelante se explicarán) no se presenta una relación jerárquica entre las distintas empresas que lo integran.

Al respecto, la legislación colombiana señala que el control contractual o ejercicio de una influencia dominante consiste en que la matriz controla a sus filiales, derivado de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios y que también puede presentarse con la celebración de contratos de colaboración.[232] Se puede mencionar como ejemplos de contratos que dan origen al control externo, los contratos de franquicia,[233] concesión, comisión, licencia de producción o comercialización permanente o en algunos casos exclusiva y de acuerdo con algunos autores el *joint venture*.[234]

Por otro lado Francesco Galgano, muy oportunamente señala que para que exista efectivamente control externo, no bastará con la mera dependencia económica de la controlada con respecto de la controlante, sino que los vínculos contractuales que creen el control externo tienen que generar efectos similares a los del control interno, como por ejemplo el poder de designación de miembros del consejo de administración, la modificación de los estatutos sociales de la controlada, etc. [235]

El control externo en su regulación por el derecho positivo tiene como antecedente más lejano a la ley societaria alemana (Aktiengesetz) [236] de 1937, en la que se preveían los denominados contratos de empresas y específicamente el "contrato de dominio", en el cual se transfería la dirección de una sociedad a otra, y en

---

[232] Artículo 27 de la Ley 222 de 20 de diciembre de 1995.

[233] El tipo de relación contractual más común en un grupo de índole multinacional, es el de acuerdos entre un franquiciador y un franquiciado. De aquí, que el franquiciador y el franquiciado están relacionados entre ellos por medio del contrato de franquicia. Este contrato es la forma típica usada en toda la cadena de producción, requiriendo una operación por parte del franquiciado de acuerdo con ciertos parámetros y procedimientos determinados por el franquiciador o asegurándole una posición dominante sobre el franquiciado en términos operacionales. Por lo tanto, estas formas de organización contractual pueden presentar características similares de control jerárquico, a las de la organización clásica en grupos de estructura vertical. Una forma más laxa de red contractual direccionada hacia el mercado exterior, puede significar simplemente un acuerdo de comercialización con distribuidores extranjeros.

[234] BASSANI, Carla. Op. cit.

[235] GALGANO, Francesco y coautores .*Op.cit.* Pp. 233 y 234.

[236] FERNANDEZ MARKAIDA, Idoia. *Op. cit.*

donde la controlante podría emitir órdenes vinculantes al órgano de dirección de la controlada, y posteriormente se introdujo su regulación en el Código Civil italiano de 1942.

En cuanto al derecho mexicano, cabe mencionar el tratamiento que el Código Fiscal[237] hace sobre el tema del control, estableciendo en su numeral 32-A que existe control efectivo de una sociedad controladora hacia su controlada cuando:

> *"1. Las actividades mercantiles de la sociedad de que se trate se realizan preponderantemente con la sociedad controladora o las controladas.*
>
> *2. (…)*
>
> *3. La controladora o las controladas tengan una inversión en la sociedad de que se trate, de tal magnitud que* ***de hecho les permita ejercer una influencia preponderante*** *en las operaciones de la empresa."*

Hay que recordar que para efectos de consolidación fiscal, la abrogada Ley del Impuesto Sobre la Renta mexicana que estuvo en vigor hasta el 31 de Diciembre del 2001, identificaba en su numeral 57-A a las sociedades que se consideraban controladoras, entendiendo por "controladoras puras" aquellas en las que al menos el 80% de sus ingresos hubiesen provenido de operaciones realizadas con sus controladas.

Aunque si bien estos supuestos no encajan en la definición doctrinal del control externo en sentido estricto, ya que el elemento fundamental de este tipo de control es el vínculo contractual que produzca efectos similares al del control interno, es interesante observar que la normatividad mexicana ofrece otros supuestos que permiten la existencia de una relación de control o influencia dominante entre sociedades, que a su vez no están dados exclusivamente como consecuencia del derecho de propiedad accionaria, sino en virtud de relaciones de *facto* que por su naturaleza vinculante o por el grado de influencia económica, permiten la existencia del dominio de hecho entre una sociedad controladora y otra subordinada.

[237] Código Fiscal de la Federación. *Op.cit*. Énfasis añadido

IV.2 LOS GRUPOS EMPRESARIALES DE ESTRUCTURA JERÁRQUICA VERTICAL

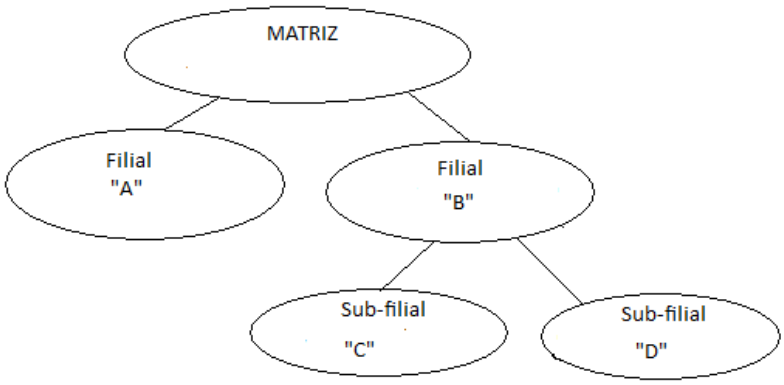
Dentro de los grupos unidos por vínculos de control, se encuentra el caso de los Grupos Empresariales de estructura *jerárquica o verticalmente*, organizados mediante:

a) Una estructura en la que existe una matriz y varias filiales;

b) Una estructura conformada por varias empresas hermanas asociadas que a su vez, cuentan con diversas filiales controladas o;

c) Una organización de varias sub-filiales, o varios escalones de la cadena productiva.

La estructura jerárquica vertical es forma de organización en la cual una matriz es dueña de todas las acciones o de la mayoría de las acciones de otras empresas controladas. Estos modelos pueden adoptar formas más complejas de organización, con filiales de las filiales (sub-filiales) controladas indirectamente por la matriz, [238] tal y como se ilustra en el cuadro siguiente:



Recuadro 4.2.1 Estructura vertical de los Grupos Empresariales

[238] A este respecto, el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, menciona como ejemplo, que de acuerdo con una encuesta realizada en Australia en 1997 sobre las 500 principales empresas que cotizaban en bolsa se arrojaron datos de que el 89% de ellas controlaba a otras empresas; *y cuanto más alta era la capitalización bursátil de una empresa, más empresas controlaba (…) el número de estratos de filiales de un grupo de empresas con estructura vertical oscilaba entre 1 y 11 y el promedio general iba de 3 a 4. Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report*, 2000, Australia, párr. 1.2. citado por Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Op.cit.*

En el tipo de estructura, el control así como la dirección unificada, son los elementos consitutivo del grupo, a través de empresas escalonadas de manera jerárquica-vertical.

Alternativamente, un grupo de organización jerárquica puede ser creado por la vía de la propiedad común y el control de accionistas individuales o de una familia (empresas familiares).[239]

En todos los casos, este tipo de compañías están ligadas por la propiedad de las acciones y la capacidad de controlar la administración y las operaciones de las diversas empresas que constituyen el grupo. En términos generales la relación de control existe cuando la empresa controladora ostenta una posición estratégica dentro de las decisiones corporativas de la filial, lo que le da el poder de influir directa o indirectamente en sus negocios.

Asimismo, puede ser fruto de control o la influencia dominante de una empresa, sobre otras que pueden ser sus proveedores o distribuidores. Como ejemplo se puede citar a las compañías del sector pretolero que controlan la exploración, extracción, transporte de crudo, así como la distribución y venta de sus derivados [240]

Sin embargo, esto no quiere decir que todas las compañías que integren a los grupos de organización vertical tienen que dedicarse a la misma actividad productiva, aunque por lo general este tipo de integración se da principalmente entre empresas de un mismo ramo industrial, pero que realizan distintas operaciones dentro de la cadena productiva o de distribución.

---

[239] Así también el Grupo de trabajo V de la UNCITRAL recalca la importancia de los lazos familiares en la estructura de grupos, exponiendo que: *"en algunos países los lazos de parentesco suponen un factor de conexión interna importante en los grupos de empresas; puede ocurrir, por ejemplo, que los miembros más importantes de la familia y sus allegados pertenezcan a la junta directiva de la sociedad matriz y que los miembros de esa junta formen parte de las juntas directivas de otras empresas del grupo, creándose así un denso tejido rector familiar entre las empresas del grupo que permite que la familia mantenga su control sobre el grupo. Por ejemplo, el organigrama de un gran grupo de la India muestra una intrincada red de cargos rectores compartidos entre la sociedad matriz y las 45 empresas del grupo".* Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Op. cit.*

[240] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Op.cit.

Por otro lado, este tipo de estructura se puede presentar en formas de "alianzas" entre firmas, en las cuales dos sociedades de la misma jerarquía se asocian para crear y a su vez controlar a una tercera sociedad filial. Esta alianza puede estar basada en la coparticipación del capital accionario de la empresa filial y en la dirección conjunta de sus actividades, de modo que las subordinadas pueden ser controladas conjunta o separadamente por las empresas fundadoras. Se ilustra este ejemplo con en el cuadro 4.2.2 que se señala a continuación.

Cuadro 4.2.2 Estructura vertical de los Grupos Empresariales

Cabe aclarar que este tipo de organizaciones empresariales puede cambiar con el tiempo, ya que estas empresas a menudo tienden a reestructurar sus negocios mediante la unificación de operaciones por razones comerciales formando una sola empresa matriz.

Una vez señaladas las distintas fuentes y clasificaciones de los vínculos societarios de "control" en los grupos empresariales, es menester tratar ahora a los grupos organizados con base a lazos de colaboración, por lo que a continuación se hará referencia a los Grupos de estructura jerárquica horizontal o por coordinación.

IV.3 LOS GRUPOS EMPRESARIALES POR COORDINACIÓN

Los grupos empresariales horizontales o por coordinación, nacen del acuerdo voluntario y libre de varias empresas con base a su autonomía contractual, lo que les permite organizarse en torno a una misma dirección unitaria (elemento clave para la conformación de Grupos de Empresas), cediendo parte de sus competencias a un ente u órgano encargado de dirigir al grupo en la realización de un objetivo común. Sin

embargo, a diferencia que los grupos regidos por relaciones de control, en los grupos por coordinación no existen vínculos de subordinación, dependencia o relaciones internas de dominación de una sociedad respecto a otra empresa integrante del mismo grupo.

Por otra parte, GALGANO, menciona que un grupo horizontal se origina cuando el contrato o las cláusulas estatutarias de las distintas sociedades miembros del grupo les permite crear un ente de composición paritaria, en la que se llevan a cabo las actividades de dirección y coordinación de todo el grupo.[241]

En el modelo vertical, las entidades que conforman el grupo se encuentran unidas por el control central y una influencia estratégica. Sin embargo, los grupos de empresas de integración horizontal pueden operar sus negocios de manera desentralizada. En este tipo de estructura, la relación inter-societaria no estará limitada al control o a la capacidad de control, sino a la capacidad de coordinar y dirigir al grupo en una dirección unificada

El conflicto doctrinal existente en cuanto a tales grupos por coordinación, gira en torno a la posición de varios autores quienes afirman que los elementos determinantes para la conformación de un Grupo de Empresas, son el *control* y la *dirección unificada*, y si bien en la forma de organización por cooperación existe la dirección unificada de las empresas vinculadas, no existe una relación de control o dominación inter-societaria, por lo cual bajo este enfoque los grupos de coordinación no serían más que meros acuerdos o instrumentos de cooperación empresarial, pero sin encuadrarse en la categoría de grupos. Sin embargo, en este estudio se considera como elemento delimitador de los Grupos precisamente a la dirección unificada, por tanto se afirma que el conjunto de empresas organizadas mediante vínculos contractuales de coordinación y cooperación, puede ser considerado como un verdadero Grupo Societario.

Aunque si bien, esta especie de agrupaciones no se encuentra prevista en el derecho positivo mexicano al no estar limitado su uso, tampoco se encuentran

[241] GALGANO, Francesco y coautores. *Op.cit.* Pág. 269. Énfasis añadido.

prohibidas y pueden ser perfectamente válidas. Incluso existe una laguna jurídica en el derecho positivo mexicano por el hecho de que todavía no se prevén en el país a este tipo de agrupaciones. Por otro lado, si bien hay autores como FERNÁNDEZ MARKAIDA[242] que señalan que este tipo estructuras son poco frecuentes en la práctica empresaria actual, hay otros autores como Irit Mevorach[243],quienes postulan que el modelo de organización horizontal ha ido aplicando cada vez más en la vida económica moderna, sobre todo en tratándose de los grupos empresariales trasnacionales.[244] Pero de una u otra forma, su frecuente o rara aplicación *"(…) no debe ser una razón suficiente para excluir esta figura de la noción general de grupo de sociedades (…)"*[245] y por lo tanto se considera de importancia su regulación y tratamiento jurídico.

Por otro lado, cabe mencionar que existe una infinidad de tipos estructurales de Grupos Empresariales en relación con otros parámetros, como por ejemplo el grado de autonomía de cada una de las sociedades que lo conforman en áreas específicas de su actividad comercial y que se relacionan con la materia financiera, comercial, de producción, de mercadotecnia, de publicidad, de promoción, de fijación de precios, etc. En cuanto a este respecto, hay diferentes tipos de organización con relación a la capacidad de cada empresa del grupo de influenciar en la toma de decisiones en cuestiones específicas como las ya descritas. Por ejemplo, existen estructuras de Grupos en que la toma de decisiones estratégicas se encuentra centralizada, es decir, sólo puede ser ejercida por la empresa matriz, mientras que sus demás miembros solo están facultados a tomar decisiones en cuestiones meramente operativas, bajo los lineamientos y objetivos de todo el Grupo Empresarial. Mientras que otros Grupos de Empresas se manejan mediante objetivos que son perseguidos separadamente por cada una de las compañías que lo integran, las cuales administran sus operaciones y su economía de manera independiente.

---

[242] FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia. *Op.cit.*

[243] MEVORACH, Irit. *Op.cit.*p.19.

[244] Se ha argumentado que con el crecimiento empresarial y su madurez, este modelo se ha ido aplicando cada vez más por las empresas multinacionales. En el plano internacional, los grupos multinacionales de estructura horizontal tienden a ejercer ciertas funciones mediante estructuras más flexibles e innovadoras. En tales estructuras, los miembros del grupo tienden a tener más autonomía, obteniendo como resultado, un grupo más descentralizado y horizontal.

[245] FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia. *Op. cit*.

Asimismo existen variantes en cuanto al *grado de integración* de las empresas del grupo; mientras que en algunos, su estructura es más centralizada, para otros su organización económica o comercial es manejada de manera más independiente entre sus integrantes. Hay que tomar en cuenta que aunque la estructura jurídica del Grupo se integre por personas jurídicas distintas, no quiere decir que cada una de estas sociedades independientes jurídicamente entre sí, no tengan estructuras de *"gestión"* vinculadas. Es decir, cada una de las personas morales que forman el grupo, aunque independientes en cuanto a su constitución legal, pueden estar o bien relacionadas entre sí de acuerdo a sus funciones productivas, o bien administradas o controladas por los órganos rectores de la empresa matriz.

Finalmente hay que añadir en cuanto a este tema, que aunque en la teoría se puede explicar de manera más o menos sistematizada a los diversos tipos de organizaciones grupales, en la práctica, los Grupos a menudo presentan estructuras sumamente complejas, en las cuales se hace muy complicado hasta para un experto descifrar los grados de relación, de coordinación, de control y de subordinación, que guardan entre sí todas las empresas del Grupo para poder distinguir con claridad sus relaciones jurídicas vinculantes[246].

IV.4 LA ASISTENCIA INTRA-GRUPO CON FINES FINANCIEROS

Una vez analizadas las estructuras en que se pueden organizar los grupos empresariales, así como los lazos de control o coordinación que unen a las empresas de un mismo grupo, se dedicará este apartado al estudio de una de las funciones que justifica la existencia del Grupo Empresarial o que quizá, en algunos casos, fue la causa y el origen de la conformación del grupo: La asistencia financiera.

Además de los financiamientos directos de la empresa matriz o holding, las empresas filiales encuentran como fuente de recursos económicos a los

[246] Se pueden dar como ejemplos de este tipo complejo de estructuras, los organigramas del Grupo "Carrian" de Hong Kong, quien quebró hace más de dos décadas, los cuales *"ocupaban varias páginas, y un lector habría necesitado una buena lupa para hallar el nombre de las filiales".* O el caso del grupo Federal Mogul, cuyo organigrama, "*si se agrandara para poder leer el nombre de todas sus filiales, cubriría toda una pared de una pequeña oficina"*. El organigrama del grupo Collins and Aikman, que "*está impreso en un libro, y los subgrupos que lo integran poseen una estructura interna igual de compleja que la de muchos grupos de empresas nacionales".* (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), 2010).

financiamientos bancarios, que en muchas ocasiones, dado que las empresas controladas operan sin recursos suficientes al ser frecuentemente dependientes de la economía de la controladora o de las otras sociedades hermanas, tienen que aportar necesariamente a la fuente de financiamiento, garantías que avalen el cumplimento de sus obligaciones. Una de las garantías utilizadas en el contexto de los grupos societarios, es la fianza. En la jurisprudencia italiana, ya se han establecido ciertos parámetros para el otorgamiento de este contrato en el marco de los grupos. Al efecto se ha postulado que la fianza otorgada por una controladora respondiendo por las obligaciones de la controlada, se hace con el objetivo de que la primera obtenga una ganancia o un beneficio patrimonial de manera indirecta, por lo tanto, no constituye un acto extraño al objeto social de la controlada, puesto que dicha garantía se constituye con el propósito inicial de satisfacer el propio interés de la fiadora y por lo tanto "no constituye una liberalidad sujeta a revocatoria".[247]

En México es muy común el asumir obligaciones solidarias entre empresas del grupo y frente a terceros, así como el otorgamiento de garantías prendarias, hipotecarias, fiduciarias o avales, con el objeto de garantizar a satisfacción del acreedor el cumplimiento de obligaciones de la deudora principal y sus garantes, bien sea que el crédito lo reciba la controladora y sea garantizado por una o más de sus controladas, o viceversa.

Al igual que el contrato de fianza, cualquier otro tipo de garantías como las ya mencionadas, otorgadas entre sociedades del mismo grupo supone un conflicto entre el derecho societario clásico y el nuevo derecho empresarial que considera a los grupos como un todo. El derecho societario considera a las diversas sociedades integrantes de un grupo como independientes entre sí y por lo tanto, considera también al otorgamiento de garantías sin contraprestación efectiva entre sociedades, equiparable a las otorgadas a título gratuito. Por el contrario, el moderno derecho empresarial considera a las garantías otorgadas intra-grupalmente, como una figura tendente a la obtención de un fin común grupal, en la cual la controladora o la sociedad garantista resultaría en última instancia beneficiada. Y aunque en principio se estaría explotando la "validez crediticia" de las empresas más fuertes del grupo, a

[247] Artículo 64 *legge fallimento*, citado por GALGANO, Francesco, *Op.cit.* p.212.

favor de los entes más débiles, para la obtención del crédito para uso de las controladas y no en beneficio de la controladora, en última instancia la unidad del negocio se vería positivamente afectada y por tanto se beneficiarían a todos los integrantes del grupo, incluyendo por supuesto al garante.

En otros casos, puede resultar costeable el hecho de soportar un préstamo conjunto entre varias empresas y compartir las ganancias resultantes de la operación efectuada gracias al préstamo.

Con respecto al tema de otorgamiento de garantías intra-grupales, Héctor Miguens las clasifica en: garantías *"hacia abajo"* si son otorgadas por la sociedad controladora en beneficio de sus filiales, garantías *"hacia arriba"* si son otorgadas por una sociedad subordinada por las obligaciones de la controladora y las garantías *"cruzadas"*, las cuales son otorgadas por una empresa controlada por las obligaciones de una empresa hermana también dominada.[248]

En cuanto a las garantías otorgadas "hacia abajo", MIGUENS señala que la jurisprudencia norteamericana no ha tenido problemas en aprobar esta figura, ya que la sociedad dominante al garantizar las obligaciones de su subsidiaria, está protegiendo su capacidad financiera y en realidad lo hace en su propio beneficio, por lo que se trata de una excepción a la regla de que una sociedad no puede garantizar las obligaciones de otra.

No es el caso de las garantías otorgadas "*hacia arriba*", cuya aprobación por los tribunales estadounidenses ha resultado más complicada en virtud de que, al ser otorgadas por una sociedad controlada, aparentemente no tiene ningún interés pecuniario en la matriz o controladora de quien garantiza su obligación y por lo tanto, no se expresa un beneficio directo o claro sobre la otorgante. Sin embargo, cada vez más se han ido considerando válidas estas garantías, sobre todo en tratándose de grupos de estructura jerárquica o vertical, en los que en muchas ocasiones la controlante se presenta como el proveedor o cliente de la subordinada, de manera que, aplicando la teoría que reconoce la validez de garantías otorgadas por

[248] MIGUENS, Héctor José. *Op.cit.* p. 146.

proveedores o clientes, las otorgadas por la subsidiaria con este carácter serían perfectamente legítimas.

Por otro lado existen formas extracontractuales en las que una sociedad integrante de un grupo, por lo general la matriz o *holding*, respalde la validez crediticia de sus controladas. Tal es el caso de las denominadas "cartas de respaldo", también llamadas en el derecho anglosajón como *"letters of comfort"* y en la doctrina italiana como *"cartas de patronage".* Al respecto, el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, define a las llamadas "letters of confort" como aquéllas *entregadas por una sociedad matriz con miras a persuadir a otra entidad a concertar una operación con una filial suya*. [249] Pero esto sin otorgar ninguna garantía ni asumir ninguna obligación, simplemente se hace una "declaración" en la cual se afirma el conocimiento de la existencia del contrato otorgado por la filial, o en todo caso la *holding* se compromete a no enajenar su participación en el capital social de la subordinada (promesa de no hacer) o a persuadir a su controlada de cumplir con sus obligaciones contractuales (promesa de hacer), pero en ningún caso se hace sujeta a responsabilidad alguna por la obligación de su subsidiaria.

De manera muy similar Francesco Galgano define en el marco de la doctrina italiana a las *"cartas de patronage"*, a las que considera como una simple "comunicación" de la relación que existe entre el *"patronant"* (controladora) y la sociedad solicitante del crédito, y de la posición que el primero está dispuesto a asumir con respecto de la solicitante en virtud de su relación interna.

La función de las cartas de *patronage*, es la de evitar los inconvenientes que representa para la empresa controladora el otorgamiento de una fianza a favor de alguna de sus subsidiarias, puesto que al constituirse como fiadora, convierte a la primera *ipso facto* en deudor frente a un tercero. Como ya se vio con antelación, además de la fianza es usual el otorgamiento de otro tipo de garantías (aval, obligación solidaria, hipoteca, prenda, etc.) lo que también *ipso facto* convierte al garante en

[249] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la insolvencia. Tercera parte: A/CN.9/WG.V/WP.92.* Op.cit. p.13.

deudor frente a un tercero, y aunque en algunos casos, como es el de la fianza, la obligación es subsidiaria, salvo la renuncia al beneficio de orden y excusión, también es cierto que al contraer estas obligaciones como garante obliga al registro de estas deudas como un "pasivo contingente".[250]

Por lo tanto, tiene la obligación de inscribir dicha deuda en sus estados financieros, los cuales se verían afectados y representaría un posible daño a la imagen crediticia de la sociedad otorgante y por lo tanto del grupo en general. Así que al expedir una *carta de patronage*, por un lado se evitarían estas consecuencias nocivas en los estados financieros (puesto que no se obliga frente al acreedor) y por otro, el tercero que otorga el préstamo (entidad crediticia), se ve respaldado por la viabilidad del *patronant* y al otorgar el crédito está consiente de que la solicitante cuenta con el apoyo y la solvencia financiera de la controladora.

Algo similar ocurre en México, en aquéllos casos en que una empresa pequeña o mediana, obtiene un contrato para *suministrar* partes automotrices o partes para la industria electrónica, por citar algunos ejemplos, cuyo comprador es un grupo importante trasnacional (como pudiera ser General Motors Co., Honda de México, Apple, IBM, etc.) y con cuyo acreditamiento ante la entidad financiera, en muchos casos utilizando fondos de desarrollo del gobierno federal, otorga créditos con tasas preferenciales para favorecer el desarrollo de la industria nacional. Se puede observar en estos ejemplos la utilización de una especie de "*carta de patronage*", porque por una parte la empresa o grupo comprador no otorga garantía alguna, por lo que tampoco afecta a sus estados financieros y por otra parte el empresario-proveedor tiene acceso a créditos con la simple utilización de la carta de referencia del comprador certificando celebración y vigencia del contrato de suministro y el propio contrato de suministro.

[250] Aunque no afecta de manera directa a los estados financieros de la garante, la asunción de pasivos contingentes, puede afectar la capacidad crediticia de la garante, pues están sujetos a su exigibilidad al hecho futuro e incierto de que la deudora directa no cumpla con su obligación de pago.

Por otro lado, GALGANO describe al denominado "*patronage fuerte*", en el cual la matriz declara[251]:

> *"a) Que mantendrá a la controlada en condiciones de solvencia ("declaración de solvencia").*
>
> *b) Que no perjudicará la actual situación financiera de la controlada ("declaración de prohibición de vaciamiento")"*

Pero a pesar de que el "*patronage fuerte"* hace declaraciones más serias sobre lo que la matriz se propone a hacer o no hacer en relación con el patrimonio de su subordinada, la responsabilidad que se adjudica también es extracontractual, y cuando mucho será a título de responsable culposo en caso de un incumplimiento por parte de la controlada, por no haberla puesto en condiciones de cumplir con sus obligaciones o de ocasionar que la controlada se quedara sin fondos para hacer frente a las mismas.

Independientemente de su carácter poco vinculante, el uso de este tipo de garantía *sui generis*, resulta ser muy útil y ventajoso para la financiación y la realización de operaciones empresariales de los Grupos Societarios.

IV.5 LOS GRUPOS EMPRESARIALES.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE SU ACTUACIÓN PENDIENTES DE REGULARSE JURÍDICAMENTE.

El tema de la asistencia financiera entre empresas que conforman un mismo grupo tiene diversas aristas y una serie de complejas situaciones jurídicas, aún poco exploradas por el derecho mexicano y que bien valdría la pena que cuando menos fuesen enunciadas en este trabajo, con la seguridad de que por una parte aspiran dichos señalamientos a despertar la inquietud de la comunidad estudiosa del derecho y por otra parte implican un reto futuro para el que esto escribe. También es oportuno señalar que si se profundiza en cualesquiera de estos temas, se correría el riesgo de perder el enfoque en el tema materia de este estudio y que se concentrará en la insolvencia de empresas que forman parte de un grupo.

[251] GALGANO, Francesco. *Op.cit.* p. 217.

En primera instancia, se propone el concluir varias cuestiones relacionadas con el control de las empresas y que ya fueron enunciadas en líneas anteriores, a efecto de continuar a manera de preliminar conclusión con otras afirmaciones relacionadas con la actuación de estos grupos.

Resulta concluyente que el "control" no es un elemento indispensable para la identificación o existencia de un Grupo Empresarial, pues como ya se enunció con antelación e inclusive así lo prevé la legislación portuguesa (al regular la existencia de los grupos paritarios), pueden existir los grupos empresariales que funcionan en base a su coordinación y en los cuales no existe como elemento indispensable la subordinación, coordinación que puede darse en aquéllos supuestos en que la misma obedezca a un pacto contractual.

En aquéllos supuestos en que exista el control y por tanto la subordinación, también es concluyente que dicho control puede darse bien porque así lo establezca la ley para regular sus efectos (fiscales, competencia económica, grupos financieros, etc.) o bien producto de contratos en donde por voluntad propia la o las controladas acepten dicha subordinación bajo la dirección o directrices de la controlante o controladora.

Dicho lo anterior, es pertinente esbozar algunas situaciones fácticas que se presentan cuando las empresas actúan o interactúan como un Grupo y que necesariamente trae o debe traer consecuencias jurídicas bien para las mismas empresas del grupo, bien para sus socios o accionistas o bien frente a terceros.

Por ejemplo, si para el otorgamiento de un crédito, bien financiero o de proveeduría, la acreditada requiere de la participación de una diversa empresa que garantice el cumplimiento de las obligaciones de pago, lo normal es que la *holding* o controlante o matriz sea la garante. Pero en aquellos casos en los que no exista una relación de control-subordinación accionaria ni contractual, ¿sería normal que una empresa tercera otorgase las garantías? Para que no se pueda presumir la existencia de un Grupo Empresarial de facto, será menester que la garante acredite su interés jurídico para garantizar, que bien puede tener su origen en un contrato de suministro en el cual sea menester que la empresa productora requiera de crédito para cumplir

con dicho suministro y ante tal conveniencia se preste la garantía por parte de la que recibirá los bienes suministrados. Luego entonces, se debe concluir que ante la apariencia de un Grupo Empresarial de facto, la presunción siempre será *juris tantum.*

Ahora bien, continuando con el supuesto del otorgamiento de una garantía en beneficio de otra empresa, habrá que considerar dos situaciones diversas: a) cuando las empresas forman parte de un mismo Grupo Empresarial y b) cuando no forman parte de un mismo Grupo Empresarial.

En el primer caso, la empresa garante deberá tener como parte de su objeto social el otorgamiento de dichas garantías a favor de terceros para que no se considere como un acto *ultra vires,* que en última instancia podrá afectar de nulidad relativa el otorgamiento de dicha garantía o bien en el caso en que quien actuó en representación de la persona jurídica no tenía facultades para el otorgamiento de dicha garantía. En estos casos se puede considerar que el grupo en su totalidad debiera responder de las obligaciones contraídas por cualesquiera de sus miembros, ya que ante terceros se ostenta como una unidad económica y la apariencia de la solvencia económica de todo el grupo bien pudo haber influido para que la parte acreditante otorgara dicho crédito.

En el segundo supuesto, cuando la garante y la garantizada no formen parte del mismo grupo ni se ostenten como tal, no por el simple hecho de que una otorgue garantía a favor de la otra debe presumirse la existencia de una unidad económica, pues en el mundo de los negocios lo usual es la existencia de una diversidad de vínculos jurídicos que nacen precisamente de los contratos que en materia mercantil se celebran de manera rutinaria entre las empresas. En este caso se insiste en que se deberá acreditar por parte de la garante el motivo o razón de negocio por el cual otorgó la garantía para deshacer la presunción legal de conformar un Grupo Empresarial.

Por otra parte, otro problema que se presenta ante el otorgamiento de garantías es la posible afectación que sufrirán los socios minoritarios de la garante, pues ante el incumplimiento de la garantizada, al responder del pago la garante, se verá disminuido el haber social o el patrimonio de dicha sociedad, quizá con el

beneficio indirecto de su socio mayoritario que a su vez también es socio de la garantizada.

Aún en el supuesto de que ambas empresas (garante y garantizada) formasen parte de un mismo Grupo Empresarial, existe afectación patrimonial para los socios minoritarios de la garante, los cuales bajo el régimen legal de las Sociedades Anónimas que establece la mexicana Ley General de Sociedades Mercantiles, nada podrán hacer frente a este tipo de actos si su porcentaje accionario es menor al 33% del capital social, pues requieren de este porcentaje como mínimo para oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales que autoricen los créditos o el otorgamiento de garantías (Artículo 201). Los accionistas minoritarios en estos casos sólo podrán ejercitar acciones de pago por daños y perjuicios en contra de los accionistas que teniendo por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad garante, hubiese votado en favor del crédito o del otorgamiento de la garantía, en aquellos casos en los que sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para la validez de la determinación (Artículo 196).

Esta inequidad de la ley societaria mexicana hoy puede evitarse a través de un pacto inter-societario que proteja a los socios minoritarios, tal como lo prevé para el caso de las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (SAPI's) la reformada Ley del Mercado de Valores (Artículo 12 y siguientes).

Este tema de la actuación en un grupo de empresas como también debe ser motivo de reflexión para todas las acreditantes, en especial para las instituciones financieras que debieran, ante la presencia del otorgamiento de un crédito a empresas de grupo, solicitar los estados financieros no solamente de la acreditada, ni siquiera de su matriz o *holding*, sino que debieran analizar los estados financieros consolidados de todo el grupo, pues al final de cuentas se le está otorgando el crédito de facto al grupo; de ahí la necesidad de que el derecho positivo mexicano regule la existencia y actuación de los grupos empresariales para poder exigirles grupalmente su responsabilidad ante el incumplimiento de cualquiera de sus miembros. Como hoy regula el derecho positivo a las empresas como unidades jurídicas independientes, sólo será posible exigir el cumplimiento de obligaciones de pago contraídas por

aquéllas empresas que se hubiesen obligado contractual o cambiariamente, salvo el caso, como ya se vio, de los grupos financieros en los que siempre responderá por sus controladas la *holding*, haya o no firmado algún contrato, sino por disposición expresa de la ley que las regula.

Así entonces, estos y muchos otros cuestionamientos se aparecen cuando se estudia la actuación en la economía de las empresas que conforman Unidades Económicas o que actúan como Grupos Empresariales. De ahí la necesidad e importancia de que los juristas trabajen sobre este particular para que el derecho se involucre en esta problemática y se pueda regular jurídicamente la responsabilidad de los Grupos Empresariales en México como ya sucede en otras latitudes.

CAPÍTULO V

EL VELO CORPORATIVO: SU LEVANTAMIENTO

V.1 TEORÍA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Antes de empezar a hablar de la teoría de la "personalidad jurídica", es preciso definir a la persona como un ser cuya dignidad y desarrollo en la sociedad constituye una realidad anterior al Derecho, y sobre todo anterior al derecho positivo. El desarrollo y la protección de la dignidad de la persona, es posible a virtud de la regulación por parte del Derecho de las relaciones entre las personas (seres humanos) dentro de una sociedad. Así que coincidiendo con lo expuesto por los doctores Alberto Calvo, José María Quiroga y Carlos Baquerín, "…*la dignidad de la persona, su libertad no nace del Derecho sino de la naturaleza humana; el Derecho ha de proteger y amparar esa dignidad*".[252]

Una vez definido el concepto de persona, se puede explicar el concepto de personalidad jurídica de acuerdo con CASTÁN, citado por Calvo, Quiroga y Baquerín, quien afirma que: *"…si la persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad ha de entenderse la aptitud para ser sujeto activo o pasivo, de relaciones jurídicas."* [253]

Por su parte, la legislación mexicana reconoce a las personas la capacidad de ser sujeto de relaciones jurídicas a partir de que nace y hasta su muerte. (Artículo 2º del Código Civil Federal).[254] Sin embargo, dicha capacidad no siempre puede ser ejercida directamente por el individuo, por lo tanto, se puede clasificar a la capacidad jurídica en dos tipos: capacidad de goce y de ejercicio. La primera se refiere a la facultad que tiene una persona por el simple hecho de serlo, de ser sujeto de derechos y obligaciones (esencia misma de la personalidad), sin embargo, su ejercicio directo por el individuo encuentra algunas limitaciones legales (por ejemplo es el caso de los

[252] CALVO MEIJIDE, Alberto; QUIROGA DE ABARCA, José María; BAQUERÍN ALONSO, Carlos. "Instituciones de Derecho de Empresa". Pág. 131. Madrid: Editorial Dykinson. 1997

[253] Ibid.

[254] En vigor a partir del 1º de Octubre de 1932.

menores de edad, quienes ejercerán sus derechos u obligaciones a través de quien ostente su patria potestad, ya sean padres o tutores).[255] La capacidad de ejercicio se refiere la facultad de ejercitar dichos derechos y obligaciones por sí mismo.

Ahora bien, las personas físicas o naturales en el uso de su capacidad jurídica y en el ejercicio de sus derechos de libertad, pueden asociarse y reunir ciertos bienes de su patrimonio para constituir una nueva "persona" independiente, a la cual el derecho le reconoce también derechos y obligaciones independientes a los de sus integrantes (o socios). Es decir, la "persona jurídica o social" la cual es definida por la jurisprudencia española como "*aquéllos entes colectivos a los que se reconoce capacidad de Derecho patrimonial, para la consecución de un fin social durable y permanente"*[256] . Por su parte CALVO, QUIROGA y BAQUERÍN, la definen, como "la persona jurídica o persona social como aquella agrupación de personas físicas o naturales, *("universitas personarum"*) o el conjunto de bienes destinados a un fin u organización destinada a un fin *("universitas bonorum"*) a la cual la Ley otorga una personalidad jurídica distinta e independiente de la de sus miembros y la consiguiente capacidad patrimonial para la consecución de un fin social durable y permanente."[257] De esta manera, siguiendo a GARRIGUES, al hablar de persona jurídica no se puede hacer referencia exclusivamente a un conjunto de personas físicas asociadas para la consecución de un fin, sino a un ente nuevo e independiente, cuya personalidad autónoma va más allá de la personalidad individual de cada uno de sus socios *"la sociedad no es la suma de los socios, sino algo que está por encima de ellos, rebasando su personalidad física"*. [258]

---

[255] Artículo 23. La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes. Código Civil Federal. En vigor a partir del 1º de octubre de 1932.

[256] CALVO MEIJIDE, Alberto; QUIROGA DE ABARCA, José María; BAQUERÍN ALONSO, Carlos. *Op. cit.* pág. 131.

[257] Ibid. pág. 131. Al efecto también podemos señalar que la legislación mexicana reconoce la personalidad jurídica de la persona social independiente a la de sus socios (Ley General de Sociedades Mercantiles Artículo 2.- *Las sociedades mercantiles inscritas en el registro publico de comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios. (…)* LGSM. DOF de 4 agosto de 1934

[258] GARRIGUES, Joaquín. *"Curso de Derecho Mercantil"* pág.347. México: Editorial Porrúa. 1984

Por otro lado, para aclarar la naturaleza de este fenómeno se puede mencionar algunas teorías que hablan acerca del origen de las personas jurídicas. Una de ellas es la teoría de la ficción cuyo principal exponente fue SAVIGNY, misma que sostiene que las personas jurídicas son seres ficticios y unidades independientes a las de los miembros que las integran, aunque no siempre son mera creación legal (da el caso de las ciudades a quienes considera como personas jurídicas pero de carácter real).[259] Al efecto, señala CERVANTES AHUMADA, que dicha teoría ya ha sido superada, en virtud de que es bien sabido que el Derecho no "finge", sino que puede crear figuras, y aunque sean de naturaleza ideal son igualmente reales que las figuras materiales.[260]

En la teoría orgánica desarrollada por GIERKE, se equipara la naturaleza de las personas jurídicas con la de la persona física, considerándola como un ser con voluntad e interés propio, autónomo al de sus miembros. Afirmaba que la personalidad era *"…un atributo propio de todo organismo social, capaz de una propia voluntad de acción, y respecto del cual el Estado se limita simplemente a reconocer su existencia."*[261]

Por otro lado, la teoría del patrimonio afectación postulada por BRINZ, establece que la persona jurídica es igual al patrimonio que se afecta para la consecución de un fin. Esto es a todas luces erróneo, pues si bien el patrimonio es un elemento de la persona, no se puede confundir al patrimonio con persona, pues el primero es un elemento o característica constitutiva de la segunda.[262]

Lo que se puede afirmar de todo lo anterior es que la persona jurídica es una creación del Derecho, la cual está integrada por otras personas y por una serie de bienes cuya afectación se hace con el interés de conseguir un fin. Y dicha persona jurídica al ser creada y reconocida por el derecho, al igual que a la persona física, también le es reconocida una capacidad jurídica (de goce y ejercicio) consistente en la facultad de ser sujeto de derechos y obligaciones a que se ha hecho referencia

---

[259] DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. "*Levantamiento del velo de las personas jurídicas.*" Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 699, Enero - Febrero 2007. Editorial Vlex. Fuente electrónica Id. vLex: VLEX-363846. Consultada por última vez el 31 de enero de 2011.

[260] CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Op.cit.* p.39.

[261] VERRUCOLI citado por CERVANTES AHUMADA, Raúl. Ibídem. p.40.

[262] *Ibídem*. Pp. 39 y 40.

anteriormente y además ejercer dichos derechos y obligaciones. Sin embargo, al ser un ente creado por el derecho de manera "artificial", su capacidad de obrar, recaerá en sus órganos de administración o representantes.[263]

V.2 LA RESPONSABILIDAD LIMITADA COMO ESCUDO PARA ABUSAR DEL DERECHO

La teoría clásica de las sociedades (personas jurídicas) como entes independientes a las personas que lo integran, con derechos y obligaciones distintas a las de sus miembros y con autonomía propia (la cual se desarrolló con antelación) condujo a la doctrina de la "responsabilidad limitada" de los socios o accionistas de las sociedades. Esta doctrina establece que los mismos, no son responsables por las obligaciones o cargas de la sociedad, ni serán responsables con su patrimonio propio por deudas o pérdidas sociales, y responderán únicamente por el monto de sus aportaciones al capital social. Sin embargo, esta teoría no fue adoptada por el derecho positivo sino hasta mucho tiempo después de desarrollada la teoría de la personalidad jurídica. Hay autores que señalan que no fue sino hasta ya entrado el siglo XIX, cuando en países como Estados Unidos de América e Inglaterra -por citar a algunos de los más relevantes- se comenzó a reconocer legalmente -primero para el caso de las *joint stock companies* y posteriormente a las *corporations*- el principio de la responsabilidad limitada de los socios, lo cual fue producto del floreciente crecimiento económico que llevó a políticos y legisladores a promover el desarrollo de la industria y la economía mediante la creación de compañías. De esta forma, se experimentó un crecimiento muy considerable en la constitución de empresas (bajo cualquier forma societaria) gracias a la disminución del riesgo de los inversores, al verse limitada su responsabilidad.[264]

---

[263]En nuestra legislación federal se reconoce esta capacidad de obrar y obligarse frente a terceros en el Artículo 27 del Código Civil Federal que a la letra dice: *"Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos."*

[264] Para ver un desarrollo histórico amplio sobre la doctrina de la Limitación de la Responsabilidad Societaria ver: MIGUENS, Héctor Miguel. *Op.cit.* Pp.19-23.

Doctrinalmente se ha dicho que tal limitación a la responsabilidad, basada principalmente en el "aislamiento del patrimonio" de los socios-accionistas, alcanzó su máxima expresión en la teoría y práctica de la Sociedad Anónima.[265]

Sin embargo, aunque por un lado esta limitación a la responsabilidad de los socios o accionistas al crear una sociedad (persona jurídica) con patrimonio independiente al de las personas que lo integran, con derechos y obligaciones propias, autonomía contractual, trae consigo un incremento en la actividad empresarial, como ya se ha mencionado. Por otro lado ha sido objeto de abusos por parte de las personas que integran dicha sociedad. Se dice que "*(…) al separar la personalidad de la sociedad de la de sus componentes o asociados, haciendo abstracción de éstos cuando aquélla nace a la vida jurídica cumplimentado requisitos meramente formales, abre una vía fácil para cualquier fraude o actividad ilícita*".[266]

En muchas ocasiones, la personalidad jurídica de la sociedad ha sido utilizada como un instrumento para aislar a los miembros de la sociedad de las consecuencias e imputaciones de sus actos y negocios, haciendo un uso abusivo de la personalidad jurídica independiente de la sociedad, para cometer actos ilícitos, esquivar los preceptos legales, incumplir sus obligaciones y en general defraudar.[267]

El tratadista Gonzalo García Velasco, atinadamente comenta "*(…) desafortunadamente en el mundo de los negocios, el abuso dado en la creación de personalidad jurídica, ha traído como resultado la utilización de esta figura jurídica para burlar el cumplimiento de una norma contractual, como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la del único socio.*"[268]

V.3 ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Como ya se explicó en capítulos anteriores, se entiende por Grupo Empresarial o Grupo de Sociedades a aquélla asociación de dos o más personas (generalmente personas jurídicas o sociales), que realizan distintas actividades empresariales (ya sea

[265] DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op.cit.*
[266] Ibíd.
[267] Ibíd.
[268] GARCÍA VELASCO, Gonzalo. *"Persona jurídica. Doctrina y legislación mexicana."* p.71. Editorial Porrúa. México. Universidad Panamericana. México, 2009.

de producción o servicios) bajo una dirección unificada lograda a través de lazos de control o coordinación, para la consecución de un fin económico común. Cabe reiterar que el "Grupo Societario" como tal, carece de personalidad jurídica propia y que por lo tanto no es sujeto de derechos y obligaciones ni de responsabilidad alguna en su conjunto, por las conductas realizadas por cualquiera de sus miembros. Por otro lado, cada uno sus miembros sí cuenta con personalidad jurídica propia, lo que significa que son responsables únicamente de sus actos (deberes y derechos) con independencia de sus accionistas, administradores o de la persona o personas que los controlen o a quien controlen. Es decir, siguiendo la teoría de la personalidad jurídica, una sociedad matriz no será responsable (salvo en algunos casos establecidos por normas muy específicas, sobre todo en materia tributaria,[269] laboral y financiera) por las deudas o cargas de sus filiales, ni tampoco lo será por obligaciones contraídas contractualmente por alguna de sus subsidiarias, ni tampoco lo será jurídicamente de las pérdidas de alguna o algunas de sus controladas. Y a la inversa, las filiales no serán (salvo algunos casos previstos por la ley) responsables por los derechos u obligaciones contraídos por sus empresas hermanas, ni tampoco por las responsabilidades de la matriz.

Las empresas en el Grupo actúan como reflejo de las conductas desplegadas por las personas físicas que son socias o accionistas de personas jurídicas. Las primeras se escudan en el anonimato o en la protección patrimonial que les permite la actuación del Grupo como tal, que les permite obtener beneficios económicos o comerciales, diluyendo el grado de responsabilidad frente a terceros, tal como los segundos también se escudan en el anonimato o en la protección patrimonial que les permite el ver limitadas por el derecho positivo sus obligaciones patrimoniales que asume la persona jurídica frente a terceros, exclusivamente al monto de sus aportaciones, salvo las sociedades de responsabilidad ilimitada, prácticamente en desuso.

Se está ante una contradicción, puesto que el Grupo que funciona como una unidad económica de facto, está conformado por varios entes jurídicamente

[269] Como ya vimos en capítulos anteriores, también existe co-responsabilidad legal de una matriz y sus subsidiarias en algunos casos previstos por la Ley de Competencia Económica, Ley Aduanera, Ley Federal del Trabajo, Ley para Regular a las Agrupaciones Financieras.

independientes entre sí, pero de hecho vinculados y subordinados a una dirección empresarial común. Y aunque como bien expresa SÁNCHEZ HUETE, se está *"ante una forma organizativa empresarial natural y lícita. Natural, por cuanto resulta la consecuencia de un proceso de expansión de la empresa moderna en el contexto económico vigente; y lícita, por cuanto no contraviene la legalidad…"*, así, la libertad de empresa que no prohíbe asociación societaria en forma de conformación de Grupos Empresariales, permite tácitamente su existencia, lo que ha dado origen a estructuras de gran variedad y enorme flexibilidad.

Así, al igual que para el caso de personas jurídicas individuales, en el contexto de grupos puede darse un abuso gravísimo de la personalidad jurídica y de la responsabilidad limitada. Se puede mencionar como ejemplo al abuso de la personalidad jurídica societaria en el seno de los Grupos Empresariales el de la llamada "Sociedad Refugio" para el caso del derecho tributario.[270] En tal supuesto se produce una reducción en el patrimonio del obligado tributario, producto de la transmisión de bienes de éste a otra entidad "refugio", deviniendo el primero insolvente. En el caso de los grupos, esta transmisión podría darse de la sociedad matriz a alguna de sus filiales o a la inversa. Aquí el ilícito no gira tanto en torno a la transmisión patrimonial de bienes o derechos de una sociedad a otra, sino más bien a la insolvencia en que incurre la primera a causa de dicha transmisión, traducida en perjuicio de sus acreedores, entre ellos el Fisco.

La doctrina española señala para este tipo de actos de mala fe, que el carácter ilícito de la conducta evasiva reside en su utilización, pues *"…únicamente la concurrencia de los requisitos legales examinados, que basculan en torno al control o dominio social, junto a la finalidad evasiva, hacen de tales modalidades sociales un uso ilícito."*[271] En cuanto a este supuesto, la Ley General Tributaria española (Artículo 43, inciso h)[272] ha intentado combatir dicha conducta y regula a los Grupos Societarios

[270] Así le denomina el doctrinista SÁNCHEZ HUETE, Miguel Ángel, en su obra *"El levantamiento del velo (la responsabilidad de la sociedad pantalla y refugio en la nueva LGT".* Pp. 281-285. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2008.
[271] *Ibídem.* p.282.
[272] Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Artículo adicionado por ley 36/2006, de 29 de Noviembre.

(haciendo alusión al término de control), extendiendo la responsabilidad a aquélla entidad o entidades controladas, cuando se acredite que fueron utilizadas como un medio de eludir sus responsabilidades fiscales. [273]

Del análisis de dicho dispositivo legal, es menester reiterar que el elemento de dominación de una persona sobre la otra no es suficiente para extender la responsabilidad o para que el acto sea considerado ilícito, sino que debe de concurrir en el ejercicio de dicho poder de control el "ánimo de evasión" de una responsabilidad tributaria. Por tanto una sociedad no será responsable respecto de otra por el simple hecho de formar parte de un mismo grupo, sino más bien por ser una *"persona-refugio del activo de la sociedad dominante, para que no sea alcanzada por los acreedores de ésta".*[274]

Por otro lado, en el contexto de grupos se puede aplicar dicho supuesto de una manera más extensa, suponiendo que no es la matriz, sino una de sus filiales la obligada tributaria, y que ésta última, por direcciones de la sociedad controladora, transfiere sus activos a la controladora misma o alguna de sus hermanas. Al configurarse el elemento de dominio (en el cual se persigue una dirección unificada) se podría entonces extender la responsabilidad a la sociedad o sociedades (ya sea a la matriz o a las demás filiales) a quienes se les haya transferido dicho patrimonio. Se trata como bien afirma el tratadista Miguel Ángel Sánchez Huete, de *"un supuesto de control efectivo indirecto"*. [275]

Se puede señalar desde la doctrina italiana, otro ejemplo relativo al abuso de la personalidad jurídica en el marco de los Grupos Societarios. Es el caso de la denominada *Fattispecie* o "ficción de grupo" o "grupo aparente". Dicho término se

---

[273] "*Artículo 43. Responsables subsidiarios. 1. Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades: (…) h) Las personas o entidades de las que los obligados tributarios tengan el control efectivo, total o parcial, o en las que concurra una voluntad rectora común con dichos obligados tributarios, por las obligaciones tributarias de éstos, cuando resulte acreditado que tales personas o entidades han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta como medio de elusión de la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública, siempre que concurran, ya sea una unicidad de personas o esferas económicas, ya una confusión o desviación patrimonial. En estos casos la responsabilidad se extenderá también a las sanciones*."

[274] SÁNCHEZ HUETE, Miguel Ángel. *Op.cit.* Pág.283.

[275] Ibíd.

refiere al fenómeno de creación de varias sociedades de capital, cuyos activos son poseídos por un mismo grupo de individuos, con el único fin de evadir la aplicación de normas legales. En este supuesto se abusa de la personalidad jurídica de las sociedades para crear artificialmente a varios entes distintos entre sí únicamente por el nombre, cuando para sus socios son considerados y tratados como una misma entidad. Es el caso, por mencionar un ejemplo, de sociedades creadas con el fin de evadir normas laborales, las cuales, en lugar de operar como una sociedad con un gran número de empleados, prefieren crear varias empresas distribuyendo así el cúmulo de empleados con el fin de eludir ciertas reglas sobre límite de despido que impone el derecho laboral italiano.[276] O dicho de otra manera, se crean una o varias sociedades destinadas a ser disueltas, a las cuales se trasladan los trabajadores de la primera (controladora) con el único propósito de despedirlos, justificando dicho despido en el "*cese de actividades*".[277]

En este país ha crecido la incidencia de las llamadas *empresas outsourcing*, las cuales carecen de patrimonio y sin embargo, son legalmente las "patronas", de los trabajadores que en realidad prestan sus servicios para terceras empresas con las cuales no tienen vínculo obrero-patronal. Con esta argucia, los verdaderos patrones evitan hacer frente al pago de su responsabilidad económica derivada de la relación de trabajo (indemnizaciones por despidos injustificados, primas de antigüedad, reparto de utilidades, etc.). También defraudan al fisco al no pagar los verdaderos patrones las cuotas obrero-patronales ni la cuota correspondiente al grado de riesgo si se trata de una industria peligrosa, cuotas que corresponde recibir al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y al no pagar también dichas cuotas al Instituto Nacional para el Fomento de la Vivienda de los Trabajadores (INFONAVIT). De esta suerte, la empresa *outsourcing* factura al verdadero patrón (prestación de servicio) convirtiéndose en una relación de tipo mercantil y burlando las obligaciones patronales derivadas del derecho laboral y del derecho de la seguridad social.

Estas prácticas viciosas tuvieron su origen en la sana intención empresarial por evitar las serias repercusiones legales que representa el derecho laboral en este país y

[276] Artículo 11 de la Ley 15/7/1996, N° 64, citada por GALGANO, Francesco Op.cit.
[277] *Ibídem.* p. 255.

que data desde el año de 1970 en el que se buscó un exacerbado proteccionismo a la clase trabajadora y que a la fecha jamás ha sido modificado debido a las prácticas populistas de nuestros gobiernos, lo que constituye un lastre para la competitividad de México frente al extranjero.

Por otra parte también encontraron su fundamento estas prácticas empresariales en la necesidad de evitar las excesivas cargas fiscales que representa una injusta carga tributaria, pues debido a una inadecuada política fiscal-recaudatoria, la administración pública exactora ha abusado de los contribuyentes cautivos como lo son entre otros, los empresarios.

La verdad es que lo que en un principio fue una legítima planeación fiscal, financiera y legal, ha dado motivo hoy en día a una serie de abusos en la utilización de este tipo de "prestadoras de servicios" que constituyen a los ojos del fisco auténticas figuras de evasión y que merecen ser combatidas.

Estas y otras cuestiones relacionadas con el tema, merecen y una profunda reflexión y análisis y aun estando relacionadas con la actuación de los Grupos Empresariales, no será tratado con mayor profundidad en este estudio para no desviar el propósito del mismo. Sólo se intenta señalar la importancia del estudio, análisis y regulación de los Grupos Empresariales.

Otro de los hechos que demuestran la existencia del "grupo aparente" es la confusión patrimonial sistemática entre sociedad controladora y controlada, en que se utilizan indistintamente, sin ningún título u obligación aparente (fianza, contratos, garantías), los bienes de una y otras, para pagar deudas o hacer frente a obligaciones. Por otro lado, GALGANO, señala los siguientes supuestos que se suman al anterior[278]:

a) La confusión de obligaciones, en que las sociedades integrantes de un supuesto grupo, disfrutan indiscriminadamente de financiamientos, los cuales se depositan en cajas comunes y cuyo uso por una u otra sociedad no tienen relación con el préstamo obtenido por una u otra sociedad;

[278] GALGANO, Francesco y coautores. *Op. cit.* Pág. 260

b) La confusión laboral, cuando se emplean promiscuamente a los mismos trabajadores en cualquier sociedad de grupo, y;

c) La preconstitución integral de las resoluciones del órgano de la controladora, esto quiere decir que el órgano de administración o dirección de la controlada tiene que acatar las decisiones tomadas por la controlante sin poder alguno de decisión u opinión, y firmando a través de su representante contratos previamente acordados por la controladora. Lo cual no se traduce en un abuso en el control de una sociedad a otra, ni en el uso excesivo en la toma de decisiones estratégicas con el objetivo de alcanzar un fin común (el "abuso de la dirección unitaria" se refiere más al envío de directivas en perjuicio de la controlada), sino que se traduce en un "abuso de la personalidad jurídica" puesto que *"cada operación imputada a la controlada, es decidida en todos sus particulares, por los administradores de la seudo controlante"* por lo tanto se abusa *"de la distinta subjetividad jurídica de la controlada respecto de la controlante"*.[279]

Los anteriores ejemplos de la existencia del "grupo aparente" (como les denomina GALGANO), solo tienen el propósito de evidenciar la existencia de empresas que en la práctica funcionan y operan como Grupos Empresariales. Estas prácticas empresariales, no necesariamente deben ser vistas como vicios o ilicitudes que debieran ser sancionados por el derecho. Los comentarios de análisis que aquí se ofrecen tienen el único propósito de evidenciar que la propia doctrina reconoce la existencia de prácticas empresariales comunes, que deben llevar a la conclusión y al reconocimiento del Derecho de cuándo se estará ante la presencia de un "Grupo de Interés Económico", al que se denomina Grupo Empresarial. Lo que se pretende con estas consideraciones, es que el derecho reconozca la existencia de facto de estos Grupos Empresariales y les asigne diversos efectos jurídicos de acuerdo al enfoque de este tipo de relaciones económico-jurídicas.

Resulta entonces concluyente que no se pretende analizar las prácticas y costumbres empresariales cuando funcionan grupalmente desde la óptica de la ética o moral empresarial. No es el propósito de este estudio el tratar de encontrar virtudes o

[279] *Ibídem.* p. 261.

defectos en estas prácticas empresariales, estudio que por otra parte deberá ser interesante bajo la óptica de la ética, lo que no es propósito del presente.

Sólo se ha pretendido a lo largo de este estudio de poner en evidencia que el mundo empresarial ha cambiado. Que bien sea por reconocimiento expreso de la ley, por voluntad contractual o aun de facto, las empresas y empresarios que actúen con un sentido de unidad económica, deben ser reconocidos legalmente en México como Grupos Empresariales y darles efectos jurídicos *ad hoc.*

V.4 SOLUCIONES EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

En respuesta al uso indebido de la personalidad jurídica de las sociedades, que en la práctica se ha cometido reiteradamente en el mundo de los negocios, han surgido teorías doctrinales, jurisprudenciales y en algunas ocasiones hasta medidas legales, para reparar los abusos, ya sea haciendo uso de ciertas normas extracontractuales plasmadas en ciertas leyes específicas, o bien aplicando vía jurisprudencial la teoría de la "desestimación de la personalidad jurídica" ("disregard of the legal entity") o del "levantamiento del velo societario" ("lifting the corporate veil") para fincar responsabilidad a los socios o a las sociedades integrantes de un grupo, respecto de actos ilícitos cometidos a través de las sociedades que componen un mismo grupo.

En el derecho italiano la represión al abuso de la personalidad jurídica se basa en dos premisas: La primera es que la persona jurídica lo es sólo en sentido figurado, por lo que la sociedad y el socio, son de naturaleza distinta y la segunda, se refiere a la aplicación del principio de "buena fe". Por lo tanto, el principio de la personalidad jurídica independiente de la sociedad respecto del socio (alteridad subjetiva), no puede ser opuesto en caso de que vaya en contra del canon de la buena fe.[280]

Sin embargo, explica GALGANO que para el caso del Derecho italiano, se pueden dar supuestos en que se pueden tomar soluciones alternativas mediante la correcta aplicación de normas, como por ejemplo, menciona los casos de abusos cometidos dentro del Grupo de Sociedades, en los que una empresa controladora

[280] Ibídem. p. 265.

(*holding*) decide hacer algún traspaso de activos o pasivos entre las sociedades integrantes del grupo, en perjuicio de los accionistas minoritarios o en su caso acreedores. Para este caso se encuentra previsto por el Código Civil italiano (Art. 2497) la responsabilidad de la controlante ante los acreedores *"por la violación a los principios de correcta gestión societaria"*, respetando la personalidad independiente de cada una de las sociedades y sin necesidad de "*rasgar el velo societario*." [281]

Para el caso de la doctrina mexicana, se ha ido aplicando la "teoría de la desestimación" *("disregard of the legal entity")* como escudo para la protección de abusos a la personalidad jurídica. De acuerdo con CERVANTES AHUMADA[282], como exponente de dicha doctrina, al efecto señala que *"…si la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles pretende ser utilizada como instrumento de defraudación, tal instrumento jurídico deberá perder toda su eficacia porque ninguna institución jurídica puede, en principio ser instrumento de mala fe".*

Jurisprudencialmente, en México, el alto Tribunal de Justicia de la Nación, a través del Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito, se ha pronunciado a favor de la técnica del "levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo" para su aplicación en el procedimiento de investigación sobre prácticas monopólicas. Lo anterior para el desarrollo de un caso ulterior relativo a un Grupo de Empresarial (el ya

---

[281] "*Art. 2497. Responsabilità. Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei princìpi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.*
Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.
Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.
Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario." Código Civil Italiano. Real Decreto de 16 de Marzo de 1942, n.262. GALGANO, Francesco. Op. cit. Pp. 265 y 266.

[282]CERVANTES AHUMADA, Raúl citado por GARCÍA RENDÓN, Manuel. *"Sociedades mercantiles".* Pág. 88. México: Editorial Oxford. 2006

mencionado caso de "*La Guerra de las Colas*"). [283] Lo anterior, argumentado para el caso de conductas abusivas de derechos, o constitutivas de fraude, o de simulación ante la ley. Si se hace un uso indebido de la personalidad societaria, se justifica la implementación de medios idóneos para conocer el origen y la intención de dichos actos ilícitos, para lo cual se podrá aplicar la teoría del levantamiento del velo, con el fin de buscar una identidad sustancial entre la sociedad y sus socios. [284]

Salvo las muy especiales materias que se han identificado a lo largo de este trabajo en las que el derecho positivo mexicano algo se ocupa de regular –aunque sea de manera incipiente y superficial- la actuación de las empresas controladoras y sus controladas, prácticamente nula ha sido la actividad legislativa del H. Congreso de la Unión en México para regular el levantamiento del velo corporativo, ni mucho menos

---

[283] *"TÉCNICA DEL "LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONA JURÍDICA O VELO CORPORATIVO". SU SUSTENTO DOCTRINAL Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU APLICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. En la práctica las condiciones preferenciales o privilegios de que disfrutan las personas morales no sólo han sido usados para los efectos y fines lícitos que persiguen, sino que, en algunas ocasiones, indebidamente han sido aprovechados para realizar conductas abusivas de los derechos o constitutivas de fraude o de simulación ante la ley, con distintas implicaciones que denotan un aprovechamiento indebido de la personalidad de los entes morales, generando afectación a los derechos de los acreedores, de terceros, del erario público o de la sociedad. De ahí que ese aspecto negativo de la actuación de algunas personas morales justifica la necesidad de implementar medios o instrumentos idóneos que permitan conocer realmente si el origen y fin de los actos que aquéllas realicen son lícitos, para evitar el abuso de los privilegios tuitivos de que gozan. Luego, con el uso de dichos instrumentos se pretende, al margen de la forma externa de la persona jurídica, penetrar en su interior para apreciar los intereses reales y efectos económicos o negocio subyacente que existan o laten en su seno, con el objetivo de poner un coto a los fraudes y abusos que, por medio de esos privilegios, la persona jurídica pueda cometer, en términos de los artículos 2180, 2181 y 2182 del Código Civil Federal. Para ese efecto, podrá hacerse una separación absoluta entre la persona social y cada uno de los socios, así como de sus respectivos patrimonios, y analizar sus aspectos personal, de fines, estrategias, incentivos, resultados y actividad, para buscar una identidad sustancial entre ellos con determinado propósito común, y ver si es factible establecer la existencia de un patrón de conducta específico tras la apariencia de una diversidad de personalidades jurídicas. Esto es lo que sustenta doctrinalmente a la técnica del "levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo". Por consiguiente, la justificación para aplicar dicha técnica al apreciar los hechos y determinar si son constitutivos de prácticas monopólicas conforme al artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, en el procedimiento de investigación relativo, es conocer la realidad económica que subyace atrás de las formas o apariencias jurídico-formales."* Registro No. 168410.- Localización: Novena Época.- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- XXVIII, Noviembre de 2008.- Página: 1271.- Tesis: I.4o.A. J/70.- Jurisprudencia.- Materia(s): Administrativa.-

[284] Ibíd.

para reconocer y regular también a los Grupos Empresariales o Unidades de Interés Económico.

Es oportuno señalar un esfuerzo aislado que realizaron los senadores Rafael Gilberto Morgan Álvarez y Jesús Galván Muñoz, al presentar ante la LVIII Legislatura con fecha de 21 de noviembre de 2002, una iniciativa con proyecto de ley denominada "Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria", identificando en su Exposición de Motivos a la "desestimación de la personalidad jurídica societaria" con la doctrina conocida también como "levantamiento del velo corporativo", diseñada precisamente con el propósito de facultar a la judicatura a prescindir de esta ficción del derecho, cuando la persona jurídica es una simple pantalla de protección de quienes, a través de ella, realizan actos en fraude de ley o en perjuicio de acreedores.

El referido legislador justifica dicho anteproyecto para la creación de una ley especial, diferente e independiente de la Ley General de Sociedades Mercantiles que regula en nuestro país a este tipo de sociedades, aduciendo –con toda razón- que si bien es cierto que la doctrina naturalmente es aplicable en sociedades de capitales que por definición están estructuradas bajo un sistema de responsabilidad limitado para sus accionistas o socios, es necesario tomar en cuenta que existen hoy otras entidades –como las sociedades cooperativas por ejemplo- que pueden adquirir esquemas de responsabilidad limitada sin ser en sentido pleno sociedades de capitales y que el hecho de legislar solamente sobre un limitado tipo de personas jurídicas eleva el riesgo de que queden lagunas en la legislación societaria mercantil y que quienes abusan de la personificación encuentren nuevas figuras societarias que les permitan seguir estructurando sus negocios en fraude de ley o de acreedores y que por otra parte, nada impediría que un futuro se legislase sobre nuevas personas jurídicas que sean utilizadas por los estrategas del abuso de la personificación.

Es prudente resaltar dos de los objetivos de la ley propuesta: 1.- Mantener la regulación vigente respecto a los tipos de responsabilidad de los integrantes de las personas jurídicas de conformidad con la ley que les sea aplicable y 2.- Establecer como recurso excepcional y subsidiario al régimen de responsabilidad mencionado, la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica societaria para extender la

responsabilidad civil de la persona jurídica a sus integrantes, de conformidad con las hipótesis normativas determinadas en la ley propuesta.

Dicho proyecto de ley señalaba varios supuestos para presumir la existencia del control absoluto, como un elemento objetivo necesario para desestimar la personalidad jurídica. Dichas presunciones legales (presunciones *iuris tantum*), deberían ser acreditadas de modo conjunto con lo que el proyecto denominaba elemento subjetivo (conducta dolosa o fraudulenta) y elemento resultante (el daño y perjuicio ocasionado a tercero de buena fe).

Las consecuencias de la desestimación de la personalidad jurídica señaladas en dicho proyecto de ley era extender de modo subsidiario e ilimitado la responsabilidad civil de la persona jurídica al integrante (socio, accionista o de cualquier forma participante en la asamblea) o al tercero, que tenga una influencia dominante en dicha persona jurídica, con el objetivo de impedir la conducta fraudulenta.

Corrió con poca suerte esta interesante y novedosa iniciativa de ley. A los cuatro meses de su presentación, fue turnada a diversas Comisiones para su estudio legislativo y a más de 8 años de distancia continúa sin ser discutida ni aprobada dicha iniciativa de ley. Se quedó archivada en el Senado de la República la oportunidad de México de dar un paso importante hacia la develación del velo corporativo en los casos en que la conducta dolosa de quienes se ocultan en la personalidad jurídica de las empresas, se aprovechen para realizar actos fraudulentos en perjuicio de terceros de buena fé.

Esta es una de las razones por las cuales el derecho positivo mexicano continúa a la saga en esta materia. Hay que esperar que no suceda lo mismo cuando llegue el momento, deseando que sea pronto, en que se ponga a discusión una iniciativa de ley para regular a los Grupos Empresariales. Hoy en día se considera necesario el retomar la discusión legislativa sobre la develación del velo corporativo para aquellos casos de personas jurídicas que no forman parte de grupos empresariales. Se propugna también por orientar dichos esfuerzos en la regulación de los Grupos de Interés Económico como nuevo fenómeno económico-jurídico que merece su propia y contemporánea regulación.

Por otra parte, en lo que se refiere al derecho español, cabe comentar brevemente el tratamiento que a partir de la teoría del levantamiento del velo societario se les ha dado a los Grupos de Empresas que incurren por medio de sus integrantes en alguno de los abusos al principio de la personalidad jurídica. Al efecto señala la abogada Idoia Fernández Markaida, en cuanto a esta doctrina, que para que una sociedad dominante sea responsable por las deudas de otra dependiente, no será suficiente la existencia de la relación de dominio, sino que (al igual que para el derecho italiano), será menester que dicho control se haya producido de forma abusiva, en fraude de ley[285] o en fraude de acreedores. Por lo tanto, se trata de los casos en que la personalidad jurídica de la sociedad controlada se utiliza cono una herramienta para eludir obligaciones, ya sean legales, contractuales o extracontractuales, obteniendo un resultado injusto, dañoso y contrario a derecho.[286]Recogiendo las experiencias surgidas de esta problemática, la UNCITRAL también aborda el tema de la "consolidación sustantiva" (suma de patrimonios) como sanción a un uso ilícito de la personalidad, lo que se tratará con mayor amplitud en un capítulo por separado más adelante.

Por otro lado, oportunamente señala el auge que ha tenido en la jurisprudencia el uso de la doctrina del levantamiento del velo, particularmente en tratándose del derecho laboral, que si bien no se ha limitado únicamente al estudio de la figura de los grupos, "ha adquirido en éstos una especial significación". [287]

En cuanto a la aplicación de la doctrina de la perforación del velo en la jurisprudencia española en materia laboral, es conveniente señalar algún caso, que a manera de ejemplo, ayudarán a conocer ciertas pautas utilizadas por los tribunales

---

[285] *"En la doctrina del levantamiento del velo se suele aplicar en muchos casos, la figura jurídica denominada **fraude de ley**, siendo ésta diferente a los actos contrarios a la ley ya que estos últimos al ser contrarios a la norma producen la nulidad del acto o contrato, mientras que los actos realizados en fraude de ley, que son los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento, éstos no impiden la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir con el resultado que proceda de ello."* FARRAN FARRIOL, Josep. *"El levantamiento del velo".* En: *"Los acreedores y el concurso. La responsabilidad de personas ajenas al proceso".* Editorial Vlex. 2008. Fuente electrónica http://vlex.com/vid/58480144. Consultada por última vez el 31 de enero de 2011. Énfasis añadido.

[286] FERNANDEZ MARKAIDA, Idoia. *Op.cit*.

[287] FERNANDEZ MARKAIDA, Idoia. *Op. cit*.

españoles, en relación con los Grupos Societarios. Se puede mencionar entonces la Sentencia de 30 de junio de 1993[288] pronunciada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en la cual se declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por la "Federación de Textil-Piel Estatal de Comisiones Obreras" contra sentencia de la Audiencia Nacional, en autos promovidos por la recurrente contra "Algodonera de San Antonio, S.A" y otros sobre el conflicto colectivo de trabajo. En dicho recurso se invocaba la teoría del levantamiento del velo y se argumentaba la existencia de un Grupo Empresarial. Al efecto, es muy interesante mencionar los criterios desarrollados por la Sala citada en torno a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y al tratamiento de la responsabilidad de las sociedades integrantes de un Grupo Societario, para lo cual se citarán a la letra los siguientes pronunciamientos:

> *"a) La responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociales subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir; y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad: SS. De 3 de marzo y de 8 de octubre de 1987.*
>
> *b) Responsabilidad solidaria en el grupo de empresas que se presenta con una relación vertical de dominación y un sistema de gobierno unitario, en un conjunto formado con una evidente vinculación, tanto económica como personal: S. de 24 de julio de 1989.*
>
> *c) Para que se dé la responsabilidad solidaria, en el cumplimiento de las obligaciones laborales, entre los componentes del grupo es preciso que las conexiones entre sus distintos miembros sean no ya económicas o financieras, sino de tipo laboral: plantilla única o indistinta: S. de 22 de enero de 1990.*
>
> *d) La responsabilidad solidaria exige además de la actuación unitaria del grupo de empresas, con unos mismos dictados y coordenadas, con confusión patrimonial, la prestación laboral al grupo de forma indiferenciada y la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los trabajadores: S. de 30 de enero de 1990.*

[288] Esta Sentencia Jurisprudencial se encuentra ampliamente comentada en la obra de DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. "*La Doctrina del Levantamiento del Velo de la persona jurídica en la Jurisprudencia*." Pp.517 a 523. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1997

> *e) Es preciso que en el grupo se dé un nexo o vinculación que presente ciertas características especiales: a) funcionamiento integrado o unitario (…) b) prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varios empresarios (…)*
>
> *f) Para que se declare la comunicación de responsabilidad es exigible que haya en el grupo* ***confusión de plantillas****,* ***confusión de patrimonios****,* ***apariencia externa de unidad empresarial*** *y* ***unidad de dirección****: S. de 19 de noviembre de 1990."* (Énfasis añadido).
>
> *"g) Salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica lícita de apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: S. de 26 de noviembre de 1990"*

Llegando a la conclusión, en virtud del estudio de hechos y de la relación de derechos, que *"no había habido una verdadera confusión de patrimonios y menos aún una confusión de plantillas…"* deduciendo que *"aún existente el grupo de empresas, no ha habido una sólida apariencia externa unitaria capaz de influir en el ámbito de los contratos de los trabajadores de las distintas empresas del grupo".*

Por lo tanto, para la jurisprudencia española además de señalar los requisitos necesarios para la existencia de un Grupo de Empresas, al igual que en la italiana, los tribunales muy elocuentemente se pronuncian en el sentido de afirmar que aunque exista el Grupo Empresarial, esto no quiere decir que las sociedades que lo integran deben de ser "per se" responsables por las obligaciones o cargas contraídas por alguna de ellas, sino que deben de existir circunstancias específicas (como la confusión de patrimonios y la de plantillas) que permitan dilucidar si existe o no un abuso a la personalidad jurídica independiente, mediante la creación ficticia del Grupo Empresarial.

En resumen, para el estudio de los Grupos Societarios, tanto la teoría de la desestimación (*disregard)* como la del levantamiento del velo societario (*lifting the corporate veil*) se basan en la noción de los Grupos Empresariales, como la de aquéllos entes integrados por sociedades o sujetos con personalidad jurídica propia e

independiente entre sí, respondiendo al criterio de "la identidad jurídica independiente" ("entity law"). El cual se basa no solamente en la personalidad independiente de cada empresa integrante del grupo, sino también en el principio de la responsabilidad limitada de los accionistas de las sociedades y en las obligaciones de los directivos de cada entidad para con su propia empresa.

Sin embargo, como alternativa al criterio de la "identidad jurídica independiente" o (*"entity law"*), en la actualidad, varios países han ido aplicando en su doctrina o en su jurisprudencia, el criterio de "empresa única" (*"enterprise law"*), el cual está basado en la idea de la "integración económica efectiva", en la cual se concibe al Grupo como una unidad económica única que desarrolla su actividad en función de los intereses del grupo, y en función de los intereses particulares de cada empresa o de una de ellas. Bajo esta visión se prevé por ejemplo, el uso de una tesorería común al servicio del grupo; la transferencia de activos y pasivos entre sociedades; la posibilidad de que existan empresas que funcionen con pérdidas; la concertación de garantías y préstamos intra grupales, entre otros. No obstante en los países en que se utiliza esta teoría, como es el caso de Alemania, las concesiones "permitidas" entre las empresas integrantes del grupo, se establecen bajo normas específicas y muchas veces con el objetivo de proteger a los acreedores y accionistas minoritarios mediante mecanismos, de entre los que se pueden mencionar, la responsabilidad mancomunada y solidaria de la matriz por las deudas de las filiales.

Por ley[289], Alemania, ha clasificado a los Grupos Empresariales en los que intervienen empresas públicas en: a) grupos integrados; b) grupos constituidos por vía contractual y; c) grupos de facto. En tratándose de Grupos Integrados, "*la integración completa de la filial se produce cuando es aprobada por un determinado porcentaje del voto de los accionistas de la sociedad matriz, a la que corresponde una determinada participación en las acciones de la filial. La sociedad matriz, a cambio de asumir la responsabilidad mancomunada y solidaria por las deudas y obligaciones de la filial, tendrá un poder ilimitado para dirigirla*."[290]

[289] Artículos 319 al 328 de la AktG.

[290] Para el caso de los "Grupos Integrados" previstos en la legislación alemana. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Guía*

Se puede citar como otros ejemplos de países que han aplicado la teoría del "enterprise law", a Nueva Zelanda, en donde se encuentra legalmente permitido que los directores y administradores de una empresa filial actúen más en beneficio de los intereses de la matriz que en los propios, en el caso de que el capital de dicha filial se encuentre total o parcialmente en manos de la matriz y a Estados Unidos, donde tanto la jurisprudencia y una incipiente legislación mercantil, han aplicado criterios basados en la empresa única. Específicamente en el régimen norteamericano de la insolvencia se ha aplicado esta teoría a nivel jurisprudencial, en algunos casos para ordenar la consolidación patrimonial, en otros para confirmar garantías internas del grupo, y en otros más para alterar la prelación de los créditos en caso de la liquidación de una empresa del grupo, por citar solo algunos supuestos.[291]

Finalmente, sobre esta teoría se puede decir que aunque tiene algunos detractores, como P.T. Muchlinski, que la critican sosteniendo que su principal debilidad es la imprecisión para identificar los elementos que permitirían deducir que se está frente a un caso que se debe de resolver considerando al grupo como un todo, asimismo, se argumenta que para identificar la existencia de esa forma de asociación de negocios ("empresa única") se requiere la utilización de teorías económicas sobre integración corporativa y por lo tanto el resultado de cualquier reclamación basada en la teoría de la "empresa única" depende de la interpretación de evidencia que un abogado podría no ser el más indicado para valorar.[292] No se coincide con el estrecho enfoque de Muchlinski en el sentido de excluirá los especialistas en derecho en la identificación de los elementos que conforman la actuación de un grupo como un todo. Ciertamente es complejo identificar estos entramados "económico-empresariales", pues es tarea de los abogados abundar en los "entramados jurídicos". Por ello es concluyente que será a través del análisis multidisciplinario de estos entramados económicos-jurídicos-empresariales como será factible identificar elementos objetivos que permitan identificar como un todo a un Grupo Empresarial.

Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la insolvencia. Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. A/CN.9/WG.V/WP.92. Pág.17. Nueva York: Naciones Unidas, 2010.

[291]Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Op. cit.* Pp. 16 y 17.

[292] MUCHLINSKI, P.T. *Op.cit.* Pp. 329-331.

Por otro lado, importantes especialistas del derecho se han pronunciado a favor de la aplicación de dicha teoría, como Héctor José Miguens, quien afirma que la doctrina del "enterprise law" permite superar el enfoque de la sociedad "aislada y hermética" que es sostenido en el criterio "entity law", para avanzar a una visión más amplia y más real sobre los Grupos de Empresas, que le atribuye efectos a su unidad económica, organizacional y de decisión, bajo un concepto "central superador."[293]

V.5 OPINIÓN DEL AUTOR

A fin de esbozar la opinión del que escribe, a manera de consideraciones finales y conclusión sobre el delicado tema tratado en este capítulo, es menester hacer un resumen claro y objetivo acerca del levantamiento del velo corporativo como una forma de eliminar el escudo que representa la conformación de la persona jurídica independiente de la personalidad de los socios, para poder imputar a estos últimos su grado de responsabilidad personal en aquellos comportamientos abusivos y fraudulentos en perjuicio de terceros. Después de comentar las dificultades fácticas y legales de acreditar en juicio la mala fe con que actúan los accionistas ocultos, necesariamente hay que concluir en las bondades de la teoría del e*nterprise law* que elimina estas dificultades del develamiento del velo corporativo para imputar responsabilidades directas a los socios y accionistas cuando actúan estos empresarios (individuales o sociales) como un Grupo de Interés Económico o como se ha denominado en este trabajo, un Grupo Empresarial.

Para tal efecto, parece oportuno hacer mención de las citas que hace Gonzalo García Velasco sobre las "guías directivas" establecidas en diversos fallos jurisprudenciales norteamericanos para identificar los casos en que se podría caer en los supuestos de la desestimación de la personalidad jurídica, guías que nacieron de dos sentencias norteamericanas conocidas como "Taylor v. Standard Gas and Electric Co." (caso *Deep Rock*) y "Fish v. East".[294] El referido autor, citando a su vez a MANÓVIL, identifica las siguientes diecisiete guías, cuyos supuestos permiten justificar el levantamiento del velo societario y que es de importancia transcribir por su

[293] MIGUENS, Héctor José. *Op.cit.* p.302.

[294] Ambos casos citados por Gonzálo García Velasco. *Op. Cit*. P.197. y por Héctor José Miguens. *Op.cit*. p. 87.

objetividad y porque permitirán identificar con claridad aquéllas conductas fraudulentas o dolosas que justificarían el levantamiento del velo corporativo. Estas guías son:

> *"1.- La corporación madre posee todo o casi todo el capital de la subsidiaria;*
>
> *2.- La madre y las subsidiarias tienen oficinas y directores comunes;*
>
> *3.- La corporación madre financia a la subsidiaria;*
>
> *4.- La corporación madre suscribió el total de las acciones de la filial o, de algún modo hizo que la misma se constituyera;*
>
> *5.- La subsidiaria posee un capital groseramente inadecuado;*
>
> *6.- La corporación madre paga los salarios y otros gastos o cubre las pérdidas de la subsidiaria;*
>
> *7.- La subsidiaria substancialmente, no realiza negocios que no sean con su corporación madre, o no posee bienes excepto los facilitados por ésta;*
>
> *8.- En los papeles de la corporación madre, o en los informes de sus funcionarios, la subsidiaria es descrita como departamento o división de la primera, o se hace referencia a sus negocios o su responsabilidad patrimonial como propios de la corporación;*
>
> *9.-La corporación madre utiliza bienes de la subsidiaria como si fueran propios;*
>
> *10.- Los directores o ejecutivos de la subsidiaria no actúan en forma independiente en interés de la subsidiaria, sino que reciben órdenes de la corporación madre, en interés de ésta;*
>
> *11.- No se observan los requerimientos legales en cuanto a las formalidades de la subsidiaria;*
>
> *12.- Préstamos entre las corporaciones, es decir, contratos que no se celebran en las condiciones en que se hubieran celebrado con terceros, que benefician a la corporación madre a expensas de la subsidiaria;*
>
> *13.- La corporación madre y su subsidiaria presentan declaraciones consolidadas de impuestos o estados financieros consolidados;*
>
> *14.- El proceso de toma de decisiones para la subsidiaria es realizado por la sociedad madre y sus titulares;*
>
> *15.- Los contratos entre la madre y la subsidiaria son más favorables a la primera;*
>
> *16.- La operación de ambas está tan integrada a través de la mezcla de fondos de interactuación y de dirección y supervisión comunes, que deberían ser considerados como una sola empresa;*

17.- La subsidiaria opera sin beneficios."[295]

Como se aprecia de los supuestos anteriores, será menester acreditarlos en juicio a efecto de que el tribunal pueda ordenar, en los casos que proceda, el levantamiento del velo corporativo, que permita enderezar las acciones de reclamación en contra de socios y accionistas ocultos tras el escudo de la corporación. Ello implica una ardua labor litigiosa pues siempre se contará con el obstáculo, a veces insalvable, de la oposición y artifugios, que se suele utilizar cuando la parte demandada pretende impedir a toda costa el conocimiento de la verdad. Además, requisito *sine qua non* para la procedencia de cualquier acción legal de los perjudicados, que la ley prevea el levantamiento del velo corporativo para llegar a los verdaderos responsables, situación que, en muy contadas ocasiones procede en el derecho mexicano como ya se ha venido comentando en líneas anteriores.

Tales razones obligan a concluir que resulta oportuno y prudente que el derecho mexicano se acoja, como se hace en el presente estudio, a la doctrina que propugna la teoría del "*enterprise law*", reconociendo jurídicamente la existencia del fenómeno económico contemporáneo que implica a la unidad económica denominada Grupo Empresarial, imputando a sus miembros componentes diversos grados de responsabilidad, mancomunada, solidaria o subsidiaria, dependiendo del grado y gravedad de la participación de sus miembros en el hecho dañoso o fraudulento que se les impute por aquellos que resulten afectados. En este caso particular, se propugna por un grado de responsabilidad solidaria en el caso de insolvencia provocada por la matriz o por cualquier otra empresa componente del grupo.

Como corolario, se considera que estos supuestos a que se refieren las diecisiete guías mencionadas, también pueden servir como supuestos legales y objetivos para la identificación de aquellos grupos empresariales, que funcionando como tales, no sea tan evidente su conformación o la nieguen para eludir su grado de responsabilidad frente a terceros.

---

[295] GARCÍA VELASCO, Gonzalo. *Op.cit*. Pp.197 y 198. Citando a MANÓVIL, Rafael Mariano, en su obra *"Grupos de Sociedades."* Pp.989 y 990. Buenos Aires. Abelino Perrot. 1998.

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS DE LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES INTEGRANTES DE UN GRUPO EMPRESARIAL EN EL DERECHO MEXICANO

En este capítulo estará dedicado a analizar el tipo y grado de responsabilidad que deviene de la ley (por ministerio de ley) y las cuales pueden obligar a las empresas que componen un grupo, al cumplimiento de obligaciones conjuntas, aún en contra de su voluntad.

No se abordará la responsabilidad contractual que se pueda desprender de la asunción de obligaciones solidarias o subsidiarias, por el otorgamiento de garantías quirografarias (aval), prendarias, hipotecarias o garantías civiles derivadas del contrato de fianza, toda vez que son del dominio general de los abogados este tipo de obligaciones y no merecen mayores comentarios en este estudio, además de que se correría el riesgo de desviarse de su enfoque central, que es precisamente la búsqueda de las obligaciones de las empresas que conforman un grupo y que, por actuaciones irregulares o fraudulentas de cualesquiera de ellas en perjuicio de terceros de buena fe, que deben traer como consecuencia el resarcimiento obligatorio de daños y perjuicios, repetiendo, no por voluntad propia sino por disposición expresa de la ley.

VI.1 LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD MATRIZ (O CONTROLADORA)

Como se ha visto en capítulos anteriores, una vez que se fueron consolidando las empresas del sector productivo y el comercial, en el siglo XIX aparece un nuevo sector que es el de servicios y el financiero, mismos que no se manifestaban en la producción ni en la comercialización de productos y bienes materiales, sino que se especializaron en una serie de bienes intangibles que a la fecha en muchos casos adquieren mayor valor que los bienes tangibles. Así entonces, aparece en el siglo XIX la Sociedad por Acciones, naciendo con ella la factibilidad de que el capital se divida en acciones, las cuales al adquirir la calidad de títulos transferibles y en consecuencia el carácter de bienes muebles, abren la posibilidad jurídica de que circulen como bienes de capital propiciando el desarrollo de la industria. Las empresas ya no solamente

actuaron en el mercado de la producción y de la comercialización de bienes, sino que también fueron objeto de un mercado financiero incipiente.

Ya en el siglo XX habiéndose organizado algunas empresas industriales en grupos, dividiendo sus funciones bajo una dirección estratégica, esta dirección y coordinación recayó en manos de la empresa tenedora de las acciones del grupo que se denominó "holding", la cual además de ser tenedora de acciones y por tanto la dueña del capital, empezó a ejercer la dirección estratégica del grupo y sus empresas filiales continuaron siendo las operadoras o las que realizaban las funciones de producción o de comercialización de los bienes o productos elaborados mediante su especialización en la producción. Así entonces, por otra parte la "holding" tenía el tiempo y la capacidad fáctica de analizar diversos segmentos del mercado, incluyendo el financiero para diversificar su producción y encontrar nuevos mercados, incluyendo los internacionales y buscando la forma de atraer nuevos capitales para fortalecer al grupo. Como bien lo apunta Francesco Galgano[296]

> *"se delinea el aclamado fenómeno del "mercado de control", que se manifiesta en diversas modalidades, desde las ofertas hostiles hasta las ofertas públicas de adquisición o venta, donde los holdings financieros constituyen sus principales protagonistas. Sus participaciones pasan por razones de pura conveniencia financiera de un sector a otro, de un género mercantil a otro, asumiendo la calidad de "capital venture" que revende las sociedades adquiridas tras haberlas reestructurado. (…) A la idea del "holding" como posible sujeto empresarial operante sólo dentro del mercado financiero, y no también en los mercados industriales en los que actúan las sociedades por él controladas, se reportan esos análisis cuidadosos, que distinguen entre holding industrial, que organiza y dirige la producción que los controlados gestionan y el holding sólo financiero (trust de inversión), que se limita a dirigir y a incrementar los recursos financieros invertidos en participaciones accionarias. El primero*

[296] GALGANO, Francesco. *Op.cit*. p.35.

apunta a expandir la producción; el segundo, a incrementar la concentración."

Así se tiene entonces, que también en México la Ley General de Sociedades Mercantiles[297], reconoce la existencia de la sociedad por acciones a la que denomina "Sociedad Anónima" estableciendo en su numeral 111 que las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por dicha ley. En el caso de la ley societaria mexicana es factible entonces que las acciones sean adquiridas y poseídas tanto por personas físicas como jurídicas, existiendo únicamente la limitante de que se requiere la existencia de dos socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos (artículo 89 fracción I de la Ley General de Sociedades Mercantiles). No obstante que se denomina "sociedad anónima", la legislación societaria mexicana no permite la existencia de acciones al portador, sino que deben ser nominativas y en el propio título accionario deberá establecerse el nombre, nacionalidad y domicilio del accionista (artículo 125 fracción I de la citada ley).

Por otra parte, las acciones representativas del capital son de libre circulación salvo pacto en contrario, pues en el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración. El consejo podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado (artículo 130 de la citada ley). De lo anterior se colige que es factible la existencia en el derecho mexicano de las empresas tenedoras de acciones o de las "holdings", puesto que no existe limitante alguna para que otras empresas o personas jurídicas adquieran hasta el 99.9% de las acciones, salvo aquellos casos en que la ley de inversiones extranjeras mexicana prohíba la participación de capital extranjero como es el caso de las telecomunicaciones y en materia energética, por citar algunos ejemplos.

[297] DOF 4 de Agosto de 1934

Al no regular la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana la existencia de las "holdings", sino al permitir su existencia ante la ausencia de su prohibición, tampoco regula el alcance de la responsabilidad jurídica por hechos o actos ilícitos practicados por la "holding" o practicados por las filiales o controladas, como en cambio sí lo hacen algunas otros ordenamientos jurídicos como se citará más adelante.

6.1.1 LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD MATRIZ O CONTROLADORA EN OTRAS LATITUDES

Con los casos que en seguida se enunciarán, se podrá observar cómo en el derecho comparado existen legislaciones más avanzadas que la mexicana y que sí señalan con precisión los alcances de la responsabilidad de la sociedad controladora por actos de sus controladas.

Es el caso de la legislación italiana, en varios aspectos vanguardista de la tradición del derecho societario en donde sí se establece la responsabilidad del "holding" en su calidad de persona jurídica y no como responsabilidad en las personas físicas de los administradores, siempre y cuando sean efectivamente identificables estos hechos. (Artículo 3º de la Ley Prodi de 1978 y artículo 90 de la Ley Prodi Bis de 1999).[298]

Menciona GALGANO,[299] lo siguiente:

> *"La legislación sobre administración extraordinaria de grandes empresas, que introdujo la primera regulación sobre grupos societarios, se mantuvo dentro del modelo tradicional de responsabilidad de los administradores.- Artículo 3º de la ley Prodi de 1978 y artículo 90 de la Ley Prodi Bis de 1999- haciendo a los administradores de la sociedad controlante responsables solidarios con los administradores de la controlada. (…) El modelo de referencia del presente artículo no es la disciplina de los grupos en la Ley Prodi sino el Decreto Legislativo 8/6/2001, No. 231, que introdujo en nuestro sistema la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya peculiaridad está en el hecho de que la persona jurídica responde por el delito cometido en su interés o beneficio prescindiendo de la individualización de los autores materiales o sus mandantes. Este modelo de responsabilidad penal, sólo recientemente tomado por Europa Continental de los países del common law permite alcanzar,*

[298] Citado por GALGANO, Francesco. *Op.cit*. Pp. 132 y sigs.
[299] Ibídem. pp. 133 y 134.

más allá de la pantalla de la personalidad jurídica a quienes han proyectado el ilícito o han obtenido beneficio de él, o sea, los socios del holding, mientras que el modelo tradicional se limitaba a sancionar únicamente a los chivos expiatorios del ilícito: las personas físicas de los administradores."

"Leído en clave "neo-reduccionista", el delito de la persona jurídica es el que comenten sus miembros ***uti universi****, o sea, valiéndose de la organización del ente para obtener ventajas mediante la participación en las ganancias del ente o gracias al plus valor adquirido por su participación en él. La sanción inflingida al ente es la inflingida a sus miembros* ***uti universi****; en cuanto a titulares de derechos de participación sobre el patrimonio del ente, pues la sanción que recae sobre este patrimonio afecta* ***pro quota*** *a cada uno de sus miembros; es decir, a quienes han querido el crimen y dejado a otros su ejecución, o que, de todos modos, han obtenido beneficio de él."*

La extensión de este modelo de responsabilidad a la responsabilidad civil del ***holding*** *permite obtener análogas ventajas. El ente colectivo es, por así decirlo, sujeto excutido de la acción de responsabilidad, y son, en definitiva, sus socios los sujetos gravados, por cuanto el desembolso que debe hacer el ente colectivo al ser condenado resarcir el daño, se refleja en la esfera patrimonial y una disminución de las utilidades distribuibles; se golpea así a quienes, la mayoría de las veces, son los verdaderos artífices del ilícito del cual los administradores son meros ejecutores."*

"Debe tenerse en cuenta que la incorrecta gestión empresarial y societaria a la que se refiere el artículo que comentamos no es sólo la ***mala gestio*** *de los administradores, elevada a fuente de responsabilidad por el derecho societario, sino también, el mal gobierno del grupo por la asamblea del* ***holding****, cuyas decisiones en materias de su competencia -operaciones sobre el capital, fusiones, escisiones, etc.- pueden provocar desequilibrios injustificados entre las sociedades del grupo. No valdrá más la aseveración de que la asamblea es irresponsable: los responsables directos no son los socios, sino la persona jurídica, por mala política empresarial dirigida por su asamblea. Los socios solamente sufrirán las consecuencias indirectas de esta responsabilidad, por la repercusión den su patrimonio de la disminución patrimonial que sufrirá la sociedad."*

Por su parte bien vale la pena comentar en estas líneas el caso *Amoco Cadiz* citado por el doctrinista Peter Muchlinski, [300] resuelto por la corte norteamericana, el cual consistió en una demanda interpuesta por los franceses afectados por un derrame de petróleo en las costas del norte de Francia que tuvo lugar en año de 1978 y que fue ocasionado por el arribo a puerto de uno de los buques de la empresa Amoco Cadiz. A su vez esta empresa era parte de un grupo empresarial integrado por

[300] MUCHLINSKI, Peter. *Op.cit.* Pp. 324 y 325.

las compañía hermanas *Amoco Transport Co.* (en lo sucesivo "Transport" dedicada al sector de transportes) y *Amoco International Oil Co.* (AIOC por sus siglas en inglés) y la compañía *holding Standard Oil Co*. El juez norteamericano Mc Garr resolvió a favor de los afectados e hizo responsables tanto a la *holding* Standard Oil Co. como a sus filiales, por los daños ocasionados por el mencionado derrame de petróleo en virtud de que se comprobó que éste había sido consecuencia de una falla en el mecanismo del barco derivado de un error en el diseño de la nave, su mal mantenimiento y a la negligencia del personal que no estaba lo suficientemente capacitado para contener la fuga. Para imputar dicha responsabilidad el juez se fundó en los siguientes razonamientos:

> *"Como una empresa multinacional integrada, formada por un sistema de subsidiarias dedicadas a la explotación, producción, refinería, transporte y venta de productos derivados del petróleo a través del mundo, Standard es responsable por los actos delictivos de las subsidiarias de su total propiedad y de las empresa AIOC y Transport."*
>
> *"Standard ejerció tal control sobre sus subsidiarias AIOC y Transport que dichas empresas deberían de ser consideradas como meros instrumentos de Standard. Por lo tanto, la propia Standard estuvo desde el inicio involucrada y controló el diseño, construcción, operación y administración de Amoco Cadiz tratando a la nave como si fuera propia."*
>
> *"Por lo tanto, Standard es responsable por su propia negligencia y la negligencia de AIOC y Transport con respecto al diseño, operación, mantenimiento, reparación y capacitación del personal de Amoco Cadiz"*
>
> *"Por lo cual, Standard es responsable frente a los demandantes franceses por los daños resultantes del arribo de Amoco Cadiz"*

De esta forma el juez condenó a la matriz ya no por una obligación derivada de un contrato, sino más bien por estar involucrada en los hechos con base al grado de control que ejercía sobre sus subsidiarias, que constituían simples instrumentos de la matriz para realizar todas las labores de transporte y comercialización de productos petroleros en países extranjeros, pero siempre bajo una dirección unificada y un control integrado proveniente de la empresa *holding*.

6.1.2 IMPLICACIONES DE *MANAGEMENT* Y *MISMANAGEMENT*

Tal y como se expuso anteriormente, una empresa integrante de un grupo de empresas puede verse afectada por decisiones de la empresa controladora o "holding", a la cual algunas legislaciones o jueces le han imputado cierta responsabilidad. Pero lo que aquí se analizará es la responsabilidad derivada de las decisiones de los administradores de las empresas, sea de la "holding" o de sus filiales.

Una empresa puede verse afectada no sólo por factores externos (tales como crisis financieras, la llegada de nuevos competidores, la presencia de reglamentaciones) sino desde su interior, en sus órganos o departamentos de dirección con su adecuada o inadecuada forma de gestión empresarial ("*management*" y "*mismanagement"*). Luego entonces la administración en el seno de las empresas juega un papel importantísimo, no sólo porque le corresponde la dirección y el control de la empresa, la toma de decisiones y la conducción de los negocios, sino porque gracias a una buena gestión se pueden esquivar exitosamente obstáculos que se van presentando en el entorno externo de la empresa y muchas veces incluso puede rescatarla de una crisis económica evitando así la quiebra y en su caso su liquidación.

Un ejemplo de una adecuado manejo gerencial en un Grupo Empresarial del Occidente de la República Mexicana que supo sortear con éxito los retos impuestos por la globalización y la feroz competencia de los países asiáticos, en especial de China, es el de la empresa industrial denominada *"Ambiderm"* que fabricaba guantes quirúrgicos, preservativos y otros productos similares utilizando como materia prima el látex que importaba de Brasil. Con la incursión de fabricantes de estos mismos productos de China, de pronto el mercado nacional se vio invadido de estos productos a un precio menor inclusive al costo de la materia prima *látex*. La alta dirección de la empresa, después de estudiar el mercado y las reales posibilidades de la empresa de competir con los fabricantes chinos decidió reconvertirla y dedicarse a la comercialización de los mismos productos chinos utilizando sus propias marcas mexicanas y sus redes de distribución. Hoy la empresa es exitosa y permanece en el mercado consolidándose como líder en este ramo.

Pero a la inversa, las prácticas no deseadas o incorrectas por parte de los administradores pueden arrastrar a la empresa a la ignominia y hasta su definitiva desaparición.

Algunos escenarios de incorrecta gestión empresarial ("*mismanagement*"), son por ejemplo: la desviación de fondos de la empresa (puede ser a manera de donaciones, daciones en pago, o en el caso de grupos empresariales traslado de fondos a la matriz, a las filiales o entre empresas hermanas) con el objeto de "esconderlos" de sus acreedores, esperando o previendo la insolvencia de la empresa; operar sin fondos suficientes para hacer frente a sus obligaciones valiéndose de su "buena imagen" corporativa o de grupo en su caso; crear nuevas sociedades sin liquidar las anteriores insolventes; no llevar una contabilidad clara y adecuada, o que la altere o falsifique para ocultar su verdadera situación financiera; el financiamiento indebido con el fondo proveniente de los impuestos retenidos; dar una falsa impresión de solvencia asumiendo riesgos[301], responsabilidades y deudas, así como seguir realizando actos de comercio, a sabiendas de que es de hecho insolvente o que será incapaz de hacer frente al pago de sus obligaciones. Todos estos comportamientos indeseables de *"mismanagement"* que conllevan prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias, pueden ser incluso castigadas con penas privativas de libertad, poniendo

[301] Se puede tomar como ejemplos de empresas que asumían riesgos excesivos el de los bancos que en Estados Unidos se encargaron de financiar las hipotecas de muchísimas familias americanas que en realidad tenían pocas posibilidades de pagar (las famosas "subprime") y se encargaron -en palabras del economista Xavier Sala i Martin- de "securitizar" esas hipotecas peligrosas poniéndolas en paquetes con otras y vendiéndolas a su vez a otros bancos. Y fue así como estos activos tóxicos no solo se contagiaron a la economía real siendo uno de los factores que desencadenaría la crisis financiera en los Estados Unidos sino que ha sido una de las causas que impiden su recuperación, citando SALA I MARTIN, *"…los activos tóxicos basados en hipotecas morosas que están en manos de bancos norteamericanos impiden a éstos operar como entidades financieras normales, y eso evita que el crédito fluya hacia el resto de la economía y frena la recuperación. El problema es que los bancos adquirieron grandes cantidades de esos productos financieros a un precio elevado, pero dada la anormalmente alta tasa de morosidad, se han devaluado y nadie los quiere comprar si no es a precio de saldo. La solución pasa por que esos activos tóxicos desaparezcan de los balances de los bancos pero los bancos se han negado a vender a precio de saldo por dos razones. Primera, porque pensaban que si vendían, incurrirían en unas pérdidas tan grandes que representarían su quiebra. Segunda… porque los banqueros, que son gente muy lista, tenían la esperanza de que el gobierno acabaría comprándolos a un precio cercano al original."* Esto demuestra que un error en las políticas de gestión de riesgos en el seno de las empresas pueden tener consecuencias catastróficas no sólo para la salvaguarda del comerciante o de sus acreedores, sino de la sociedad en general y de la economía nacional e incluso internacional.- SALA I MARTIN, Xavier.- *Crisis financiera (11): Peligroso Regalo*.- La Vanguardia.- 17 de abril de 2009.-pp.17.

como ejemplos los casos de las infracciones previstas en el Código Fiscal de la Federación[302] cuando se presenta el supuesto de la financiación de la empresa con fondos de los impuestos retenidos y para la Ley Concursal mexicana en caso[303] en el caso de no llevar una correcta contabilidad, o falsificar o destruir u ocultar los registros contables.

Para el caso del derecho concursal mexicano (al cual se presta especial interés en virtud que será materia de estudio en posteriores capítulos), cabe hacer notar, que cuando el comerciante sea una persona moral (jurídica) sus administradores o funcionarios pueden ser sujetos de responsabilidad penal por sus actos u omisiones, cuando participen o ejecuten algunas de las conductas delictivas relacionadas con el concurso mercantil. Por ejemplo, en el procedimiento concursal, se establece como delito en el artículo 271 que se sancionará con pena privativa de libertad al comerciante declarado, por sentencia firme, en concurso mercantil, por cualquier acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, estableciendo como un supuesto de ley que el llevar la contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera; o la altere, falsifique o destruya, causa o agrava dolosamente el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones. Otro delito tipificado por la legislación concursal mexicana es el establecido en el numeral 272, que también prevé sanción de pena privativa de libertad cuando el comerciante no ponga a disposición del juez la información contable dentro del plazo concedido por éste último. La propia ley en su artículo 273 señala a los miembros del Consejo de administración, administradores, directores, gerentes o liquidadores, como personas quienes actuando en nombre del

[302] Capítulo II, Título IV, *"DE LAS INFRACCIONES Y DELITOS FISCALES"* Código Fiscal de la Federación.- Diario Oficial de la Federación (DOF). 31 de diciembre de 1981 y sus reformas.

[303] Título Segundo del Libro I del vigente Código de Comercio mexicano señala que todos los comerciantes, por el hecho de serlo, están obligados a mantener un sistema de contabilidad adecuado, que podrá llevarse mediante los instrumentos, recursos y sistemas de registro y procesamiento que mejor se acomoden a las características particulares del negocio, debiendo satisfacer los requisitos mínimos que señala la propia ley en comento. Artículos 33 a 46 del Código de Comercio. (DOF de 7 de Octubre de 1889). No llevar la contabilidad de manera adecuada conforme a los requisitos del Código de Comercio, de tal suerte que no se pueda conocer la verdadera situación del comerciante y las causas que lo llevaron al estado de insolvencia, o altere, falsifique o destruya dicha contabilidad, tipifica un delito que será sancionado con pena de uno a nueve años de prisión en los términos del numeral 271 de la ley concursal. (Ley de Concursos Mercantiles DOF de 12 de Mayo de 2000).

comerciante, se les puede hacer extensiva la responsabilidad penal pudiendo ser sujetos activos del delito.

> *Artículo 273.- Cuando el Comerciante sea una persona moral, la responsabilidad penal recaerá sobre los miembros del consejo de administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores de la misma que sean autores o partícipes del delito.*

Por todo lo anterior, se considera que los directores o administradores que pretendan realizar una correcta gestión empresarial o "*management*" deben de identificar con toda anticipación y honradez los "focos rojos" que le indican cuándo la compañía que administra se encuentra en estado de insolvencia.

Es concluyente que así como sucede entre las empresas hermanas y su matriz que integran un grupo, igual importancia reviste el que los directores o administradores de dichas empresas las conduzcan en una sana dirección que garanticen su éxito en el ambiente en que se desarrollen y de manera profesional eviten a toda costa el fracaso de sus empresas, evitando con ello la afectación de intereses de terceros.

VI.2 RESPONSABILIDAD DE LA "HOLDING" EN MATERIA FISCAL

La legislación fiscal establece una responsabilidad solidaria de la persona o personas, cualquiera que sea el nombre con que se les designe, que tengan conferida la dirección general, la gerencia general o la administración única de las personas morales, por las contribuciones causadas o no retenidas por dichas personas morales (jurídicas) durante su gestión, así como por las que debieron pagarse o enterarse durante la misma, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la persona moral que dirigen, cuando dicha persona moral incurra en cualquiera de los siguientes supuestos[304]:

> *"a) No solicite su inscripción en el registro federal de contribuyentes.*

[304] Artículo 26 fracción III, 3er párrafo, del Código Fiscal de la Federación. DOF de 31 de Diciembre de 1981

b) Cambie su domicilio sin presentar el aviso correspondiente en los términos del Reglamento de este Código, siempre que dicho cambio se efectúe después de que se le hubiera notificado el inicio del ejercicio de las facultades de comprobación previstas en este Código y antes de que se haya notificado la resolución que se dicte con motivo de dicho ejercicio, o cuando el cambio se realice después de que se le hubiera notificado un crédito fiscal y antes de que éste se haya cubierto o hubiera quedado sin efectos.

c) No lleve contabilidad, la oculte o la destruya.

d) Desocupe el local donde tenga su domicilio fiscal, sin presentar el aviso de cambio de domicilio en los términos del Reglamento de este Código."

Esto es, cuando la "holding" tenga conferida la dirección o la administración de sus controladas será responsable solidaria por las contribuciones causadas en los términos anteriores, responsabilidad que si bien la Ley fiscal le denomina "solidaria", en realidad es subsidiaria, toda vez que queda limitada como ya se ha observado, a la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la persona moral que dirige, cuando se dan los supuestos enunciados en líneas anteriores.

De igual manera las tenedoras de acciones son responsables solidariamente con sus filiales cuando adquieren estas negociaciones, respecto de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas en la negociación, cuando pertenecía a otra persona, sin que la responsabilidad exceda del valor de la negociación (fracción IV del artículo 26 del Código Fiscal de la Federación). También se da el caso de la responsabilidad solidaria de las *holdings* cuando representan a personas no residentes en el país (filiales extranjeras) con cuya intervención efectúen actividades por las que deban pagarse contribuciones hasta por el monto de dichas contribuciones (fracción V del precitado artículo 26 del CFF). Otra responsabilidad fiscal importante nace de lo preceptuado de la fracción X del multicitado artículo 26 del CFF cuando siendo socio, socia o accionista, o habiéndolo sido, existan

contribuciones que se hubieren causado cuando tenían tal calidad, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la controlada, siempre que se den los supuestos a que se refieren los incisos a), b) y c) que ya se mencionaron en líneas anteriores, sin que la responsabilidad exceda de la participación que tenían en el capital social de la sociedad controlada durante el periodo o a la fecha de que se trate.

Por su parte la Ley del Impuesto Sobre la Renta, define para los efectos de dicha ley que se considerarán sociedades controladoras las que reúnan los requisitos siguientes:[305]

> *"I. Que se trate de una sociedad residente en México.*
>
> *II. Que sean propietarias de más del 50% 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.*
>
> *III. Que en ningún caso más del 50% de sus acciones con derecho a voto sean 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. Para estos efectos, no se computarán las acciones que se coloquen entre el gran público inversionista, de conformidad con las reglas que al efecto dicte el Servicio de Administración Tributaria.*
>
> *La sociedad controladora que opte por considerar su resultado fiscal consolidado, deberá determinarlo conforme a lo previsto en el artículo 68 de esta Ley. Al resultado fiscal consolidado se le aplicará la tasa establecida en el artículo 10 de esta Ley, en su caso, para obtener el impuesto a pagar por la sociedad controladora en el ejercicio.*
>
> *Una vez ejercida la opción de consolidación, la sociedad controladora deberá continuar pagando su impuesto sobre el resultado fiscal consolidado por un periodo no menor de cinco ejercicios contados a partir de aquél en el que se empezó a ejercer la opción citada, y hasta en tanto no presente ante el Servicio de Administración Tributaria aviso para dejar de consolidar, o bien, cuando la sociedad controladora deje de cumplir alguno de los requisitos establecidos en este Capítulo, o deba desconsolidar en los términos de los artículos 70, cuarto párrafo, o 71, octavo, décimo quinto y décimo sexto*

[305] Artículo 64 de la Ley Sobre el Impuesto Sobre la Renta. DOF del 1º de Enero de 2002

párrafos, de esta Ley. El plazo anterior no se reinicia con motivo de una reestructuración corporativa."

Dicha ley establece en su numeral 65 que la sociedad controladora podrá determinar su resultado fiscal consolidado, siempre que cumpla con las demás sociedades controladas con los requisitos que marca la propia ley como son, entre otros, el contar con la conformidad escrita del representante legal de cada una de las controladas y obtener autorización del Servicio de Administración Tributaria (SAT). Manifestar la controladora todas las sociedades que tenga en carácter de controladas; dictaminar sus estados financieros por contador público durante los ejercicios fiscales que opten por el régimen de consolidación.

Así entonces la Ley Fiscal identifica claramente a las empresas controladoras, siendo aquéllas que residen en México, que son propietarias del más del 50% de las acciones con derecho a voto de otra u otras controladas, inclusive en caso de control indirecto (a través de otra controlada); y que en ningún caso más del 50% de sus acciones con derecho a voto sean 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. Para estos efectos no se computan las acciones que se colocan entre gran público inversionista (como las de Teléfonos de México, Sociedad Anónima Bursátil "SAB").

De tal suerte que la ley fiscal mexicana sólo reconoce la existencia de las "holdings" por el control que ejerce sobre sus controladas mediante la tenencia accionaria y lo que pretende evitar es la evasión fiscal originando pérdidas en algunas empresas del grupo para no pagar el Impuesto Sobre la Renta y desviando las utilidades hacia otras empresas del grupo que al tener pérdidas en ejercicios fiscales anteriores amortizan las mismas y tampoco pagan el Impuesto Sobre la Renta.

Al consolidar su resultado fiscal la controladora y las controladas, entonces tributan como una unidad, como grupo en conjunto, lo que hace a la "holding" responsable solidaria en su carácter de contribuyente de las obligaciones fiscales derivadas de las operaciones de sus controladas como grupo o unidad económica.

VI.3 CONCEPTO DE "PARTES RELACIONADAS"

Otra forma de regular el tratamiento fiscal de empresas relacionadas entre sí de una manera diferente a la simple mayoría de la tenencia accionaria, es el concepto de "partes relacionadas". La Ley del Impuesto Sobre la Renta considera que dos o más personas son partes relacionadas, cuando una participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra, o cuando una persona o grupo de personas participe, directa o indirectamente, en la administración, control o en el capital de dichas personas, o cuando exista vinculación entre ellas de acuerdo con la legislación aduanera. (Artículo 106 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, "LISR").

Así entonces, aquellos contribuyentes que sean personas jurídicas, además de las obligaciones fiscales establecidas en la LISR, se les impone la obligación de presentar, conjuntamente con la declaración del ejercicio fiscal, la información de las operaciones que realicen con partes relacionadas residentes en el extranjero, efectuadas durante el año de calendario inmediato anterior. (Artículo 86 fracc. XIII de la LISR).

Especial importancia en materia tributaria adquieren estas regulaciones, porque se trata de evitar que se transfieran las utilidades a una empresa "holding", como ubicada en el extranjero, principalmente en lo que se denominan "paraísos fiscales" o "territorios de baja imposición fiscal" o bien a una "holding" que pudiera amortizar pérdidas fiscales anteriores suyas o de alguna otra controlada, evitando con ello el pago de impuestos y dejando en consecuencia a la controlada con ingresos suficientes para subsistir, pero sin utilidades para que tampoco paguen impuestos. Esto es, se pretende evitar para efectos fiscales que las empresas controladas funcionen con ingresos indispensables para su operación y que las utilidades se transfieran a otras entidades.

La regulación fiscal en comento, establece que tratándose de personas morales que celebren operaciones con partes relacionadas, éstas deberán determinar sus ingresos acumulables y sus deducciones autorizadas, considerando para esas operaciones los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado con o

entre partes independientes en operaciones comparables (artículo 86 fracción XV y 106 de la LISR).

En el caso contrario, las autoridades fiscales podrán determinar los ingresos acumulables y las deducciones autorizadas de los contribuyentes, mediante la determinación del precio o monto de la contraprestación en operaciones celebradas entre partes relacionadas, considerando, para esas operaciones, los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables, mediante la aplicación de los métodos previstos en la propia ley, ya sean éstas con personas jurídicas residentes en el país o en el extranjero.

Por su parte, también la Ley Aduanera[306], para determinar la base gravable del impuesto general de importación y cuál es el valor en aduana de las mercancías, en sus artículos 67 y 68, también regula que estos valores no se encuentren influenciados por que se trate de partes relacionadas, considerando que existe vinculación entre personas para los efectos de esta ley, en los siguientes casos:

> *"Artículo 68.- (…) I. Si una de ellas ocupa cargos de dirección o responsabilidad en una empresa de la otra.*
>
> *II. Si están legalmente reconocidas como asociadas en negocios.*
>
> *III. Si tienen una relación de patrón y trabajador.*
>
> *IV. Si una persona tiene directa o indirectamente la propiedad, el control o la posesión del 5% o más de las acciones, partes sociales, aportaciones o títulos en circulación y con derecho a voto en ambas.*
>
> *V. Si una de ellas controla directa o indirectamente a la otra.*
>
> *VI. Si ambas personas están controladas directa o indirectamente por una tercera persona.*
>
> *VII. Si juntas controlan directa o indirectamente a una tercera persona.*
>
> *VIll. Si son de la misma familia."*

La vinculación referida no debe influir en el precio. En una venta entre personas vinculadas, la autoridad aduanera examinará las circunstancias de la venta y aceptará el valor de la transacción cuando la vinculación no haya influido en el precio, siempre y

[306] DOF del 15 de Diciembre de 1995.

cuando se demuestre que el precio se ajustó conforme a las prácticas normales de fijación de precios seguidos por la rama de producción de que se trate o con la manera en que el vendedor ajusta los precios de venta a compradores no vinculados con él.

También se debe demostrar que con el precio se alcanzan a recuperar todos los costos y se logra un beneficio congruente con los beneficios globales obtenidos por la empresa en un periodo representativo en las ventas de mercancías de la misma especie o clase. (Artículo 69 de dicha Ley Aduanera).

VI.4 RESPONSABILIDAD DE LA "HOLDING" EN MATERIA MERCANTIL

Partiendo del principio ya comentado de que la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana no reconoce y por tanto no regula la existencia y el alcance de las obligaciones de las "holding", se debe entonces concluir que respecto de obligaciones mercantiles en general, responderá la controladora de obligaciones mercantiles contraídas por la o las controladas en aquellos casos en que por disposición expresa de la ley las controladas realicen actos mercantiles en su carácter de "dependientes" que son aquellos que la ley reputa como los que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste (artículo 309 del Código de Comercio de 1889)

Esto es, cuando las controladas realicen compras o ventas o cualesquier gestión propias del tráfico comercial en nombre y por cuenta de la "holding", entonces la ley le reputa el carácter de "dependientes" y por tanto existe la responsabilidad solidaria de la "holding" de responder por los actos de su controlada.

Tan es cierto lo anterior, que en aquéllos casos en que por convenio, contrato o por disposición expresa de la ley, la "holding" quede obligada solidaria o subsidiariamente con su controlada, el propio Código de Comercio referido prevé, cuando regula las providencias precautorias, que pueden dictarse ante el temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda; cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real o cuando la acción sea personal (siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que

los oculte o enajene), prevé que estas disposiciones comprenden no solo al deudor (en este caso la controlada), sino también a los socios (en este caso la "holding"). Artículo 1168 del Código de Comercio.

VI.5 LA RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLADORA TRATÁNDOSE DE GRUPOS FINANCIEROS

La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras[307] tiene por objeto regular las bases de organización y funcionamiento de los grupos financieros en México; 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. (Artículo 1º).

Los grupos financieros estarán integrados por una controladora y por algunas de las diferentes entidades financieras que componen el Sistema Financiero Nacional como Instituciones de Banca Múltiple, Sociedades operadoras de Sociedades de Inversión, Administradoras de Fondos para el Retiro, Casas de Cambio, Instituciones de Fianzas, Instituciones de Seguros, etc.

En esta legislación se regula con mayor precisión que en cualesquier otra en México las obligaciones de la controladora, siempre con el interés superior de proteger los bienes del grupo en beneficio del público. Así, el artículo 28 de la ley establece:

> *"Artículo 28.- La controladora y cada una de las entidades financieras integrantes de un grupo suscribirán un convenio conforme al cual:*
>
> *I.- La controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades financieras 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 entidades con anterioridad a su integración al grupo, y*
>
> *II. La controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades. En el evento de que el patrimonio de la controladora no fuere suficiente para hacer efectivas las responsabilidades que, respecto de las entidades financieras integrantes del grupo se presenten de manera*

[307] DOF del 18 de Julio de 1990.

simultánea, dichas responsabilidades se cubrirán, en primer término, respecto de la institución de crédito que, en su caso, pertenezca a dicho grupo y, posteriormente, a prorrata respecto de las demás entidades integrantes del grupo hasta agotar el patrimonio de la controladora.

Al efecto, se considerará la relación que exista entre los porcentajes que representan, en el capital de la controladora, su participación en el capital de las entidades de que se trate.

Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entenderá que una entidad financiera perteneciente a un grupo financiero tiene pérdidas, cuando los activos de la entidad no sean suficientes para cubrir sus obligaciones de pago.

Las referidas responsabilidades estarán previstas expresamente en los estatutos de la controladora.

En el convenio citado también deberá señalarse expresamente que cada una de las entidades financieras del grupo no responderá por las pérdidas de la controladora, ni por las de los demás participantes del grupo."

Así entonces, como consecuencia de la crisis financiera que afectó a este país a partir del llamado "error de diciembre", que trajo como consecuencia la devaluación del peso mexicano frente a la divisa estadounidense el 19 de diciembre de 1994 y que originó la quiebra de una gran cantidad de instituciones financieras del país obligando al gobierno federal a intervenir para garantizar los ahorros del público, estatizando la banca que a la postre volvió a ser vendida a particulares, trajo como consecuencia la necesidad imperiosa de regular la actuación y sobre todo la responsabilidad frente a las autoridades competentes y en aras de la protección de los intereses del público ahorrador, de regular la responsabilidad de los grupos financieros que actúan en el país, principalmente de sus controladoras.

Aunque se separen las entidades financieras que formen parte de un grupo, subsistirán las responsabilidades de la controladora en tanto no queden totalmente cumplidas todas las obligaciones contraídas por las controladas o queden cubiertas las pérdidas de las mismas, y dicha controladora sólo podrá disolverse hasta que cumpla todas las obligaciones contraídas por sus controladas con anterioridad a la disolución del grupo o hasta que cubra sus pérdidas.

Así entonces, por disposición expresa de la ley en comento, la controladora y cada una de sus controladas que componen el grupo financiero deben suscribir un

convenio conforme al cual, la controladora responderá *subsidiaria* e *ilimitadamente* del cumplimiento de las obligaciones a cargo de sus controladas y dicha controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades. Se entenderá que una entidad financiera perteneciente a un grupo financiero tiene pérdidas, cuando sus activos no sean suficientes para cubrir sus obligaciones de pago.

En el convenio referido deberá señalarse expresamente que cada una de las entidades controladas no responderá por las pérdidas de la controladora, ni por las de los demás participantes del grupo. (Artículo 28 de la Ley).

En capítulo posterior se analizarán con mayor detenimiento el funcionamiento de los grupos financieros y su regulación jurídica con más detalle.

VI.6 RESPONSABILIDAD DE LA "HOLDING" EN MATERIA CONCURSAL

La Ley de Concursos Mercantiles[308] mexicana establece en su artículo 4to que para efectos de esta ley se entiende como "comerciante" a la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio (lo que ya se analizó en capítulos anteriores). Este concepto comprende al patrimonio fideicomitido cuando se afecta a la realización de actividades empresariales (que también ya se ha analizado en capítulos anteriores). Igualmente, comprende a las sociedades mercantiles controladoras y controladas a que se refiere el numeral 15 de esta ley, mismo que define como controladoras a las que reúnan los siguientes requisitos:

> *"I. Que se trate de una sociedad residente en México;*
>
> *II. 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 controladora, y*
>
> *III. Que en ningún caso más de cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades.*
>
> *No se considerarán acciones con derecho a voto, aquéllas que lo tengan limitado y las que en los términos de la legislación mercantil se denominen acciones de goce.*

[308] DOF de 12 de Mayo de 2000.

Tratándose de sociedades que no sean por acciones se considerará el valor de las partes sociales.

Se considerarán 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. Para ello la tenencia indirecta a que se refiere este párrafo será aquélla que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora."

Como una novedad, dado que la abrogada Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos de 1943, no establecía el concurso de controladoras y controladas, parece incompleta la regulación jurídica que hace la ley concursal mexicana acerca de los concursos acumulados de los procedimientos concursales de las sociedades controladoras y sus controladas, toda vez que la ley es omisa al establecer cuales son los efectos y consecuencias jurídicas de acumular, aunque se lleven por cuerda separada, los procedimientos de concurso de las controladoras y sus controladas. Esto es, dándose el supuesto legal del incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de la controladora y de su o sus controladas, en los términos del artículo 9º de la ley concursal[309] se considera que debiera establecerse en dicha ley el grado de

[309]*"Artículo 9o.- Será declarado en concurso mercantil, el Comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones.*
Se entenderá que un Comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones cuando:
I. El Comerciante solicite su declaración en concurso mercantil y se ubique en alguno de los supuestos consignados en las fracciones I o II del artículo siguiente, o
II. Cualquier acreedor o el Ministerio Público hubiesen demandado la declaración de concurso mercantil del Comerciante y éste se ubique en los dos supuestos consignados en las fracciones I y II del artículo siguiente.
Artículo 10.- Para los efectos de esta Ley, el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de un Comerciante a que se refiere el artículo anterior, consiste en el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y se presenten las siguientes condiciones:
I. Que de aquellas obligaciones vencidas a las que se refiere el párrafo anterior, las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido representen el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a cargo del Comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso, y
II. El Comerciante no tenga activos enunciados en el párrafo siguiente, para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la demanda o solicitud.
Los activos que se deberán considerar para los efectos de lo establecido en la fracción II de este artículo serán:
a) El efectivo en caja y los depósitos a la vista;
b) Los depósitos e inversiones a plazo cuyo vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de presentación de la demanda o solicitud;

responsabilidad de la controladora frente a sus controladas y viceversa. Salvo el hecho evidente de que el legislador trató de evitar el dictado de sentencias contradictorias si se llevasen ambos procedimientos concursales (el de la controladora y el de la controlada) en juicios por separado, no se observa en la ley ninguna otra consecuencia para que se acumulen estos procedimientos aunque se lleven por cuerda separada.

En el supuesto de que la "*holding*" solo tenga el carácter de sociedad controladora por la tenencia accionaria mayoritaria al 50% de las acciones con derecho a voto, bien sea por medio de control directo o indirecto y dicha tenedora no se hubiese obligado solidariamente ni cambiariamente, ni hubiese otorgado garantías ni respondido a favor de la controlada insolvente, no deberá tramitarse el concurso de la controladora cuando su controlada solicite o le demanden la declaración del concurso. Salvo los casos expresamente establecidos en la Ley Federal para Agrupaciones Financieras ya comentada, y en el caso de obligaciones solidarias en materia fiscal como ya se señaló en líneas anteriores, en ninguna otra legislación mexicana se establece la responsabilidad ilimitada solidaria o subsidiaria de la controladora y sus controladas o viceversa, razón por la cual se insiste, sólo podrán tramitarse conjuntamente los concursos de la controladora y su controlada cuando ambas se encuentren en los supuestos legales del incumplimiento generalizado de sus obligaciones.

Caso muy diferente es el ya mencionado caso en que la "holding" actúe como "factor" y la controlada como su "dependiente" o cuando quede acreditado con elementos objetivos que en realidad la controladora se aprovechó o resultó beneficiada con las operaciones comerciales de la controlada o que de alguna manera por directrices dictadas por la "holding" se originó la insolvencia de la controlada beneficiando a otras empresas del grupo o a la propia controladora, casos en los cuales

---

c) Clientes y cuentas por cobrar cuyo plazo de vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de presentación de la demanda o solicitud, y

d) Los títulos valores para los cuales se registren regularmente operaciones de compra y venta en los mercados relevantes, que pudieran ser vendidos en un plazo máximo de treinta días hábiles bancarios, cuya valuación a la fecha de la presentación de la demanda o solicitud sea conocida.

El dictamen del visitador y las opiniones de expertos que en su caso ofrezcan las partes, deberán referirse expresamente a los supuestos establecidos en las fracciones anteriores."Ley de Concursos Mercantiles. DOF de 12 de Mayo de 2000.

sí debiera llamarse y tramitarse el concurso acumulado de la controladora y sus controladas, lo cual se tratará con mayor profundidad más adelante.

También es pertinente aquí dejar asentado que otra forma de regular la eficacia o sancionar de ineficaces los actos jurídicos efectuados por los comerciantes en perjuicio de los acreedores y en beneficio de otros de su mismo grupo empresarial, lo es la regulación que hace la ley concursal respecto de los actos considerados en fraude de acreedores. En efecto, el Capítulo VI del Título III de la Ley Concursal establece el denominado "periodo sospechoso", para lo cual prevé que para efectos de analizar los actos que se presumen cometidos en fraude de acreedores se señala una fecha de retroacción del día doscientos setenta natural inmediato anterior a la fecha de la sentencia que declare el concurso mercantil, misma que podrá ampliarse retroactivamente una vez acreditada la necesidad de la medida ante el juez del concurso.

Esta institución jurídica recoge la conocida en el derecho romano *"acción pauliana"* que reputa como actos en fraude de acreedores los cometidos por el comerciante antes de ser declarado en concurso mercantil, defraudando a sabiendas a los acreedores y beneficiando a un tercero que tenía conocimiento de este fraude, conocimiento éste último que no será necesario en los actos de carácter gratuito, como cuando el comerciante dona a terceros para quedarse insolvente en perjuicio de sus acreedores.

Así entonces, también esta legislación regula los efectos de actos celebrados entre partes relacionadas y menciona como tales a las siguientes en sus artículos 116 y 117 que a la letra dicen:

> *"Artículo 116.- En el evento de que el Comerciante sea una persona física se presumen actos en fraude de acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe, las operaciones en contra de la Masa realizadas con las personas siguientes:*
>
> *I. Su cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil, o*

II. Sociedades mercantiles, en las que las personas a que se refiere la fracción anterior o el propio Comerciante sean administradores o formen parte del consejo de administración, o bien conjunta o separadamente representen, directa o indirectamente, al menos el cincuenta y uno por ciento del capital suscrito y pagado, tengan poder decisorio en sus asambleas de accionistas, estén en posibilidades de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales de dichas sociedades.

Artículo 117.- En caso de Comerciantes que sean personas morales se presumen actos en fraude de acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe, las operaciones en contra de la Masa realizadas con las personas siguientes:

I. Su administrador o miembros de su consejo de administración, o bien con el cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil de las personas antes mencionadas;

II. Aquellas personas físicas que conjunta o separadamente representen, directa o indirectamente, al menos el cincuenta y uno por ciento del capital suscrito y pagado del Comerciante sujeto a concurso mercantil, tengan poder decisorio en sus asambleas de accionistas, estén en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales del Comerciante sujeto a concurso;

III. Aquellas personas morales en las que exista coincidencia de los administradores, miembros del consejo de administración o principales directivos con las del Comerciante sujeto a concurso mercantil, y

IV. Aquellas personas morales controladas por el Comerciante, que ejerzan control sobre este último, o bien que sean controladas por la misma sociedad que controla al Comerciante."

Cuando se resuelva la devolución a la Masa de algún objeto o cantidad, deberán devolverse también sus productos líquidos o intereses correspondientes al tiempo en que se disfrutó de la cosa o dinero (Artículo 119).

VI.7 RESPONSABILIDAD EN MATERIA PENAL DE LAS EMPRESAS INTEGRANTES DE UN GRUPO

En México la responsabilidad penal por delitos cometidos recae exclusivamente en las personas físicas. Aún no se legisla en este país la responsabilidad criminal de

personas jurídicas y en consecuencia la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados en la ley (artículo 10 del Código Penal Federal[310]).

Sin embargo existe un dispositivo legal en esta materia que bien vale la pena comentar. El artículo 11 del Código Penal Federal establece:

> *"Artículo 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública."*

De lo anterior se colige que cuando el comportamiento del representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, siempre justificando y motivando que esta medida es necesaria para la seguridad pública.

En el caso que materia de este estudio, si una entidad a través de sus miembros o representantes comete algún ilícito tipificado por las leyes penales como delito, y se beneficia la "holding" o cualquiera de sus controladas y ese comportamiento atenta contra la seguridad pública, aunque no exista condena de reparación del daño patrimonial, el juez tendrá facultades para pedir la suspensión de las actividades de la agrupación o su disolución.

En el caso de responsabilidad penal por delitos cometidos por comerciantes personas jurídicas, la responsabilidad penal igualmente recaerá sobre los miembros de consejo de administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores de la misma, que sean autores o participen en el delito a cargo de la persona jurídica declarada en concurso o en quiebra (artículo 273 de la Ley de Concursos Mercantiles).

[310] DOF de 14 de Agosto de 1931 y sus reformas.

En los casos de comisión de delitos cometidos por los socios o gerentes directores de sociedades o agrupaciones, estas últimas están obligadas a reparar el daño consistente en la sanción pecuniaria que comprendan la multa y la reparación del daño causado. (Artículos 29 y artículo 32 fracción V, del Código Penal Federal).

VI.8 LOS GRUPOS EMPRESARIALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

La Ley Federal de Competencia Económica[311] tiene como principal objetivo el prevenir y sancionar en su caso, los actos o prácticas prohibidas por la propia ley que tengan por objeto inhibir la libre competencia de las empresas en un mercado relevante y establece un procedimiento de investigación de prácticas monopólicas aún cuando las conductas atribuidas a una empresa fueron desplegadas por lo que denomina "Grupo de Interés Económico" al que dicha empresa pertenece.

El órgano gubernamental encargado de dicho procedimiento de investigación de prácticas monopólicas es la Comisión Federal de Competencia (CFC) que debe vincular tanto al agente investigado como a la integración vertical o de cualquier otra naturaleza, como opere el aludido grupo.

Cuando se denuncia a una empresa por la realización de prácticas monopólicas y se le atribuye su calidad de parte integrante de un grupo empresarial o grupo de interés económico, corresponde a la empresa que se pretende sancionar demostrar que no forma parte del grupo de interés económico al que se atribuye la instrumentación y coordinación de las conductas consideradas prácticas monopólicas.

En muchas ocasiones no es sencillo para la CFC acreditar hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como "la mejor información disponible", respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas por lo que la *prueba indirecta* es idónea para acreditar estos hechos. A efecto de hacer responsable a la totalidad de las empresas integrantes de un grupo empresarial o grupo de interés económico por su responsabilidad en la realización de actos desleales que tipifican ilícitos sancionados por la ley de la materia,

[311] DOF de 24 de diciembre de 1992.

es esencial perfeccionar la técnica del "levantamiento del velo" de la persona jurídica o "velo corporativo" y que la autoridad competente justifique su aplicación en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas.

El alto Tribunal de Justicia de la Nación, a través del Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito, con sede en el D.F., México, conoció de la controversia planteada por empresas del llamado "Sistema Coca-Cola" que fueron sancionadas por la CFC por la realización de prácticas monopólicas en perjuicio de una empresa dedicada también a la elaboración y comercialización de bebidas gaseosas de cola y que sufría las consecuencias de la restricción indebida de su participación en el mercado al no poder desplazar sus productos toda vez que los diversos establecimientos (abarroteras, tiendas de barrio, tiendas de autoservicios, restaurantes, bares, casinos, centros de espectáculos, etc.) que integran los naturales canales de distribución de su producto, se negaban a venderlos ante el temor de amenazas y represalias de sanciones económicas y aplicación de penas contractuales impuestas por el poderío económico del "Sistema Coca-Cola".[312]

La defensa de las empresas sancionadas por la CFC consistió básicamente en que eran empresas independientes, personas jurídicas con personalidad jurídica propia, y que en nada debía afectarles los actos imputados a su matriz ("holding") o a otras empresas, que si bien eran parte del grupo empresarial, actuaban por su cuenta y riesgo en diversas labores de publicidad, marketing, promociones, distribución, transportación, etc. de los productos del "Grupo Coca-Cola".

Es importante para la jurisprudencia mexicana el que el H. Tribunal Colegiado precitado haya resuelto la procedencia de la aplicación de las sanciones impuestas por la CFC, utilizando básicamente el argumento toral de que todos los componentes del grupo empresarial denunciado y sancionado habían actuado de manera coordinada y sistemática con el propósito de sacar del mercado a la competencia que representaba la empresa denunciante y que este era un caso típico en donde era menester levantar

[312] Todos estos conceptos fueron analizados y resueltos en el Amparo en Revisión 479/2006, promovido por la empresa "Yoli de Acapulco, S.A. de C.V." como parte integrante del denominado "Sistema Coca-Cola" y que resolvió el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.- Registro número 21150.- Novena Época.- Tribunales Colegiados de Circuito.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo XXVIII, Octubre de 2008.- Pág. 2050.

el velo corporativo y asumir la plena convicción de encontrarse ante la presencia de un grupo de interés económico, al que denominó "Sistema Coca-Cola" y que por tanto todas las empresas componentes del grupo empresarial denunciado eran responsables de la sistemática actuación del grupo como tal en la realización de estas prácticas monopólicas.

Esta resolución judicial constituye una importante tesis jurisprudencial al haber sido confirmada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión del 24 de Octubre de 2007[313], por lo que al haber sido resuelto este caso en definitiva constituye un precedente importantísimo en la materia del tratamiento de los grupos empresariales.

En resumen, el más alto Tribunal de Justicia de la Nación en México, desarrolla y aplica la teoría del "levantamiento del velo corporativo" y reconoce la existencia y la actuación de los grupos empresariales que a veces de manera formal y a veces de manera velada funcionan cómo "grupos de interés económico" y que por tanto deben sufrir las consecuencias de la actuación de algunos de sus miembros cuando todo el grupo resulta beneficiado.

[313] Amparo en revisión 169/2007.

CAPÍTULO VII

ACERCAMIENTO AL ESTUDIO DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES A LA LUZ DEL DERECHO MEXICANO.

Como se ha estudiado en capítulos anteriores, es muy escasa e insuficiente la forma cómo el derecho positivo mexicano regula a los Grupos Empresariales. Las legislaciones que más han intentado regularlos lo han hecho para efectos específicos en la materia financiera, fiscal y de competencia económica.

La ley concursal mexicana al regular la tramitación acumulada -aunque por cuerda separada- de los concursos mercantiles de las controladoras y sus controladas, cuando ambas se encuentren bajo los supuestos legales de insolvencia, no se considera de ninguna manera que esta legislación regule en nada la insolvencia de los Grupos Empresariales, ni cuáles serían sus efectos entre los miembros componentes del grupo.

VII.1 EL TRATAMIENTO DE LOS GRUPOS FINANCIEROS

Para regular las bases de organización y funcionamiento de los grupos financieros en México, 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, se expidió el Decreto Presidencial publicando por disposición del Legislativo Federal, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, que aparece en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de Julio de 2006 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación.

En esta regulación jurídica se establece que se requiere autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) para la constitución y funcionamiento de grupos financieros, las que serán otorgadas o denegadas discrecionalmente por dicha autoridad, oyendo la opinión del Banco de México y, según corresponda, en virtud de los integrantes del grupo que pretenda constituirse, también se oirá a las Comisiones Nacionales Bancaria, de Valores y de Seguros y Fianzas. (Artículo 6º).

Estos grupos financieros estarán integrados por una sociedad controladora y por algunas de las entidades financieras siguientes:

- Almacenes generales de depósito;
- Casas de cambio;
- 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 (SOFOM).

El grupo financiero podrá formarse con cuando menos dos de las entidades financieras antes señaladas, que podrán ser del mismo tipo. Como excepción, un grupo financiero no podrá formarse sólo con dos Sociedades Financieras de Objeto Múltiple.

La SHCP mediante disposiciones de carácter general podrá autorizar que otras sociedades puedan formar parte de estos grupos. (Artículo 7º de la ley en cuestión).

La ley en comento en su artículo 8vo establece que las entidades financieras que formen parte de un grupo de los previstos en la ley podrán:

> *"I.- Actuar de manera conjunta frente al público, ofrecer servicios complementarios y ostentarse como integrantes del grupo de que se trate;*
>
> *II.- 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 Financieras y la denominación del mismo, y*
>
> *III.- De conformidad con las reglas generales que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, llevar a cabo operaciones de las que le son propias a través de oficinas y sucursales de atención al público de otras entidades financieras integrantes del grupo, excepto la captación de recursos del público a través de depósitos de dinero.*

En ningún caso podrán realizarse operaciones propias de las entidades financieras integrantes del grupo a través de las oficinas de la controladora."

La incorporación de una nueva sociedad a un grupo ya constituido, la fusión de dos o más grupos, así como la fusión de dos o más entidades participantes en un mismo grupo, o de una entidad financiera con cualquier sociedad, la separación de alguno o algunos de los integrantes de un grupo, así como la disolución de un grupo, requerirá autorización de la SHCP, oyendo la opinión del Banco de México y según corresponda, de las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas, o del Sistema de Ahorro para el Retiro.

La propia SHCP al autorizar la incorporación o la fusión, cuidará en todo tiempo la adecuada protección de los intereses de quienes tuvieren celebradas operaciones con las respectivas entidades financieras (artículos 10 y 11).

La separación de las entidades financieras que conformen un grupo, se llevará a cabo sin perjuicio de que la controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de dichas entidades correspondientes a las actividades que de acuerdo con la ley le sean propias a cada una de ellas, aún respecto de aquéllas contraídas por dichas entidades con anterioridad a su integración al grupo. Igualmente, la controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades y si su patrimonio (de la primera) no fuere suficiente para hacer efectivas las responsabilidades de dichas entidades que se presenten de manera simultánea, dichas responsabilidades se cubrirán respecto de la Institución de Crédito que, en su caso, pertenezca a dicho grupo y, posteriormente, a prorrata respecto de las demás entidades integrantes del grupo hasta agotar el patrimonio de la controladora. (Artículos 11 y 28 de la ley).

Resulta evidente que se pretende privilegiar la protección de las instituciones de crédito, para preservar la confianza de los ahorradores.

En este tipo de grupos financieros, por disposición expresa de la ley el control de las asambleas generales de accionistas y de la administración de todos los integrantes de cada grupo, deberá tenerlo una misma controladora, la cual será

propietaria, en todo tiempo de acciones con derecho a voto que representen por lo menos el 51% del capital pagado de cada uno de los integrantes del grupo. Así mismo, estará en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración de cada uno de los integrantes del grupo. (Artículo 15 de la ley).

Queda prohibido a la controladora celebrar operaciones que sean propias de las entidades financieras integrantes del grupo. La controladora sólo podrá adquirir y administrar acciones emitidas por los integrantes del grupo. (Artículo 16).

Queda prohibido también, el que personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad, participen en forma alguna en el capital social de la controladora. (Artículo 18).

Cualquier persona física o jurídica, podrá adquirir el control de acciones de la serie "O" de la controladora (representativas del capital social ordinario que nunca será menor del 60% del capital), pero para adquirir o transmitir este tipo de acciones por más del 2% del capital social, deberán dar aviso a la SHCP dentro de los 3 días hábiles siguientes a la adquisición o transmisión. También la controladora podrá emitir como capital social adicional acciones serie "L" hasta por un equivalente al 40% del capital social, las que serán de voto limitado únicamente a los asuntos relativos a cambio de objeto, fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación, así como cancelación de su inscripción en bolsas de valores. Por acuerdo estatutario, las acciones serie "L" podrán conferir derecho a recibir un dividendo preferente y acumulativo, así como un dividendo superior al de las acciones serie "O". En ningún caso los dividendos de esta serie podrán ser inferiores a los de otras series. (Artículos 18 y 18-bis).

La controladora se abstendrá de inscribir en el registro de acciones que obligadamente debe llevar, las transmisiones de acciones que se efectúen en contravención a las disposiciones antes mencionadas. Además de rechazar tal inscripción, se deberá informar de tal irregularidad a la SHCP para que las personas infractoras de la ley sean sancionadas, pudiéndose determinar por dicha autoridad que las acciones se vendan a la propia controladora al 50% del menor valor tomando en cuenta el valor en libros según el último estado financiero; o el valor de mercado y

el beneficio que se obtenga por la controladora se entregará al gobierno federal. Las acciones así reembolsadas se mantendrán en tesorería por la controladora y deberán colocarse con preferencia sobre cualquier otra acción dentro de un plazo de 6 meses siguientes a su reembolso y si en este plazo no son colocadas se extinguirán y la controladora procederá a reducir su capital por el monto de estas acciones no colocadas. (Artículo 21).

El consejo de administración de las controladoras estará integrado por un mínimo de 5 y un máximo de 15 consejeros propietarios, de los cuales cuando menos el 25% deberán ser independientes, entendiendo como tales a personas ajenas a la administración de la controladora y de las integrantes de un grupo financiero. De acuerdo con el artículo 24 de la ley, no podrán ser consejeros independientes los siguientes:

- Empleados o directivos de la controladora;
- Accionistas con poder de mando sobre los directivos de la controladora;
- Socios o empleados de sociedades o asociaciones que presten servicios de asesoría o consultoría a la controladora o a las controladas ;
- Proveedores, deudores, acreedores, socios, consejeros o empleados de una sociedad que sea cliente como proveedor, deudor o acreedor importante de la controladora. Se considera que un proveedor es importante cuando sus ventas a la controladora representen más del 10% de las ventas totales del proveedor. Un acreedor es importante cuando el importe del crédito es mayor al 15% de los activos de la controladora;
- Empleados de una fundación, asociación o sociedad civil que reciban donativos importantes de la controladora. Se consideran donativos importantes los que representen más del 15% del total de donativos que recibe la fundación, asociación o sociedad civil de que se trate;

- Directores generales o directivos de alto nivel de una sociedad en cuyo consejo de administración participe el director general o un directivo de alto nivel de la controlada;

- Cónyuges o concubinarios, así como parientes por consanguinidad, afinidad o civil hasta el primer grado de algunas de las personas antes mencionadas, o bien, hasta el tercer grado en casos señalados por la ley;

- Quienes hayan ocupado un cargo de dirección o administrativo en la sociedad controladora o en alguna de sus controladas, durante el año anterior a la designación;

Los nombramientos de consejeros de las controladoras deberán recaer en personas que cuenten con elegibilidad crediticia y honorabilidad, así como con amplios conocimientos y experiencia en materia financiera legal o administrativa. (Artículo 25).

Ya se mencionaron las limitaciones para ser consejero independiente. Ahora se hablará de las limitaciones para ser consejero.

En ningún caso podrán ser consejeros (artículo 25 de la ley) los siguientes:

> *"I.- Los funcionarios y empleados de la controladora y de los demás integrantes del grupo, con excepción de sus directores generales y de los funcionarios que ocupen cargos con las dos jerarquías administrativas inmediatas inferiores, sin que éstos constituyan más de la tercera parte del consejo de administración;*
>
> *II.- El cónyuge. Las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, o civil, con más de dos consejeros;*
>
> *III.- Quienes tengan litigio pendiente con la controladora o con alguno de los integrantes del grupo;*
>
> *IV.- Los quebrados o concursados que no hayan sido rehabilitados, las personas sentenciadas por delitos patrimoniales, así como los inhabilitados para ejercer el comercio, o para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público o en el sistema financiero mexicano, y*
>
> *V.- Quienes realicen funciones de regulación, inspección y vigilancia de la controladora o de las entidades financieras integrantes del grupo, salvo en el caso en que la referida sociedad o entidades*

correspondientes reciban apoyos del Fondo Bancario de Protección al Ahorro o del Fondo de Apoyo al Mercado de Valores.

VI. Quienes participen en el consejo de administración de entidades financieras pertenecientes, en su caso, a otros grupos financieros, o de las sociedades controladoras de los mismos, así como de otras entidades financieras no agrupadas.

La mayoría de los consejeros deberán ser mexicanos o extranjeros residentes en territorio nacional."

Los nombramientos del director general de las controladoras y de los funcionarios que ocupen cargos con las dos jerarquías inmediatas inferiores a la de éste, deberán recaer también en personas que cuenten con elegibilidad crediticia y honorabilidad y que además reúnan los requisitos siguientes (Artículo 26):

1. Ser residente en territorio mexicano;
2. Ser de reconocida honorabilidad;
3. Haber prestado por lo menos 5 años sus servicios en puestos de alto nivel decisorio, cuyo desempeño requiera conocimientos y experiencia en materia financiera o administrativa; y
4. No tener algunos de los impedimentos que para ser consejero señalan las fracciones III a VI mencionadas con antelación.

Por lo que ve a las filiales (que actúan en territorio mexicano) de instituciones financieras del exterior, que a su vez, estás filiales sean controladoras de un grupo financiero que opere en el país, se denominarán "sociedad controladora filial" y se regirán por lo previsto en los Tratados o Acuerdos Internacionales correspondientes, además de las disposiciones contenidas en la ley en comento. En caso de duda sobre la interpretación para efectos administrativos que se incluyan en dichos Tratados o Acuerdos Internacionales, la SHCP está facultada para interpretarlos. (Artículo 27-B).

Para constituir una "sociedad controladora filial" y operar como grupo financiero, se requiere autorización del gobierno federal mexicano a través de la SHCP quien oirá la opinión del Banco de México y a las Comisiones Nacionales Bancaria, de Valores y de Seguros y Fianzas que corresponda según la naturaleza de los integrantes del grupo financiero. (Artículo 27-D).

Por último, hay que comentar que siendo el objetivo principal de la ley la protección de los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de los grupos financieros, es obligada la protección de los bienes del público por lo que la controladora y cada una de sus controladas que conforman el grupo, suscribirán un convenio conforme al cual (Artículo28):

> *"I.- La controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades financieras 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 entidades con anterioridad a su integración al grupo, y*
>
> *II. La controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades. En el evento de que el patrimonio de la controladora no fuere suficiente para hacer efectivas las responsabilidades que, respecto de las entidades financieras integrantes del grupo se presenten de manera simultánea, dichas responsabilidades se cubrirán, en primer término, respecto de la institución de crédito que, en su caso, pertenezca a dicho grupo y, posteriormente, a prorrata respecto de las demás entidades integrantes del grupo hasta agotar el patrimonio de la controladora.*
>
> *Al efecto, se considerará la relación que exista entre los porcentajes que representan, en el capital de la controladora, su participación en el capital de las entidades de que se trate.*
>
> *Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entenderá que una entidad financiera perteneciente a un grupo financiero tiene pérdidas, cuando los activos de la entidad no sean suficientes para cubrir sus obligaciones de pago.*
>
> *Las referidas responsabilidades estarán previstas expresamente en los estatutos de la controladora.*
>
> *En el convenio citado también deberá señalarse expresamente que cada una de las entidades financieras del grupo no responderá por las pérdidas de la controladora, ni por las de los demás participantes del grupo."*

Por lo que respecta a las pérdidas que registran las Instituciones de Banca Múltiple integrantes del Grupo Financiero, la responsabilidad de la controladora se sujetará a la determinación del importe preliminar de pérdidas que determinará el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (IPAB) en los términos que marca la Ley de Instituciones de Crédito respectiva. Una vez que dicho instituto notifique a la controladora el importe preliminar de las pérdidas al día hábil siguiente al de su

determinación, la controladora deberá constituir una reserva con cargo a su capital por un monto equivalente al importe preliminar de dichas pérdidas en un plazo no mayor de 15 días naturales a partir de dicha notificación. (Artículo 28-bis de la ley).

En tanto la controladora no pague las pérdidas de su institución de crédito controlada, no podrá pagar dividendos a sus accionistas. (Artículo 28-bis, fracción X de la ley). En protección de los intereses del público ahorrador, del sistema de pagos y del interés público, los estatutos sociales de la controladora y los títulos representativos de su capital social deberán incluir el contenido de las obligaciones anteriores, señalando expresamente que los socios, por el solo hecho de serlo, aceptan que sus acciones puedan darse en garantía a favor del IPAB, así como su conformidad para que, en caso de incumplimiento en el pago oportuno que la controladora deba cubrir al IPAB, la titularidad de sus acciones se transmita a favor del propio IPAB. Por otra parte, la contabilidad del grupo financiero, de la controladora y sus subsidiarias, estarán sujetas a las reglas que autorice la Comisión que corresponda (Bancaria, de Valores y, de Seguros y Fianzas). (Artículo 30 de la ley).

Cuando a juicio de la Comisión competente, las irregularidades de cualquier género detectadas en la controladora afecten su estabilidad y solvencia y pongan en peligro los intereses del público o de sus acreedores, el Presidente de dicha Comisión, podrá, con acuerdo de su Junta de Gobierno, declarar la intervención gerencial de la controladora y designar, sin necesidad de acuerdo de la mencionada Junta, a la persona física que se haga cargo de la sociedad controladora, con el carácter de interventor-gerente.

Igualmente, la citada Comisión podrá declarar la intervención gerencial de la controladora cuando en alguna de sus controladas que integren el grupo financiero, se haya decretado una intervención gerencial.

El referido interventor-gerente designado tendrá todas las facultades que requiera la administración de la controladora intervenida y plenos poderes generales para actos de dominio, de administración y de pleitos y cobranzas, con las facultades que requieran cláusula especial conforme a la ley, incluyendo entre otras, la facultad para otorgar o suscribir títulos de crédito, para presentar denuncias o querellas y

desistirse de estas últimas, previo acuerdo del Presidente de la Comisión competente, así como para otorgar los poderes generales y especiales que juzgue conveniente y revocar los que estuvieren otorgados por la sociedad intervenida y los que él mismo hubiere conferido. Ejercerá sus facultades sin supeditarse a la asamblea de accionistas ni al consejo de administración de la sociedad intervenida, los cuales podrán continuar reuniéndose regularmente para conocer de los asuntos que le competen. Lo mismo podrá hacer el consejo para estar informado por el interventor-gerente sobre el funcionamiento y las operaciones que realice la sociedad y para opinar sobre los asuntos que el mismo interventor-gerente someta a su consideración. (Artículo 30-b).

Es concluyente con fundamento en lo anterior, que las agrupaciones financieras son las más estrictamente reguladas por el derecho positivo mexicano, regulación tendiente a evitar los graves descalabros financieros que sufrió la nación con la quiebra del sistema bancario mexicano a raíz de la devaluación del peso mexicano frente al dólar estadounidense de diciembre de 1994.

VII.2 TRATAMIENTO FISCAL DE EMPRESAS INTEGRANTES DE UN GRUPO EMPRESARIAL

Ya se comentó en capítulos anteriores, que la primera regulación jurídica que el derecho mexicano realizó en materia de grupos empresariales, lo hizo en función de su tratamiento fiscal y con el propósito de evitar planeaciones y estructuras corporativas tendentes a evitar el pago de contribuciones.

Como ya se vio en capítulos anteriores, se regula la Consolidación Fiscal, para que todas las empresas integrantes de un grupo empresarial, su controladora y sus controladas, consoliden sus resultados fiscales, evitando la remisión arbitraria de pérdidas y utilidades que traigan como consecuencia el no pago del Impuesto Sobre la Renta que grava la utilidad de las empresas.

Por otra parte, y con efectos altamente recaudatorios, el legislador federal mexicano creó la Ley Impuesto Empresarial de Tasa Única (IETU)[314] que grava con un

[314] DOF de 1º de octubre de 2007.

17% los ingresos totales de las empresas, permitiendo muy escasas deducciones y con independencia de si obtuvieron o no utilidades fiscales al fin del ejercicio.

Esto hace muy poco atractivo fiscalmente la formación de grupos empresariales cuyo fin único o principal sea la ilusión fiscal.

De igual manera, ya se comentó en líneas anteriores la regulación jurídica que hace la ley fiscal de los grupos empresariales al identificarlos con independencia de la tenencia accionaria de la controladora a través de otras formas de control, con independencia del accionario, consistente en la tenencia accionaria, designación de consejeros, cargos de administración o gerenciales a cargo de las denominadas "partes relacionadas" y que en obvio de repeticiones se dan aquí por reproducidas.

Así mismo, ya se ha dejado constancia con anterioridad a este capítulo, de otra forma de control fiscal para grupos empresariales en donde la forma de control no es aparente y se manifiesta a través de los denominados "precios de transferencia" (*pricing*) que tratan de evitar que entre la empresa matriz y sus filiales o entre éstas entre sí, bien se ubiquen en territorio nacional o algunas de ellas en territorio extranjero, puedan transferir sus utilidades o pérdidas a través de la manipulación de los precios de sus productos o servicios y que no correspondan a valores comerciales o de mercado conforme a operaciones similares.

Ya se comentó también que para el caso de que no existan "operaciones similares" se seguirán las reglas para su valoración expedidas para estos efectos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). En especial se pretende evitar que las utilidades se transfieran a países de baja imposición fiscal, también denominados "paraísos fiscales" o países con los cuales México no tiene celebrados tratados o convenios de información.

VII.3 REGULACIÓN DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES

Ya se comentó con antelación que la actual Ley de Concursos Mercantiles mexicana[315] regula como una novedad el concurso de las controladoras y sus controladas cuando ambas incurren en incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, ordenando la tramitación de dichos concursos de manera acumulada, pero llevándose por cuerda separada tanto los concursos de las controladoras y sus controladas como los de dos o más controladas por una misma controladora.

Se ha estudiado previamente que se definen como controladoras a las sociedades residentes en México, que sean propietarias de más del 50% de las acciones con derecho a voto de las controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora (control indirecto). Y que en ningún caso más del 50% de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades.

Así entonces esta ley considera controladas aquéllas en las cuales más del 50% de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, bien en forma directa, indirecta o de ambas formas de una controladora. (Artículo 15 de la ley concursal).

Se considera que esta breve regulación jurídica resulta incompleta al no establecer el grado de responsabilidad de la controladora frente a sus controladas ni viceversa, como en cambio sí lo hace la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras ya comentada.

Este tema en particular será objeto de un estudio más profundo en capítulos posteriores.

[315] DOF de 12 de mayo de 2000.

SEGUNDA PARTE

EL CONCURSO DE ACREEDORES DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

INTRODUCCIÓN

En la primera parte de este estudio se ha intentado poner de manifiesto la importancia y necesidad del Derecho Mexicano de reconocer y regular la existencia de los Grupos Empresariales, insistiendo en que son una realidad ya reconocida por la ciencia económica y otras afines, por los regímenes jurídicos de otras naciones, más no por el derecho positivo vigente en México.

Se han analizado en la primera parte de este trabajo la diversa problemática jurídica que significa la actuación de facto de las empresas que funcionan como Grupos Empresariales, siendo interés del presente estudio el centrar la atención en la dificultad que presenta en la actualidad para los juzgadores mexicanos, la disyuntiva de resolver de conflictos relacionados con la insolvencia de estas empresas mediante la aplicación de normas jurídicas vigentes que regulan la insolvencia del comerciante en lo individual, bien sea persona física o jurídica. Se verán a continuación una serie de instituciones jurídicas que se ponen en ejercicio a la luz de la problemática que plantea la insolvencia de uno o varios componentes de un Grupo Empresarial, problemática para la cual, el derecho positivo mexicano en materia concursal no tiene respuesta, produciéndose inseguridad jurídica e inequidades que atentan en contra de sagrados principios como el de la *par condicio creditorum* que son sustento básico del derecho de la insolvencia.

Actualmente se atestigua el azoro de los encargados de administrar justicia en México y de la impotencia de los postulantes que intervienen en estos conflictos concursales colectivos, cuando se presentan situaciones como es el derecho de voto de las partes relacionadas que perjudican a acreedores terceros y que merced del rígido sistema jurídico no le permiten al juzgador acudir a soluciones de equidad para corregir estas injusticias[316] toda vez que rige más un sistema de legalidad que de

[316] Traemos de nuevo a colación el caso del concurso del grupo industrial "Vitro" (el cual comentaremos en adelante más ampliamente), radicado en los tribunales de Monterrey, Nuevo León, México.

estricta justicia y por ello el juez sólo puede hacer lo que la ley le permite aunque su criterio y su sentido de justicia le dicten lo contrario.

Es interés del presente estudio, el tratar de dejar sentadas las bases para que los legisladores mexicanos, administradores de justicia, abogados del foro y estudiosos de esta materia, se den a la tarea de formular con seriedad académica, propuestas de reformas que fructifiquen en beneficio de la justicia y la equidad en materia de insolvencias en tratándose de Grupos Empresariales. Por ello, a continuación se tratará de analizar algunas de las instituciones jurídicas más importantes que otros sistemas jurídicos ya reconocen y regulan y que perfectamente pueden ser reconocidas y aplicadas por el derecho positivo mexicano. Estas instituciones jurídicas a que se hace referencia son el régimen de la extensión del concurso o de la quiebra del Grupo Empresarial, analizando algunas de las teorías que la justifican, las personas especialmente relacionadas con el concursado y los efectos de éstas relaciones en el concurso, la acumulación y la coordinación procesal en el concurso de los Grupos Empresariales, la consolidación patrimonial y sus efectos, la naturaleza jurídica de la subordinación crediticia, el régimen de la subordinación en el derecho comparado, para concluir con algunas cuestiones relativas a la cooperación internacional en materia de insolvencia de los Grupos Empresariales Multinacionales.

CAPÍTULO VIII

EL RÉGIMEN DE LA EXTENSIÓN DEL CONCURSO O DE LA QUIEBRA DEL GRUPO EMPRESARIAL

VIII.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

Los antecedentes de la figura de la extensión de la quiebra tienen lugar en las ciudades italianas de la Alta Edad Media. Tal y como relata el doctrinista Rafael S. Quetglas, en los estatutos italianos los efectos de la quiebra no solo se aplicaban al deudor insolvente sino a sus parientes y personas allegadas por motivos de trabajo, de modo que se consideraba que los vínculos familiares imponían una solidaridad a todos los miembros de un grupo familiar a quienes se extendían los efectos patrimoniales de la quiebra. Sin embargo, este mismo autor precisa que este régimen de extensión de insolvencia a familiares y allegados no constituye en sí mismo un antecedente de la extensión de la quiebra de los socios o de las sociedades integrantes de un mismo grupo de empresas, ya que éste derivaba de una *concepción amplia* del Derecho de familia que se extiende al Derecho concursal.[317]

Cuando realmente se aplicó por primera vez el régimen de extensión de la quiebra fue en el momento en que se creó la figura de la *sociedad colectiva,* ya que en las legislaciones italianas *se declaraba la quiebra de los socios y no de la sociedad, puesto que el vínculo entre los socios no creaba un sujeto autónomo.*[318] Es decir, *la sociedad colectiva no existía como una persona jurídicamente independiente a la de los socios que la componían y la solidaridad entre sus miembros era tan fuerte que permitía considerar el patrimonio de los socios como único.*[319] De acuerdo con QUETGLAS, la extensión de la quiebra surgió como un *mecanismo coercitivo,* cuyo objetivo era encontrar o lograr la declaración de *bienes ocultos* o *adicionales* para

[317] QUETGLAS, Rafael Sebastián. "*El concurso de acreedores del grupo de sociedades.*" Pamplona. Ed. Thomson Civitas. 2009. p.77 y 78.
[318] BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio. *"Las deudas de la masa."* p. 266. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
[319] QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op.cit.* p.78.

hacer frente a las deudas sociales, además de conseguir la *cooperación de todos los socios*.[320]

Como se verá a continuación, en la actualidad la figura de la extensión cobra especial interés para el caso de los Grupos de Empresas, los cuales, al igual que el núcleo familiar o que la sociedad colectiva del Medioevo, no cuentan con personalidad jurídica reconocida y la unión de sus miembros no constituye una sociedad autónoma. Asimismo, interesa cada vez más el estudio de la extensión de la quiebra de los Grupos de Empresas, ya que en virtud de su estructura empresarial y de sus vínculos económicos propician muchas veces (aunque no siempre), el abuso de la personalidad jurídica independiente de las sociedades, encaminado a la ocultación de bienes o de maniobras tendientes a *vaciar* el patrimonio de uno de sus miembros en perjuicio de los acreedores.[321]

Así también pueden darse casos en que los activos y cuentas de los distintos partícipes del grupo se encuentren de tal manera entrelazados que sea muy complicado dilucidar quién es su titular, por lo cual es deseable que en el caso de la quiebra de uno de sus miembros, se les atribuya responsabilidad patrimonial a los demás partícipes, y una manera de hacerlo pudiera ser extendiendo los efectos del concurso o de la quiebra a varios o a todos los miembros de un Grupo Empresarial.

VIII.2 DEFINICIÓN.-

Se puede definir al régimen de extensión de la quiebra o del concurso por extensión, como el instituto mediante el cual, el concurso de acreedores o la quiebra de una persona física o jurídica propaga sus efectos a otra persona jurídicamente distinta del fallido, quien de igual manera será declarada en concurso o en quiebra –

[320] *Ídem*. P.78 y 79.

[321] Como bien señala GERBAUDO *"La extensión de la quiebra es uno de los institutos que más ha sido estudiado en el derecho de la insolvencia y se señala que ello obedece a 'la cada vez mayor cantidad de procesos con escasos o inexistentes activos y, también, de maniobras tendientes a 'vaciar' las empresas en crisis'*..." BARREIRO-LORENTE, La desestimación de la personalidad jurídica (art.54, ley de sociedades comerciales) y la extensión de quiebra (art.161, Ley de Concursos y Quiebras), LL,2004-A-1440. Citado por GERBAUDO, Germán Esteban. *Insolvencia trasfronteriza.* p.200. pie de página 26. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2011.

independientemente de ser insolvente o de estar o no en estado de cesación de pagos[322]- respondiendo por deudas del primero.

La anterior responsabilidad se constituye en razón del vínculo o relación con el fallido, y que pudiera condicionarse a la concurrencia de otros factores, mismos que deberán de estar expresamente descritos por el régimen de la insolvencia y basarse en la responsabilidad objetiva de un sujeto con respecto a la insolvencia de otro.

De acuerdo con GERBAUDO, se justifica la extensión en el supuesto de que el producto de la liquidación del patrimonio del deudor no alcance para satisfacer la totalidad de los créditos verificados, por lo cual, en ciertos casos será necesario

---

[322] Por ejemplo, en la legislación concursal argentina, el presupuesto objetivo tanto de la declaración de concurso o de quiebra es encontrarse en estado de cesación de pagos, sin embargo *en el "Concurso en caso de Agrupamiento", será suficiente que uno de los integrantes se encuentre en cesación de pagos, bastando respecto de los otros que esta situación "pueda afectar a los demás integrantes del grupo económico." (art.65 y 66), lo que significa la posibilidad de que uno o mas de ellos no se encuentre (singularmente) en estado de cesación de pagos."* DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado*. Tomo I. Buenos Aires: Legis. 2008. Pp.118 y 119. Para este supuesto, dice ROUILLON, "s*e consagra, una de las excepciones a la regla de que no hay concurso sin insolvencia"* (regla establecida en el régimen argentino en el artículo 1º de la Ley de Concursos y Quiebras). Sin embargo, esta excepción solo puede aplicarse en el caso de que uno de los integrantes del grupo esté en cesación de pagos y *además* esta circunstancia pueda afectar al resto de los miembros. Siguiendo a este mismo autor el factor determinante para la concursabilidad conjunta, es la *integración económica* de una pluralidad de sujetos (que pueden o no formar un grupo societario, aunque en la mayoría de los casos es así) y al requerir la ley como factor determinante de la extensión del concurso que la cesación de pagos de una de las personas o empresas vinculadas pueda afectar a las demás, corrobora, según ROUILLON, "*la necesidad de que el grupo se caracterice por la nota de integración empresarial; sólo ésta explica la posibilidad de que la insolvencia de uno pueda afectar a los demás."* ROUILLON, Adolfo A.N. *"Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522"* p. 155. Astrea. 13ª Edición. Buenos Aires. 2004.

También es posible declarar la quiebra sin necesidad de estar en el supuesto de cesación de pagos en el caso de quiebra refleja del socio ilimitadamente responsable (art.160) y la de los sujetos alcanzados por extensión de la quiebra principal (art.161). DASSO, Ariel Ángel. *Op. cit.* Pp.118 y 119. Al respecto, la autora argentina Luciana Beatriz Scotti, se pronuncia observando que puede ser cuestionable la medida de extender la quiebra a un sujeto que no necesariamente sea insolvente, en virtud de la posible *pérdida de la empresa en marcha, de las fuentes de trabajo y de la muy factible realización a valores inferiores a los reales*. SCOTTI, Luciana Beatriz. *Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional de los grupos económicos: ¿una asignatura pendiente para el MERCOSUR?* Capítulo XII. Edición electrónica gratuita. 2010. Texto completo en www.eumed.net/libros/2010a/631/. Por su parte, en el régimen de insolvencia francés, en donde también se encuentra contemplado el régimen de extensión de la quiebra o del concurso, se ha aceptado por vía jurisprudencial la extensión de la quiebra en casos donde la empresa objeto de la extensión era solvente, sin embargo, se dice que existe una corriente que parece estar abriéndose paso, la cual considera necesaria la insolvencia de todas las empresas sujetas al concurso para que pueda darse el presupuesto de la extensión. QUETGLÁS, Rafael Sebastián. *Op. cit.* p. 104.

ampliar la responsabilidad del fallido a otro sujeto. De esta forma, y una vez acreditados los presupuestos legales para ello, una persona distinta al fallido podrá ser declarada en quiebra y será responsable de afrontar las deudas ajenas.[323]

Asimismo, este autor define a la quiebra por extensión o también llamada *refleja* en el régimen concursal argentino, como "*un instituto concursal que, ante la configuración de supuestos taxativamente previstos en la ley, habilita que una quiebra preexistente se extienda o propague sus efectos a otro sujeto diferente del deudor fallido y que puede no encontrarse en estado de cesación de pagos"*.[324]

Cabe insistir que, dada la gravedad de la medida de la extensión[325], el régimen jurídico que adopte esta institución jurídica de la extensión, debe señalar con *precisión* cuales serían los supuestos o los elementos objetivos en los que podría configurarse.

Por su parte, Víctor y Pablo MONTESI señalan que, el régimen de la extensión presenta la incorporación de nuevos patrimonios a la quiebra, imputando una solidaridad pasiva a todo patrimonio de la persona a quien se extiende la quiebra, por todas las obligaciones del fallido principal. Asimismo mencionan (refiriéndose al caso de la ley concursal argentina), que la diferencia con la *extensión de la responsabilidad* radica en que: "*…mientras en la **quiebra** por extensión se responde por **todas las obligaciones** del fallido, en la extensión de **responsabilidad** sólo se responde en la medida del **daño causado**".*[326]

En cuanto a esta apreciación, se cree que la responsabilidad por la totalidad de las obligaciones del fallido es tan sólo uno de los efectos de la extensión de la quiebra, tal vez el más importante, pero no el único. Lo anterior en virtud de que la extensión, también traerá consigo la transmisión de los efectos del concurso (dependerá de cada régimen concursal establecer las reglas procesales o de fondo que serán aplicables para este supuesto)[327]. Así entonces, resulta inconcuso que al declarar la quiebra de

---

[323] GERBAUDO, Germán Esteban. *Op.cit.* p.199.

[324] Ibíd.

[325] En regímenes como el argentino, incluso una persona *solvente* podrá ser atraída por el concurso o la quiebra de otra, para responder con ella frente a los pasivos.

[326] MONTESI, Víctor Luis y; MONTESI, Pablo Gustavo. *Op.cit*. Pp.3 y 4.

[327] Como por ejemplo, en el régimen concursal francés, otras consecuencias de la extensión son: la apertura de un único procedimiento para todas las sociedades sujetas a esta medida y; la finalización del

una empresa solvente quedará estigmatizada, se le privará del acceso a créditos, principalmente de las instituciones bancarias, se le privará de participar como proveedor del sector público, en obras públicas y licitaciones públicas (el caso de México), se le rescindirán contratos relacionados con la administración pública (el caso de México), etc.

Por otra parte, algunos autores como MIGUENS y MANÓVIL, consideran que dicha extensión puede ser considerada como un supuesto de responsabilidad[328], que en todo caso sería preferible al de la extensión de la quiebra, especialmente en materia de grupos de empresas. Esto en razón de que *"la complejidad judicial y económica son aplastantemente mayores, amén del dispendio inútil de jurisdicción que puede involucrar su declaración en el caso de los grupos de sociedades"*.[329]

Por lo tanto, la cuestión que se pretende abordar en el presente apartado es la de la conveniencia o no de la aplicación del régimen de la extensión de la quiebra o del concurso de acreedores, de una sociedad matriz a sus controladas, o de las filiales a su controladora o a las demás empresas del grupo.

VIII.3 TEORÍAS QUE EXPLICAN LA EXTENSIÓN.-

8.3.1 COMERCIANTE OCULTO.-

De acuerdo con QUETGLAS esta teoría parte del principio de que la actividad empresarial que es ejercida por un empresario a través de un testaferro (o empresario aparente) debe de ser imputable al primero. Es decir, la actividad empresarial al igual que las responsabilidades que nacen de ésta, son atribuibles al empresario oculto, que es quien realmente se beneficia de la actuación del empresario aparente. Continúa explicando este autor, que dicha concepción tiene su fundamento en el cambio de los principios que inspiran el régimen de responsabilidad; *el principio **jurídico formal** en cuya virtud responde quien aparece frente al exterior como titular del ejercicio del*

---

concurso en un acuerdo idéntico para todas las sociedades concursadas. QUETGLÁS, Rafael Sebastián. *Op. cit.* p. 104.

[328] En virtud de que *"…si el demandado paga al actor la totalidad de lo verificado en el concurso de la dominada puede evadir el proceso de extensión de la quiebra."* Cfr. MANÓVIL, Rafael M., *Grupos de sociedades…,* ps.1060 y 1113. Citado por MIGUENS, Héctor José. *Op.cit.* p.179. nota al pie 52.

[329] Ídem.

comercio, se sustituye por el ***económico sustancial****, en virtud del cual responde el* ***titular efectivo*** *de la empresa.*[330] El segundo principio en que se basa esta teoría es el que sostiene que *quien se aprovecha de una empresa debe de soportar las pérdidas de la misma*.[331]

Aplicando esta teoría en el campo del derecho concursal, si se declarase la quiebra al comerciante aparente, el empresario oculto por consecuencia debería de ser atraído al procedimiento como causante de la situación de insolvencia y por tanto, se extendería la quiebra a este último quien sería en ultima instancia responsable por las deudas y obligaciones contraídas por el comerciante aparente. Bajo la lupa de esta doctrina el empresario ya no será solamente aquélla persona que ejerza el comercio o una actividad empresarial a título propio, *sino el titular efectivo de la empresa*.[332]

Ahora bien, siguiendo a esta teoría, en lo referente al derecho de los grupos, el poder de dirección y control ejercido por una empresa controladora a sus subordinadas, convertiría a la primera en empresario oculto y a las segundas en empresarios aparentes o instrumentos para que la primera ejerza una actividad empresarial. En este caso, si alguna de las controladas fuera declarada en quiebra en razón p.ej. de la infra-capitalización de la controlada y de su incorrecta gestión, lo lógico sería que la controladora (empresario oculto) soportara también las consecuencias y cargas impuestas por el concurso o quiebra de las subordinadas y fuera responsable solidariamente frente a los acreedores de sus filiales, por las deudas contraídas por éstas últimas.

Por otra parte, el enfoque del comerciante oculto no ha estado exento de críticas, una de ellas está basada en la injusticia que pudiera traer consigo en cuanto al trato otorgable a los acreedores; presupone una solución gravosa para los acreedores del empresario oculto y "*artificialmente beneficiosa*" para los acreedores del comerciante aparente, ya que éstos últimos contrataron con un empresario basándose en su solvencia *aparente*, y asumieron un tipo de interés reflejado en su solvencia, el cual pudiera ser muy elevado. En este caso los acreedores del empresario aparente

[330] QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op.cit.* p.112. Énfasis añadido.
[331] Ibíd.
[332] Ibídem, pp.112 a 114.

disfrutarían de un interés alto durante la duración del crédito y de la posibilidad de cobrarlo en la liquidación contando con el patrimonio del empresario oculto.[333]

Es interesante mencionar a Argentina como uno de los pocos países que aplican la extensión del concurso y de la quiebra en su legislación concursal, basándose uno de los supuestos de aplicabilidad en la teoría del comerciante oculto, a saber el artículo 161 inciso 1º reza lo siguiente:

> *"ARTICULO 161.-...La quiebra se extiende:*
>
> *1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores; (…)"*

Al respecto es justo notar que la actuación de una persona a través de otra, ahora fallida, no es suficiente para configurar la figura de la extensión, sino que será necesaria la concurrencia de otros elementos que son: a) la actuación en interés personal (del empresario o comerciante oculto); b) la disposición de los bienes como si fuesen propios y; c) la realización de los actos que deben de ser *en fraude de acreedores*. Limitándose para esto supuestos, el ejercicio del régimen de la extensión.

Asimismo, en dicho numeral se *presume* el fraude a los acreedores con la quiebra de la fallida. Tal presunción podrá desacreditarse mediante prueba en contrario, por lo cual quien cometió la conducta ilícita tiene la posibilidad de acreditar que su actuación no fue causa de la cesación de pagos de la fallida, y por tanto se podrá limitar su responsabilidad a resarcir el daño causado por vía de extensión de la responsabilidad, excluyéndolo de la extensión[334].

8.3.2 CONFUSIÓN DE PATRIMONIOS.-

Con fundamento en esta teoría, la quiebra o el concurso de una persona física o jurídica, se extiende automáticamente a otra con la que se encuentre vinculada de tal forma que sea imposible diferenciar los activos y pasivos de cada una de ellas.

---

[333] Ibídem. pp.116 y 117.

[334] MONTESI, Víctor Luis y; MONTESI, Pablo Gustavo. *Op.cit.* p.59.

Siguiendo a QUETGLAS, esta teoría ha sido empleada como un mecanismo corrector del régimen de responsabilidad societaria, en la cual no se le podría imputar responsabilidad a un socio que hubiere confundido su patrimonio intencionadamente – o mejor dicho malintencionadamente- con el de la sociedad.[335] Asimismo, enuncia una serie de elementos que se han tomado en consideración en la jurisprudencia de distintos países que aplican la extensión en virtud de la confusión patrimonial, a saber[336]:

> *i) "La existencia de negocios comunes entre dos o más sociedades, de forma que dichos negocios crean un patrimonio indisoluble entre éstas como consecuencia del grado de unión que se da entre ellas;*
>
> *ii) la obtención de créditos y préstamos entre dos sociedades sin definir con claridad el acreditado/prestatario de cada una de las facilidades financieras contraídas;*
>
> *iii) los acuerdos de 'cash pooling' en cuya virtud los recursos financieros de dos sociedades son gestionados de forma conjunta, pagándose las deudas de cada sociedad con la tesorería combinada[337];*
>
> *iv) la prestación de servicios generales comunes, de tal forma que las funciones de administración, control, recursos humanos, etc. son desarrolladas de forma indiferenciada por una de las sociedades en beneficio de la otra; [338] y*
>
> *v) la existencia de un domicilio social único, la utilización de unas mismas instalaciones, la aparición como una sola sociedad frente a la clientela, la identidad de consejeros y cargos directivos, etc."*

En la opinión de los doctrinistas argentinos, Víctor Luis y Gustavo Montesi, cuando se está ante la presencia de personas de existencia física o ideal (jurídica)

---

[335] Ver QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op.cit.* p. 120

[336] Ibídem. Pp.121 y 122.

[337] En un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en Argentina, se revocó la sentencia que desestimaba la demanda por extensión de la quiebra, y declaró la extensión de la quiebra de la matriz (fallida) a su controlada, tomando en consideración entre otros argumentos el *de la asunción por ciertas sociedades de costas de materias primas, de las cargas salariales o de los quebrantos impositivos mientras que otra u otras sólo recogen los beneficios sin contraprestación real alguna (…)*. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. *"Poo S.A. de Productos Alimenticios c/ Lagorio S.A. s/ extensión de quiebra s/ ordinario."* Exp. 41.585/08. Buenos Aires. 28 de Marzo de 2011.

[338] En México también es usual que la misma gerencia jurídica represente como apoderados y asesore a los diversos miembros componentes de un Grupo Empresarial, existiendo en este caso también confusión en la prestación de estos servicios profesionales.

independientes, pero sus patrimonios no se encuentran separados entre sí, sino que están de tal forma confundidos que es imposible deslindarlos, la extensión de la quiebra sería el *efecto* normal de dicha unidad patrimonial.[339]Asimismo, defienden la conveniencia de la aplicación de este instituto como la respuesta del derecho a un fenómeno económico, argumentando que tanto el patrimonio confundido como la cesación de pagos que lo afecta, responden a una *realidad económica*, y aunque el patrimonio en sí mismo no es una causal de ilicitud, cuando existe una *unidad patrimonial* entre dos sujetos formalmente distintos, *la extensión de la quiebra es la consecuencia de la cesación de pagos como fenómeno económico que afecta al patrimonio en su integridad.*[340] Siendo concluyentes en que en función a dicha realidad económica debe de regularse e interpretarse el instituto de la quiebra, que *mira la realidad de los hechos por encima de las formas que la rodean*.[341]

Por su parte, QUETGLAS, afirma en primer lugar que la confusión patrimonial no puede conducir a negar la personalidad jurídica independiente de las sociedades, es decir, aunque se confundan sus patrimonios, seguirán conservando personalidad jurídica autónoma. Por esta razón considera que la respuesta al fenómeno de confusión patrimonial debería ser la de *extensión de la responsabilidad* y no la de *extensión de la quiebra*, por considerar a éste último como contrario al principio de independencia de las sociedades y por favorecer a unos acreedores frente a otros.[342]

Así también, QUETGLAS afirma, que ante la imposibilidad de separar el patrimonio de personas distintas, la medida idónea sería la *derivación de responsabilidades* de una sociedad a otra, eliminando o subordinando créditos y garantías inter-grupales, evitando la extensión del concurso de forma automática a las

[339] Esta es la postura adoptada por el régimen concursal argentino, en el cual su Ley de Concursos y Quiebras de 1995 (Ley 24.522) establece la extensión (automática) de la quiebra a: *toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.* (Artículo 161.3) En este supuesto, se formará, como consecuencia, una única masa de la insolvencia que se distribuirá entre los acreedores de todas las fallidas. SCOTTI, Luciana Beatriz. *Op.cit.*

[340] MONTESI, Víctor Luis y; MONTESI, Pablo Gustavo. *Op.cit.* Pp. 77 y 78. (…) estos autores también afirman que: "*el patrimonio ya no se considera atributo de la personalidad* y que *la divisibilidad del patrimonio es lícita. Puede haber personas de existencia física o ideal que tienen patrimonios diferenciados y ello es lo normal frente a las exigencias de la evolución económica*."

[341] Ibíd.

[342] QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op.cit.* p. 122, 123 y 125.

sociedades cuyo patrimonio se encuentra confundido. Lo más correcto según este autor, sería una solución similar a la adoptada por la jurisprudencia norteamericana con el régimen de la consolidación sustancial ("*sustantive consolidation*"), doctrina que se estudiará en el presente trabajo en capítulo por separado.[343]

En cuanto a la aplicación de la técnica de la extensión del concurso o de la quiebra por razones de confusión patrimonial, se considera que la personalidad de las sociedades debe ser tomada en cuenta de manera independiente a la de su patrimonio, el cual podrá estar confundido con el de otras sociedades en la realidad económica, de tal suerte que en el caso de presentarse el concurso de alguna una de ellas y ante la imposibilidad de indivisión del patrimonio, este debería de ser consolidado como una única masa de la insolvencia y extenderse la *responsabilidad* de todas las deudas sociales a dicho *patrimonio*, no así a las sociedades en cuanto tal. De modo que las empresas consolidadas que no cumplan con los presupuestos objetivos del concurso (encontrarse en estado de cesación de pagos o de incumplimiento generalizado de sus obligaciones), no deberían de ser sujetas al mismo, aunque sí deben de responder, en este caso con su patrimonio, por las deudas de las sociedades con las que se encuentren especialmente vinculadas.

8.3.3 ABUSO DE LA PERSONALIDAD.-

Otra de las teorías utilizadas para extender el concurso o la quiebra a los integrantes de un Grupo Empresarial, es la basada en el abuso de la personalidad jurídica y que se corrige mediante la aplicación del recurso del levantamiento del velo societario[344].

En materia concursal, de acuerdo con la doctrina del levantamiento del velo, se ignora la personalidad independiente de una sociedad separada a la de sus socios

[343] Ibídem. Pp. 123, 124 y 125.

[344] La teoría de la perforación del velo societario *"piercing the corporate veil"* cuya aparición tiene origen en decisiones jurisprudenciales de países de tradición del *common law,* se refiere al rechazo por parte de los tribunales a reconocer personalidad jurídica de una sociedad legalmente constituida, como distinta o independiente a la de los socios que la componen, ignorando su existencia autónoma con el objetivo de evitar injusticias originadas por su inflexibilidad. Ver: QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op.cit.* Pp.125 y 126; HAMILTON, Robert W. *"The law of Corporations."* West Publishing Co. St. Paul Minnesota. 1991. p.81*;* DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. "Derecho de Grupos de Sociedades." p.433. Civitas Aranzadi. Segunda Edición. Pamplona. 2009 y; GARCÍA VELASCO, Gonzalo. Op. cit. p.192.

cuando, abusando del privilegio de su responsabilidad limitada, realizan conductas que defraudan o tendentes a perjudicar a los acreedores. Ante estos casos de uso ilegítimo de la independencia inherente a la personalidad jurídica, primordialmente en los países del *common law,* los tribunales la han desestimado -con base a sus facultades de equidad o con fundamento en un dispositivo legal- extendiendo la responsabilidad a sus socios, frente a los acreedores.

En el caso de los grupos de sociedades como ente económico que busca la reducción de costos, la maximización de utilidades, la optimización de la producción, la distribución de responsabilidades y la eficacia, y que actúa bajo una dirección unificada, es frecuente el "*sacrificio*" del interés social de una empresa en beneficio de la controlante o del grupo en general, con la finalidad de una utilización más eficiente de los recursos. No se pretende decir con esto que la finalidad económica que caracteriza la existencia de los grupos de empresas justifique el comportamiento defraudatorio o ilícito (no solo con injerencia en materia concursal, sino también otras ramas del derecho como en materia societaria, de competencia económica, de protección al consumidor, etc.). Por el contrario, es menester que la ley o en su caso los tribunales, limiten y responsabilicen al Grupo en cuanto tal, cuando haciendo uso abusivo de su estructura organizacional y de la personalidad jurídica independiente de sus miembros, comporte una violación al derecho o un daño indebido a terceros.

Como bien diría ROITMAN (con relación al régimen concursal argentino):

> "*…la personalidad jurídica de las sociedades es sólo un medio instrumental para los fines del derecho; desde que este medio sea usado de modo antijurídico, la ley concursal impone el enfrentamiento de la verdadera situación al transferir la directa responsabilidad a quien haya ocasionado la insolvencia del sujeto quebrado*.[345]

En tratándose de insolvencias, cuando debido a las instrucciones derivadas de la dirección unificada propia de los Grupos se origine el estado de cesación de pagos de una sociedad en perjuicio de sus acreedores, se ha utilizado la técnica del levantamiento del velo para responsabilizar a las demás empresas del grupo, por el daño causado a los acreedores de la fallida. No obstante, bajo la lupa del moderno derecho empresarial puede considerarse como obsoleta la aplicación de la doctrina de

[345] ROITMAN, Horacio. *Op.cit.* p. 196

la desestimación de la personalidad, puesto que parte del concepto ya *superado* de las "*sociedades isla*", argumentando algún autor que la aplicación estricta de esta doctrina supondría la negación del Grupo.[346]

Por otra parte, se insiste en que la existencia del Grupo y de la dirección unificada *per se*, no debe llevar a la extensión de la responsabilidad empresarial, sino que deben de concurrir otros elementos que acrediten la actuación abusiva de la personalidad.[347]

También se ha puesto de manifiesto, que la desestimación de la personalidad en sede concursal se ha utilizado más como una forma de *extender la responsabilidad* a la dominante para reparar el daño causado a los acreedores de la sociedad fallida, que como un medio para *extender el concurso o la quiebra*.[348] Uno de los regímenes que han aplicado la teoría de la perforación del velo como medio para extender la quiebra es el de Argentina, quien establece en su Ley de Concursos y Quiebras[349] (en adelante LCQ) los casos excepcionales en que procederá dicha extensión.

8.3.3.1 *Extensión de la quiebra por abuso de la personalidad en el régimen concursal argentino.-*

La LCQ argentina, establece que importa la quiebra por extensión a:

> *"toda persona controlante[350] de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada,*

[346] QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op, cit.* p.132.

[347] En ciertos casos jurisprudenciales de derecho español como el que se mencionará a continuación se pone de manifiesto esta postura: *"La dirección unitaria es un concepto que la jurisprudencia utiliza sólo como complementario a la concurrencia de algún otro elemento que caracteriza la existencia de vínculos solidarios entre empresas del mismo grupo, pues una cierta forma de dirección nunca es consustancial a un grupo de empresas y no basta acreditar que existe grupo para que opere la responsabilidad empresarial."* Sentencia de 26 de septiembre de 1996, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura: pertenencia de varias sociedades a un mismo grupo empresarial. Grupo de empresas y actuación abusiva de la personalidad jurídica. En, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Op. cit.* p.551

[348] QUETGLAS, Rafael Sebastián. Op. cit. p. 129,132 y 133.

[349] Ley 24.522 de 1995.

[350] La legislación argentina entiende por controlante a: *a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso.* (Artículo 161.2 incisos a y b.). Es decir, nos habla

sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte." (Artículo 161 inciso 2).

De lo anterior cabe destacar los elementos necesarios para la extensión:

a) Una persona (física o ideal/jurídica) *controlante* a la que será extendida la quiebra. Lo que lleva a deducir que la quiebra no podrá ser extendida bajo esta normativa a las empresas hermanas o filiales partícipes de un Grupo;

b) La existencia de una empresa *controlada* fallida;

c) Debe de existir una *dirección unificada* a la que se encontrase sometida la fallida;

d) Debe de haber un desvío *indebido* del interés social, en beneficio de la controlante o del grupo económico. Es decir, la mera existencia del control o del grupo económico, son insuficientes para la configuración de la extensión, ya que el control debe haberse ejercitado de manera abusiva;[351]

e) En relación con el inciso que antecede y, aunque en el dispositivo legal precitado no lo estipule *expresamente*, la interpretación doctrinaria indica que la actuación abusiva de la controlante debe guardar *relación de causalidad* directa con la cesación de pagos de la concursada principal. [352]

Tal y como se señala en los inciso anteriores, se puede hablar de un abuso de la personalidad y del control cuando se produce un desvío indebido del interés social de la controlada que ocasiona daños a los acreedores. Se presume, *con la quiebra*, que este desvío indebido *ocasionó la cesación de pagos* de la controlada sujeta a la dirección unificada. En tal caso se configuraría la extensión de la quiebra a la controlante. No obstante, dicha presunción puede ser desacreditada mediante prueba en contrario en virtud del derecho de defensa de la controlante. En tal supuesto, la

---

de un control interno, por lo que no admitiría a una controlante externa, ni con una participación societaria inferior a la necesaria para ejercer una influencia dominante o de control en la voluntad o dirección de la subordinada.

[351] ROUILLON, Adolfo A.N. *Op.cit.* p.248 y 249.

[352] Ibíd y; MONTESI, Víctor Luis; MONTESI, Pablo Gustavo. *Op. cit.* pp. 60, 63,64, 65, 75, 99.

responsabilidad de ésta última se limitará a la reparación del daño, que mediante el ejercicio de las acciones de responsabilidad societaria, reclame el síndico o en su caso, los acreedores. [353]

Es decir, si se acreditase que hubo un control abusivo que ocasionó un daño indebido a los acreedores, pero éste no fue la causa de la cesación de pagos de la controlada, entonces dará lugar a la *extensión de la responsabilidad* y no así a la extensión de la quiebra de la controlante.[354]

Por otro lado, la existencia del grupo económico o de la relación de control, *per se,* no configuran la extensión de la quiebra. Es dable mencionar lo previsto por el artículo 172 de la LCQ argentina, en el que se reconoce la licitud de los grupos económicos, estableciendo que: *"cuando dos o más personas formen grupos económicos, aun manifestado por relaciones de control pero sin las características previstas en el Artículo 161, la quiebra de una de ellas no se extienden a las restantes."*

Es decir, la extensión de la quiebra en el derecho concursal argentino, estará supeditada a las situaciones excepcionales previstas por el artículo 161 de la LCQ, y no así por la mera existencia del grupo económico o de las relaciones de control inherentes al mismo.[355]

Por último, cabe destacar una de las consecuencias de la extensión de la quiebra en cualquiera de las hipótesis comprendidas por los incisos 1 y 2 del artículo 162 de la LCQ argentina, referentes a la actuación en interés personal y al abuso de la

---

[353] *"La ley 22.903, de reforma de la ley 19.550, incorporó al art. 54 un párr. 3º titulado 'Inoponibilidad de la personalidad jurídica', estableciendo: 'La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados'*. MONTESI, Víctor Luis; MONTESI, Pablo Gustavo. *Op. cit.* p.65

[354] *"Cuando hay una desviación de ese interés societario se comete un abuso de la personalidad societaria, y si esa desviación lo ha sido a través de una dirección unificada por medio del control y en beneficio de la controlante o grupo, sustituyendo el interés de la controlada por el de la controlante o del grupo, se da el abuso determinante de la extensión de quiebra. Aunque no lo mencione la ley, la desviación indebida del interés societario causado por el abuso de control, debe ser causa de la quiebra económica; de lo contrario, se tratará de una extensión de responsabilidad remediable por las acciones respectivas." Íbidem.* p.65

[355] Ver: SCOTTI, Luciana Beatriz, *Op.cit*.; ROUILLON, Adolfo A.N. *Op.cit*. p.258; ROITMAN, Horacio. *Op.cit*. p.297 y; MONTESI, Víctor Luis; MONTESI, Pablo Gustavo. *Op. cit.* p.71.

personalidad jurídica (o control abusivo). Es decir, el tratamiento que se le dará a las masas de la insolvencia.

En principio la quiebra se tramitará con las masas separadas de cada fallido, y los remanentes de cada masa constituirán un fondo común para satisfacer los créditos insolutos, sin atender a privilegios (art.168, 2º párrafo LCQ). Sin embargo, los créditos de quien actuó en su interés personal o de la controlante ("quebradas por extensión"), no podrán participar en la distribución de dicho fondo común (art.168, 3er párrafo LCQ). Así también quedarán excluidos de participar del fondo común, los créditos entre fallidos vinculados por la extensión (art.17ª, 2º párrafo LCQ), aunque sí podrán concurrir en el pasivo de la correspondiente masa separada.[356]

Ahora bien, para el caso de la extensión por confusión patrimonial (art.161 inciso 3 LCQ), se consolidará una masa única integrada por los bienes de la fallida principal y las quebradas por extensión, resultando una sola masa activa liquidable, a la cual podrán concurrir promiscuamente (pero atendiendo al orden de graduación respetivo) los acreedores de los distintos quebrados[357]. Por su parte serán cancelados los créditos entre fallidos vinculados.[358]

Es concluyente de todo lo anteriormente expuesto, que la extensión de la quiebra en el seno de los Grupos Empresariales como remedio a las injusticias y al daño ocasionado a los acreedores –derivados ya sea por abuso de las formas jurídicas, por la confusión patrimonial, la actuación en interés personal por medio de un testaferro, etc.- cada vez más va quedando en desuso, y se ha utilizado excepcionalmente en contados regímenes concursales.

Finalmente, se considera que existen medidas más adecuadas para limitar los abusos que pueden presentarse por conductas antijurídicas derivadas de las estructuras propias de los Grupos Empresariales, y que atienden al moderno derecho empresarial, tales como: la consolidación sustancial o la subordinación de créditos, teorías que serán estudiadas más adelante en el presente trabajo.

---

[356] ROUILLÓN, Adolfo A.N. Op. cit. p.257

[357] Ibídem. p.254.

[358] Art. 170, 3er párrafo LCQ: *"no son considerados los créditos entre fallidos comprendidos en la masa única".*

CAPÍTULO IX

LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO

IX.1 CONCEPTO DE PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS O VINCULADAS.-

Se entiende por personas especialmente relacionadas con el concursado ("comerciante" en nuestro régimen de insolvencia) a aquéllas que por razones de parentesco o de relaciones societarias, de negocios o similares, presentan una cercanía particular con el concursado que les permite tener acceso a cierta información privilegiada o confidencial sobre éste último, que hará posible conocer su situación financiera o económica y así realizar ciertos actos que permitan beneficiarse de dicha información o por lo menos proteger sus intereses crediticios[359] en perjuicio de los demás acreedores. Así también en algunos casos, ciertos vínculos, ya sea legales o contractuales, permiten igualmente ejercer un control en la toma de decisiones del comerciante que incidan en su futura insolvencia. Por lo anterior se presume que las personas relacionadas, además de beneficiarse del conocimiento de información privilegiada acerca del estado financiero del deudor, pudieran influir en la toma de decisiones que llegasen a perjudicar los intereses del resto de los acreedores.[360]

De acuerdo con la anterior apreciación, no sólo la doctrina se ha preocupado por estudiar a las personas con un vínculo especial con el deudor, sino sobre todo el legislador en un intento de procurar la justicia y el equilibrio en el proceso concursal, se ha encargado de regular varios supuestos en que es necesario limitar la actuación, la influencia y la participación de las personas allegadas. Para tal efecto, ha establecido

[359] Como bien menciona el FERRÉ FALCÓN las insolvencias "no caen del cielo", sino que se producen paulatinamente presentando una serie de focos rojos que permiten anticipar su existencia, y puesto que "*el conocimiento de dichas pistas no es igual, ni en el tiempo ni en la forma, para todos los acreedores, se presume que aquellos que puedan tener un acceso anterior a dichas circunstancias, intentarán llevar a cabo actos que les permitan proteger sus créditos"*. FERRÉ FALCÓN, Juan. *"Los créditos subordinados."* p.325. Navarra. Thomson Civitas. 2006.

[360] De igual forma FERRÉ FALCÓN citando a la doctrina alemana, expone que las Nahestehende Personen (personas cercanas o allegadas que más adelante estudiaremos) al tener un mejor acceso informativo acerca de la situación económica del deudor, pueden presionar a la deudora para que se realice contratos con ellas en perjuicio de los demás acreedores. *Ibídem.* p.325 (Ferré Falcón, Juan citando a la doctrina jurisprudencial emanada del BGH (NJW, 1986, 1047, 1049).

quiénes serán consideradas como tales, para lo cual a continuación se hará un breve análisis comparativo de algunas regulaciones concursales, comenzando por la normatividad colombiana.

Cabe aclarar que en un inicio únicamente se enunciará la calidad de las personas que las diversas disposiciones legales regulan como vinculadas con el deudor, sin analizar en una primera instancia los efectos de tal regulación. Será hasta el apartado XI.2 de este capítulo, en donde se analizarán los efectos de las diversas regulaciones jurídicas en relación a las partes relacionadas.

9.1.1 PERSONAS RELACIONADAS PARA LA LEY COLOMBIANA.-

En Colombia, la Ley 1116 del año 2006 regula el régimen de insolvencia, la cual en su artículo 12 considera como deudores vinculados por relaciones de control o subordinación (matrices, controlantes o subordinados), o aquéllos cuyos capitales estén integrados por las mismas personas ya sea de manera directa o indirecta o de patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales que no tengan personalidad jurídica (lo que en el derecho mexicano serían los fideicomisos empresariales). Así mismo, considera relacionadas a la matriz o controlante extranjera de la sucursal establecida en Colombia.[361]

De igual forma, el artículo 69 parágrafo 2º del mismo ordenamiento considera como especialmente relacionadas con el deudor para efectos de la postergación de sus créditos, a las personas vinculadas por relaciones de control o subordinación (matrices o subordinadas) y aquéllas en las que exista una dirección unificada. Así también, se incluye dentro de la clasificación del artículo 69 parágrafo 2º, a los administradores, revisores fiscales, apoderados judiciales, y por último a los cesionarios o adjudicatarios, cuando la adquisición se haya hecho dentro de los 2 años anteriores al proceso de insolvencia.

La citada ley 1116 en su numeral 24 considera para efectos de la calificación y graduación de créditos como vinculados al deudor, a sus socios, administradores o controlantes por razones de:

[361] Ver artículo 12 de la Ley 1116 de 2006, sobre las Matrices, Controlantes, Vinculados y Sucursales de Sociedades Extranjeras en Colombia.

"1. Parentesco, hasta cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.

2. Tener o haber tenido en los cinco últimos años accionistas, socios o asociados comunes.

3. Tener o haber tenido, en el mismo período indicado en el numeral anterior, representantes o administradores comunes.

4. Existencia de una situación de subordinación o grupo empresarial."

Se puede observar que en dicho numeral el "periodo sospechoso" para accionistas, socios, asociados, representantes o administradores comunes, es de 5 años, que es un lapso de tiempo bastante amplio en relación con otras regulaciones como por ejemplo la española que se estudiará más adelante y que establece un lapso de 2 años anteriores a la declaración del concurso.

Por otra parte es avanzada esta regulación ya que desde el año 2006 considera para ciertos efectos como el que se acaba de mencionar, como partes vinculadas a los *grupos empresariales* que posteriormente, en mayo del 2011, regulara su insolvencia en una Ley-Decreto especial: el Decreto 1749 de Mayo de 2011, el cual define al Grupo de Empresas como:

"… el conjunto integrado de personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos, o entes de cualquiera otra naturaleza que intervienen en actividades de carácter económico, vinculados o relacionados entre si por su carácter de matrices, controlantes o subordinadas, o porque la mayor parte de sus capitales pertenece o está bajo la administración de las mismas personas jurídicas o naturales, ya sea porque obran directamente o por conducto de otras personas, o de patrimonios autónomos. Así mismo, se entiende que forman parte de un Grupo de Empresas aquellos vinculados entre si porque son garantes unos de otros y las empresas que se encuentren en los supuestos establecidos en el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006."[362]

En cuanto a este tema, se puede mencionar también al artículo 32 de la citada Ley 1116 el cual, desde el año 2006 ya señalaba, para efectos de la aprobación del acuerdo de reorganización, a las personas que forman parte de una organización empresarial.[363]

---

[362] Artículo 2 del Decreto 1749 de mayo de 2011.

[363] Artículo 32 de la Ley 1116 de 2006 *"… forman parte de una organización empresarial: 1. Las personas que tengan la calidad de matrices o controlantes y sus subordinadas, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.- 2. Los empresarios y empresas anunciados ante terceros como "grupo",*

9.1.2 EL CASO DE ESPAÑA.-

Para el caso del régimen concursal en España, el artículo 93.1 de la Ley Concursal[364] considera personas relacionadas con el concursado persona natural a:

> *"1.º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.*
>
> *2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.*
>
> *3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado."*

Parece drástica esta regulación española cuando incluye como personas relacionadas con el concursado persona natural a las personas que hubieren convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y que se incluya también a los ascendientes, descendientes y hermanos de aquéllas personas que hubieran convivido habitualmente con el concursado, dentro del mismo término. A reserva de que lo se comentará en líneas más adelante (en el apartado 9.2.3 de éste capítulo), los severos efectos que produce esta regulación en cuanto a los derechos inherentes a dichas personas como acreedores o con relación de parentesco de acreedores, toda vez que quedan incluidas aquellas personas que si bien es cierto que vivieron o han vivido bajo el mismo techo con el concursado, en el hipotético caso de estudiantes que se trasladan a diversas ciudades por motivos de estudios y se hospedan en la casa del deudor, no por ello se debe presumir que tenga conocimiento de la situación económica o de los problemas financieros de dicho deudor. El simple hecho de cohabitar por cualquier circunstancia en un mismo domicilio, no implica el necesario conocimiento de los negocios de las personas que habitan en dicho domicilio, máxime cuando no les une relación sentimental o de parentesco. Más criticable aún es el que se hagan extensivas estas implicaciones legales a los parientes

---

'organización", "agrupación", "conglomerado" o expresión semejante.- 3. Las personas naturales o jurídicas vinculadas por medio de contratos de colaboración tales como sociedades de hecho, consorcios, uniones temporales y contrato de riesgo compartido, siempre y cuando exista plena prueba sobre la existencia de tales contratos."

[364] Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011, de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

(ascendientes, descendientes y hermanos) de la persona que cohabita bajo el mismo techo con el deudor, mismos que ni siquiera han vivido en el mismo domicilio y menor posibilidad tendrían de tener acceso a información confidencial de dicho deudor.

Y el numeral 93.2 de dicho ordenamiento establece como personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a:

> *"1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera.*
>
> *2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.*
>
> *3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado."*

Y al igual que el artículo 69 parágrafo 2º de la ley 1116 colombiana que ya se ha comentado, el artículo 93.3 de la Ley Concursal española considera como personas relacionadas a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a alguna de las personas mencionadas anteriormente, cuando la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, pero a diferencia de la legislación colombiana, la española establece expresamente una presunción *iuris tantum* acerca de esta calidad de personas relacionadas.

Así también se puede observar que la normativa española considera como partes relacionadas al concursado persona jurídica a las sociedades que formen parte del mismo grupo que el deudor o a sus socios. De acuerdo con el doctrinista Juan Ferré Falcón[365], la consideración que hace el artículo 93.2.3º sobre las sociedades integrantes del mismo grupo como personas vinculadas con el concursado, tiene su antecedente desde el año de 1995 en la Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal (PALC), en la que se mencionaba a las sociedades integrantes del mismo grupo de empresas en el artículo 127.2.3º y previamente a la PALC. También se

[365] Ver a FERRÉ FALCÓN, Juan. *Op.cit.* p.526

mencionaba a las sociedades integrantes del mismo grupo que el deudor -en el proyecto de adopción de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL)- en caso de suspensión de pagos, quiebra o intervención administrativa y a los créditos de terceros con garantía de las sociedades pertenecientes al mismo Grupo que la sociedad deudora, a todos ellos para efecto de postergar sus créditos.

Sin embargo, menciona FERRÉ FALCÓN, se ignora el origen de la inclusión en el artículo 93.2.3º de la actual Ley Concursal, como personas vinculadas con el concursado a los socios de las sociedades integrantes del mismo grupo, cuya primera referencia de acuerdo con Falcón fue publicada en el Informe de la Ponencia en el seno de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados y que de acuerdo con este mismo autor, califica a esta extensión a los socios como desmesurada, con relación al resto de las normas referentes a las personas especialmente relacionadas.

Esta opinión de Ferré Falcón no es congruente con la intensión del legislador de señalar a todos aquellos que puedan tener vínculos estrechos con el deudor, toda vez que resulta lógico que si son partes relacionadas las empresas que forman parte del mismo grupo que la deudora, en consecuencia también deben ser consideradas partes relacionadas los socios y accionistas de dichas empresas, con mayor razón si se trata de socios "comunes" de acuerdo con la última reforma a la ley, de octubre de 2011.

Por considerar que es explicativo y gráfico, a continuación se transcribe el siguiente esquema elaborado bajo la dirección del maestro Emilio Beltrán Sánchez, referente a *las personas especialmente relacionadas con el deudor* en cuanto a la subordinación legal de sus créditos en la recientemente reformada Ley Concursal española: [366]

[366] "Esquemas de Derecho Concursal" (Tomo XXI).- Cuarta Edición, actualizados conforme a la Ley 38/2011 de 10 de octubre de 2011, de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal.- Emilio Beltrán (Director).-Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. p.135.

CRÉDITOS SUBORDINADOS		
	Deudor persona natural	**Deudor persona jurídica**
PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL DEUDOR (Art. 93 LC)	- El **cónyuge** del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los 2 años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los 2 años anteriores a la declaración de concurso (art. 93.1.1º LC). -Los **ascendientes, descendientes y hermanos** del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el apartado anterior (art.93.1.2º LC). -Los **cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de l**os **hermanos** del concursado (art. 93.1.3º LC)	-Los **socios** que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un **5%** del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un **10%** si no los tuviera (art. 93.2.1º LC). -Los **administradores,** de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los 2 años anteriores a la declaración de concurso (art. 93.2º LC) -Las **sociedades** que formen parte **del** mismo **grupo** que la sociedad declarada en concurso **y sus socios comunes**, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el art. 93.2.1º LC (art. 93.3.3º LC).
	• Salvo prueba en contrario, **se presumen** personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas anteriormente, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los 2 años anteriores a la declaración de concurso.	

Esquema 9.1.2

9.1.3 EL CASO DE PORTUGAL.-

Por otra parte, para el caso del régimen de insolvencia de Portugal, el Código de Insolvencia y Recuperación de Empresas del 2004[367], considera en su artículo 49.1 como personas especialmente relacionadas con el deudor persona física a:

> *"a) Su cónyuge y a las personas de quien se hubiese divorciado dentro de los dos años anteriores al inicio del proceso de insolvencia;*
>
> *b) Los ascendientes, descendientes o hermanos del deudor o de cualquiera de las personas referidas en el párrafo anterior;*

[367] Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Republicação do Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 Agosto 2004.

c) Los cónyuges de los ascendientes, descendientes o hermanos del deudor;

d) Las personas que hubieran vivido habitualmente con el deudor en economía común en un periodo situado dentro de los dos años anteriores al inicio del proceso de insolvencia"

Por su parte el artículo 49.2 establece que serán consideradas como especialmente relacionadas con el deudor persona colectiva (jurídica) a:

"a) Los socios, asociados o miembros que respondan legalmente por sus deudas, y las personas que hayan tenido ese status dentro de los dos años anteriores al inicio del proceso de insolvencia;

b) Las personas que en su caso, hayan estado con la sociedad insolvente en relación de dominio o de grupo, en los términos del artículo 21º del Código de Valores Mobiliarios[368]*, en un periodo comprendido dentro de los dos años anteriores al inicio del proceso de insolvencia;*

c) Los administradores, de derecho o de hecho, del deudor y aquéllos que lo hubieren sido en algún momento dentro de los dos años anteriores al inicio del proceso de insolvencia;

d) Las personas relacionadas con alguna de las mencionadas en las líneas anteriores por cualquiera de las formas referidas en el n.º 1."

Por último en el artículo 49.3 se prevé el supuesto de la insolvencia respecto de un patrimonio autónomo, en la cual se considerarán personas especialmente relacionadas a los titulares y administradores de dicho patrimonio, o a aquéllas que estuvieran ligadas a ellos por alguna de las formas previstas en los puntos 1 y 2 del artículo 93, y aún en tratándose de herencia yacente se considerarán las ligadas al autor de la sucesión por alguna de las formas previstas en el número 1º, en la fecha de apertura de la sucesión o dentro de los dos años anteriores.

---

[368] *"Artigo 21.º Relações de domínio e de grupo.- 1 - Para efeitos deste Código, considera-se relação de domínio a relação existente entre uma pessoa singular ou colectiva e uma sociedade quando, independentemente de o domicílio ou a sede se situar em Portugal ou no estrangeiro, aquela possa exercer sobre esta, directa ou indirectamente, uma influência dominante. 2 - Existe, em qualquer caso, relação de domínio quando uma pessoa singular ou colectiva: a) Disponha da maioria dos direitos de voto; b) Possa exercer a maioria dos direitos de voto, nos termos de acordo parassocial; c) Possa nomear ou destituir a maioria dos titulares dos órgãos de administração ou de fiscalização.- 3 - Para efeitos deste Código consideram-se em relação de grupo as sociedades como tal qualificadas pelo Código das Sociedades Comerciais, independentemente de as respectivas sedes se situarem em Portugal ou no estrangeiro."* Código do Mercado dos Valores Mobiliários. Decreto-Lei n.º 486/99 de 13 de Novembro.

9.1.4 CASO DE ALEMANIA

En cuanto al derecho alemán se refiere, la figura de las personas relacionadas o "sujetos cercanos" al deudor (*Nahestehende Personen*) está recogida en el artículo 138 de su ley de insolvencia (*Insolvenzordnung* o InsO por sus siglas en alemán) que considera que "*en el momento en el que se llevó a cabo el acto jurídico impugnable, tenían, por razones personales, societarias o análogas, una especial posibilidad de acceder a la información sobre las condiciones económicas del deudor y, a través de esa información, llevar a cabo un acto junto con el deudor en perjuicio de los acreedores de éste.*" [369]

En el citado artículo 138 InsO se consideran como cercanos al deudor persona natural, a:

> *"1) El cónyuge del deudor o pareja de hecho (también cuando la pareja se haya disuelto con posterioridad al acto jurídico o en el año anterior a su realización) y sus parientes o del cónyuge o pareja de hecho en línea ascendente o descendente y hermanos de doble o simple vínculo del deudor o del cónyuge.*[370]
>
> *2) Parientes del deudor, o del cónyuge referido en el punto I, en línea ascendente o descendente y hermanos de doble o simple vínculo del deudor, o del cónyuge referido en el punto I, en tanto que cónyuge de esa persona.*
>
> *3) Sujetos que convivan en esa comunidad doméstica en el año anterior a la realización del acto."*[371]

Y considera cercanos al deudor persona jurídica o sociedad sin personalidad jurídica a:

> *"1) Los miembros del consejo de administración o supervisión y los socios personalmente responsables del deudor, así como los sujetos que estén interesados en más de un acuerdo del capital del deudor.*
>
> *2) Una persona o sociedad que en base a una relación conciliable con el derecho de sociedades o a una relación de servicios con el deudor puede conocer la situación económica del deudor.*

---

[369] FERRÉ FALCÓN, Juan. Op.cit. p.324.

[370] Cuena Casas, citado por DE LAMO MERLINI, Olga. *"Consideraciones sobre la situación de las personas especialmente relacionadas con el concursado".* P.37. Universidad Complutense de Madrid. 2010. http://eprints.ucm.es/10968/ ultima vista: 13 de Septiembre de 2011.

[371] Traducción propuesta por DASSO, Ariel. *Op.cit*. p. 73.

> *3) Una persona que se encuentre en la relación personal establecida en el punto I con las personas determinadas en el número 1 ó 2; ello no vale cuando las personas designadas en el número 1 ó 2 estén legalmente obligadas a guardar discreción sobre los negocios del deudor."* [372]

Tal y como se analizará en el siguiente apartado, uno de los efectos de las personas cercanas con el deudor en el derecho alemán es el de rescisión de los actos y contratos celebrados entre el concursado y personas cercanas a él, y no así el de postergación legal de sus créditos, lo que parece indicar coincidiendo con el análisis de la doctoranda Olga de Lamo, el espíritu de la normatividad concursal alemana no es tanto el de sancionar (como lo haría la ley concursal española) con la subordinación de sus créditos el ánimo defraudatorio de las personas cercanas, sino que se trata más bien de una reparación al activo que se vio menoscabado con el acto jurídico celebrado en perjuicio de los terceros.[373]

Parece atinada la regulación jurídica que hace el derecho alemán respecto a la inclusión como "personas relacionadas" a aquéllos que tengan una relación de servicios con el deudor persona jurídica y que puede conocer su situación económica. La inclusión de estos prestadores de servicios es original en el derecho alemán respecto de las otras diversas legislaciones en comento. La salvedad de que dichos sujetos prestadores de servicios estén legalmente obligados a guardar discreción sobre los negocios del deudor, de alguna manera protege los beneficios del secreto profesional, sin embargo parece nulificar el deseado efecto de señalar como personas relacionadas a los parientes en los grados señalados por la ley del prestador de servicios, porque la ley presume de buena fe que éste prestador de servicios no debiera utilizar a sus parientes mencionados para obtener beneficios indebidos en perjuicio de la masa de acreedores. Esta buena fe que sustenta las disposiciones del derecho alemán, situación que no se ve contemplada en otras regulaciones jurídicas ya mencionadas.

Después de esta breve reseña acerca de lo que diversas legislaciones entienden como personas especialmente relacionadas o cercanas con el concursado y de señalar

[372] Ibíd.
[373] DE LAMO MERLINI. *Op.cit*. p.38.

brevemente a los sujetos físicos y jurídicos que ciertos regímenes de la insolvencia alrededor del mundo, consideran como personas vinculadas, en seguida se establecerán cuales son algunas de las consecuencias e implicaciones económicas y jurídicas que imponen las mencionadas reglamentaciones a los sujetos relacionados con el deudor como resultado de la especial relación que tienen con él y en virtud de la información privilegiada que por tener ese carácter, puedan situarlos en una posición de ventaja con respecto a los demás acreedores.

IX.2 IMPLICACIONES ECONÓMICAS Y JURÍDICAS DE LAS PERSONAS ÍNTIMAMENTE RELACIONADAS CON EL DEUDOR.-

Una vez señaladas algunas de las reglamentaciones referentes a las personas relacionadas con el concursado en diversos regímenes de la insolvencia, el presente apartado lo se dedicará a analizar algunas de las consecuencias que lleva consigo dicha relación para los casos de las legislaciones de distintos países, tales como: Colombia, Portugal, España y Alemania. En un apartado por separado se analizará el caso de México.

9.2.1. IMPLICACIONES EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Para la normatividad colombiana, los efectos de ser una persona vinculada con el concursado, van desde aquellas de carácter puramente jurídico-procesal, como son el de la legitimación para iniciar un “proceso de reorganización” (que en México, equivaldría a la solicitud de apertura del concurso mercantil) en el supuesto de una “incapacidad de pago inminente”, que impide a los acreedores “vinculados” solicitar el inicio del proceso, legitimando únicamente al propio deudor o a los acreedores externos al mismo (numeral 2 del Artículo 11 la Ley 1116 del 2006).

No obstante, dicha solicitud puede referirse a varios deudores vinculados entre sí por relaciones de control o subordinación (matrices, controlantes, subordinadas), control que puede ser ejercido de manera directa o indirecta (ejercido por conducto de otras personas o patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales que no tengan personalidad jurídica) y que puede ser de carácter accionario (cuando sus capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas

personas jurídicas o naturales). En cualquier caso no es requisito que dicha relación de control haya sido declarada o inscrita en el registro mercantil. Y aunque existe un organismo que se encarga de conocer de los procesos de todos los deudores vinculados -la Superintendencia de Sociedades[374]- se encuentra permitida la celebración de acuerdos de reorganización independientes.

En este sentido, el Decreto 1749 de Mayo de 2011 complementa esta disposición, estipulando que la Superintendencia de Sociedades podrá decretar de oficio la iniciación conjunta de un proceso de insolvencia en tratándose de los Grupos de Empresas, los cuales, tal y como se mencionó en el apartado que antecede, están definidos por el numeral 1 del artículo 2 de dicha normatividad.

Así también el proceso de insolvencia extranjero relativo a matrices o controlantes extrajeras que tengan su sucursal en Colombia tendrá como efecto el inicio del proceso para su sucursal. (Artículo 12 Ley 1116 del 2006).

En resumen, los acreedores con carácter de vinculados no podrán solicitar el proceso de reorganización de su deudor para el caso de incapacidad de pago inminente. Solo podrán solicitar la iniciación del proceso de reorganización cuando ocurra la cesación de pagos (Artículo 11.1 de la Ley 1116 de 2006). El proceso de reorganización si podrá solicitarse respecto de varios deudores (nacionales o extranjeros con sucursales en Colombia) con una relación de vinculación (control-subordinación), que serán desahogados ante un mismo órgano, con independencia de que se puedan celebrar acuerdos de reorganización por separado. O bien, la iniciación conjunta podrá decretarse de oficio cuando se refiera a integrantes de un Grupo Empresarial.

Por otra parte, se prevé que la Superintendencia de Sociedades podrá decretar el proceso de reorganización de manera oficiosa de las matrices o controlantes, filiales

[374] La Superintendencia de Sociedades, es un organismo técnico adscrito a la Secretaria de Industria y Turismo colombiana, por medio del cual el Poder Ejecutivo Federal, ejerce una labor de inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles y de algunas otras personas jurídicas o naturales. Así también, con fundamento constitucional (artículo 116) tiene facultades jurisdiccionales en materia concursal y es la encargada de conocer de concordatos y acuerdos de recuperación. Consultar: Página oficial de la Superintendencia de Sociedades http://www.supersociedades.gov.co.Última vista 10 octubre de 2011.

o subsidiarias, o patrimonios autónomos relacionados, cuando su situación económica haya ocasionado la cesación de pagos de una vinculada o relacionada que ya está sujeta a proceso de insolvencia (numeral 3 del Artículo 15 de la Ley 1116 de 2006). Es decir, se contempla una especie de *"atracción"* o *"extensión"* del proceso de reorganización, en los casos en que se acredite que a causa de la especial situación del sujeto vinculado, provoque la insolvencia de otro relacionado.

Otra consecuencia de la vinculación la prevé el numeral 61 de la Ley 1116 de 2006, el cual establece la *responsabilidad subsidiaria* de la matriz o controlante, cuando la situación de insolvencia o liquidación judicial (similar a la quiebra en México) de su controlada o subsidiaria, hubiere sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante, en razón de la subordinación y en interés de aquélla o sus subordinadas, en contra del beneficio de la sociedad en proceso de reorganización o liquidación. Así pues, se estipula una presunción *"iuris tantum"*, por la cual la controlante responderá subsidiariamente por las obligaciones de su controlada, de quien se presume que se encuentra en situación de insolvencia por actuaciones derivadas de la relación de control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, demuestren que tal situación estuvo ocasionada por alguna otra causa.

Parece atinada desde el punto de vista jurídico-procesal esta solución propuesta por el legislador colombiano, al imponer la carga de la prueba de la inocencia de la controlante o sus vinculadas respecto de las causas que motivaron la insolvencia de la deudora, pues es más asequible a dichas empresas (controlante o sus vinculadas) acreditar la verdadera causa de la insolvencia que imponer a los acreedores la carga probatoria de acreditar que fueron la matriz o vinculadas quienes ocasionaron el estado de insolvencia.

Dicha acción, se conocerá por el juez a solicitud de la parte interesada, mediante procedimiento abreviado (que en México se llevaría por vía incidental), con una caducidad de cuatro años. Para el caso de la aplicación de dicha disposición y en caso de que se hubiere procedido a la solicitud conjunta del procedimiento derivada de una relación de control, el Decreto 1749 de Mayo de 2011, señala que no será

necesario que la situación de control haya sido declarada o inscrita en el registro mercantil con antelación (Artículo 23).

La anterior disposición no es la única que impone responsabilidad de carácter económico a una persona vinculada, sino que de manera similar, el artículo 60 de la Ley 1116, impone a los socios de la entidad deudora el pago del valor de los instalamentos de las cuotas o acciones no pagadas, para el caso de que los activos de la deudora hayan sido insuficientes para entender los pasivos. Tal pago será exigido por el liquidador (mediante proceso ejecutivo tramitado ante el juez que conozca de la liquidación), en adición del correspondiente a la responsabilidad adicional pactada en los estatutos.

También parece atinada esta disposición, porque existen innumerables casos en los cuales los socios o accionistas suscriben partes sociales o acciones, sin pagarlas (acciones pagaderas), bien al constituir la sociedad o bien por aumentos de capital decretados por la Asamblea. De esta manera se afecta la solvencia de las empresas al existir un capital suscrito y no pagado. Luego por ello es interesante el que sea la ley la que otorgue la acción ejecutiva al liquidador para exigir el pago de los instalamentos de las cuotas o acciones no pagadas, en beneficio de los acreedores.

Bajo la perspectiva del régimen de insolvencia colombiano, se observan también efectos en cuanto a la calificación y graduación de créditos, así como al derecho a voto derivado de dicha calificación y graduación. En primer lugar, el artículo 24 de la Ley 1116 de 2006, establece una disposición expresa al deudor de señalar en el proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto, cuáles son los acreedores que se encuentran relacionados con el deudor, sus socios, administradores o controlantes, por los vínculos que se enumeran en el mismo artículo (que han quedado señalados en el apartado IX.1 anterior).

Una vez dicho lo anterior, las consecuencias de ser acreedor vinculado o interno se verán reflejadas tanto en la votación en el acuerdo de reorganización como en la graduación de los mismos, en los siguientes términos:

a) En cuanto al derecho a voto se refiere:

Las reglas de votación del acuerdo de reorganización de la legislación colombiana establece cinco categorías de acreedores, de las cuales los acreedores internos conforman una de ellas (inciso d) del numeral 1 artículo 31 de la Ley 1116 de 2006). Los votos se contabilizan de acuerdo con los votos favorables provenientes de tres categorías de acreedores y en caso de que solo existan tres categorías en total, entonces la mayoría se conformará con los votos favorables pertenecientes a dos de ellas y por último, en caso de existir solo dos categorías, se contabilizarán la mayoría de votos favorables de ambas (numerales 2, 3 y 4 del artículo 31). Sin embargo, el acuerdo podrá aprobarse con el voto favorable de un número plural de acreedores que representen el 75% de los votos, para tal caso no se requerirá de las categorías votantes antes mencionadas. No obstante lo anterior, cuando la mayoría decisoria en el acuerdo sea detentada por acreedores vinculados o internos, se establece una limitación en cuanto a que no podrá preveerse en dicho acuerdo o sus reformas un plazo mayor a 10 años en cuanto a la atención a pasivos externos de acreedores no vinculados (parágrafo 2 del artículo 31)[375]. Por otro lado, la contabilización de los votos pertenecientes a los acreedores internos estará sujeta a las reglas establecidas por el parágrafo 1 del artículo 31, que señala como acreedores internos a los socios o accionistas de las sociedades deudoras, al titular de las cuotas o acciones en la empresa unipersonal y a los titulares de participaciones en cualquier otro tipo de persona jurídica. Y para el caso de la persona natural comerciante, el deudor tendrá dicha condición.

En adición a todo lo anteriormente expuesto, la mayoría absoluta alcanzada con votos favorables de acreedores internos o uno o varios acreedores pertenecientes a una misma "organización o grupo empresarial" no será suficiente para la aprobación del acuerdo, sino que se requerirá además, la aprobación de un 25% o más de los votos restantes, emitidos en el mismo sentido por un número plural de acreedores de cualquier otra categoría (Artículo 32 de la Ley 1116).

[375] Artículo modificado por el artículo 38 de la Ley 1429 de 2010, publicada en el Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010.

Así también, se establece la obligación de informar al promotor cuando dos o más acreedores formen parte de una misma organización o grupo empresarial, a más tardar en la fecha de la audiencia de decisión de objeciones o en la fecha de expedición de la providencia que fija el plazo para la celebración del acuerdo, so pena de que sus derechos de voto queden reducidos a la mitad.

b) En lo relativo a la graduación de los créditos:

Para el régimen concursal colombiano, los créditos nacidos de obligaciones contraídas con las personas especialmente relacionadas, se encuentran legalmente postergados por disposición expresa del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006, a excepción de aquéllas obligaciones provenientes de recursos entregados con posterioridad a la admisión a trámite del procedimiento y destinados a la recuperación de la empresa. En este mismo sentido se pronuncia el Decreto 1749, en su artículo 18, el cual beneficia a la financiación posterior a la iniciación del proceso de reorganización, estableciendo que:

> *"Articulo 18. Beneficios para el otorgante de la financiación. Al partícipe del Grupo de Empresas otorgante de esta financiación se le aplicarán los beneficios consagrados en el articulo 41 de la Ley 1116 de 2006* y no se *considerará que los recursos entregados después de la admisión al trámite, deban tratarse como legalmente postergados según lo dispuesto en el numeral 1 del articulo 69 de la Ley 1116 de 2006.*
>
> *(…)."*

Tanto en el régimen de insolvencia mexicano como en el colombiano y tal vez en los de la mayoría de los Estados, uno de los fines que se persigue en la legislación concursal es el de preservar la existencia de las empresas (económicamente viables y socialmente útiles) que son a su vez fuente de trabajo y de riqueza para la nación. Tal como se observó en capítulos anteriores, algunos detractores de la subordinación automática de los créditos de personas vinculadas y en particular de la subordinación de los créditos intra-grupos, afirman que al "penalizar" con la severidad de subordinar los créditos de las empresas del mismo grupo, probablemente se le esté privando a la deudora de la financiación que pudiera haber sido su última oportunidad para escapar de la bancarrota.

Sin embargo, a la luz de lo previsto por los artículos 69 de la Ley 1116 y 18 del Decreto 1749 colombianos, que permiten un financiamiento posterior a la iniciación del proceso, libre de la sanción que presupone la postergación de los créditos, se comprueba que aún establecida la medida de la subordinación legal y automática de los créditos de personas vinculadas, no es impedimento para que se alcance el fin de procurar salvar a la empresa deudora; lo anterior, bajo la supervisión de las autoridades, y con el conocimiento y consentimiento previo de los demás acreedores[376] en el marco que presupone la transparencia del proceso concursal, de manera que, no deje lugar a dudas la "buena fe" de la benefactora, encaminada a rescatar a la empresa deudora relacionada y no así su propio interés en perjuicio de los demás acreedores.

Para asegurar esta "buena fe", en el numeral 18 del Decreto 1749, el legislador colombiano exceptuó del beneficio antes citado, a aquellas financiaciones que se destinaren al pago del pasivo postergado o tengan un fin distinto al de asegurar la supervivencia de la empresa destinataria de los recursos o a mantener o incrementar el valor de su patrimonio o el de la masa de la insolvencia.[377]

Especial importancia adquiere el comentario acerca de las bondades de esta previsión legal de la Ley colombiana para que la concursada pueda obtener financiamiento, si se compara, a manera de ejemplo, lo acontecido y resuelto por la Corte de Bancarrotas para el Distrito Norte de Texas, División Dallas, en Estados Unidos de Norteamérica, en relación al procedimiento concursal de seis subsidiarias estadounidenses del Grupo Empresarial "Vitro" (el mayor fabricante de productos de vidrio de México). En dicho procedimiento, las referidas seis subsidiarias solicitaron al juez de la causa Rusell Nelms, permiso para recibir préstamos de la *holding* mexicana ("Vitro") por US3.5 millones de dólares cada mes en lugar de los US1.5 millones de dólares mensuales que habían venido recibiendo de su *holding* para gastos operacionales. El referido juez negó la autorización para dicho préstamo, estableciendo que en caso de hacerse, debería tomarse en calidad de capitalización de

[376] Artículo 17 del Decreto 1749.
[377] Ibíd.

dichas empresas subsidiarias, negando con ello el acceso a este crédito que posibilitaba la recuperación económica de las empresas. [378]

Ya se mencionaron tanto los efectos jurídicos-procesales, como aquellos referentes a la votación y graduación de los créditos de las personas relacionadas. Sin embargo, el derecho colombiano en lo que se refiere a las personas vinculadas, tiene efectos tan diversos como en el ámbito ético de transparencia empresarial; la Ley 1116 establece una obligación al deudor de precisar en el acuerdo de reorganización, que se exprese el Código de Gestión Ética Empresarial, las reglas a las que se sujetará su administración con relación a sus operaciones con asociados (tales como reparto de utilidades y dividendos) y en las que, cualquier decisión estará sujeta a la autorización del comité de vigilancia.[379] La omisión de dicha obligación tiene consecuencias pecunarias como la imposición de multas e incluso la remoción del cargo de administrador.[380]

Por otro lado, el Decreto 1749 que se refiere a la insolvencia de los Grupos Empresariales en Colombia, prohíbe otorgar garantías sobre bienes gravados del deudor vinculado sin el voto del beneficiario de dicho gravamen[381].

Además es conveniente señalar lo establecido por el Artículo 21 del Decreto 1749 que señala:

> *"Articulo 21. Acciones revocatorias y de simulación. Para efectos de determinar la procedencia de la acción revocatoria concursal o la que pretenda declarar la simulación, el juez del concurso, adicionalmente a lo previsto en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, respecto de los actos o negocios realizados por parte de un deudor vinculado o participe de un grupo de empresas tendrá en consideración:*
>
> *1. La finalidad de ese acto o negocio.*
>
> *2. Si el acto o negocio ha contribuido al rendimiento comercial y financiero del Grupo de Empresas en su conjunto.*
>
> *3. Si gracias a la celebración de ese acto o negocio, los participes del Grupo de Empresas u otras personas allegadas obtuvieron alguna*

[378] *In re Vitro Asset Corp., et al*.- Caso 11-31600-hdh-11.- Bankruptcy Court for the Northern District of Texas, Dallas Division

[379] Artículo numeral 1 del artículo 78 de la Ley 116 de 2006.

[380] Ibídem. Parágrafo.

[381] Artículo 19 Decreto 1749 de Mayo de 2011.

ventaja que normalmente no se otorgaría entre partes no relacionadas especialmente con el deudor.

4. Los actos o contratos celebrados o ejecutados entre los participes del Grupo de Empresas, las contraprestaciones reciprocas, incluyendo contratos de trabajo y conciliaciones laborales.

5. La forma en que se cumplieron las obligaciones.

6. Las fechas en las que se celebraron las operaciones.

7. La imposibilidad de identificación de quiénes fueran los beneficiarios reales.

8. Las participaciones sociales en las compañías involucradas.

9. Los movimientos contables entre las empresas vinculadas.

10. Las fechas de constitución de las compañías que participaron en la negociación.

11. El valor de compra y el de venta de los bienes objeto de la negociación."

Es relevante el contenido de la disposición legal invocada, porque el arbitrio judicial para resolver la revocación o nulificación de actos jurídicos celebrados por la deudora y que se consideran en perjuicio de los acreedores, se ve constreñido y limitado a una serie de consideraciones propias del mundo de los negocios. Resulta evidente que la enunciación de los lineamientos que deberán ser tomados en cuenta por el juzgador se fundamentan en el hecho de analizar los actos jurídicos sospechosos frente a los que se realizarían entre empresas que no forman parte de un Grupo Empresarial, tomando en cuenta prestaciones y contraprestaciones recíprocas, nivel de vinculación, antigüedad de las empresas involucradas, etc.

Finalmente, en el Decreto 1749 antes citado, se establece un periodo de sospecha[382] para deudores vinculados dentro del cual se podrá demandar la acción revocatoria y de simulación de actos realizados por el deudor en perjuicio de sus acreedores,[383] el cual se contará a partir del inicio del proceso de insolvencia del

[382] Ibídem Artículo 22.

[383] *"ARTÍCULO 74. ACCIÓN REVOCATORIA Y DE SIMULACIÓN. Durante el trámite del proceso de insolvencia podrá demandarse ante el Juez del concurso, la revocación o simulación de los siguientes actos o negocios realizados por el deudor cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos*: (…)"Ley 1116 de 2006

miembro del Grupo de Empresas que haya iniciado primero el procedimiento, o bien a partir del inicio del procedimiento de varios miembros del Grupo de Empresas cuando se trate de una solicitud conjunta.

9.2.2. IMPLICACIONES EN LA LEGISLACIÓN DE PORTUGAL

Para la legislación concursal portuguesa las consecuencias de ser persona especialmente relacionada con el deudor concursado radica principalmente en la prelación de sus créditos, los cuales resultarán postergados, al igual que en la legislación colombiana y española que se mencionarán en seguida.

La reglamentación portuguesa tiene la particularidad de subordinar los créditos de las personas que hayan sido vinculadas con el concursado dentro de los dos años anteriores al inicio del proceso de insolvencia, de acuerdo con el artículo 48 inciso a) del Código de Insolvencia y de Recuperación de Empresas de 2004.

Otras graves consecuencias señaladas por la legislación concursal portuguesa en comento en donde intervienen personas especialmente relacionadas, son las establecidas en el Artículo 120.4 que regula la resolución judicial que determina la mala fe del tercero al cual se le presume la ejecución de actos cuya práctica u omisión hubiesen ocurrido dentro de los dos años anteriores al inicio del proceso de insolvencia y en el que ha participado o se ha aprovechado la persona especialmente relacionada con el insolvente, aunque la relación especial no existiese a esa fecha.

También se señala de manera especial el contenido del Artículo 186.2 inciso b) que tipifica como insolvencia culposa de un deudor que no sea una persona física, cuando sus administradores de hecho o de derecho hayan creado o agravado artificialmente pasivos, causado perjuicios o reducido las utilidades, mediante la celebración de negocios ruinosos, bien en provecho del deudor o bien en provecho de personas con ellos especialmente relacionadas. Las anteriores disposiciones también aplican para el comerciante persona singular (persona física) en lo que sea compatible, en los términos del Artículo 186.4 de la ley en comento.

La consecuencia de que mediante una resolución judicial se califique a la insolvencia como culposa, la señala el Artículo 189, apartado 2, que penaliza con la

inhabilitación de dos a diez años para ejercer el comercio; para ocupar cualquier cargo de titular de órgano de sociedad comercial o civil, asociación o fundación privada de actividad económica, empresa pública o cooperativa; determina la pérdida de cualesquier créditos sobre la insolvencia o sobre la masa insolvente y condena a la restitución de los bienes o derechos ya recibidos en pago. Como se puede apreciar en la legislación portuguesa, aun se preserva la calificativa de la insolvencia en fortuita o culposa, situación que ya no se preservó en la Ley Concursal Mexicana. Hay que recordar que en la abrogada Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos mexicana de 1943, existía la calificativa de la insolvencia (suspensión de pagos o quiebra) como fortuitas, culpables o fraudulentas. Estas dos últimas calificativas, inclusive con consecuencias de carácter privativo de la libertad al constituir delitos especiales.

9.2.3. IMPLICACIONES EN EL RÉGIMEN CONCURSAL DE ESPAÑA

Dentro del procedimiento del concurso de acreedores español, existen varias prohibiciones para las personas especialmente relacionadas con el concursado, tales como el impedimento para ser nombrados administradores del concurso (artículo 28.4 de la Ley Concursal española). En cuanto a esta limitación, la ley concursal española es muy estricta, pues la hace extensiva no solamente a las vinculadas con el deudor, sino también a aquéllas personas que hubieren prestado cualquier clase de servicio profesional tanto al deudor como a las personas relacionadas con éste último durante los tres años anteriores al concurso, o a cualquier persona que hubiere compartido con el deudor actividades profesionales o de otra naturaleza (artículo 28.1 de la Ley Concursal española). Así tampoco podrán ser administradores en un mismo concurso personas vinculadas ya no sólo con el deudor, pero entre sí. El origen de este vínculo puede ser por la calidad de la persona (pariente, administrador, socio, etc. siguiendo las reglas del artículo 93) o haber nacido de una relación profesional, entendiéndose como personas vinculadas profesionalmente aquéllas *"(…) entre las que existan, o hayan existido en los dos años anteriores a la solicitud de del concurso, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, cualquiera que sea el título jurídico que pueda atribuirse a dichas relaciones"* (artículo 28.4 segundo párrafo de la LC española).

Otra de las prohibiciones procesales para las personas vinculadas con el concursado es la de fungir como apoderado de acreedores en la junta respectiva, no obstante tengan también el carácter de acreedores dentro del concurso (artículo 118.2).

Por otro lado, si en la lista de acreedores se señalare como especialmente relacionada con el deudor a una persona que no tenga dicho carácter conforme a la ley, el acreedor afectado podrá impugnar tal calificación, pero de no hacerlo en el tiempo y la forma que marca la ley (en su artículo 96), el juez dictará auto que declare extinguidas las garantías constituidas a favor de sus créditos y podrá ordenar en su caso, la restitución posesoria y cancelación de los registros correspondientes (artículo 97.2), con excepción de los créditos por salarios que se señalan en el número 1º del artículo 91, cuando se trate de un concursado persona natural.

Además de las prohibiciones y limitaciones de carácter procesal, el régimen español marca otro tipo de consecuencias jurídicas como resultado, por ejemplo, de las acciones de reintegración, que ponen en duda los actos realizados por personas vinculadas, en perjuicio de los demás acreedores. El punto 1º del artículo 71.3 indica que aquéllos actos celebrados a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado serán rescindidos, en virtud que se presumen (salvo prueba en contrario) como perjudiciales para la masa activa, aún cuando éstos no hubiesen sido realizados con intención fraudulenta. No obstante, las acciones de reintegración no podrán ser ejercitadas si los actos se derivan de la actividad empresarial o profesional ordinaria del deudor en condiciones normales (artículo 71.5.1º).

Para el caso del derecho de grupos, habría que precisar cuáles serían aquellos actos derivados de una actividad empresarial “normal”, puesto que como sea venido estudiando a lo largo del presente trabajo, la actividad natural de los grupos es perseguir el bienestar económico de la unidad llamada Grupo Empresarial, cuyo interés general en ocasiones está por encima de los intereses particulares de sus integrantes. Por lo tanto, hay quienes podrían opinar que las actividades que encuentren su motivación en el interés empresarial del Grupo, estarían exentas de ser

rescindidas, ya que pudieran ser consideradas como actos ordinarios de su actividad empresarial.[384] Sin embargo, bajo esta perspectiva habría que delimitar hasta qué punto deberían ser considerados ordinarios y justificados los actos fundados en el interés grupal.

En el presente estudio se considera que existe una regla infalible para la calificación de un acto con intensión fraudulenta y ésta es el enfrentar al acto de que se trata con otros actos similares realizados por el propio concursado con terceros no vinculados.

Por último, se mencionará la subordinación legal que sufren los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado en el régimen concursal español. Dicha postergación se encuentra prevista por el artículo 92.5º de la Ley Concursal española y exime a los créditos salariales comprendidos en el número 1º del artículo 91 cuando el deudor sea persona natural, y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1º y 3º que reúnan las condiciones de participación en el capital que ahí se indican. En cuanto a este punto (la subordinación), por el momento no se harán más comentarios ya que será ampliamente estudiado en el Capítulo XII siguiente, dentro del cual se estudiará su tratamiento en la legislación concursal de España.

9.2.4. IMPLICACIONES EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL DE ALEMANIA

El régimen de insolvencia alemán regulado por la *Insolvenzordung* (InsO), prevé al igual que la legislación concursal española implicaciones a las personas relacionadas (*Nahestehende Personen* señaladas en el art.138 InsO) en cuanto a la rescindibilidad de ciertos actos jurídicos que a continuación se mencionan:

1. Será impugnable un acto jurídico que haya otorgado una garantía a un acreedor, cuando haya sido celebrado dentro de los tres meses anteriores a la solicitud de apertura o con posterioridad a ésta, si el deudor era

[384] Ver opinión de SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan en "*Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades*". p.14. Anuario de Derecho Concursal nº 5. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2005.

insolvente cuando se realizó el acto y el acreedor conocía dicha situación o si conocía de la solicitud de apertura de procedimiento al momento de celebrar el acto (artículo 130.I). El conocimiento de la insolvencia o solicitud de apertura, se equipara al conocimiento de las causas que produjeron tal insolvencia o solicitud (130.II). Y se presume que los acreedores "cercanos" al deudor (que son los señalados por el artículo 138 InsO que ya han quedado asentados en el apartado IX.1 del presente) tienen conocimiento de la situación de insolvencia o solicitud de apertura (130.III).

Luego entonces, serán impugnables todos los actos jurídicos por los que se haya otorgado alguna garantía a una persona especialmente relacionada (o "cercana" para el régimen de insolvencia alemán) que haya sido celebrado dentro de los términos citados.

2. De igual forma podrá ser impugnado cualquier acto celebrado dentro del segundo o tercer mes anterior a la solicitud de apertura del procedimiento, que hubiere otorgado una garantía o satisfacción a un acreedor que no haya tenido derecho a ella, o no en la forma o en el tiempo, siempre que en el momento de la celebración del acto, el acreedor haya tenido conocimiento de que con él se perjudicaba los intereses de los demás acreedores (artículo 131.I.3 InsO). Y se presume que las personas cercanas al deudor en el momento de la celebración del acto conocían del perjuicio a los acreedores (art.131.II)

Con fundamento en lo anterior, serán rescindibles los actos celebrados con personas cercanas que hubieren otorgado una garantía o satisfacción a la que no hayan tenido derecho.

3. Por aplicación analógica a las fracciones II y III del artículo 130 InsO, son impugnables los negocios jurídicos celebrados con personas cercanas al concursado y que causen un perjuicio directo a los acreedores, siempre que se haya celebrado dentro de los 3 meses anteriores a la solicitud de apertura del procedimiento o posterior a ésta (artículo 132).

4. De igual forma, son impugnables bajo la normativa concursal alemana los contratos a título oneroso celebrados con personas cercanas, que ocasionen un perjuicio directo e intencionado a los acreedores, excluyéndose a aquéllos celebrados con anterioridad a los 2 años previos a la solicitud de apertura o si en el momento de su realización la persona cercana no haya tenido conocimiento de la intención del deudor de perjudicar a sus acreedores (art. 133.II)

La anterior disposición es justa al excluir aquellos actos celebrados con anterioridad a los dos años de la solicitud de apertura del concurso, plazo por demás razonable porque lo más probable es que ni el propio concursado sabía de que en el futuro, a los dos años siguientes caería en insolvencia. Hay que recordar que la propia ley hace la presunción *iuris et de iure* de considerar a las personas cercanas con el deudor como sabedoras de su condición de insolvencia, ocasionando consecuencias tan graves como la anulación de ciertos actos celebrados con él dentro de los tres meses previos a la solicitud, en el afán de protección de los demás acreedores externos. Por tanto el origen de dicha presunción es precisamente la comprensión del legislador alemán de la condición de persona relacionada, en virtud de que generalmente tiene un acceso privilegiado respecto de la condición del deudor. Ahora bien, si se presume el conocimiento de la situación financiera del deudor por las personas vinculadas a éste, luego entonces ¿no sería lógico que también tuviera conocimiento de la intención del deudor para celebrar contratos con él? Sobre todo en materia de Grupos, es muy probable que la respuesta sea afirmativa.

Finalmente, de acuerdo con el ordenamiento de insolvencia alemán, se requerirá de la autorización de la junta de acreedores para enajenar la empresa cuando el comprador o el sujeto que posea al menos una quinta parte del capital del comprador, sea una persona especialmente relacionada con el deudor (art. 162.I.1).

Con los comentarios que se efectuaron en los párrafos anteriores respecto a diversas legislaciones en materia concursa, en relación a las personas especialmente relacionadas con el deudor y las consecuencias jurídicas que a esta relación le confieren dichas legislaciones, se pretende dejar sentadas las bases para, en líneas

posteriores, analizar el caso de la legislación concursal mexicana y concentrarse en los efectos jurídicos de la subordinación de los créditos, institución jurídica que no se encuentra adecuadamente regulada en la legislación mexicana, pues sólo existe una tímida referencia al caso de subordinación de créditos en contra de los acreedores de socios ilimitadamente responsables de una sociedad concursada, tal y como se mencionará más adelante.

IX.3 EL CONCEPTO DE *INSIDER* EN EL DERECHO CONCURSAL ESTADOUNIDENSE.-

En el régimen de la insolvencia estadounidense para referirse a una persona vinculada o cercana al deudor se ha empleado el término de *insider* y aunque este concepto no se encuentra precisamente definido por la legislación, el Código de Bancarrotas ha establecido un catálogo de sujetos o entes que pueden ser considerados o "incluidos" dentro de dicho término. Sin embargo, al no definir el derecho norteamericano dicho concepto y al hacer una enunciación que no será limitativa ni exhaustiva acerca de las personas que podrán ser consideradas como tales, su significado ha sido ampliamente discutido tanto por la doctrina como por las Cortes norteamericanas.

En el presente se considera como lo más prudente para acercarse al significado del *insider*, comenzar por señalar a los sujetos que el Código de Bancarrotas norteamericano considera *incluidos* dentro de este término. Al efecto, la Sección 101 numeral 31[385] contempla como *insiders*, si el deudor es una persona física (*individual*) a:

(i) El pariente del deudor o el pariente[386] de un socio ilimitadamente responsable (*general partner*)[387] del deudor;

[385] U.S. Bankruptcy Code. Title 11. Chapter 1. § 101.- Definitions. (31) (A) (B) (C) (D) (F)

[386] El término "pariente" se refiere al individuo relacionado por afinidad o consanguinidad hasta el tercer grado como se determina en la ley común, o un individuo con relación derivada de una adopción o nuevo matrimonio (madrastra, padrastro, hermanastros, etc.) hasta el tercer grado. *Ibídem*. § 101 (45)

[387] El término de "g*eneral partner"* se refiere al socio que ordinariamente toma parte en la operación diaria del negocio, participa en las utilidades y pérdidas y es personalmente responsable por las deudas y obligaciones de sociedad. También conocido como "*full partner*". Black's Law Dictionary, Eight Edition. Thomson West. 2004. P.1152.

(ii) la sociedad colectiva (*partnership*) en la cual el deudor sea socio ilimitadamente responsable (*general partner*);

(iii) un socio ilimitadamente responsable (*general partner*) del deudor;

(iv) una sociedad (*corporation*) en la cual el deudor sea directivo, administrador o socio de control

Si el deudor se trata de una sociedad (*corporation*), se incluye en el término *insider* a:

(i) El director del deudor;

(ii) el administrador del deudor;

(iii) el socio de control del deudor;

(iv) la sociedad colectiva (*partnership*) en la cual el deudor sea socio ilimitadamente responsable (*general partner*);

(v) el socio del deudor en una sociedad colectiva (*partnership*);

(vi) el pariente de un socio ilimitadamente responsable (*general partner*), directivo, administrador o socio de control del deudor.

Si el deudor es una sociedad colectiva (*partnership*), serán *insiders* de esta:

(i) Los socios ilimitadamente responsables (*general partner*) del deudor;

(ii) los parientes de los socios ilimitadamente responsables (*general partners*) del deudor o de las personas en posición de control del deudor;

(iii) la sociedad colectiva (*partnership*) en la cual el deudor sea socio ilimitadamente responsable (*general partner*);

(iv) la persona que esté en una posición de control del deudor.

Por otro lado, para el caso que el deudor sea un municipio (*municipality*) será *insider* de acuerdo con la Sección 101 (31) (D) el funcionario electo (*elected official*) del deudor, y sus parientes.

Por último, el Código de Bancarrotas en su §101 incluye como *insiders* a aquellas entidades relacionadas con el deudor por vínculos societarios (tenencia accionaria a partir del 20% con derecho a voto) o de prestación de servicios (gestión o

administración de negocios por virtud de un contrato) a las cuales se les denomina afiliadas (*affiliates)*[388], así como a los *insiders* de éstas últimas (§101.31.E). Igualmente se consideran *insiders* los agentes ejecutivos que actúan bajo su propio juicio y discreción (*managing agents)*[389] del deudor (§101.31.F).

Doctrinalmente, para el tratadista H. José Miguens en su obra que trata sobre la insolvencia de los Grupos de Empresas, define al *insider* como:

> *"… aquel sujeto que tiene el poder, en potencia o en acto, de determinar la política empresarial unificada dentro de un grupo de sociedades y, que, como tal, tiene una posición privilegiada en cuanto a gobierno, administración, documentación e información sobre el grupo, respecto de los outsiders, que serían los sujetos que lógicamente constituyen su término contradictorio, es decir, totalmente opuesto a tal posición, en el sentido de que, al carecer del poder de control, no tienen acceso a las principales fuentes de información y ejecución de la política empresarial unificada."*[390]

Por otro lado, se observa de la lectura a la Sección 101 del Código de Bancarrotas estadounidense, que dentro de la extensa enumeración que se hace de los que serán incluidos dentro del término de *insider*, se consideran principalmente tres elementos: a) el de *cercanía* con el deudor, por ejemplo con la relación de parentesco ya sea por consanguinidad, civil o por adopción; b) el de vinculación ya sea societaria, directiva o administrativa con el deudor que permite tener acceso a la *información privilegiada* y; c) el de *control*, que como bien señala Miguens, para el caso de los

---

[388] Section 101(2) "*The term "affiliate" means - (A) entity that directly or indirectly owns, controls, or holds with power to vote, 20 percent or more of the outstanding voting securities of the debtor, other than an entity that holds such securities - (i) in a fiduciary or agency capacity without sole discretionary power to vote such securities; or (ii) solely to secure a debt, if such entity has not in fact exercised such power to vote; (B) corporation 20 percent or more of whose outstanding voting securities are directly or indirectly owned, controlled, or held with power to vote, by the debtor, or by an entity that directly or indirectly owns, controls, or holds with power to vote, 20 percent or more of the outstanding voting securities of the debtor, other than an entity that holds such securities - (i) in a fiduciary or agency capacity without sole discretionary power to vote such securities; or (ii) solely to secure a debt, if such entity has not in fact exercised such power to vote; (C) person whose business is operated under a lease or operating agreement by a debtor, or person substantially all of whose property is operated under an operating agreement with the debtor; or (D) entity that operates the business or substantially all of the property of the debtor under a lease or operating agreement."* U.S. Banckruptcy Code.

[389] De acuerdo con el Black's Law Dictionary "*managing agent*" es la persona con los poderes generales que corresponden al ejercicio de su administración la cual se lleva a cabo bajo su juicio y discreción en oposición del "*ordinary agent*" que actúa bajo la dirección y control del principal. *Op.cit.* p.70.

[390] MIGUENS, Héctor José. Op.cit. p. 169.

Grupos Empresariales suponen la facultad de conducir a las empresas en una dirección unificada.

No obstante que la legislación norteamericana en la Sección 101 (31) expone una lista larga y precisa de aquéllas personas y entes que en virtud de su relación con el deudor se consideran *insiders* (dieciocho en total), su redacción ha resultado muy controvertida ya que señala que el término *insider* "*incluye*" a las personas que luego enlista, lo cual, conduce a pensar que tal catálogo es de carácter enunciativo e ilustrativo, mas no limitativo y que pueden existir otros sujetos que también podrían considerarse como *insiders.* Y en efecto, jurisprudencialmente varios tribunales estadounidenses en su facultad discrecional, han realizado interpretaciones a dicho término, haciéndolo extensivo a otro tipo de relaciones no contempladas por la legislación concursal en la Sección 101.

Como por ejemplo, varios juzgados estadounidenses se han basado entre otros, en fundamentos tales como el de la "historia o antecedentes legislativos" (algo similar a los precedentes, Exposición de Motivos, diario de debates etc., en derecho mexicano), basándose en los informes que los Comités de Justicia del Senado y del Congreso acompañaron al proyecto de ley, en los cuales explicaba la definición del concepto de *insider*, de la siguiente manera: "*insider es aquel que tiene una relación lo suficientemente cercana con el deudor, que su conducta quede sujeta a un examen más riguroso que el de aquellos que negocian a distancia (at arms leght)*[391] *con el deudor"*[392]*.* Esto es, un *insider* tiene tal cercanía con el deudor que tiene acceso a información privilegiada en tanto que aquellos que no lo son negocian como cualquier

[391] De acuerdo con la Dra. Martha Alicia Puente Esparza *3.2.2. Principio Arm's Length.- Este principio se encuentra establecido en el capítulo 1 de las guías de la OCDE y se basa en la consideración de que cada una de las empresas del grupo fueran independientes, lo cual, las obligaría a encontrar los mejores precios para comprar y vender, esto lleva a la obtención de una utilidad similar a las que generan las empresas independientes que se basan en las fuerzas del mercado y, no por condiciones de manejo del grupo multinacional. Para que se dé el principio de plena competencia (Arm's Length) se requiere de dos aspectos importantes y esenciales que son: un análisis de comparabilidad y la aplicación de la metodología, (…)* PUENTE ESPARZA, Martha Alicia. *"Las empresas multinacionales en México y la evasión en el Impuesto Sobre la Renta*." Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. 2006. http://www.eumed.net/tesis/2010/mlpe/ficha.htm

[392] CARTWRIGHT, Grant L., *"Nonstatutory" Insiders Under Bankruptcy Code § 101(31): An "Arm's-Length" Test Is Not a Proper Test*. p. 158. Thomson Reuters. 2009. (Traducción propuesta por el autor).

tercero extraño a una relación íntima o confidencial y que por tanto sería comparable a cualesquier otra relación propia del mercado.

Las decisiones de las Cortes dictadas con fundamento en tal definición no han estado libres de polémica, ya que por un lado, hay doctrinistas que consideran a la definición propuesta en los informes de los Comités del Senado y del Congreso como "poco clara"[393] , mientras que otra parte de la doctrina ha propugnado por adoptar un criterio más restrictivo, es decir, apuntando como deseable que los tribunales aplicaran el término de *insider* solo para aquellos casos en que la relación con el deudor comparta tantos atributos con alguna de las relaciones enumeradas por el Código de Bancarrotas, que pudieran ser vistos por cualquier persona como esencialmente la misma cosa.[394]

Por todo lo anterior, es necesario ejemplificar a continuación con un caso ventilado ante la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito de E.U.A., la delicada aplicación del término *insider* a aquéllos sujetos que no forman parte del catálogo enunciado por la legislación concursal ("*non statutory insiders*").

9.3.1 ESTUDIO DE CASO: *IN RE U.S. MEDICAL, INC.*[395]

El caso de In re *U.S. Medical, Inc*. desahogado por la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito de los Estados Unidos en el año del 2008, ha sido uno de los pocos casos en los que se estableció un test basado en el principio de *"arms leght*"[396] para determinar si un acreedor puede considerarse como un "*non statutary insider*" (un *insider* que no se encuentra dentro del catálogo previsto por el artículo 101.31 del Código de Bancarrotas norteamericano).

---

[393] En este sentido se pronuncia CARTWRIGHT, Grant L., *Ibídem.* p. 160.

[394] OSTROW citado por FERRÉ FALCÓN, Juan. Op.cit. p. 338.

[395] IN RE: U.S. MEDICAL, INC., Debtor. Glen R. Anstine, Plaintiff-Appellant, v. Carl Zeiss Meditec AG, formerly known as Ascelepion-Meditec AG, Defendant-Appellee. No. 07-1259. 15 de julio de 2008.

[396] El principio de "*at arm's-leght"* definido por la Corte del Décimo Circuito, responde al tipo de transacciones realizadas de buena fe en el curso ordinario de un negocio por partes que actúan conforme a intereses independientes; el estándar en que las partes actúan a favor de su propio interés (…). Es decir, tal como se ha mencionado anteriormente, las empresas realizan negocios basándose en la mejor oportunidad de acuerdo a las condiciones del mercado conforme con sus propios intereses y de manera independiente, no así siguiendo el interés de la empresa con quien contrata, ni el interés del grupo de empresas del que forma parte o bien manipuladas sus decisiones por un tercero allegado.

El desarrollo del caso fue el siguiente: la sociedad (*corporation*) U.S. Medical, Inc. era una empresa dedicada a la venta de equipo médico vía Internet. Hacia el año 2000 celebró un acuerdo con una compañía alemana productora de equipo quirúrgico y láser con fines estéticos. En el acuerdo se establecía que la compañía alemana sería la exclusiva proveedora del láser a U.S. Medical, y que a su vez esta última sería la única distribuidora de los productos de la empresa alemana en los Estados Unidos. Asimismo, se pactó que uno de los ejecutivos de la empresa alemana formaría parte de la junta de administradores de U.S. Medical y que además sería propietaria de un 10.6% de las acciones comunes de ésta última.

En el año 2001, U.S. Medical presentó dificultades financieras que ocasionaron que, para mediados del año 2002, interpusiera la solicitud de liquidación bajo el Capítulo 7 del Código de Bancarrotas estadounidense.

Una vez abierto el procedimiento, el administrador de la insolvencia pretendía anular una transferencia efectuada entre U.S. Medical (deudora) y la empresa alemana (acreedora), antes de los 90 días de la presentación de la solicitud de bancarrota, pero dentro de un año anterior a ella. Bajo la Sección 547 del Código de Bancarrotas, se prevé que las transacciones efectuadas con 1 año de antelación a la solicitud de bancarrota, pueden ser revertidas únicamente si se tratare de aquellas celebradas con un *insider*.[397]

La Corte resolvió que el acreedor se trataba de un *non-statutary insider* basándose en la extrema cercanía que tenía con el deudor (después de todo uno de los gerentes generales de la acreedora formaba parte de la junta de administración de la deudora y el acreedor poseía capital accionario de la deudora).

Sin embargo el Panel de Apelación de Bancarrotas (*Bankruptcy Appellate Panel*) contravino esta argumentación postulando que no era suficiente la cercanía entre deudor y acreedor por sí sola, debido a que de acuerdo a esta apreciación, la categoría de *non-statutory insider* sería increíblemente amplia.

[397] Esta disposición será estudiada más a detalle en el apartado siguiente del presente Capítulo.

En la apelación, el administrador concursal sostuvo que la relación de cercanía por sí misma era suficiente para acreditar la situación de *non-statutory insider*, añadiendo que la ausencia del control o del principio de *an arm's lenght* no eran determinantes para obtener acceso a la información privilegiada.

La Corte del Décimo Circuito de Apelaciones, coincidió con el administrador de la insolvencia concluyendo que efectivamente la ausencia del control no determina el estatus de *insider.* No obstante, desestimó que el acceso a la información privilegiada así como la cercanía con el deudor, fueran suficientes para establecer el estatus de *non-statutory insider*. Y aunque reconoció que para el caso en concreto, el acreedor había tenido acceso a dicha información confidencial, consideró que no la había utilizado en ventaja propia.

Por otro lado, agregó que la ausencia de la relación de *arm's lenght*, sí determina la relación de *non-statutory insider*, basándose en la historia legislativa del §101 (31) (misma que se expuso en párrafos anteriores) así como en un caso previo desahogado ante el mismo circuito (*In re Kunz*). Luego entonces, concluyó que el administrador concursal debería de probar que acreedor y deudor no operaban bajo el principio de *an arm's lenght* al momento de la transacción que se intentaba impugnar.

En conclusión, la Corte del Décimo Circuito de los Estados Unidos, decidió para el caso en cuestión, que a pesar de que el acreedor tenía un importante potencial para que se le diera un tratamiento preferente basado en el acceso a la información privilegiada del deudor, no se trataba de un *non-statutory insider*, basándose en que en "apariencia" acreedor y deudor actuaron bajo el principio de *an arm's lenght.*

De acuerdo con el abogado norteamericano Grant. L. Cartwright[398], la decisión de la Corte del Décimo Circuito de apelaciones, de no considerar al acreedor como un *non-statutory insider* basándose en el test del principio de *arm's lenght* fue equivocada por varias razones, a saber:

- A la luz del término "*incluye*" que se señala en el artículo 101.31 del Código de Bancarrotas, en el cual se ofrece una lista de los sujetos a quien debe de

[398] CARTWRIGHT, Grant L., *Op.cit.* Pp. 159 y 160.

considerárseles como *insiders*, el legislador al crear dicho ordenamiento no pudo haber tenido la intención de considerar al estatus de *insider* como limitado únicamente a cumplir el principio de *arm's lenght*. De haberlo querido así, el Congreso hubiera podido fácilmente establecer en la norma que el único test para determinar el estatus de *non-statutory insider* era precisamente el de *arm's lenght*, sin embargo, no lo hizo así.

- Por otro lado, afirma que aplicar el test de *arm's lenght* para determinar el estatus de *non-satutory insider* es un error, debido a que cambia el enfoque en que se debe de basar la condición de *insider*. Es decir, en un caso donde se determine dicha condición, deben de estudiarse la naturaleza de las negociaciones y las relaciones entre acreedores y deudores. De acuerdo con el caso en cuestión, el test de *arm's lenght* se enfocó al estudio de las "*transacciones*".

- Así también, afirma que la decisión del Décimo Circuito de adoptar el test de *arm's lenght* basado en los antecedentes legislativos para determinar el estatus de *insider*, también fue incorrecto puesto que la propia Suprema Corte estadounidense ha establecido en numerosas ocasiones que los antecedentes legislativos deberían de ser usados con cautela y de hecho, cuando no cumplen con el intento del legislador de "iluminar", no debería de ser utilizados en absoluto. El mencionado autor sostiene que el término de *insider* definido por los antecedentes presentados por los Comités Judiciales del Congreso, es todo menos claro. Y al definirse al *insider c*omo "*aquel que tenga la suficiente relación de cercanía con el deudor que provoque que su conducta esté sujeta a un análisis más severo que aquellos que tratan a distancia (arm's lenght) con el deudor*", ello no significa que no deberían de estar sujetas a escrutinio aquellas relaciones en las que las partes celebraron tratos bajo el principio de *arm's lenght*.

Por lo anterior, concluye que es una tarea ardua la de establecer cuál será el test adecuado para determinar quien puede ser considerado como *non-statutory insider*, el cual deberá de tomar en cuenta muchas variables. Propone establecer una

definición heterogénea de *insider*, la cual se construya tomando en cuenta varios factores como son: el del motivo de las leyes, el uso de técnicas interpretativas, el estudio global del Código concursal en que se refiera a las relaciones entre las partes, así como sus implicaciones.

En el presente trabajo se considera que la decisión de la Corte del Décimo Circuito fue excesiva al no decretar la condición de *non-statutory insider* basándose en primer lugar en la apariencia y en segundo, al fundar su decisión únicamente en un principio que toma en cuenta la independencia en la toma decisiones de las partes. Como bien afirma CARTWRIGTH, deben de tomarse en cuenta otros factores, se pueden considerar variables como serían: el acceso a la información privilegiada, la cercanía que supone tener el directivos comunes, así como el estudio de la naturaleza de los negocios entre las partes (tomando en consideración la magnitud de las transacciones y el grado de injerencia derivado de las inversiones).

En segundo lugar, la Corte fue incongruente al afirmar que la existencia del elemento de control no es indispensable para determinar la relación de *insider* (con lo cual se coincide) y por otro lado, aplicar un principio que se encuentra fundado básicamente en la ausencia de influencia, dirección o control entre las partes. Ya que lo contrario a actuar conforme al principio de an *arm's lenght* sería actuar conforme a los intereses de la otra parte e incluso en perjuicio de los propios, evento que sucedería, únicamente mediando un poder de influencia tan determinante como para permitirse poner en peligro la propia estabilidad en beneficio de un "tercero".

Aunque como ya se dijo anteriormente, el control no debe ser el único elemento que determine la condición de *insider*; cabe recordar que existen empresas que actúan en relación de grupo, organizadas horizontalmente por relaciones de coordinación, en las cuales debería de analizarse su cercanía con otros instrumentos de evaluación, no sólo el de *arm's leght*. Por tanto, es concluyente que se equivoca la Corte de Apelaciones referida al pretender un análisis de transacción aislada, ignorando el marco general en que se desenvuelven los negocios entre deudora y acreedora, en donde como ya se narró, existía un representante de la acreedora en el Consejo de Administración de la deudora y por tanto tenía acceso a información

confidencial y a la verdadera situación financiera de la deudora y por otra parte dicha acreedora ejercía una influencia determinante en la vida económica de la deudora al ser aquella su única proveedora del equipo láser mencionado. Dicho tribunal de apelación por tanto se apartó del principio general del *insider* que por su propia naturaleza y por razón de su cercanía con el deudor cuenta con información privilegiada y por tanto es parte relacionada, por lo que no puede considerarse igual a cualquier tercero lejano.

Es incorrecto considerar a un mismo acreedor como *insider* para ciertos casos o para ciertas transacciones en concreto y para otras no.

Así también, se considera desmesurada la decisión de una Corte que determinara que un acreedor sí es un *insider*, bajo la prueba de haber actuado en contra del principio de *arm's leght*. Se insiste que lo más prudente y justo es analizar la relación de cercanía desde una lupa que englobe todas las circunstancias del caso en particular, así como la aplicación de otros principios establecidos en la propia ley de quiebras.

Narrado lo anterior, se considera una desafortunada resolución de la Corte de Apelaciones, es menester estudiar a continuación la óptica desde la cual la legislación de bancarrotas norteamericana trata a las personas relacionadas con el concursado (*insiders*). Por lo tanto, en seguida se mencionarán algunas de las reglas establecidas para estos sujetos, así como las implicaciones que establece el propio Código de Bancarrotas para ellos.

9.3.2 ALGUNAS CONSECUENCIAS DE SER UN *INSIDER* EN DERECHO ESTADOUNIDENSE.-

El régimen norteamericano, es bastante severo en cuanto a las implicaciones que trae consigo al tratarse de los *insiders;* los efectos de ser un *insider* en el derecho concursal estadounidense van desde la limitación para elegir o ser electo como administrador concursal, hasta el impacto en cuanto al tratamiento de sus créditos o en el de las transferencias u operaciones celebradas con ellos. A continuación se hará una breve referencia a algunas de las consecuencias que el Código de Bancarrotas de

los Estados Unidos (BC por sus siglas en inglés) ha imputado a las personas cercanas al deudor y que parecen de mayor relevancia.

En primer lugar se mencionará al tratamiento que se les da a los actos o transferencias efectuadas con un *insider*. En cuanto a este respecto, en la *Sección 547* referente a las Preferencias ("*preferences*"), se dicta la anulación las transferencias[399] o actos efectuados dentro o durante los 90 días anteriores a la solicitud del concurso en perjuicio de los acreedores. Sin embargo, para el caso de haber sido efectuados con *insiders*, este plazo se o extiende por un periodo un año anterior a dicha solicitud. [§547 (b) (4) (B)].

Como bien señala Ferré Falcón[400], esta medida resulta en principio apropiada ya que supone que al tratarse de un *insider*, este posee información privilegiada que le permite conocer la situación financiera de su deudor, lo cual le facultaría a tomar medidas con anterioridad al periodo de los 90 días comprendido para el resto de los acreedores externos.

Por otro lado la *Sección 548* que trata sobre las transferencias y obligaciones (incluyendo por analogía a las garantías intra-grupo[401]), que bajo dicho numeral se consideran fraudulentas ("*fraudulent tranfers and obligations*"), permitiendo al administrador del concurso anularlas. Aunque tanto el sistema de anulación de transferencias fraudulentas y como de preferencias nulas establecido en la *Sección 547*, intentan proteger el *activo liquidable* contra su agotamiento en perjuicio de los acreedores,[402] la diferencia entre ambas normativas radica principalmente en que el sistema de las preferencias nulas trata fundamentalmente de procurar una distribución equitativa entre los acreedores.

---

[399] Transferencia (*transfer*) de acuerdo con el artículo 101.54 del Código de Bancarrotas, significa: "*Section 101 (54) The term "transfer" means—(A) the creation of a lien; (B) the retention of title as a security interest; (C) the foreclosure of a debtor's equity of redemption; or (D) each mode, direct or indirect, absolute or condicional, voluntary or involuntary, of disposing of or parting with—(i) property; or (ii) an interest in property."*

[400] FERRÉ FALCÓN, Juan. *Op.cit*. p. 340.

[401] MIGUENS, Héctor José. *Op.cit.* p.149.

[402] *Íbidem* p.159

Dentro de la Sección 548 se considera fraudulenta cualquier transferencia, garantía u obligación, efectuadas o contraídas por el deudor (incluyendo aquellas en beneficio de un *insider* bajo un contrato de trabajo), dentro de los dos años anteriores a la fecha de la presentación de solicitud de apertura, siempre y cuando, el deudor *voluntaria* o *involuntariamente*[403], hubiere realizado dicha transferencia o contraído dicha obligación con la intención real de ocultar, retrasar o defraudar a cualquier presente o futuro[404], o

> *"§ 548 (…)*
>
> *(B)*
>
> *(i) hubiere recibido menos de lo razonablemente equivalente al valor de intercambio por dicha transferencia u obligación; y*
>
> *(ii)*
>
> *(I) fuere insolvente en la fecha en que se efectuó la transacción o se contrajo la obligación, o devino insolvente como resultado de dicha transferencia u obligación; incurrió o creía incurrir en deudas que le serían imposibles de cubrir a su vencimiento;*
>
> *(II) se hubiere comprometido o pretendió comprometerse en un negocio o transacción, para el cual su capital fuere irrazonablemente reducido;*
>
> *(III) haya intentado incurrir, o creyó incurrir, en deudas que en razón de su capital, le serían imposibles de cubrir al momento de su vencimiento; o*
>
> *(IV) haya efectuado dicha transferencia o incurrido en dicha obligación, en beneficio de un insider, bajo un contrato de trabajo y no en el curso ordinario de los negocios*.
>
> *(…)"*

De la lectura de esta disposición se desprende que aunque el deudor no tuviere una intención defraudatoria (o de esconder o retrasar) al momento de celebrar una transacción o incurrir en una obligación, pero hubiere recibido menos del valor razonable por la transacción u obligación y simultáneamente hubiere incurrido en alguno de los supuestos de los incisos I, II, III o IV anteriores, la transacción u obligación será considerada igualmente fraudulenta. Es decir, si no existe la intención real de defraudar, retrasar o esconder, a falta de ésta, siempre tiene que ocurrir el supuesto

[403] [§548, (a)(1)]
[404] [§548, (a)(1)(A)]

de haber recibido menos del *valor razonablemente equivalente* por la transacción u obligación ("*less than the reasonably equivalent value in exchange*")[405].

En segundo término, el Código Concursal norteamericano limita los derechos de los *insiders* en cuanto a:

a) Sus votos, los cuales no serán contabilizados para el supuesto establecido por el artículo 1129 (a) (10) del BC, el cual señala que la Corte deberá aceptar el Plan de reestructuración, entre otros casos, cuando exista una clase perjudicada por éste, pero donde concurra al menos una clase perjudicada aceptante de aquél, con exclusión de la aceptación de cualquier *insider*. Así tampoco, los *insiders* están autorizados para votar en la elección del síndico o administrador del concurso (*trustee*), de acuerdo con lo previsto por el artículo 702(a)(3) del BC, ya que la ley concursal de los Estados Unidos supone los acreedores cercanos pueden tener intereses contrapuestos a los del resto de los acreedores externos.

b) Ser nombrados como administradores del concurso (*trustee*) o administradores interinos (*interim trustee*) de acuerdo a lo estipulado por los artículos 701(a)(1), 703 (c) (1) y 1104 (b), ya que dicho cargo deberá estar conferido a personas "desinteresadas", condición que no se presume de las personas allegadas al deudor.

c) Ser contratados como profesionales colaboradores (*professional persons)* del administrador concursal, bajo la misma premisa que se mencionó en el inciso inmediato anterior, que establece que tales encargos deberán de recaer en personas desinteresadas. (artículo 327(a)(1) Título 11, BC). Sin embargo, la ley permite al *trustee,* con previa autorización de la Corte, a contratar para tareas específicas, a abogados que con anterioridad hubieren representado al deudor, siempre y cuando éste ultimo no represente o sea

[405] Aunque algún autor, señala el debate presente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sobre la necesidad o no de la existencia de la buena fé del deudor para que una transacción u obligación pueda ser considerada como fraudulenta, en la realidad legal basta con que subsistan los dos supuestos señalados por la Sección 548 (B) (i) y (ii) para que la transacción sea declarada fraudulenta y por lo tanto nula e inoponible. MIGUENS, Héctor José. Op.cit. p.149

titular de algún interés contrario a los del deudor, con respecto a la materia para la cual haya sido contratado (artículo 327.e BC). Por otro lado, no parece que exista alguna limitación para que el comité de acreedores elija a un *insider* como auxiliar.[406]

d) En relación con el derecho de solicitud de concurso involuntario (por parte de los acreedores) previsto para los concursos tramitados conforme a los Capítulos 7 y 11 del Título 11 BC, el artículo 303.(2) BC establece que cuando el deudor tenga menos de doce acreedores se requerirá que la solicitud esté firmada por uno o mas de dichos acreedores que sean titulares de al menos $10,000 del total de los créditos, exceptuando los créditos de *insiders* los cuales no serán tomados en cuenta para tales efectos.

En tercer lugar, el derecho concursal norteamericano establece importantes consecuencias respecto al tratamiento de los créditos de las personas cercanas al deudor, tales como:

a) El examen extraordinario al que estarán sujetos, los créditos derivados de la prestación de servicios, en caso de que se consideren que tienen un valor irrazonable y excesivo con respecto al servicio prestado (artículo 502.b.4 BC).

b) La subordinación automática de los créditos de *insiders* o de una entidad que directa o indirectamente ejerza o tenga facultades para ejercer un control sobre la administración o dirección del deudor, que deriven de obligaciones emitidas por el deudor, en los concursos tramitados sobre el patrimonio de un agente de bolsa (*stockbroker*). (Artículo 747.1 BC).

c) La subordinación equitativa[407] prevista por la Sección 510 del Código de Bancarrotas, en la cual está conferida al juez la facultad discrecional de determinar la subordinación de total o parcial de un crédito, basándose en principios de equidad. El principio de equidad, toma en cuenta, entre otros elementos que se explicarán en el capítulo correspondiente a la Subordinación,

[406] FERRÉ FALCÓN, Juan. *Op.cit.* p. 342; §1103 (a) (b) Bankruptcy Code.
[407] La cual explicaremos ampliamente en el capítulo XII del presente.

la existencia una conducta inequitativa, así como el grado de control[408] entre el deudor y el acreedor, por lo cual, los créditos de los *insiders*, serán más propensos a ser subordinados bajo esta modalidad que el resto de los créditos pertenecientes a acreedores externos.

d) Recibir un tratamiento menos favorable en la proposición y aprobación del Plan de Reestructuración, que incluso para algunos casos en concreto los tribunales han permitido que los créditos de los *insiders* sean clasificados de manera separada respecto de los demás y no tengan derechos a la distribución concursal conforme a dicho Plan.[409]

Por último, habrá que mencionar que en cuanto a las medidas de carácter procesal, en las normas procesales aplicables a los procesos concursales en los Estados Unidos ("*Federal Rules of Bankruptcy Procedure"* o "*Bankruptcy Rules"* contenidas en el Apéndice del Título 11) se regula la acumulación de los procesos cuando se tratare de insolvencias de un deudor y al menos una afiliada (*rule* 1015.b.4). Esta regla hace posible la consolidación procesal de la solicitud presentada bajo cualquier Capítulo del Código Concursal, y la presentada bajo el *Chapter 15* (relativo a los casos de insolvencia transfronteriza), en tal supuesto la Corte deberá de determinar si el caso será desahogado con arreglo al Capítulo 15 o a cualquier otro del Código de Bancarrotas.[410] Aunque, en lo referente al Capítulo 11 que habla sobre la

---

[408] Los doctrinistas García Arrufat y Ávila de la Torre coinciden en que la normativa norteamericana parte de la idea que los *insiders* por el hecho de tener cierta capacidad de control sobre el deudor, pueden llegar a infringir el deber de "*fidelidad*" o de "*conducta*" derivado de su posición de control, en perjuicio del deudor o sus acreedores. ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. *"Los créditos subordinados en la Ley Concursal."* P.18. REFOR. Revista Informativa del Registro de Economistas Forenses. No. 21. Madrid. Economistas. Enero-Marzo 2007 y; GARCÍA ARRUFAT, Enrique. "*Cuestiones procesales en el derecho concursal,* (Leyes 22-2003 y 8-2003)" Tesis presentada para obtener el grado de doctor. p. 295. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2010.

[409] FERRÉ FALCÓN, Juan. *Op.cit.* p.343. citando los casos de *Brinkley v. Chase Maniatan Mortgage & Realty Trust (In re Le Blanc)* e; *In re 11,11 Inc.* También cabe mencionar un caso similar en el régimen concursal argentino, en el que se prevé para el caso de concursos referentes a los "agrupamientos" o "conjuntos económicos", que en el acuerdo se puedan extinguir total o parcialmente, o subordinar, o dar cualquier otro tratamiento especial a los créditos entre integrantes del agrupamiento o sus cesionarios dentro de los dos años anteriores a la presentación de concurso. Artículo 67. Ley de Concursos y Quiebras 24.522 de 1995, de la Nación Argentina.

[410] BUFFORD, Samuel L. *"United States International Insolvency Law 2008-2009."* p.420. Nueva York. Oxford University Press. 2009.

reorganización concursal, no hay normas que prevean la acumulación procesal, en la práctica judicial se ha permitido la interposición de una sola solicitud de inicio por una dominante y sus subordinadas ante un mismo tribunal, alcanzando automáticamente la administración conjunta de los concursos, aunque esta práctica ha sido criticada por algún juez[411].

Por otra parte, además de la consolidación procesal, los juzgadores a *contrario sensu*, tienen la facultad discrecional de dividir los procedimientos de cada deudor y ordenar su remisión a otras circunscripciones, basándose en criterios de: proximidad de acreedores; la del deudor y los testigos; ubicación de activos; economía procesal y mayor eficiencia judicial para cada caso en concreto.[412]

Finalmente, es concluyente que tanto los regímenes concursales en derecho comparado que se estudiaron en el apartado IX.1, como el régimen de la insolvencia estadounidense que se acaba de señalar, intentan proteger a la masa concursal y a los acreedores de aquéllas operaciones celebradas con personas cercanas al deudor y que pudieron haber sido llevadas a cabo con el fin de perjudicar a los acreedores o simplemente con el resultado de menoscabar el patrimonio del concurso, y que en la mayoría de las legislaciones se preocupan por mantener un equilibrio entre acreedores externos e internos penalizando o limitando de alguna manera los derechos de las personas especialmente vinculadas con el deudor.

A continuación, será menester señalar lo que la legislación concursal mexicana entiende por sujetos o personas relacionadas con el deudor, así como el tratamiento que les da tanto a sus créditos como a sus derechos.

IX.4 PARTES RELACIONADAS EN EL DERECHO CONCURSAL MEXICANO

Para definir el concepto de personas o partes relacionadas con el concursado, la legislación concursal mexicana no establece un numeral dedicado exclusivamente a definir o señalar una relación exhaustiva sobre "las personas especialmente relacionadas" (tal como lo harían en su caso el artículo 93 de la Ley Concursal española o el 138 de la InsO alemana), sin embargo, se advierte del estudio de varios numerales

[411] Miguens refiriéndose al juez Herzog. MIGUENS, Héctor José. Op.cit. p. 233
[412] Ibíd.

de la Ley Concursal, la previsión de determinadas situaciones en las que se imponen limitantes a ciertas personas por virtud de un vínculo especial con el concursado. Por lo cual, a continuación se mencionarán algunas normas de la ley de insolvencias en las cuales se trata el tema de dichas personas vinculadas, así como las consecuencias jurídicas que les impone por tener tal carácter.

9.4.1 ACTOS EN FRAUDE DE ACREEDORES.- EL PROCESO DE REINTEGRACIÓN

Comenzará el análisis con los numerales 116 y 117 de la Ley de Concursos Mercantiles que presumen como *actos en fraude de acreedores*[413] aquéllas operaciones en contra de la masa celebradas con:

> *"Artículo 116. (…) I. Su cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil, o*

[413] La ley concursal mexicana considera como actos en fraude de acreedores a aquéllos realizados por el comerciante antes de la sentencia que declare el proceso de concurso mercantil, con el ánimo de defraudar a sus acreedores cuando el tercero que intervino también tuviera conocimiento de dicho fraude, a excepción de los actos gratuitos en el que este último requisito no es necesario (Artículo 113 de la Ley de Concursos Mercantiles mexicana). Así también, como bien señalan los doctrinistas mexicanos Casasa Araujo, Bucio Estrada, Padilla Pérez Verti y Sosa Ortiz, en virtud de que la ley considera a los actos en fraude de acreedores como realizados de "mala fe", de acreditárseles esta calidad y sea imposible la restitución de los bienes objeto de dichos actos a la masa, los terceros serán responsables de los daños y perjuicios ocasionados. CASASA ARAUJO, Aldo; BUCIO ESTRADA, Rodolfo; PADILLA PÉREZ VERTI, Carlos y; SOSA ORTIZ, Alejandro. Pp.155 y 157. "*Ley de Concursos Mercantiles Comentada*". Editorial Porrúa. México. 2010.

Por otro lado la ley enuncia como actos en fraude de acreedores, los siguientes: "*I. Los actos a título gratuito; II. Los actos y enajenaciones en los que el Comerciante pague una contraprestación de valor notoriamente superior o reciba una contraprestación de valor notoriamente inferior a la prestación de su contraparte; III. Las operaciones celebradas por el Comerciante en las que se hubieren pactado condiciones o términos que se aparten de manera significativa de las condiciones prevalecientes en el mercado en el que se hayan celebrado, en la fecha de su celebración, o de los usos o prácticas mercantiles; IV. Las remisiones de deuda hechas por el Comerciante; V. Los pagos de obligaciones no vencidas hechas por el Comerciante, y VI. El descuento que de sus propios efectos haga el Comerciante, después de la fecha de retroacción se considerará como pago anticipado."* (Artículo 114 LCM). Así también se consideran actos en fraude de acreedores el otorgamiento de garantías y las daciones en pago, supuestos que podrán desacreditarse mediante prueba que en contrario demuestre la buena fe del tercero interesado. (Artículo 115 LCM)

Cabe destacar que la ley señala como requisito para que dichos actos sean declarados en fraude de acreedores, que se hayan llevado a partir de la fecha de retroacción. (Artículos 114 y 115 LCM). Y se entenderá por fecha de retroacción, el día 270 natural inmediato anterior al de la sentencia de declaración de concurso mercantil o una anterior a solicitud del conciliador, interventores o de cualquier acreedor. (Art.112 LCM).

II. Sociedades mercantiles, en las que las personas a que se refiere la fracción anterior o el propio Comerciante sean administradores o formen parte del consejo de administración, o bien conjunta o separadamente representen, directa o indirectamente, al menos el cincuenta y uno por ciento del capital suscrito y pagado, tengan poder decisorio en sus asambleas de accionistas, estén en posibilidades de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales de dichas sociedades."[414]

Lo anterior, en el caso de que el "comerciante" (deudor/concursado) sea una persona física. Para el supuesto de que se tratare de un comerciante (deudor/concursado) persona moral o jurídica, se considerarán como actos en fraude de acreedores, aquéllos celebrados con:

"Artículo 117 (…) I. Su administrador o miembros de su consejo de administración, o bien con el cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil de las personas antes mencionadas;

II. Aquellas personas físicas que conjunta o separadamente representen, directa o indirectamente, al menos el cincuenta y uno por ciento del capital suscrito y pagado del Comerciante sujeto a concurso mercantil, tengan poder decisorio en sus asambleas de accionistas, estén en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales del Comerciante sujeto a concurso;

III. Aquellas personas morales en las que exista coincidencia de los administradores, miembros del consejo de administración o principales directivos con las del Comerciante sujeto a concurso mercantil, y

IV. Aquellas personas morales controladas por el Comerciante, que ejerzan control sobre este último, o bien que sean controladas por la misma sociedad que controla al Comerciante."[415]

Al respecto cabe señalar que tanto en los casos en que el comerciante sea persona física como persona moral (jurídica), se considerarán como actos en fraude de acreedores las operaciones celebradas con las personas citadas en los numerales 116 y 117, siempre y cuando se realicen a partir de la fecha de retroacción y cuando sean

[414] Art. 116 Ley de Concursos Mercantiles mexicana.

[415] Artículo 117 Ley de Concursos Mercantiles mexicana.

celebradas con mala fe, es decir, se admitirá prueba en contrario del interesado que demuestre su buena fe.

Por otra parte, en el último párrafo del artículo 117 anteriormente citado, se puede observar que aunque en la ley en cuestión no se hace referencia específica a los Grupos Empresariales, se encuentra algún indicio en que el legislador trata de limitar algunos comportamientos abusivos de las empresas en base a su relación de "control" (ya sea directo o indirecto) o de "subordinación". Por otra parte, el párrafo I del artículo 116, se refiere a la concubina o concubinario, relación que se asemeja al de las "uniones de hecho" previstas por la normativa española en las que se supone no solo una relación de convivencia doméstica sino también afectiva,[416] estableciéndose en nuestra legislación local que se entenderá por concubinato:

> *"El estado por el cual un hombre y una mujer solteros viven como si fueran cónyuges, durante cinco años o mas. Se considera también concubinato cuando transcurridos tres años de iniciada esa unión, hubieren procreado entre si algún hijo.*
>
> *Se considerará que existe el concubinato, siempre y cuando la pareja se haya establecido en un mismo domicilio, a partir de ese momento no se den separaciones físicas por un tiempo mayor de seis meses y hayan transcurrido los plazos del párrafo anterior."* [417]

En cualquier caso –en los actos señalados por el artículo 116 como por el 117- corresponderá a los órganos del concurso o al interesado acreditar la calidad de persona relacionada, (como por ejemplo en el caso que se quiera acreditar el vínculo nacido del matrimonio se podrá probar con un acta de matrimonio) y a la inversa, como ya se ha mencionado, corresponderá al tercero acreditar su buena fe.

La consecuencia legal impuesta en México para los actos en fraude de acreedores realizados por las personas señaladas en párrafos anteriores, será la de nulidad o ineficacia absoluta de dichos actos (Artículo 113 LCM) ya que se considera que atentan contra normas de orden público y al ser omisa la ley en señalar el procedimiento por el cual se tramitará la acción de nulidad de actos en fraude de

[416] Aunque existe una controversia doctrinal entre quienes propugnan una interpretación al artículo 93.1.1 de la Ley Concursal española, en que se consideren a las personas que convivan en un mismo espacio vital sin necesidad de una relación sentimental o afectiva, como personas especialmente relacionadas con el concursado. Ver a Ferré Falcón, Juan. *Op.cit.* p.387.

[417] Artículo 778 Código Civil para el Estado de Jalisco. POE 25 de Febrero de 1995.

acreedores, se entiende que la vía idónea será la incidental.[418] No obstante lo anterior, no será procedente la declaración de ineficacia cuando la Masa se hubiere aprovechado de los pagos hechos al comerciante (Artículo 114 LCM).

Por otro lado, cuando el bien adquirido de mala fe en fraude de acreedores haya pasado a otra persona que adquiera de buena fe o bien se hubiere perdido y sea imposible restituirlo a la masa, el adquirente de mala fe, es decir, la persona especialmente relacionada con el concursado, será responsable ante la masa de los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado. Serán igualmente responsables de los daños y perjuicios, aquéllos que hubieren ocultado o destruido los bienes con el fin de evitar la nulidad de los actos llevados a cabo de mala fe. (Artículo 118 LC).

Así mismo, se establecen otras disposiciones en la legislación concursal mexicana encaminadas a la protección de la masa en contra de actos en fraude de acreedores, en las cuales la ley es particularmente estricta con el cónyuge, concubina o concubinario del Comerciante. Estas personas especialmente relacionadas con el concursado persona física por vínculos matrimoniales o afectivos y de convivencia, serán afectados en los siguientes sentidos:

a) Cuando tengan en contra del comerciante créditos por contratos onerosos o pagos de deudas, se presumirán que los créditos han sido constituidos y las deudas pagadas con bienes del Comerciante, por lo cual no podrán ser considerados como acreedores. (Artículo 126). Y aunque dicha disposición admitirá prueba en contrario que demuestre que los créditos y deudas se han pagado con recursos de la exclusiva pertenencia del cónyuge o concubina(rio), la legislación concursal, a pesar de no prever un régimen amplio de subordinación crediticia -salvo lo dispuesto por el artículo 228-[419]

[418] CASASA ARAUJO, Aldo; BUCIO ESTRADA, Rodolfo; PADILLA PÉREZ VERTI, Carlos y; SOSA ORTIZ, Alejandro. *Op.cit.* p.153.

[419] *"Artículo 228.- Cuando se haya declarado en concurso mercantil a una sociedad en la que haya socios ilimitadamente responsables, los acreedores de esos socios, cuyos créditos fueren anteriores al nacimiento de la responsabilidad ilimitada del socio, concurrirán con los acreedores de la sociedad, colocándose en el grado y prelación que les corresponda. Los acreedores posteriores de los socios ilimitadamente responsables, de una sociedad en estado de concurso, sólo tendrán derecho a cobrar sus créditos del remanente, si lo hubiere, después de satisfechas las deudas de la sociedad de que se trate,*

como lo haría el régimen español, se penaliza aún con mayor severidad a ciertas personas relacionadas -cónyuge, concubina(rio)- siendo el ordenamiento mexicano tajante al excluirlos por completo de la lista de acreedores.

Sin embargo, en este supuesto cabe preguntarse qué es lo que pasaría en caso de aplicar lo dispuesto por el artículo 114 que postula que *"… si los terceros devolvieren lo que hubieren recibido del Comerciante, podrán solicitar el reconocimiento de sus créditos".* Luego entonces, en caso de que el cónyuge, concubina o concubinario devolvieren el bien recibido ¿pudieran en este caso excepcionarse y pedir su reconocimiento efectivo como acreedores?

b) Cuando el cónyuge que hubiere contraído matrimonio por el régimen de separación de bienes, o la concubina o concubinario del Comerciante, hubieren adquirido bienes durante el matrimonio o concubinato en los dos años anteriores a la fecha de retroacción de la sentencia de concurso, se presumirá que esos bienes son propiedad del Comerciante, por lo cual los órganos del concurso podrán tomar posesión de los mismos. Para hacer efectiva dicha acción bastará que el síndico acredite, vía incidental, la existencia del vínculo (matrimonial o por concubinato) dentro del periodo señalado y que los bienes se hubieren adquirido dentro del mismo, mientras que los perjudicados únicamente podrán oponerse acreditando que dichos bienes fueron adquiridos con recursos de su exclusiva propiedad. (Artículo 187 de la Ley Concursal).

c) Los bienes adquiridos por el matrimonio constituido bajo el régimen de sociedad conyugal en los dos años anteriores a la fecha de retroacción de la sentencia de concurso, se comprenderán en la Masa. Si la sociedad conyugal se establece únicamente respecto a los productos de dichos bienes, entonces se considerarán parte de la masa dichos productos. En

---

de acuerdo con estas disposiciones." Esta disposición legal será tratada en el Capítulo XII del presente estudio.

este supuesto, la ley no establece excepción alguna para el cónyuge casado bajo el régimen de sociedad conyugal, sin embargo, si el Comerciante solicitare la terminación de la sociedad conyugal, puede reivindicar los bienes y derechos que le correspondan. (Artículo 188).

De lo anteriormente expuesto, es evidente que la ley mexicana se inclina por sancionar con mayor rigidez a las personas más allegadas al Comerciante persona física –cónyuge y concubina o concubinario- que a las personas especialmente relacionadas con el Comerciante persona jurídica, al no establecer disposiciones de índole similar referidas a éstas últimas como se ha visto con antelación.[420]

Por otro lado, retomando el tema de la descripción que el régimen concursal mexicano establece sobre las personas vinculadas con el concursado, el numeral 202 de la ley concursal distingue entre las relaciones de tipo familiar y los vínculos de índole patrimonial, así también se mencionan a las personas que tengan una relación con *"las operaciones del comerciante"* y en virtud de la cual tengan acceso a información privilegiada.

9.4.2 LIMITACIONES PARA ADQUIRIR BIENES EN LA QUIEBRA.-

Una de las implicaciones jurídica que establece el ordenamiento mexicano a las personas comprendidas en dicho dispositivo legal, es la obligación de manifestar bajo protesta de decir verdad su relación con el concursado para efectos de *presentar posturas u ofertas* de compra del activo, bajo pena de quedar anulada la enajenación en caso de falsedad.

De esta forma, el ya citado numeral 202, considera como personas unidas por vínculo familiar al: cónyuge, concubina o concubinario; al parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o hasta el segundo grado, si el parentesco es por afinidad, y; al parentesco civil.

Y dicha relación familiar se extiende también para el caso de que el Comerciante sea una persona jurídica, en tal supuesto, el vínculo *familiar* se entenderá

[420] *Ibídem* p.208.

referido a los administradores, gerentes, directores, apoderados y miembros del consejo de administración del concursado persona jurídica.

Así también, se consideran relacionados al comerciante persona jurídica a aquéllos vinculados "patrimonialmente", considerándose dentro de esta clasificación a las siguientes personas:

> *I. Los titulares de al menos el cinco por ciento de su capital social;*
>
> *II. Aquellas que efectivamente controlen a las personas morales que detenten al menos el cinco por ciento de su capital social;*
>
> *III. Las personas morales en que sus administradores o las personas señaladas en las fracciones anteriores sean titulares, conjunta o separadamente, de al menos cinco por ciento del capital social;*
>
> *IV. Aquellas que puedan obligarlo con su firma;*
>
> *V. Aquellas en las que participe, directa o indirectamente, en por lo menos cinco por ciento de su capital social;*
>
> *VI. Los administradores y personas que puedan obligar con su firma a las personas señaladas en la fracción anterior, y*
>
> *VII. Cualesquiera otras personas que, por estar relacionadas directamente con las operaciones del Comerciante, tengan acceso a información privilegiada o confidencial sobre la empresa del mismo."*

Otra de las implicaciones para las personas enumeradas por el artículo 202 de la LCM, es que estarán facultadas para presentar posturas, pero tendrán la limitante de no poder mejorarlas una vez presentadas, ni tampoco participar en las pujas.

9.4.3 PROHIBICIÓN PARA ACTUAR COMO VISITADORES, CONCILIADORES O SÍNDICOS.-

Por último, el régimen concursal mexicano también establece una prohibición para ciertas personas con especial relación con el concursado para actuar como visitadores, conciliadores o síndicos, en el caso de:

> *"Art. 328. (…)I. Ser cónyuge, concubina o concubinario o pariente dentro del cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad, del Comerciante sujeto a concurso mercantil, de alguno de sus acreedores o del juez ante el cual se desarrolle el procedimiento;*
>
> *II. Estar en la misma situación a que se refiere la fracción anterior respecto de los miembros de los órganos de administración, cuando el Comerciante*

sea una persona moral y, en su caso, de los socios ilimitadamente responsables;

III. Ser abogado, apoderado o persona autorizada, del Comerciante o de cualquiera de sus acreedores, en algún juicio pendiente;

IV. Mantener o haber mantenido durante los seis meses inmediatos anteriores a su designación, relación laboral con el Comerciante o alguno de los acreedores, o prestarle o haberle prestado durante el mismo periodo, servicios profesionales independientes siempre que éstos impliquen subordinación;

V. Ser socio, arrendador o inquilino del Comerciante o alguno de sus acreedores, en el proceso al cual se le designe, o

VI. Tener interés directo o indirecto en el concurso mercantil o ser amigo cercano o enemigo manifiesto del Comerciante o de alguno de sus acreedores. (…)"[421]

Es menester mencionar, que para el caso de las personas señaladas en el párrafo VI del artículo 328 antes mencionado, se otorga expresamente al juez la *libertad de apreciación* para decidir si existe el vínculo de interés o de amistad o enemistad descrita. Tal disposición es peculiar para el caso de la jurisdicción mexicana, ya que las decisiones de los jueces deben de estar fundadas y motivadas conforme a la ley positiva o jurisprudencia, a diferencia de los sistemas del *common law* en donde los jueces gozan de la facultad de decidir conforme a criterios de equidad y aunque hay ocasiones como la ya mencionada que en nuestra legislación se establece esta facultad discrecional de decisión a los jueces, la misma está a menudo muy limitada por el régimen positivo. Por otro lado, se prevé la obligación para las personas mencionadas por el numeral 328 de excusarse de sus cargos, so pena de hacerse acreedores a sanciones administrativas, con independencia de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir. (Artículo 329).

9.4.4 COLOFÓN DEL CAPÍTULO.-

De los anteriores comentarios a la ley concursal mexicana se pueden desprender las siguientes conclusiones:

[421] Artículo 328 de la Ley de Concursos Mercantiles.

a) Es protectora de los acreedores en contra de actos fraudulentos cometidos por el comerciante y las personas con él relacionadas que identifica la propia ley, salvo que se acredite la buena fe;

b) Los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor no se postergan. Siguen la misma suerte que cualesquier otro crédito de acreedores terceros;

c) Los acreedores de buena fe y que tienen un vínculo estrecho con el deudor pueden ejercer su derecho de voto (salvo cónyuge, concubina o concubinario que no serán considerados como acreedores), sin ninguna limitante, lo que no es viable bajo otras legislaciones que ya han sido analizadas que sí limitan el derecho de voto;

d) De ahí la importancia de que se regule en la ley concursal la naturaleza jurídica de los Grupos Empresariales, sus personas relacionadas y los efectos que tendrán estas relaciones para evitar la afectación en perjuicio de terceros al presumirse que el sentido de la votación de los entes relacionados tenderán siempre a beneficiar al comerciante.

Por último, se sugiere ver el cuadro siguiente que ilustra sobre las implicaciones que tienen en el régimen concursal mexicano las personas especialmente relacionadas con el concursado.

"Implicaciones de las personas especialmente relacionadas con el concursado en la legislación concursal mexicana"

- a) Actos en fraude de acreedores
  - a) Ineficaces ante la masa (art.113)
  - b) Daños y Perjuicios (art.118)
  - ↔ Cónyuge, concubina o concubinario
    - No se considerarán como acreedores (art. 126)
    - Separación de bienes o concubinato: Bienes propiedad del comerciante (art. 187)
- b) Posturas u ofertas
  - Omisión o falsedad: nulidad de la adjudicación. (art.202)
  - No se podrán mejorar ni pujar (art.202)
- c) Cargo de visitador, conciliador o síndico
  - No podrán actuar como tales (art.328)
  - Obligación de excusarse (art.329)
    - Sanciones administrativas
    - Responsabilidad penal

Cuadro 9.4

CAPÍTULO X

LA ACUMULACIÓN Y LA COORDINACIÓN PROCESAL EN EL CONCURSO DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

X.1 INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se estudiará tan solo una de las partes referentes a los procedimientos de insolvencia de los Grupos de Empresas, el de la *acumulación procesal* de los concursos de las empresas integrantes del Grupo, comenzando aquí por diferenciarla de la acumulación sustantiva y de la coordinación de procesos concursales.

Es necesario pues, precisar que la *acumulación de los procesos* concursales no es sinónimo de *acumulación sustancial o* también llamada *consolidación sustancial*; la primera se refiere únicamente al estudio paralelo de procedimientos de personas relacionadas, o en el caso que se estudia, de empresas integrantes del mismo grupo, sin que exista una afectación a los derechos o al patrimonio de las concursadas. La segunda por el contrario sí afecta derechos sustantivos de acreedores y responsabilidades de deudores.[422]

Por otra parte, la acumulación procesal en muchos casos solo supone la sustanciación de los concursos ante un mismo juez y dependiendo el régimen de insolvencia, los procedimientos acumulados pueden compartir algunos elementos comunes (tales como administrador concursal o asambleas comunes). Sin embargo, la acumulación no necesariamente supone la paralización de concursos ni la unificación de ellos.

No obstante, el examen paralelo de los concursos ante el mismo tribunal, debe promover un análisis y desarrollo *coordinado* de los distintos procedimientos. Por lo tanto, se considera que la coordinación de procedimientos debe ser uno de los fines y

[422] Tal como diferenciaría Miguens en tratándose del régimen norteamericano, la consolidación procesal (que es similar a la denominada acumulación procesal en otros regímenes concursales, entre ellos el de países europeos) se distingue de la consolidación sustancial: *"según se trate de normas referentes al procedimiento para el ejercicio de los respectivos derechos afectados o a la sustancia de ellos en cuanto tal."* (…) *"No es mas* (refiriéndose a la consolidación procesal) *que una administración procesal conjunta de deudores afiliados separados"*. MIGUENS, Héctor José, *Op.cit.* pp. 231 y 232.

un *efecto* natural de la acumulación procesal.[423] Y aunque la coordinación procesal y la acumulación son términos que van de la mano en virtud de la estrecha relación que existe entre ellos, se puede decir que una acumulación de procesos sin que procurase la coordinación entre ellos podría llegar a considerarse como absurda, ya que como se verá a continuación, la acumulación procesal tiene una razón de ser que va más allá de la simple celeridad o simplificación del concurso de empresas del grupo, hacia un estudio más completo y real de las relaciones entre los distintos concursados y a un desarrollo de los procedimientos más acordes al tipo de estructura y funcionamiento empresarial.

De cualquier forma, es necesario apuntar que cabe la posibilidad que en algún régimen de la insolvencia se prevea la coordinación procesal con independencia o no de la acumulación, es decir, que se establezcan reglas de colaboración, intercambio de información, actuación paralela, sin necesidad de la acumulación de los procesos ante un mismo tribunal. En cuanto a este punto se profundizará más adelante.

De lo anterior, cabe hacer notar la importancia que tienen estas figuras de la acumulación y/o la coordinación de procedimientos concursales, como soluciones ajustadas al moderno derecho empresarial de Grupos, en las cuales, al mismo tiempo que se reconoce la personalidad jurídica independiente de las distintas empresas que conforman un grupo, éstas como partes relacionadas, puedan protagonizar un mismo concurso o por lo menos concursos correlacionados, dándoles un tratamiento más acorde a su realidad económico-jurídica.[424]

---

[423] El régimen concursal colombiano no habla específicamente de acumulación de procedimientos, pero sí establece un régimen de coordinación de los concursos de los Grupos de Empresas el cual tiene efectos muy similares a los de la acumulación procesal y que es importante mencionar más adelante dentro del presente capítulo. Asimismo es interesante citar la definición que hace la legislación colombiana del término de coordinación *"Coordinación. El trámite de los procesos de insolvencia, respecto de dos o más participes del Grupo de Empresas, podrá ser coordinado. La coordinación se hará sin menoscabo de la identidad jurídica propia de cada uno de los participes del Grupo de Empresas y tendrá por objeto facilitar el trámite de los procesos y racionalizar los gastos y lograr el aprovechamiento de los recursos existentes para alcanzar eficiencia, gobernabilidad económica y elevar la tasa de reembolso o de retorno para los acreedores."* Artículo 8. Decreto 1749 de 26 Mayo de 2011.

[424] Ver SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, Juan. *Op.cit.* p.56

X.2 FUNDAMENTOS DE LA ACUMULACIÓN PROCESAL.-

Se puede llegar a pensar que la razón fundamental para que se acumulen los procedimientos de empresas integrantes del mismo grupo, es precisamente la del principio de la *economía procesal,* el cual consiste primordialmente en la búsqueda del mayor beneficio dentro de un procedimiento, con el mayor ahorro de recursos tales como costos o trabajo, en fin, procurar el menor desgaste del aparato jurisdiccional en pro de la maximización de resultados.[425] Sin embargo, tal como se analizará a continuación, éste no es el único fundamento de la acumulación procesal para el caso de concursos de Grupos de Empresas, ni tampoco, en la opinión del que escribe, el más importante.

En primer lugar, la acumulación de procesos de empresas que funcionan como un *grupo,* puede considerarse como la consecuencia lógica de la existencia misma de los grupos. Hay que recordar que el elemento fundamental de los Grupos es el de la *dirección unificada* (tal como se ha estudiado en capítulos anteriores), lo cual presupone una red de relaciones o vínculos entre las distintas empresas, coordinación de sus operaciones, relaciones financieras, etc. Todo lo anterior en la consecución de un fin común. Por lo cual, lo lógico sería pensar que si varias empresas de un grupo se

[425] El Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito en México, se ha pronunciado al respecto del principio de economía procesal, expresando que: "(…) *En efecto, la vigencia de este principio, que encuentra sustento en el artículo 17 de la Ley Suprema y es recogido expresamente por el numeral 685 de la Ley Federal del Trabajo, se traduce en que la actuación procesal debe desarrollarse con ahorro de trabajo, energía y costo, y atento a la obtención del mayor resultado con el mínimo esfuerzo, lo que en la práctica implica evitar a los litigantes trámites superfluos o redundantes y que se aminore el trabajo habitualmente recargado de los resolutores, para así alcanzar una mejor y más rápida administración de justicia con la solución de cuestiones incidentales o accesorias, y del fondo del asunto;* (…)"Registro No. 181278 Localización: Novena Época.- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, Junio de 2004.- Página: 1469.- Tesis: XVII.1o.P.A.80 L.- Tesis Aislada Materia(s): laboral.- Queja 39/2003.- Transportes Chihuahuenses, S.A. de C.V. 26 de enero de 2004.

encuentran en situación de insolvencia[426], sus procedimientos, al igual que sus relaciones, se encuentren vinculados y coordinados entre sí.[427]

En segundo lugar, como ya se ha venido mencionando, otro de los propósitos y al mismo tiempo que los efectos de la acumulación, es el de la *coordinación* procesal de los concursos de empresas integrantes del mismo grupo, la cual, puede determinarse al designar a un único especialista de la insolvencia o bien coordinar asambleas, pero en cualquier caso, el juez debe procurar el estudio coordinado de los procedimientos. Ello quiere decir que existirán varios concursos paralelos, o bien uno sólo en el que se estudiarán varias pretensiones, pero no supone necesariamente, como ya se ha venido mencionando, la unificación de masas, ni de pretensiones (lo cual se trata en el caso de la consolidación sustantiva), así tampoco supone necesariamente que todos los concursos finalicen en una única solución.

Otra de las finalidades de la acumulación de concursos es la existencia de un único juez ante el cual serán tramitados los concursos vinculados. Este fundamento subjetivo no solo presupone el ahorro de trabajo jurisdiccional y la simplificación de trámites que redundarán en una mayor economía procesal, sino que también y en lo que el autor cree más importante para el caso del derecho de los grupos, el hecho de que sea un solo juez el que conozca de los diversos concursos de las diversas empresas vinculadas, permitirá allegarse de información relativa a la estructura, funcionamiento

---

[426] También cabe el supuesto de que una empresa integrante de un grupo, aunque no se encuentre en cesación de pagos, sea incluida en el concurso de los demás integrantes del agrupamiento, para ciertos casos y en ciertos regímenes concursales tales como el argentino, como por ejemplo cuando la cesación de pagos de una de las integrantes del grupo pueda afectar al resto. Artículo 66, Ley de Concursos y Quiebras 24.522 de la Nación Argentina.

[427] En este mismo sentido se expresan el doctor Juan Sánchez Calero quien señala que *"…las relaciones patrimoniales e institucionales propias de los grupos justifican que el concurso de sus miembros se tramite de forma acumulada, pues sólo así pueden satisfacerse aspectos esenciales de todo concurso (p.e. la determinación de su origen, la de las masas activa y pasiva, la adecuada administración o la genérica defensa de los acreedores correspondientes), incluida su conclusión."* Y en este sentido se expresa también el doctor Rafael S. Quetglas, exponiendo que *"… el fundamento que justifica la acumulación refleja de alguna manera la propia existencia de los grupos de sociedades, y si éstos se coordinan en la toma de decisiones, lógico es pensar que los procedimientos concursales en los que se ven envueltos las sociedades de un grupo no aparezcan descoordinados entre sí. La existencia de un único juez ante el que se tramitan todos los procedimientos es la consecuencia lógica de la unidad de decisión que caracteriza a los grupos, y pretende dar respuesta a la realidad con la que se enfrenta".* SÁNCHEZ CALERO, Juan. *Op.cit.* p. 62; QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op.cit.* p. 181.

y red de vinculación de las empresas del Grupo, que le permitirá tomar en cuenta las relaciones existentes entre los concursados-relacionados y en base al conocimiento de esos vínculos tome decisiones más acertadas y más acordes a su realidad empresarial.[428]

Por último serán referidos como algunos de los efectos de la acumulación que dependerá, claro está, del tratamiento que le dé el régimen concursal de cada país: el de obtener masas activas y pasivas depuradas en virtud de las relaciones de los concursados;[429] la posibilidad para ciertos casos de llegar a un acuerdo conjunto en el que se previera un tratamiento unitario de las categorías de acreedores y así como en el cómputo de mayorías[430] y; para algunos casos también permitiría condicionar la propuesta de convenio de reorganización a la aprobación judicial de las demás empresas insolventes del grupo.[431]

De lo anterior se puede deducir que la acumulación que trae consigo la coordinación procesal de concursos entre empresas integrantes de un mismo grupo no sólo genera ventajas en cuanto a la celeridad y economía procesal, sino que presupone

---

[428] Para el caso de determinar la competencia del juez que conocerá de la acumulación existen reglas distintas para cada régimen de la insolvencia, por ejemplo en el régimen concursal de Argentina se determinará en base a la capacidad económica del concursado, siendo competente el juez al que le correspondiera atender el concurso de la persona con activo más importante según los valores que surjan del último balance. Artículo 67 de la Ley de Concursos y Quiebras.- Ley 24.522.- Sancionada: Julio 20 de 1995.- Norma consultada a través de InfoLEG, base de datos del Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación Argentina.

[429] Como por ejemplo en el régimen español, esta depuración se obtendría mediante la subordinación de créditos o la anulación de garantías de las empresas integrantes del mismo grupo. QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op.cit.* p.181.

[430] Este supuesto se encuentra previsto en la legislación concursal argentina, en su Artículo 67 de la Ley de Concursos y Quiebras.- Ley 24.522.- Op.cit.; ver también: FAVIER DUBOIS, Eduardo M (Padre); FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (Hijo). *"El grupo de sociedades. Panorama societario y concursal."* pág. 17. Buenos Aires. Mayo 2009. Fuente electrónica: http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/el-grupo-de-sociedades-panorama-societario-y-concursal/. Última vista: 03 Diciembre 2011. Asimismo, en la normatividad concursal colombiana cabe esta posibilidad, ordenando la coordinación de las negociaciones para celebrar un acuerdo de reorganización o adjudicación. Articulo 10.4 del Decreto 1749 de mayo de 2011.

[431] Tal es el caso de la legislación concursal española, que prevé este supuesto como una excepción establecida en el numeral 101.2 de la Ley Concursal, aunque tal disposición puede operar con independencia de que se produzca o no la acumulación. BELTRÁN, Emilio. "La reforma del derecho concursal.- II. Presupuesto subjetivo del concurso.- 2.La acumulación de concursos."p.87. Anales V (2002-2003) Centro Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil. Editorial: Difusión jurídica y temas de actualidad. Madrid. 2004.

una impartición de justicia más transparente, más eficaz y más acorde a la estructura empresarial contemporánea, sin perjuicio del respeto a los límites de la personalidad jurídica de las sociedades vinculadas.

Ahora bien, para bajar este tema al caso de México, la normatividad mexicana sí prevé, a manera de excepción, un régimen de acumulación procesal para el caso de Grupos (refiriéndose la Ley de Concursos Mercantiles a empresas controladoras y sus controladas). Aunque desgraciadamente la legislación nacional todavía se queda corta al contemplar la acumulación y presenta varias lagunas que en seguida se expondrán.

La mencionada Ley de Concursos Mercantiles señala en su numeral 15 que se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada, los procedimientos de concurso mercantil de:

I. Las sociedades controladoras y sus controladas, y

II. Dos o más sociedades controladas por una misma controladora.

Luego sigue explicando la ley concursal mexicana en el numeral antes citado, lo que se entenderá por sociedades mercantiles controladoras, a saber serán:

> *"Artículo 15 (….) las que reúnan los siguientes requisitos:*
>
> *I. Que se trate de una sociedad residente en México;*
>
> *II. 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 controladora, y*
>
> *III. Que en ningún caso más de cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades.*
>
> *No se considerarán acciones con derecho a voto, aquéllas que lo tengan limitado y las que en los términos de la legislación mercantil se denominen acciones de goce.*
>
> *Tratándose de sociedades que no sean por acciones se considerará el valor de las partes sociales.*
>
> *Se considerarán 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. Para ello la tenencia indirecta a que se refiere este párrafo*

será aquélla que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora."

De lo anterior se observa que la legislación concursal se basa en el requisito de control accionario para determinar la calidad de controladora o controlada, pudiendo ser ejercido por la controladora de manera directa o indirecta.

Por otro lado, cabe hacer varias precisiones en cuanto a esta disposición:

En primer lugar, se desprende de la lectura del numeral antes citado que si bien menciona que se acumularán los procedimientos de las controladoras y sus controladas, no hace la precisión de indicar las reglas para establecer cual será el procedimiento principal al que se acumularán los demás vinculados; si tomará en cuenta parámetros de antigüedad del proceso o bien si en cualquier caso el de las controladas se acumularán al de la controladora.

Así también, se observa que se acumularán los procesos de sociedades controladas por una misma controladora, esto quiere decir que los concursos entre hermanas podrán ser acumulados. De cualquier manera es evidente que el régimen de acumulación mexicano se basa exclusivamente en el parámetro del control accionario, dejando de lado la existencia de los grupos horizontales o por coordinación, o incluso grupos en donde exista cierto grado de control pero que no alcance el porcentaje del 50% de las acciones con derecho a voto que la ley marca como requisito de existencia del "control", como es el caso de los llamados "derechos de minorías" en donde por disposición estatutaria o aun por disposición legal en el caso de las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (SAPI's) o Sociedades Anónimas Bursátiles (SAB's) reguladas por la Ley de Mercado de Valores mexicana, se pueden establecer válidamente controles específicos que regulen la vida social de la sociedad sin el requisito de tener más del 50% de las acciones con derecho a voto. Encontrando en esta disposición otra laguna legal.

Por otra parte, la legislación concursal mexicana no señala cual será la tramitación que seguirá dicha acumulación, lo que llevará a utilizar el Código de

Comercio como supletorio[432] aplicando lo conducente a la acumulación de autos, el cual al efecto señala:

> *"Articulo 1359. La acumulación de autos solo podrá decretarse a instancia de parte legitima, salvo los casos en que, conforme a la ley, deba hacerse de oficio.*
>
> *Articulo 1360. La acumulación puede pedirse en cualquier estado del juicio, antes de pronunciarse sentencia, salvo que se trate de excepciones procesales que deban hacerse valer al contestar la demanda, o que tratándose del actor bajo protesta de decir verdad manifieste no conocer, al solicitar la acumulación, no haber conocido antes de la presentación de su demanda, de la causa de la acumulación.*
>
> *Articulo 1361. La acumulación deberá tramitarse en forma de incidente."*

En cuanto a tal disposición pueden surgir varios cuestionamientos:

En primer lugar, señala que la acumulación se decretará a instancia de "parte legítima", pero si se traslada al derecho concursal en materia de grupos, ¿quiénes podrán ser consideradas como tales? Por poner algunos ejemplos, ¿podrán ser consideradas como partes legítimas para solicitar la acumulación cualquier acreedor o sólo los acreedores comunes de dos o más sociedades integrantes de un mismo grupo? ¿Estarán legitimados para solicitarla los especialistas del concurso mercantil? o bien ¿podrá ser decretada de oficio?

También se observa que el Código de Comercio establece que la vía idónea para tramitar la acumulación será la incidental, exclusividad que de ser aplicable a la materia concursal sería un gravísimo error puesto que en tal caso no podría ser invocada al momento de la presentación de solicitud de apertura. Tal y como se estudiará a continuación una de las ventajas de la solicitud de apertura conjunta del concurso es precisamente la de tener la posibilidad de que los procedimientos sean también acumulados o coordinados en su estudio. Virtud que sería coartada por la imposición del incidente como única vía para la tramitación de la acumulación, por lo cual lo más idóneo sería dejar abiertas ambas posibilidades.

Por último, el artículo 15 de la ley concursal mexicana, tampoco precisa cuáles serán los efectos que traerá aparejada dicha acumulación, como podrían ser: la

[432] En los términos del artículo 8º fracción I de la Ley de Concursos Mercantiles mexicana.

designación de un único o del mismo administrador concursal; ordenar la coordinación de audiencias; la disposición de intercambio y revelación de información relacionada; ordenar la coordinación de negociaciones para celebrar un acuerdo de reorganización; coordinar la presentación y verificación de créditos; etc., como lo harían otras legislaciones más avanzadas como la colombiana, para el caso de la orden de coordinación procesal.[433]

En conclusión, se está ante una ley mexicana que ha intentado hacer frente a los modelos contemporáneos de asociación empresaria, pero que una vez más su regulación es deficiente al no hacer un tratamiento a profundidad de esta problemática, sin intentar aportar soluciones concretas que vayan ajustadas a un moderno derecho empresarial.

X.3 SOLICITUD Y APERTURA CONJUNTA.-

Además de la acumulación de procedimientos concursales pueden establecerse en el régimen de insolvencia otras medidas que faciliten la tramitación de los procedimientos de empresas vinculadas por una relación grupal. Tal es el caso de la solicitud conjunta de apertura del procedimiento, la cual pudiera ser presentada, de acuerdo a lo previsto para cada régimen concursal, en uno o varios escritos simultáneos en los que se contemplaren a todas las empresas que solicitan el concurso.[434] En tal o tales solicitudes podría solicitarse o no la acumulación, pero con independencia de ésta última, la simple solicitud simultánea de apertura de uno o varios procedimientos concursales de empresas relacionadas procura la consecución de varios propósitos que a continuación se señalarán.[435]

En primer lugar, hay que mencionar como uno de los objetivos de la solicitud conjunta, el de la economía procesal, facilitando los trámites que permitan darle

[433] Artículo 10. Decreto 1749 de Mayo de 2011.

[434] Este último criterio podría resultar apropiado cuando las empresas no pertenecieran a la misma jurisdicción interna y hubiera varios tribunales competentes (como se examina más adelante), o cuando, debido a otras circunstancias, por ejemplo, si hubiera que coordinar un número considerable de procedimientos, no fuera práctico presentar una sola solicitud. Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia relativa al trato otorgable a los grupos de empresas en situación de insolvencia. *Op.cit*. p.20

[435] Ver Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia relativa al trato otorgable a los grupos de empresas en situación de insolvencia. *Ibídem*. Cap. II inciso B.

celeridad al proceso y reduciendo los gastos de apertura y administración de los procesos de insolvencia, así como la facilitación al juzgador del examen coordinado de las solicitudes de apertura.

Otra ventaja que supone la solicitud conjunta de concursos de varias empresas relacionadas, es que alertaría al tribunal sobre la existencia de un grupo de empresas, especialmente si a la solicitud se acompañan documentos que sirvan para acreditar las relaciones entre empresas. Así que el allegar este tipo de información le permite al juzgador tener una base más sólida para decretar si efectivamente procedería la apertura conjunta o no del procedimiento. En legislaciones más aventajadas como la colombiana, se impone como requisito para solicitar la apertura simultánea de dos o más integrantes de un grupo de empresas, el acompañar los estados financieros consolidados de los partícipes del grupo o en su defecto, cuando los partícipes del grupos no estén obligados a presentarlos deberán revelar las operaciones entre vinculados ejecutadas durante los últimos tres años, identificando a las empresas del grupo con afinidad operativa, así como acreditar en la solicitud los supuestos en que se fundamenta la existencia del grupo.[436] Asimismo faculta al juez concursal para obtener información acerca del grupo de empresas o de los deudores vinculados que sustenten su sentencia de apertura.[437]

Por otra parte, se obtiene la ventaja de tener una fecha común de inicio de concurso para las empresas integrantes del grupo, lo cual facilitaría en dado caso la coordinación de procesos (la celebración de juntas, negociaciones, acuerdos, notificaciones, etc.).

Así también, como se ha mencionado, en el escrito de solicitud de apertura conjunta también pudiera solicitarse o tramitarse la acumulación procesal, con lo cual se facilitaría desde el inicio del o de los procedimientos, su coordinación.

Aunque no hay que olvidar que si bien la solicitud o solicitudes conjuntas facilitan un examen coordinado que permita decretar la apertura del concurso, y en todo caso, también ayuda a la coordinación a lo largo de todo el proceso concursal

[436] Artículo 5 y Parágrafo del Decreto 1749 de Mayo de 2011.
[437] *Ibídem.* Art 3 en relación con el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 116 de 2006.

(p.ej. con la coincidencia de fechas, establecimiento del plazo para el periodo sospechoso, etc.), ello no quiere decir que para que exista la coordinación procesal o la acumulación de concursos, tiene que necesariamente solicitarse conjuntamente la apertura.

Es decir, si bien la solicitud conjunta de apertura podría traer aparejada la acumulación, esto no significa que la existencia de la acumulación o de la coordinación procesal, tengan como requisito haber sido promovidas en el escrito de apertura conjunta. Tal y como bien expone el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL en la Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia, la solicitud conjunta no tiene por objeto predeterminar la forma en que se sustanciarán los procedimientos y considera deseable que el régimen de insolvencia no exija una solicitud conjunta a título de requisito previo a la coordinación procesal.[438]

Por otro lado, la aceptación de la solicitud o solicitudes de apertura conjunta originarán ciertos efectos que serán variables de acuerdo con cada régimen de insolvencia, en particular, la legislación concursal colombiana prevé la inscripción en el registro mercantil a los insolventes integrantes del mismo Grupo de Empresas y que a esa fecha no estuvieren inscritos, así como la verificación de dicho registro y de la situación de existencia del Grupo por parte de la Superintendencia de Sociedades. Asimismo, contempla la posibilidad de celebrar uno solo o varios acuerdos, para los deudores vinculados a que se refiera la citada solicitud o bien un acuerdo por cada deudor vinculado. Con la condicionante en el caso de celebración de un solo acuerdo para todos los deudores vinculados, de la aprobación de los acreedores de cada uno de ellos. En caso contrario, el deudor vinculado respecto del que no se dé la aprobación de sus acreedores quedará sujeto a los efectos del inicio del proceso de liquidación.[439]

Por último, es menester apuntar una cuestión importantísima para el tema de la solicitud conjunta de apertura del procedimiento de insolvencia, la cual se refiere a la posibilidad de incluir en dicha solicitud a una empresa miembro de un Grupo que

[438] Ver Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia relativa al trato otorgable a los grupos de empresas en situación de insolvencia. Op.cit. pp.20 y 21.
[439] Artículo 6 del Decreto 1749 de Mayo de 2011.

sea solvente o que no se encuadre en alguno de los supuestos objetivos de insolvencia establecidos por el régimen concursal de cada país.

Al respecto el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, recomienda en la Tercera Parte de la Guía Legislativa multicitada en el presente estudio[440], la circunstancia en la cual el régimen concursal podría admitir una solicitud conjunta en que se incluya a un miembro solvente del grupo, y esta sería la de comprobar que dicha empresa solvente se encuentre en una *situación de riesgo inminente de insolvencia*.

Sin embargo, de no solventar dicho requisito podrían adoptarse otros criterios en los cuales se tomarían en cuenta diversas circunstancias en las que parecería justificable la concurrencia de una empresa solvente a la presentación del proceso concursal, entre tales supuestos se encontrarían por ejemplo:

a) Cuando un Grupo Empresarial se encuentre fuertemente integrado, ya sea por: un elevado grado en el control o notable interdependencia entre sus empresas; dificultad para establecer sus límites patrimoniales; identidad comercial; o similares rasgos que no necesariamente son de naturaleza jurídica.

b) La existencia del Grupo Empresarial sea ficticia o sirva como una mera fachada (lo que Galgano definiría como *fattispecie* o *grupo aparente* en la literatura francesa[441]), cuando abusando de la personalidad jurídica se crean varias empresas que gestionan su actividad empresarial como una sola y en las cuales las acciones o cuotas pertenecen a las mismas personas, con el objeto muchas veces de evadir obligaciones que pueden ser por ejemplo de tipo laboral.

c) Cuando las partícipes del Grupo tengan una base patrimonial tan estrechamente entrelazada que formen una sola y que sus miembros y directivos gestionen a sus entidades como una única empresa.

---

[440] Recomendación 15. UNCITRAL. Grupo de Trabajo V. *Op. cit.* p.21.

[441] GALGANO, Francesco; ROITMAN, Horacio, LEÓN ROBAYO, Edgar Iván; LÓPEZ CASTRO, Yira. *Op. cit.* p.254.

d) Cuando la cesación de pagos de una o más de las empresas del Grupo pueda afectar a las demás.[442]

El objetivo de permitir la inclusión de un miembro considerado solvente de un Grupo de Empresas en la solicitud de apertura concursal es la de facilitar una solución global y la posterior adopción de un plan de reorganización basado en la masa patrimonial de todos los miembros del grupo, así como evitar la apertura escalonada de procedimientos de otras empresas partícipes.[443]

No obstante, la consideración de esta alternativa presenta varios inconvenientes, uno de los más importantes es que algunos regímenes de la insolvencia sólo permiten su aplicación a personas que reúnan las condiciones objetivas del concurso, como por ejemplo, que las personas que sean sujetas a concurso se encuentren en estado de cesación de pagos, o incumplan generalizadamente el pago de sus obligaciones o sean consideradas insolventes. Tal es el caso de España, en el cual para que proceda la declaración conjunta del concurso será preciso que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia, como bien precisa el Doctor Emilio Beltrán: *(…) para que proceda la declaración conjunta del concurso, se exige que todos los afectados sean deudores y parece que ha de exigirse igualmente que todos ellos sean insolventes (art.2) porque no puede considerarse que el presupuesto objetivo del concurso sea sustituido por la existencia de confusión de*

---

[442] Este último supuesto se encuentra establecido, los artículos 65 y 66 de la legislación concursal Argentina, en la cual, para solicitar la apertura conjunta del procedimiento basta que uno de los integrantes del agrupamiento se encuentre en estado de cesación de pagos para que todas las demás empresas se integren al concurso, apuntando la ley lo siguiente:
"*ARTICULO 65.- Petición. Cuando dos o más personas físicas o jurídicas integren en forma permanente un conjunto económico, pueden solicitar en conjunto su concurso preventivo exponiendo los hechos en que fundan la existencia del agrupamiento y su exteriorización.- La solicitud debe comprender a todos los integrantes del agrupamiento sin exclusiones. El juez podrá desestimar la petición si estimara que no ha sido acreditada la existencia del agrupamiento. La resolución es apelable.-ARTICULO 66.- Cesación de pagos. Para la apertura de concurso resultará suficiente con que uno de los integrantes del agrupamiento se encuentre en estado de cesación de pagos, con la condición de que dicho estado pueda afectar a los demás integrantes del grupo económico."* Ley de Concursos y Quiebras argentina.- Ley 24.522 de 1995.

[443] UNCITRAL. Grupo de Trabajo V. *Op. cit.* pp.21 y 22.

patrimonios de un grupo de sociedades. La norma parece, pues, limitarse a facilitar las declaraciones de concursos simultáneos (…).”[444]

Para el caso del régimen concursal mexicano la oportunidad de solicitar conjuntamente la apertura de un procedimiento por dos o más comerciantes no se encuentra contemplada, considerando legitimados para solicitar el concurso al comerciante que hubiere incurrido en el incumplimiento de pago generalizado de sus obligaciones en términos del artículo 10 (Art. 20), a cualquier acreedor del comerciante o al Ministerio Público (Art.21), pero omitiendo mencionar si esta solicitud puede ser solicitada conjuntamente por dos o más comerciantes (o en su caso sociedad controladora y su o sus controladas), o bien, por un acreedor respecto de varios de sus deudores comunes vinculados entre sí, por tanto se entiende que la solicitud es en todos los casos individual y respecto de una sola persona. Sin embargo, en el caso de que se llegara a establecer el presupuesto de la solicitud conjunta, aplicaría para la legislación mexicana la misma postura que los doctrinistas españoles han adoptado para la interpretación de su ley concursal, ya que el presupuesto objetivo para declarar el concurso mercantil del Comerciante es el incumplimiento generalizado del pago de sus obligaciones (artículo 9º), entendiendo por incumplimiento generalizado del pago de las obligaciones el relativo a dos o más acreedores distintos, siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:

> *Artículo 10.- (…)*
>
> *I. Que de aquellas obligaciones vencidas a las que se refiere el párrafo anterior, las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido representen el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a cargo del Comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso, y*
>
> *II. El Comerciante no tenga activos enunciados en el párrafo siguiente, para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la demanda o solicitud.*
>
> *(…)*

Aunque sí prevé la ley mexicana una excepción consistente en declarar en concurso mercantil a los socios ilimitadamente responsables de la sociedad declarada

[444] BELTRÁN, Emilio. *Op.cit.* p.87

en concurso, estableciendo que el procedimiento se podrá iniciar conjuntamente en contra de la sociedad y de los socios, señalando expresamente que aunque los socios puedan individualmente hacer frente al pago de obligaciones de la sociedad (es decir que sean solventes) esto no los eximirá de la declaración de concurso. (Art.14).

Por otro lado, en la Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre el régimen de insolvencia relativa al trato otorgable a los grupos de empresas menciona que conforme a algunos regímenes de la insolvencia se permite incluir a una empresa solvente respecto de una solicitud conjunta de apertura de concurso, si se cuenta con el consentimiento de todas las empresas interesadas del grupo, o de todos los interesados incluidos los acreedores, supuesto que en la práctica concursal sería muy complicado de obtener y además del largo tiempo que esto presupondría.[445]

Una solución que se plantea para el caso de que el régimen de insolvencia no prevea la participación de una empresa solvente del grupo en la solicitud del concurso, es que se adhiera al concurso con posterioridad, si esta llegase a verse afectada por el procedimiento o se crea que su participación sería beneficiosa para el Grupo.[446]

Opinión del autor.-

Tomando en consideración que el contemporáneo derecho de los grupos empresariales tiende a tratarlos como una unidad económica, se considera acertada la solución prevista por la ley argentina que permite la inclusión del concurso de varias empresas que forman parte de un grupo empresarial, sin el requisito de que todas ellas sean deudoras comunes del promovente, ni que todas ellas se encuentren en estado de cesación de pagos, bastando que la cesación de pagos de cualquiera de ellas pueda poner en peligro el cumplimiento de las obligaciones del resto.

A mayor abundamiento se considera que en aquéllos casos en que cualesquiera de las empresas del grupo se hubiese beneficiado directa o indirectamente con las circunstancias económicas que trajeron como consecuencia la cesación de pagos de una o varias de ellas, deben responder con la consolidación del patrimonio común, para lo cual debieran de ser llamadas al concurso de cualesquiera de las deudoras que

[445] UNCITRAL. Grupo de Trabajo V. *op.cit.* p.22
[446] Ibíd.

forman parte del mismo grupo empresarial a efecto de consolidar las masas activa y pasiva en beneficio de los acreedores. Ese debe ser el fin último de un adecuado tratamiento de la insolvencia de un Grupo Empresarial.

Por ultimo, vale la pena reiterar que tanto la acumulación o coordinación procesal, así como la solicitud de apertura conjunta del proceso concursal, son soluciones de carácter procesal y que ninguna de las previsiones anteriormente expuestas redundan en la confusión de patrimonios, ni necesariamente en una solución conjunta (aunque facilitarían a ello), ni en un único acuerdo, en fin, no se trata de una consolidación sustancial (que se estudiará en el siguiente Capítulo), sino de medidas, como ya se dijo de naturaleza puramente procesal.

X.4 SUJETOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA APERTURA CONJUNTA Y LA COORDINACIÓN PROCESAL.-

En este apartado se tratarán algunas cuestiones relativas a la apertura conjunta y a la coordinación procesal de empresas que formando parte de un mismo Grupo Empresarial, se encuentran ubicadas dentro de un mismo país. Mas no se hará referencia aquí y ahora a las cuestiones relativas a procesos transfronterizos.

De acuerdo con la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL que trata sobre las cuestiones de insolvencia de los Grupos de Empresas, se aconseja la conveniencia de especificar en el régimen de la insolvencia de que se trate, a los sujetos que estarán facultados para solicitar la coordinación procesal. Asimismo, se apunta conveniente que el tribunal competente discurra sobre la *procedibilidad* de la *coordinación,* misma que podrá decretarse *de oficio*, si el tribunal considera adecuada la coordinación para facilitar la administración del proceso y en general para el provecho del Grupo de Empresas, en el caso de que dicha coordinación no hubiese sido solicitada por las partes legitimadas.

De igual forma, el Tribunal podría decretar la coordinación a instancia de las partes interesadas y autorizadas por el régimen concursal. Al efecto, la Tercera Parte de dicha Guía recomienda considerar como partes que pueden estar facultadas para solicitar la coordinación a:

a) *El propio deudor.*- En el caso de tratarse de un Grupo Empresarial, podría establecerse en el régimen concursal que cualquier partícipe del Grupo pudiera solicitar la coordinación, siempre y cuando se encuentre sujeto a un procedimiento concursal o por lo menos haya presentado una solicitud de apertura del concurso.

b) *El representante de la insolvencia*.- Asimismo, podría estar facultado para solicitar la coordinación, el *representante* de la insolvencia de cualquiera de los deudores concursados integrantes de un mismo Grupo, puesto que en principio posee la información más relevante para hacerlo.[447]

Una de las legislaciones que han adoptado el criterio recomendado por la Tercera Parte de la Guía de la UNCITRAL, es la del régimen concursal colombiano, la cual, en el artículo 9 del Decreto 1749 de Mayo de 2011 establece la facultad para solicitar la coordinación de los concursos a los miembros del Grupo de Empresas objeto de una *solicitud de apertura* del proceso de insolvencia o que ya sean parte de un procedimiento concursal, así como al *promotor* o al *liquidador* del concurso de un miembro del Grupo.

c) *Los acreedores.*- En esta misma línea, la Tercera Parte de la Guía antes mencionada, recomienda la autorización para solicitar la coordinación de procedimientos a los *acreedores* de una o varias empresas que formen parte de un Grupo y las cuales sean objeto de una solicitud de concurso o bien ya se encuentren sujetas a un proceso de insolvencia. Cabe aclarar que en la Guía no se considera necesario que el acreedor solicitante lo sea de todas las empresas cuyos procedimientos se pretenda coordinar, basta tan solo que sea acreedor respecto de una de ellas para que la ley lo considere como facultado para solicitar dicha coordinación.[448]

En este sentido se pronuncia el régimen colombiano, mismo que legitima a los acreedores antes mencionados para solicitar la coordinación procesal del deudor o deudores vinculados. (Art.9.3 del Decreto 1749).

---

[447] Recomendación 206, a) y b).Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL. Tercera parte de la guía …op.cit p.27

[448] Ídem.

Por otra parte, para el caso de la solicitud de *apertura conjunta del procedimiento* de insolvencia, en la Tercera Parte de la Guía de la UNCITRAL multicitada, se presentan ciertas divergencias en cuanto a las personas que se consideran como facultadas para pedir *la apertura conjunta del procedimiento* y las que estarán legitimadas para solicitar *la coordinación*. Con respecto a este punto se sugiere que de presentarse de manera simultánea la solicitud conjunta de apertura y la de coordinación, sean tratadas por el tribunal *por separado*, ya que las condiciones para una y otra pueden ser distintas.[449]

Por ejemplo, para el caso de la solicitud de apertura conjunta por *parte de los acreedores,* se recomienda la autorización para que éstos últimos estén legitimados para solicitarla, lo que sucederá en el caso de acreedores que lo sean de *todas* las empresas involucradas, en cambio, para el caso de la solicitud de coordinación, se requerirá que el acreedor solicitante de la coordinación lo sea de *cualesquiera* de las empresas partícipes del Grupo cuyos procedimientos se pretendan coordinar.[450]

Por otro lado, tanto para el caso de la *solicitud de coordinación* procesal como para el de la *apertura conjunta*, se recomienda que las empresas solicitantes integrantes de un mismo Grupo deberán de satisfacer previamente todos los requisitos necesarios para la apertura del proceso.[451]

En cuanto a estos puntos, el régimen colombiano sigue los lineamientos de la Tercera Parte de la Guía de la UNCITRAL, autorizando para solicitar la apertura conjunta a dos o más partícipes del Grupo de Empresas, siempre y cuando cumplan con los requisitos de admisibilidad que se señalan en la ley 1116 de 2006, referentes a la situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente. (Art.4.1 Decreto 1749 de Mayo de 2011).[452]

---

[449] Ibídem p.30.

[450] Recomendaciones 200 inciso b) y 206 inciso c). Ibídem p.24.

[451] Recomendación 200 a). Ídem.

[452] En relación con los artículos 9 y 49 parágrafo 1º de la Ley 1116 de 2006: *ARTÍCULO 9o. SUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD. El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente. (…).- ARTÍCULO 49 (…) PARÁGRAFO 1o. El inicio del proceso de liquidación judicial de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos, conforme a lo dispuesto en esta ley para el efecto en el proceso de reorganización.*

Aunque por su parte, en cuanto a la solicitud de apertura conjunta por parte de los acreedores, la legislación colombiana no impone -tal como lo sugeriría la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL- como requisito, que éstos últimos sean acreedores de las empresas del Grupo de las cuales se pretende aperturar sendos concursos.

Sin embargo, para el caso del concurso abierto por causa de cesación de pagos, se requiere que los acreedores que soliciten la apertura conjunta sean externos y no tengan vinculación con el deudor o con sus socios. Esto quiere decir que en el supuesto que una empresa partícipe de un Grupo, sea a su vez acreedora de alguno de los miembros del mismo Grupo, no podrá, de acuerdo con la legislación colombiana, solicitar la apertura conjunta del concurso de acreedores de dos o más empresas del Grupo que sean a su vez sus deudoras.[453]

Por otro lado, el régimen colombiano también faculta para solicitar la apertura conjunta del proceso de insolvencia, al acreedor o acreedores que hubieren participado en la celebración del acuerdo extrajudicial de reorganización de los miembros de un Grupo de Empresas, en términos del artículo 4.3 del Decreto 1749 de Mayo de 2011.

Así también, en Colombia se prevé la iniciación conjunta de procedimiento de dos o más integrantes de un Grupo Empresarial *decretada de oficio* por parte de la Superintendencia de Sociedades.[454] (Artículo 7 del Decreto 1749).

---

[453] *"Articulo 4. Presentación de la solicitud conjunta. La solicitud conjunta para iniciar un proceso de insolvencia podrá presentarse por: (…) 2. El acreedor o un número plural de acreedores de cualquiera de los participes del Grupo de Empresas que cumpla con los supuestos del articulo 11 de la Ley 1116 de 2006."* Decreto 1749 de Mayo de 2011. *"ARTÍCULO 11. LEGITIMACIÓN. El inicio de un proceso de reorganización podrá ser solicitado únicamente por los siguientes interesados: 1. En la cesación de pagos, por el respectivo deudor, o por uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas, o solicitada de oficio por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre el respectivo deudor o actividad.- 2. En la situación de incapacidad de pago inminente, el inicio deberá ser solicitado por el deudor o por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios.- 3. Como consecuencia de la solicitud presentada por el representante extranjero de un proceso de insolvencia extranjero. (…)"* Ley 1116 de 2006. (Énfasis añadido).

[454] Organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, a la cual se le asigna con fundamento en el artículo 116 constitucional, funciones jurisdiccionales a las

Ya se ha comentado en líneas anteriores que Argentina se aparta de la anterior recomendación del Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, pues establece que será menester señalar a todos los integrantes que conforman el conjunto económico o Grupo Empresarial, cuando alguna de las empresas que conforman dicho grupo solicite su declaración de concurso. En este caso todas las integrantes del grupo se ven involucradas necesariamente en el procedimiento de insolvencia cuando la insolvencia de una de ellas afecta al resto.[455]

Para el caso mexicano, la actual legislación concursal establece como un requisito *sine qua non* para la declaración del concurso mercantil que el Comerciante incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones y se entiende que incumplió cuando el propio comerciante solicita su declaración en concurso y se ubique dentro de los supuestos legales establecidos por el artículo 10 o bien cualquier acreedor (incluyendo al fisco) o el Ministerio Público (el representante social) demande la declaración de concurso del comerciante y éste se ubique en tales supuestos.[456]

---

autoridades administrativas y ello permite que se radique en cabeza de la entidad la competencia exclusiva en materia de concordatos o acuerdos de recuperación de negocios de sociedades comerciales. Para mayor información ver su página oficial: http://www.supersociedades.gov.co/

[455] Artículos 65 y 66 de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras de 1995.

[456] El artículo 10 de la Ley Concursal mexicana establece el necesario incumplimiento en las obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y que se presenten las siguientes condiciones:

"I. Que de aquellas obligaciones vencidas a las que se refiere el párrafo anterior, las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido representen el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a cargo del Comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso, y

II. El Comerciante no tenga activos enunciados en el párrafo siguiente, para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la demanda o solicitud.

Los activos que se deberán considerar para los efectos de lo establecido en la fracción II de este artículo serán:

a) El efectivo en caja y los depósitos a la vista;

b) Los depósitos e inversiones a plazo cuyo vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de presentación de la demanda o solicitud;

c) Clientes y cuentas por cobrar cuyo plazo de vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de presentación de la demanda o solicitud, y

d) Los títulos valores para los cuales se registren regularmente operaciones de compra y venta en los mercados relevantes, que pudieran ser vendidos en un plazo máximo de treinta días hábiles bancarios, cuya valuación a la fecha de la presentación de la demanda o solicitud sea conocida.

El dictamen del visitador y las opiniones de expertos que en su caso ofrezcan las partes, deberán referirse expresamente a los supuestos establecidos en las fracciones anteriores."

También se ha comentado que en tratándose de sociedades controladoras y sus controladas, una vez que ambas se ubiquen en los supuestos de cesación de pagos ya mencionados, los procedimientos concursales se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada, sin mayor regulación sobre las problemáticas que se han venido señalando en este capítulo. Lo que aquí se debe resaltar es que la legislación mexicana también faculta a que cualquier acreedor o aún el Ministerio Público demande la declaración de concurso o lo solicite la insolvente, pero en tratándose de controladora y controladas se requiere tener la calidad de acreedor para demandar y el estado de insolvencia de la deudora para ser llevada a concurso, ya que sigue las reglas generales para cualquier otro concurso individual.

El autor se decanta por la solución argentina que establece la necesaria concurrencia al procedimiento concursal de todas las empresas que forman parte de un Grupo, cuando la insolvencia de una de ellas pueda afectar a las demás o bien, como se ha sostenido en diversos capítulos, cuando una o varias de las empresas del Grupo, que, aunque no sean insolventes ni deudoras directas del acreedor se hubieren beneficiado notoriamente de las directrices impuestas a la insolvente en beneficio de otra u otras del Grupo.

Por otra parte, la legislación concursal mexicana no prevé la posibilidad de solicitud de declaración conjunta del concurso mercantil de varias empresas que conforman un Grupo Empresarial. En México cada Comerciante que se encuentre dentro de los supuestos de cesación de pagos ya mencionados, debe solicitar su propia declaración de concurso. Igualmente, cada acreedor o el Ministerio Público legitimados para demandar la declaración de concurso de una deudora insolvente, deberá demandar de manera individual a cada una de las deudoras aunque forme parte de un Grupo Empresarial y varias de ellas le resulten deudoras directas.

X.5 FINALIDAD DE LA COORDINACIÓN PROCESAL.-

Tal como se ha venido dilucidando a lo largo del presente capítulo, la coordinación ya sea como efecto de la acumulación de concursos entre personas vinculadas o bien como medida procesal, tiene como objetivo procurar la eficiencia del o de los procedimientos concursales mediante el mejor aprovechamiento de recursos,

la racionalización de gastos y el menor desgaste del aparato jurisdiccional al evitar la duplicación de esfuerzos.

Otras de las finalidades de la coordinación del concurso de acreedores de las empresas integrantes de un grupo, es la facilitación del trámite y de la sustanciación de los procedimientos mediante la obtención de información de las empresas vinculadas, así como la valoración de sus bienes y la identificación de acreedores que bien podrían ser comunes, dando como resultado una masa de insolvencia depurada.

Así también, la coordinación procesal promueve la reducción de los gastos y el mayor aprovechamiento de los recursos, lo cual posibilita elevar la tasa de reembolso y retorno de los préstamos a los acreedores.

En resumen, el desahogo coordinado de procedimientos de personas relacionadas, como lo son los integrantes de un Grupo Empresarial, tiene como efectos el de facilitar no solo la agilidad y la efectividad del concurso de acreedores, sino también el de permitir a los jueces resolver el concurso con un panorama más amplio sobre las relaciones, bienes, vínculos y responsabilidades de las empresas en dificultades, que en última instancia traerá como beneficio un mejor aprovechamiento de sus recursos.

No obstante lo anterior, cabe recordar que la coordinación de concursos se trata de una medida puramente procesal y administrativa, lo cual quiere decir que no afectará cuestiones de fondo, ni derechos sustantivos de los acreedores y que en todo momento se respetará la identidad jurídica de los concursados, así como su independencia administrativa y patrimonial.[457]

Por otra parte, es menester señalar algunas de las medidas que podría tomar el juez en el acuerdo o mandamiento de coordinación de procedimientos, mismas que posibilitarán alcanzar los fines antes mencionados. Tales disposiciones se pueden encontrar enunciadas como parte de las recomendaciones que hace la UNCITRAL en la Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, así como en el

[457] Ver fundamento en la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de Insolvencia. P. 25 y Decreto 1749 de Mayo de 2011 de Colombia, artículos 2º y 8º.

Decreto 1749 de Mayo de 2011 colombiano.[458] A saber tales medidas son, entre otras, las siguientes:

1.- Designar a un único o el mismo representante de la insolvencia de los concursos de dos o más partícipes de un Grupo de Empresas. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL y artículo 10 del Decreto 1749 colombiano).

2.- Dictar la coordinación de audiencias. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL y artículo 10 del Decreto 1749 colombiano).

3.- Promover el intercambio de información relativa a las empresas miembros de un Grupo. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL y artículo 10 del Decreto 1749 colombiano).

4.- Ordenar la coordinación de negociaciones, con el objeto, por ejemplo, de tomar un acuerdo de reorganización o de liquidación. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL y artículo 10 del Decreto 1749 colombiano).

5.- El envío conjunto de notificaciones. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL y artículo 10 del Decreto 1749 colombiano).

6.- La coordinación en la presentación y verificación de los créditos. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL y artículo 10 del Decreto 1749 colombiano).

7.- La coordinación en los procedimientos de impugnación. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia).

8.- La valoración conjunta de los activos. (Artículo 10.7 del Decreto 1749 de Mayo de 2011 colombiano).

[458] Este país ha logrado adoptar exitosamente en su régimen interno las prevenciones sugeridas en los últimos trabajos de la UNCITRAL que trata sobre el derecho de insolvencia en cuestiones relativas a los Grupos de Empresas.

9.- La venta coordinada de bienes, o la venta de activos por bloque o unidad de explotación económica.[459]

10.- La coordinación en su caso, de una orden de consolidación cuando los procesos de insolvencia se hayan iniciado ante distintos jueces. (Artículo 10. 9 del Decreto 1749 de Mayo de 2011 colombiano).

11.- La integración de una única junta o comité de acreedores.[460]

12.- El traslado de las actuaciones de los diversos procedimientos de las empresas integrantes de un Grupo a un mismo tribunal, en caso de que el derecho interno lo permitiese.[461]

Como ya se ha explicado, las anteriores medidas, son algunas de las disposiciones que el juez competente podría tomar como instrumentos para lograr la cooperación y coordinación de los diversos procedimientos. No obstante, con independencia del tratamiento que cada país le dé a la coordinación procesal de concursos del Grupo de Empresas, en cualquier caso el régimen interno debería de especificar el alcance y los efectos que producirá el acuerdo de coordinación.

Así también, es necesario apuntar que el régimen de insolvencia deberá de resolver otras cuestiones que se relacionan con la orden de coordinación, tales como la determinación del tribunal o juez que será competente para dictar el acuerdo de coordinación y para resolver los conflictos que se susciten a lo largo de los procedimientos coordinados. Aunque no será materia de estudio en el presente trabajo la problemática y tratamiento de estas cuestiones, es menester dejar asentado que la legislación concursal en armonía con el derecho interno de cada país, deberá de determinar cual será el foro competente para resolver tales cuestionamientos.

Por último, se reitera la necesidad de adoptar en el régimen concursal mexicano las recomendaciones efectuadas por la UNCITRAL y así como tomar como

---

[459] Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL. Op. cit. p.25; Art.10.8 del Decreto 1749 de Mayo de 2011 colombiano.

[460] Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL. Op. cit. p.25; Art.10.8 del Decreto 1749 de Mayo de 2011 colombiano.

[461] Ibíd.

ejemplo la iniciativa de otros países latinoamericanos, como Colombia, que han hecho grandes avances renovando su régimen concursal, al adaptarlo a las necesidades del moderno derecho empresarial, y en particular al tratamiento de los concursos de las empresas partícipes de Grupos.

Sólo de esta manera se hará realidad el principio de inmediatez y economía procesal que deben regir a los procedimientos judiciales.

X.6 TRATO OTORGABLE A LOS BIENES UNA VEZ ABIERTO EL CONCURSO DE ACREEDORES DE UN GRUPO EMPRESARIAL.-

Las diversas legislaciones que se ocupan de regular la insolvencia en cada país, prevén el tratamiento que se le debe dar al deudor y a sus bienes en tratándose de un deudor singular, esto es, que no forma parte de un Grupo Empresarial, o que aún formado parte de un Grupo Empresarial, dicho grupo no se encuentra reconocido como tal y regulado específicamente con reglas especiales como sucede en el caso de México. Sin embargo, para el caso del concurso de acreedores de una o varias empresas partícipes de un grupo, los efectos acerca del tratamiento de su patrimonio presentan ciertas particularidades que merecen ser analizadas y reguladas de manera especial. Tales efectos pueden ir desde la anulación de actos entre personas allegadas o integrantes del mismo grupo, subordinación de créditos o incluso la consolidación del patrimonio de varias empresas en uno sólo. Sobre los efectos de ser personas relacionadas, se ha tratado con antelación, lo relativo a la subordinación de créditos y la consolidación del patrimonio, será analizado más adelante. Este apartado se ocupará de señalar brevemente otros efectos del concurso de acreedores de empresas de un Grupo: el de la financiación y otorgamiento de garantías después de la apertura y el relativo a la administración y enajenación de los bienes una vez abierto el procedimiento concursal.

10.6.1 FINANCIACIÓN Y OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS POSTERIORES A LA APERTURA DEL CONCURSO.-

En primer término conviene señalar que en cualquier procedimiento concursal la financiación de la empresa en dificultades se encuentra revestida de una especial

importancia, ya que persigue el principal objetivo del concurso que es el de la preservación de la empresa (económicamente viable y socialmente útil) como fuente de empleo y de riqueza. Por lo tanto, uno de los objetivos tanto de la inyección de capital como de garantizar las obligaciones de la empresa frente a terceros, es el de seguir operando, ya sea en caso de su posterior reorganización o bien en caso de su inevitable venta. En este último caso maximizaría su valor al entregarse una empresa que se encuentra en marcha, ya que cabe recordar que es indispensable contar con fondos para hacer frente a gastos ordinarios e indispensables de funcionamiento de la empresa, tan esenciales como el pago de costos laborales, de materias primas, tecnología, maquinaria moderna, servicios especializados que permitan a la empresa instalarse a la vanguardia, por citar algunos ejemplos.

El acceso al financiamiento en el mercado de una empresa concursada o aún quebrada es casi imposible. Hay que partir de la amarga experiencia que viven estas empresas que han caído en desgracia financiera y que en general reciben el repudio y el rechazo del sector financiero institucionalizado. No existe conciencia ni educación para valorar los esfuerzos que realizan quienes tienen problemas financieros y se ven sujetos a concurso y que merecen una segunda oportunidad. Es más difícil que una empresa concursada o aún quebrada obtenga financiamiento a que lo reciba cualesquier otra empresa de nueva creación. No es tomada en cuenta la experiencia del comerciante deudor en desgracia financiera y quien ya aprendió de sus errores o aprendió a conocer mejor las fuerzas del mercado.

Es por ello que adquiere vital importancia para la supervivencia de estas empresas el facilitar el financiamiento de aquellos que aun confían en ellos como son los que forman parte de su mismo grupo empresarial en primera instancia.

Para el moderno derecho empresarial, en el caso de la insolvencia de una o varias empresas partícipes de un grupo, este objetivo adquiere una mayor relevancia puesto que no es un deudor único, sino varias empresas, solventes o no, las que se verían afectadas por dicha financiación. Como bien señala el Grupo V de la UNCITRAL, la financiación posterior a la apertura en el caso de los Grupos Empresariales, tiene una importancia mayor, en virtud de que las consecuencias económicas que

presupone tienen más envergadura, máxime en tratándose de grandes Grupos de Empresas.[462]

Sin embargo, como atinadamente menciona el Grupo de Trabajo V mencionado, varios regímenes de la insolvencia regulan la financiación una vez abierto el concurso, pero no se regula expresamente la obtención de financiación suplementaria ni la prelación para su reembolso o bien la regulan para restringir la aportación de nuevos fondos. Y entre los ordenamientos que sí regulan la financiación posterior a la apertura, muy pocos la estudian específicamente para el tratamiento en el caso de los Grupos.[463] Al respecto cabe citar al régimen colombiano como uno de los ordenamientos que se encuentran más avanzados con respecto a este tema, el cual se estudiará en líneas posteriores y que sí se encarga de dar un tratamiento especial a la financiación en el caso de los Grupos de Empresas con el fin de facilitarla.

Pero aunque la finalidad de la financiación puede ser la misma para el caso de un único deudor como de un Grupo Empresarial, las implicaciones son distintas para uno y otro como se verá en líneas posteriores.

En el caso de la financiación posterior a la apertura del concurso de acreedores de una o varias empresas miembro de un Grupo, puede presentar ciertos problemas, como los que se señalan a continuación:

a) Un conflicto de intereses.- Es decir, puede presentarse una oposición en cuanto a los intereses particulares de una empresa (proveedora o receptora de fondos) contra los intereses del grupo del que forma parte. Este problema se agudiza cuando existe un único representante de la insolvencia de los concursos de varias empresas del mismo grupo, el cual pudiera ser al mismo tiempo representante tanto de quien aporta como de quien recibe los fondos y tendría que valorar de manera imparcial los intereses de cada empresa en particular y los del grupo en su conjunto.

[462] Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL. *"Tercera parte de la Guía Legislativa…" Op.cit.*p.35.
[463] *Ibíd.*

b) La necesidad de mantener estructura financiera operante en el Grupo con anterioridad al concurso.- Sobre todo cuando se trata de un Grupo de Empresas de estructura centralizada que concentra la obtención de todos recursos en una tesorería común, la cual, al otorgar financiamiento a la insolvente pudiera afectar la liquidez del Grupo o de algunas empresas que lo componen.

c) Repercusiones de la financiación tanto en la empresa proveedora como en la receptora de recursos.- Este punto presenta relación con el primero, en el que se deben de analizar cuidadosamente cualquier conflicto de intereses respecto de la empresa que aporta los recursos o garantiza la financiación, como de la beneficiaria de dichos recursos o garantías. Así como las consecuencias que traería consigo no sólo para la receptora (como sería el caso de un deudor individual) sino también para la empresa garante o proveedora de los recursos, así como para los intereses de sus acreedores. Por otro lado, de existir varios representantes de la insolvencia, como bien previene la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia, será preciso concertar un cierto grado de coordinación entre ellos y si fuere un único representante el encargado de administrar varios concursos de empresas del mismo grupo, deberá de analizar y resolver cualquier conflicto. [464]

No obstante las anteriores consideraciones, los aparentes inconvenientes de la financiación intra-grupal, una vez declarado el concurso de una o varias empresas que formen parte del mismo grupo, puede ser compensada por beneficios que atienden precisamente a su estructura empresarial. En primer lugar porque el beneficio obtenido por la empresa que necesita de la financiación para su supervivencia o para conservar o incluso incrementar su valor, puede repercutir en un beneficio global para las demás partícipes del grupo. Así mismo, el perjuicio sufrido por los acreedores de la empresa que otorga la financiación puede ser contrarrestado por el beneficio del

[464] *Ídem.* P. 38.

otorgamiento de una garantía real. Por otro lado, en tratándose de los acreedores internos del grupo, su financiación no sólo puede ayudar a asegurar la supervivencia de la empresa en dificultades, sino que puede ser incluso necesaria para garantizar su propia supervivencia.

Así también los problemas relacionados con la financiación que se han venido mencionando, pueden ser combatidos con soluciones de tipo procesal como por ejemplo, en el régimen de la insolvencia se podría requerir la autorización judicial y/o de los acreedores para poder otorgar un préstamo. Aunque el Grupo V de la UNCITRAL advierte que debe de reducirse al mínimo el número de autorizaciones ya que la financiación podría ser necesitada de manera urgente[465]. Otra medida que puede ayudar a resolver el problema relativo al conflicto de intereses agravado por la existencia de un único representante de la insolvencia, sería el nombramiento de otro u otros representantes, ya sea de manera temporal en tanto que se resuelve la aportación de fondos o de garantías, o bien de manera permanente. Por último, en cualquier caso el representante de la insolvencia deberá determinar que existe la necesidad imperante de obtener fondos después de la apertura, para la preservación de la empresa, así como de su valor y su mantenimiento en funciones.

Ahora bien, para el caso del otorgamiento de garantías reales la Tercera Parte de la Guía legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de Insolvencia antes citada, sugiere la posibilidad de que una empresa concursada pueda otorgar una garantía real para respaldar su propia financiación o también para respaldar la financiación de una empresa integrante del mismo grupo que se encuentre en la misma situación de insolvencia. En este último caso, la garantía únicamente podrá ser otorgada sobre bienes no gravados, situación que de cualquier manera supondría una disminución del conjunto de bienes disponibles para sus acreedores. Sin embargo, este menoscabo puede ser compensado por el beneficio indirecto a largo plazo, ya que en el contexto del grupo, una financiación que suponga la salvaguarda de las empresas después redundará en un beneficio global del grupo.[466]

---

[465] *Ídem* p. 39.
[466] *Ídem.* P.40.

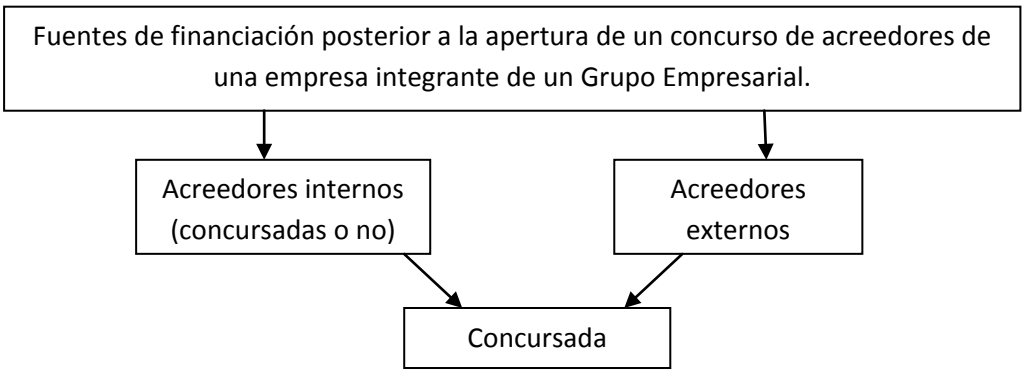
Para evitar en lo posible que se cause perjuicio a los acreedores al comprometer la masa activa que les garantiza su pago, habrá que considerar por parte del representante del concurso y de la autoridad judicial rectora del proceso lo siguiente:

a) Si bien es cierto que se impone un gravamen sobre un bien o bienes que conforman el activo fijo de la concursada, también es cierto que al recibir préstamo esta última verá incrementado su activo circulante con la inyección de capital de trabajo.

b) Lo que habrá que vigilar es que este capital de trabajo no se emplee únicamente en gastos "operativos" sino que se destine en realidad a la adquisición de nueva maquinaria y/o tecnología de punta, así como la adquisición de materia prima e insumos a mejores precios al ser pagados de contado.

Lo anterior implica que al autorizarse este crédito exista el convencimiento pleno de que se garantiza la viabilidad financiera de la empresa y no que se verá agravada con un exceso de "empasivamiento".

Por otra parte, en el contexto del concurso de Empresas de Grupo, la financiación puede provenir tanto de fuentes internas como de proveedores externos al grupo. En el primero de los casos, los acreedores internos podrán tratarse de miembros solventes del grupo, así como los que se encuentren sujetos a procedimientos de insolvencia (ver esquema 10.5.1).



Esquema 10.6.1

A continuación se estudiarán brevemente las particularidades para el caso de la financiación proveniente de cada una de las fuentes antes citadas:

a) Provenientes de concursadas.-

En este apartado se estudiará la posibilidad de que una empresa que se encuentre sujeta a un proceso concursal pueda a su vez otorgar una garantía o financiar a otra empresa que forme parte del mismo grupo y que sea igualmente insolvente y sujeta a un proceso concursal.

Aunque en general es de esperar que una empresa insolvente no está en condiciones de garantizar deudas ajenas o de financiar a otra empresa, no obstante en el escenario de los Grupos Empresariales y en circunstancias específicas, esta financiación puede ser deseable. La multicitada Tercera parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de Insolvencia, señala que en los regímenes de la insolvencia tal vez sea conveniente regular el caso de la obtención y concesión de fondos por parte de empresas insolventes para así facilitar el otorgamiento de tal financiación. Así también señala la conveniencia de establecer los deberes y obligaciones tanto de los proveedores como de los receptores de tal financiación. Así mismo, apunta la necesidad de evaluar los beneficios que traería consigo el sacrificio de una empresa en búsqueda del beneficio de las demás empresas del grupo, con el objetivo de obtener un provecho global y de una distribución más equitativa de los

perjuicios que pudiera ocasionar a corto plazo, con miras a beneficiarse a largo plazo.[467]

Pareciera un contrasentido el analizar la posibilidad de que una concursada pueda transferir fondos vía préstamo a otra concursada, sin embargo, hay que tomar en cuenta que pueden existir administradoras de fondos del Grupo Empresarial que por encontrarse sujetas a dicho procedimiento tienen la prohibición legal de realizar pagos y en consecuencia tienen la liquidez suficiente para poder realizar préstamos a sus filiales o aún a su matriz, lo que al final siempre redundará en beneficio del Grupo como unidad económica pues de nada sirve que una de las empresas, aun concursada, tenga liquidez y otra de las concursadas del mismo Grupo carezca de ella y ponga en peligro a toda la unidad económica a la que le se ha venido denominado Grupo Empresarial.

Tal y como se ha mencionado en párrafos anteriores, una de las legislaciones más avanzadas en cuanto a este tema es el ordenamiento concursal colombiano, el cual en el Decreto 1749 de Mayo de 2011, se regula la financiación otorgada por un partícipe del Grupo de Empresas sujeto de un proceso de insolvencia a otro igualmente insolvente. Establece que el partícipe del Grupo objeto de un proceso de insolvencia podrá: *"Proporcionar financiación a otro participe del mismo Grupo de Empresas que también sea objeto de un proceso de insolvencia."*[468] Lo anterior será posible únicamente por decisión del promotor o liquidador y se requerirá la autorización del juez del concurso, siempre que éste no haya sido objetado por acreedores que representen la mayoría para celebrar el acuerdo. En caso de estar pactado en el acuerdo de reorganización, será válido cuando cuente con el voto favorable de los acreedores de conformidad con las reglas que establece la Ley 1116 para la mayoría especial.[469]

Además, es interesante mencionar que la legislación colombiana no sólo permite la financiación posterior a la apertura del concurso, sino que en el contexto del Grupo de Empresas, premia el otorgamiento de la financiación dando beneficios de

[467] *Ídem.* P.p. 37 y 38.
[468] Artículo 16.1 del Decreto 1749 de Mayo de 2011.
[469] *Ídem*. Artículos 16 y 17.

prelación y eliminando la postergación de los créditos a que están sujetos aquellos pertenecientes a personas especialmente relacionadas con el concursado.[470] Advierte el régimen colombiano que tales beneficios se perderán cuando la financiación esté destinada a fines distintos del cumplimiento del objeto de tal financiación, que es precisamente el de garantizar la supervivencia destinataria de tales recursos, o a mantener o incrementar el valor de su patrimonio o de la masa de la insolvencia.[471]

Contrariamente a lo ya regulado por Colombia, en Estados Unidos de Norteamérica se litiga un procedimiento de bancarrota que tiene relación con otro concurso mercantil que también se tramita en México y que bien vale la pena comentar. Se trata del caso del Grupo Empresarial Vitro (el cual se ha mencionado brevemente en capítulos anteriores), cuyo concurso se tramita en México por parte de su matriz y de varias de sus empresas filiales y al mismo tiempo se tramita el concurso de varias de sus filiales en tribunales americanos. La *holding* mexicana y sus filiales americanas, solicitaron autorización judicial para aumentar el monto de los préstamos habían venido recibiendo y que permitieran garantizar la viabilidad de las empresas, solicitud que fue denegada por el juez de bancarrotas americano, aduciendo que en todo caso dichos créditos deberían quedar postergados para ser pagados al final y una vez que se pagasen a la totalidad de los acreedores. Esto equivale a aportar dinero "a fondo perdido" y hace poco atractivo el financiamiento a una empresa concursada,[472] lo cual pone en peligro la viabilidad y subsistencia de la misma.

Por otra parte, en cuanto a las garantías otorgadas por una empresa insolvente del grupo, el régimen colombiano prevé que el integrante o partícipe del Grupo de Empresas que sea objeto de un proceso de insolvencia podrá:

> *"Artículo 16.*
>
> *1. (…)*
>
> *2. Otorgar una garantía sobre sus propios bienes en respaldo de un crédito obtenido por otro participe del Grupo de Empresas que sea también objeto de un proceso de insolvencia.*

[470] *Ídem.* Artículo 18, en relación con los artículos 41 y 69 numeral 1 de la Ley 1116 de 2006 colombiana.
[471] *Ídem.* Artículos 17 y 18.
[472] TERRAZAS, Federico."*No Money".* Periódico Mural. Capitanes. Sección de negocios.5 de abril de 2011. p.2.

3. Ofrecer una garantía personal del reembolso de los recursos que se hayan aportado a otro participe del Grupo de Empresas."[473]

Sin embargo, la garantía podrá ser otorgada sobre bienes no gravados del deudor vinculado, de lo contrario requerirá el voto del beneficiario de dicho gravamen.[474]

Por su parte la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia, señala en sus recomendaciones que los regímenes de la insolvencia deberán permitir la financiación posterior a la apertura de un proceso concursal otorgada por un miembro del Grupo Empresarial objeto de un procedimiento de insolvencia, a otro miembro del grupo que también lo sea, haciendo posible que:

"a) Adelante fondos a otra empresa del grupo que sea también objeto de un procedimiento;

b) Otorgue una garantía real sobre sus propios bienes en respaldo de un crédito obtenido por otra empresa del grupo que sea también objeto de un procedimiento; y

c) Ofrezca una fianza u otra forma de garantía personal del reembolso de los fondos que se hayan aportado a otra empresa del grupo que sea también objeto de un procedimiento."[475]

Lo anterior siempre y cuando el representante de la insolvencia de la empresa del grupo que aporte los fondos, que otorgue una garantía real o que ofrezca una fianza u otra forma de garantía personal de la operación:

"a) Determine que esos fondos son necesarios para mantener el funcionamiento o asegurar la supervivencia del negocio de esa otra empresa del grupo;

b) Determine que son necesarios para preservar o incrementar el valor de la masa de la insolvencia de esa otra empresa; y

c) Determine, [con arreglo al régimen de la insolvencia,] que cualquier perjuicio que se ocasione a los acreedores será compensado

---

[473] *Ídem.* Artículo 16.

[474] *Ídem.* Artículo 19 en relación con el numeral 5 del artículo 43 de la Ley 1116 de 2006.

[475] Recomendación 211 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia. *Op.cit*. p.42.

por el beneficio reportado por el adelanto de esos fondos o por la garantía real u otra forma de afianzamiento otorgada."[476]

Por otro lado, también recomienda que el régimen de la insolvencia especifique que una empresa de un grupo que sea objeto de un proceso de insolvencia podrá *obtener* financiación con posterioridad a la apertura del procedimiento, de otra empresa del mismo grupo, que sea igualmente objeto de un procedimiento, cuando el representante de la insolvencia de la primera haya determinado que la financiación es necesaria para asegurar la marcha del negocio o la supervivencia de la empresa destinataria de los fondos o para preservar o incrementar el valor de su masa de la insolvencia, pudiendo exigir o no una autorización judicial previa a dicha financiación o que los acreedores den su consentimiento a que se otorgue. [477]

El autor considera que para evitar que el representante del concurso, atendiendo a intereses ajenos a los que son propios de su actividad, autorice de manera indebida la recepción de estos préstamos, siempre se requiera por ley la autorización judicial. No es pertinente el solicitar la autorización de todos los acreedores porque ello haría nugatorio el beneficio del crédito ante la oposición de cualesquiera de ellos, aun sin tener razón. Hay que recordar que en los términos del derecho procesal concursal cualesquiera de los acreedores reconocidos podría impugnar mediante la interposición del recurso ordinario procedente la resolución judicial que apruebe dicho préstamo, medio de defensa en el cual deberá fundamentar su oposición y dar oportunidad al representante del concurso y al propio concursado de defender la conveniencia del préstamo, con lo que quedan salvaguardados los intereses de todas las partes. Aquel acreedor que de mala fe hubiese impugnado la resolución judicial que autoriza el préstamo solo para dilatar el proceso y presionar al deudor para que se le pague antes que a los demás, por su temeridad y mala fe será condenado al pago de gastos y costas cuando se declare improcedente su recurso.

De igual forma recomienda la UNCITRAL que el régimen de la insolvencia especifique el rango de la prelación aplicable a dicha financiación. [478]

---

[476] Recomendación 212. Ibíd.
[477] Recomendación 214. Ibíd.
[478] Recomendación 215. *Ibíd.*

En cuanto a las garantías de créditos obtenidas con posterioridad a la declaración del concurso, la UNCITRAL recomienda aplicar las disposiciones 65, 66 y 67 de la Segunda Parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia.[479]

b) Provenientes de integrantes del grupo no concursadas.-

En cuanto a este punto el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL plantea varias cuestiones. En primer lugar que es posible que a una empresa que no tiene dificultades financieras le puede interesar la estabilidad de las demás empresas del mismo grupo o del grupo en su conjunto, postura con la cual el autor coincide, y añade que también debería ser posible que una empresa solvente pueda actuar como proveedor de recursos o garantizar un crédito de manera personal o con sus bienes.

Y aunque esa financiación podría realizarse al margen del régimen concursal mediante una aportación voluntaria vía aumento de capital, dicha aportación estaría regulada por el derecho societario y no por el concursal. Este sería un capital de riesgo poco atractivo para un inversionista.

Otra forma de otorgar apoyo financiero a la concursada, bien mediante transferencia de fondos vía préstamo o bien otorgando por ella garantías, se puede negociar en el acuerdo de reestructuración propuesto a los acreedores, con el inconveniente de que si el préstamo es urgente no se podrá operar hasta que dicho

---

[479] *"65. El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes de la masa ya gravados.*
66. El régimen de la insolvencia debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor encaminada a garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prelación respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o siga el procedimiento enunciado en la recomendación 67.
67. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que: a) Se notifique al acreedor garantizado ya existente y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal; b) El deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera; yc) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente." UNCITRAL. *"Guía Legislativa Sobre el Régimen de la Insolvencia".* Pp.142 y 143. Naciones Unidas. Nueva York. 2006.

acuerdo sea aprobado por las mayorías, las cuales, obvio es decirlo, pueden no aprobar dicho acuerdo y por lo tanto no se operaría el crédito.

De ser urgente la obtención del crédito, entonces éste quedará sujeto a la regulación concursal, la cual en todo caso deberá establecer un pago preferente a estos créditos, con prelación a cualesquier otro, pues de lo contrario será muy difícil que un acreditante esté interesado en realizar préstamos a fondo perdido o sujeto a su postergación por ser partes relacionadas.

c) Provenientes de terceros.-

Aunque la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia no hace mayor especificación en cuanto a este punto, sí señala que la financiación así como el otorgamiento de garantías puede ser efectuada por acreedores externos a los Grupos Empresariales y también apunta que el régimen de la insolvencia debería de especificar la prelación y el rango que debe de asignarse a los créditos otorgados después de la apertura del procedimiento de insolvencia, incluyendo aquéllos pertenecientes a acreedores externos. Y en este último caso podría reconocerse un incentivo en cuanto a dicha prelación, a los créditos de prestamistas externos. [480]

Existen algunos ordenamientos como el brasileño, en los que se observa como una novedad el beneficio para los acreedores que otorgan créditos durante la recuperación judicial, calificándolos como extraconcursales.[481] Y aunque no menciona al caso de los Grupos de Empresas, ni a qué tipo de acreedores (internos o externos) será aplicado dicho beneficio, es interesante mencionar esta particularidad del

[480] Ibíd. P. 40.

[481] *"Art. 84.- Acreedores de la masa fallida.- Serán considerados créditos extraconcursales y serán abonados con anterioridad a los mencionados en el art. 83 de esta ley, en el siguiente orden, los relativos a: (…).- V.- Obligaciones resultantes de actos jurídicos válidos practicados durante la recuperación judicial en los términos del art. 67 de esta ley o con posterioridad a la declaración de quiebra; (…). -Art.67 Los créditos por obligaciones contraídas por el deudor en la recuperación judicial serán considerados extraconcursales. Los créditos procedentes de obligaciones contraídas por el deudor durante la recuperación judicial, inclusive aquellos relativos a gastos con proveedores de bienes o servicios y contratos de mutuo, serán considerados extraconcursales en el caso de que fuera declarada la quiebra, respetando lo prescripto por el art.83 de esta ley. (…)"* Artículo 84 inciso V de la Ley de Recuperación Judicial y Extrajudicial y Quiebra del Empresario y de la Sociedad Empresaria de 9 de febrero de 2005.

régimen brasileño puesto que habla de las ventajas que puede suponer incluso para una persona extraña al Grupo de Empresas que aparentemente no tienen ningún interés en la recuperación de la concursada, el darle un trato de acreedor de la masa fallida.

De igual manera, el régimen concursal uruguayo otorga un trato preferencial a los créditos nacidos con posterioridad a la declaración del concurso, considerándolos como créditos contra la masa.[482]

Por su parte la Ley de Concursos Mercantiles mexicana, permite la contratación de nuevos créditos, así como la constitución o sustitución de garantías una vez declarado el concurso, cuya aprobación será decidida por el conciliador previa opinión de los interventores (cuando existan) y la enajenación de activos cuando no se encuentren vinculados con la operación ordinaria de la empresa del Comerciante.[483] Asimismo, establece el grado de prelación y el rango que se les otorgará con respecto a los demás créditos otorgándoles el carácter de créditos contra la masa que se deberán pagar con preferencia a cualquier otro, excepto los salarios de los trabajadores correspondientes a los dos años anteriores a la declaración del concurso.[484] Sin embargo, no establece un tratamiento especial para empresas integrantes de un mismo grupo o en su caso para la controladora y sus controladas. Nuevamente se está ante la presencia de una ley que vuelve a quedarse corta en relación al tema de los Grupos Empresariales.

Por último, en base a todo lo anterior y a lo dispuesto por la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL antes citada y a legislaciones de insolvencia novedosas como la colombiana, es concluyente en lo que ve a la financiación otorgada con posterioridad a la apertura del concurso, que el régimen de insolvencia debería de

---

[482] Artículo 91. (Créditos contra la masa).- Serán créditos contra la masa: (...).- 4) Los créditos nacidos después de la declaración de concurso, incluidos los provenientes de la rehabilitación de contratos que hubieran caducado, salvo que la ley los considere créditos concursales. (…).- Artículo 92. (Régimen de los créditos contra la masa).- Los créditos contra la masa se pagarán, a medida que venzan, fuera del procedimiento de concurso.-Su pago se realizará con cargo a los bienes de la masa que no estén gravados con prenda o hipoteca.- Ley Nº 18.387.- Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial publicada el 03 de noviembre de 2008.

[483] Artículo 75 de la Ley de Concursos Mercantiles.

[484] Ídem. Artículo 224.

facilitar la obtención de fondos por parte de empresas de un grupo sujetas a un procedimiento concursal con la finalidad de procurar su supervivencia y el incremento o la conservación del valor de la masa concursal. Asimismo debería de facilitar la aportación de fondos por otras empresas del mismo grupo ya sean solventes o sujetas también a un procedimiento concursal, procurando una distribución equitativa de los perjuicios y beneficios derivados de tal aportación, así como una protección de los intereses de los proveedores y sus acreedores, destinatarios de los fondos y en general de cualquier parte que pudiere verse afectada por la financiación. Y por último, el régimen de la insolvencia debería señalar con precisión quién será el que pueda autorizar el otorgamiento y la recepción de nuevos créditos, buscando siempre la agilidad en el trámite y sin perjuicio de los intereses de los acreedores.

Es concluyente que la falta de liquidez en las empresas es la causa principal de que se ubiquen en uno de los supuestos de la cesación de pagos que trae como consecuencia, voluntaria o forzada, a ser declarados judicialmente en estado de concurso mercantil.

Es entonces imprescindible el favorecer la financiación de aquellas empresas, que siendo viables, requieran recursos financieros frescos para su supervivencia y continuidad en el mercado.

No se trata de financiar empresas no viables que están destinadas a desaparecer del mercado, bien porque no se modernizaron, porque no reconvirtieron sus procesos de producción, no se ajustaron a las demandas del mercado, por la obsolescencia de sus productos y servicios o bien porque en realidad no son competitivas frente a la competencia nacional o internacional y entonces es momento de que el empresario cambie de giro.

Se insiste en que se debe facilitar la financiación de empresas viables y para ello es menester proteger por una parte a quien otorga el préstamo y a sus propios acreedores, así como a quien lo recibe, siempre en beneficio de sus propios acreedores.

Los empresarios insolventes o quebrados no deben ser denostados públicamente, ni marginados de la economía formal, condenándolos a la economía informal. Merecen una segunda y hasta ulteriores oportunidades cuando no han actuado de mala fe, de manera fraudulenta, sino que son víctimas de los vaivenes y los riesgos propios del mercado. En una economía de mercado, las empresas ganan y pierden. Lo que siempre se gana es en la experiencia de los empresarios, quienes después de un fracaso, en la mayor de las veces serán mejores, más cuidadosos, más previsores y sobre todo, más preparados para enfrentar los retos de una economía globalizada. Se propugna aquí por una legislación concursal que humanice estos procesos y que no vea con frialdad y desprecio al concursado y que por el contrario coadyuve a crear una educación general que entienda los fracasos económicos y ayude a solventarlos. Sólo deberán ser castigadas las conductas de mala fe o fraudulentas.

Todos estos conceptos deberán ser regulados y aplicados de igual manera en tratándose de los Grupos Empresariales, nueva realidad económico-jurídica, que no es contemplada en muchas legislaciones concursales, incluyendo la mexicana. La debilidad o la muerte de uno de sus componentes, bien puede significar el debilitamiento o inclusive la desaparición de todo el Grupo en perjuicio de la fortaleza económica de un país.

10.6.2 ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES.-

Tal y como se ha visto a lo largo del presente estudio, una de las finalidades del concurso de acreedores, si no es que la principal, es la de la conservación de la empresa (económicamente viable y socialmente útil), para lo cual se hace imperante la preservación del valor de la misma. Por otro lado, de no lograrse el rescate del negocio, el concurso debe de estar encaminado a conservar o incluso incrementar el valor del patrimonio del concursado y de la masa de la insolvencia para su mejor liquidación.

Para lograr tales fines, en principio puede ser recomendable continuar con la operación del negocio, de manera que permita su rescate o en su caso, su venta en las mejores condiciones posibles. En el caso de que se solicite directamente la quiebra, el

régimen del concurso también debe de prever un mecanismo de administración del negocio que permita proteger el valor del patrimonio que será liquidado.

En el caso del régimen de insolvencia mexicano, la Ley de Concursos Mercantiles establece que una vez declarado el concurso de acreedores la administración de la empresa corresponderá al Comerciante quien efectuará las operaciones ordinarias del negocio bajo la supervisión del Conciliador (artículos 74 y 75). Y aunque la legislación nacional valora la importancia de mantener a la empresa en operación, se establece la alternativa del cierre de la misma para evitar el aumento del pasivo o el deterioro de la Masa (art.79). Asimismo, para el caso de la quiebra del Comerciante, se confiere al síndico la administración del negocio cuyas actividades estarán encaminadas al aseguramiento y conservación de los bienes que integran el patrimonio del Comerciante (art. 183). Todas estas medidas están destinadas a preservar en medida de lo posible el valor del negocio.

Sin embargo, para poder continuar con la marcha de la empresa es necesario seguir utilizando los bienes que se encuentran en posesión del concursado. No obstante, dichos bienes no serán en todos los casos propiedad del deudor. Luego entonces, el tratamiento que se les dará a los mismos dependerá del régimen concursal de que se trate. Al respecto la UNCITRAL señala en la Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, que por regla general el régimen de la insolvencia intenta administrar dichos bienes procurando no menoscabar los derechos de propiedad de terceros, ni los intereses de los acreedores garantizados, sin embargo, a menudo será necesaria la utilización o incluso la disposición (venta) de dicho bienes.[485]

Ahora bien, para el caso de empresas integrantes de un Grupo que se encuentran en situación de insolvencia, puede ser recurrente el caso de que ciertos bienes en posesión del o los deudor(es) sean propiedad de alguna de las empresas partícipes del mismo Grupo, a su vez solventes, y que sean necesarios tanto para la

[485] Para el caso de México, la Ley Concursal protege los derechos de terceros que son propietarios de los bienes en comento, estableciendo una "acción de separación", por medio de la cual los bienes que no hayan pasado a formar parte de la propiedad del Comerciante podrán ser separados por sus legítimos titulares (art. 70 de la ley concursal).

operación de la empresa como para la conservación de la masa de la insolvencia. Se puede poner como ejemplo el caso de una empresa que se dedica a la manufactura de muebles de plástico y que requiere grandes inyectoras y moldes especiales, que son propiedad de otra empresa del Grupo que se las facilita para tal manufactura y para garantizar la uniformidad de la producción dado que sus clientes son grandes cadenas de almacenes departamentales que exigen tal uniformidad. Una diversa empresa del Grupo es la encargada de la comercialización y logística de entrega de la producción.

En el caso de insolvencia de la manufacturera, parte importante del activo consistente en la maquinaria de inyección y los moldes que son la base de la producción de muebles, no serán propiedad de la insolvente, sino de una diversa empresa del Grupo. Tal situación se devela hasta el momento en que los acreedores se dan cuenta que en los estados financieros de la concursada ya no aparece como activo tal maquinaria y moldes, entendiendo hasta entonces que el valor intrínseco de la masa activa se verán gravemente reducido y que existe la posibilidad legal de que la propietaria de tales inyectoras y moldes los reclame mediante la vía de la separación del activo. De darse tal separación de activos, resulta indudable que la concursada ya no podrá continuar desempeñando su función productora de muebles de plástico, lo que traerá como consecuencia inevitable su quiebra ante la imposibilidad de continuar con sus operaciones. Esto hará casi imposible el salvamento de esta empresa. En realidad el Grupo Empresarial al que pertenece no se verá afectado porque estas inyectoras y moldes serán destinadas a otra diversa empresa del mismo Grupo la que podrá continuar con la producción y entrega de estos productos. Los únicos perjudicados serán, por una parte los trabajadores de la quebrada que perderán su fuente de empleo y los acreedores de la fallida, que tendrán menos posibilidades de cobrar sus créditos.

En estos casos, la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia establece que podría ser aplicable la recomendación 54 de la Guía[486], que señala que el régimen de la insolvencia debe de especificar que estos bienes se podrían utilizar siempre y cuando:

[486] *Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia*. Op. cit. p.34.

> *"Utilización de bienes que sean propiedad de terceros (párrs. 90 y 91) 54.(…)*
>
> *a) Los intereses de terceros queden protegidos contra toda disminución del valor del bien; y*
>
> *b) Los gastos derivados de los contratos de prestación continuada y de la utilización del bien tengan carácter de gastos administrativos."*[487]

Por otro lado, también se plantea el caso en el cual, una empresa solvente integrante de un Grupo de Empresas que tenga en su posesión ciertos bienes, quede incluida en un procedimiento de insolvencia o que los acuerdos tomados en un Plan de Reorganización de otra u otras partícipes del mismo Grupo, abarquen dichos bienes. También se plantea el caso de empresas solventes que formen parte de un grupo y no se encuentren incluidas en el procedimiento de la o las demás partícipes, y cuyos bienes de su posesión puedan ser utilizados para apoyar a las empresas concursadas, arrojando la interrogante a resolver por los diversos regímenes de la insolvencia, sobre si podrían ser utilizados dichos bienes en el concurso de las demás partícipes del grupo y de ser así, en qué condiciones. Para tal caso, se deberá tomar en cuenta el impacto que pudiera tener en los acreedores de la prestadora, advirtiendo la UNCITRAL que tal uso podría suscitar impugnaciones en el caso de que la empresa prestadora del apoyo estuviera sujeta posteriormente a un proceso de insolvencia.[488]

Esto es, en el supuesto de que por el grado de especialización en la producción que tenga la insolvente concursada se requiera que sea ésta la que lleve a cabo tal proceso y si fue privada de su maquinaria, equipo, moldes, dados, etc., por otros acreedores propietarios de dichos bienes, es conveniente que si dicho equipo de producción lo tiene en su poder cualesquiera de las otras empresas del Grupo que hasta ese momento fueran solventes, se le deba permitir el continuar con la producción mediante la utilización de dicha maquinaria y equipo, probablemente bajo el esquema de arrendamiento, de comodato, de maquila o bajo cualquier contrato jurídico similar. Lo importante es no entorpecer la buena marcha en conjunto del Grupo Empresarial. Resulta evidente que si la propietaria de dicha maquinaria y equipo a su vez cae en insolvencia, los representantes del concurso y los propios acreedores

---

[487] *Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia. Op. cit.* p.134.

[488] UNCITRAL *Tercera Parte de la Guía (…) Op.cit.* pp.34 y 35.

tendrán que analizar la conveniencia económica de continuar participando en la producción y comercialización de los bienes producidos bajo el mismo esquema que se venía trabajando o si será más conveniente la restitución de dichos bienes para un diverso fin que bien puede ser la producción directa de bienes o la venta de dicha maquinaria y equipo para pagar las deudas.

Las anteriores cuestiones deberán de ser tomadas en consideración en el régimen mexicano para el caso de regular, como se propone en el presente trabajo, el concurso de acreedores del Grupo Empresarial, el cual deberá de intentar en todos los casos, el equilibrio de intereses de las partes interesadas, así como la equidad en el procedimiento y la salvaguarda del patrimonio empresarial.

CAPÍTULO XI

LA CONSOLIDACIÓN PATRIMONIAL

IX.1 INTRODUCCIÓN.-

Tal como se acaba de explicar en el capítulo anterior, la acumulación procesal supone la sustanciación de los distintos procedimientos de insolvencia de personas vinculadas (entre ellas empresas que formen parte del mismo Grupo) ante un mismo tribunal, misma que afectará únicamente derechos procesales (tales como la coordinación del procedimiento, el establecimiento de los mismos plazos, etc.). Sin embargo, dicha acumulación no tiene injerencia en los derechos sustantivos de las personas sujetas a tal régimen, ni en las responsabilidades de acreedores y deudores, manteniendo la separación de los patrimonios y la autonomía jurídica de las empresas concursadas.

Por el contrario, el régimen de consolidación patrimonial, de cuyo estudio se ocupará el presente capítulo, supone no solamente la sustanciación conjunta de los procedimientos de insolvencia de las personas vinculadas o integrantes del mismo Grupo (acumulación o consolidación procesal) sino que aglutina sus activos y pasivos en una sola masa de la insolvencia como si pertenecieran a una única entidad, con absoluto respeto a la personalidad jurídica de las empresas consolidadas.

Con la implementación en algunas legislaciones concursales de la institución jurídica denominada consolidación patrimonial, se pretende superar los conflictos generados con la aplicación de la teoría del rasgamiento o develación del velo corporativo. En la consolidación patrimonial se respeta la autonomía e individualidad de cada una de las personalidades jurídicas involucradas y el derecho concursal se concentra, en ciertos casos que se comentarán más adelante, en una masa común producto de la consolidación de activos y pasivos, formada por la propia actuación de las empresas involucradas y en donde se hace difícil, casi imposible, la separación de los activos y pasivos a que corresponden a cada una de ellas, en beneficio de los acreedores, y en algunos casos como se estudiará más adelante también en beneficio del salvamento de las empresas a través de su reestructuración financiera.

Asimismo, a diferencia de la acumulación procesal, la consolidación patrimonial sí afecta derechos sustantivos y obligaciones de los partícipes de dicho régimen, pudiendo traer consigo, entre otros efectos, el de la cancelación de créditos intra-grupo, o de las operaciones entre empresas partícipes del grupo, la extinción de fianzas, etc., como se analizará más adelante.

Por otro lado, la consolidación del patrimonial podrá ser total, o bien, parcial o limitada. Es decir, se podrían excluir a ciertos bienes o activos del patrimonio común y también podría darse el caso de que la orden de consolidación procediera únicamente respecto de reclamaciones de una clase o clases de acreedores. Tal distinción se estudiará a lo largo del presente capítulo.

Así también, se verá que en el régimen de la insolvencia norteamericano la técnica de la consolidación patrimonial es conocida como "consolidación sustancial" y ante la ausencia de regulación legal expresa, ésta se ha venido desarrollando jurisprudencialmente desde hace varios años. Desde las décadas de los años 30's a 40's se resolvieron casos en que se distinguió la consolidación parcial de la completa o total y con posterioridad dicha doctrina se fue aplicando más prolíficamente, una vez abierta la vía judicial, por los casos resueltos en el Tribunal Federal del Segundo Circuito entre los años de 1964 a 1975, en cuyos fallos resueltos conforme a equidad, se establecieron los rasgos básicos en que se funda su aplicación.[489]

Igualmente, la UNCITRAL estudia el tratamiento del denominado régimen de *consolidación patrimonial* en la Tercera Parte de la Guía Legislativa relativa a la insolvencia de los Grupos de Empresas desarrollada por su Grupo de Trabajo V, recomendando la aplicación de dicha consolidación únicamente en casos *excepcionales*, en los cuales se restrinja su aplicación a circunstancias muy específicas.[490] Es decir, expresa el deber del régimen concursal de respetar la identidad

[489] Ver BLUMBERG, Phillip I., *"The Law of Corporate Groups. Bankruptcy Law".* Pp.406 y 416. Ed.Little, Brown and Company. Boston-Toronto.1985; MIGUENS, Héctor José. *Op.cit*. p. 233-235 y; QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op.cit.* p.110

[490] *"Contenido de las Disposiciones Legislativas.- Excepciones al principio de la identidad jurídica propia.- 219. El régimen de la insolvencia debería respetar la identidad jurídica propia de cada empresa de un grupo. Toda excepción a esta regla deberá estar fundada en alguno de los motivos enunciados en la recomendación 220.*(…)"UNCITRAL. *Tercera Parte de la Guía Legislativa*…op.cit. p. 64

jurídica de cada empresa integrante del grupo, restringiendo la excepción a esta regla a la concurrencia de los motivos que en la misma Guía se exponen y que se especificarán más adelante. De igual forma, el ya citado régimen norteamericano, ha restringido la aplicación del régimen de la consolidación sustancial con base a los elementos objetivos que su jurisprudencia ha venido desarrollando y que igualmente se señalarán a continuación.

En esta misma línea, también se pueden citar los casos de los regímenes colombiano y español (en su más reciente reforma a la Ley Concursal)[491], los cuales, han adaptado las recomendaciones efectuadas por la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL, previendo en sus legislaciones concursales, a manera de *excepción* al principio del respeto a la personalidad jurídica, la consolidación patrimonial de los deudores vinculados.

Al efecto se puede citar el artículo 2º inciso 4to del Decreto 1749 de Colombia que regula el concurso de acreedores relativo a los Grupos de Empresas, el cual define a la consolidación procesal como:

> *"Artículo 2. (…) 4. Consolidación patrimonial: Tratamiento excepcional en virtud del cual el pasivo y el activo de dos o más deudores vinculados entre sí o partícipes en un mismo Grupo de Empresas se entienden y tratan como parte de una única masa de la insolvencia."*

Asimismo, cabe mencionar al segundo párrafo del nuevo artículo 25 ter. de la Ley Concursal española reformada en Octubre de 2011, en el cual se introduce "excepcionalmente", en el régimen de insolvencia español, la consolidación de masas estableciendo que: *"(…) se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a efectos de elaborar el informe de la administración concursal."* y la restringe a la existencia dos supuestos: *"(…) cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados"*. (Artículo 25 ter 2do párrafo de la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal española).

[491] Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE Núm. 245. Martes 11 de octubre de 2011

De esta forma, es concluyente que la consolidación patrimonial o sustancial no puede ser automática, sino que está sujeta a la existencia de factores o elementos establecidos en el régimen de insolvencia de que se trate.

Así también, es menester mencionar que ni en las legislaciones española y colombiana, como tampoco en la jurisprudencia norteamericana, la consolidación patrimonial o sustancial constituye una extensión de la quiebra. Es decir, la consolidación solo versará sobre el patrimonio de personas vinculadas sujetas a un procedimiento concursal o de insolvencia. Por su parte, en la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia, se señala que si bien por regla general el régimen de la consolidación patrimonial se aplica a empresas insolventes, existen algunos regímenes de insolvencia que permiten extenderla a miembros aparentemente solventes del grupo[492].

Cabe señalar por otra parte, que en el presente capítulo no se hará referencia a la legislación concursal mexicana, puesto que el régimen de insolvencia nacional no prevé ni regula la Consolidación Patrimonial.

En resumen, en el presente capítulo se intentará dar un acercamiento al régimen de la consolidación patrimonial comenzando por estudiar los elementos objetivos o los supuestos que justificarían su aplicación y posteriormente, tratará sobre la distinción entre la consolidación total y parcial; de los efectos que traería consigo su aplicación; de los participantes así como los sujetos facultados para solicitarla y; de los casos en que resultaría improcedente.

XI.2 ELEMENTOS OBJETIVOS QUE JUSTIFICARÍAN LA CONSOLIDACIÓN EN CASOS EXCEPCIONALES.-

Tal y como se ha venido mencionando, el régimen de la consolidación patrimonial no es automático, sino excepcional y está limitado a la concurrencia de los elementos que cada régimen de la insolvencia establezca. Estos motivos que justifican la consolidación son restringidos, y pueden estar contemplados por la ley positiva o establecerse con base a los criterios de decisiones judiciales -tal es el caso de la

[492] UNCITRAL. Tercera parte de la Guía Legislativa…op.cit. p.55.

consolidación sustancial estadounidense- pero en cualquiera de los casos su tratamiento como una "excepción" está orientado a evitar abusos en su aplicación práctica.

Se comenzará por mencionar para el caso del derecho anglosajón, algunas de las pautas que han sido acuñadas por distintas sentencias de las Cortes norteamericanas, en las que se han considerado, entre otras, como razones de la consolidación sustancial las siguientes:

1.- La integración económica del grupo de sociedades.- Sin excluir a otros razonamientos que pudieran concurrir en las decisiones de los tribunales, uno de los factores más importantes a la hora de determinar la consolidación sustancial, es el de la integración económica de los partícipes del grupo y su comportamiento encaminado en una dirección unificada. Como ya se ha venido mencionando, el elemento principal para distinguir a los Grupos de Empresas es la integración de sus partícipes en una dirección común que permita considerarlos, a pesar de la independencia jurídica de sus integrantes, como una unidad económica. Así también en materia concursal, las expectativas de muchos acreedores están enfocadas al reconocimiento de dicha integración empresarial que los Tribunales estadounidenses han tomado en cuenta para determinar la consolidación. En particular en el caso *"Interstate Stores Inc."* grupo dedicado a la industria juguetera, la Corte tuvo que enfrentarse ante un grupo formado por una sociedad dominante y sus 188 subsidiarias, aprobando dos consolidaciones: una para las empresas dedicadas al negocio de los juguetes; y otra para la dominante y el resto de sus subsidiarias dedicadas a la comercialización, determinando su decisión en el hecho de que el grupo consolidado dedicado al negocio de los juguetes, desde su constitución había formado un negocio separado y había operado desde entonces como una sola unidad económica separada de las demás.[493]

2.- Las expectativas de los acreedores.- Otro criterio utilizado por las Cortes norteamericanas para determinar la consolidación, ha sido el de la expectativa de los acreedores al creer que se estaba negociando con un Grupo y no con una entidad

[493] BLUMBERG, Philip I. *Op.cit.* p.420

independiente a él. Lo que refleja no sólo la impresión del acreedor, sino también la conducta unificada de las empresas del grupo que hacen que esa falsa impresión sea razonable. Dichas expectativas pueden estar fundadas en elementos tales como: la financiación u otorgamiento de garantías intra-grupo, la exteriorización de que la empresa funcionaba en forma consolidada con las demás empresas del grupo, la inexistencia de contabilidad separada para cada integrante del grupo o la existencia de contabilidad consolidada, entre otras.[494]

3.- Confusión de la contabilidad.[495]- En este supuesto cuando no sea posible reconstruir la contabilidad de manera separada, el tribunal tendrá poco que hacer además de declarar la consolidación o cuando simplemente esta separación sea muy costosa y requiera demasiado tiempo útil, deberá de ponderar las pérdidas y el costo en tiempos de llevar procedimientos separados contra el posible perjuicio en el caso de la consolidación. Aunque se ha observado que estos elementos de costos y tiempos no son tan decisivos, puesto que en algunos casos como el de *Flora Mir Candy*, se decretó la consolidación aunque la separación de la contabilidad era accesible.[496]

4.- La confusión de activos.- Es común en el caso de los Grupos de Empresas, que las compañías más fuertes financien a las débiles y que muchas veces el volumen de las transacciones sea tan grande que no sean fácilmente registrados por la contabilidad. El continuo fluir de fondos que presupone la falta de respeto por las formalidades societarias aprovechándose de la estructura de Grupo, constituye un motivo para no considerar a las distintas entidades societarias como tales y aplicar el moderno derecho empresarial y decretar la consolidación sustancial. [497] En la opinión de Héctor J. Miguens, la consolidación debería de aplicarse aún cuando las transacciones se encuentren registradas en la contabilidad, distinguiendo entre los movimientos de naturaleza *ordinaria* o *natural* de la dirección unitaria, y los que crean perjuicios *anómalos* o *extraños* de la actividad inherente al grupo.[498] Igualmente procede la consolidación con base en la confusión de activos, en los casos en que las

[494] MIGUENS, Héctor J. Op.cit,. pp. 241 y 242.
[495] Uno de los casos que ilustran este factor es del caso "Chemical Bank" ver Blumberg Op.cit. p.411.
[496] BLUMBERG, Philip I. Op.cit. pp. 426 y 427.
[497]MIGUENS, Héctor J. Op.cit,. p. 244
[498] Ibíd.

transacciones supongan un beneficio al grupo o a alguna entidad del grupo, en perjuicio de alguna afiliada, en cuyo caso, la consolidación se aplicaría con el objetivo de proteger los derechos de los acreedores de la afiliada con un déficit mayor.[499]

5.- Factibilidad creciente de la reorganización.- En los casos en que las empresas deudoras sigan operando, la consolidación puede contribuir a una reorganización más exitosa o más rápida, o bien podría hacer más eficientes las operaciones y la rehabilitación de los deudores. Por otro lado, hay casos en los que la adopción de planes separados de reorganización no es viable, como en el de *Interestate Store* que comprendía una dominante y 188 subsidiarias deudoras. Además en muchos casos la relación entre la consolidación y el éxito de los planes de reestructura han explicado la no oposición de ningún acreedor. Esta postura refleja la atención de los tribunales en concentrarse más en considerar el impacto que tienen los acreedores del grupo como un todo y no los perjuicios de cada acreedor en particular.[500]

Estas circunstancias razonadas, se han enunciado a manera ejemplificativa y no representan una relación exhaustiva de las razones o motivos en que se pueden fundar las Cortes Norteamericanas para motivar la acumulación sustancial decretada.

Por otro lado, la UNCITRAL señala en la Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, algunos factores que se han utilizado en distintos países para justificar una orden de consolidación sustancial. Entre ellos menciona a las siguientes circunstancias:

I.- La integración de las operaciones y negocios de las empresas integrantes de un grupo que dificultan o hacen imposible distinguir el activo y el pasivo de cada empresa del grupo. [501]

II.- En casos de reorganización del grupo, cabe la posibilidad de que sea aprobada por las partes como fruto del acuerdo de un Plan de Reorganización, y que en dicho plan incluso se lleguen a consolidar empresas insolventes puesto que existen

[499] Ibíd.
[500] Ibídem pp.228 y 229.
[501] UNCITRAL. *Tercera Parte de la Guía Legislativa…op.cit.* p.54

regímenes concursales que así lo permite. Aunque señala la UNCITRAL que por lo general suele ser decretada por mandato judicial.[502]

III.- Cuando no exista una separación real entre empresas del grupo o que su existencia se mantenga para fines deshonestos o fraudulentos.[503]

IV.- El incremento del valor a repartir entre los acreedores, en virtud de la relación estructural entre las empresas del grupo, la gestión de sus negocios, sus lazos financieros, o en razón del valor de su propiedad intelectual utilizada en común.[504]

V.- La expectativa de los acreedores al fiarse del patrimonio del grupo en su conjunto y que se sentirían defraudados si el pago de sus créditos quedasen limitados al de los bienes de una sola empresa.[505]

Igualmente la UNCITRAL señala en la ya citada Tercera Parte de la Guía Legislativa, otros factores que podrían suponer la consolidación del patrimonio de las empresas miembros de un Grupo, advirtiendo que ninguno de ellos es necesariamente decisivo, ni tampoco es indispensable que se presenten todos en un determinado caso, sino que deberán de ser ponderados para cada caso, a saber[506]:

a) La existencia de estados financieros consolidados del grupo;

b) La utilización de una única cuenta bancaria para todas las empresas del grupo (en los casos de tesorería conjunta);

c) La comunidad de intereses y la mancomunación de bienes entre las empresas del grupo;

d) La dificultad de deslindar el activo y el pasivo de cada empresa;

e) La magnitud de gastos generales, contables, de gestión o afines que compartan las distintas empresas del grupo;

---

[502] *Ibíd.*
[503] *Ibíd.*
[504] *Ibídem.* P.55
[505] *Ibíd.*
[506] *Ibídem* p. 56.

f) La existencia de préstamos internos y de garantías recíprocas entre las empresas del grupo;

g) El hecho de que se hayan traspasado bienes o de que los fondos hayan circulado de una empresa a otra por razones de conveniencia sin cumplir los requisitos formales del caso;

h) El grado de suficiencia del capital;

i) La mezcla de bienes o de operaciones comerciales;

j) El nombramiento de personal directivo o de gestión compartido y la celebración de reuniones combinadas de sus junas directivas;

k) La utilización de una sede en común;

l) Tratos fraudulentos con acreedores;

m) La práctica de inducir a los acreedores a negociar con el grupo como entidad única, creando así confusión entre los acreedores al no saber con cuál de las empresas estaban tratando, o de difuminar los límites jurídicos de las empresas del grupo;

n) Las ventajas que la consolidación suponga para la reorganización del grupo o para los acreedores.

No obstante las anteriores consideraciones, la UNCITRAL señala en sus *Recomendaciones* relativas al *contenido de las disposiciones legislativas*, solo a dos circunstancias en las que podría procederse a una consolidación patrimonial:

> *"Excepciones al principio de la identidad jurídica propia*
>
> *219. El régimen de la insolvencia debería respetar la identidad jurídica propia de cada empresa de un grupo. Toda* ***excepción a esta regla*** *deberá estar fundada en alguno de los motivos enunciados en la recomendación 220.*
>
> *Recomendación 220.- Cabría especificar en el régimen de la insolvencia que, a instancia de una persona legitimada con arreglo a la recomendación 223 para solicitarla, el tribunal podrá ordenar la consolidación patrimonial, respecto de dos o más empresas de un mismo*

grupo, únicamente si se dan las circunstancias que a continuación se indican:

a) El tribunal obra en el convencimiento de que el activo y el pasivo de las empresas del grupo afectadas están de tal forma entremezclados que no cabría deslindar la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o una demora injustificados[507]*; o*

b) El tribunal obra en el convencimiento de que las empresas de un grupo practican actividades fraudulentas o negocios sin legitimidad comercial alguna[508] *y de que la consolidación patrimonial es esencial para enderezar dichas actividades o negocios."*

En relación con la anterior recomendación, el régimen colombiano, que como ya se ha mencionado en múltiples ocasiones y es uno de los más actualizados con respecto al tema del derecho de insolvencias de Grupos Empresariales, adopta en su Decreto 1749 dicha recomendación, estableciendo en el artículo 25 que los procesos de insolvencia de los partícipes de un Grupo de Empresas deberán de respetar la identidad jurídica propia de cada partícipe, **salvo** en el caso de una liquidación judicial en donde en relación con los deudores vinculados el juez del concurso ordene la consolidación patrimonial, siempre y cuando el solicitante acredite al menos una de las siguientes dos condiciones:

"1. Que el activo y el pasivo del Grupo de Empresas en liquidación judicial, están de tal forma entremezclados que no podría deslindarse la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados.

2. Que el insolvente partícipe del Grupo de Empresas practicó alguna actividad fraudulenta o ejecutó algún negocio sin legitimidad patrimonial alguna, que impidan el objeto del proceso y que la

---

[507] Es interesante destacar que la UNCITRAL señala a lo largo de la Tercera Parte de la Guía ciertos factores que han tenido en cuenta los tribunales para determinar el grado de *entrelazamiento comercial* de las empresas integrantes de un mismo grupo, tales como *el funcionamiento de cada empresa del grupo y su vinculación con las otras, particularmente en asuntos de gestión y financieros; el mantenimiento o no de registros contables adecuados para cada miembro del grupo; el respeto de la reglamentación interna del grupo; la manera en que los fondos y activos se transfieren entre las diversas empresas; y otros factores similares relativos a las operaciones del grupo*. *Ibíd.*

[508] En este caso la UNCITRAL cita como ejemplos el de una empresa deudora que transfiera la cuasi totalidad de su activo a una empresa recién formada o a otras empresas que le pertenecen, con miras a conservarla en provecho propio y así obstaculizar, retrasar y defraudar a sus acreedores; la denominada simulación (que puede consistir en celebrar contratos ficticios) o la pirámide de Ponzi (consistente en remunerar a los inversionistas con el dinero que invirtieron o con el de posteriores inversionistas, y no con ganancias realizadas) y otras prácticas fraudulentas similares. *Ibídem.* Pp. 56 y 57.

consolidación patrimonial sea esencial para enderezar dichas actividades o negocios. Para efectos de la aplicación de este numeral, las actividades fraudulentas o los actos o negocios sin legitimidad comercial alguna son los descritos en los numerales 1, 7, 8, o 9 del artículo 83 de la Ley 1116 de 2006, en el contexto de un Grupo de Empresas, o las conductas descritas en los numerales 1 a 9 señaladas en el articulo anterior."

El autor considera errónea la afirmación de la UNCITRAL y del Régimen de Insolvencia Colombiana cuando se refieren a la Consolidación Sustancial como una "excepción" a la identidad jurídica del grupo de empresas, ignorando la personalidad jurídica de las empresas involucradas, ello en virtud de que ambas afirmaciones a juicio del que escribe, confunden a la personalidad jurídica con uno de los atributos de la persona jurídica que es El Patrimonio.

En efecto , la institución jurídica de la Consolidación Sustancial, no ignora a la personalidad jurídica de las empresas involucradas sino que, contrariamente, respetando dicha personalidad jurídica, lo único que hace es entender al patrimonio de las empresas involucradas como un patrimonio común, ante la dificultad fáctica de separarlo y en beneficio de los acreedores que han sido orientados a entender esta confusión de patrimonios ante la forma de actuar y de conducirse de las empresas involucradas.

Si implicase esta institución jurídica (la Consolidación Sustancial) una excepción a la identidad jurídica del partícipe del grupo de empresas o el ignorar dicha personalidad, se asemejaría a la aplicación de la teoría de la develación del velo corporativo y ello no sucede en la aplicación de este principio que se comenta.

En efecto, siguiendo la moderna Teoría del Patrimonio Afectación, se desvinculan las nociones de Patrimonio y personalidad y se evita su confusión, sin que esto signifique negar su obvia relación.

La base de la moderna Teoría del Patrimonio Afectación, radica en el destino que en un momento determinado tienen los bienes, derechos y obligaciones en relación con un fin jurídico y organizados autónomamente; el fin al cual pueden estar afectados los bienes, derechos y obligaciones considerados como universalidad igual pueden ser jurídicos que económicos.

A diferencia de la Teoría Clásica, la Teoría del Patrimonio Afectación considera que de hecho una persona puede tener distintos patrimonios, en razón de que puede tener diversos fines jurídicos-económicos por realizar, así como que dichos patrimonios, considerados como masas autónomas, pueden trasmitirse por acto entre vivos.

Así entonces, es concluyente que es factible que la totalidad o parte del patrimonio de las empresas involucradas en la insolvencia por ser parte de un grupo empresarial, queden afectos a la responsabilidad del pago de las deudas propias y de la otra u otras empresas de su mismo grupo que han visto confundidos sus patrimonios por su forma de actuar en la economía que hacen imposible o dificultosa su separación, por lo que se confunden las masas activas y pasivas en beneficio de los acreedores y, en su caso, en beneficio de la propia reestructuración de su deuda.

Por su parte en la reciente reforma a la Ley Concursal española de Octubre de 2011, se introduce el artículo 25 ter. que como se mencionó en líneas anteriores, prevé en su segundo párrafo la consolidación de las masas, atendiendo también a las recomendaciones de la ya citada Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia. Dicha normatividad española, a diferencia de la colombiana, solo contempla el supuesto de la consolidación para el caso de una confusión patrimonial tal, que no permita deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o demora injustificados, y omite señalar como factor determinante de la consolidación, el hecho de que algún miembro del grupo hubiere ejecutado alguna actividad fraudulenta o negocio ilegítimo. (Artículo 25 ter párrafo segundo de la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal).

Es menester mencionar, con relación al régimen de la consolidación patrimonial en España y al numeral precitado, que la interpretación de tratar de manera unitaria a las masas afectadas por los concursos acumulados de sociedades vinculadas, ha sido en general rechazada por los Tribunales españoles. Sin embargo, en ciertas situaciones o circunstancias concurrentes, se ha llegado a aceptar la consolidación sustancial o material del patrimonio de distintas sociedades insolventes vinculadas entre sí.

Tal es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 28 de junio de 2011 (JUR 2011,359899), emitida con anterioridad a la reforma de la LC, misma que desestimó la apelación interpuesta en contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil que había unificado las masas pasiva y activa correspondientes a tres sociedades en concurso.

El fallo de la Audiencia Provincial basó su decisión en el respeto del régimen concursal español a la personalidad jurídica de los deudores concursados, pero que excepcionalmente ignora, aplicando por analogía la teoría del levantamiento del velo corporativo en el caso de una reclamación extraconcursal, al concurso de las sociedades de un mismo grupo que presenten una confusión de patrimonios y que hubieren operado en el mercado como una sola empresa, permitiendo consolidar todos sus activos y pasivos.

Así mismo afirmó que para dicho caso era procedente la aplicación de la teoría de la perforación del velo societario citando a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2005:

> *"(…) Y así, argumenta la citada STS de 29 de julio de 2005 (Roj: STS 5207/2005), "en particular, los grupos de sociedades, caracterizados por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario), constituye un ámbito propicio para la aplicación de la referida técnica, precisamente en casos en que la necesidad de satisfacer el interés del conjunto se traduzca en sacrificio del de las sociedades dependientes, con daño para ellas y, por repercusión, para sus acreedores.(…)"*[509]

Concluyendo que para el caso del tratamiento concursal de las tres sociedades resultaba justificado consolidar en una sola masa sus activos y en otra sola masa todas sus deudas, permitiendo el levantamiento del velo por tratarse de empresas que operaban frente a terceros como una sola entidad y se valían de los mismos medios humanos y materiales para desarrollar su actividad.

[509] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *"Concurso, grupos y levantamiento del velo".* Mercantil desde la Complutense. 19 de noviembre de 2011. http://www.ucm.es/BUCM/blogs/mercantil/4842.php. Última vista: 16 Febrero 2012.

Sin embargo, tal como se afirma en el análisis expuesto por Juan Sánchez Calero, esta postura no se trata de una admisión generalizada de la consolidación patrimonial, sino que la Audiencia barcelonesa solo compartía con el Juez mercantil que las particulares selecciones entre varias sociedades y su forma de actuar en el mercado, legitimaban la utilización de la técnica del levantamiento del velo.

Por otra parte, a partir de la reforma concursal de octubre de 2011, cabría esperar que los tribunales españoles dicten la consolidación patrimonial en tratándose de las empresas integrantes de un mismo grupo, con fundamento en las circunstancias señaladas por el artículo 25 ter de la reforma a la Ley Concursal, y ya no aplicando la técnica del levantamiento del velo corporativo, la cual en este trabajo se considera en cierta medida obsoleta y que debe de dar paso a otras formas de aplicación del moderno derecho de grupos, tales como el de la consolidación patrimonial.

Son de llamar la atención los comentarios a esta reforma que realizan los tratadistas Juan Sánchez-Calero Guilarte y Mónica Fuentes Naharro en su estudio intitulado "La reforma concursal y los Grupos de Sociedades" publicado en el mes de febrero del 2012[510], cuando comentan el contenido del artículo 25 ter de la Ley Concursal y afirman en referencia al tratamiento unitario o consolidado de la masa activa o pasiva de las distintas sociedades en concurso lo siguiente:

> *"(…) Sin embargo, esta regla general que explicita el alcance exclusivamente procesal de la tramitación coordinada se ha visto atenuada por el –críptico (sic)- contenido del apartado segundo del mismo precepto. En éste se ha introducido una excepción o una matización –en función del alcance que se otorgue a la interpretación de este precepto- a aquella exclusión tajante de la consolidación sustantiva de las masas, cuando se dice que "**de forma excepcional podrán consolidarse inventarios y listas de acreedores**".*

Continúan comentando estos autores:

> *"(…) Como ya adelantamos, esta afirmación resulta equívoca y podría interpretarse como una "**puerta abierta**" a la aplicación de la consolidación sustancial en el seno de los grupos. De hecho a pesar del escaso tiempo que lleva en vigor la reforma, ya diversos autores han defendido esta interpretación, esto es, concebir el artículo 25 ter.*

[510] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan; FUENTES NAHARRO, Mónica. *"La Reforma Concursal y los Grupos de Sociedades". Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil.* Pp. 21-23. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Eprints Complutense. Febrero de 2012.

> *segundo como una posibilidad de consolidar -con el carácter "**excepcional**" que exige la norma–las masas activas y pasivas de las diferentes sociedades concursadas como si de un solo deudor se tratara. En definitiva, ello supondría aplicar en el seno del concurso, aún cuando no en base a los mismos presupuestos –como más adelante apuntaremos- la doctrina del levantamiento del velo ya preconizada por alguna resolución judicial cercana (…)".*

No se coincide en el presente con la opinión de dichos autores Aunque, en primer término sus sospechas son fundadas, no queda lugar a interpretación de los tribunales el aplicar –de manera excepcional- la teoría de la consolidación patrimonial en los casos y con los requisitos señalados por la reforma que se comenta. Por supuesto que el legislador español introdujo en la Ley Concursal la figura de la consolidación patrimonial excepcional.

Tampoco se coincide con los tratadistas en comento, en su afirmación de que se trata de la aplicación en el seno del concurso, de la doctrina del levantamiento del velo, pues sus comentarios parecen ignorar que precisamente la doctrina de la consolidación patrimonial respeta a la personalidad jurídica de las empresas involucradas, no rasga el velo corporativo y sólo considera como una unidad a las masas activas y pasivas, cuando a ello dieron lugar precisamente las concursadas por su forma de actuar en la economía y bajo los supuestos que ya se han venido comentando.

No se entiende en el presente trabajo a esta reforma -como lo afirman estos autores en dicho estudio- como de "*críptico*" contenido. La voluntad del legislador quedó claramente plasmada en la reforma: se introduce la institución de la consolidación patrimonial en casos excepcionales y en tratándose de concursos de empresas que forman parte de Grupos Empresariales.

Probablemente, el legislador español se quedó corto con esta reforma al no observar con mayor apego los lineamientos de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL, como sí lo hizo la legislación colombiana en el Decreto 1749 cuando señala con mayor precisión su alcance y sus efectos. En fin, tal vez de manera precipitada la legislación española incluyó el régimen de la consolidación sin otorgarle un tratamiento un poco más completo.

De las consideraciones anteriormente expuestas, de manera resumida se podría concluir lo siguiente:

- El régimen de la consolidación patrimonial no constituye una manera de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario. Se parte de la premisa que el régimen concursal debe de respetar la personalidad jurídica independiente de los miembros del grupo, sin embargo, *por excepción*, podría acumular sus activos y pasivos en una sola masa concursal, siempre y cuando se reúnan los elementos objetivos o se presenten ciertas circunstancias que ameriten dicha consolidación y que sean señalados por la ley o por la jurisprudencia.

- Se considera que la consolidación patrimonial o material, no es una forma de *extensión de la quiebra,* aunque se puede dar el caso de ciertos regímenes[511] que extiendan la quiebra y que tal medida tenga como consecuencia la consolidación de activos y pasivos.

- La técnica de la Consolidación Patrimonial atiende al nuevo derecho empresarial de los grupos, siguiendo los principios del *Enterprise Law*.

- El derecho concursal mexicano debe de adoptar tal como lo hicieran Colombia y España en su caso, las recomendaciones de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL, para consolidar el patrimonio concursal de varias empresas integrantes de un mismo grupo, restringiendo su aplicación únicamente en el caso de la

[511] Tal es el caso del régimen del Concurso en Caso de Agrupamiento establecido en la Ley de Concursos y Quiebras argentina, en el cual, la cesación de pagos de una de los integrantes del agrupamiento es suficiente para que se extienda a los demás miembros y que trata las propuestas unificadas, posibilitando a los concursados el proponer categorías de acreedores y ofrecer propuestas tratando unificadamente su pasivo. (Art. 66 y 67 quinto párrafo). Así también en el régimen concursal argentino se prevé *la extensión de la quiebra: 1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores; 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.* (…) *3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.*" (artículo 161 de la Ley de Concursos y Quiebras argentina). Estableciendo que la sentencia que decrete la extensión antes mencionada fundada en el Artículo 161, inciso 3, dispondrá la formación de masa única. Asimismo precisa que también se forma masa única cuando la extensión ha sido declarada por aplicación del Artículo 161, incisos 1 y 2 y se comprueba que existe confusión patrimonial inescindible. (…). (Artículo 167 del mismo ordenamiento).

concurrencia de ciertos elementos objetivos. Asimismo, podría tomar como fuente de análisis el tratamiento jurisprudencial norteamericano con respecto al tratamiento del régimen de la consolidación sustancial.

XI.3 CONSOLIDACIÓN PARCIAL Y CONSOLIDACIÓN TOTAL.-

Hasta el momento se ha venido haciendo referencia a la figura de la consolidación sustancial en el marco de la insolvencia de los Grupos, como una medida aplicable en el proceso concursal de varias empresas vinculadas, mediante la cual se aglutinan los distintos patrimonios de los partícipes del grupo sujetos al concurso, en una única masa concursal, formando así un patrimonio único del que serán pagadas las acreencias de todas las empresas consolidadas. Lo anterior, en circunstancias muy particulares que deberán establecer la ley o los criterios que hayan quedado asentados en la jurisprudencia del país de que se trate, circunstancias que ya se han analizado en apartados anteriores en este mismo capítulo.

Sin embargo, hay regímenes -como el norteamericano al que se hará referencia en seguida- que han previsto un tipo de consolidación parcial o limitada (denominada *"partial consolidation"* en el régimen concursal estadounidense), la cual consiste en excluir determinados bienes o créditos de una o varias de las empresas consolidadas, del ámbito de aplicación de la consolidación patrimonial.

No obstante, la aplicación del régimen de consolidación patrimonial parcial suele ser muy poco frecuente, ya que, recordando que algunas de las principales causas para ordenar una consolidación son las de: i) una mezcla tan indiscriminada de bienes, activos o cuentas que es difícil distinguir al titular o verdadero propietario de dichos bienes, o bien, ii) la de la existencia del grupo como mera fachada, que tenga por objeto realizar operaciones fraudulentas; luego entonces, puede resultar muy costoso o muy impráctico, separar de la masa común ciertos activos o bienes para la satisfacción de uno o varios acreedores.

De tal suerte que la consolidación patrimonial parcial solo puede ser practicada en circunstancias todavía más restringidas que la total. Al efecto, resulta conveniente mencionar los pronunciamientos que hace la UNCITRAL sobre este tema. En la Tercera

Parte de la Guía legislativa presentada por su Grupo de Trabajo V, expresa para el caso de la insolvencia de Grupos de Empresas, que la consolidación parcial puede justificarse por ejemplo en casos donde sea fácil identificar al propietario de ciertos bienes que no haya participado en un plan fraudulento o si fuera posible aislar ciertos negocios de las empresas consolidadas del grupo del fraude cometido, y siendo así todo crédito asociado a un bien excluido seguiría a dicho bien.[512]

Así también, en la mencionada Tercera Parte de la Guía Legislativa, se apunta que la consolidación patrimonial también podría estar limitada a ciertos créditos originales, dejando a salvo a los *acreedores garantizados* que podrían hacer valer sus créditos mediante el ejercicio de una garantía real. O también se podrían excluir de la consolidación ciertos activos o bienes, con la finalidad de no causar un *daño indebido* a algunos acreedores, pero como ya se dijo, esta circunstancia es poco probable en virtud de que la consolidación se presenta principalmente en casos de bienes entre-mezclados o fraude.[513]

Por otro lado, una de las principales razones para aplicar parcialmente la consolidación se presenta cuando uno o varios acreedores hayan contratado con una empresa en particular, sin estar al tanto de la pertenencia de dicha empresa a un Grupo Empresarial, es decir, cuando se hayan fiado correctamente del patrimonio de una de las empresas al negociar y de su *personalidad autónoma*, por lo tanto, tal vez sus créditos deberían de ser reembolsados del activo de dicha empresa.[514]

Por otra parte, en el Derecho Norteamericano, la consolidación sustancial ("*substantive consolidation*") tiene su fundamento en la facultad de equidad de los jueces –concedida en la Sección 105 del Código de Bancarrotas norteamericano- que les permite dictar la consolidación actuando conforme a criterios de *equidad.* Sin embargo, como ya se ha mencionado anteriormente, la figura de la *"substantive consolidation"* como tal, no está regulada en la ley positiva estadounidense, sino que

[512] UNCITRAL. Tercera Parte de la Guía Legislativa…*op.cit.* p. 63

[513] *Ibíd.*

[514] *"(…) no se les debería privar (refiriéndose a los acreedores que contrataron con una empresa en particular) de un reembolso pleno de sus créditos por razón de que dicha empresa mantuviera una relación con otra empresa insolvente del grupo, de la que dichos acreedores no tuvieran conocimiento." Idem* p.55

su tratamiento se ha ido acuñando en función de sentencias judiciales que han servido para sustentar los criterios en torno a ella.

Al igual que en la consolidación sustancial *"total"* en la jurisprudencia norteamericana se ha llegado a aplicar una consolidación *"parcial"* ("*partial consolidation*") excluyendo ciertos bienes o créditos del resto del patrimonio consolidado, o satisfaciendo a algún acreedor o categoría específica de acreedores, con activos separados pertenecientes a uno o más integrantes del grupo de empresas (mientras que el resto de sus activos y créditos se encuentren consolidados con el de otras empresas partícipes del grupo sujetas al concurso), o preservando ciertas *garantías*. No obstante lo anterior, la aplicación de la consolidación parcial en los tribunales norteamericanos ha sido escasa[515] y ha tenido una aprobación muy limitada en los casos judiciales.[516]

Así también, la consolidación parcial en el régimen norteamericano está sujeta a rígidas reglas, como por ejemplo, la establecida en una sentencia de la Suprema Corte, que establece el requisito de presentar "*documentación satisfactoria y convincente que justifique que en caso de que no se concediera* –refiriéndose a la consolidación parcial- *se estaría cometiendo una injusticia*"[517]. De este modo, es posible darse cuenta que en el régimen norteamericano, la consolidación parcial atiende a criterios de equidad (del juez concursal) y a la vez de justicia.

Asimismo, algunas Cortes de Bancarrotas estadounidenses han sostenido que a pesar de que se den las condiciones propicias para decretar la consolidación sustancial (total), un acreedor podría cobrar sus créditos únicamente de los activos de una única empresa si logra demostrar que en realidad y razonablemente creyó que estaba contratando con dicha empresa como entidad independiente del Grupo

[515] BLUMBERG, Philip I. *Op.cit.* p. 408.

[516] JENNEMANN, KAREN S. United States Bankruptcy Judge. *In re LOUIS J. PEARLMAN, et al. "Second amended memorandum opinion granting substantive consolidation of the joint debtors' estates."p.7* United States Bankruptcy Court. Middle District of Florida. Orlando Division. 10 de Mayo de 2011.

[517] BLUMBERG, Philip I. *Op.cit.* p. 408. Citando el criterio adoptado por la Suprema Corte estadounidense en el caso *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp.,* 313 U.S. 215, 219, *reh'g denied*, 313 U.S. 600 (1941).

Empresarial[518], situación contemplada también por la Tercera Parte de la Guía legislativa.

De este modo el tribunal podría separar los activos de la empresa deudora suficientes para garantizar el pago al acreedor demandante, ya sea en la liquidación o según lo acordado en el plan de reorganización. Igualmente, la consolidación parcial frecuentemente requiere que la Corte estime en qué medida podría ser la recuperación del acreedor demandante en caso de que no se efectuara la consolidación a efecto de evitar injusticias.[519]

Otra de las circunstancias que justificarían una consolidación parcial en el régimen norteamericano son las enunciadas en el caso *In re Parkway Calabasas*[520], que ha sido considerado judicialmente como la piedra angular de cualquier controversia acerca de este tema. En dicho caso se establecieron tres posibles circunstancias en las cuales procedería la consolidación parcial, las cuales se enumeran a continuación:

1.- Cuando el patrimonio sujeto a un interés garantizado estuviera acrecentado por la consolidación sustancial, la corte podría limitar dicha consolidación para proteger a los acreedores no garantizados (ordinarios).

O la consolidación sustantiva podría ser ordenada únicamente con respecto de los créditos ordinarios dejando las entidades separadas con respecto de los créditos garantizados.

2.- Cuando parte del patrimonio de la deudora que responde a un acreedor con un interés garantizado pudiese desaparecer con motivo de la consolidación sustancial, dicho acreedor se encuentra legitimado para obtener en el Plan de Reestructura la prioridad en el pago de su interés garantizado.

---

[518] BRASHER, Andrew. *"Substantive Consolidation: A Critical Examination"* p.5. Harvard Law School Program Working Papers. 2006. http://www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/Brudney2006_Brasher.pdf última vista: 24 feb 2012.

[519] *Ibídem.* p.6.

[520] Citado por AUNGST, Kristopher. *"Deemed Consolidation: Slightly Liquidated, Somewhat Bankrupt an Other Fairytale Creatures".* ABI Journal. Pp.30 y 31. Miami. Mayo 2009 y; JENNEMANN, KAREN S. *op.cit.* p.7.

3.- Cuando se pudiera requerir la segregación de ciertas cuentas (cuentas por cobrar) de una empresa del grupo, para garantizar las deudas de otra entidad del mismo grupo y que se facilite la reestructura.[521]

De todo lo anterior se puede concluir que, al igual que en la consolidación sustancial total, la consolidación parcial debe de estar sustentada en circunstancias específicas y aplicarse de manera excepcional, tal vez con menor frecuencia que la total. E independientemente de las reglas o condiciones que imponga el régimen de insolvencia de que se trate, como bien se recomienda en la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL, el régimen de la insolvencia debería de permitir tal figura facultando al tribunal para *excluir ciertos bienes y créditos* de la consolidación y también debiera *precisar las condiciones aplicables* a dicha exclusión[522].

XI.4 CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS A LA CONSOLIDACIÓN PATRIMONIAL.-

11.4.1 PERSONAS LEGITIMADAS PARA SOLICITARLA.-

Para el caso de la consolidación patrimonial relativa a la insolvencia de empresas integrantes de un Grupo, la UNCITRAL ha recomendado en la ya multicitada Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre el régimen de insolvencia, que estén legitimadas para presentar la solicitud de consolidación *cualquier empresa interesada integrante del Grupo*, *cualquier acreedor de dichas empresas* y *el representante de la insolvencia de cualquiera de las empresas del Grupo*, ya que este último tal vez sea la

[521] *The court identified three such possible circumstances: (1) "[w]here, for example, property subject to a security interest would be enlarged by substantive consolidation (e.g. „all accounts receivable"), the court may qualify the consolidation to protect unsecured creditors," (2) "[w]here property subject to a security interest would disappear, such as stock in a subsidiary to be substantively consolidated with a parent corporation, the secured creditor is entitled to have the security valued and to receive an appropriate priority in a reorganized plan," and (3) where "[a]ppropriate segregation of accounts may be required to give effect to one entity"s guaranty of another"s debt."* JENNEMANN, KAREN S. *Op.cit.* p.7 citando el caso *Gill v. Sierra Pacific Construction (In re Parkway Calabasas Ltd.), 89 B.R. 832, 837-38 (Bankr. C.D. Cal. 1988).*

[522] UNCITRAL. Tercera Parte de la Guía Legislativa…op.cit. Recomendación 221. p. 64

persona que posea más información global acerca de los integrantes del Grupo y quien podría valorar si es conveniente la solicitud de consolidación.[523]

Sin embargo, en cuanto a la solicitud de consolidación patrimonial presentada o decretada *de oficio*, la UNCITRAL sugiere adoptar un criterio restrictivo, en el cual no se autorice a los tribunales para solicitarla oficiosamente. Aunque reconoce que ciertos Estados permiten decretar de oficio dicha consolidación, la gravedad de esta medida obliga a permitir también que las partes afectadas puedan ser escuchadas y tengan la oportunidad de impugnar dicha solicitud o la resolución en su caso.[524]

Al respecto, es pertinente comentar lo dispuesto por el régimen de insolvencia colombiano, que si bien aplica el criterio sugerido por la UNCITRAL en su legislación concursal concerniente a los Grupos Empresariales, autorizando para solicitar la consolidación sustantiva a *cualquier participe del Grupo de Empresas interesado, al liquidador de alguna de ellas o un acreedor,*[525] en cambio, se separa de las sugerencias de la UNCITRAL en lo relativo a la solicitud de oficio, ya que, para este caso la legislación colombiana admite la presentación de la solicitud o la declaratoria de consolidación patrimonial de manera oficiosa, desde la apertura de los procesos de liquidación o con posterioridad a la apertura, siempre y cuando sea posible preservar todos los derechos adquiridos frente a la masa patrimonial consolidada.[526]

Por otra parte, para el caso de la solicitud presentada por un acreedor, la legislación concursal colombiana dispone que el juez deberá de solicitar al representante o representantes de la insolvencia (liquidadores) de las empresas objeto de la solicitud, su opinión acerca de la pertinencia o no de la consolidación.[527]

En cualquier caso, la Guía legislativa recomienda que el régimen de la insolvencia *determine* cuales serían las personas legitimadas para solicitar la

---

[523] UNCITRAL. Tercera Parte de la Guía Legislativa…op.cit. pp. 57 y 65. Como veremos en seguida, en el régimen colombiano se pide la opinión de los representantes de la insolvencia en solicitudes presentadas por acreedores.
[524] Ídem p. 57.
[525] Artículo 25 penúltimo párrafo del Decreto 1749 de Mayo de 2011.
[526] Ibídem artículo 25 último párrafo.
[527] Ibíd.

consolidación patrimonial, entre las cuales estarían toda empresa del grupo, un acreedor y el representante de la insolvencia[528].

11.4.2 ORDEN DE PRELACIÓN DE CRÉDITOS CONTRA EL PATRIMONIO CONSOLIDADO.-

Como ya se ha venido estudiando, la técnica de la consolidación sustancial se encarga de fusionar en uno solo, el patrimonio de varias empresas vinculadas. Lo anterior, puede suscitar intereses encontrados entre los acreedores de las distintas empresas concursadas y problemas de índole procesal en cuanto al tratamiento de dichos acreedores, de sus créditos y en su caso, de sus garantías.

A continuación se hará referencia a cuestiones relativas al orden de prelación de los accionistas, acreedores garantizados y acreedores privilegiados, así como al tratamiento de las garantías en el marco de la consolidación sustancial. Dicho estudio estará guiado siguiendo los comentarios y parámetros establecidos por la UNCITRAL para estos casos, los cuales se pueden consultar en la Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre trato otorgable a los Grupos de Empresas en situaciones de insolvencia.

A) Cuestiones relacionadas con accionistas.-

Generalmente en los regímenes concursales los créditos pertenecientes a los propietarios o accionistas de la empresa en insolvencia tienen un grado inferior al del resto de los acreedores o suelen estar subordinados a ellos. Ahora bien, en el contexto de la consolidación patrimonial, la regla de dar prioridad a los acreedores sobre accionistas y propietarios se aplicaría solidariamente a todas las empresas consolidadas, por lo cual el pago de los créditos de los accionistas de uno o varias empresas sujetas a la consolidación, estarían subordinados al pago de todos los demás acreedores. Luego entonces, los accionistas de empresas en cuyo patrimonio individual era mayor el activo que el pasivo, tal vez tendrán menores posibilidades de pago en la consolidación patrimonial que con la subordinación en el concurso individual, puesto

[528] Recomendación 223 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa…op.cit. p. 65.

que ahora sus créditos estarán subordinados no solo a la satisfacción de los acreedores de una empresa, sino a la de los acreedores de todas las empresas consolidadas.

A mayor abundamiento, puede parecer injusta la consolidación si como efecto de la misma los accionistas ya no pudieran recibir dividendos o la parte que les corresponda del haber social en el momento de la liquidación de la empresa, que por motivo de la consolidación bien pudo haberse quedado totalmente sin patrimonio.

B) Cuestiones en torno a los acreedores garantizados.-

En un procedimiento de insolvencia por regla general se reconoce la *oponibilidad* y *la prelación de toda garantía real válida, preservándose el valor del bien gravado*[529]*,* siguiendo este criterio para el caso del concurso del Grupo de Empresas. Sin embargo, en el marco de la consolidación patrimonial el tratamiento a las garantías puede presentar algunos problemas o interrogantes que en seguida se mencionan:

1) ¿Sería viable que una garantía constituida sobre parte o la totalidad del patrimonio de una empresa del grupo pueda ser extendida al patrimonio de otra empresa del grupo? o bien ¿deberá quedar circunscrita al patrimonio de la empresa inicialmente gravada?

La respuesta que ofrece la UNCITRAL es que las garantías reales no deberían de extenderse al activo mancomunado de todas las empresas del Grupo, en principio porque estas se presentan generalmente en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia y porque dicha extensión mejoraría la posición del acreedor garantizado en deterioro de los demás acreedores, lo que constituiría un beneficio indebido que no es deseable. También señala que este razonamiento es aplicable a los créditos salariales de los empleados de una de las empresas. [530]

Sin embargo, cuando un bien gravado se requiera como factor clave para la reorganización de una empresa, la respuesta puede ser distinta. Para este caso, se puede prever que el tribunal decrete la consolidación de tal suerte que el bien pueda seguir con su función de garantía o la de permitir que el acreedor garantizado renuncie

[529] UNCITRAL. *Tercera Parte de la Guía Legislativa…op.cit.* p. 59.
[530] *Ibíd.*

a su gravamen, con tal de que la suma debida pase a ser pagadera por las entidades consolidadas.[531]

2) ¿Es posible que un acreedor garantizado con cobertura insuficiente pueda presentar una reclamación, a título de acreedor ordinario, frente a la masa consolidada, por la parte de su crédito no cubierta por la garantía?

Por supuesto que es factible que si el acreedor garantizado no recupera su crédito reclamado con el producto de la venta del bien que garantiza, por el saldo insoluto se convierte en un acreedor ordinario y debe formar parte de estos acreedores que tendrán derecho a cobrar de la masa consolidada.

3) ¿Un acreedor garantizado interno (es decir una empresa integrante del mismo grupo) podría ser tratado de distinta manera que los acreedores externos?

La respuesta es afirmativa; al respecto la UNCITRAL señala que en algunas legislaciones cabe la posibilidad que las garantías reales *internas* sean anuladas, convirtiéndose el acreedor garantizado interno en acreedor ordinario con respecto a la masa mancomunada, o bien que sus garantías sean subordinadas o modificadas de algún modo. También ofrece como posible solución la de excluir a los acreedores garantizados *externos* de la consolidación (como ya se vio, este sería el caso de una consolidación parcial, aunque cabe recordar que solo es aplicable bajo ciertas circunstancias como por ejemplo cuando el acreedor garantizado se haya fiado de la personalidad autónoma de cada empresa del grupo)[532].

4) ¿Cuál es el trato que procedería darle a una fianza para el caso de que la empresa fiadora y la empresa beneficiaria sean partícipes de un mismo grupo y sean objeto de una orden de consolidación?

Se plantea la posibilidad de que esta fianza deje de ser exigible y que el acreedor garantizado sea tratado como acreedor ordinario con respecto a la masa

[531] *Ibíd.*
[532] *Ibídem* pp.59 y 60

consolidada, salvo que el régimen de la insolvencia le reconociera otro grado de prelación.[533]

Por último, con respecto a la cuestión sobre el tratamiento de las garantías reales en el marco de la consolidación patrimonial, la UNCITRAL ha *recomendado*[534] que el régimen de la insolvencia debiera de respetar los derechos y la prelación de un acreedor amparado por una garantía real sobre algún bien de una empresa del grupo que sea objeto de una orden de consolidación, a excepción de los siguientes supuestos:

- Cuando la deuda garantizada sea puramente interna entre empresas del grupo y haya quedado cancelada a resultas de la consolidación;

- Cuando se determine que la garantía real se obtuvo mediante un acto fraudulento en el que intervino el acreedor; o

- Cuando la operación constitutiva de la garantía real sea impugnable.

C) Cuestiones en torno a los acreedores privilegiados.-

Una vez que se haya asignado en el concurso individual el grado de prelación de los créditos privilegiados (como el de los trabajadores o los fiscales), para el caso de la consolidación patrimonial de empresas de un Grupo, cabría revisar de nuevo el orden de prelación de dichos créditos. Y aunque en principio en la consolidación patrimonial los créditos privilegiados tienden a tener una mejor posición a costa de los acreedores ordinarios del patrimonio consolidado, no obstante dichos acreedores deben de moderar sus expectativas, en virtud de que tendrán que computar entre todos ellos sus créditos privilegiados frente a una única masa de la insolvencia. Además los beneficios de la consolidación no serán los mismos para un acreedor privilegiado de una empresa que individualmente presenta más activos que pasivos, que para los acreedores privilegiados de otra empresa que tenga más pasivos que activos, pudiendo surgir entonces intereses contrapuestos.

[533] *Ibídem* p.59
[534] Recomendación 225. *Ibídem* p.65.

Por otra parte, si bien es deseable reconocer el orden de prelación respecto de cada empresa deudora en particular, como bien menciona la UNCITRAL, cuando los activos están de tal modo entrelazados que no es posible distinguir quién es el propietario de tal o cual activo, resulta muy difícil cuantificar la prelación o determinar el valor del activo disponible para saldar cada crédito privilegiado.[535]

De cualquier forma, la UNCITRAL *recomienda* para el caso de suscitarse una consolidación patrimonial, que el régimen de la insolvencia reconozca *en lo posible*, el orden de prelación aplicable respecto de cada empresa del grupo antes de emitirse la orden de consolidación.[536]

Por su parte el régimen de insolvencia colombiano, atendiendo a las recomendaciones efectuadas por la UNCITRAL, establece efectos específicos sobre la prelación y los privilegios de los acreedores de un Grupo de Empresas en el marco de la consolidación, señalando, en el artículo 27 del Decreto 1749, que mantendrán idéntica forma a como fueron reconocidos respecto de cada partícipe del Grupo de Empresas antes de emitirse la orden de consolidación salvo los siguientes casos:

a) Cuando se trate de deudas con trabajadores o pensionados en donde su preferencia se extenderá al activo de todas las empresas que son objeto de la consolidación y;

b) Cuando la deuda garantizada sea puramente interna entre participes del grupo de empresas y haya quedado cancelada por efecto de la consolidación.

Así también establece el tratamiento que se le debe dar a los pasivos entre deudores vinculados, señalando que éstos serán pagados *una vez satisfecho el pasivo calificado y graduado para cada uno de los participes del Grupo de Empresas en cada uno de los procesos de insolvencia, salvo aquellas provenientes de recursos entregados después de la admisión al trámite de insolvencia.* (Artículo 30 del Decreto 1749).

[535] *Ibídem.* p. 60.
[536] Recomendación 226. *Ibídem.*

En el presente estudio se considera que de adoptarse en México el régimen de consolidación patrimonial –lo cual se cree pertinente- el tratamiento de la legislación colombiana sobre estas cuestiones procesales pueden servir como una especie de guía puesto que el derecho mexicano se rige por principios de estricto derecho positivo y no concede a los jueces atribuciones de equidad como lo hacen los sistemas del *common law*, así que al igual que en Colombia, se tendrían que regular en la ley todas las cuestiones procesales y de fondo que afectarían a la figura de la consolidación patrimonial.

Es conveniente hacer mención que en México, sin embargo, viene ganando terreno lentamente el *ius naturalismo* frente al *ius positivismo*. De hecho, las reformas constitucionales de mediados del año 2011 consagran la protección ya no de garantías individuales sino de los derechos humanos en toda su extensión, dando primacía de norma constitucional incluso a los Tratados Internacionales aprobados por el Senado de la República.

De ahí entonces que se deberá tomar en cuenta en lo sucesivo, que el juzgador tiene facultades para lo que se conoce como "el control difuso" de la Constitución, que le da la atribución de *desaplicar* una norma que considera atentatoria a los derechos humanos y aplicar algún principio de derecho derivado de un Tratado Internacional que tiene la fuerza equiparable a la Ley Suprema en México. Ello abre la posibilidad de que en un futuro cercano y en la medida en que los jueces vayan asimilando este trascendente cambio en la vida jurídica de México, los jueces puedan aplicar criterios de equidad y apartarse de la norma escrita, siempre motivando la preservación de un derecho humano ponderado.

Como bien dice el Dr. Rodolfo Luis Vigo[537] *transcurrimos de la ley al derecho y del positivismo al principialismo*.

XI.5 EFECTOS DE LA CONSOLIDACIÓN PATRIMONIAL Y SU FINALIDAD.-

Como ya se ha venido mencionando, la consolidación patrimonial no ocasiona la extensión del concurso ni arrastra a la insolvencia a las empresas vinculadas

[537] VIGO, Rodolfo Luis. *"De la Ley al Derecho".* Editorial Porrúa. México. 2005.

(miembros de un mismo Grupo Empresarial) que sean objeto de esta medida, no obstante, la consolidación patrimonial, que presupone la fusión de las masas de dichas empresas en una sola, produce otros efectos. El primero y más evidente de ellos es la *confusión de activos y pasivos* de las empresas vinculadas a quienes se les aplica la consolidación; el segundo efecto que es una consecuencia lógica del primero, ya que una vez confundidos los distintos activos y pasivos de las distintas empresas, los créditos frente a las masas de cada una de ellas en lo individual, ahora se tratarán como *créditos frente a una única masa* consolidada. Así también, puede haber regímenes concursales (como el colombiano) que prevean como un tercer efecto, la *cancelación de los créditos y deudas* de los miembros del Grupo a quienes se les aplique la consolidación.

De hecho la UNCITRAL en la multicitada Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre el régimen de insolvencia, enuncia entre sus recomendaciones estas tres consecuencias como efectos que debería traer consigo una orden de consolidación patrimonial.[538]

Otro de los efectos que pudiera surgir a raíz de una orden de consolidación patrimonial puede ser el *nombramiento de un único liquidador* (o representante de la insolvencia) respecto de la masa consolidada, tal y como lo hace el régimen colombiano en el artículo 26 inciso 4 del Decreto 1749 de 2011.[539]

---

[538] Recomendación 224: "*El régimen de la insolvencia debería precisar que una orden de consolidación patrimonial dará lugar a que: a) El activo y el pasivo de toda empresa consolidada del grupo sean tratados como formando parte de una única masa de la insolvencia; b) Queden cancelados los créditos y las deudas entre las empresas del grupo que sean objeto de la orden emitida; y c) Los créditos contra las empresas del grupo afectadas por dicha orden sean tratados como [si fueran] créditos contra la única masa patrimonial.*

[539] Al respecto, cabe notar el interés de importantes organismos internacionales, en relación con el derecho de los concursos de los grupos de empresas, tales como el Banco Mundial, que en su último proyecto del 2011 sobre "Principios para Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores" en el cual se incluyen principios acordes a lo dispuesto por la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL referente a la insolvencia de Grupos. Al respecto de los representantes de la insolvencia, pues indica en su principio C16.5, que para el caso del concurso de dos o más empresas partícipes del mismo grupo, el régimen concursal debe permitir el nombramiento de un único representante de la insolvencia, e incluirá disposiciones relativas a las situaciones relacionadas con el conflicto de intereses. Asimismo, para el caso de que se autorice el nombramiento de distintos representantes para el concurso de cada miembro del grupo, el régimen concursal deberá de permitir la

11.5.1 OTROS EFECTOS DE LA ORDEN DE CONSOLIDACIÓN PATRIMONIAL.-

a) En cuanto a la Impugnación de Operaciones:

La medida de la consolidación tendrá también efectos de carácter procesal, como por ejemplo los relacionados con el tratamiento en cuanto al orden de prelación de los acreedores. De tal suerte que, salvo ciertos casos -como el del orden de prelación referente a los accionistas, acreedores garantizados y privilegiados de cuya discusión se ha ocupado anteriormente- el régimen de la insolvencia debería, en medida de lo posible, reconocer el orden de prelación calculado frente a cada empresa del grupo en el *orden de prelación común* que se establezca frente a la masa consolidada.[540]

Asimismo al decretarse una orden de consolidación patrimonial hay que considerar el efecto que surtirá la misma en cuanto a la *impugnación de operaciones*. En cuanto a este punto es menester mencionar que las operaciones entre una empresa del grupo con cualquier otro miembro del grupo sujetos a consolidación, o bien con alguna empresa externa al grupo, pueden ser impugnables con arreglo al régimen normal de impugnación, el cual deberá prever la legitimación de cualquier acreedor para impugnar operaciones que considera fraudulentas o dolosas realizadas por su empresa deudora o por la diversa empresa llamada a consolidarse, toda vez que existe el interés legítimo de nulificar este tipo de operaciones en beneficio de la masa consolidada y como consecuencia en mayor beneficio para la masa consolidada de acreedores. Sin embargo, si efectivamente se decretase nula alguna operación y se recuperasen ciertos bienes o el valor de ellos, dicha recuperación será *en favor de la masa consolidada*.

Otra cuestión importante que habrá que tomar en consideración en cuanto a la impugnación de las operaciones en el marco de una consolidación patrimonial, es el del cálculo del *periodo sospechoso* para ejercer las acciones correspondientes a la revocación de dichas operaciones impugnables.

---

comunicación y cooperación de dichos representantes. BANCO MUNDIAL. *"2011 Principles for Effective Insolvency and Creditor/debtor* Regimes" (Proyecto revisado). p.22

[540]UNCITRAL. "Tercera Parte de la Guía Legislativa…" Recomendación 226. *Op.cit.* pp. 61 y 65.

Es importante en primer lugar, que el régimen de la insolvencia especifique el criterio para efectuar dicho cálculo con la finalidad de velar por la seguridad jurídica tanto de acreedores y de terceros interesados, como de los deudores (en este caso, los partícipes del Grupo Empresarial).

Sin embargo, establecer la fecha para calcular el periodo de sospecha en caso de decretarse la consolidación patrimonial de varios deudores vinculados, no es tan simple como si se tratase de un único deudor, máxime, en el supuesto en que los diversos procedimientos concursales no hubiesen sido declarados simultáneamente (como en el caso de una solicitud y apertura conjunta) o bien, cuando la consolidación sea decretada tiempo después de aperturados los diversos procedimientos. De manera que se aconseja que el régimen concursal adopte los parámetros establecidos por la UNCITRAL dentro de sus recomendaciones consignadas en la Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia[541], para los diversos supuestos que a continuación se señalarán:

I. Cuando la orden de consolidación patrimonial sea *simultánea* a la apertura de todos los procedimientos de insolvencia (o de la apertura conjunta de estos) entonces se podrá establecer una fecha *común* para todas las Empresas del Grupo objeto de la consolidación, la cual podrá ser fijada o bien a partir de la fecha de *solicitud* de los concursos, o bien, a partir de la fecha de *apertura* de los mismos. [542]

II. Cuando la orden de consolidación patrimonial sea *posterior* a la apertura de los diversos procedimientos concursales, el régimen de la insolvencia podría establecer una *fecha distinta* para el cálculo del periodo de sospecha respecto de cada Empresa del Grupo sujeta a la consolidación, la cual podrá ser la de la *solicitud de apertura* del procedimiento o la de *apertura* efectiva del concurso. El inconveniente en tal supuesto, es que podría originar dificultades prácticas. Por otra

[541] Recomendación 228.

[542] Se ha observado que régimen concursal colombiano ha adoptado este último criterio para el caso de que hubiere operado una solicitud conjunta de apertura. En tal supuesto se calculará el periodo sospechoso a partir de la fecha en que se hubieren iniciado todos los procedimientos. (Artículo 22 Decreto 1749 de mayo de 2011).

parte, también se podría establecer una *fecha común* que determine el periodo de sospecha para *todas* las empresas que formen parte en la orden de consolidación, la cual podría decretarse a partir de la *primera solicitud* de apertura de concurso de cualquiera de los partícipes del grupo sujeto a la orden de consolidación, o bien, a partir de la apertura efectiva del concurso del miembro del Grupo que haya *iniciado primero* el procedimiento de insolvencia.[543]

Tales cuestiones se presentan a continuación a manera de esquema, con el fin de facilitar el estudio de los casos antes mencionados:

[543] Por otro lado, para el caso en que los concursos de las empresas vinculadas del Grupo no se hayan iniciado de manera conjunta, la legislación colombiana ha establecido el criterio de calcular el periodo sospechoso de *todos* los deudores vinculados a partir del inicio del proceso de insolvencia del participe del Grupo de Empresas que haya *iniciado primero* su proceso de insolvencia. *(Ídem)*

"Establecimiento del periodo de sospecha en el marco de la Consolidación Patrimonial."

<u>*1er Supuesto*</u>:

Orden de consolidación **simultánea** a la *apertura* de los procedimientos → *Fecha común* calculada en función de:

- a) *Solicitud* de apertura
- b) *Apertura* efectiva (caso colombiano).

<u>*2º Supuesto*</u>:

Consolidación ordenada **tras** la *apertura* de los procedimientos

- a) Fecha *distinta* para *cada* miembro del Grupo, calculada en función de:
  - a.1. La *solicitud* de cada concurso en lo individual
  - a.2. La *apertura* efectiva de cada proceso concursal.
- b) Fecha *común* para *todos* los miembros del Grupo, calculada a partir de:
  - b.1. La *1ª solicitud* de apertura del concurso de cualquiera de los partícipes del Grupo.
  - b.2. La *1ª apertura* efectiva del proceso concursal de una de las empresas miembro del Grupo.

Esquema 11.4.1

Por último, en cuanto a este punto, podría caber la posibilidad de establecer como referencia para el cálculo del periodo sospechoso, la fecha en que se ordenó la consolidación patrimonial, sin embargo, esta posibilidad no figura entre las recomendaciones de la citada Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL, ya que suscitaría incertidumbre o inseguridad jurídica en relación a las operaciones negociadas por la concursada después de la fecha de solicitud o de la apertura efectiva

de algún miembro del Grupo y previas a la orden de consolidación.[544] No obstante, es de llamar la atención en el sentido de que la UNCITRAL dejó de considerar la necesidad que pudiese existir de impugnar actos realizados por la empresa llamada a consolidación que pudiesen resultar fraudulentos o dolosos en perjuicio de la masa común de acreedores, y que tuvieron verificativo entre la fecha de solicitud o de apertura de concurso y la fecha posterior en que se decreta la consolidación, pues todos estos actos realizados por la empresa llamada a consolidación, que no es concursada, quedarán intocados al no ser factible su impugnación por haberse realizado con posterioridad a la fecha de inicio del periodo de retroacción. Esto es, ejemplificando: el 23 de marzo de 2012 la empresa "A" es declarada en concurso y a partir de ahí iniciaría hacia atrás el periodo sospechoso, que en el caso de México es de 270 días. El 25 de julio de 2012 se decreta la consolidación de los patrimonios de la empresa concursada y el patrimonio confundido que pertenece a la empresa "B", si se toma la recomendación de UNCITRAL de que la fecha de retroacción inició el 23 de marzo de 2012, luego entonces, los actos realizados por la empresa "B" entre el 23 de marzo y el 25 de julio, ambos del 2012, en fraude de acreedores, y que es llamada a consolidación hasta el 25 de julio del mismo año, no pueden ser impugnados por los acreedores por quedar fuera del "periodo sospechoso". La ausencia de regulación jurídica sobre este punto traerá como consecuencia el estado de indefensión de los acreedores frente a los actos realizados fraudulentamente en el periodo de tiempo transcurrido entre la declaración de concurso y el llamamiento a la consolidación.

b) Consolidación patrimonial en la etapa de Reorganización.-

En cuanto a los efectos que surtirá la orden de consolidación para el caso de ser decretada en la etapa de Reorganización (conciliación en el régimen concursal mexicano), la Tercera parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL aplica analógicamente la regla establecida para los concursos individuales[545], en la cual, se

[544] UNCITRAL. *"Tercera Parte de la Guía Legislativa…" Op.cit.* p.62.

[545] Recomendación 152. b) de la Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia: *"Cuando el régimen requiera la confirmación judicial de un plan aprobado, debería exigir que el tribunal confirmara el plan si éste cumple las condiciones siguientes: … b) que los acreedores reciban con arreglo al plan un* ***valor que sea al menos equivalente al que habrían recibido en un procedimiento de liquidación,*** *salvo que dichos acreedores hayan expresamente convenido en recibir un trato menos favorable (…)".* Énfasis añadido.

establece que los acreedores deberían de tener derecho en el Plan de Reorganización, a por lo menos un valor equivalente al que tendrían en el caso de la liquidación, de tal suerte que, si se decretase la consolidación patrimonial tendrán derecho a por lo menos un valor equivalente al que tendrían en la liquidación de la *masa consolidada* y no respecto de la liquidación de cada masa por separado. Asimismo, cabría establecer que en la propia orden de consolidación se convocaran reuniones de acreedores o como en el caso mexicano, sin necesidad de convocatoria, se les consulte por medio del concilador, con el fin de someter a votación el Plan de Reorganización de las empresas del Grupo consolidadas, pudiendo quedar legitimados para asistir todos los acreedores de cualquier partícipe del Grupo que vaya a estar sujeto a la consolidación.[546]

c) Tratamiento otorgable a las Fianzas en el marco de la consolidación.-

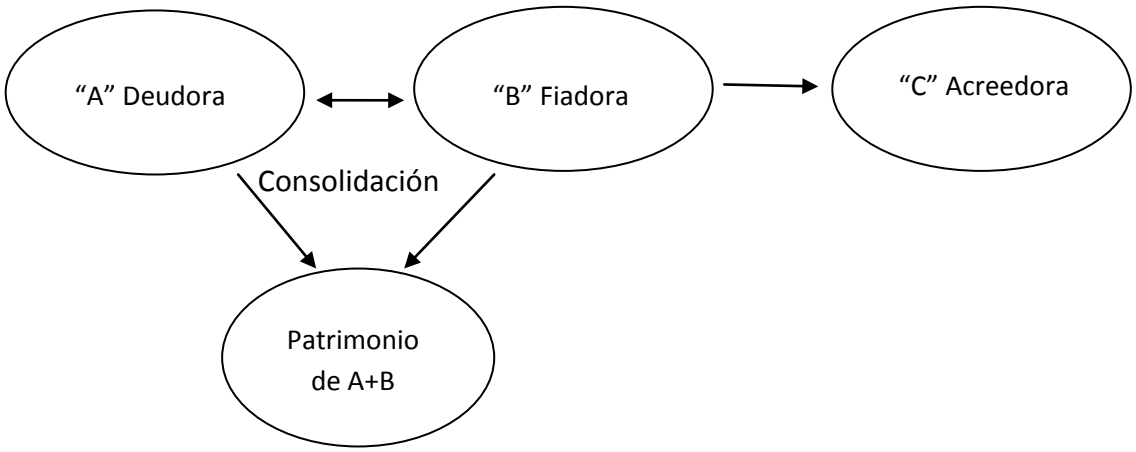
Aunque la UNCITRAL no hace recomendación *expresa* sobre el trato otorgable a las fianzas, sí menciona los casos en los que podrían verse afectadas las fianzas otorgadas entre empresas del mismo Grupo en el supuesto de decretarse una consolidación patrimonial, igualmente, hace comentarios al respecto. Por lo cual a continuación se mencionarán brevemente algunos de dichos supuestos.

En primer lugar, puede darse el caso de que una empresa miembro de un Grupo sea fiadora de otra empresa integrante del mismo Grupo, respecto de un crédito otorgado por una diversa empresa del mismo grupo y que ambas (fiadora y fiada) estén sujetas a la orden de consolidación. De configurarse este supuesto, tanto la fianza como los créditos nacidos de ella (en el evento de que la fiadora pagó por su fiada) quedarían anulados (hay que recordar que uno de los efectos de la consolidación es la extinción de todos los créditos intra-grupales).

En la siguiente gráfica se intenta explicar este supuesto, en donde la empresa "A" es la deudora, "B" la fiadora y "C" la acreedora. Ante el incumplimiento de la deudora, pagó la fiadora por lo que nace un crédito a favor de ésta última y a cargo de la deudora original. Decretada la consolidación de los patrimonios de ambas (deudora y fiadora), entonces se cancelará la fianza y los créditos de ella derivados en virtud de

[546] UNCITRAL. *"Tercera Parte de la Guía Legislativa…"* Recomendación 227. *Op.cit.* pp.62 y 66.

que hoy ambas responderán a todos los acreedores con su patrimonio común consolidado.



También podría darse el supuesto de que la empresa fiadora sea parte del mismo Grupo Empresarial pero no sea objeto de la consolidación, en esta situación, la fianza pudiera verse afectada por lo dispuesto conforme al régimen de la insolvencia en lo relativo al trato de las *personas relacionadas* con el concursado (tema que see ha estudiado en el Capítulo IX del presente).

Un segundo supuesto sería el de una empresa externa al Grupo que fuera fiadora de otra empresa partícipe del Grupo consolidada, en cuyo caso tal vez el régimen de la insolvencia pudiera restringir los créditos adquiridos por el fiador en concepto de pago de la fianza. Este caso se puede considerar que la posible restricción a la fiadora para cobrar su crédito resultará inequitativo e injusto, pues al haber pagado el crédito garantizado le otorga el derecho de exigir su pago a la deudora-fiada y a no ser parte relacionada la fiadora ni parte del mismo grupo empresarial, no se evidencia la razón por la cual se le deba restringir el cobro de su crédito.

El último supuesto que se mencionará es el de una empresa fiadora, miembro de un Grupo, frente a un prestamista externo, de otra empresa partícipe del mismo Grupo, siendo ambas empresas del grupo objeto de la orden de consolidación. Al respecto señala la UNCITRAL que "*cuando la exigibilidad de una fianza dependa de la personalidad autónoma de cada empresa del grupo, lo probable es que el prestamista*

externo, titular de la fianza, sea tratado como un acreedor ordinario de la masa consolidada, salvo que el régimen de la insolvencia le reconozca alguna prelación sobre los acreedores ordinarios de las empresas consolidadas del grupo."

Se intentará ilustrar lo anteriormente expuesto por el ejemplo que se señala en seguida:

"Trato otorgable a las fianzas

a raíz de una orden de consolidación"

- ✓ EJEMPLO: Grupo Empresarial formado por empresas "A", "B", "C" y "D".

<u>CASO 1</u>

Empresa "A" fiadora de "B
Empresa "B" deudora
} Ambas sujetas a una orden de consolidación

Resultado: Se extingue la fianza y los créditos *internos* nacidos de ella.

<u>CASO 2</u>

Empresa "C "fiadora → fuera de la orden de consolidación

Empresa "D" deudora → sujeta a la consolidación

Resultado: La fianza puede verse afectada por lo dispuesto en el régimen de insolvencia respecto a las *personas especialmente relacionadas.*

<u>CASO 3</u>

Empresa "X" (externa al grupo) fiadora de "A"

Resultado: El que disponga el régimen de la insolvencia que podría ser el de la restricción de todo crédito adquirido por el fiador a raíz del pago de la fianza

CASO 4

Empresa “A” fiadora (con garantía personal) de Empresa “B” frente a: un prestamista externo.

Resultado: El prestamista externo beneficiario de la fianza será considerado como acreedor ordinario frente a la masa consolidada (cuando la exigibilidad de una fianza dependa de la personalidad autónoma de cada empresa).

Por último, hay que recordar que independientemente del criterio que adopte cada régimen de la insolvencia acerca de los efectos de la consolidación patrimonial, deberá de precisar con exactitud cuales serán dichos efectos para cada caso en concreto, con el fin de evitar interpretaciones inexactas en cuanto a la aplicación de esta técnica.

11.5.2 FINALIDAD DE LA CONSOLIDACIÓN PATRIMONIAL.-

La aplicación de la teoría de la consolidación patrimonial está destinada a dar un trato más justo a los acreedores y a procurar la conservación global de la empresa. No obstante, como ya se ha visto, esta medida debe de estar restringida a ciertos casos o condiciones, tales como la confusión inescindible de los activos y pasivos de varias empresas de un mismo grupo, o bien con base a la creencia de los acreedores de estar contratando con un Grupo Empresarial y no con una empresa en lo individual, por mencionar algunos supuestos. Es decir, se deberá utilizar en circunstancias específicas que *justifiquen* su aplicación y en casos en los que resultaría más dañoso el dejar de ordenarla.

Hay que recordar que en países como los Estados Unidos de Norteamérica el juez está autorizado a decretar *la sustantive consolidation* en uso de sus facultades de *equidad*[547], tomando en cuenta por ejemplo: los costos asociados a la separación de los activos de las empresas deudoras, las cuales eran administradas como si se tratase de una sola; o bien valorando el perjuicio económico que causaría la consolidación, debiendo ser menor al daño económico que se causaría al mantener la separación de las masas concursales. Pero sobre todo el juez concursal estadounidense deberá tomar

[547] Conferidas en el Código de Bancarrotas norteamericano [§§ 105 y 302(b)].

en cuenta si existe una identidad sustancial entre las empresas consolidadas, además, la consolidación deberá ser necesaria para impedir un daño o bien, causar un beneficio[548].

Es menester insistir en que el simple hecho de formar parte de un Grupo Empresarial no será *per se* un motivo para decretar la consolidación, sino que deberán reunirse otras circunstancias que justifiquen la pertinencia de esta medida, que busca:

1. Impedir un daño indebido a los acreedores.

2. Procurar un reparto *justo* de las masas de la insolvencia, fusionadas en una sola.

3. Evitar los costos causados por la dificultad de separación de activos y pasivos de las diversas empresas partícipes de un Grupo.

4. Promover un trato justo a los acreedores, que se verán beneficiados en virtud del trato que la medida de la consolidación puede darle a los créditos intra-grupales (cancelación de créditos inter-societarios respecto de empresas consolidadas).

5. Resolver los casos de confusión patrimonial (de hecho) y de abuso de las formas sociales, respetando la personalidad jurídica de las sociedades consolidadas,[549] en buen uso del moderno derecho empresarial.[550]

Por otro lado, es oportuno comentar el caso expuesto por BRASHER, el cual ayuda a ejemplificar las *diferencias* acerca de las consecuencias, que para ciertas ocasiones, se originan por la aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo

---

[548] *"The proponent of a motion for substantive consolidation must demonstrate (i) there is substantial identity between the entities to be consolidated and (ii) consolidation is necessary to avoid some harm or to realize some benefit." In re* Reider, 31 F.3d 1102, 1108 (11th Cir. 1994). Citado por: JENNEMANN, KAREN S. United States Bankruptcy Judge. *Op.cit. Pp.4 y 5.*

[549] Coincide con este propósito el Banco Mundial al señalar que en el régimen de consolidación sustancial *"The insolvency system should respect the separate legal identity of each of the enterprise group members.(…)"* BANCO MUNDIAL. *Op.cit.* Principio C16.3. p.20.

[550] *…ya que la solución de la consolidación permite resolver los casos de confusión patrimonial y de abuso de formas sociales con absoluto respeto al mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades involucradas*. QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op.cit.* p.112.

Corporativo y la de Consolidación Sustancial *("Sustantive Consolidation")* en el marco del derecho de bancarrotas norteamericano, por lo cual, se intentará ilustrarlo en el Anexo 11.5.2 que se adjunta al presente capítulo.[551]

XI.6 CASOS EN QUE RESULTARÍA IMPROCEDENTE LA CONSOLIDACIÓN SUSTANCIAL.-

Las circunstancias en que se funda un tribunal para decretar o negar la consolidación varían de acuerdo a cada régimen concursal. Si bien ya se han señalado las circunstancias que los jueces deben de tomar en consideración para decretar la consolidación patrimonial. En el presente apartado se enunciarán algunos de los supuestos que deberían de ser verificados y constatada su existencia a efecto de declarar la procedencia de la solicitud de consolidación. Si no se dan los supuestos de la ley entonces deberá de ser negada dicha solicitud.

Como ya se sabe, las circunstancias que se deben valorar para declarar procedente una solicitud de consolidación patrimonial varían de acuerdo al régimen de insolvencia, por ejemplo, para el caso de la legislación colombiana, la consolidación patrimonial en el concurso del Grupo de Empresas, solo podrá decretarse en cualesquiera de dos situaciones[552]:

1. Que el activo y el pasivo del Grupo de Empresas en liquidación judicial, estén de tal forma entremezclados que no podría deslindarse la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados y;

2. Que el insolvente partícipe del Grupo de Empresas haya realizado alguna actividad fraudulenta o ejecutado algún negocio sin legitimidad patrimonial alguna, que impidan el objeto del proceso concursal y que la consolidación patrimonial sea esencial para enderezar dichas actividades o negocios.

De modo que si no existiere la intención fraudulenta por parte del partícipe del Grupo de Empresas o el patrimonio de alguna de las empresas del grupo no se encuentre de tal manera entremezclado como para incurrir en un gasto o demora

[551] BRASHER, Andrew. *Op.cit.* pp. 6 y 7.
[552] Artículo 25 del Decreto 1749 de Mayo de 2011.

injustificadas, no podrá decretarse de ninguna otra forma la consolidación, ya que la ley tiene carácter limitativo y en este régimen el juez no está facultado para actuar conforme a equidad, como en su caso lo estaría en el régimen norteamericano.

Similar es el caso de la reformada Ley Concursal española, en la cual se limita la consolidación para el caso de una confusión de patrimonios tal, que no permita deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en una demora o gastos injustificados (Artículo 25 ter).

En cambio, el régimen norteamericano ha fundado la técnica de la consolidación sustancial en base a decisiones jurisprudenciales basadas en la facultad de equidad de los jueces, estableciendo criterios conforme a los cuales se ha declarado improcedente la consolidación.

La mayoría de las decisiones que han negado la consolidación, fundamentalmente se han basado en el desconocimiento de los acreedores de contratar con empresas que formaban parte de un grupo, es decir, cuando los acreedores tenían el convencimiento de estar contratando con una empresa autónoma. Así también, se ha negado la consolidación en los casos en que una empresa o empresas independientes fueron posteriormente adquiridas por un Grupo, y cuyos acreedores venían contratando con ellas desde antes de su adquisición. Este criterio es reforzado cuando las empresas adquiridas por el Grupo continúan con la administración de sus negocios de la misma manera que lo hacían antes de la adquisición. En estos supuestos, aunque los acreedores hubieren contratado después de la adquisición, se ha decretado la improcedencia de la consolidación al reconocerse un status "*separado*" de la subsidiaria.[553]

Así pues, bajo los principios de la *substantive consolidation* la Corte de bancarrotas, deberá de *evaluar si el perjuicio económico de mantener la separación del patrimonio del deudor sobrepasa al del perjuicio económico de la consolidación*[554] y por tanto el solicitante de la consolidación deberá *demostrar la identidad sustancial* de

[553] BLUMBERG, Philip I. *Op.cit*. pp.439 y 440.
[554] JENNEMANN, KAREN S. *Op.cit*. p. 4 citando el caso de *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc*., Ltd., 935 F.2d 245 (1991)

las empresas que estarían sujetas a la consolidación y que dicha consolidación sea necesaria para *impedir un daño* o para *realizar un beneficio.*[555] De esta forma, para *objetar la consolidación*, se deberá probar que el acreedor estaba convencido o creía estar contratando con una entidad independiente del grupo y que dicha consolidación le cause un perjuicio.[556]

En resumen, las decisiones que han negado la *sustantive consolidation* se han basado principalmente en la circunstancia relativa a las *expectativas de los acreedores* (cuando creían estar contratando con una empresa independiente y/o la preexistencia de la subsidiaria). Ya desde la década de los 80's el doctrinista norteamericano Philip I. Blumberg, sostenía que las sentencias que habían desestimado la consolidación basándose en factores distintos a los anteriores eran pocas y representaban *la anacrónica sobrevivencia de la jurisprudencia del levantamiento del velo*, argumentando, que las numerosas decisiones que habían decretado la consolidación en derecho concursal, representaban un gran avance en cuanto a la aceptación de los principios del *Enterprise Law.* Y si bien hay que recordar que esta doctrina se debe de aplicar de manera restringida, es innegable que, al menos los tribunales norteamericanos, cada vez más se encuentran preparados para decretar o negar la consolidación en base a la integración económica del fenómeno económico-jurídico de los Grupos Empresariales y a los principios del moderno derecho empresarial.

A manera de conclusión sobre este tema, el autor de este trabajo se decanta por la tendencia a introducir a los sistemas concursales como el propio la institución jurídica de la consolidación patrimonial en los casos y con las limitantes que bien expone la UNCITRAL y que ya se han venido comentando.

En la medida que en México se siga madurando el concepto y la naturaleza jurídica que implica la actuación en los mercados de los Grupos Empresariales y sus repercusiones en el mundo del derecho, a la par de que los tribunales asimilen y apliquen el control difuso de la constitución, la protección de los derechos humanos y

---

[555] Ibídem. p.5 *In re Reider*, 31 F.3d 1102, 1108 (11th Cir. 1994).

[556] "*Once the prima facie showing of substantial identity and harm or benefit is made, the burden shifts to an objecting creditor to show (1) it has relied on the separate credit of one of the entities to be consolidated and (2) it will be prejudiced by substantive consolidation*." *Ibíd.*

la ponderación de principios de derecho, pudiendo incluso desaplicar en ciertos casos el derecho positivo, se estará mejor preparados para introducir esta institución de la consolidación patrimonial en el sistema de derecho mexicano y sobre todo de administración de justicia.[557]

Se considera pertinente finalizar este tema con esta reflexión: la consolidación patrimonial no es una institución jurídica que favorezca a las deudoras y empresas cuyo patrimonio se consolidan únicamente. En realidad, se pretende beneficiar a los acreedores que han creído tener relaciones comerciales con un grupo empresarial y de paso probablemente permita la preservación de las deudoras. Siendo así y si se considera a la consolidación más bien como una sanción, es oportuno citar el siguiente pensamiento de los maestros MONTESI:

> *"Los grupos económicos, aunque existan entre ellos relaciones de control, son lícitos como medios técnicos que el derecho pone al servicio del hombre para el logro de objetivos que exceden, la generalidad de las veces, su actuación personal; constituyen un medio útil para la consecución de objetivos comunes, en la medida en que se desenvuelvan dentro de la legitimidad que les reconoce la ley. Cuando el grupo es utilizado para fines reprobados por la ley, se comete el abuso del derecho y no sólo pierden protección legal, sino que el efecto sancionatorio de la desviación indebida de sus fines es la fijación de responsabilidades."*[558]

[557] Ver la reforma a los artículos 1º y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Junio de 2011.
[558] MONTESI Víctor Luis y; MONTESI, Pablo Gustavo. *Op.cit.* p. 71

ANEXO 11.5.2

CASO PARA EJEMPLIFICAR LA DIFERENCIA ENTRE CONSOLIDACION SUSTANCIAL Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO.[559]

La teoría del levantamiento del velo corporativo y la de la consolidación sustancial, son doctrinas parecidas en el sentido de que el propósito de ambas es el de mitigar el uso fraudulento de la forma corporativa (el uso abusivo de la personalidad jurídica), y también se parecen porque los Tribunales han utilizado un lenguaje similar para describirlas. Además, fuera del contexto del derecho concursal (asumiendo que la consolidación sustancial pudiera aplicarse y/o fuera permisible en otro ámbito distinto que el del proceso concursal), ambas teorías originarían el mismo resultado. Sin embargo, desde la perspectiva de los *acreedores* de una empresa en bancarrota, son figuras completamente distintas.

El siguiente caso hipotético ayudará a aclarar tal afirmación:

Una **matriz** es propietaria del 100% de la **Subsidiaria A** y de la **Subsidiaria B**. Pero no es propietaria de activos en dichas subsidiarias sino acciones.

El **Acreedor 1** le presta dinero a la **Subsidiaria A** mientras que el **Acreedor 2** le presta dinero a la **Subsidiaria B**.

Ambas subsidiarias se encuentran en problemas financieros:

- La **Subsidiaria A** le debe al **Acreedor 1** $500 pero solo tiene $200 en activos.
- La **Subsidiaria B** le debe al **Acreedor 2** $500 pero solo tiene $400 en activos.

Suponiendo que todo el Grupo Empresarial cae en insolvencia y que el Acreedor 1 reúne las condiciones para demandar el *levantamiento del velo* entre la **Subsidiaria A** y la **matriz** o para demandar la *consolidación sustancial* de **todo el grupo**. ¿Cuál creen que el Acreedor 1 preferiría demandar?

[559] Tomado del ejemplo expuesto por BRASHER en: BRASHER, Andrew. *Op.cit.* pp. 6 y 7.

OPCIÓN 1. Levantamiento del velo.-

Si se *perfora el velo corporativo* entonces podría tomar **$200** de la **Subsidiaria A** y **$300** pertenecientes a las **partes sociales de la matriz** en la **Subsidiaria B**. Sin embargo, como generalmente las reglas de prelación establecen que en primer lugar se deben de satisfacer los créditos que el Acreedor 2 tiene en contra de la Subsidiaria B, entonces las partes sociales pertenecientes a la matriz se verían *agotadas*.

De este modo, el **Acreedor 2** se llevaría *todos* los activos de la **Subsidiaria B** y el **Acreedor 1** se llevaría *todos* los activos de la **Subsidiara A**; es decir, se obtendría el *mismo resultado* que de no haberse levantado el velo.

OPCIÓN 2. Consolidación Sustancial.-

Pero si el **Acreedor 1** gana la moción de la consolidación sustancial, entonces los *activos* del *grupo entero* se combinarían y todas sus deudas serían satisfechas de *una sola masa* concursal. El **Acreedor 1** y el **Acreedor 2** dividirían los activos a *prorrata*, de modo que el **Acreedor 1** *incrementaría* su parte de *$200 a $300*.

Una manera de articular la diferencia aquí enunciada, es la de considerar a la teoría de la perforación del velo corporativo como una "*consolidación vertical*" mientras que la consolidación sustantiva sería una "*consolidación horizontal*".

Otra aproximación sería que la teoría del *levantamiento del velo* es la solución que tiene un acreedor para ir en contra de la participación en el capital de otra empresa, mientras que la *consolidación sustancia*l es la acción de un acreedor para ir *en contra de otro acreedor.*

Se tratará de ejemplificar lo anterior con las figuras 11.5.2.a y 11.5.2.b que se señalan a continuación:

"OPCIÓN 1"

LEVANTAMIENTO DEL VELO.

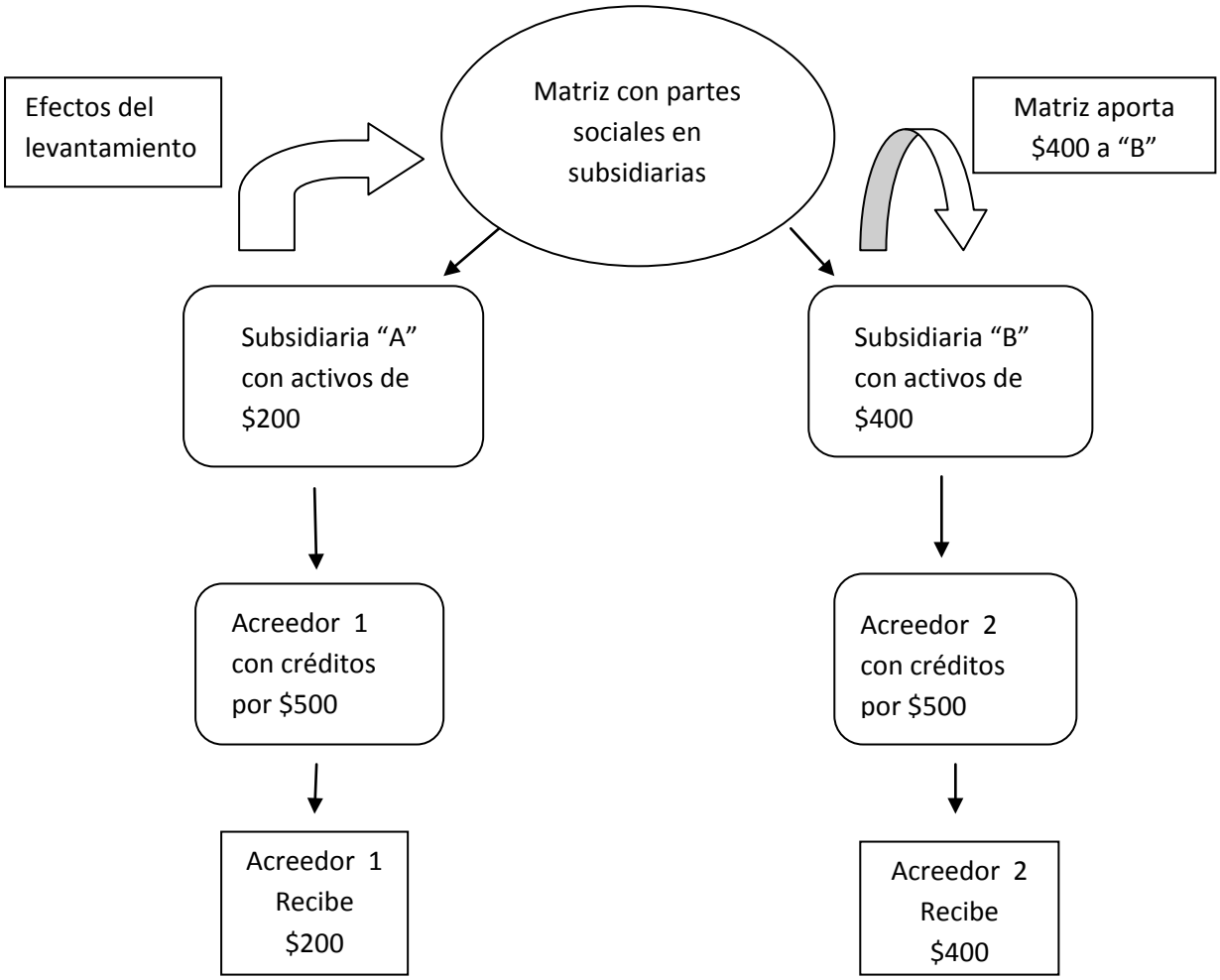


Figura 11.5.2.a

- ✓ Resultado: Ineficiencia de esta técnica para lograr el pago equitativo a los acreedores.

"OPCIÓN 2"

CONSOLIDACIÓN.

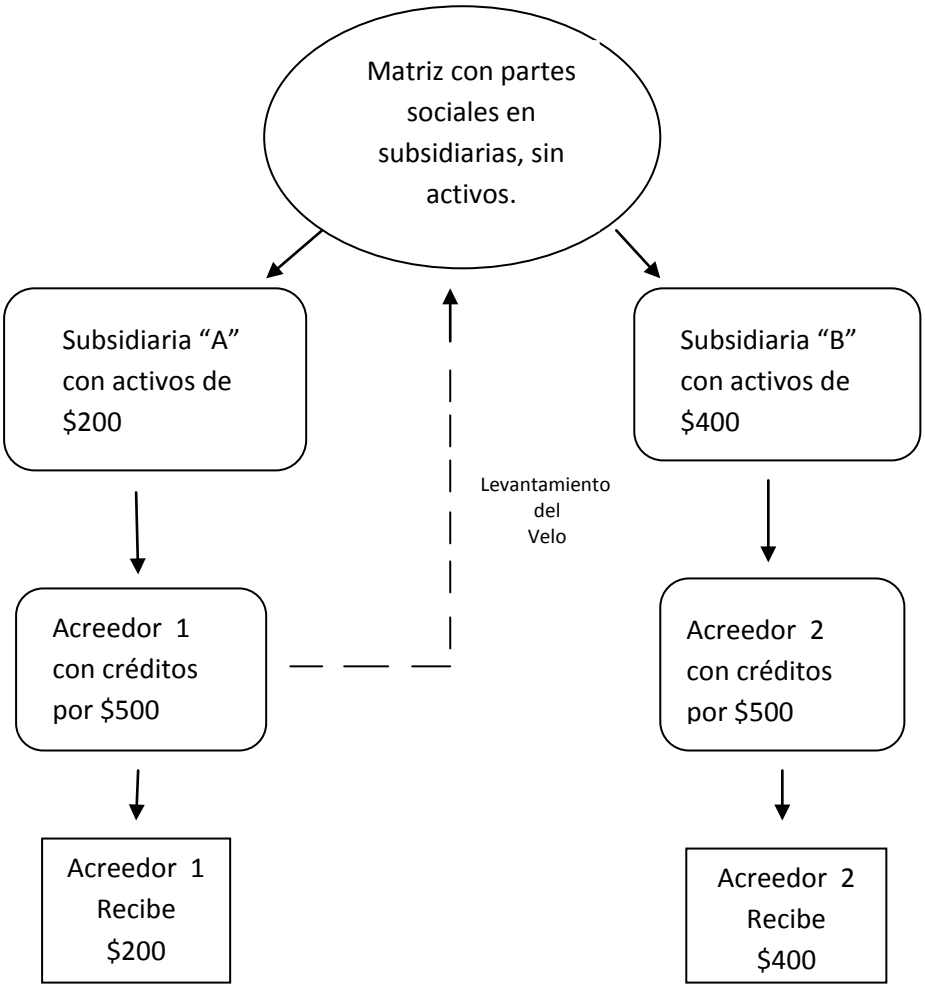


Figura 11.5.2.b

- ✓ Solución más equitativa.

CAPÍTULO XII

SUBORDINACIÓN CREDITICIA: SU NATURALEZA JURÍDICA.

XII.1 ¿QUÉ SE ENTIENDE POR SUBORDINACIÓN DE CRÉDITOS?

Este tema ha sido tratando ampliamente tanto por doctrina, como por jurisprudencia e incluso ya ha sido legislado en varios países. Al efecto, se puede comentar que en lo referente al derecho internacional, el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, quien si bien no se ha pronunciado ni a favor ni en contra de su aplicación en los regímenes internos de insolvencia, sí ha tratado el tema en la Tercera parte de la Guía Legislativa relativa a la insolvencia de los Grupos Empresariales, aportando interesantes conceptos.

Así pues, en la Tercera parte de dicha guía, se define a la subordinación como *"…una modificación del orden de prelación entre los acreedores que no influye en la validez o la legalidad de sus créditos."* [560] Es interesante observar la relevancia de esta definición, ya que de entrada se considera que la subordinación no anula los créditos ni los desnaturaliza, coincidiendo con Rafael Sebastián Quetglas "*la deuda sigue siendo deuda*" aun siendo ésta subordinada, ya que la naturaleza de la misma atiende *al orden* de cobro de los créditos y no a la anulación de los mismos, tema que se explicará con mayor detenimiento más adelante.

De lo anterior también se desprende que la subordinación tiene que ver con el *orden de prelación*, mismo que responde a la jerarquía que comportan los créditos en relación a su cobro. Para explicarlo más ampliamente, Rafael S. Quetglas señala que, en caso de insolvencia el deudor responde con su patrimonio por todas sus obligaciones, sin embargo, en caso de que éste último sea insuficiente para cubrir el pago de todas las deudas, se distribuirá a prorrata entre todos los acreedores que en principio son de "*igual condición*" y deben de recibir el mismo trato (principio de la "*par condicio creditorum"*)[561].

---

[560] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V. *A/CN.9/WG.V/WP.92. Op.cit.* p.47.

[561] Al respecto dicho autor señala que en algunos países, el régimen de la insolvencia obliga a distribuir el producto de la liquidación del quebrado a prorrata entre todos los acreedores y que por esta razón se

Sin embargo, tal y como apunta QUETGLAS, históricamente el Derecho ha dado un trato "*de favor*" a ciertos créditos, que se adelantan con respecto a los demás para efectos de su cobro (los conocidos como créditos privilegiados[562]) y gozando de un trato preferente; *"la existencia de créditos privilegiados supone, automáticamente el establecimiento de un orden de prelación. Los créditos que en principio formaban una masa uniforme pasan a estar jerarquizados. Cada crédito tiene una posición determinada en ese escalafón. Esa particular posición de cada crédito en el orden de prelación es lo que se conoce como rango del crédito."*[563]

Por otro lado, el citado autor, define al *rango* como la facultad del derecho de crédito que permite a su titular (acreedor) cobrarlo en determinada posición frente a los demás acreedores. Por lo tanto el rango es el objeto de la renuncia o de la sanción en la subordinación[564]. Dicha renuncia o sanción puede tener distinto origen o variadas causas, que en breve se explicarán[565].

Otro doctrinista, el catedrático Alfredo Ávila de la Torre, define a la subordinación como "*(…) la fórmula jurídica conforme a la cual se rompe la igualdad de trato entre los acreedores, resultando, en consecuencia posible que unos créditos aumenten sus posibilidades de quedarse sin cobrar en beneficio de otros que ocupan una mejor posición, ya sea como ordinarios o privilegiados (...)."*[566] Al efecto se puede comentar, que si bien es cierto la subordinación no anula "*per se*" el crédito sujeto a la misma, también lo es que, al establecerse un rango inferior al del resto de los créditos, existe el riesgo de que el patrimonio del quebrado no sea suficiente para cubrir la totalidad de sus deudas y que por tanto el cobro de los créditos postergados no pueda

---

ha visto cuestionada la validez de las cláusulas de subordinación de créditos. QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op.cit. p.*253.

[562] Para definirlos Quetlgas, cita a DIEZ PICAZO, FERNANDEZ DEL POZO: "…privilegio según destacado autor (DIEZ PICAZO, FERNANDEZ DEL POZO) es la "*facultad de cobrar con preferencia frente a otros acreedores*". Y a LACRUZ, A. quien entiende al *privilegio* como "*el derecho del acreedor a cobrar su crédito, pasando por delante de los acreedores ordinarios, e incluso, en su caso, de otros acreedores privilegiados*". Los créditos que no gozan de la preferencia que atribuye el privilegio, tienen el *rango* básico que corresponde a los acreedores comunes. Ibídem. P.258.

[563] *Ibídem.* Pp. 257 y 258.

[564] *Ibídem.* P.258.

[565] Ver punto II del presente.

[566] ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. *Op.cit.* p.15.

llegar a ser satisfecho, resultando de dicho impago, de facto una consecuencia igual a la de la anulación del crédito.

Al parecer tanto el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL como Rafael S. Quetglas, utilizan de manera indiscriminada el término "prelación" como sinónimo de "graduación" de los créditos. Es decir, ambos (la UNCITRAL como Rafael S. Quetglas) utilizan el término "prelación" *lato sensu*. Sin embargo, tienen diferente significado *stricto sensu*. En Derecho Concursal son dos instituciones jurídicas distintas aunque si bien complementarias.

La graduación de créditos es la:

> *"Clasificación que corresponde a los acreedores del deudor concursado agrupados en función de la naturaleza del crédito del que sean titulares, a fin de establecer el orden o preferencia para el pago entre los mismos y respecto de los demás acreedores concursales.*[567]

A manera de ejemplo, se citará la clasificación que establece la Ley Concursal mexicana:

> *"1.- Acreedores singularmente privilegiados;*
>
> *a) Gastos de entierro del comerciante;*
>
> *b) Gastos de la enfermedad que causó su muerte.*
>
> *2.- Acreedores cuyos créditos se garantizan con garantía real;*
>
> *a) Hipotecarios;*
>
> *b) Prendarios.*
>
> *3.- Acreedores con privilegio especial;*
>
> *Aquéllos que lo tengan según el Código de comercio o leyes de su materia o los que las mismas asignen un derecho de retención*
>
> *4.- Acreedores comunes.*
>
> *Los no incluidos dentro de los grados anteriores y que no sean los laborales, fiscales ni contra la masa que tienen un trato especial de prelación".*[568]

---

[567] CASASA ARAUJO, Aldo; BUCIO ESTRADA, Rodolfo; PADILLA PÉREZ VERTI, Carlos M. y; SOSA ORTIZ, Alejandro. *Op.cit*. p.378

[568] Artículos 4 fracc. I; 43 fracc.III; 112 párrafo 2; 122 fracc.III; 127 párrafo 2; 132; 134 fracc.III; 135-137;143; TÍTULO Séptimo Capítulo II, artículo 230 de la Ley Concursal mexicana.

La prelación de créditos es la:

> *"Determinación del lugar que para efecto de recibir pago, corresponde a los créditos, sea a) en relación con los diversos tipos de acreedores concursales o, b) entre acreedores del mismo grado. En el primer caso, se atiende a la preferencia que tengan por el privilegio o grado; en el segundo se observan la fecha de la operación que les dio origen, la de cumplimiento de las formalidades cuando la ley las exija o en su defecto, pago a prorrata. En todos los casos debe considerarse adicionalmente si los bienes con cuyo producto se hará pago están afectos o no a una garantía real o recae sobre ellos un privilegio".*[569]

La subordinación crediticia afecta al rango o a la graduación, no a la prelación de los créditos. Al eliminar los privilegios propios de la graduación, los créditos pierden su rango y pasan a una categoría inferior abajo de los comunes. La prelación no se ve afectada con la subordinación, pues los créditos subordinados cobrarán, una vez pagados la totalidad de todos los créditos adeudados, de acuerdo con su propia prelación en los términos establecidos en la propia Ley Concursal, Ley de Quiebras o cómo se le denomine. La graduación clasifica a los acreedores en grados o en rangos. La prelación establece el orden en que irán cobrando los acreedores del mismo grado o rango.

Como bien se señala en la Tercera parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL relativa al trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia *"(…) el resultado práctico de toda subordinación decretada o pactada, en el contexto de un grupo de empresas, puede suponer la reducción o la cancelación efectiva de todo reembolso a las empresas del grupo cuyos créditos hayan sido subordinados, si el importe de los créditos de los acreedores garantizados y ordinarios ajenos al grupo es superior al monto de los fondos disponibles para la distribución."*[570] En este supuesto se trata el tema de la subordinación de créditos de empresas integrantes de un Grupo de Empresas (que como se explicará más adelante, en ciertos regímenes de insolvencia son tratadas como personas especialmente relacionadas, a quienes en ciertos casos se

---

[569] CASASA ARAUJO, Aldo; BUCIO ESTRADA, Rodolfo; PADILLA PÉREZ VERTI, Carlos M. y; SOSA ORTIZ, Alejandro. *Op.cit*. p.381; ver artículos: 4 fracc.I; 43 fracc.III; 112 párrafo 2; 122 fracc.III; 123; 125 fracc.IV; 127 párr. 2; 128 fracc.IV; 132; 133;134 fracc.III; 135-137; 143; 218 párr I; 223; 228 párr.I; 230 párr. II y; 290 de la Ley Concursal mexicana

[570] Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Op.cit.* P.48.

les aplica la subordinación de sus créditos). Por otra parte, se puede observar que el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL claramente reconoce el riesgo de reducción o incluso de la cancelación del pago de deudas, que en la práctica presupone la subordinación.

Por otro lado, Ávila de la Torre, entiende al derecho de crédito subordinado como un derecho "*disminuido*" y a los créditos como "*postergados*", teniendo consecuencias no solamente de orden en el cobro (que como ya se ha comentado anteriormente, puede derivar incluso en el riesgo del *in cobro*), sino consecuencias de otra índole como podrían ser el de la privación del derecho al voto en las juntas de acreedores (como se estipula en el art. 122 de la Ley Concursal española) o la extinción de garantías (como por ejemplo la prevista en la legislación concursal española para el caso de la subordinación de créditos de personas especialmente relacionadas con el concursado).[571]

En este mismo sentido se pronuncia el doctrinista Rafael Miramón Durá, quien también considera que la subordinación *"pospone" el pago de los créditos de los socios hasta que los créditos de los terceros acreedores hayan sido íntegramente satisfechos con los bienes de la sociedad en bancarrota (…)".* [572]

Añade a lo anterior el citado autor que: *"(…) tiene como efecto indirecto el tratar los préstamos de los socios como contribuciones al capital, priorizando la realidad económica sobre la forma jurídica de la prestación*"[573] mostrándose pesimista, o tal vez demasiado realista y práctico, en el sentido de que llega a equiparar las consecuencias de la subordinación de créditos derivados de "préstamos" a aquéllas aportaciones efectuadas directamente al capital social.

Para dicho autor entonces, los préstamos otorgados por los socios de la insolvente, se desnaturalizan en cuanto a su calidad una vez que se inicia el procedimiento concursal, para dejar de ser considerados como pagables y tener

[571] ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. *Op.cit*. P.15.
[572]MIRAMÓN DURÁ, Rafael. *"La Asistencia Financiera de una Sociedad Limitada a sus Socios, Administradores y otras Sociedades de su Grupo. (Del Art. 10 LSRL al Art. 162 TRLSC)."* p.33 (sic). Pamplona. Ed. Thomson Aranzadi. 2010.
[573] *Ibíd.*

entonces carácter de capital de riesgo, que en su caso sería reembolsable cuando así lo permitiesen las condiciones financieras de la empresa.

No obstante, cabe reiterar, concordando plenamente con el ya multicitado doctrinista Rafael Quetglas,[574] que la deuda subordinada es y sigue siendo deuda, y que los acreedores no renuncian a tal condición por verse subordinados sus créditos.

Sin embargo hay quien debate esta postura, como la teoría proveniente de la doctrina alemana, que considera que en tratándose de grupos de empresas, los créditos intra-grupo no deben tomarse en consideración para determinar la insolvencia de una de esas empresas en el supuesto de que la matriz se haya hecho responsable por la financiación de las filiales y haya mantenido una posición de "condescendencia" evitando exigir sus créditos. Además, si el grupo en su conjunto fuese solvente no tendría mucho caso para la matriz exigir su pago, por lo que tampoco tendría mucho sentido que una sociedad del grupo solvente en su conjunto, acudiera a un procedimiento concursal teniendo de facto la capacidad de afrontar sus deudas vía el respaldo del grupo del que forma parte y evitando la inseguridad en el mercado y las pérdidas que podrían ocasionarse no sólo a la sociedad insolvente sino a las demás empresas del grupo.

Sin quitar el mérito teórico de la anterior postura, gran parte de la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que, como ya se ha dicho con anterioridad, los créditos de las personas allegadas o los subordinados deben seguir considerándose como deuda y como bien lo afirma Rafael S. Quetglas, el que sean aportados por empresas de la misma familia no es óbice de su exigibilidad, ni garantía de que las políticas de pagos del grupo sigan siendo siempre las mismas (salvo que se hubiese pactado contractualmente, aunque en este caso se puede comentar que siempre existe la posibilidad de modificar lo pactado) y como diría el mismo Quetglas, tan acreedor es un crédito como otro, lo que cambia es el orden de cobro y su tratamiento dentro del convenio.

Otro punto interesante que cabe mencionar con respecto a la naturaleza de la subordinación, es que en principio (y particularmente en tratándose de normativas

[574] QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op. Cit*. Pp.253, 274 y 275.

concursales como la española en donde ya se ha legislado sobre este tema), únicamente los créditos concursales pueden ser subordinados, mientras que los créditos contra la masa en ningún caso podrán estar sujetos a tal postergación.[575] Tal sería por ejemplo, el caso de un crédito laboral exigido por el administrador de una empresa que a su vez resulta ser accionista[576].

También es importante destacar que la subordinación de los créditos tienen distinto origen y reciben distinto tratamiento atendiendo a diversos factores que se explicarán a continuación. Tal como afirma Ávila de la Torre: *"(…) No todos los créditos subordinados lo son por la misma razón y tampoco todos los créditos subordinados son tratados de igual forma, toda vez que dentro del elenco de los que participan de la postergación, la situación no es idéntica, en la medida en que se encuentran graduados."* [577]

XII.2 CLASES DE SUBORDINACIÓN.-

La subordinación de créditos en materia concursal viene dada por distintas causas, ya sea de índole contractual, es decir sea por motivos de política legislativa, derivada de la voluntad de las partes (acreedor y deudor), o bien por mandamiento judicial (como resultado de una conducta indebida o inequitativa), pero en cualquiera de los casos existe una renuncia (voluntaria) o eliminación (sancionatoria) al rango de los créditos comunes o privilegiados.[578]

Las clases de subordinación más reconocidas y estudiadas que se analizarán a continuación son las siguientes:

---

[575] Sostiene el catedrático Ángel Carrasco, refiriéndose al tratamiento de los créditos subordinados en la Ley Concursal española, que: "*Únicamente los créditos concursales pueden ser subordinados. Los créditos que merezcan la condición de créditos contra la masa conforme al art. 84 LC no pueden ser subordinados, ni aunque sean contraídos por personas o en circunstancias que comportarían la subordinación si el crédito fuera anterior al concurso."* CARRASCO PERERA, Ángel. *"Los Derechos de Garantía en la Ley Concursal".* p.73. 3ª Edición. Madrid. Ed. Civitas. 2009.

[576] Artículo 224 fracción I de la Ley de Concursos Mercantiles mexicana. DOF. 12 de Diciembre de 2007 y sus reformas.

[577] ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. *Op.cit.* p.15.

[578] QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op. Cit.* Pp.257 y 259, y; Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). *Op.cit*. P. 47.

- Clases de subordinación
  - 1.- Legal
  - 2.- Voluntaria o convencional
    - General o universal
      - Parcial
      - Total
    - Especial
    - Pura o completa
    - Condicional
      - Resolutoria
      - Suspensiva
  - 3.- Judicial

12.2.1 SUBORDINACIÓN LEGAL.-

La subordinación de carácter legal tiene sustento en una decisión del legislador basada en distintos criterios jurídico-políticos de cada país, que determinan la postergación de ciertos créditos en el caso de insolvencia. Por lo general aporta parámetros objetivos que permiten el encuadramiento de la figura en determinadas circunstancias o a determinadas personas (físicas o jurídicas). Se estudiará este tipo de subordinación más ampliamente en este mismo capítulo cuando se analicen los modelos de subordinación crediticia.

12.2.2 VOLUNTARIA O CONVENCIONAL.-

Por su parte, la subordinación voluntaria, también llamada convencional, es aquélla postergación convenida libre y voluntariamente con el deudor y *aceptada* por el acreedor respecto a la postergación de sus créditos, hasta en tanto los créditos beneficiados por dicha subordinación se encuentren satisfechos y cancelados.[579]

12.2.3 GENERAL Y ESPECIAL.-

Por otro lado, la subordinación aceptada por el acreedor (voluntaria) será *general o universal* si lo es respecto de la totalidad de los créditos del deudor (presentes o futuros) y que consiste en la postergación ya sea *parcial* (si es solamente con respecto al capital) o *total* (si abarca tanto el capital como a los intereses) y; será

[579] ARAYA, Tomás Miguel *"La empresa insolvente y los créditos subordinados."* P.1. Buenos Aires. La Ley. AÑO LXXIII N° 176. 16 de septiembre de 2009.

especial, cuando el acreedor postergue sus créditos únicamente frente a determinados créditos en específico (que pueden limitarse a los presentes o incluir los futuros).[580]

En el ordenamiento concursal español se encuentra reconocido el tipo de subordinación *voluntaria*, que será válida únicamente si el "*pacto de subordinación*" lo hubiese sido respecto de "*todos los demás créditos contra el deudor*", es decir, no cabe la posibilidad de subordinar parcialmente los créditos o hacerlo solo frente a "*algunos acreedores*", es decir, la legislación concursal española permite únicamente la subordinación convencional "*universal* o *general*" (art. 92.2 de la Ley Concursal). Por otra parte, conforme a dicho ordenamiento no basta que el acreedor haya aceptado renunciar a ejercitar sus garantías con respecto de la totalidad de los acreedores concurrentes para que se considere que está subordinando sus créditos, es decir el "*pacto de no ejecución de garantías*" no constituye una subordinación crediticia, a menos que el acreedor haya renunciado simultáneamente a concurrir en su carácter de acreedor ordinario en el supuesto de una situación de insolvencia. [581]

Por otro lado aunque el artículo 92.2 de la legislación concursal española antes citado, no prevé el tipo de subordinación voluntaria "*especial*", es decir, la que se refiere a la subordinación respecto de determinado grupo de acreedores, de acuerdo con el doctrinista Carrasco Perera, este tipo de pacto de subordinación extra-concursal será "*igualmente eficaz en el concurso, con la misma eficacia relativa que fuera del concurso*" y siguiendo a este mismo autor, el problema de su validez radicaría en determinar su aplicación, proponiendo que debe interpretarse como la atribución de un derecho de cuota del acreedor grabado en favor del beneficiario del mismo y que por tanto no debería de haber inconveniente en determinar la eficacia concursal de dicha subrogación. [582]

12.2.2.2 PURA O COMPLETA Y CONDICIONAL.-

Dentro de la subordinación de carácter voluntario también se encuentra la clasificación que distingue entre créditos que están sujetos a una subordinación *pura o completa*, que quiere decir que no están sujetos a ninguna condición o modalidad y, la

[580] *Ibíd.*
[581] CARRASCO PERERA, Ángel. *Op. Cit*. P.66.
[582] *Ibíd.*

subordinación voluntaria *condicional* (*"contingent subordination", "springing subordination" o "inchoate subordination"*), la cual estará sujeta a una condición: *resolutoria*, si se estipulase que el crédito será exigible ante la realización de un hecho determinado, condicional, futuro e incierto y; *suspensiva*, en la cual, mientras la realización de determinado hecho futuro e incierto no se cumpla, la subordinación permanecerá "*latente o dormida*".[583]

Para el derecho argentino las *"condiciones de subordinación"* constituyen una obligación de carácter civil que debe de ser respetada por las partes, lo anterior con fundamento en el Código Civil de ese país que estipula que "…*las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma"* (art. 1197 Código Civil). De igual manera, en la legislación comercial mexicana se prevé el principio de la *pacta sunt servanda,* que establece que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.[584]

Por lo tanto y como ya se señaló en líneas anteriores, habrá créditos cuya exigibilidad nacerá una vez que se produzca aquélla condición que puede consistir en la realización o no, de un determinado hecho (como el del pago o cancelación previa de otros créditos o de la totalidad de los créditos beneficiarios, llamados también *senior*). Sin embargo, se reitera una vez más que a pesar del carácter subordinado de los créditos, estos no pierden su calidad de deuda y deben de ser abonados por el deudor una vez cancelados los créditos que le anteceden, por su parte el acreedor subordinado seguirá gozando de todos los medios legales que le permitan defender el pago de sus créditos. Inclusive en aquellos casos en que se hubiere previsto una cláusula que estipulare un plazo para la exigibilidad del cobro y pudiese pensarse que sus acciones están suspensas hasta en tanto se cumpla el plazo o condición. Esto no sucede en México, toda vez, que uno de los efectos de la declaración del concurso

[583] ARAYA, Tomás Miguel. *Op. Cit.* P.1.
[584] Artículo 78 del Código de Comercio. DOF. 7 de Octubre de 1889 y sus reformas

mercantil es el de dar por vencido anticipadamente la totalidad de los créditos pendientes.[585]

No hay que olvidarse del importante riesgo de impago que subyace en dicha posición de postergación, por otras causas, como por ejemplo la ocasionada por el agotamiento del patrimonio concursal antes de ser satisfechos todos los créditos.

12.2.3 JUDICIAL.-

Esta clase de subordinación obedece a una sanción impuesta por el juez rector del proceso concursal ante la evidencia de que ha existido una conducta indebida o inequitativa, bien sea por parte de la deudora, de su matriz o de cualquiera otra de las controladas que forman parte del mismo Grupo Empresarial. Es frecuente observar este tipo de sanción judicial en los sistemas judiciales del *common law* en donde la equidad desempeña un papel preponderante en el ánimo del juzgador al evaluar las conductas empresariales de los entes involucrados.

12.2.4 ATENDIENDO A SU ORIGEN
- Originaria
- Posterior o subsiguiente

Por otro lado, el doctrinista argentino Tomás Araya, ofrece una clasificación de la subordinación crediticia atendiendo a su origen, la cual se divide en *originaria*, para el caso de que haya existido desde el momento del nacimiento del crédito y; *posterior* o *subsiguiente,* si ésta se estipuló después del nacimiento del crédito mediante un pacto de subordinación, la cual, de acuerdo con ARAYA es muy común en los procesos de reestructuración de deuda en los que existan aportes de terceros. Explica que normalmente como requisito previo para la aportación de nuevos fondos, se exige que los acreedores internos (o *insiders*) tales como socios, controlantes o sociedades especialmente vinculadas, acepten subordinar sus créditos al pago de los nuevos créditos (subordinación especial), aunque también se puede establecer este tipo de subordinación respecto de otros créditos de los cuales el acreedor sea externo. [586] Tal es fue el caso de la reestructuración de la deuda dentro del concurso de acreedores

[585] Artículos 88 y 89 de la Ley de Concursos Mercantiles mexicana. *Op.cit.*
[586] *Ibídem.* Pp.1, 2 y 9.

del Grupo Industrial Durango, en donde los acreedores que son partes relacionadas aceptaron subordinar sus créditos hasta que hubiesen sido pagados el resto de los acreedores en los términos del convenio de reestructuración.[587]

12.2.5 ATENDIENDO A LA MODALIDAD DE COBRO { Directa / Indirecta

Se concluirá esta clasificación mencionando la que a su vez realiza Tomás Araya quien diferencia a los créditos subordinados de acuerdo a la modalidad de cobro que se hubiese estipulado. Así, en palabras de ARAYA serán créditos subordinados de cobro *directo* aquéllos en los que *"(…) el deudor deberá directamente abonar el crédito subordinado al beneficiario de la subordinación, y no al titular del crédito subordinado (subordinación directa, que en los hechos funciona como una cesión de crédito y que en nuestro derecho requiere, si el deudor no es parte del convenio, que se le notifique por acto público)"*[588].

Por su parte dicho autor indica que los créditos de cobro por *vía indirecta* serán aquellos que estarán pagados "*por el deudor, siendo obligación del titular del crédito subordinado (junior) la entrega de fondos recibidos al acreedor senior o beneficiario de la subordinación (subordinación indirecta)".*[589]

En este estudio se coincide que esta clasificación de ARAYA no corresponde a una verdadera modalidad de subordinación, sino más bien a una modalidad de cobro de cualesquier crédito concursal subordinado o no.

En todo caso se estará ante la presencia de una cesión de derechos crediticios con determinada modalidad de pago.

[587] VILLEGAS SALAZAR, Gabriel. "Vivencia Concursal." *IV Congreso Nacional de Derecho Concursal.* p. 22. Junio de 2011. Guadalajara, México: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.
[588] *Ibídem*. P.2.
[589] *Ibíd.*

XII.3 MODELOS DE SUBORDINACIÓN CREDITICIA

1.- Infracapitalización

2.- Subordinación equitativa (*Equitable subordination)*

3.- Legal (*Ex – lege*)

En cuanto a los regímenes jurídicos que tratan el tema de la subordinación crediticia en el derecho comparado, el Dr. Tomás Araya[590] y la doctrina en general, distingue tres modelos: el de la inadecuada capitalización o infra-capitalización, el modelo estadounidense o de subordinación equitativa ("*equitable subordination*") y el modelo de subordinación automática o legal, los cuales se explican a continuación:

12.3.1 INFRACAPITALIZACIÓN.-

Este modelo fue utilizado en el derecho societario alemán[591] hasta la década de los años 80's y plantea que en un escenario de inadecuada capitalización de la sociedad que deviene insolvente, los fondos que reciba como préstamos para su financiamiento deberán de ser calificados como "capital", cuando se compruebe que el acreditante interno en condiciones normales y de adecuada capitalización hubiera aportado dichos fondos a manera de capital y no de préstamo. En el sistema alemán se calificaban como capital las aportaciones de los socios cuando se demostrara el escenario antes descrito, pero fue modificado debido a críticas que versaban sobre la injusticia y la extralimitación de dicha medida que castigaba a los socios que habían hecho aportaciones para sanear las empresas con la subrogación de sus créditos frente a aquéllos socios pasivos que no se arriesgaron a efectuar más aportaciones.

12.3.2 SUBORDINACIÓN EQUITATIVA ("*EQUITABLE SUBORDINATION*").-

Este modelo tiene sus más claros orígenes a principios del siglo XX en los tribunales de los Estados Unidos de América, el cual propugna por una postergación de

[590] *Ibídem.* p.9.

[591] *"(…) hasta la reciente sanción de la "Ley para la modernización del derecho de las sociedades de responsabilidad limitada y la lucha contra los abusos", Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen - MoMiG), en vigencia desde el 1° de noviembre de 2008, que derogó los artículos 32 a) y 32 b) de la GmbH en los que se regulaban los préstamos sustitutivos de capital." Ibídem*, p.10.

créditos de acreedores cuya conducta pueda calificarse como abusiva, de mala fe o inequitativa *("inequitable")*, y que como consecuencia de ella se haya producido un daño a los demás acreedores del deudor. Doctrina que de acuerdo con ARAYA, es más común respecto de créditos cuya titularidad corresponda a una "*persona especialmente vinculada*" con el deudor (administradores, controlantes directos o indirectos, socios, etc.), sin que esto quiera decir que todo préstamo proveniente de alguno de los socios de la sociedad insolvente tenga que ser postergado.[592]

A mayor abundamiento, el H. Samuel Bufford quien fuera juez del *Central District* de California, Estados Unidos, ha sostenido que también es posible que se subordine bajo esta misma técnica un crédito proveniente de un acreedor externo a la sociedad o de una persona que no esté considerada como "especialmente relacionada" al concursado. En tal caso la conducta deberá ser grave e inaceptable para que sea justificada la subordinación. [593]

En los inicios de esta teoría se aplicaban las reglas de la "*instrumentalidad*" y de la perforación del velo societario ("*disregard of legal entity*"), considerando para ciertos casos que el titular de los créditos y el deudor constituían "*una sola entidad*", luego entonces el deudor no podía obtener una demanda contra sí mismo, por lo que se rechazaba dicha demanda.[594]

A partir de los famosos casos "Deep Rock" y "Pepper v. Litton"[595], se comenzó a poner mayor énfasis en la conducta inequitativa de los pagos de los créditos que en la identidad societaria, por lo que los tribunales se referían más a la subordinación que al rechazo de la demanda. Ya se puede observar con toda claridad en el caso "Pepper v. Litton" que la subordinación constituía "*un remedio de equidad para enfrentar la conducta inequitativa de los órganos societarios internos*" y que no necesariamente se tenía que aplicar la doctrina del *disregard.* Argumentándose que la doctrina de la

[592] ARAYA, Tomás. *Op. cit.* p.10.
[593] *"…This provision is used most commonly with respect to claims by an insider of the debtor or a fiduciary. Where non-insider, non-fiduciary claims are involved, gross and egregious conduct is required to justify the equitable subordination of a claim."* BUFFORD, Samuel L. *Op. Cit.* p. 297.
[594] MIGENS, Héctor José. *Op. cit.* p.12.
[595] Consultar la obra de MIGENS, Héctor José, *Op cit.* p.87-93.

subordinación *"…concierne también a la esencial honestidad, justicia y transparencia (fairness) y a la propiedad de las transacciones desde un punto de vista objetivo…"* [596]

La teoría de la subordinación se nutre de los principios de equidad y justicia. Para resolver cuestiones relacionadas con la injusticia o inequidad en los conflictos que surgen de las relaciones intra-societarias, se ha acudido también a las teorías del levantamiento del velo ("lifting the corporate veil") y de la instrumentalidad (de naturaleza societaria y no concursal). Estas teorías se han venido aplicando en los tribunales norteamericanos de forma complementaria o coordinada a efecto de buscar garantizar la justicia y la equidad. [597]

Siendo así, la teoría de la subordinación se ha venido aplicando en los tribunales norteamericanos bajo parámetros de equidad y de forma complementaria o coordinada con la teoría del levantamiento del velo (*piercing the corporate veil*). [598]

La subordinación equitativa desarrollada por los tribunales estadounidenses tiene sustento en el artículo 510 del Código de Bancarrotas (en lo sucesivo BC por sus siglas en inglés), cuya procedencia se basa en la concurrencia de tres principios fundamentales[599]:

1) Que el titular del crédito haya incurrido en algún tipo de conducta inequitativa;

2) Que la conducta inequitativa haya causado daños a los acreedores del concursado o provocado una ventaja indebida al titular del crédito; y

3) Que la subordinación equitativa del crédito no sea inconsistente con las normas del Código de Bancarrotas estadounidense.

---

[596] *Ibídem* p.93; juez MURPHY citado por MIGUENS, Ibídem.pp.95 y 96.

[597] Siguiendo a Miguens, se postula que las teorías del levantamiento del velo ("lifting the corporate veil") y de la instrumentalidad (de naturaleza societaria y no concursal) son solo algunas de las categorías de la conducta inequitativa que ponen de manifiesto la necesaria imposición de la subordinación. *Ibídem.* Pág.96

[598] MIRAMÓN DURÁ, Rafael. *Op.cit.* p.35.

[599] BUFFORD, Samuel L. *Op.cit.* p. 297; ARAYA, Tomás. *Op. Cit.* p.10.

El artículo 510 del Código de Bancarrotas norteamericano (BC por sus siglas en inglés) [600] se refiere a la subordinación normalmente utilizada en un contexto de quiebra o reorganización, el cual autoriza a un tribunal el posponer un crédito de un acreedor o el interés de un accionista bajo los principios de "*equidad*". Lo anterior, no cuestiona la existencia o la validez de la deuda, sino que se refiere al orden de prelación garantizado por ley a un determinado crédito, como resultado de una conducta indebida del acreedor.[601]

Para los casos de "*infracapitalización*" la técnica de la subordinación equitativa, no puede aplicarse de forma automática[602], sino que junto a ella deben de concurrir alguno de los elementos justificativos antes enlistados (en los que tiene sustento el artículo 510 del BC), que prueben la efectiva conducta inequitativa que resulte en perjuicio de los acreedores. [603]

Por otro lado, buena parte de la doctrina coincide en que el modelo de subordinación equitativa no es *punitivo* en el sentido que castigue una conducta indebida, lo que se intenta es *"reparar o compensar el daño al deudor o a los acreedores y que solo tiene la finalidad y la extensión de compensar el daño causado a*

---

[600] *"§ 510. Subordination (a) A subordination agreement is enforceable in a case under this title to the same extent that such agreement is enforceable under applicable non bankruptcy law.*
(b) For the purpose of distribution under this title, a claim arising from rescission of a purchase or sale of a security of the debtor or of an affiliate of the debtor, for damages arising from the purchase or sale of such a security, or for reimbursement or contribution allowed under section 502 on account of such a claim, shall be subordinated to all claims or interests that are senior to or equal the claim or interest represented by such security, except that if such security is common stock, such claim has the same priority as common stock.
(c) Notwithstanding subsections (a) and (b) of this section, after notice and a hearing, the court may—
(1) under principles of equitable subordination, subordinate for purposes of distribution all or part of an allowed claim to all or part of another allowed claim or all or part of an allowed interest to all or part of another allowed interest; or
(2) order that any lien securing such a subordinated claim be transferred to the estate."
[601] BUFFORD, Samuel L. *Op.cit.* p.296; MIGUENS, Héctor José. *Op,cit.* p.120.
[602] Aunque en la fase pre-legislativa del citado artículo 510 del BC se llegó a considerar la posibilidad de introducir una "subordinación automática" referente a los préstamos de los socios controlantes, para así evitarles a los órganos concursales la ardua tarea de comprobar la conducta de carácter inequitativo o fraudulento, esta iniciativa no fue aceptada. MIRAMÓN DURÁ, Rafael. *Op. Cit.* p.34.
[603] Ibíd.

los acreedores o inversores con la conducta inequitativa de la o las transacciones individualizadas."[604]

El que escribe se aparta de esta opinión doctrinaria y considera que el modelo de subordinación equitativa sí corresponde a una sanción toda vez que la subordinación del crédito en sí misma castiga al acreedor al condenarlo a esperar a que se satisfaga la totalidad de los créditos para que el suyo sea pagado. A mayor abundamiento, en el caso de la infracapitalización, es claro que no es automática y que al obligar la ley americana a la concurrencia de alguno de los elementos justificativos antes enlistados en que se sustenta la subordinación equitativa prevista en el artículo 510 del BC, condiciona precisamente para la procedencia de la subordinación de un crédito a que el titular haya incurrido en algún tipo de conducta inequitativa, que haya causado daños a los acreedores del concursado o provocado una ventaja indebida al titular del crédito y que esta subordinación equitativa del crédito no sea inconsistente con las normas del Código de Bancarrotas norteamericano.

Luego entonces, resulta inconcuso que, dicha subordinación equitativa sí corresponde a una sanción por la realización de una conducta ilegal, injusta o inequitativa. Con fundamento en la teoría del daño, aquél que lo causa está obligado a repararlo.

Por otro lado cierta parte de la doctrina española ha entendido que la subordinación equitativa es lo contrario a la "*preferencia*" y que constituye las conductas típicas en "*auténticos antiprivilegios*", con el objetivo de neutralizar las consecuencias perniciosas provocadas por enajenaciones indebidas o ficticias del deudor con personas allegadas a él y que tienen lugar en una situación de crisis patrimonial.[605]

Se coincide con este enfoque doctrinario, toda vez que el privilegio pondría a un acreedor en una situación preferente de ventaja frente al resto de acreedores y el

---

[604] BLUMBERG, citado por MIGUÉNS, Héctor José. Op.cit. p. 120, y por; MEVORACH, Irit. *"Insolvency Within Multinational Enterprise Groups".* P. 310. Gran Bretaña. Oxford University Press. 2009.
[605] MIRAMÓN DURÁ, Rafael. *Op.cit.* p. 35 y 36.

"*antiprivilegio*", posiciona a un acreedor en una situación de inferioridad frente al resto de los acreedores, inclusive los ordinarios o comunes.

A pesar de que la subordinación equitativa es un ejercicio de jurisdicción, éste no es ilimitado, por ejemplo, no puede ser aplicado en contravención con el sistema de prelación establecido en el Código de Bancarrotas norteamericano, lo anterior tiene fundamento en el criterio de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos que establece lo siguiente:

> *"Courts may reorder distributions from the bankruptcy estate, in whole or in part, for the sake of treating legitimate claimants to the estate equitably. But…(b)ankruptcy courts are not authorized in the name of equity to make wholesale substitution of underlying law controlling the validity of creditors' entitlements…"* [606]

Resulta evidente que las facultades jurisdiccionales no pueden ir más allá de las regulaciones legales en materia de prelación de créditos. Sin embargo, hay que destacar que la subordinación equitativa no se refiere a una modificación en la prelación de los créditos sino a su graduación.

Por otro lado, el artículo 510 del BC, tampoco autoriza a los tribunales a postergar un crédito a un rango menor con respecto al grado que tengan los socios o accionistas. Aunque sí autoriza a los tribunales a subordinar un crédito garantizado con respecto a uno que no lo esté.[607]

En cuanto a los procedimientos concursales desahogados bajo la protección del Capítulo 15 del BC (referente a *"International Conventions and other sources of International Insolvency Law"*), el modelo de subordinación equitativa se aplica solo excepcionalmente, ya que el tema de postergación de créditos será tratado en aquélla jurisdicción donde se lleve a cabo el procedimiento principal *("home forum").* La aplicación más relevante de este modelo en el Capítulo 15, ocurre cuando existen activos del deudor *("assets of the debtor")* en los Estados Unidos que tienen que ser distribuidos entre los acreedores reconocidos bajo el Capítulo 15 *("creditors under Chapter 15"*). En este supuesto, el Capítulo 15 autoriza al Tribunal norteamericano a desahogar las acciones y excepciones que se hagan valer. Para este último caso el

[606] BUFFORD, Samuel, L. *Op.cit.* p. 297.
[607] *Ibíd.*

tribunal podrá considerar una solicitud de subordinación, basada en lo previsto numeral 510 del BC.[608]

12.3.3 AUTOMÁTICA: *EX LEGE*.-

Este sistema propugna la subordinación automática fundada en presupuestos establecidos en la ley, respecto de aquéllos créditos cuya titularidad corresponde a personas especialmente vinculadas con el deudor. Se pueden mencionar a España, Colombia y Alemania[609] como algunos ejemplos de países con sistemas jurídicos que han adoptado este modelo.

Bajo este sistema, a diferencia del de Subordinación Equitativa *("Equitable Subordination"*) poco importa la intención que subyace al conceder un crédito. Siguiendo al catedrático Alfredo Ávila de la Torre, al menos bajo la normativa española no es necesario distinguir entre lo que debe ser entendido como el control del crédito por un acreedor diligente y la realización de una conducta inequitativa que tenga como objetivo obtener una ventaja indebida sobre los demás acreedores, en virtud de que el *"misconduct" ("conducta inequititativa")* que justifica el tratamiento desigual en la teoría de la "*equitable subordination*" no tiene relevancia al momento de aplicar la normativa legal, conforme a la cual, argumenta ÁVILA DE LA TORRE, no tiene importancia la buena o mala fe en que se actúe pues la solución jurídica es la misma.[610]

ÁVILA opina que la actual legislación española se aleja mucho de los principios básicos del modelo en que se inspiró (es decir el de la "*equitable subordination"*) puesto que la equidad ("*fairness"*) "*que sirve de piedra angular de la solución estadounidense, se ve desvirtuada en un sistema tan objetivado como el español (…)".*[611] De igual forma, apunta que a diferencia de la "*justicia material*" que se busca con el modelo de equidad, en la fórmula jurídica española se adopta un sistema "*preventivo*" basado en el peligro potencial de ciertas actuaciones de acreedores, a los

[608] BUFFORD, Samuel, L. *Op.cit.* 298.
[609] En el caso de España se adoptó en la reforma de la Ley Concursal en el año 2003, en el de Alemania a partir del 2008. ARAYA, Tomás. *Op.cit*. p.10 y en el de Colombia mediante la Ley 1116 del año 2006. D.O. 27 de Diciembre de 2006.
[610] ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. *Op.cit.* p. 18.
[611] *Ibíd.*

cuales se "*desincentiva*" presumiendo como inequitativo cualquier comportamiento crediticio de ciertos acreedores, sin que se admita prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*).[612]

En cuanto a la solución adoptada por la legislación concursal española, también se manifestó Juan Sánchez Calero, quien considera al tratamiento de la subordinación en la Ley Concursal española como una subordinación *general,* en virtud de que no diferencia la naturaleza de los créditos, ni atiende a la posición que su titular ocupaba dentro del grupo (refiriéndose al caso de la insolvencia de una sociedad integrante de un Grupo de Empresas, en cuyo procedimiento concursal las sociedades que formen parte de un mismo grupo son consideradas por el artículo 93.2.3 de la Ley Concursal española como personas especialmente relacionadas con el concursado).[613]

Coincidió con la anterior posición Rafael Sebastián Quetglas, quien calificó a la subordinación impuesta en la Ley Concursal Española como general y completa (en el sentido que afectaba a todos los acreedores).[614]

Sin embargo, cabe mencionar que en la actual redacción del mencionado numeral de la Ley Concursal española se encuentra mitigada dicha calificación a la subordinación, toda vez que hoy en día se requiere que las sociedades que formen parte del mismo grupo que la concursada y sus socios sean ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquéllos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10% si no los tuviera, lo que atenúa los motivos de crítica enunciados en líneas anteriores por los referidos tratadistas al establecer un rango o parámetro objetivo que permita concluir el grado de influencia y la temporalidad de ésta, por parte de la empresa acreedora en las decisiones corporativas de la deudora.[615]

---

[612] Ibídem. P.18 y 19.
[613] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Op.cit.* Pp. 67.
[614] QUETGLAS, Rafael S. *Op.cit.* p.259.
[615] Artículo 93.2.1 modificado por el artículo 9.4 del Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo.

En efecto, la anterior reforma legislativa ya mencionada, amortigua el tratamiento indiscriminado que otorgaba a la subordinación de créditos de aquéllas sociedades por el simple hecho de formar parte del mismo grupo que la concursada y sus socios, con dos atenuantes significativos: el primero de ellos se refiere al momento del nacimiento del derecho de crédito, pues bien puede suceder que una empresa acreedora de la hoy concursada forme parte del mismo grupo empresarial, pero no formaba parte del mismo grupo en el momento del nacimiento del derecho de crédito que hoy reclama y no había razón para aplicarle este *antiprivilegio.* El segundo parámetro se refiere al porcentaje de participación accionaria que pueda reflejar de manera objetiva su grado de influencia.

En opinión del que escribe, la legislación española sigue siendo omisa en cuanto a la regulación de otros parámetros objetivos que califiquen como ilegal la conducta del acreedor, pues se considera severa la subordinación de un crédito por el simple hecho de tener una participación accionaria determinada sin importar para la ley si existió o no una conducta dolosa, de mala fe, arbitraria o dañosa del acreedor, para merecer la remisión de su crédito al pago posterior a los demás acreedores.

Por otra parte esta legislación concursal en comento deja de contemplar para sancionar con la subordinación de sus créditos a aquellas empresas que, formando parte de un mismo grupo empresarial al que pertenece la concursada, teniendo una participación accionaria menor a los porcentajes ya mencionados previstos en la norma legal, tengan o hayan tenido una influencia determinante en la toma de decisiones empresariales que hubiere traído como consecuencia la insolvencia de la concursada. Hay que traer de nuevo a colación el caso probable de una empresa que es obligada, por políticas empresariales grupales, a producir y vender a bajo costo o aún, abajo de los costes de producción o el caso de misma empresa infracapitalizada. Estas serían algunas de las conductas previstas como dolosas e injustas a la luz de la equidad, que aún siendo objetivas y materiales escaparon a la regulación española.

En lo que se refiere al sistema concursal alemán, en a juicio del tratadista Tomás Araya, la Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG por sus siglas en alemán) reformó la ley concursal alemana

otorgando un carácter postergado a los créditos de los socios en *"determinadas circunstancias"*, las cuales podrían ser comprobables de manera *objetiva*.[616]

La regla alemana de subordinación de los créditos de los socios otorgados a una sociedad insolvente no es aplicada a aquellos créditos cuya titularidad sea:

> *"a) de un socio persona física con responsabilidad ilimitada o de una sociedad que, a su vez, tenga como socio a una persona física con responsabilidad ilimitada (art. 39, inciso 4°, primera oración);*
>
> *b) de un acreedor que adquirió participaciones y, así, devino socio, para sanear a la sociedad en un supuesto de insolvencia, respecto de los créditos derivados de préstamos existentes, o de nuevos préstamos, o sobre créditos derivados de actos jurídicos que económicamente comprendan préstamos de esa clase (art. 39, inciso 4°, segunda oración); o*
>
> *c) de socios con una participación en el capital del diez por ciento (10%), cuando menos, salvo respecto de los créditos titularidad del socio administrador (art. 39, inciso 5°)."* [617]

De acuerdo con la opinión de varios doctrinistas, como Tomás Araya, el derecho continental europeo (refiriéndose al concursal en materia de subordinación), en el afán de dar certidumbre jurídica y reducir la litigiosidad, se ha orientado más a dar prevalencia de la eficacia sobre el valor de la justicia, paradoja que es de suma importancia desarrollar a continuación.[618]

XII.4 EL DILEMA DE LA SUBORDINACIÓN DE CRÉDITOS: SEGURIDAD VS. JUSTICIA.-

Recordando lo que se ha expuesto en líneas anteriores, la subordinación de créditos es una excepción al principio de la *par condicio creditorum* (*pari passu* en el régimen anglosajón), por la cual los acreedores deben de recibir un trato igual en cuanto al cobro de sus acreencias. Sin embargo, este principio de orden público concursal debe ser analizado desde la perspectiva de la existencia de créditos que por su naturaleza merecen un trato distinto o preferencial respecto a los demás, postura aprobada por muchos regímenes concursales, incluso el mexicano, donde se establece

---

[616] ARAYA, Tomás. *Op.cit.* p.10.
[617] *Ibíd.*
[618] *Ibídem.* p.11; en este trabajo ver apartado referente al *"Dilema de la subordinación automática: seguridad jurídica vs. Justicia."*

un orden de graduación de cobro de créditos en los cuales existen algunos de carácter privilegiado.[619] Por otro lado, hay créditos que ya sea por la voluntad de las partes (acreedor-deudor) o por la naturaleza o el carácter del acreedor, también merecen un trato diferencial respecto al resto de los acreedores, pero en este caso ya no privilegiado, sino por el contrario, postergado. Siguiendo a lo expuesto por el profesor en Derecho, José Luis Goldenberg:

> *"…los créditos, sea por sus especiales cualidades o por, incluso, su temporalidad, poseen un valor diferente que debe ser respetado en el ámbito del concurso. La finalidad del concurso es propiamente articular las reglas sustantivas de concurrencia de acreedores, normas que se resumen o en un sistema de graduación (por medio de la técnica de las preferencias o de la subordinación) o en una regla de distribución proporcional."* [620]

Por lo tanto, el principio de la *par condicio creditorum*, debe ser estudiado a la luz de un reparto justo, en el cual, la igualdad absoluta de todos los acreedores no es en todos los casos la solución más equitativa[621]. Se propone más bien analizar este principio haciendo un tratamiento diferencial a los desiguales, de acuerdo con la naturaleza de los créditos o con las condiciones especiales de cada acreedor en particular.[622]

---

[619] *"CAPÍTULO II de la Ley de Concursos Mercantiles vigente. De La graduación de créditos.- Artículo 217.- Los acreedores se clasificarán en los grados siguientes, según la naturaleza de sus créditos: I. Acreedores singularmente privilegiados; II. Acreedores con garantía real; III. Acreedores con privilegio especial, y IV. Acreedores comunes.-."* Ley de Concursos Mercantiles. *Op.cit.* DOF. 12 de Mayo de 2000.

[620] GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. *"Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par condicio creditorum."* Revista Chilena de Derecho, vol. 37 No. 1, p. 94. [2010]

[621] Equidad: Este vocablo viene del latín Aequitas o del griego Epieikeia que quiere decir "sobre lo justo". ("*Diccionario Jurídico Mexicano"*. Tomo D-H. p. 1525. Editorial Porrúa. México. 2009.) Tal definición concuerda con el pensamiento de Aristóteles, que decía que la equidad era cierta especie de justicia, pero más excelente que ésta. En otras palabras, es la virtud que dispone a realizar la solución objetivamente justa en un caso concreto, aun contra el texto de la ley positiva o en ausencia de ésta, en el ejercicio de la prudencia, la cual debe de estar marcada por las exigencias del bien común. ("Ética a Nicomaco, Libro V, Capítulo X").

[622] Se concuerda con Goldenberg quien expone que: *"La idea tradicional de la par condicio creditorum es la de la expresión de un principio de orden público que informa y justifica el Derecho Concursal. Así, los procedimientos concursales se articularían como mecanismos que promueven una solución justa en el reparto del activo del deudor insolvente, por medio de la igualdad de trato de todos los acreedores. Dicha perspectiva debe ser revisada desde la constatación que la regla de reparto proporcional no es el único modo de coordinar los derechos de los acreedores en el concurso, y, desde luego, tampoco es la única regla justa (…)"* GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. *Op.cit.* p. 73. [2010]

Este apartado se avocará a realizar un análisis sobre la conveniencia de la subordinación propuesta por varios regímenes de la insolvencia contemporánea. Se analizará si la técnica de la subordinación es en todos los casos la solución más acertada en cuanto al tratamiento de acreedores intra-societarios, protección al deudor y a los acreedores externos, en cuanto a la seguridad jurídica, pero sobre todo se examinará si es una medida justa y equitativa para todos.

Bajo esta tesitura se tratará de dar respuesta a cuestiones tales como: ¿La aplicación de la medida de la subordinación de créditos intra-societarios en los distintos regímenes de la insolvencia, llevan en todos los casos al resultado de una solución justa y equitativa del reparto de la masa concursal entre todos los acreedores? ¿Qué efectos puede traer aparejada la subordinación de créditos en la economía, la financiación de las empresas y en el desencadenamiento mismo de la insolvencia?

Asimismo, se intentará analizar hasta qué punto esta medida puede conducir a un resultado de injusticia empresarial o incluso a un resultado pernicioso económicamente. También se estudiará si la institución jurídica de la subordinación implica una reparación del daño causado a la concursada o al resto de los acreedores. Igualmente se examinará si ciertas conductas desplegadas por algunos acreedores merecen ser tipificadas o calificadas de ilícitas y por tanto ameritan una sanción equivalente a la subordinación de sus créditos.

Para tratar tales cuestiones habrá que partir de la teoría de la *equitable subordination*, doctrina que ha sido ampliamente aplicada en las Cortes Norteamericanas y que como ya lo se precisó en el punto 12.3.2 del presente capítulo, solo es empleada de acuerdo con criterios de equidad del juez para cada caso en concreto, siguiendo ciertos parámetros basados principalmente en la conducta del acreedor interno (*insider*) y no así en la naturaleza o el carácter mismo del crédito.

En contraposición con aquella teoría, se analizará también el régimen de subordinación de aplicación legal y automática, adoptada por países como España (que

ya se ha comentado en líneas anteriores en el apartado 12.3.3)[623] y Colombia[624]. Al efecto se aportarán algunos argumentos a favor y en contra de la aplicación automática, que llevarán a dilucidar si en México sería válida, adecuada y sobre todo justa, la aplicación de tal principio de automaticidad.

Finalmente, habrá de concluirse el presente apartado con una propuesta para el régimen concursal mexicano, ofreciendo los parámetros objetivos que se consideran deben de cumplirse para en su caso subordinar los créditos, atendiendo, como ya se ha mencionado anteriormente, a la conducta del acreedor y no al carácter mismo del crédito.

12.4.1 LA SUBORDINACIÓN COMO REPARACIÓN DEL DAÑO: DOCTRINA DE LA SUBORDINACIÓN EQUITATIVA.-

Como ya se ha descrito en el punto 12.3.2 el fin que persigue la subordinación equitativa es precisamente el de la justicia. En el caso de concursos de empresas integrantes del mismo Grupo se busca reparar el daño a los acreedores externos causado por una conducta inequitativa, fraudulenta o dolosa de los acreedores internos (*insiders*). Se basa en la valoración de ciertos principios (enunciados en el punto 12.3.2) que deben de ser tomados en cuenta por un tribunal, para determinar si dicha conducta es o no inequitativa.

---

[623] *"92. Son créditos subordinados: (…) 5º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el número l. del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural.(…) Artículo 93.2 Personas especialmente relacionadas con el concursado.-(…) 2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica (…) Párrafo 3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que el número 1º de este apartado (….)"*

[624] *"Artículo 69. Créditos legalmente postergados en el proceso de reorganización y de liquidación judicial. Estos créditos serán atendidos, una vez cancelados los demás créditos y corresponden a: 1. Obligaciones con personas especialmente relacionadas con el deudor, salvo aquellas provenientes de recursos entregados después de la admisión al trámite y destinados a la recuperación de la empresa. (…) Parágrafo 2°. Para efectos del presente artículo, son personas especialmente relacionadas con el deudor, las siguientes: Las personas jurídicas vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, y aquellas en las cuales exista unidad de propósito y de dirección respecto del deudor. (…) Los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas antes mencionadas, siempre que la adquisición hubiera tenido lugar dentro de los dos (2) años anteriores a la iniciación del proceso de insolvencia. (…)"*Ley 1116 DOF 27 de Diciembre de 2006.

En palabras Héctor J. Miguens, la subordinación equitativa es *"(…) un ejercicio de la jurisdicción para determinar el orden en que serán pagados los acreedores en caso de quiebra o de reorganización",* exponiendo la gran aceptación que tiene entre diversos doctrinistas en considerarla ya no como una sanción que castiga una mala conducta, sino como una forma de reparación del daño que dicha conducta ocasiona al deudor o a los acreedores.[625]

Por otro lado, se dice que esta solución es una de las más avanzadas en tratándose del moderno Derecho de Grupos y que aporta una respuesta más apropiada para éste que la teoría de la perforación del velo corporativo que se funda principalmente en la indivisión de las empresas del grupo. La subordinación por el contrario, reconoce la independencia y la separación legal de las empresas integrantes del grupo, pero considerando el vínculo o la relación intra-grupal, a raíz de la cual se pueden originar conductas inapropiadas o ventajosas frente a los acreedores externos. Luego entonces, se ofrece una solución para contrarrestar las conductas inequitativas, que según este enfoque no será sancionatoria o punitiva, sino como se destacó en líneas anteriores, será restauradora o reparadora del daño ocasionado en virtud de la conducta ilícita y de la condición de especial vínculo entre las empresas del Grupo.

Hay autores, como la jurista Irit Mevorach, que afirman que la subordinación equitativa es una forma de *redistribución* o una manera de compensación *proporcional* al daño causado, que permite eliminar los incentivos perversos de los acreedores internos para llevar a cualquiera de las empresas del Grupo a concurso, puesto que el procedimiento concursal ya no les estaría ofreciendo ninguna ventaja, por lo tanto la aplicación de esta doctrina sería conveniente puesto que puede compensar los daños ocasionados por conductas de empresas del mismo grupo tales como las de *mismanagement*[626]y adicionalmente evitar abusos ilícitos o inequitativos de uso del poder de control.

Así pues, como ya se ha venido mencionando, la doctrina de la subordinación equitativa se basa en criterios de justicia o *fairness,* siguiendo Héctor José Miguens se

[625] MIGUENS, Héctor José. *Op.cit.* p.318.
[626] MEVORACH, Irit. *Op.cit*. pp. 313-315.

traduce como lo justo, leal, honesto o transparente obrar, con respecto a las transacciones y a la conducta en sí, de las empresas del mismo grupo, por lo cual, según el propio Miguens, las cortes norteamericanas establecieron una *raíz moral* en el comportamiento de las partes, doctrina que se considera superior a la de la instrumentalidad que como menciona nuestro mencionado autor se basa más en formalidades.[627]

Y aunque la aplicación de esta doctrina con bases de equidad, tiene un efecto equiparable al de la doctrina de la perforación del velo societario[628] en su resultado, en su planteamiento la subordinación se basa en principios más loables; los créditos intra-societarios no pierden su carácter de deuda ni su aptitud de cobro, ni las empresas del grupo se consideran como una misma persona, sino que se reconoce la identidad legal de cada empresa y se reconocen sus deudas, pero se intenta subsanar el "daño" que una "ventaja" indebida de los *insiders* pueda causar a los acreedores externos, aunque la consecuencia de esta reparación pueda ser en última instancia, al igual que la teoría del *disregard*, el impago de los créditos de los *insiders.* El fundamento de la subordinación equitativa, está en conclusión, basado en principios tanto de seguridad jurídica, pero sobre todo de justicia, equidad y ética empresarial. Solución que representa un avance en el Derecho de Grupos y que puede resultar más eficaz, realista y menos "intrusiva" que otras soluciones más arcaicas como es la del levantamiento del velo societario[629].

---

[627] MIGUENS, Héctor José. *Op.cit.* p.316.

[628] Reiterando la premisa de que la subordinación no es una forma de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, tal y como afirma Miguens *"…no necesariamente constituye una aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo o la jurisprudencia sobre la perforación del velo societario. Esta es una importante conclusión, pues nos permite desvincular el tema de una forzosa u obligada referencia a la doctrina del disregard…" Ibídem.* p.316 Coincide con esta posición la jurista británica Irit Mevorach quien expone que: *(…)"Ultimately, subordination serves a similar function as veil piercing as if the claims of a parent company are subordinated, the creditors of the insolvent affiliate will be satisfied from assets that would otherwise serve to partially satisfy the claims of the parent company."* MEVORACH, Irit. *Op.cit.* Pp. 313 y 314.

[629] En la opinión José Miguens este enfoque es más eficaz y realista porque atiende a fenómenos de naturaleza económica (podemos citar como ejemplos el de la infra-capitalización, la mala administración empresarial, el mantenimiento de erradas políticas de precios, entre otras) y no así puramente a formalismos jurídicos, como lo haría en este caso la doctrina del *disregard "…Es más eficaz y realista* (refiriéndose a *la equitable subordination*") *por cuanto se basa en fenómenos microeconómicos antes que en formalismos conceptuales jurídicos"* MIGUENS, Héctor José. *Op.cit.* p. 320

Se concuerda en que la subordinación implica en buena medida una reparación del daño causado por conductas inequitativas, y que dicha reparación debe ser proporcional y a su vez, debe de perseguir una mejor redistribución de la masa concursal. Vale la pena aclarar la subordinación no es únicamente una solución *reparadora* o compensatoria, sino que constituye también un *castigo* a una conducta inequitativa, que como resultado puede trae aparejada la reparación del posible daño causado a los demás acreedores, cuestión que se precisará más adelante en el punto 12.4.3 siguiente.

En efecto, la sociedad está interesada en que prevalezcan la honestidad, la equidad y las buenas costumbres en las relaciones comerciales. Si las conductas inequitativas o ilícitas de acreedores propiciaron o agravaron el estado de insolvencia del deudor, esta conducta debe ser sancionada, cuando menos con la subordinación y a la vez como toda sanción legal debe traer como consecuencia la reparación del daño causado y la postergación del crédito subordinado de alguna manera implica una reparación del mismo.

12.4.2 LA DOCTRINA DE LA SUBORDINACIÓN AUTOMÁTICA: CUANDO LA LEGALIDAD SE ANTEPONE A LA JUSTICIA.-

Remontando este estudio a lo versado en el punto 12.3.3 anterior, para el caso de insolvencia de Grupos, en el sistema de la Subordinación Automática poco importa la intención o la conducta del acreedor, pues la subordinación de los créditos responde a una decisión legislativa que atiende más al carácter del acreedor que al de su conducta.

En este apartado se intentarán resolver ciertas interrogantes que surgen en los casos de subordinación automática en donde no es un juez el que determina, para cada caso en concreto de acuerdo a un test o a ciertos criterios de equidad,[630] cuándo es procedente la subordinación de los créditos otorgados por empresas del mismo Grupo, sino que es la ley quien dispone la subordinación en base a criterios de política legislativa. Un ejemplo de lo anterior, son algunos sistemas legales que subordinan

[630] Por ejemplo los principios enunciados en el artículo 510 del Bankruptcy Code, citado en el apartado 12.3.2 del presente Capítulo.

automáticamente los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor, incluyendo empresas del mismo grupo que la concursada, de manera que sin importar la conducta fraudulenta o malintencionada de dichas empresas, sus créditos serán subordinados en virtud de su condición de *empresa de un mismo grupo*. De ahí que surjan cuestiones tales como: ¿Qué ventajas tendrá este exceso de legalidad y seguridad jurídica? ¿Será justo en todos y cada uno de los casos de concursos de grupos?

Dar una respuesta certera a todas estas interrogantes se torna un tanto complicado puesto que, por un lado, existen diversos argumentos que justifican la aplicación automática de la subordinación, y por otro, severas críticas -sobre todo de autores españoles- que desde su experiencia hacen un análisis de las consecuencias de su aplicación y que condenan el uso indiscriminado de dicha subordinación automática-legal.

De acuerdo con algunos autores, como Juan Ferré Falcón, se sostiene que la subordinación automática puede traer ventajas en cuanto a la *disminución de la litigiosidad* en el proceso concursal (p.ej. evitaría al juez tener que decidir si la conducta efectivamente fue dolosa, fraudulenta o ilícita, o analizar otras cuestiones de carácter económico o de administración empresarial proveniente de la relación de control del Grupo) y que permite también evitarse serios problemas *probatorios* en el caso de insolvencias de empresas de un Grupo, ya que debido a una estrechísima relación de las operaciones de las empresas integrantes de éste último, es muy probable que algunos negocios (que pudieran dar origen a la subordinación) hayan sido llevados de manera *oculta*, por lo cual resultaría injusto, según algunos autores[631], que encima se tuviera que encargar a los acreedores externos o a la administración concursal la tarea de demostrar tales operaciones a través de complicados elementos probatorios que dificultarían más el proceso concursal.

[631] *"…En sentido favorable, se afirma que la subordinación automática es un sistema que permite eludir los problemas probatorios que se plantean respecto de aquellos negocios llevados a cabo entre el deudor y sus cercanos y que puedan resultar fraudulentos o atribuir a estos últimos determinadas preferencias."* FERRÉ FALCÓN, Juan. *Op.cit.* Pp. 159 y 160.

En cuanto a este argumento, la subordinación automática constituiría una medida procesalmente muy cómoda, pero sin embargo, injusta. Concordando plenamente con lo postulado por Rafael Sebastián Quetglas, esta medida adoptada por una decisión de política legislativa puede resultar *"excesiva por indiscriminada"* y que la *"ausencia de cualquier referencia sobre los motivos que determinan la sanción de la subordinación amplía de modo excesivo el número de personas afectadas, y sanciona de forma injustificada las actuaciones de determinados acreedores cuya conducta no debería haber sido castigada"*.[632]

En el presente se considera que una alternativa a los conflictos probatorios ante la evidencia de una probable conducta dolosa o ilícita, podrían ser subsanados si la carga de la prueba recayera sobre el acreedor interno al que se le imputa tal conducta, es decir, que la empresa integrante del Grupo cuyos créditos estuvieran en peligro de ser subordinados por encuadrarse en alguno de los supuestos de dicha conducta debería de tener la posibilidad jurídica de probar que su actuación no fue tal y que no merece por tanto la pena de ser subordinada, lo que convertiría a esta presunción en una presunción "*iuris tantum*".

De facto, vale la pena mencionar en este momento que la Ley Concursal mexicana fue sabia al tipificar la presunción de actos en fraude de acreedores a que se contrae su numeral 115 si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe.[633]

De la misma manera la legislación concursal mexicana establece en su numeral 116, que en el evento de que el comerciante sea una persona física se presumen actos en fraude de acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe, las operaciones en contra de la masa realizadas por personas relacionadas.[634] Igualmente, la legislación concursal mexicana establece

---

[632] QUETGLAS, Rafael Sebastián. *Op.cit.* p.273.

[633] El numeral mencionado se refiere a: I.- El otorgamiento de garantías o incremento de las vigentes, cuando la obligación original no contemplaba dicha garantía o incremento; y II.- Los pagos de deudas hechos en especie, cuando ésta sea diferente a la originalmente pactada o bien, cuando la contraprestación pactada hubiere sido en dinero.

[634] Las personas relacionadas con el comerciante persona física para estos efectos son: "*I.- Su cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el*

presunciones de actos en fraude de acreedores para el caso de comerciantes que sean personas jurídicas, realizadas a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe, en su numeral 117.[635]

Otro de los argumentos que se ofrecen a favor de la automaticidad de la subordinación de los créditos ingra-grupales, es el basado en el *carácter del préstamo* ofrecido por una de las empresas integrantes del Grupo a otra empresa ya sea hermana, matriz o filial y que busca principalmente la obtención de un *beneficio*; cabe citar como un ejemplo, el de una empresa fabricante de maquinaria que *presta* fondos a otra compañía integrante de su mismo Grupo que se dedica a la producción de bienes, para que a su vez esta última le compre maquinaria a la primera, estipulando además el pago de intereses más elevados que los del sistema financiero y estableciendo, en muchos casos, una garantía real para la deuda, que probablemente no le solicitaría a otros clientes ajenos al grupo por no estilarse en el mercado. En México a este tipo de operaciones, en donde la obligación de la empresa deudora es adquirir bienes o servicios de la prestadora y en los que el servicio de la deuda es superior a los del mercado, se les conoce comúnmente como *"préstamos amarrados."*

---

parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil, o II.- Sociedades mercantiles, en las que las personas a que se refiere la fracción anterior o el propio comerciante sean administradores o formen parte del consejo de administración, o bien conjunta o separadamente representen, directa o indirectamente, al menos el cincuenta y uno por ciento del capital suscrito y pagado, tengan poder decisorio en sus asambleas de accionistas, estén en posibilidades de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales de dichas sociedades". Art.116 Ley de Concursos Mercantiles.

[635] *"Artículo 117.- En caso de Comerciantes que sean personas morales se presumen actos en fraude de acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe, las operaciones en contra de la Masa realizadas con las personas siguientes: I. Su administrador o miembros de su consejo de administración, o bien con el cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil de las personas antes mencionadas; II. Aquellas personas físicas que conjunta o separadamente representen, directa o indirectamente, al menos el cincuenta y uno por ciento del capital suscrito y pagado del Comerciante sujeto a concurso mercantil, tengan poder decisorio en sus asambleas de accionistas, estén en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales del Comerciante sujeto a concurso; III. Aquellas personas morales en las que exista coincidencia de los administradores, miembros del consejo de administración o principales directivos con las del Comerciante sujeto a concurso mercantil, y IV. Aquellas personas morales controladas por el Comerciante, que ejerzan control sobre este último, o bien que sean controladas por la misma sociedad que controla al Comerciante." Ibíd.*

En el evento de insolvencia de la deudora este tipo de conductas deben ser sancionadas con la subordinación de sus créditos ya que, como bien lo afirma Juan Ferré Falcón estos son de naturaleza *"diferente al resto de los acreedores, motivo por el cual deberían ser tratados de distinta manera también en un proceso de distribución…"*[636]. Sin embargo, se coincide en que la subordinación de manera automática sea la más adecuada. Tal y como se verá más adelante, se propugna por un modelo en que se permita la subordinación de manera legal, pero no así automática, sino una en donde se estipulen ciertos parámetros objetivos en los que se encuadren conductas ventajosas o fraudulentas (como la que se acaba de mencionar) para que la subordinación sea factible, concediendo siempre al interesado la oportunidad de acreditar que obró de buena fe.

Por otra parte, otra conducta que sirve como sustento para respaldar la teoría de la subordinación automática de créditos de los miembros de un mismo Grupo Empresarial, es la de *infra-capitalización* de las sociedades, en la que el otorgamiento de créditos concedidos una vez descapitalizada dicha sociedad (que muy probablemente devendrá en insolvente), comportarán un daño tanto a los acreedores existentes como a los venideros una vez otorgados los créditos, que al posponer la inminente situación concursal, supondrá una menor realización de sus acreencias.[637]

Es usual encontrarse con la presencia de sociedades mercantiles que se constituyen con un capital mínimo (que en México es de cincuenta mil pesos) y luego dependen de créditos para tener capital de trabajo suficiente y para la adquisición de los activos fijos (maquinaria, equipo, vehículos de transporte, inmuebles, etc.) necesarios para poder llevar a cabo su objeto social.

Siendo el capital uno de los factores de la producción, resulta incuestionable que es obligación de los socios o accionistas aportar el suficiente para garantizar la realización de las actividades previstas en el objeto social. Es injustificable a la luz de una sana práctica empresarial el constituir empresas infra-capitalizadas que implican la falta de compromiso del empresario con su propia actividad empresarial recién

[636] FERRÉ FALCÓN, Juan. *Op.cit.* p.160
[637] Consultar a Ferré Falcón, Ibíd. p. 161

formada. El empresario que no desee arriesgar su capital debiera optar por otros sistemas de ahorro o inversión, bien sea en el mercado bursátil o en el sistema financiero, pero no es lícito que escatime a la empresa la aportación de los recursos económicos necesarios para su sano desarrollo. Por ello, la infra-capitalización debe ser sancionada con la subordinación si fue el origen y la causa de la insolvencia.

Lo anterior lleva a otra de las justificaciones para la subordinación de créditos, que es la *oportuna iniciación del concurso*, ya que tal subordinación traerá como efecto la disuasión del otorgamiento de créditos de empresas del mismo Grupo "a sabiendas" de la precaria situación financiera de la deudora, por lo que ante la insolvencia inminente los miembros del Grupo no concederán nuevos créditos, careciendo de sentido, como bien pondera Juan Sánchez Calero, la prolongación de una situación de insuficiencia patrimonial y más aún será ilógico permitir que la falta de financiación del Grupo, sea suplida por terceros ajenos a él, carentes de la información acerca de la futura insolvencia.[638]

Es menester mencionar, para el caso del derecho concursal mexicano, lo sabiamente esgrimido por la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, que sancionaba con la Quiebra y tipificaba como delito (suspensión de pagos o quiebra culpable) a la *"no presentación"* de la solicitud de suspensión de pagos dentro de los 3 días siguientes al que hubiese ocurrido la cesación de pagos,[639] con penas de 1 a 4 años de prisión. No obstante, con esto no quiere decir que se esté a favor de la automaticidad de la subordinación de los créditos intra-grupales, sino más bien, se reafirma la postura en el sentido de que se considera necesaria *en ciertos* casos la subordinación de créditos, pero no mediante una aplicación indiscriminada y general que no permita al interesado acreditar que actuó de buena fe.

Por otro lado, debe de tomarse en cuenta al momento de analizar la conveniencia de la subordinación automática, el *privilegio informativo* del que gozan las empresas integrantes del mismo Grupo. Mismo que se refiere a que las empresas hermanas pero sobre todo la matriz, conocen la situación patrimonial de la empresa a

---

[638] SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. *"Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades."* p.77. Anuario de Derecho Concursal nº 5 (2005), pp. 7-60. ISSN 1698-997X. Madrid.

[639] Artículos 94 y 396 fracción V de la abrogada Ley de Quiebras y de Suspensión de pagos de 1943.

la que van a otorgar un crédito, conocimiento tal, que se traduce en una clara ventaja sobre los demás acreedores externos que no pueden conocer con exactitud el estado financiero de la empresa deudora. Además, para el caso de los administradores de hecho existe la obligación de conocer la verdadera situación financiera de la empresa, por lo que cuentan con el *privilegio informativo* que no tienen los accionistas, máxime si es una sociedad controladora que rige la dirección efectiva de la empresa. Tan es así que la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana establece en su numeral 172, que las sociedades mercantiles en México bajo la responsabilidad de sus administradores, tienen la obligación de presentar a la asamblea de accionistas, como mínimo cada año, un informe que incluya por lo menos lo siguiente:

> *"Artículo 172 (…) a) 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.*
>
> *b) Un informe en que se declaren y expliquen las principales políticas y criterios contables y de información seguidos en la preparación de la información financiera.*
>
> *c) Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio.*
>
> *d) Un estado que muestre, debidamente explicados y clasificados, los resultados de la sociedad durante el ejercicio.*
>
> *e) Un estado que muestre los cambios en la situación financiera durante el ejercicio.*
>
> *f) Un estado que muestre los cambios en las partidas que integran el patrimonio social, acaecidos durante el ejercicio.*
>
> *g) Las notas que sean necesarias para completar o aclarar la información que suministren los estados anteriores.*
>
> *A la información anterior se agregara el informe de los comisarios a que se refiere la fracción IV del artículo 166."*

Aunado a lo anterior, otro tema que hay que tomar en cuenta, como bien expone SÁNCHEZ CALERO, es que las empresas que gozan de esta ventaja informativa no deberían de aprovechar su presencia en la gestión de la sociedad deudora para convertirse en titulares de créditos privilegiados, pues no es justo que reciban un trato

igual al resto de los acreedores y menos aun, uno privilegiado en caso de insolvencia de la deudora. [640]

En conclusión, la información sobre la situación financiera o patrimonial de la empresa administrada o controlada no solo es un privilegio, en México es también una obligación, que de no acatarse constituye una grave negligencia y una ilegalidad. Por tanto, no sería justa la igualdad de trato de los acreedores externos con respecto a los internos (la alta dirección de las empresas del Grupo, la dominante o holding), e incluso, dichas empresas vinculadas deberían de responder de los daños y perjuicios ocasionados en virtud de esta ventaja informativa, con independencia que sus créditos se subordinen. Sin olvidar que la subordinación no debe de ser automática, sino que antes debería de concurrir la conducta, en este caso abusiva, en la que el acreedor interno se haya aprovechado efectivamente de la ventaja informativa inherente a su condición de control o administración.

Una razón más para justificar la subordinación automática de los créditos intra-grupales, se refiere al otorgamiento de créditos con el fin de *ocultar la situación financiera* de la sociedad deudora con el objetivo último de atraer acreedores externos, quienes, de no haber existido el préstamo otorgado por la o las demás empresas del Grupo, se podrían haber dado cuenta de la verdadera situación financiera de la empresa deudora. Lo anterior, desencadena una desventaja de los acreedores externos y como se mencionó en párrafos anteriores, la postergación del concurso de acreedores. Un ejemplo de la conducta de ocultación, sería la emisión de bonos de deuda al mercado a sabiendas que la situación era insostenible. Se está hablando de la obtención de recursos financieros de manera dolosa para engañar al mercado. No obstante no todas las matrices o las empresas hermanas hacen préstamos con fines deshonestos, pero de darse el caso, en el presente se considera que la subordinación no solo sería buen método de sanción y de reparación, sino también un método justo.

En cuanto a las críticas esgrimidas en torno a la aplicación de la teoría de la subordinación automática de los créditos intra-Grupo, se ´puede mencionar en primer

[640] SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. *Op.cit.* pp.76 y 77.

término las que giran en torno a la afectación de la *financiación* de los Grupos Empresariales así como a los *procesos de inversión*.

Para el caso de la financiación entre empresas del mismo grupo, se argumenta que la subordinación automática puede llegar a socavar operaciones realizadas en condiciones más favorables que las que ofrecerían acreedores independientes o a las del mercado en general. Por lo tanto, se estaría castigando una conducta que pudiera llegar incluso a salvar de la insolvencia a una empresa en dificultades, dado que la ausencia de préstamos se ha visto reflejada en una crisis casi inminente. Sin embargo, como ya se vio, este tipo de operaciones que pudieran "salvar" la empresa también puede traer como resultado una consecuencia adversa, que sería la indeseable posposición del concurso. Además, lo más conveniente en estos casos sería el rescate de la empresa miembro del Grupo dentro del proceso concursal, es decir, tal vez lo más acertado sería que la empresa en dificultades vaya a concurso y que dentro del mismo se le rescate bajo una correcta supervisión del juez y de los especialistas en derecho concursal, bajo un marco transparente y de acuerdo con las reglas del proceso.

En adición a lo anterior, se considera que el argumento que sostiene que la subordinación automática obstaculizaría el uso de *operaciones más favorables* que las de acreedores externos, en México ya está superado, puesto que el acto de prestar en condiciones más ventajosas que las del mercado por tratarse de una persona especialmente relacionada, es castigado por la Ley del Impuesto Sobre la Renta (como consecuencia de las directrices impuestas por la OCDE). Luego entonces, el beneficio obtenido por la empresa vinculada gracias a una operación "favorable" con una de las empresas del mismo grupo se considera un ingreso gravable y una ganancia. Es decir, se paga un impuesto sobre el ahorro de intereses. Por lo tanto no es una práctica usual en este país. Inclusive el propio no pago de la deuda o las quitas parciales de la deuda se consideran un ingreso gravable en los términos de la fracción IV del artículo 86 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR) [641].

[641] *"Art. 86 (…) XV. Tratándose de personas morales que celebren operaciones con partes relacionadas, éstas deberán determinar sus ingresos acumulables y sus deducciones autorizadas, considerando para esas operaciones los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado con o entre partes*

Asimismo se dice que aunque la subordinación automática no es general ni pre-concursal,[642] es decir que no afecta el carácter del crédito si la empresa deudora es solvente y si no se le ha declarado legalmente en concurso mercantil y que, aún en el procedimiento concursal tampoco exime al crédito del carácter de deuda, no obstante, existe un evidente riesgo de subordinación para las empresas vinculadas y por lo tanto de "impago" de sus créditos. Lo que condicionaría la financiación del los grupos, sobre todo, siguiendo a Sánchez Calero,[643] en tratándose de grupos de *entidades de crédito*, que valorarán los riesgos nacidos de la subordinación antes de aportar fondos a alguna de las empresas del Grupo, por lo cual afirma que se condicionará el proceso global de inversión en los grupos de entidades de crédito. En cuanto a este respecto, es probable que la subordinación automática condicione en ciertos casos la financiación interna, no así la financiación externa, pues seguirían disponibles los recursos del sistema financiero con las garantías de la *holding* o de otras filiales

Cabe añadir que para el caso de México, la subordinación legal de créditos de grupos que conforman el sistema financiero, no provocaría un cambio sustancial en la financiación de las empresas, ni un replanteamiento de sus estrategias de inversión, ya que la rígida Ley para Regular las Agrupaciones Financieras hace a la controladora subsidiaria e ilimitadamente responsable del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades financieras integrantes del grupo,[644] de manera que sobra decir que

---

independientes en operaciones comparables. Para estos efectos, aplicarán los métodos establecidos en el artículo 216 de esta Ley, en el orden establecido en el citado artículo." Ley del Impuesto Sobre la Renta. DOF 1º Enero 2002 y sus reformas.

[642] SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. *Op.cit*. pp. 74 y 75.

[643] *"…Precisamente, los efectos de la subordinación concursal sobre el mercado de crédito se van a percibir de manera directa en los grupos que integran a entidades de crédito, que van a tener en cuenta ese carácter subordinado a la hora de concentrar riesgos en las sociedades del mismo grupo". Ibíd.*

[644] *"Artículo 28.- La controladora y cada una de las entidades financieras integrantes de un grupo suscribirán un convenio conforme al cual: I.- La controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades financieras 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 entidades con anterioridad a su integración al grupo, y II. La controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades. En el evento de que el patrimonio de la controladora no fuere suficiente para hacer efectivas las responsabilidades que, respecto de las entidades financieras integrantes del grupo se presenten de manera simultánea, dichas responsabilidades se cubrirán, en primer término, respecto de la institución de crédito que, en su caso, pertenezca a dicho grupo y, posteriormente, a prorrata respecto de las demás entidades integrantes del grupo hasta agotar el patrimonio de la controladora. -Al efecto, se considerará*

las estrategias de financiación de los grupos financieros mexicanos deben de estar ajustadas a tal contingencia.

Como se ha señalado en párrafos anteriores la subordinación puede afectar al proceso global de inversión del Grupo, pues todos los miembros estarán afectados por un riesgo de impago de los créditos otorgados intra-grupalmente y que afectará la capacidad de recibir créditos externos, ya que quienes van a otorgar un crédito a una empresa integrante de un grupo de empresas querrán investigar antes la solvencia o la situación económica de las demás empresas afiliadas a su probable deudora, esto es si la solicitante de un crédito refleja en sus estados financieros como parte de su activo cuentas por cobrar a cargo de diversas empresas integrantes de su mismo grupo, pudieren ver afectada su capacidad crediticia ante la posibilidad legal de no cobrar oportunamente sus créditos en caso de insolvencia de la o las deudoras en virtud de la subordinación automática.

No cabe duda que la subordinación obligará tanto a los acreedores internos como externos a replantearse las estrategias de inversión y endeudamiento. Sin embargo, una sana aplicación del contemporáneo Derecho de Grupos, debe ser traducida al interior del grupo en una correcta administración que obligue a capitalizar las empresas de manera suficiente a sus reales necesidades financieras, es decir, a través de una adecuada financiación a la empresa vía aumento de capital, vía capitalización de deudas, vía colocación de bonos en el mercado secundario de valores o de cualesquier otra fuente similar. En caso de que su situación financiera sea crítica, entonces lo más conveniente sería iniciar el concurso e intentar salvar la empresa en el

---

la relación que exista entre los porcentajes que representan, en el capital de la controladora, su participación en el capital de las entidades de que se trate.- Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entenderá que una entidad financiera perteneciente a un grupo financiero tiene pérdidas, cuando los activos de la entidad no sean suficientes para cubrir sus obligaciones de pago.- Las referidas responsabilidades estarán previstas expresamente en los estatutos de la controladora.- En el convenio citado también deberá señalarse expresamente que cada una de las entidades financieras del grupo no responderá por las pérdidas de la controladora, ni por las de los demás participantes del grupo." Ley para Regular las Agrupaciones Financieras. DOF 18 de julio de 1990 y sus reformas.

proceso, obteniendo créditos que serán contra la masa y por tanto preferentes, para un correcto financiamiento de las actividades empresariales. [645]

En resumen, atendiendo a todo lo expuesto con antelación, a pesar de las ventajas de agilidad procesal y seguridad jurídica que aporta la doctrina de la subordinación automática en materia de Grupos, la rigidez de su aplicación y su uso indiscriminado en cualquier caso, trae consigo consecuencias de injusticia para acreedores que obraron de buena fe, con probidad y transparencia.

Por otro lado, debe aceptarse al fenómeno económico llamado Grupo como una realidad económica, de modo que quien realice operaciones comerciales o financieras con una empresa del grupo deberá analizar la situación global del grupo, en el entendido que ese *replanteamiento* de las formas de financiación no es un cambio que debería de evitarse, por el contrario, es una realidad que hay que reconocer y a la que el mercado, los empresarios y los juristas deberán de enfrentar de la manera más transparente y justa como sea posible.

12.4.3 LA SUBORDINACIÓN DE CRÉDITOS COMO SANCIÓN.-

Sin embargo, como una crítica a los enfoques de la teoría de la *equitable subordination* y a la doctrina de la *subordinación automática* mencionadas en los puntos anteriores, vale la pena comentar que la Subordinación Crediticia, sea del tipo equitativo o legal-automático, no es solamente una solución reparadora (aunque como consecuencia de su aplicación se pueda resarcir de alguna manera el daño causado a los demás acreedores) ni un *"antiprivilegio"*[646] únicamente, sino que será además una sanción; es decir, se considera que la subordinación es un *castigo* (necesario) aplicado en razón de una conducta inequitativa o ilícita, con independencia de que pudiera o no estar tipificada como ilegal.

---

[645] El artículo 18 del Decreto 1749 de 16 de mayo de 2011 que reglamenta los artículos 11, 12 y diversos de la Ley 1116 de 2006 colombiana establece la preferencia de pago para quienes otorguen préstamos una vez iniciado el concurso aun siendo del mismo grupo, sin que dichos créditos sean postergados.

[646] *"La calificación como "antiprivilegio" derivada de la subordinación es una calificación doctrinal coincidente: v., por todos, GARRIDO, J.M., Tratado de las preferencias del crédito, p. 524; con un lenguaje más actual de discriminación negativa. Habla GUILARTE GUTIÉRREZ, v., Comentarios a la Legislación Concursal, (dirs. (Sánchez-Calero/Guilarte), t. III, p. 2029*." SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. *Op.cit.* p.76. Cita 106.

Hay que reiterar que la subordinación no es un *"antiprivilegio"*, puesto que el fin último *"privilegio"* es hacer iguales a los desiguales, por ejemplo, en México se privilegian a ciertos créditos que por una condición de vulnerabilidad (como los alimentarios, gastos funerarios, etc) [647] o bien por el hecho de tener una carga especial para el deudor (créditos con garantía real)[648], es decir, créditos que por tener una condición especial, se les da un privilegio de cobro superior con el objeto de conservar un equilibrio en el justo y sano reparto de la masa concursal. Sin embargo, un antiprivilegio propiamente dicho, colocaría al crédito preferente en situación de inferioridad respecto del resto de los acreedores inclusive los *"comunes".*[649] Por lo tanto, un crédito subordinado que tiene un grado de cobro inferior al de los créditos privilegiados e incluso inferior al de los créditos comunes, no puede ser simplemente un crédito que no tiene un privilegio, sino que es un crédito sancionado a esperar en último lugar su cobro, castigo que viene estipulado por fuerza legal automática o judicial en razón de una conducta inequitativa o ilícita.

Siendo así, la subordinación no es una forma de reparación solamente, sino una *sanción* a una conducta que dejó de ajustarse a los parámetros de una sana administración observando los usos y costumbres en materia empresarial. Por ejemplo, cuando se realiza una acción u omisión a la vigilancia de las operaciones de la empresa; o bien cuando no se cumple con una obligación nacida de un contrato, de la ley o de un cuasicontrato; como cuando no se cumple con una sana administración de los negocios que exige: capitalizar los negocios, vigilar que no se descapitalicen, realizar previsiones financieras, analizar políticas de costos, precios, políticas de créditos, conocer capacidad real de endeudamiento, conocer la situación real del mercado, etc.

Luego entonces, cuando las empresas no atienden los parámetros exigidos por una sana administración empresarial, trae resultados tales como: pérdidas de mercado, de imagen o incluso la insolvencia y en muchos casos la desaparición de la empresa. Esas acciones inadecuadas, como el sobre endeudamiento de la empresa,

---

[647] Artículo 218 de la Ley de Concursos Mercantiles (DOF 12 de mayo de 2000).
[648] Artículo 219. *Ibíd.*
[649] Artículo 222. *Ibíd.*

disponer políticas inadecuadas de créditos, un excesivo empasivamiento de las mismas, contratar créditos caros, no conocer los costos y no fijar adecuadamente una política de precios y por supuesto no tomar medidas oportunas cuando aparecen los *"focos rojos"* en materia financiera, deben traer como consecuencia necesaria la indemnización o reparación del daño a aquéllos que resulten afectados, como serían los acreedores externos específicamente en el caso particular de la insolvencia de Grupos, a los acreedores externos.

Así por ejemplo, en los casos en que la empresa dominante o dominatriz, bien porque sea *holding*, bien por contrato, o bien empresas que formen parte del mismo Grupo, impone políticas especiales o criterios empresariales, que van en contra de los *usos y costumbres empresariales* y que trajeron como consecuencia necesaria la insolvencia de una empresa del Grupo, debe causar el efecto legal y *sancionador* de la subordinación de su crédito en caso de que resulte acreedora. Con independencia de la subordinación, además deberá de hacerse *responsable* de indemnizar a los acreedores afectados, por el monto de sus pérdidas económicas, por haber violado estos usos y costumbres mercantiles.

Ahora bien, para el caso de la subordinación voluntaria, que se considera como un caso muy particular, se puede definir a la subordinación como una auto-sanción impuesta por la voluntad del acreedor a su propio crédito, a cambio de un beneficio que bien podría ser de carácter económico inmediato (por ejemplo, una elevada tasa de interés).

12.4.4 EL DERECHO DE VOTO EN EL CONVENIO CONCURSAL.-

La finalidad del concurso mercantil en su etapa de conciliación en México, es la celebración de un convenio entre el comerciante deudor y sus acreedores en el que se establezca las cantidades, la forma de pago y el plazo en que el concursado pagará a sus acreedores. Este convenio debe celebrarse en México dentro de los 185 días naturales a partir de la última publicación de la sentencia de concurso, término que podrá prorrogarse por otros 90 días naturales a solicitud del conciliador o por acreedores reconocidos que representen dos tercios de los créditos reconocidos. De una manera excepcional, podrá el juez conceder una prórroga adicional por otros 90

días naturales cuando, ante la cercanía de un acuerdo, así lo soliciten el comerciante deudor y el 90% del monto de los créditos reconocidos. Es un imperativo de la legislación concursal que este plazo de conciliación única exceda de 365 días naturales a partir de la última publicación de la sentencia que decreta el concurso, pues de no celebrarse dicho convenio, el juez declarará la quiebra del comerciante.

El convenio deberá ser suscrito por los acreedores reconocidos, a quienes la ley no les impone la obligación de estar todos reunidos para votar y firmarlo, obligación que sí establecía la abrogada Ley de Quiebras y de suspensión de Pagos que señalaba que dicha votación y firma para el convenio debería realizarse en una audiencia pública presidida por el juez, la cual debía ser legalmente convocada y notificada a todos y cada uno de los acreedores, lo que en la práctica dificultaba la celebración de estas audiencias, principalmente en tratándose de acreedores extranjeros cuya notificación por vía diplomática o consular se dificultaba y por esta razón difícilmente se llegaron a celebrar convenios concursales bajo la vigencia de la abrogada ley en comento.

Es oportuno comentar que bajo la legislación nacional el convenio respectivo debe considerar el pago de créditos de quienes no lo suscriben, créditos contra la masa, los singularmente privilegiados, los que cuentan con garantía real, los de privilegio especial y los créditos fiscales. Además deberá prever las reservas para cubrir los créditos impugnados y los fiscales pendientes de resolver o determinar. [650]

Los acreedores fiscales y laborales con privilegio, no necesitan suscribir el convenio precitado, pues podrán hacerlo por separado.

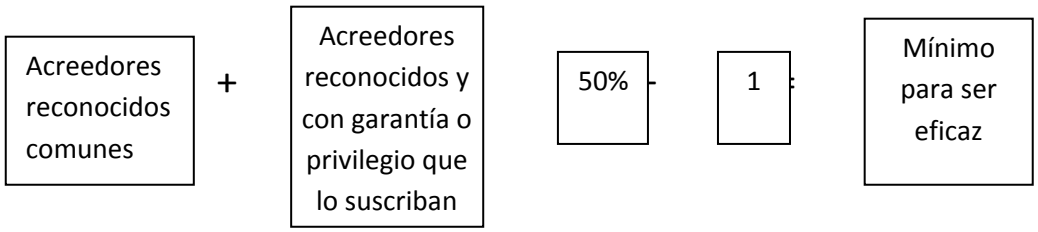
Para ser eficaz el convenio que suscriban el comerciante y sus acreedores reconocidos, lo deben firmar quienes representen más del 50% de la suma de:

I.- El monto reconocido a la totalidad de los acreedores reconocidos comunes, y

[650] Artículo 153 de la Ley Concursal mexicana. Op.cit.

II.- El monto reconocido a aquéllos acreedores reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio.[651]

Por considerarlo didáctico, a continuación se reproducirá el esquema elaborado por el Dr. Luis Manuel C. Méjan[652]:



Del enunciado de la ley concursal mexicana para la eficacia del convenio concursal, se colige que podrá ser suscrito dicho convenio por tres calidades de acreedores: los comunes, con garantía real y con privilegio especial; estos dos últimos no están obligados a la suscripción ya que la ley concursal respeta sus garantías. Sin embargo ninguna limitación establece la ley concursal para que suscriban el convenio aquellos acreedores que sean partes relacionadas con el concursado, ni mucho menos limitante alguna para la suscripción del convenio por aquellos acreedores que formen parte de un mismo grupo empresarial, bien sean controladoras o sus controladas, omisión de regulación que como ya se ha dicho en líneas anteriores en ocasiones representará que las partes relacionadas o las empresas del mismo grupo empresarial puedan manipular el convenio en su beneficio en detrimento de los derechos concursales de los acreedores terceros o extra-grupos y que por supuesto se atente contra el principio de la *par condicio creditorum*.

Sobre este tema parece que era más justa la abrogada Ley de Quiebras y de Suspensión de pagos de 1943 cuando preveía que no podrían votar en el convenio -tanto en la etapa de suspensión de pagos como en la quiebra- los parientes dentro del

[651] Artículo 157 de la Ley Concursal mexicana.
[652] MÉJAN CARRER, Luis Manuel. *"Concursos Mercantiles. Ayuda de Memoria."* Editorial Oxford. México 2010. p.184.

cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del concursado[653], ni los parientes en dichos grados de los miembros de los consejos de administración o gerentes de las sociedades por acciones o de responsabilidad limitada en concurso, o de las personas autorizadas para usar de la firma social si se tratare de sociedades colectivas o en comandita. Tampoco tenían derecho a voto y se descontaban también el importe de sus créditos para el cómputo de las mayorías de capital, los créditos cedidos mediante acto "*inter vivos*" aunque fuese por endoso, después de la fecha en que se dictó la sentencia de declaración de quiebra (o de suspensión de pagos).[654]

Tampoco cabe decantarse por la solución de la Ley Concursal española cuando regula la legitimación de aquellos acreedores que pueden solicitar la declaración del concurso cuando exceptúa y por tanto le niega legitimación a aquél acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento, previsión legal que parece bastante drástica y hasta injusta para aquéllos acreedores de buena fe que adquirieron sus créditos reclamados dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud de concurso, sin tener conocimiento de la verdadera situación financiera de la deudora.[655] Sin embargo, en el presente se aprueba la solución de la propia legislación concursal española cuando no concede el derecho de voto en la junta de acreedores a aquellos acreedores que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración del concurso, salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa (por ejemplo en el caso de que sea de adquisición en remate judicial del derecho de crédito).[656]

Resulta inconcuso que la ausencia de regulación en el derecho concursal mexicano de limitantes para el ejercicio del voto de aquellos acreedores especialmente relacionados con el deudor o que formen parte de un mismo grupo empresarial, implica en sí misma una ventaja inequitativa para estos acreedores intra-grupales en

[653] El término "concursado" no lo utilizaba la abrogada Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos la cual denominaba al concursado como "quebrado" o "deudor".
[654] Artículos 325 y 326 de la abrogada Ley de Quiebras y de Suspensión de pagos mexicana.
[655] Artículo 3.2 de la Ley Concursal española.
[656] Artículo 122.1.2º

perjuicio de los externos, quienes se verán sometidos a los convenios que autoricen aquéllos.

Es por ello que se propugna por una reforma a la legislación concursal que remedie estas inequidades e injusticias y que sin dejar de reconocer como pasivo los créditos de personas (físicas o jurídicas) relacionadas, sí se limite su derecho a voto en los convenios, con independencia de la postergación de sus créditos en los casos en que ésta sea procedente.

12.4.5 PROPUESTA DE SUBORDINACIÓN DE CRÉDITOS EN EL DERECHO CONCURSAL MEXICANO.

Tal como se ha venido mencionando, por un lado el sistema judicial mexicano no contempla, a diferencia de los sistemas judiciales del *common law*, la facultad de los jueces de resolver conforme a la equidad, que les permite analizar para cada caso en concreto las circunstancias de justicia (*fairness*) y las conductas inequitativas[657] en que pudieron haber incurrido los acreedores internos al Grupo y así determinar para cada caso en particular, de acuerdo con dicha potestad, si los créditos de dichos acreedores merecen o no ser subordinados. Es decir, en el derecho mexicano la actuación de los jueces y tribunales debe de estar en todos los casos fundada y motivada en la ley o en jurisprudencia, fundamento al cual debe circunscribirse su voluntad que estará limitada al rigor de la ley.

Desde otro ángulo, a diferencia de las legislaciones colombiana o española que tal y como se describió con antelación, cuentan con un sistema de subordinación automática en sus regímenes concursales, la legislación concursal mexicana no prevé

[657] De acuerdo con la jurisprudencia imperante en los Estados Unidos de América, para resolver si se determinará o no la subordinación equitativa, además de la existencia de una conducta inequitativa, es necesario cubrir otros tres elementos, que dependerán en cada caso, a saber: *a) algún daño a los acreedores; b) una ventaja para el fiduciario incluso en el caso de no existir daño a los acreedores; c) la subordinación no puede contradecir o ser inconsecuente con las leyes concursales*. MIGUÉNS, Héctor José. Op.cit. p. 98. Siguiendo con este mismo autor, se señala que: *"Desde el análisis de los casos sobre la subordinación desde "Deep Rock" se han abierto cuatro clases de conducta inequitativa que conllevan a aquélla de acuerdo con el nuevo estándar de la fairness: 1º) Capitalización inadecuada. 2º) Control societario ejercido en violación de las obligaciones fiduciarias o mala o incorrecta administración empresarial. 3º) Incumplimiento u omisión inseparable o trajinante de activos.4º) Mezcla o confusión inseparable o trajinante de activos." Ibídem.* pp. 98 y 99.

casos de subordinación, salvo la incipiente figura de subordinación, prevista por el artículo 228[658] de la Ley de Concursos Mercantiles que habla de los acreedores de los socios ilimitadamente responsables de una sociedad en concurso, quienes sólo tendrán derecho de cobrar sus créditos del remanente, cuando otorgaron créditos con posterioridad a que el deudor adquiriese la calidad de socio ilimitadamente responsable de la sociedad en concurso. Fuera de este supuesto que puede considerársele de subordinación automática, la Ley Concursal no subordina ninguna otra clase de crédito.

12.4.6 ANÁLISIS DE LA DEFICIENCIA DE LA LEY CONCURSAL MEXICANA CON RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS DE LOS MIEMBROS INTEGRANTES DE UN GRUPO EMPRESARIAL: EL CASO DEL CONCURSO DEL GRUPO VITRO.-

Fuera del supuesto del referido artículo 228 que puede considerársele de subordinación automática, la Ley Concursal no subordina ninguna otra clase de crédito. Ejemplifica este comentario el sonado caso del concurso mercantil de "Vitro", Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable, el más importante grupo vidriero del país cuya matriz se ubica en la ciudad de Monterrey, Nuevo León, al noreste de la República Mexicana. Esta empresa *holding*, el 13 de Diciembre de 2010, promovió concurso mercantil con plan de reestructura previo cuyo caso le correspondió conocer al Juez Cuarto de Distrito en materias civil y del trabajo en el estado de Nuevo León, el cual al analizar el plan de reestructura previa propuesto y al percatarse que dicho plan fue aprobado por las diversas empresas acreedoras que conforman el mismo Grupo Empresarial al que denominó "una misma unidad económica" para efectos de revelación de información, contabilidad y celebración de operaciones, consideró que no era viable decretar la procedencia del procedimiento concursal mediante el convenio propuesto pues no sería equitativo dicho convenio frente a los acreedores externos y que se desnaturalizaría el procedimiento concursal porque no habría

[658] *"Artículo 228.- Cuando se haya declarado en concurso mercantil a una sociedad en la que haya socios ilimitadamente responsables, los acreedores de esos socios, cuyos créditos fueren anteriores al nacimiento de la responsabilidad ilimitada del socio, concurrirán con los acreedores de la sociedad, colocándose en el grado y prelación que les corresponda.-Los acreedores posteriores de los socios ilimitadamente responsables, de una sociedad en estado de concurso, sólo tendrán derecho a cobrar sus créditos del remanente, si lo hubiere, después de satisfechas las deudas de la sociedad de que se trate, de acuerdo con estas disposiciones."* Ley de Concursos Mercantiles. *Op.cit.*

concurrencia, participación y oposición efectiva entre los interesados, al coexistir un arreglo pre-concertado dominado por la propia comerciante a través de sus subsidiarias.[659]

Dicho juzgador también consideró que el espíritu de la ley concursal era privilegiar el equilibrio sano con los acreedores a fin de no crear un estado de desventaja en el que sean éstos quienes posteriormente queden en estado de iliquidez y que desde esta óptica no podía permitirse la utilización de las bondades que contempla la ley para emplearla en beneficio particular y que como juzgador no podía permitir que el resto de acreedores quedasen en estado de inequidad.[660]

Como se observa del caso anterior, los razonamientos esgrimidos por el juzgador para desestimar la solicitud de declaración de concurso mercantil de "Vitro" son intachables desde el punto de vista de la equidad, pues dicho juez privilegia el respeto absoluto de los derechos de los acreedores en su totalidad para evitar que a través del concurso mercantil, los acreedores intra-grupo puedan obtener ventajas excesivas en perjuicio del resto de los acreedores, manipulando los estados financieros consolidados que les permitan una votación mayoritaria con la cual se obtenga la aprobación de un convenio propuesto que en realidad viene a perjudicar a los terceros ajenos al Grupo, que así median burlados sus derechos que les concede el principio de la *par condicio creditorum.*

La dificultad para sostener este fallo como legal, es que en México el sistema judicial se basa en el principio de *legalidad*, consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 14 y 16 constitucionales), que establecen para el juez la obligación de fundar y motivar sus resoluciones conforme a las leyes (en sentido formal y material) expedidas con anterioridad al hecho que se juzga. Aunque la resolución judicial en comento pareciera justa, en el fondo violaba el principio de legalidad antes citado pues no existe en el derecho positivo norma jurídica alguna que regule los fundamentos esgrimidos por el juzgador.

---

[659] Se tiene constancia de que la compañía vidriera incluyó entre sus pasivos aproximadamente mil 900 millones de dólares correspondientes a deudas entre compañías de su grupo. FUENTES, Víctor. *Rechaza juez plan de Vitro*. Periódico Mural. Negocios. 10 de enero de 2011. Primera página.

[660] Concurso mercantil 38/2010-VI promovido por "Vitro", Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable. Juzgado Cuarto de Distrito en materias civil y de trabajo en el estado de Nuevo León.

Fue por ello que la resolución judicial comentada fue recurrida por "Vitro" mediante el recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Magistrado del Segundo Tribunal Unitario del Cuarto Circuito, quien por resolución del 8 de Abril de 2011, revocó el desechamiento de la solicitud de concurso precitada y decretó su admisión a trámite bajo el argumento de que la legislación concursal *"…no distingue o califica créditos entre compañías subsidiarias o relacionadas y entre créditos entre la comerciante y sus demás acreedores, ni prohíbe que las deudas entre empresas subsidiarias puedan ser contabilizadas para efectos de la celebración de un convenio concursal."*[661]

Así entonces en el caso que se comenta, se aprecia de manera dramática cómo la ausencia de regulación de los Grupos Empresariales y de los efectos jurídicos que deben tener las deudas intra-grupales, puso en desventaja y en una situación de inequidad a todos los acreedores externos al grupo. Aunque a la luz de una estricta justicia resulta incuestionable la manipulación de las empresas del grupo para que se apruebe por la mayoría de los acreedores (por ellos conformada) un convenio que solo al grupo beneficiará y que será inequitativo para todos los terceros, dentro de los cuales se encuentran acreedores extranjeros. Bajo la lupa de la estricta aplicación de la norma jurídica en las resoluciones judiciales, no fue posible sostener la eficacia jurídica de la resolución del juez que negó a trámite lo que consideró como una solicitud inequitativa para todos los acreedores.

Conforme a la hermenéutica jurídica, a los acreedores terceros que se vieron afectados con lo que al parecer es la imposición por parte de la deudora de un convenio inequitativo, les quedará el demandar incidentalmente la declaración judicial de nulidad relativa del acto jurídico consistente en la aprobación de solicitud del concurso con plan de reestructura previo por quienes aparentaron ser acreedoras del 51% de los créditos adeudados, pues a dicho acto jurídico se le dio una falsa apariencia que ocultó su verdadero carácter, situación prevista por el numeral 2181[662] del Código

[661] Toca de apelación civil expediente 02/2011 del Segundo Tribunal Unitario del Cuarto Circuito con sede en Monterrey, Nuevo León y; GONZÁLEZ, Alfredo. *Conceden plan a Vitro*. Periódico Mural. Negocios. 12 de abril de 2011. p.4.

[662] *Artículo 2181.- La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.*

Civil Federal mexicano. En efecto el artículo 27 del citado código sustantivo civil establece que las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos. De ahí se colige que las acreedoras filiales obraron aprobando la propuesta de convenio por medio de sus órganos representativos que fueron designados por la voluntad mayoritaria de su controlante y a la vez deudora, lo que implica que la propia deudora a través de la ficción jurídica de sus empresas controladas votó en su propio beneficio y en perjuicio de los acreedores externos, configurando la causal de nulidad relativa por simulación, pues se le dio al acto jurídico de la aprobación del convenio la falsa apariencia de ser aprobado por acreedoras con independencia y autonomía de voluntad ocultando su verdadero carácter de votar la deudora por sí misma.

Estas argumentaciones jurídicas que permite la hermenéutica jurídica debiera estar claramente regulada en el propio derecho concursal para evitar aplicaciones injustas de la norma concursal como las ya comentadas.

Afirmar lo contrario en el sentido de lo innecesario de tal inclusión por su aparente ociosidad, sería tanto como afirmar que no se requería regular en el derecho concursal la nulidad de actos cometidos en fraude de acreedores para el ejercicio de la acción revocatoria en beneficio de la masa de acreedores (actos realizados dentro del llamado “periodo sospechoso”) pues la institución jurídica en comento que deviene desde el derecho romano y se le conoce como “acción pauliana” ya se encuentra regulada en el código sustantivo civil.

Resulta incuestionable que lo que se pretende es integrar al derecho concursal aquéllas instituciones jurídicas que faciliten la protección de los acreedores sin tener que recurrir a formulas jurídico-procesales complejas haciendo nugatorio el principio de justicia pronta y expedita.

Es precisamente por la rigidez del sistema jurídico mexicano basado en el principio constitucional de legalidad ya mencionado en donde los jueces deben aplicar la ley, aunque para este caso resulte injusta, por ello se propugna por cambios

legislativos en el sistema de derecho positivo que pongan fin o que minimicen este tipo de acciones injustas e inequitativas de los Grupos Empresariales en México.

Ante la ausencia de regulación jurídica de una situación concreta como la que se está comentando, aparecen en la jurisprudencia mexicana casos difíciles de resolver con criterios modernos aplicables a los Grupos Empresariales y dicha ausencia de regulación deja claras dos cosas: la primera es que no existe un criterio unificado sobre el tratamiento de los créditos de los acreedores relacionados con el concursado en virtud de su pertenencia a un mismo grupo, ni tampoco sobre su participación activa en la toma de decisiones de la junta de acreedores y en este caso en el derecho a voto para la aprobación del convenio de reestructuración previo. Y la segunda cuestión evidente, es que mientras no exista una ley que resuelva estos problemas, seguirá existiendo un conflicto de opiniones entre los tribunales, propiciando una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica tanto para el deudor como para sus acreedores.

Se considera imperante que ciertas políticas impuestas ya sea por la empresa dominante o dominatriz u otras empresas que formen parte del mismo Grupo, bien por su poder de control bien por contrato, que van en contra de los usos y costumbres empresariales y que pueden ocasionar la insolvencia de una empresa del Grupo, deben traer como consecuencia la subordinación de sus créditos en caso de que resulte acreedora de una insolvente que forma parte del mismo grupo. En este entendido, se propone en capítulo por separado reformas y adiciones a la ley concursal que permitan primero reconocer y después regular el concurso de empresas que formen parte de Grupos Empresariales, legislando la institución jurídica de la subordinación *legal* de los créditos de aquellas personas (físicas o jurídicas) especialmente relacionadas con el concursado.

Dicha subordinación debería de estar sustentada en parámetros objetivos similares a los en que se han venido basando los criterios de la subordinación equitativa. Es decir, se propone un sistema de subordinación legal, más no automático, pues deberían de concurrir ciertas circunstancias, causas o conductas que den origen a la subordinación de créditos intra-grupales, partiendo del supuesto que muchas de las operaciones crediticias de los grupos pueden ser otorgadas en situaciones

normales, correctas y con una intención honesta. En estos casos aplicar una subordinación automática indiscriminada podría traer consigo situaciones de suma injusticia.

Se propugna entonces por un sistema de postergación *legal*, que subordine a los créditos de los acreedores internos y de todas aquellas partes relacionadas que hubiesen incurrido en conductas dolosas, fraudulentas, ilícitas o inequitativas, tales como de infracapitalización, descapitalización o cualesquier otra conducta similar que hubiese propiciado el estado de insolvencia. Lo anterior en bases a parámetros *objetivos*, inspirados en los fundamentos de la doctrina de la *equitable subordination* estadounidense, siendo, para el caso de nuestro país, equiparable a una conducta *inequitativa*, una violación a los *usos y costumbres* en materia mercantil. [663]

[663] Se pueden encontrar referencias al principio del respeto a los usos y costumbres, en el artículo 6 del Código de Comercio que se refiere a la competencia desleal y que a la letra dice: *"Artículo 6 bis. Los comerciantes deberán realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo que se abstendrán de realizar actos de competencia desleal que: I.- Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro comerciante; II.- Desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante; III.- Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, o IV.- Se encuentren previstos en otras leyes.- Las acciones civiles producto de actos de competencia desleal, sólo podrán iniciarse cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa, si ésta es aplicable"* Código de Comercio. DOF 7 de octubre de 1889 y sus reformas. Y en el artículo 1445 4to párrafo del mismo ordenamiento aplicable al proceso arbitral: *"Artículo 1445.- El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. (…) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso."* Ibídem art. 1445. Así mismo, cabe tener en consideración la decisión de nuestros Tribunales Colegiados de Circuito *"USOS Y COSTUMBRES MERCANTILES. VALIDEZ DE SU EMPLEO EN LA INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS MERCANTILES.-En el Código de Comercio no existe un conjunto de bases para proceder a la interpretación de los contratos mercantiles, ni tampoco alguna normativa al respecto en alguna otra ley mercantil, por lo menos de aplicación general para todos los contratos mercantiles. En cambio, en el Código Civil Federal sí existe un conjunto de reglas para la interpretación de los contratos, y por extensión a todos los actos jurídicos. Dentro de este conjunto, el artículo 1856 de dicho ordenamiento general, dispone expresamente que el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, por lo cual cabe la posibilidad de invocar la costumbre y las prácticas mercantiles, porque por disposición expresa y directa del artículo 2o. del Código de Comercio, a falta de previsiones en la legislación mercantil es aplicable la preceptiva del Código Civil Federal."* Registro No. 165365.- Novena Época.- Tribunales Colegiados de Circuito.- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.*- XXXI, Enero de 2010.- P.2267.-Tesis: I.4o.C.254 C.- Tesis Aislada.-Materia Civil.

De adoptarse en México un sistema de subordinación legal, más no automático, condicionado en todos los casos a la concurrencia de conductas ventajosas, fraudulentas o ilícitas, encuadradas en los parámetros objetivos que se observen en la propia ley, así como permitir al juez decidir con base a un sustento legal si procederá o no la subordinación, se cumpliría el propósito de dar seguridad jurídica a todas las partes en el proceso, propugnado por la doctrina de la subordinación automática, al mismo tiempo que una solución justa, inspirada en los principios de *la equitable subordination*.

CAPÍTULO XIII

EL RÉGIMEN DE LA SUBORDINACIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL COMPARADO

Como se ha venido dilucidando a lo largo del presente trabajo, la subordinación de los créditos pertenecientes a empresas de un mismo Grupo, no se encuentra regulada México. Los acreedores internos tienen los mismos derechos dentro del procedimiento concursal que acreedores terceros. Sin embargo, el ya mencionado caso del Grupo Vitro,, ha venido a poner en evidencia la necesidad de regular a los créditos que reclaman empresas que conforman el mismo grupo para evitar distorsiones o inequidades en el procedimiento concursal en perjuicio de aquellos acreedores ajenos al grupo. Es por ello que se considera necesario analizar aunque de manera somera, la institución jurídica de la subordinación de créditos intra-grupo en otras latitudes.

XIII.1 LA SUBORDINACIÓN DE CRÉDITOS EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL.-

La Ley Concursal española 22/2003[664] reformada por Real Decreto legislativo 3/2009[665] y posteriormente por la Ley 38/2011[666], prevé la subordinación de los créditos cuyo titular sea alguna de las personas "especialmente relacionadas" con el deudor, con excepción de los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad y los recargos sobre prestaciones por incumplimientos de obligaciones de salud en materia laboral devengados con anterioridad al concurso, igual privilegio ostentarán los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración del concurso. Lo anterior, cuando se tratare de un deudor persona física o natural. Así también estarán exceptuados de dicha subordinación, tratándose del concursado

[664] Sancionada en julio de 2003 y entró en vigor en septiembre de 2004.

[665] Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, "Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica". BOE 31 marzo de 2009.

[666] Publicada en el Boletín Oficial del Estado el 11 de Octubre de 2011 y que entró en vigor el 1º de Enero de 2012.

persona jurídica, aquellos créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo[667] 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican (artículos 91 número 1 y 92 número 5).

Por otra parte, en su artículo 93 número 3º del apartado 2, considera como "personas especialmente relacionadas" con el concursado persona jurídica, entre otras, a las *sociedades que formen parte del mismo grupo* del de la sociedad concursada y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las condiciones previstas en el número 1 del apartado 2 de dicho artículo 93, que son las siguientes:

a) Que sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales ó;

b) que en el momento del derecho de crédito sean titulares de por lo menos un 5% del capital social si el concursado tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial o;

c) si no los tuviere que sea titular de un 10% del capital social.

Se puede señalar como una novedad, de la reciente Reforma a la Ley antes mencionada que entró el vigor 1º de enero de 2012, en el cual se modifica el punto 3 del artículo 93.2 antes mencionado, añadiendo después de la palabra "socios" (quienes serían considerados como personas relacionadas con el concursado) la de "comunes", es decir, no se consideran como personas allegadas al concursado los socios de las sociedades que formen parte del mismo grupo que el concursado, sino que es requisito para que tengan esa calidad, que sean socios "comunes" de las sociedades integrantes del grupo y del la sociedad concursada.

Por otro lado, también se puede apuntar, que en la legislación concursal española (artículo 122.1 punto 1º) se les niega el derecho al voto a los titulares de

[667] 93.2.1º Los socios que conforme a la ley l. Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que en el momento del nacimiento del derecho de crédito (reforma Real Decreto 3/2099), sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera.(…) 3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado.»

créditos subordinados, por lo tanto, no tendrán derecho a voto los miembros del mismo grupo del concursado.

Por último, vale la pena comentar brevemente respecto del actual derecho concursal español, que la ley concursal ha sido objeto de varios estudios por parte de expertos, recibiendo apoyo en ciertas cuestiones y fuertes críticas en otras. Por ejemplo, como ya se ha mencionado respecto a la subordinación de créditos de las personas allegadas, se cuestionan los efectos que ocasiona esta disposición sobre la financiación de las empresas integrantes de los grupos empresariales, que de acuerdo con el régimen anterior a la reforma del 2009, las empresas relacionadas con el concursado podrían ser titulares de créditos incluso privilegiados o preferentes, lo cual en primer lugar daba una certeza mucho mayor al pago de sus créditos y por otro aseguraba el derecho a voto en la junta de acreedores, que en muchas ocasiones propiciaba el control mayoritario de los órganos concursales y la aprobación de convenios muy ventajosos para los miembros del grupo del concursado.

Se coincide con Juan Sánchez Calero[668], en el sentido de que la Ley Concursal española supone un gran avance al privar del voto a dichas sociedades relacionadas. Sin embargo, se plantea la cuestión de si esta forma de subordinación de créditos entre personas relacionadas, puede provocar ciertas situaciones de injusticia en relación a su alcance, por ejemplo, como bien lo menciona Sánchez Calero, esta subordinación puede alcanzar a créditos concedidos entre grupos sin hacer un uso "abusivo" a la información social, sino en operaciones realizadas en condiciones normales o incluso más favorecedoras para la deudora, que al final terminan beneficiando a acreedores externos y terceros, sin embargo, este esfuerzo será, en situación de concurso, sancionado por la prelación de sus créditos, sanción que resultaría en palabras del maestro Sánchez Calero "excesivamente severa".[669]

Las últimas modificaciones a esta ley concursal en comento realizadas mediante la Ley 38/2011 de 10 de Octubre de 2011, no modifica sustancialmente la situación que se comenta, toda vez, que como bien lo indica José-Ramón García

[668] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades. Op.cit.* p. 70.
[669] *Ibídem.* p.78.

Vicente,[670] únicamente se incluyó una nueva excepción a la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con la persona jurídica, ya que solamente quedarán subordinados los créditos que consistan en un préstamo o que tengan análoga finalidad, no así el resto de créditos que los acreedores ostenten frente al concursado. Es decir, sigue inhibiendo la facilidad de obtener préstamos de personas relacionadas en condiciones ventajosas para la concursada.

Por su valor didáctico y para mejor comprensión de la regulación jurídica de los créditos subordinados en esta ley concursal española que se comenta, en seguida se transcribe el siguiente esquema que a propósito de este tema fue elaborado bajo la dirección del doctor Emilio Beltrán:[671]

[670] GARCÍA VICENTE, José-Ramón, *"La clasificación de créditos." "La reforma concursal.-III Congreso español de derecho de la insolvencia."* Dirigido por BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio; GARCÍA-CRUCES, José Antonio y; PRENDES, Pedro. Editorial Civitas-Thomson Reuters. Navarra. Octubre de 2011. p.427.

[671] "Esquemas de Derecho Concursal" (Tomo XXI).- *Op.cit.* p.134

CRÉDITOS SUBORDINADOS (ARTS. 92 Y 93 LC)	
TIPOS DE CRÉDITOS SUBORDINADOS Y ORDEN DE PRELACIÓN (Art. 92 LC)	**1º.** Los **comunicados tardíamente** o **no comunicados oportunamente**. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del art. 86.3 LC, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas. **2º** Los subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor por **pacto contractual**. **3º** Los créditos por **recargos e intereses** de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. **4º Multas** y **sanciones** pecuniarias. **5º** Los de las **personas especialmente relacionadas con el deudor**, excepto por salarios que tuvieran la condición de créditos con privilegio general, cuando el concursado sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios del art. 93.2.1º y 3º LC y que reúnan las condiciones de participación en el capital allí descritas. **6ª** Los derivados de **rescisión concursal** que resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado. **7ª** Los derivados de los **contratos con obligaciones recíprocas** a que se refieren los arts. 61, 62, 68 y 69 LC (ver apdos. 5.1.5 "Efectos sobre los contratos" y 5.1.6 "La rehabilitación de contratos" anteriores), cuando el Juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

Esquema 13.1.1

XIII.2 LA SUBORDINACIÓN DE CRÉDITOS EN EL RÉGIMEN CONCURSAL DE ARGENTINA.-

A diferencia de otras legislaciones latinoamericanas que se estudiarán más adelante, el derecho concursal argentino no considera como subordinados a los créditos de las personas "especialmente relacionadas" o "vinculadas" con el deudor, sino que tal subordinación de créditos, deviene del convenio que hubiesen celebrado el acreedor o acreedores con el deudor, con respecto a la postergación de sus

derechos sobre las deudas del concursado (artículo 41, 2º párrafo de la Ley de Concursos y Quiebras)[672].

Sin embargo, es interesante mencionar el tratamiento de la Ley de Concursos y Quiebras argentina (LCQ) que hace en relación a la insolvencia de los Grupos Empresariales, ya que su Capítulo VI está dedicado a regular "el concurso en caso de agrupamiento". Cabe destacar que dentro de este tipo de concurso los créditos internos (intra-grupo) así como los de sus cesionarios, dentro de los 2 años previos a la presentación, no tendrán derecho a voto y en el acuerdo se podrá pactar la extinción total o parcial de dichos créditos, así como su subordinación u otra forma de tratamiento particular (artículo 67 *in fine*).

XIII.3 TRATAMIENTO A LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN PERÚ.-

La Ley General del Sistema Concursal[673] peruana, establece en su numeral 12 que se refiere a la declaración de vinculación entre el deudor y sus acreedores, considera entre otras como relaciones que suponen la vinculación:

a) La de la propiedad directa o indirecta en algún negocio de su contraparte;

b) la asociación o sociedad o acuerdos similares;

c) la existencia de contabilidad común;

d) la integración común de un *grupo económico*.

Asimismo, impone el deber tanto al acreedor como al deudor de declarar la existencia de dichas relaciones a la Comisión de Procedimientos Concursales ("Comisión") del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual ("INDECOPI"). Igualmente los acreedores deben de presentar ante la Secretaría Técnica del INDECOPI, juntamente con la solicitud de reconocimiento de créditos, una declaración jurada sobre la existencia o inexistencia de vinculación con el deudor (artículo 38).

---

[672] Ley N$^{o.}$ 24522 de Concursos y Quiebras, sancionada en Julio de 1995 y sus reformas (leyes 25.589 y 26.086).

[673] Ley Nº 27809. Ley General del Sistema Concursal. Agosto de 2002.

Por decreto de urgencia No 61/2009[674] los acreedores vinculados (en términos del artículo 12) no pueden solicitar el concurso del deudor en su calidad de acreedores del mismo, ni votar en las Juntas de Acreedores, ni tampoco serán computables sus créditos para la determinación de quórum de constitución y mayorías exigidos en la Ley General del Sistema Concursal. Únicamente tendrán el derecho de asistencia y de opinar en las juntas. Sin embargo, no se restringen sus derechos económicos respecto de sus créditos reconocidos.

De acuerdo con el Dr. Ariel Ángel Dasso, el tratamiento de los acreedores vinculados que hace esta nueva norma peruana *"no facilitará la obtención del acuerdo de reestructuración cuando se trate de grupos empresarios (…)"* y la cual, a diferencia de la regulación colombiana, se encuentra orientada a la tutela en el interés de los acreedores en "*cuyas manos está el destino del deudor*" más que a la prevalencia de la empresa. [675]

XIII.4 LA POSTERGACIÓN DE CRÉDITOS EN EL CASO DE INSOLVENCIA DE GRUPOS EMPRESARIALES EN COLOMBIA.-

El Régimen de Insolvencia Empresarial colombiano[676] califica como personas vinculadas al deudor, a sus socios administradores o controlantes, en razón de parentesco, de tener o haber tenido accionistas, socios, asociados, representantes o administradores comunes en los últimos 5 años, así como por la existencia de una situación de subordinación o grupo empresarial (artículo 24 incisos 1, 2, 3 y 4), estableciéndose que dicha relación deberá de precisarse en el proyecto de calificación y graduación de créditos elaborado por el deudor, sin que prevea la subordinación automática de los créditos de personas vinculadas (artículo 24 primer párrafo).

Por otro lado, se refiere a los acreedores "internos" o a los pertenecientes al mismo grupo empresarial restringiendo en su numeral 32, los efectos de sus votos para efectos de aprobación del Acuerdo de reorganización, estableciendo que en el caso de que dichos acreedores integrantes del mismo grupo emitan votos en el mismo

[674] Boletín Oficial "El Peruano" 28 de mayo de 2009. http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/7/jer/legislacionydirectivas/DU%2061-2009.pdf
[675] DASSO, Ariel Ángel. *Op.cit*. Tomo II. Pp. 1217 y 1218.
[676] Régimen de Insolvencia Empresarial. Ley 1116 de 27 de Diciembre de 2006. Vigente a partir de junio de 2007.

sentido que equivalgan a la mayoría absoluta o más de los votos admisibles, tal aprobación requerirá además del voto emitido en el mismo sentido por una pluralidad de acreedores de cualquier otra clase que equivalga al 25% o más de los votos restantes admitidos.

De esta manera, tal y como bien expone el Dr. Ariel Dasso[677], dicha limitación adicional al poder de votación que ejercerían los miembros de un grupo empresarial es una forma de "*transparentar la salud del proceso*" intentando evitar maniobras "*dudosas*" por parte de los acreedores vinculados por una relación de pertenencia a un grupo, que pudiera poner en peligro o en detrimento de los verdaderos acreedores del deudor (los acreedores externos).

Por otro lado, también se establece la obligación por parte de los acreedores del mismo Grupo Empresarial del deudor concursado, de informar la existencia de la relación de grupo del que forman parte, al promotor de la insolvencia. El incumplimiento a dicho deber dentro de los plazos establecidos por la ley será penalizado mediante la reducción a la mitad de sus derechos de voto (artículo 32 último párrafo).

Igualmente, en el artículo 69 de la Ley 1116[678], se prevé el supuesto de postergación legal de los créditos para los casos de reorganización y liquidación

---

[677] *Op.cit*. p.419.

[678] *"Artículo 69. Créditos legalmente postergados en el proceso de reorganización y de liquidación judicial. Estos créditos serán atendidos, una vez cancelados los demás créditos y corresponden a: 1. Obligaciones con personas especialmente relacionadas con el deudor, salvo aquellas provenientes de recursos entregados después de la admisión al trámite y destinados a la recuperación de la empresa. 2. Deudas por servicios públicos, si la entidad prestadora se niega a restablecerlos cuando han sido suspendidos sin atender lo dispuesto en la presente ley. 3. Créditos de los acreedores que intenten pagarse por su propia cuenta a costa de bienes o derechos del deudor, o que incumplan con las obligaciones pactadas en el acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial. 4. Valores derivados de sanciones pactadas mediante acuerdos de voluntades. 5. Las obligaciones que teniendo la carga de presentarse al trámite de liquidación judicial, no lo hicieren dentro de los términos fijados en la presente ley. 6. El valor de intereses, en el proceso de liquidación judicial. 7. Los demás cuya postergación está expresamente prevista en esta ley. Parágrafo 1°. El pago de los créditos postergados respetará las reglas de prelación legal. Parágrafo 2°. Para efectos del presente artículo, son personas especialmente relacionadas con el deudor, las siguientes: Las personas jurídicas vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, y aquellas en las cuales exista unidad de propósito y de dirección respecto del deudor. Administradores, revisores fiscales y apoderados judiciales por salarios u honorarios no contabilizados en su respectivo ejercicio, así como indemnizaciones, sanciones y moratorias,*

judicial, por distintas causas entre las cuales se encuentra la de postergación de obligaciones con personas especialmente relacionadas con el deudor, considerándose como personas especialmente relacionadas, como tales entre otras a: *"las personas jurídicas vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, y aquellas en las cuales exista unidad de propósito y de dirección respecto del deudor"* (párrafo 2º). Por otro lado, no exime de la condición subordinada al crédito, a los adjudicatarios o cesionarios de créditos de personas especialmente vinculadas, cuando la iniciación del proceso se produzca dentro de los dos años siguientes a la adquisición de tales créditos (art.69 párr.2º).

Por otro lado, el reciente Decreto 1749 sancionado en Mayo de 2011[679], que se encarga de reglamentar la Ley 1116 de 2006, contempla el tratamiento, tanto a nivel local como en el marco de la cooperación internacional, del régimen de insolvencia exclusivamente para el caso de los Grupos Empresariales, normativa que estuvo inspirada en el modelo de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL propuesto por el Grupo de Trabajo V.

Así mismo, cabe destacar respecto del régimen de insolvencia colombiano, que es uno de los pocos en los que se prevé un proceso de reorganización referente específicamente a los Grupos Empresariales (matrices, controlantes, vinculados y sucursales de sociedades extranjeras en Colombia, a que se refiere el artículo 12 de la ley 1116 y específicamente a Grupos de Empresas a los que hace mención el 2º del Decreto 1749), reglamentando dicho régimen de insolvencia mediante el citado Decreto 1749, con la finalidad de promover la coordinación y la cooperación procesal de los procesos de insolvencia de empresas que formen parte de un grupo cuyo análisis se trata en diverso capítulo en este mismo estudio.

---

provenientes de conciliaciones, fallos judiciales o actos similares. Los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas antes mencionadas, siempre que la adquisición hubiera tenido lugar dentro de los dos (2) años anteriores a la iniciación del proceso de insolvencia. Parágrafo 3°. No serán postergadas las obligaciones de los acreedores que suministren nuevos recursos al deudor o que se comprometan a hacerlo en ejecución del acuerdo."

[679] Decreto 1149 de 26 de Mayo de 2011.

Igualmente, es menester mencionar que dicha legislación colombiana enumera en el artículo 32 fracciones 1 a 3, a las personas que considera formarán parte de una "organización empresarial", señalando como tales a:

a) las personas que tengan la calidad de matrices o controlantes y subordinadas en términos del Código de Comercio colombiano;

b) los empresarios y empresas que se ostentan ante terceros como "grupo", "agrupación", "conglomerado" o semejante y;

c) a las personas físicas o jurídicas vinculadas en virtud de contratos de colaboración (considerando como tales a las sociedades de hecho, uniones temporales y contrato de riesgo compartido, acreditando lo anterior mediante prueba fehaciente de la existencia de dichos contratos).

Así mismo, como se señaló, el artículo 2 del citado Decreto 1749 se encarga de definir lo que se entiende por "Grupo de Empresas" y; "Deudor(es) vinculado(s) o partícipe(s) del Grupo de Empresas".

XIII.5 SUBORDINACIÓN CREDITICIA EN EL DERECHO CONCURSAL DE URUGUAY.-

Para el caso de Uruguay la reciente ley de "Declaración judicial del concurso y reorganización empresarial" de 23 de octubre de 2008[680] considera, entre otras, como personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica, a las sociedades de un mismo grupo, entendiendo por Grupo Societario al conformado por una o varias sociedades que se encuentren sometidas a la dirección de otra persona jurídica o de una misma persona física, o por varias sociedades concertadas entre sí (artículo 112 párrafo 2 inciso c). Los créditos de dichas personas "especialmente relacionadas con el deudor" tendrán el carácter de subordinados (artículo 111 segundo párrafo) y no tienen derecho a voto en la Junta de Acreedores (artículo 126 fracción 1ª) por lo cual, no tendrán injerencia en la aprobación del Convenio con el plan de continuación o en su caso de liquidación (artículos 143 y 144).

[680] N° 18.387 de 23 de octubre de 2008.

XIII.6 SUBORDINACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE INSOLVENCIA DE PORTUGAL.-

En el Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas se establecen como créditos subordinados, entre otros, aquéllos correspondientes a "personas especialmente relacionadas" con el deudor, siempre y cuando la relación de vinculación se diera antes de la adquisición del crédito y por quienes hayan sido transmitidos en los 2 años anteriores al proceso de insolvencia (artículo 48 inciso a)[681]. Por otra parte, en su numeral 49 inciso b) señala como personas especialmente relacionadas con el deudor cuando fuere persona colectiva a las personas que, hubieren tenido con el deudor durante los 2 años anteriores al procedimiento de insolvencia una relación de dominio o de grupo, en los términos del artículo 21 del Código de Valores Mobiliarios[682], el cual remite al Código de las Sociedades Comerciales[683], mismo que en su Capítulo III, Secciones I, II y III establece los tipos de sociedades con relaciones de Grupo, los cuales abarcan a los grupos constituidos en virtud de relaciones de dominio y a los constituidos contractualmente (grupos paritarios y grupos por subordinación).

Dichos créditos subordinados relativos a las personas especialmente relacionadas con el deudor, tienen un tratamiento inferior al resto de los créditos ya que además del orden de prelación en el pago de su acreencia (después del pago de los créditos comunes, artículo 177 fracción 1 del Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas), tampoco tienen derecho a voto en las Asambleas de Acreedores, sin embargo, tendrán este derecho cuando se delibere sobre la aprobación de un plan de insolvencia (artículo 73 inciso 3).

XIII.7 LA PRELACIÓN EN LA LEY CONCURSAL MEXICANA.-

Para el caso de la regulación nacional existe con una enorme laguna legal en lo que se refiere a la prelación de créditos de "partes relacionadas" con el concursado y en específico con sociedades o empresas integrantes del mismo grupo que el concursado.

---

[681] Código de Insolvencia y de la Recuperación de Empresas. Decreto-ley 53-2004.
[682] Código de Valores Mobiliarios. Decreto-ley N° 486/99 y sus reformas.
[683] Código de las Sociedades Comerciales. Decreto-ley N° 262/86 de 2 de Septiembre y sus reformas.

Se observa que en la Ley General de Concursos Mercantiles (LGCM), el capítulo II que se refiere a la graduación de créditos y en específico el artículo 217 que hace referencia a la clasificación de los acreedores, en ningún momento se menciona los créditos de personas vinculadas al deudor, ni tampoco lo hace en artículos subsiguientes.

Aunque si bien es cierto que dentro de la citada ley se señalan los diversos supuestos en que una persona estará vinculada o relacionada con el "comerciante" persona moral, lo hace con respecto de los casos de presunción del fraude de acreedores (artículo 117) y para el caso de restringir las posturas u ofertas que se realicen en un proceso de enajenación (artículo 202).[684]

---

[684] *"Artículo 202.- Al presentar las posturas u ofertas al juez en términos del presente artículo o del artículo 205 de esta Ley, los postores u oferentes deberán manifestar, bajo protesta de decir verdad, sus vínculos familiares o patrimoniales con el Comerciante, sus administradores u otras personas relacionadas directamente con las operaciones del Comerciante. Quien presente una postura u oferta en representación de otra persona, deberá manifestar adicionalmente los vínculos correspondientes de la persona a quien representa. Para efectos de este artículo, en caso de que el Comerciante sea persona moral, antes de proceder a la enajenación del activo, el síndico deberá dar a conocer al juez quiénes son los titulares del capital social, y en qué porcentaje e identificar a sus administradores y personas que puedan obligarlo con su firma.*
La omisión o falsedad en esta manifestación será causa de nulidad de cualquier adjudicación que resulte de la aceptación de la postura de que se trate, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten.
En este caso la subasta se tendrá como no realizada. Se entenderá por vínculo familiar para los efectos de este artículo, al cónyuge, concubina o concubinario, así como al parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado; hasta el segundo grado, si el parentesco es por afinidad, y al parentesco civil. En su caso, el vínculo familiar se entenderá referido a los administradores, gerentes, directores, apoderados y miembros del consejo de administración del Comerciante. En el evento de que el Comerciante sea persona moral, para los efectos de este artículo se entenderá por vínculo patrimonial, el que surja entre él y las siguientes personas:
I. Los titulares de al menos el cinco por ciento de su capital social;
II. Aquellas que efectivamente controlen a las personas morales que detenten al menos el cinco por ciento de su capital social;
III. Las personas morales en que sus administradores o las personas señaladas en las fracciones anteriores sean titulares, conjunta o separadamente, de al menos cinco por ciento del capital social;
IV. Aquellas que puedan obligarlo con su firma;
V. Aquellas en las que participe, directa o indirectamente, en por lo menos cinco por ciento de su capital social;
VI. Los administradores y personas que puedan obligar con su firma a las personas señaladas en la fracción anterior, y
VII. Cualesquiera otras personas que, por estar relacionadas directamente con las operaciones del Comerciante, tengan acceso a información privilegiada o confidencial sobre la empresa del mismo.

Y aunque de la lectura de los numerales anteriormente señalados se pueden considerar para ciertos casos, como personas especialmente relacionadas a los miembros del Grupo de Empresas ya que por lo general los miembros del mismo grupo presentan alguna de las características anotadas en dichos ordenamientos, tales como la coincidencia de administradores o miembros del consejo de administración (artículo 117 fracción III) o bien, aquellas sociedades controladas por el *Comerciante* o por la controladora de éste o bien aquellas que controlan al *Comerciante* (artículo 117 fracción IV) donde claramente se supone una relación de grupo. No obstante, como ya se ha visto, los Grupos de Empresas presentan formas muy diversas de organización y de vinculación intra-grupal, por lo que en principio es difícil enumerar todos los supuestos, los cuales únicamente podrían abarcarse estableciéndose en la ley concursal como personas especialmente relacionadas con el concursado a "aquellas sociedades o empresas integrantes del mismo Grupo Empresarial o Grupo Económico o Grupo de Sociedades".

Por otro lado, es evidente la laguna legal de la norma concursal mexicana acerca del tratamiento que debe de darse a los créditos de las "personas vinculadas" al concursado y en específico a los acreedores que sean parte del grupo empresarial al que en su caso perteneciera el "comerciante".

Así también queda vacío muy importante acerca del tratamiento de los acreedores "personas relacionadas" en particular integrantes del mismo grupo empresarial, en cuanto a lo que se refiere al concurso mercantil con *"plan de reestructura previo",* para determinar cuestiones de vital importancia tales como el derecho a voto de dichos acreedores. [685]

Las personas que se encuentren en el supuesto a que se refiere este artículo podrán presentar posturas dentro del plazo señalado en el artículo 200 de esta Ley, pero una vez presentadas no podrán mejorarlas ni participar en las pujas."

[685] *TITULO DÉCIMO CUARTO.- Del concurso mercantil con plan de reestructura previo.- Artículo 339.- Será admitida a trámite la solicitud de concurso mercantil con plan de reestructura cuando: I(…)II. La solicitud la suscriba el Comerciante con los titulares de cuando menos el* ***cuarenta por ciento*** *del total de sus adeudos. Para la admisión del concurso mercantil con plan de reestructura será suficiente que el Comerciante manifieste bajo protesta de decir verdad que las personas que firman la solicitud representan cuando menos el cuarenta por ciento del total de sus adeudos;*

CAPÍTULO XIV

ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL CASO DE INSOLVENCIAS DE GRUPOS EMPRESARIALES MULTINACIONALES.

XIV.1 INTRODUCCIÓN.-

Se ha comentado en apartados anteriores que uno de los efectos de la globalización de los mercados ha sido la aparición en la economía de los Grupos Empresariales que funcionan y operan en diversos países, por supuesto cada uno con su propia regulación jurídica, su propio idioma, costumbres e idiosincrasia. Como se ha venido dilucidando lo largo de este estudio, presenta un alto grado de dificultad el tratamiento jurídico de la insolvencia de empresas que forman parte de un grupo o unidad económica o de negocios, hay que llevar hasta el grado extremo la dificultad, no solo fáctica sino jurídica, de atender y solucionar los conflictos derivados con motivo de la insolvencia de Empresas Trasnacionales que forman parte de un Grupo Empresarial Multinacional.

El inicio de un procedimiento de insolvencia es un obstáculo al funcionamiento coordinado de una empresa multinacional y elimina la cohesión existente hasta entonces, produciendo la segmentación de sus partes, ahora desconectadas, en varios países. Por la internacionalización de las actividades económicas de la empresa trasnacional, se da la presencia de acreedores y deudores de diferentes nacionalidades, sujetos a diversos regímenes jurídicos, diversas jurisdicciones, la intervención de diversos representantes o especialistas del concurso, distintas instituciones jurídicas que regulan la naturaleza de los créditos exigidos así como su graduación y prelación, agravado todo esto con las diferencias de idiomas y costumbres forenses. Ya de por sí la distancia geográfica complica y encarece las gestiones de cobro judiciales. Todo ello, necesariamente repercutirá en el valor integrado total de la empresa deudora en perjuicio de todos los acreedores.

Por todo lo anterior, es indispensable la coordinación judicial para la administración adecuada de estos procesos y se requiere la cooperación entre una pluralidad de jueces de manera imprescindible.

Es indefectible esta cooperación judicial en casos de concursos transfronterizos para preservar lo siguiente:

i) Consolidar la información de los activos y pasivos ubicados en diferentes jurisdicciones;

ii) Evitar el ocultamiento de activos;

iii) Evitar actos fraudulentos que pueda cometer el deudor, acreedores o terceros;

iv) Preservar el valor de los activos, principalmente de la empresa en operación;

v) Facilitar la reclamación y el reconocimiento de créditos exigidos por extranjeros;

vi) Permitir la unificada administración de los procesos;

vii) Ordenar el proceso unificado de reorganización de la empresa que evite en lo posible su liquidación;

viii) Elevar la eficacia y la equidad en el proceso.

Un elemento indispensable para lograr lo anterior, es el establecer la adecuada comunicación entre los diversos jueces o tribunales encargados del proceso concursal y los representantes del concurso radicados en países diversos. Parafraseando al tratadista Adolfo A.N. Rouillon, es indispensable la observancia de tres palabras tal y como lo enuncia "*estas tres palabras que comienzan por "C" preocupan como nunca antes: cooperación judicial, coordinación de procedimientos y comunicación entre tribunales de concursos."*[686]

Esta complejidad señalada en líneas precedentes, se presenta con prístina claridad en los momentos en que se pretende hacer efectivo el ideal de la cooperación procesal internacional en materia concursal en aquellos países que no han adoptado

[686] ROUILLON, Adolfo A.N. Ponencia *"Cooperación Judicial en Concursos Transfronterizos."* Séptimo Congreso Argentino de Derecho Concursal.- Quinto Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia.- Mendoza, Argentina, Octubre de 2009.

en sus legislaciones la cooperación internacional en esta materia y por tanto en sus leyes concursales no regulan la forma de solucionar esta problemática. No es el caso de México, el cual siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL, en el Título Décimo Segundo de la Ley Concursal mexicana, regula las formas de cooperación en los procedimientos internacionales y en su numeral 305 fracción IV, al referirse a los medios de colaboración internacional, faculta la aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos.

Este es un avance significativo de la ley mexicana frente a otras legislaciones que no reconocen la eficacia jurídica de los procedimientos extranjeros en materia concursal y al no existir tribunales internacionales en materia concursal cuyas resoluciones pudiesen ser acatadas de manera obligatoria por las diversas jurisdicciones nacionales, ni encontrarse ante la presencia de tratados internacionales que obliguen a su cumplimiento en esta materia, necesariamente se tiene que acudir a la adopción, en los casos que suceda, de las recomendaciones de la Ley Modelo de UNCITRAL, de la Guía Legislativa emanada del Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL y de los trabajos de especialistas internacionales en la materia a que más adelante se hará precisión con más detalle, para concluir que el acuerdo transfronterizo al que se refiere la ley concursal mexicana, es el único instrumento con el que por el momento se cuenta para facilitar la cooperación internacional.

Sin embargo, las regulaciones jurídicas existentes en México en materia de cooperación internacional en materia concursal, están referidas a los concursos de empresas individuales, consideradas como entes jurídicos únicos, sin reconocer la existencia de los Grupos Empresariales y por supuesto sin regular su actuación como unidad económica o de negocios. Se insiste en que esta es una deficiencia al día de hoy de la legislación concursal mexicana, deseando que pronto sea subsanada mediante sus respectivas reformas para que permitan hacer frente a esta nueva realidad económica y con los efectos jurídicos en comento.

XIV.2 PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA INSOLVENCIA DEL GRUPO EMPRESARIAL MULTINACIONAL.-

Para los casos de la insolvencia de los Grupos Empresariales, es necesario determinar cuestiones de acuerdo a su nivel de integración; por ejemplo no se dará el mismo tratamiento a Grupos de Empresas que tienen una estructura muy integrada, al de grupos que funcionan con un nivel de autonomía elevado, para este último las empresas que conforman el grupo podrían ser consideradas como entes separados y llevar procesos de insolvencia de manera independiente.

En estos casos, hay que tomar en cuenta además si las actividades económicas se vinculan entre las distintas empresas que forman el Grupo y si el grado de integración es tal, que la interdependencia entres sus filiales o empresas hermanas, así como sus actividades financieras y mercantiles, afectan efectivamente a todos miembros del Grupo.

Si bien es cierto hay grupos que fueron creados y estructurados justamente con el objetivo de reducir el riesgo de que cualquiera de sus empresas integrantes caiga en insolvencia, también lo es, que en ocasiones dada la complejidad de sus estructuras organizacionales, los problemas financieros de alguno de sus miembros contagia a la economía de los demás y esas dificultades pueden llevar a la insolvencia de todo el Grupo.

De ser así, llevar a cabo procedimientos completamente independientes tal vez no sea lo más idóneo para los acreedores, para las empresas deudoras, ni tampoco para el Grupo del que forman parte, a menos de que exista una buena coordinación entre procesos de insolvencia paralelos, lo cual a veces es muy complicado si se trata de varias empresas situadas en distintos Estados o con intereses en diferentes lugares del mundo y que por lo tanto involucre a varios países con legislaciones muy dispares entre sí.

En resumen, todas estas cuestiones son importantes para determinar si la insolvencia será ventilada separadamente para una o varias sociedades del Grupo, o si habrá lugar a la insolvencia de todos los miembros del grupo (por el efecto *“dominó”)*

es decir, vistos en conjunto como Grupo Corporativo, en el que procedería la mancomunación del patrimonio de sus integrantes en una "*única masa de la insolvencia.*"[687]

En este mismo sentido, pero para el caso de insolvencias transfronterizas, los grupos que tienen empresas en distintos países y que presenten en varios de ellos casos de insolvencia, pueden traer consigo la apertura de un sin número de procedimientos de insolvencia independientes en varios países contra cada una de las empresas insolventes del Grupo de manera separada.[688] Y como ya se señaló, si no existe una coordinación efectiva entre dichos procedimientos, la reorganización del grupo será mucho más complicada y las probabilidades de que tenga que desmembrarse aumentarán exponencialmente[689].

No sólo en el contexto nacional, sino también en el marco internacional del Grupo Empresarial Multinacional, existe el conflicto de considerar al grupo bajo el criterio *"entidad jurídica independiente"* tratando a cada una de las empresas que lo integran de manera separada o aplicando el criterio de *"Grupo Empresarial"* en que se establece una masa común en beneficio de todos los acreedores.

Otro de los problemas para el caso de la insolvencia trasnacional de los Grupos de Empresas, es que desgraciadamente no existen muchas legislaciones internas que aborden el tema, salvo sus contadas excepciones como la del régimen concursal Colombiano, que en el Decreto 1749 de mayo de 2011 adopta las directrices establecidas en la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el régimen

---

[687] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), 2010. *Op.cit.*

[688] A partir del 15 de septiembre de 2008 (fecha de la apertura del procedimiento en los Estados Unidos), se han venido iniciando más de 75 procedimientos de insolvencia con respecto a Lehman Brothers Holdings Inc., y sus filiales deudoras en unos 16 países de todo el mundo. (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2009)

[689] KPN Quest era un grupo de telecomunicaciones que era propietario y que explotaba redes de transmisión por cable de fibra óptica en Europa y los Estados Unidos. Las principales redes estaban dispuestas en forma de anillos: en el anillo que circundaba Europa, el tramo francés pertenecía a una filial francesa; el tramo alemán, a una filial alemana, y así sucesivamente. Al quebrar la empresa matriz holandesa, muchas de las filiales se vieron obligadas a solicitar la protección de los tribunales en el país en que se habían constituido. Nadie pudo coordinar las actuaciones y el grupo fue efectivamente desmembrado (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), 2010).

de la insolvencia relativo a Grupos Empresariales cuestiones internacionales. Por lo demás, tanto la Ley Modelo como la mencionada Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL, constituyen el principal marco jurídico para los casos de insolvencias transfronterizas de los "Grupos Empresariales" pero su aplicación todavía es muy limitada[690].

Ahora bien, para la creación de dicho esquema legislativo han existido varias propuestas para establecer la base un régimen jurídico para la insolvencia transfronteriza de los Grupos Empresariales. Una de las propuestas es la ubicar el *"centro de los principales intereses del Grupo"* (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), 2010), y una vez establecido ese centro, se podrían aperturar sendos procedimientos contra cualquier empresa del grupo, pero todos serían administrados en un mismo lugar, ante un único tribunal y bajo la misma ley aplicable (*Teoría Universalista*)[691]. El problema aquí, es que para empezar es difícil definir cual es el principal centro de operaciones o de intereses, incluso podrían existir varios centros principales de negocios de las empresas, además habría que discutir los requisitos que debería de cumplir un lugar para ser considerado como centro de las principales operaciones del Grupo y también habría que tomar en consideración todas las cuestiones de jurisdicción para las distintas compañías que integran el grupo.

Otra propuesta para el establecimiento de este régimen jurídico, ha sido la de establecer un *"centro de coordinación del grupo"* (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), 2010), que sería el lugar donde se encuentra ubicada la empresa matriz o controladora. Para este caso, tanto como para la apertura de un único procedimiento en el *"centro de sus principales intereses"*, hay que enfrentarse a cuestiones de

---

[690] Tan solo los siguientes países han adoptado la Ley Modelo en sus legislaciones: Australia 2008; Canadá 2009; Colombia 2006; Eritrea 1998 ; Grecia 2010; Japón 2000; Islas Mauricio 2009; México 2000; Montenegro 2002; Nueva Zelandia 2006; Polonia 2003; República de Corea 2006; Rumania 2003; Serbia 2004; Eslovenia 2007; Sudáfrica 2000; Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Islas Vírgenes Británicas 2003; Gran Bretaña 2006; Estados Unidos de América 2005. Ver status en la página oficial de la UNICITRAL:
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html

[691] MEVORACH, Irit. *Op. Cit.* p.65

jurisdicción, ley aplicable y a la discusión sobre todas estas cuestiones para que se pueda llegar a un acuerdo internacional vinculante que permita dar certidumbre al procedimiento de insolvencia trasnacional de este tipo de Grupos.

Como ya se mencionaba, en la actualidad no existe otro modelo que permita dar una respuesta satisfactoria o completa a las cuestiones planteadas anteriormente, salvo el de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia en cuestiones internacionales relativas a Grupos de Empresas, en el cual se establecen parámetros para la cooperación, comunicación y coordinación de procedimientos de insolvencia de empresas integrantes de un mismo grupo. En cuanto a otras latitudes regionales, se puede señalar el Reglamento del Consejo de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia adoptado en mayo del 2000 (Reglamento CE n°. 1346/2000), sin embargo, no se abordó el tema de los Grupos Empresariales. (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), 2010).

En la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia aprobada en el 38° periodo de sesiones del Grupo V de la UNCITRAL en abril de 2010, en la parte concerniente a las cuestiones internacionales del tratamiento de los Grupos de Empresas en situaciones de insolvencia, se sugirió que el primer paso para solucionar el problema del régimen jurídico de la insolvencia trasnacional de los Grupos Empresariales, es el de la *cooperación trasfronteriza*, en la cual debe de haber una participación activa de tribunales y representantes de los casos de insolvencia. Lo anterior, con el fin de incrementar la certidumbre comercial, la eficiencia de los procedimientos, la protección de los derechos de todas las partes, así como la optimización del valor de los bienes del Grupo que permita conservar empleos y reducir al mínimo los costos administrativos.

Aunque en este mismo foro, también se tomó en consideración que hay casos para los cuales es más factible llevar a cabo varios procedimientos de insolvencia por separado (en los supuestos de Grupos que no tengan una estructura tan integrada), se consideró que aun en estos supuestos la cooperación internacional es la vía más adecuada para reducir el riesgo de los procedimientos de insolvencia independientes,

que podría llevar al desmembramiento de los Grupos o a la perdida considerable del valor del negocio.

Sin embargo, en la actualidad,la alternativa de la cooperación también presenta ciertas limitaciones en virtud de la falta, en muchos países, de un marco legislativo que dé más estabilidad y certidumbre sobre las facultades de los tribunales para cooperar con otros tribunales y representantes de insolvencia extranjeros.

Se puede considerar que la Ley Modelo se encarga de brindar un marco legislativo para el caso de insolvencia trasfronteriza, sin embargo, el problema de las legislaciones estatales que han adoptado las directrices de la Ley Modelo, es que dicha regulación abarca los casos de insolvencias que se refieren a un mismo deudor (que puede ser una empresa trasnacional) que cuenta con bienes, operaciones o acreedores en distintos Estados, pero no prevé el supuesto de distintos deudores que formen parte del mismo Grupo de Empresas. En otras palabras, se ocupa de los casos de procesos paralelos de insolvencia que se siguen en dos o más países, pero respecto a un único deudor. La dificultad que existe con los Grupos de Empresas, es que las causas de insolvencia iniciadas en varios Estados, se siguen en contra de empresas que tienen personalidad jurídica independiente unas de otras (a veces cada una de estas empresas tiene varios procedimientos de insolvencia en distintos países, situación que sí entraría en el ámbito de la Ley Modelo) y cuyo vínculo fáctico sería únicamente que forman parte de un mismo grupo, cuestión tal que no está prevista dentro de la Ley Modelo.

Es importante la adopción por parte de los Estados de las recomendaciones establecidas en la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL relativa a la Insolvencia de los Grupos de Empresas (cuestiones internacionales). Lo anterior, con el objetivo de que en las legislaciones nacionales se prevea y se reconozca en primer lugar, la existencia de los Grupos Empresariales, puesto que en muchas ocasiones y por las razones que ya se señalaron (complejidad de su organización, falta vinculación jurídica entre las filiales, diferentes clases de operaciones entre una empresas del grupo, entre otras) podría parecer que los procedimientos de empresas del mismo grupo no guardan relación entre sí, y al no existir un marco jurídico internacional que

regule todas las cuestiones relativas a este fenómeno, la cooperación transfronteriza no parecerá ser justificable. Y en segundo lugar, para facilitar la cooperación de los tribunales nacionales y extranjeros, de los representantes de la insolvencia, así como la coordinación de procedimientos a nivel transfronterizo, relativo a las empresas partícipes de un Grupo Empresarial Multinacional.

En la práctica hay muchos casos de insolvencias de Grupos Empresariales que requieren de una solución más global que sea congruente con la magnitud de sus actividades, por lo cual es imperante la cooperación entre los Estados nacionales que aborden según sea el caso, la insolvencia de algunas empresas del grupo o de la totalidad de ellas.

En resumen, se coincide con lo postulado por el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL, en el sentido de que es urgente que el régimen de insolvencia reconozca la existencia de los Grupos Empresariales Multinacionales, así como la cooperación entre los Estados y los tribunales de los Estados en lo relativo a la insolvencia de empresas de Grupos de Empresas.

Asimismo, se concuerda con la postura acerca de que si bien la Ley Modelo todavía tiene una aplicación limitada con respecto a la insolvencia de Grupos Empresariales, en muchos casos es deseable que ciertas cuestiones previstas en esta ley con respecto a los deudores individuales, se hagan extensivas a los procedimientos de insolvencias iniciados respecto de sociedades integrantes de un Grupo.

XIV.3 DOCUMENTOS Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA.-

Respecto de la insolvencia transfronteriza, a pesar de ser un fenómeno con importantes repercusiones a nivel mundial y tener antecedentes que se remontan hasta la Edad Media con la quiebra de mercaderes con negocios en varios países, puede decirse que tuvo una regulación tardía que no presentó mayores avances sino hasta principios de la década de 1990. Es pertinente destacar que si bien existieron esfuerzos internacionales por su regulación en tratados como el Código de Derecho Internacional Privado, también conocido como Código Bustamante de 1928 y los

Tratados de Montevideo sobre Derecho Procesal Internacional de 1940 y 1989; estos establecieron principios muy generales que si bien contaron con cierta utilidad práctica, no eliminaron trabas legales que seguían obstaculizando los procedimientos.

De los documentos citados anteriormente es importante destacar las aportaciones que pudieron hacer cada uno de ellos al derecho concursal internacional de su momento.

De esta forma el Código Bustamante dedica los artículos comprendidos entre el 414 al 422 a asuntos relacionados con procedimientos concursales o de quiebras, encontrándose entre en estos artículos el principio de reconocimiento internacional del síndico de la quiebra sin que se requiera trámite judicial alguno, sin embargo, este reconocimiento queda supeditado a la ejecución del auto que declara la quiebra y a que el mismo surta efectos en el país que pretende ser reconocido. De igual manera este tratado permite la existencia de varios procedimientos de quiebra simultáneos y permite la exclusión de las acciones reales en contra del deudor del procedimiento concursal; situaciones que en la doctrina contemporánea se considerarían como inaceptables.

Posterior a este Código de Derecho Internacional se firman los llamados tratados de Montevideo, entre los cuales se encuentran en 1940 el Tratado de Derecho Procesal Internacional el cual dedica los artículos comprendidos entre el 16 y el 25 al concurso de acreedores; estableciendo entre otros aspectos la inclusión de los créditos con garantías reales en el procedimiento concursal, pero conservando la posibilidad de que existan procedimientos simultáneos y sin levantar las limitaciones legales al reconocimiento de procedimientos extranjeros.

Por lo anterior, si bien los documentos anteriores sirvieron para generar unos primeros esbozos de cómo debía ser un procedimiento concursal internacional, estos no fueron suficientes para lograr el nivel de certeza jurídica que pudieran requerir negocios de gran escala; por este motivo es que se señala la década iniciada en 1990 como el punto de partida para la regulación de la insolvencia transfronteriza.

En este momento y gracias al marcado crecimiento de los negocios internacionales, se dio un cambio de paradigmas respecto de los procedimientos concursales a nivel internacional, lo que generó que diversas asociaciones de especialistas en la materia como la Asociación de la Barra Internacional de Abogados (*International Bar Association*), la Asociación Internacional de Profesionales de la Insolvencia (INSOL) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés); se avocaron a la ardua tarea de generar documentos que pudieran fungir como marco rector para la resolución de procedimientos de esta índole, estableciendo principios claros con una aceptación generalizada y abogando por la desaparición de las barreras legislativas en el reconocimiento de procedimientos y autoridades extranjeras.

A principios de este período y finales de los años ochenta, se puede encontrar que se presentaron diversas iniciativas para la regulación de las insolvencias transfronterizas, sin embargo, por razones políticas así como de soberanía legislativa, las mismas no alcanzaron su cometido, quedando simplemente como marco referencial para otros documentos que surgirían con posterioridad. Entre estos cabe mencionar la Ley Modelo de Cooperación en Insolvencias Internacionales (*Model International Insolvency Cooperation Act*) de la Asociación de la Barra Internacional de Abogados.

Posterior a estos primeros esfuerzos fallidos se encuentra que los proyectos de integración y colaboración en materia de insolvencias transfronterizas tomaron un enfoque más amplio que lograra conciliar el interés de las naciones en lograr un sistema más efectivo de colaboración en asuntos referidos a insolvencias y a su vez respetara la soberanía legislativa y el sistema procesal de cada país. Lo anterior se logró mediante la creación de foros de consulta en los cuales participaron tanto teóricos y especialistas en la materia de insolvencias como abogados litigantes, jueces y diversas autoridades de distintos países.

De esta forma surgen una serie de documentos, redactados tanto de forma individual por cada uno de los organismos nombrados al principio de este capítulo, como en coordinación entre los mismos. Entre los referidos documentos cabe destacar

el Concordato sobre Insolvencias Transfronterizas y la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la Insolvencia Transfronteriza, instrumentos que han llegado a cambiar en forma radical la manera de resolver procedimientos concursales alrededor del mundo.

14.3.1. EL CONCORDATO SOBRE INSOLVENCIAS TRANSFRONTERIZAS DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LA BARRA DE ABOGADOS.-

El Concordato sobre Insolvencias Transfronterizas (en adelante *Concordato*), fue creado dentro del marco del extinto Comité J de de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de la Barra de Abogados (también referida como la Barra Internacional de Abogados y la Asociación Internacional de la Barra) y se aprobó el 17 de septiembre de 1995.

La particularidad de este texto deviene en que no pretende fungir como una ley o un tratado internacional en la materia, sino por el contrario se aprueba como "*una medida interina hasta la adopción por las naciones comerciales de tratados y/o leyes*" al respecto; tal y como se establece en el preámbulo del mismo Concordato.

Resulta pertinente destacar que tanto el Concordato como otros textos aprobados por la Asociación Internacional de la Barra, se han posicionado como referentes obligados en diversas materias, ya que además de contar con gran solidez teórica y metodológica; son realizados en el seno de una de las organizaciones con mayor reconocimiento en temas jurídicos.

Lo anterior se debe a que la Asociación de la Barra se ha dedicado desde su fundación en 1947, a la inclusión de los mejores especialistas a nivel mundial en las más variadas áreas del derecho, con la intención de fomentar la cultura de la legalidad y el desarrollo del derecho internacionalmente.

Respecto a los temas de derecho empresarial y específicamente de insolvencias, la Barra ha tenido un crecimiento sumamente extenso desde 1970 cuando permitió la entrada de abogados por sus cualidades personales y abrió su sección de derecho empresarial, permitiéndole convertirse en 1986 en la primera organización en promover un proyecto de Ley internacional en materia de insolvencias (*Model International Insolvency Cooperation Act*, en adelante MIICA) y habiendo sido

uno de los principales cooperadores en la creación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, entre otros documentos elaborados entre las Naciones Unidas y organismos privados que desarrollan la anterior.

A lo antes expuesto se le debe la importancia que tienen las opiniones de la Barra Internacional en materia de insolvencias transfronterizas y la valía que llegan a tener los documentos emitidos por ésta.

De esta forma el Concordato nace sobre el entendido de que para lograr un sano y completo desarrollo del comercio internacional, es necesario un crear un sistema uniforme para tramitar conflictos relativos a insolvencias y restructuraciones; pretendiendo posicionarse como el primer documento –después del MIICA− que funja como marco rector en conflictos de Insolvencias Internacionales, debido a la inexistencia de un documento vinculatorio que cumpliese estas funciones.

Así el Concordato, a pesar de las encontradas opiniones existentes entre diversos juristas a nivel internacional; ha llegado a tener un valor especial entre los académicos dedicados al tema de la insolvencia, y ha generado resultados favorables en la práctica internacional.

A diferencia de otros instrumentos, el Concordato no se limita a establecer parámetros de cooperación, sino que entra en el análisis de fondo de las insolvencias y propone principios que se considera deberían ser aplicados en la tramitación de asuntos relativos a insolvencias transfronterizas, respetando en gran medida la diversidad de sistemas procesales y los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto en razón de que los principios establecidos en el Concordato buscan ser flexibles de modo que las partes involucradas o las diferentes autoridades de los países puedan adaptarlos a sus ordenamientos y al caso en concreto de la manera que resulte más efectiva.

De este modo se espera que con el establecimiento y la acogida de los principios establecidos en el Concordato, así como su concreción en un documento con efectos vinculatorios, se logre establecer entre los diversos países del mundo un

sistema más o menos similar o uniforme con el cual un comerciante sin importar su origen, sepa con cierto grado de certeza cuáles son los principios rectores en materia de insolvencias y cuan protegido estará su patrimonio o su inversión de acuerdo a los mismos.

La estructura del Concordato se encuentra dividida en diez principios que en realidad terminan englobando a varios otros que se ven inmersos dentro de ellos, así como un preámbulo que sienta las bases para la interpretación del mismo junto con un glosario explicativo de los términos que en éste se utilizan. De esta manera se consideran como los principios más importantes del Concordato los siguientes:

i.- Principio de unidad de la quiebra: Este documento establece de forma clara la necesidad de la existencia de un solo foro principal que se encargue de administrar los asuntos referidos. Sin embargo, no establece dentro del catálogo de principios regla alguna en base a la cual se pueda establecer cuál tiene que ser el foro que va a fungir como principal.

Sólo se encuentra en el razonamiento de los principios argumentos que pueden dar luces al establecimiento del foro principal, donde además se esclarece que no necesariamente éste tiene que ser el lugar donde se encuentre registrada la sociedad. Esto en razón a que por motivos de beneficios fiscales, de menor regulación en cuestiones societarias o de agilidad en los trámites corporativos, la empresa pudo haber elegido como lugar de registro uno distinto a aquel en donde ciertamente se lleven a cabo las principales actividades de la empresa, se tomen las decisiones de mayor importancia o donde se encuentren los cargos directivos y administrativos; mismos que pueden ser un parámetro real para establecer cuál es el domicilio principal de la sociedad.

En relación con este principio, el Concordato busca también establecer qué actos deben de llevarse a cabo dentro de la jurisdicción del foro principal, cuáles serán las responsabilidades primordiales de éste y cómo deben de actuar las autoridades extranjeras respecto de los actos del foro principal.

Sobre el último punto mencionado en el párrafo anterior, si bien puede considerarse progresista e innovador en cuanto al reconocimiento extraterritorial de una jurisdicción, en algunos casos puede devenir como violatorio de principios de orden público en ciertos países así como contrario a la Ley, razón por la cual en estos casos no serían aplicables tales principios. De esta forma resulta conveniente establecer que si bien pueden ser de gran utilidad muchos de los principios dispuestos por el Concordato, otros pueden verse como ineficaces ante ciertas circunstancias.

ii.- Principio de Trato Nacional: Si bien este principio no se encuentra enumerado como uno de los diez que conforman el Concordato, el mismo se desprende del contenido de varios de éstos, tomando especial relevancia en el documento a estudio.

Este principio encuentra su origen histórico en las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés), donde se establece que a los productos y comerciantes extranjeros se les debe dar un trato igualitario al de los nacionales, lo anterior con el ánimo del fomento del comercio en un ambiente de seguridad jurídica.

El principio en comento tiene como base fundamental el otorgar el mismo trato a todos los acreedores de la insolvencia sin importar su origen nacional o idioma; así entre las disposiciones del Concordato tendientes a tales se pueden encontrar las de los principios segundo, tercero, sexto y séptimo que implican la no discriminación, el reconocimiento para todos los procedimientos relativos a la insolvencia y los relativos al derecho a comparecer en procedimientos e interponer recursos.

Lo anteriormente mencionado resulta muy lógico que se encuentre comprendido en el principio de trato nacional y son básicamente este estilo de disposiciones las que se encuentran en la mayor parte de los documentos de este tipo. Sin embargo, desde este particular punto de vista, el principio de trato nacional en el Concordato intenta abarcar áreas en las que se puede afirmar que en la mayoría de las ocasiones resultaran ineficaces o inaplicables. Un claro ejemplo de las disposiciones que pueden resultar inaplicables lo se puede encontrar en el apartado “c)” del principio segundo, mismo que dispone que:

Los acreedores comunes que se encuentren fuera del foro principal deben hacer valer sus créditos en el foro principal pero (en la medida que lo permita la ley del foro principal) lo pueden hacer por correo, escritos en sus idiomas locales y sin mayores formalidades que las existentes en sus ordenamientos locales.

Estas disposiciones las más de las veces van a resultar contrarias a la Ley local en cuanto a que por lo general se exige que cualquier demanda sea en alguno de los idiomas oficiales del país en donde se presenta y con ciertos requisitos establecidos; sobre todo si esta demanda pretende hacer valer un crédito o un adeudo. De igual forma, de hacerse válidas estas disposiciones se puede llegar inclusive a violar el principio de igualdad ante la ley en contra de acreedores nacionales, en caso de que las leyes locales de alguno de los acreedores otorguen mayores facilidades para la admisión de créditos que la Ley del foro principal.

iii.- Principios relativos al reconocimiento de autoridades y representantes extranjeros y derecho a la defensa: Respecto al reconocimiento de las autoridades y acreedores extranjeros se considera que el Concordato, si bien lo hace valedero para que éstos participen en cualquier procedimiento relativo a la insolvencia para la cual les fue reconocido tal carácter; no establece ningún principio que agilice los procesos de reconocimiento de los mismos ni pretende que se levanten los requisitos preexistentes sobre procedimientos jurisdiccionales o administrativos como el exequátur u otros trámites diplomáticos o consulares para el reconocimiento de los mismos, encontrándose muy limitado respecto a este punto.

De igual manera el Concordato reconoce expresamente el derecho de los acreedores y representantes extranjeros de presentar recursos y solicitar la nulidad de ciertos actos inclusive cuando estos recursos y nulidades no existan en sus países de origen o jurisdicciones por las que fueron nombrados.

iv.- Principios relativos al acceso y difusión de la información, y administración equitativa de los bienes: Estos principios encuentran una posición especial en el cuerpo del Concordato, teniendo un estrecha vinculación con los referidos al derecho a la defensa y el trato nacional.

Mediante estos dos principios se pretende que exista transparencia en la tramitación del proceso concursal de modo que tanto los acreedores como el deudor concursado tengan una clara certeza de que les están siendo respetados sus derechos procesales y que las autoridades relacionadas con el proceso concursal están realizando las mejores prácticas a su alcance para lograr los acuerdos más beneficiosos posibles para ambas partes, o en su caso, una justa y proporcional repartición de los bienes, logrando que se paguen el mayor número de créditos y se obtengan las mayores cantidades de dinero de los bienes del quebrado.

En particular el principio de acceso a la información se puede ver materializado en el Concordato en disposiciones como las contenidas en los ordinales a) y d) del tercer principio, y el principio de administración equitativa en los ordinales c), e) y f) del principio cuarto, en el principio quinto y en parte en los principios noveno y décimo.

En relación con los últimos dos principios citados, se hace la mención a que reflejan el principio en parte debido a que si bien no resulta evidente el fin de la administración equitativa de los bienes, mediante el fomento de las composiciones y evitar el retraso en la solución de los conflictos relativos a las insolvencias, se asegura un mejor aprovechamiento de los bienes para los intereses de la mayoría de los acreedores.

v.- Elementos relativos al respeto del ordenamiento nacional: Los elementos relativos al respeto del derecho nacional se encuentran desde el preámbulo del Concordato, en sus primeros enunciados, en donde se menciona que los principios de éste deben ser entendidos de forma amplia de modo que las autoridades puedan adaptarlas a sus legislaciones y principios de derecho interno.

De acuerdo a lo anterior se encuentran en texto del Concordato varias salvedades que establecen de manera clara que los principios deben de ser tomados en cuenta hasta en tanto lo permita el derecho interno. Sin embargo y con motivo de que el contenido del Concordato abarca muchos aspectos sustantivos de las insolvencias, suele ocurrir que estas salvedades a favor del respeto del derecho interno no se encuentran en todas las disposiciones que pueden generar controversia;

surgiendo expectativa en relación a si el espíritu del Concordato es que esas disposiciones sean adoptadas de la forma en que éste dispone, o si simplemente esto se debió a fallas en la redacción y compilación del texto.

Como ejemplo de lo antes mencionado se puede encontrar el apartado f) del principio segundo, mismo que no establece ninguna salvedad sobre las disposiciones de derecho interno, y plantea que el reconocimiento de la liberación de todas las obligaciones del deudor o "*discharge*" decretado en el foro principal debe de ser reconocido por todos los foros en que se tramiten procedimientos relativos. Esta disposición puede configurarse como contraria al derecho interno ya sea porque la figura no exista en el ordenamiento de algún país o que por el carácter protector de la legislación nacional para con los acreedores esta liberación no sea permitida presentándose una disparidad de criterios que pueden generar la desaplicación del Concordato.

14.3.2. LA LEY MODELO DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA.-

La Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza (en adelante Ley Modelo) se presenta como uno de los mayores logros en materia de insolvencias transfronterizas y cooperación judicial internacional. Ésta surge como una respuesta a la escasa cooperación existente en materia de insolvencias y al entendimiento de la comunidad internacional del carácter global de los negocios y su crecimiento exponencial en la presente época.

La comentada Ley Modelo –a pesar de haber contado con aportaciones anteriores a esta fecha– inició formalmente sus labores preparatorias en abril de 1994 con el primer Coloquio UNCITRAL-INSOL sobre la Insolvencia Transfronteriza, celebrado en Viena, Austria. Para la elaboración de esta Ley Modelo se contó con extensa colaboración de dos organizaciones con amplia experiencia en el tema de insolvencias transfronterizas como lo son la Asociación Internacional de Profesionales de la Insolvencia (INSOL) y la Asociación Internacional de Abogados, en particular el Comité J de la Sección de Derecho Empresarial; organizaciones que de forma independiente ya habían y continúan haciendo grandes aportaciones en esta materia.

El referido documento se creó con un enfoque conciliador que busca ser compatible con la gran mayoría de los sistemas legales existentes, respetando las diferencias entre los diversos sistemas procesales y sin pretender abarcar asuntos de derecho sustantivo de los procesos de insolvencia de cada país, de modo de lograr una amplia difusión y aceptación a nivel internacional estableciendo vínculos efectivos en procesos de esta índole.

Lo anterior ha hecho posible que para la fecha en que se redacta esta tesis, dieciocho países hayan promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza; incluyéndose entre estos México y su principal socio comercial los Estados Unidos de América.

De acuerdo a la Guía para incorporación al derecho interno del la Ley Modelo, se establece que ésta tendrá un ámbito de aplicación respecto de:

…a) la recepción de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero; b) el envío por un tribunal o administrador del propio Estado de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento de insolvencia abierto con arreglo al derecho interno; c) la coordinación de procedimientos de insolvencia paralelos seguidos en dos o más Estados; y d) la participación de acreedores extranjeros en procedimientos de insolvencia seguidos en el propio Estado (artículo 1).

En cuanto a contenido, se puede mencionar de forma general que la Ley Modelo marca parámetros a adoptarse en los sistemas legislativos internos de los países que la adopten de modo que se puedan establecer medios de comunicación y cooperación judicial de una forma rápida y efectiva, sin la exigencia de formalismos como cartas rogatorias o comunicaciones diplomáticas.

Así la Ley Modelo en su preámbulo fija como sus principales objetivos los siguientes:

a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;

b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;

c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;

d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor;

e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

De los principales objetivos señalados por la Ley Modelo en su preámbulo, se desprende el enfoque con el que se redactó el resto del contenido de la misma. Se observa en su articulado una clara intención de proteger la economía nacional y global mediante la conservación del empleo y del flujo de bienes y valores en y entre los distintos países; bajo la premisa de que el mantenimiento de empresas que fomenten la actividad de los mercados logrará crear una mayor credibilidad y seguridad en el comercio internacional, fomentándose de esta manera la inversión de capitales más allá de las fronteras del país en donde se produce.

De esta forma, si bien resulta de gran dificultad medir los efectos que ha tenido la presente Ley Modelo en las economías de los países que la adoptaron, los resultados en cuanto a unificación y armonización de los sistemas de cooperación judicial han sido relevantes y han facilitado el arreglo de controversias de esta índole.

En cuanto a las innovaciones y principios contenidos en dicha Ley Modelo, se encuentran los siguientes:

i.- Principio de cooperación procesal Internacional: Se configura como uno de los principales cometidos de la Ley Modelo, habiendo sido la causa principal de su creación, el primer objetivo enumerado en el preámbulo de la misma y uno de los puntos más abordados en el contenido de la Ley. Este principio busca agilizar la tramitación de procedimientos concursales en diversos países mediante la interpretación uniforme de la Ley Modelo y los principios de derecho internacional de modo que se faciliten trámites como el reconocimiento de los procedimientos, autoridades extranjeras y los derechos de los acreedores en donde sea que se

encuentren; el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los procedimiento concursales; entre otras.

Si bien este principio existía en ordenamientos y tratados anteriores a la presente Ley Modelo, en ésta se presentan una serie de particularidades que la convierten en una referencia obligada por su carácter progresista e innovador en temas de cooperación internacional. El referido principio es desarrollado de diversas maneras siendo tratado en gran parte de los artículos de la Ley.

De los rasgos característicos de la Ley Modelo referidos a este principio se encuentran los siguientes:

- Ratifica en su artículo octavo el carácter integrador de la misma y se establece la necesidad de su interpretación uniforme en base a esta característica de manera que se favorezca su aplicación en todos los países que se adopte y se eviten situaciones en las cuales no se reconozcan procedimientos extranjeros o derechos de acreedores extranjeros porque existan terminologías diversas a las que se manejen en un país, o que la naturaleza del procedimiento concursal en un país extranjero difiera de la que se maneje en el país donde se pretende hacer valer aquel procedimiento.

- Establece el principio de incorporación por medio del cual los procedimientos de cooperación establecidos en otras leyes o tratados deben ser tomados en cuenta para el caso de procedimientos de insolvencia, de esta manera se mantienen vigentes todos los acuerdos de cooperación existentes entre los países que se vean involucrados así como las reglas conflictuales o cualquier otra que fuere aplicable al caso.

- Reconoce el carácter de los representantes extranjeros sin la necesidad de cartas rogatorias u otros procedimientos; pudiendo ser representantes nombrados en procedimientos provisionales o como definitivos y teniendo facultades tanto para actuar en cualquier procedimiento existente respecto del deudor insolvente como para solicitar la apertura de un nuevo procedimiento.

- Permite la comunicación directa entre los tribunales u órganos encargados del procedimiento de insolvencia en los distintos Estados, sin la necesidad

de formalidades legislativas, diplomáticas o de cualquier otra índole. Asimismo se plantea que las comunicaciones existentes pueden darse a través del medio que se considere más adecuado para el caso en particular, fomentándose el uso de tecnologías de información o la comunicación directa vía telefónica.

- Si bien en el artículo 27 se hace una enumeración de las posibles formas de cooperación que pueden existir entre los tribunales, esta enumeración es simplemente enunciativa y deja abierta la posibilidad de que los tribunales u órganos que se encarguen del procedimiento de insolvencia establezcan sus propias formas de comunicación y cooperación. Así se posibilita la creación de acuerdos entre los órganos de los distintos países en donde se pudieran establecer la manera y regularidad de las comunicaciones, la declinatoria de la competencia de un tribunal en favor de otro, un sistema uniforme de verificación de créditos para los países intervinientes, entre otras que puedan ser de utilidad en cada situación particular.

Esta flexibilidad ofrecida por la Ley Modelo ha permitido a muchos países que pertenecen al sistema de derecho civil o *civil law* adoptar acuerdos de esta índole, mismos que ahora se configuran como uno de los temas de esta Tesis y que para los efectos se denominarán Acuerdos Transfronterizos en materia de Insolvencia.

ii.- Principio de trato nacional: En el caso particular de la Ley Modelo, este principio tiene que ver con el trato que se le dará a los inversionistas extranjeros y se ve representado en las disposiciones referentes a la escala de graduación y prelación de créditos, así como en las disposiciones referentes a la participación de extranjeros en procedimientos nacionales y el amplio reconocimiento que se les brinda a los representantes de los mismos.

iii.- Principio de respeto de los procedimientos nacionales y obligaciones internacionales: Este principio nace con la intención de generar una amplia difusión y aceptación de la Ley Modelo entre países con distintos sistemas jurídicos o con mayor renuencia a la modificación de sus marcos regulatorios. De esta forma la Ley Modelo tiene entre sus estandartes el respeto a los sistemas concursales internos de cada una de las naciones que la adoptan, avocándose únicamente a la regulación de las relaciones entre autoridades y acreedores extranjeros con los tribunales nacionales.

De esta forma la Ley Modelo incluye en su texto apartados de adopción alternativa para que cada uno de los estados establezca las excepciones que considere pertinentes en base a sus ordenamientos internos como por ejemplo la exclusión de ciertas instituciones u organismos con ciertas características a los cuáles pudieran no serles aplicables las disposiciones de esta Ley; o artículos que excluyen la aplicación de disposiciones de la misma por razones de orden público o compromisos internacionales.

iv.- Principio de reconocimiento de procedimientos extranjeros: Este busca facilitar al máximo el reconocimiento de procedimientos extranjeros por parte de autoridades nacionales, aminorando los requisitos que pudieran existir en los ordenamientos internos pero sin restarle seguridad al procedimiento judicial. De igual manera permite al juez establecer la presunción de autenticidad de ciertos documentos inclusive cuando no estén legalizados, siempre que sean presentados por representantes de los procedimientos extranjeros en apoyo con las solicitudes de reconocimiento.

v.- Principio de unidad de la quiebra y coordinación en procedimientos paralelos: Este principio comprende no sólo la necesidad de que exista cooperación y colaboración entre los tribunales y las autoridades de los países en donde se lleven a cabo procedimientos relativos a la insolvencia de un deudor, sino que por demás presupone que debe de existir sólo un procedimiento principal y que el resto de los procedimientos que se lleven a cabo no podrán tener esta característica.

Lo anterior se desprende del repetido uso que se le da al término "*procedimiento principal*", lo cual por antonomasia implica que sólo puede existir uno, aunado al hecho de que se haga la referencia a que el procedimiento principal será aquel que se lleve a cabo "*en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses*", haciéndose de nuevo referencia a un único y singular procedimiento.

De este principio se desprende la imperante necesidad de coordinación de procedimientos paralelos, toda vez que estos siempre se van a encontrar en relación

directa con el Procedimiento Principal y deberán seguir la suerte de aquel, evitándose así la duplicidad de procedimientos y pagos.

vi.- Principio de administración equitativa de los bienes y protección de los derechos de acreedores: Se configura como uno de los principales cometidos de la Ley Modelo e implica la restricción por parte del juez o la autoridad competente de abstenerse de realizar cualquier acto que pueda resultar lesivo al activo de la insolvencia. De manera general se puede afirmar que consta de dos vertientes principales; la primera de ellas busca el mantenimiento de las empresas que siguen siendo viables pero han caído en dificultades financieras y de liquidez. La segunda comprende la protección de los derechos de acreedores de modo que se obtenga el mayor provecho de la masa de activos de la insolvencia y se puedan pagar la mayor cantidad de créditos existentes.

En relación a los puntos tratados en la primera vertiente se pueden encontrar todas aquellas medidas que suspenden los procedimientos de ejecución en contra de la empresa, permitiéndole de esta forma conservar su capacidad operativa sin que sus fuentes de generación de ingresos vayan siendo desmembradas por los acreedores.

Respecto de la segunda vertiente se encuentra que además de las medidas que implican la suspensión de procedimientos –que pueden servir tanto para el mantenimiento de la empresa como para una administración equitativa de los bienes del deudor insolvente entre los acreedores– están aquellas disposiciones que tienen que ver con las notificaciones que se deben de dar en el procedimiento, la capacidad de solicitar medidas de suspensión de ejecución que tendrán los representantes extranjeros y los medios defensa que se les proporcionen para la impugnación de resoluciones y acuerdos.

14.3.3. REGULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INSOLVENCIAS TRANSFRONTERIZAS.-

A pesar de que las normas de la Unión Europea en materia de insolvencias no tienen aplicabilidad en México y no afectan directamente en las conclusiones de la presente Tesis, resulta conveniente citarlos y dedicarle este breve apartado a su

estudio, en razón de que la Unión Europea se ha configurado hoy en día como el mejor ejemplo a seguir en materia de sistemas de cooperación procesal e integración jurisdiccional.

Resultan envidiables los avances logrados por la Comunidad Europea en relación a la unificación de criterios adjetivos en la tramitación de juicios con alcances internacionales y el establecimiento de un parlamento supranacional que apruebe, con carácter de obligatorios, reglamentos y directivas válidas para todos los países de la Unión inclusive cuando éstos no estuvieren de acuerdo en lo particular.

Respecto de lo anterior resulta importante acotar que si bien el Parlamento Europeo puede tener poder para aprobar normativas inclusive en contra de la voluntad de alguno de los estados miembros; estas facultades se encuentran limitadas al marco de los alcances del pacto constitutivo de la Unión, por lo que se excluyen las políticas de gobierno internas tomadas por cada Estado. En el mismo sentido, y a pesar de formar parte del pacto constitutivo de la Unión, quedan también parcialmente excluidas del alcance del Parlamento las políticas de seguridad común, política exterior y los temas de cooperación policial y judicial en materia penal, por ser aspectos de mayor contenido político y estar reservados en mayor medida al Consejo Europeo.

Como puede inferirse de lo anterior, los temas referidos a reestructuraciones e insolvencias se encuentran dentro de los tópicos comprendidos entre las facultades del Parlamento. Esto con motivo de la importancia que reviste para la economía de las naciones el tema concursal, configurándose un punto de vital importancia para una comunidad económica supranacional. De esta forma se presenta el Reglamento CE Nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (en adelante Reglamento sobre insolvencias) como la norma encargada de regular para todos los países de la unión los procedimientos de insolvencia que involucren a más de uno de los países miembros de la Unión.

Tal y como se ha venido mencionado, el Reglamento sobre insolvencias cuenta con fuerza vinculante en los estados miembros de la Unión Europea y es aplicable de manera directa en cada uno de éstos. Característica que, en parte, fue la que permitió a los promotores del Reglamento y a los miembros del Parlamento una capacidad de

acción más amplia en cuanto al otorgamiento de facultades al foro principal de la insolvencia, al establecimiento de un mayor espectro de situaciones en las que el ordenamiento tenga injerencia y a fijar soluciones más categóricas en ciertos aspectos, que las que se pudieran ver en otros documentos de esta índole.

El referido Reglamento es en esencia una compilación de normas conflictuales en materia de insolvencias. De esta forma el reglamento únicamente busca establecer las normas válidas aplicables para situaciones de insolvencias transfronterizas, sin adentrarse en tópicos referidos a la validez de los créditos existentes o su sistema de prelación y verificación; manteniéndose los aspectos sustantivos del concurso o la quiebra bajo el dominio y la regulación de cada Estado.

De lo planteado en el párrafo anterior se desprenden tres características de suma notoriedad en el Texto del reglamento; siendo estas:

- La auto-imposición de límites y alcances de la norma en el mismo texto del Reglamento,

- Las constantes remisiones del reglamento a los ordenamientos nacionales en aspectos referidos al procedimiento concursal como tal, y;

- El respeto que se brinda a las leyes internas de los países miembros dándoles primacía en caso de que el Reglamento violente principios de orden público, excluyéndose también los alcances de asuntos relacionados con grupos sociales o de personas que pueden afectar el bienestar nacional.

Estas características no sólo le dan al Reglamento un claro carácter de ordenamiento conflictual, sino que por lo bien elaborado de sus disposiciones y lo mesurado en sus alcances lo convierten en una norma sumamente completa sin vaguedades dejadas a interpretación judicial o jurisprudencial.

En cuanto a sus alcances se establece a lo largo del cuerpo del Reglamento que éste sólo aplicará en los países miembros de la Unión Europea. Así, desde este particular punto de vista, se considera que el Reglamento en este punto puede ser un poco restrictivo y que devendría útil para el caso de procedimientos secundarios tramitados en países que no sean miembros de la Comunidad, la aplicación del

Reglamento como protocolo de comunicaciones. Este punto es uno de los que pudiese ser estipulado mediante un acuerdo transfronterizo en donde se establezcan ciertos mecanismos para suplir el hecho de que el país en donde se pretende hacer valer el reglamento puede no tener las mismas prerrogativas en su sistema de justicia que un país miembro de la Unión Europea. Sin embargo, este punto será abordado a mayor profundidad en el capítulo respectivo a los alcances del Acuerdo.

En el mismo sentido y gracias al vínculo supranacional en el que se encuentra inmerso el Reglamento, se establece la obligatoriedad de las comunicaciones entre los foros y las autoridades de la insolvencias nacionales con el síndico y foro principal; a quienes además se les otorgan amplias facultades para intervenir en todos los procesos vinculados con la insolvencia, pudiendo inclusive solicitar su suspensión indeterminada de los procedimientos secundarios de liquidación, con el fin de salvaguardar los intereses de la masa concursada.

Otro punto característico del Reglamento europeo frente a otros documentos que versan sobre el tema de las insolvencias transfronterizas, es la amplitud de tópicos que el mismo aborda respecto de sus símiles. El cual, así sea por mera remisión a ordenamientos nacionales y comunitarios, trata los problemas del ejercicio de derechos reales sobre bienes, compensación de créditos y deudas, formas en las que opera la reserva de dominio en casos de insolvencias, cuestiones relativas a derechos sobre marcas y patentes, derechos de los trabajadores de empresas insolventes, sistemas de pagos y mercados financieros, gastos, idioma de presentación de los créditos, inscripciones en registros públicos, entre otras que por lo general no se abordan con tal especificidad en documentos internacionales.

Respecto de los principios no abordados hasta ahora y que fueron utilizados en los dos apartados anteriores de este capítulo para el análisis de la Ley Modelo de la UNCITRAL y el Concordato sobre Insolvencias Transfronterizas, están lo siguientes:

i.- Principio de unidad de la quiebra: el Reglamento Europeo al igual que los documentos anteriormente mencionados, reconoce la importancia de la existencia de un solo foro principal para la tramitación del procedimiento concursal, estableciendo de una manera más tangible el concepto sobre el Centro de los Intereses Principales

del Deudor, creando la presunción iuris tantum de que el centro de los intereses de una sociedad será el lugar en donde se encuentra registrada. Sin embargo, reconoce de manera expresa que "*para una amplia serie muy diferenciada de casos de derecho material, no resulta práctico un procedimiento único de insolvencia con validez universal para toda la Comunidad,*" al punto de dedicar un capítulo a la tramitación de procedimientos secundarios.

ii.- Principio de Trato Nacional: Al igual que en el Concordato, ya analizado en este mismo capítulo, el Reglamento sobre insolvencias no contempla expresamente el principio de trato nacional; sin embargo es un principio que se encuentra de manera tácita en el articulado del mismo y en cierta forma plasmado en los considerandos del mismo, cuando dispone:

Cualquier acreedor, independientemente de dónde tenga su domicilio, su residencia habitual o su sede dentro de la Comunidad, debería tener el derecho de hacer valer sus pretensiones sobre el patrimonio del deudor en todos los procedimientos de insolvencia pendientes en la Comunidad. Esto debería también ser válido para las autoridades fiscales y para los organismos de seguridad social; no obstante, en interés de la igualdad de trato de los acreedores, debe coordinarse la distribución del activo liquidado. Cada acreedor debería poder conservar lo que haya recibido en el marco de un procedimiento de insolvencia, pero sólo debería estar autorizado a participar en el reparto de la masa en otro procedimiento cuando los acreedores del mismo rango hayan obtenido el mismo porcentaje de sus pretensiones.

iii.- Principios relativos al reconocimiento de autoridades y procedimientos extranjeros.- En cuanto al reconocimiento de autoridades y procedimientos extranjeros, se observan grandes avances en el referido Reglamento, mismos que en parte fueron posibles por la preexistencia de una serie de acuerdos de cooperación tanto judiciales como administrativos debidos a la estructura de la misma Unión Europea.

De esta forma se observa que para la acreditación y reconocimiento del nombramiento de un síndico, basta con la presentación de una copia certificada del

auto por el que se le nombra, el cual, en su caso, puede pedirse que sea traducido al idioma oficial del Estado en el que se presenta.

Asimismo respecto al reconocimiento de procedimientos extranjeros se dispone que la resolución de apertura de un procedimiento de quiebra en alguno de los Estados miembros será reconocida en el resto los Estados de la comunidad desde el momento en que produzca efectos en el Estado de su apertura, y producirá los mismos efectos que le hayan sido atribuidos por la legislación de éste.

iv.- Principio de acceso y difusión de la información.- Respecto de la publicitdad de la información referida al concurso, el Reglamento mantiene más o menos los mismos estándares existentes en el Concordato y la Ley Modelo, en donde se permite el acceso a los archivos públicos a todas aquellas personas que hayan sido nombrados válidamente como representantes del procedimiento concursal.

Aunado a lo anterior se le otorgan facultades al síndico principal para que, en caso de considerarlo necesario, ordene la publicación de algún acuerdo o documento que se considere de especial relevancia para el procedimiento de insolvencia.

v.- Principio de administración equitativa de los bienes.- En lo que respecta a la correcta administración de los bienes en concurso, se considera que el Reglamento es el documento con mayores avances en el tema, abarcando de manera detallada el proceder respecto de conjuntos de bienes en particular que pueden encontrarse en procesos de insolvencia.

En este sentido se dedican artículos específicos del reglamento a ciertos tipos de bienes que se consideran de importancia e inclusive se hacen distinciones especiales dependiendo de la situación específica del bien; por ejemplo se hacen menciones sobre bienes con garantías reales tratándose por cuerda separada las reservas de propiedad y los contratos sobre bienes inmuebles; dentro de los bienes inmuebles puede darse un trato distinto para bienes con derechos sometidos a registro; entre otra variedad de casos que puede abarcar el Reglamento.

Por último, pero no con menor importancia, destacan las amplias facultades otorgadas al síndico de la quiebra principal como protector de los derechos de la masa

concursada, quien tiene la facultad de intervenir en todos los procesos relativos a la insolvencia e inclusive de pedir la suspensión de cualquier procedimiento secundario o proceso de liquidación, siempre que presente una causa que justifique su solicitud. Todo esto aunado al deber de cooperación recíproca e inmediata existente entre los síndicos y autoridades de los diferentes procesos de insolvencia; obligación que adquiere mayor nivel de relevancia al estar encuadrada dentro del marco de una comunidad supranacional.

XIV.4 LA TERCERA PARTE DE LA GUÍA LEGISLATIVA DE LA UNCITRAL CON RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LAS CUESTIONES INTERNACIONALES DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA.-

La UNCITRAL, en lo que se refiere a las cuestiones internacionales relativas a la insolvencia de Grupos de Empresas establece las disposiciones que los regímenes de la insolvencia deberían de adoptar para hacer posible la cooperación entre tribunales de la insolvencia con otros tribunales extranjeros y entre los tribunales con representantes de la insolvencia. Lo anterior, dada la necesidad de adoptar marcos jurídicos que permitan la cooperación transfronteriza en materia de insolvencias internacionales, no solamente en cuanto a procedimientos instaurados contra un mismo deudor con bienes o activos en el extranjero, sino en tratándose de deudores que aunque fuesen jurídicamente distintos formen parte de un mismo Grupo de Empresas.

A continuación, se señalarán algunas de las recomendaciones que se consideran más relevantes y que se encuentran propuestas en la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre cuestiones de insolvencias trasnsfronterizas de Grupos Empresariales y que se refieren a la cooperación, coordinación y comunicación entre los tribunales, la celebración de audiencias conjuntas y por último, lo relativo a la cooperación y comunicación entre los representantes de la insolvencia y entre éstos últimos y los tribunales.

Dichas recomendaciones tienen la finalidad de que los regímenes de la insolvencia *autoricen* la cooperación entre tribunales en distintos Estados que se ocupen de los procedimientos de insolvencia de varias empresas de un mismo Grupo,

así como entre dichos tribunales y los representantes de la insolvencia de tales procedimientos. Asimismo, pretenden *promover* el uso de diversas formas de cooperación en torno a los procedimientos extraterritoriales de empresas del mismo grupo, que salvaguarden los derechos sustantivos y procesales de las partes y las facultades de los tribunales.[692]

14.4.1 COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE TRIBUNALES.-

La Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL multicitada, recomienda a los regímenes de insolvencia *permitir* la cooperación en el mayor grado posible entre el tribunal que conozca sobre el procedimiento de insolvencia de una empresa miembro de un grupo, con otro tribunal extranjero o un representante de un procedimiento extranjero competentes en un procedimiento de cualquier empresa miembro de un mismo grupo, lo anterior para facilitar la coordinación de procedimientos de insolvencia de empresas partícipes de un grupo instaurados en varios Estados. *(Recomendación 240)*.

Así también, señala que debería de existir la máxima cooperación posible entre los tribunales y entre ellos y los representantes de la insolvencia, traducida ésta: a) comunicando información; b) coordinando la administración y supervisión de los negocios de las empresas del grupo sujetas a procedimientos de insolvencia; c) nombrando a una persona u órgano que actúe bajo la dirección del tribunal y; d) aprobando o ejecutando acuerdos relativos a tal coordinación. *(Recomendación 241).*

14.4.2 FORMAS Y CONTENIDO DE LAS COMUNICACIONES.-

Al igual que en la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza y que en la Guía de Prácticas de la UNCITRAL, en la Tercera Parte de la Guía legislativa que ahora se estudia, se pone de manifiesto la necesidad de *autorizar* a los tribunales competentes de los procedimientos de insolvencia transfronteriza que se comuniquen directamente. En el caso de la Tercera parte de la Guía, se pretende que el régimen de la insolvencia autorice a los tribunales de distintos Estados que conozcan procesos de insolvencia de *empresas del mismo grupo*, basándose en distintos motivos tales como:

[692] UNCITRAL. Grupo de trabajo V. "*Tercera parte de la guía legislativa… Grupos de empresas en situaciones de insolvencia: cuestiones internacionales." Op.cit.* p.16

i) la agilización de la comunicación que de otra manera estaría sujeta a vías tradicionales demasiado lentas (como cartas rogatorias u otras medidas consulares o diplomáticas); ii) la preservación del valor de la empresa cuando se traten cuestiones que se deben de examinar urgentemente o cuando de otro modo se perdería a causa de la fragmentación de las acciones judiciales; iii) la prevención de conflictos; iv) la facilitación de la cooperación que permita a los tribunales adoptar una visión más global de los negocios de las empresas del grupo; v) la facilitación de la comprensión de las distintas leyes extranjeras, que puede ayudar a dirimir diferencias que pudieran dar lugar a futuros conflictos; vi) a largo plazo el impulso de una reforma legislativa basada en la experiencia de otros regímenes; vii) el propiciar soluciones más aceptables para todas las partes, o bien; viii) dar lugar a evidenciar algún hecho que pudiera poner solución al conflicto.

Asimismo, se expone la conveniencia de autorizar las comunicaciones incluso antes del reconocimiento del procedimiento extranjero, debiendo ser éstas transparentes, eficaces y fidedignas, teniendo en cuenta que tales comunicaciones no modificarán ni menoscabarán las facultades de los tribunales conforme a su legislación interna, ni los derechos sustantivos o procesales de las partes. Y aunque hay que tomar en cuenta que los distintos Estados pueden diferir en cuanto a la forma de aceptar las comunicaciones pues mientras algunos tienen una visión más liberal para aceptar la cooperación, otros tendrán una postura más reacia a efectuar dichas comunicaciones debido a sus distintas tradiciones jurídicas, a las discrepancias en cuanto al idioma, al desconocimiento de las leyes extranjeras o incluso a las controversias constitucionales que podrían plantearse. Sin embargo, en la Tercera Parte de la Guía se insiste en la conveniencia de aprobar en el régimen de la insolvencia, medidas que hagan posible las comunicaciones entre tribunales y entre estos y los representantes de la insolvencia de acuerdo con las recomendaciones que a continuación se mencionarán:

Recomendación 242.- Expone que el régimen de la insolvencia debería *permitir* la comunicación directa entre un tribunal competente en un procedimiento de insolvencia radicado contra una empresa de un grupo y los tribunales o representantes extranjeros, y pueda recabar información o asistencia directa a los mismos en lo que

respecta a ese procedimiento y a los procedimientos radicados en otros Estados contra empresas de ese mismo grupo.

Por otra parte se establecen las *condiciones* que serán aplicables a la comunicación transfronteriza entre tribunales y entre estos y los representantes extranjeros competentes en procedimientos de insolvencia de empresas del mismo grupo, las cuales se mencionan en seguida:

Recomendación 243. (…)

> *"a) La fecha, el lugar y la forma de la comunicación deberán ser determinados entre los tribunales o entre los tribunales y los representantes extranjeros;*
>
> *b) Toda propuesta de comunicación deberá notificarse a las partes interesadas de conformidad con la ley aplicable;*
>
> *c) Un representante deberá tener derecho a participar personalmente en la comunicación. Una parte interesada podrá participar en una comunicación de conformidad con la ley aplicable y cuando los tribunales lo estimen apropiado;*
>
> *d) Según decidan los tribunales, la comunicación podrá ser objeto de una grabación o de una transcripción. Esa transcripción podrá considerarse la transcripción oficial de la comunicación y podrá registrarse como parte del expediente del procedimiento;*
>
> *e) Las comunicaciones solo deberán tratarse de forma confidencial en casos excepcionales, según estimen oportuno los tribunales y de conformidad con la ley aplicable; y*
>
> *f) En toda comunicación deberían respetarse las reglas de rango imperativo de los países entre los que se realice la comunicación, así como los derechos sustantivos y de procedimiento de las partes interesadas, en particular el carácter confidencial de la información."*

Por último la Recomendación 244 reitera que las comunicaciones a que antes se ha hecho referencia no darán lugar a:

> *"a) Transacción o renuncia alguna, por parte del tribunal, de alguna facultad o responsabilidad suya ni de su autoridad;*
>
> *b) La resolución, en cuanto al fondo, de alguna cuestión de la que conozca el tribunal del lugar;*
>
> *c) Renuncia, por alguna de las partes, a alguno de sus derechos sustantivos o créditos; y*

d) Ni a merma alguna de la validez de una orden dictada por el tribunal."

14.4.3 CELEBRACIÓN DE AUDIENCIAS CONJUNTAS.-

En la Tercera parte de la Guía Legislativa que se viene estudiando, se establece la conveniencia de celebrar audiencias que se califican de "*conjuntas, simultáneas o coordinadas*" para propiciar la eficacia en los procedimientos de insolvencia en que participen varias empresas del grupo. Tales audiencias promueven la celeridad del proceso al intercambiar, analizar y resolver cuestiones que pueden dar cabida a conflictos, evitando así negociaciones prolongadas.

Sin embargo, uno de los inconvenientes que puede traer consigo la coordinación de audiencias a nivel internacional es que desde el punto de vista logístico pueden ser difíciles de organizar debido a las zonas horarias, al idioma o a las tradiciones judiciales de los distintos Estados. Cabe hacer notar que para el caso de los países latinoamericanos, estas circunstancias no son un inconveniente, por el contrario, gozan de la enorme ventaja de tener un idioma común, así como una tradición jurídica similar, condiciones que permiten tener un sistema de cooperación bastante confiable y que deberían de aprovecharse en aras de mejorar la cooperación en temas de insolvencias transfronterizas y en particular para los casos de Grupos Multinacionales.[693] Existen casos de países en circunstancias similares a las que se acaban de apuntar, donde gracias a la utilización de audiencias se llegaron a soluciones satisfactorias en beneficio de todas las partes interesadas.[694]

---

[693] Tal y como bien apunta el doctrinista Christoph Paulus, *"its to be hoped that the Latin American states feel encouraged by this- not only that they share an old tradition, much older than the one in Europe, they have also the invaluable advantage of sharing a common language. Where else in this world a better precondicion for a trust-based cooperation in trans-border insolvency matters?"* PAULUS, Christoph G. *"A vision of the European Insolvency Law."* p.11. Ponencia presentada en el marco del Segundo Congreso Nacional de Derecho Concursal. Guadalajara. México. Junio de 2008.

[694] En la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre cuestiones relativas a la insolvencia de los Grupos Empresariales se mencionan los casos de*: Quebecor World Inc, Montreal Superior Court, Commercial Division (Canadá), Núm. 500-11-032338-085, y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Núm. 08-10152 (JMP) (2008), así como Solv-Ex Canada Limited and Solv-Ex Corporation, Alberta Court of Queen's Bench, Caso Núm. 9701-10022 (28 de enero de 1998), y United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico, Caso Núm. 11-97-14362-MA (28 de enero de 1998).*

No obstante los inconvenientes que se han señalado, la UNCITRAL considera que en el futuro es muy probable que estas audiencias se pudiesen llegar a utilizar con mayor frecuencia siempre y cuando se establezcan los procedimientos y las salvaguardias apropiadas, tales como: la normatividad en que se prevea el idioma o en su caso las reglas de interpretación; los requisitos que deberían guardar las notificaciones; los métodos de comunicación de manera que los tribunales puedan escucharse simultáneamente; el uso de conferencias previas a la audiencia; las condiciones relativas al derecho de comparecer y ser oído; los documentos que podrían presentarse, ante qué tribunales y las formas de presentación; la disposición por otros tribunales de tales documentos; las cuestiones relativas a la confidencialidad; las condiciones referentes a la jurisdicción de los tribunales y; a la emisión de decisiones.[695]

Asimismo, la UNCITRAL señala ciertas cuestiones que podrían presentarse *previas* al desahogo de dichas audiencias tales como: la planificación previa mediante comunicación entre tribunales, representantes de la insolvencia o personas designadas por los tribunales y sus homólogos, para establecer las directrices relacionadas con todos los asuntos procedimentales preliminares. Y una vez *concluida* la audiencia, podrían acordarse comunicaciones posteriores para evaluar su contenido, para emitir decisiones conjuntas, preparar nuevas audiencias o bien discutir la manera de resolución de ciertos asuntos.

Por todo lo anterior, en la Tercera Parte de la Guía Legislativa que se ha venido citando, en lo que ve a las cuestiones internacionales, se establece la siguiente recomendación en lo relativo a la coordinación de audiencias:

> *"245. El régimen de la insolvencia podrá permitir que el tribunal realice una audiencia en coordinación con un tribunal extranjero. Cuando se coordinen las audiencias, podrán imponerse algunas condiciones para salvaguardar los derechos sustantivos y de procedimiento de las partes y la jurisdicción de cada tribunal.*
>
> *En esas condiciones cabría enunciar las reglas aplicables a la sustanciación de la audiencia; los requisitos para dar notificación;*

[695] UNCITRAL. Grupo de trabajo V. "*Tercera parte de la guía legislativa…Grupos de empresas en situaciones de insolvencia: cuestiones internacionales." Op.cit.* p.15 y 17.

el método de comunicación que deba emplearse; las condiciones que deberán regir el derecho a comparecer y ser oído; las formas de presentación de documentos al tribunal y la posibilidad de que un tribunal extranjero disponga de dichos documentos; y la limitación de la jurisdicción de cada tribunal a las partes que comparezcan ante él. Con independencia de la coordinación de las audiencias, cada tribunal[696] *seguirá siendo responsable de llegar a su propia decisión respecto de los asuntos que se hayan sometido a su consideración. "*

14.4.4 COOPERACIÓN Y COMUNICACIÓN ENTRE REPRESENTANTES DE LA INSOLVENCIA (ESPECIALISTAS) Y ENTRE ÉSTOS Y LOS TRIBUNALES EXTRANJEROS.-

Los representantes de la insolvencia juegan un papel fundamental en cuanto a la administración de la masa de la insolvencia y por lo tanto en la ejecución del procedimiento de la misma. Es por esto, que en la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia de los Grupos de Empresas por lo que ve a las cuestiones internacionales, propone a los regímenes de la insolvencia *autorizar* la cooperación entre representantes de la insolvencia en procedimientos contra empresas de un mismo grupo en distintos Estados, con la finalidad de facilitar la *cooperación* y *coordinación* de dichos procedimientos, estableciendo las condiciones y salvaguardias que deberán de aplicarse *a fin de proteger los derechos sustantivos y de procedimiento de las partes.*

Así pues en sus *Recomendaciones 246 a 249*, establece que el régimen de la insolvencia debería *permitir* que el representante de la insolvencia al que se haya encomendado la administración de un procedimiento contra una empresa de un grupo *coopere en el mayor grado posible* en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, y *se ponga en comunicación directa* con:

a) Los *tribunales extranjeros* y;

b) Los *representantes extranjeros* nombrados para administrar procedimientos entablados en otros Estados.

Igualmente, señala las funciones a las que estarán facultados los representantes con el fin de cooperar en la mayor medida posible entre similares de

[696] Recomendación 245. *Ibídem.* Pp.18 y 19.

los distintos procedimientos de insolvencia entablados respecto de empresas del mismo grupo en varios Estados. Un enunciado de tales funciones serían:

> "*Intercambiar y revelar información sobre las empresas de un grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia, a condición de que se adopten las medidas oportunas para proteger el carácter confidencial de la información; recurrir a acuerdos de insolvencia transfronteriza de conformidad con la recomendación 253; distribuir las responsabilidades entre los representantes de la insolvencia, e incluso previendo que uno de ellos asuma una función rectora o de coordinación; coordinarse entre sí en la administración y supervisión del negocio de toda empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia(…); y coordinarse entre sí acerca de las propuestas y la negociación de planes coordinados de reorganización".*[697]

Los anteriores arreglos en ningún caso podrán eliminar o menoscabar las obligaciones que se hubieren conferido a dichos representantes conforme a la ley que rija su nombramiento.

Así también, se establece la posibilidad de nombrar un *único* o el mismo representante de la insolvencia (persona física o jurídica) para todos los procedimientos relativos a las empresas que formen parte de un mismo grupo llevados a cabo en distintos Estados, con la finalidad de facilitar la cooperación y la reorganización de un grupo *en su conjunto*. Lo anterior, siempre y cuando la persona física o jurídica designada cumpla con los requisitos legales establecidos para cada país y atendiendo para cada caso, a la naturaleza del grupo de que se trate y al grado de integración del mismo.

De esta forma, para los casos en que sea apropiado, el régimen de la insolvencia debería *permitir* que el tribunal interno coordine con los tribunales extranjeros el nombramiento de un único o el mismo representante de la insolvencia que administre los distintos procedimientos, siempre y cuando cumpla con la

[697] Recomendación 250.

experiencia, conocimientos y competencias requeridas en cada uno de los Estados para el ejercicio de su cargo. Dicho representante quedará sujeto a la supervisión de cada uno de los tribunales que lo hubiere nombrado y en el caso de presentarse algún conflicto de intereses entre dos o más empresas del grupo el régimen de la insolvencia deberá prever medidas para dirimirlos, pudiendo en su caso nombrar a uno o más representantes de la insolvencia *adicionales*.[698]

XIV.5 APLICACIÓN DE ACUERDOS TRANSFRONTERIZOS EN RESPUESTA A LOS CASOS DE INSOLVENCIA TRASNACIONAL DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES MULTINACIONALES.-

A menudo las partes han adoptado como solución práctica a las lagunas legales existentes en materia de insolvencia transfronteriza acuerdos que tienen como finalidad facilitar la resolución de los casos de insolvencia reduciendo los costos procedimentales, dirimiendo conflictos de leyes entre países e intentando conservar en medida de lo posible el valor de los bienes del deudor. Estos acuerdos pueden ser concertados tanto por los tribunales de distintos países pudiendo obtener una *estatus jurídico*, así como por las partes, haciendo las veces de *arreglos contractuales.* De esta manera, es la voluntad de las partes la que viene a suplir la deficiencia legislativa y a dar cierto grado de validez jurídica a un convenio que de otra manera no tendría eficacia alguna. Hay que recordar que a través de estos acuerdos se superan problemas tales como la soberanía de los países, las barreras del idioma y las discrepancias entre las legislaciones aplicables.

En estos acuerdos se pueden regular una amplia gama de cuestiones que van desde cuestiones genéricas en materia procedimental, hasta cuestiones más concretas tales como el pago de costas y honorarios, las salvaguardias, la presentación de créditos, entre otras. Pero a grandes rasgos, uno de los objetivos primordiales de estos acuerdos es el de armonizar el régimen procedimental de las diferentes jurisdicciones y coordinar la administración de justicia.

Por otro lado, la concertación de un acuerdo transfronterizo no quiere decir que tenga que ser el único que pueda entablarse dentro del caso, sino que pueden

[698] Recomendaciones 251 y 252.

llegar a tomarse varios acuerdos subsecuentes para afrontar diversas cuestiones que se originen en el desarrollo de los procedimientos. Y aunque es preferible que éstos se adopten en las etapas iniciales del procedimiento, también pueden celebrarse en etapas más avanzadas o incluso realizar modificaciones ulteriores a dichos acuerdos previamente concertados.

Como se ha mencionado, tanto en la Ley Modelo como en distintos regímenes de insolvencia de varios Estados, se prevé que los acuerdos en materia de insolvencia transfronteriza puedan ser concertados respecto de un mismo deudor. Esta premisa no es necesariamente aplicable al caso de insolvencia de los Grupos Empresariales, en virtud que se pueden entablar acuerdos respecto de varios procedimientos en que estén involucradas varias empresas que pertenezcan a un mismo Grupo Corporativo.

Se puede citar como un caso exitoso del uso de este tipo de acuerdos el de *Nortel Networks Corporation,* un grupo de telecomunicaciones con sede en Canadá pero con sucursales y filiales en todo el mundo. Para el año 2009 se abrieron dos procedimientos de insolvencia paralelos en Canadá y en Estados Unidos respecto de los miembros del grupo. Y no obstante que las empresas declaradas en estado de insolvencia en estos dos países eran distintas jurídicamente, se estableció un acuerdo de insolvencia con el objetivo de coordinar las actuaciones de los tribunales, darle curso a trámites administrativos y amparar los derechos de los acreedores. Así mismo, cabe destacar la celeridad con que se pueden aprobar este tipo de acuerdos (para este caso, la aprobación por los tribunales tardó un solo día) cuestión que presume un uso que puede ser sumamente práctico y eficiente para la resolución de procedimientos en varios Estados.[699]

Es parte escencial de este capítulo el establecer algunos lineamientos que se deberán observar en la formulación de los acuerdos transfronterizos y que a manera de guía práctica van a reproducir esperando sea de utilidad y orientación para los estudiosos de esta materia:

En primer término se citarán las Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos que son producto del esfuerzo y análisis realizado

[699] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Op,.cit.2009.

por el *American Law Institute* y que han sido adoptadas por el *International Insolvency Institute*[700]

"Pauta Núm. 1

Excepto en circunstancias urgentes, el Tribunal deberá satisfacerse, previo a la comunicación con otro Tribunal, de que la comunicación será consistente con todas las normas de derecho procesal aplicables de su propio país. Cuando un Tribunal tenga intenciones de aplicar estas Pautas (en parte o en su totalidad, y con o sin modificaciones), las Pautas a ser empleadas deberán, cuando fuere posible, ser adoptadas formalmente antes de su aplicación. Es deseable que haya coordinación de las Pautas entre Tribunales, y que los oficiales de ambos tribunales puedan comunicarse de acuerdo con la Pauta Núm. 8(d) con respecto a la aplicación e implementación de las Pautas.

Pauta Núm. 2

Cada tribunal podrá comunicarse con el otro, en conexión a asuntos relacionados con los procedimientos que se tramitan frente a ese tribunal, a fin de coordinar y armonizar dichos procedimientos con aquellos pertenecientes a la otra jurisdicción.

Pauta Núm. 3

Un tribunal podrá comunicarse con un Administrador de Insolvencia en otra jurisdicción o un Representante autorizado del Tribunal en aquella jurisdicción en conexión a la coordinación y armonización de los procedimientos tramitados ante ese Tribunal con aquellos pertenecientes a la otra jurisdicción.

Pauta Núm. 4

El Tribunal podrá permitir que un Administrador de Insolvencia debidamente autorizado se comunique directamente con un Tribunal extranjero, sujeto a la aprobación del Tribunal extranjero, o a través de un Administrador de Insolvencia en la otra jurisdicción, o a través de un Representante autorizado del Tribunal extranjero bajo las condiciones que el Tribunal considere adecuados.

Pauta Núm. 5

El Tribunal podrá recibir comunicaciones de un Tribunal extranjero o de un Representante autorizado del Tribunal extranjero, o de un Administrador de Insolvencia extranjero, y deberá responder directamente cuando la comunicación proceda de un Tribunal extranjero (sujeto a las disposiciones de la Pauta Núm. 7, en caso de comunicaciones bilaterales) y podrá responder directamente, o a

[700] American Law Institute. *"Guidelines Applicable to Court-to-Court. Communications in Cross-Border Cases. (Among the NAFTA countries)" Washington.* 2000. Adoptadas por el International Insolvency Institute. Nueva York. Junio 2001.

través de un Representante autorizado del Tribunal, o a través de un Administrador de Insolvencia debidamente autorizado, si la comunicación procede de un Administrador de Insolvencia extranjero, sujeto a las normas locales tocantes a las comunicaciones ex parte.

Pauta Núm. 6

Las comunicaciones de un Tribunal a otro podrán efectuarse en cualquiera de las siguientes maneras:

(a) Por medio del envío o transmisión de copias de órdenes formales, sentencias, dictámenes, o razonespor las cuales se tomaron las decisiones, ratificaciones, transcripciones de procedimientos u otros documentos, previo aviso anticipado a los abogados de las partes afectadas, en la forma en que el Tribunal considere apropiado;

(b) Ordenando a los abogados o al Administrador de Insolvencia nacional o extranjero que transmita(n) o entregue(n) copias de documentos, alegatos, declaraciones juradas, exposiciones de hechos, escritos u otros documentos que formen o vayan a formar parte del expediente de un tribunal al otro, en la forma que fuere apropiada y previo aviso a los abogados de las partes afectadas, en la manera que el Tribunal considere apropiado;

(c) Participando en comunicaciones bilaterales entre Tribunales en forma de teleconferencia, con o sin video, o por otros medios electrónicos, en cuyo caso se aplicará la Pauta Núm. 7.

Pauta Núm. 7

En el supuesto caso de que las comunicaciones entre los Tribunales, de acuerdo a las Pautas 2 y 5 se realicen por medio de teleconferencia, con o sin video, o por otros medios electrónicos, salvo cuando cualquiera de los dos Tribunales ordenase algo diferente:

(a) Los abogados de toda parte afectada deberán tener derecho de participar personalmente durante la comunicación, y todas las partes deberán ser notificadas con anticipación de la comunicación en la forma que especifiquen las Normas de Derecho Procesal aplicables en cada Tribunal;

(b) La comunicación entre los Tribunales deberá ser grabada y se podrá transcribir. A partir de una grabación de la comunicación, será posible preparar una transcripción por escrito. A ésta, con la aprobación por parte de ambos tribunales, se le deberá considerar como la transcripción oficial de la comunicación;

(c) Copias de cualquier grabación de la comunicación, cualquier transcripción de ésta preparada de acuerdo con las Instrucciones de cualquiera de los Tribunales, y de cualquier transcripción oficial preparada utilizando una grabación de la comunicación deberán

formar parte del expediente de los procedimientos y estar disponibles a los abogados de las partes en ambos Tribunales, sujeto a las Instrucciones de confidencialidad que los Tribunales consideren apropiados; y

(d) La hora y el lugar de las comunicaciones entre los Tribunales deberán ser aceptables para ambos Tribunales.Aparte de los Jueces, el resto del personal de cada Tribunal podrá comunicarse libremente, el uno con el otro, para efectuar los arreglos necesarios para la comunicación, sin necesidad de que participen los abogados, salvo cuando cualquiera de los Tribunales ordenase algo diferente.

Pauta Núm. 8

En el supuesto caso de que las comunicaciones entre el Tribunal y un Representante autorizado del Tribunal extranjero o un Administrador de Insolvencia extranjero, de acuerdo a lasPautas 3 y 5, se realicen por medio de teleconferencia, con o sin video, o por otros medios electrónicos, salvo cuando el Tribunal ordenase algo diferente:

(a) Los abogados de toda parte afectada deberán tener derecho de participar personalmente durante la comunicación, y todas las partes deberán ser notificadas con anticipación de la comunicación en la forma que especifiquen las Normas de Derecho Procesal aplicables en cada Tribunal;

(b) La comunicación deberá ser grabada y se podrá transcribir. A partir de una grabación de la comunicación, será posible preparar una transcripción por escrito. A ésta, con la aprobación por parte del Tribunales, se le podrá considerar como la transcripción oficial de la comunicación;

(c) Copias de cualquier grabación de la comunicación, cualquier transcripción de ésta preparada de acuerdo con las Instrucciones del Tribunal, y de cualquier transcripción oficial preparada utilizando una grabación de la comunicación deberán formar parte del expediente de los procedimientos y estar disponibles al otro Tribunal y a los abogados de las partes en ambos Tribunales, sujeto a las Instrucciones de confidencialidad que el Tribunal considere apropiadas; y

(d) La hora y el lugar de la comunicación deberán ser aceptables para el Tribunal. El personal del Tribunal, aparte de los Jueces, podrá comunicarse libremente con el Representante autorizado del Tribunal extranjero o el Administrador de Insolvencia extranjero para efectuar los arreglos necesarios para la comunicación, sin necesidad de que participen los abogados, salvo cuando el Tribunal ordenase algo diferente.

Pauta Núm. 9

Cada Tribunal podrá celebrar una vista conjunta con otro Tribunal. En conexión con cualquier vista conjunta, se deberá aplicar lo

siguiente, salvo cuando hubiere órdenes contrarias, o salvo cuando disponga lo contrario cualquier Protocolo aprobado anteriormente que aplique a dicha audiencia conjunta:

(a) Cada tribunal deberá poder escuchar simultáneamente los procedimientos en el otro tribunal.

(b) Los materiales escritos o probatorios presentados, o a ser presentados, ante uno de los Tribunales deberán, de acuerdo a las Instrucciones del primero, ser transmitidos al otro Tribunal, o estar disponibles electrónicamente en un sistema accesible al público con anterioridad a la vista. La transmisión de dichos materiales al otro tribunal, o su disponibilidad pública en un sistema electrónico, no deberá someter a la parte que haya presentado los materiales en un Tribunal a la competencia del otro Tribunal.

(c) El representante de cada una de las partes deberá hacer radicaciones o solicitudes exclusivamente ante el Tribunal frente al cual el representante que somete la radicación comparece, salvo que el otro Tribunal específicamente autorice a dicho representante para someter sus radicaciones.

(d) Sujeto a la Pauta 7(b), el Tribunal deberá tener el derecho de comunicarse con el otro Tribunal con anterioridad a la realización de la vista conjunta, con o sin que se encuentren presentes los abogados, a fin de establecer las Pautas para que se presenten las peticiones y los Tribunales dicten las sentencias en forma concertada, y para coordinar y dirimir cualesquiera cuestiones procesales, administrativas o preliminares relacionadas con la audiencia conjunta.

(e) Sujeto a la Pauta 7(b), el Tribunal, con posterioridad a la vista conjunta, deberá tener el derecho de comunicarse con el otro Tribunal, con o sin que se encuentren presentes los abogados, a fin de determinar la posibilidad de que ambos tribunales expidan órdenes coordinadas, y para coordinar y dirimir cualesquiera cuestiones procesales o accesorias relacionadas con la audiencia conjunta.

Pauta Núm. 10

Excepto en caso de objeción apropiada por causas válidas, y solamente dentro de los límites establecidos en dicha objeción, el tribunal debería reconocer y aceptar como auténticas las disposiciones de las leyes, los reglamentos estatutarios o administrativos, y las normas procesales de aplicación general sobre los procedimientos de la otra jurisdicción, sin que sea necesario ofrecer pruebas adicionales ni certificar copias de éstas.

Pauta Núm. 11

Excepto en caso de objeción apropiada por causas válidas, y solamente dentro de los límites establecidos en dicha objeción, el Tribunal debería aceptar que las órdenes emitidas durante la

sustanciación del proceso en la otra jurisdicción han sido hechas o inscritas de manera legal y propia, en o alrededor de sus fechas respectivas, y aceptar que dichas órdenes no requieren prueba ni certificación adicional de sus copias para fines de las actuaciones del Tribunal, sujeto a las reservaciones que pudiera tener el Tribunal sobre su conveniencia en relación con los procedimientos de apelación o revisión actualmente en proceso, relacionados con dichas órdenes.

Pauta Núm. 12

El Tribunal podrá coordinar los procedimientos ante él con los procedimientos en curso en el otro tribunal, estableciendo una Lista de Notificación Judicial, que pudiera incluir las partes con derecho a recibir notificaciones judiciales de los procedimientos ante el Tribunal de la otra jurisdicción ("Partes No Residentes"). Se podrá ordenar en lo sucesivo que todas las notificaciones, solicitudes, mociones y otros materiales entregados para fines del procedimiento ante el Tribunal, sean proporcionados o notificados a las Partes No Residentes, poniendo dichos materiales a disposición por vía electrónica en un sistema de acceso público, o por medio de fax, correo certificado o registrado, o por medio de entrega por servicio de mensajeros o en cualquier otra forma que determine el Tribunal de acuerdo con las normas procesales aplicables a éste.

Pauta Núm. 13

El Tribunal podrá expedir una Orden o dar Instrucciones que autoricen al Administrador de la Quiebra Extranjero o al representante de los acreedores en los procedimientos que se tramitan en la otra jurisdicción, o al Representante autorizado del Tribunal en la otra jurisdicción a presentarse y a declarar frente al Tribunal, sin que el hecho signifique la aceptación de la jurisdicción de dicho Tribunal.

Pauta Núm. 14

El Tribunal podrá ordenar que cualquier suspensión de procedimientos que afectara a las partes que comparecen ante él no será, sujeto a nueva orden del Tribunal, aplicable a solicitudes o actuaciones por dichas partes ante el otro Tribunal, o podrá ordenar que se les permita a dichas partes radicar dichas solicitudes o actuaciones ante el otro Tribunal en los términos y condiciones que éste considere apropiados. Las comunicaciones entre los Tribunales de acuerdo con las Pautas 6 y 7 de este documento podrán realizarse cuando una solicitud o actuación presentada ante el Tribunal afecte o pudiera afectar cuestiones o procedimientos en el Tribunal de la otra jurisdicción.

Pauta Núm. 15

El Tribunal podrá comunicarse con un Tribunal en otra jurisdicción o con el Representante autorizado de dicho Tribunal de la manera prescrita por estas Pautas para fines de coordinar y armonizar los

procedimientos ante él con los procedimientos de la otra jurisdicción, sin importar la forma de éstos o de los otros, siempre que haya comunalidad entre los asuntos y/o las partes en los procedimientos. El Tribunal debería, salvo cuando hubiere razones convincentes para lo contrario, comunicarse de esta manera con el Tribunal de la otra jurisdicción cuando lo dicten los intereses de la justicia.

Pauta Núm. 16

Las Disposiciones otorgadas por el Tribunal de acuerdo con estas Pautas se encontrarán sujetas a las enmiendas, modificaciones y extensiones que el Tribunal considere apropiadas para los fines descritos anteriormente y a fin de reflejar los cambios y la evolución, de tiempo en tiempo, de los proce-dimientos ante éste y ante el otro Tribunal. Cualquier Disposición podrá ser suplementada, modificada y replanteada, de tiempo en tiempo, y dichas suplementaciones, modificaciones y nuevos planteamientos deberían surtir efecto al momento de su aprobación por cada uno de los Tribunales. Si cualquier Tribunal tiene intenciones de suplementar, cambiar o abrogar cualquier Disposición expedida bajo estas Pautas sin que hubiere la aprobación conjunta de ambos Tribunales, el Tribunal deberá notificar sus intenciones con tiempo razonable a los otros Tribunales involucrados.

Pauta Núm. 17

Los acuerdos contemplados bajo estas Pautas no constituyen un compromiso o renuncia por parte del Tribunal de sus facultades, responsabilidades o de su autoridad, y no representan una decisión sustantiva sobre la materia en conflicto que se sustancia ante cualquiera de los dos Tribunales, ni una renuncia por una de las partes a sus derechos sustantivos y reivindicaciones o una merma de los efectos legales de una de las decisiones expedidas por cualquiera de los dos Tribunales."

De la misma manera y como un complemento a las Pautas antes transcritas, se precisarán algunas orientaciones de la UNCITRAL sobre las cuestiones que deberán abordarse al momento de celebrar un Acuerdo de cooperación transfronteriza, sin pretender limitar dicho pacto a estas cuestiones, sino únicamente enunciar las situaciones que deberán ser contempladas como mínimo al momento de celebrar el Acuerdo y que son producto de la experiencia internacional en esta materia. Resulta incuestionable que tanto las pautas como las cuestiones que a continuación se enuncian, deberán ser tropicalizadas y ajustarse a la legalidad y costumbres de cada uno de los países involucrados sobre todo preservando el Derecho Humano a un debido proceso.

Dichas cuestiones son las siguientes:

> *"a) La asignación de responsabilidad por los diversos aspectos de la sustanciación y de la administración del procedimiento entre los distintos tribunales que intervienen en él y entre los representantes de la insolvencia, inclusive las limitaciones de la facultad para actuar sin la aprobación de los demás tribunales o de los demás representantes de la insolvencia;*
>
> *b) La previsión y la coordinación de medidas de exención otorgables;*
>
> *c) La coordinación de la recuperación de los bienes en beneficio de todos los acreedores, en el caso de que se reclamen bienes de una empresa del grupo objeto de un procedimiento de quiebra en un Estado diferente;*
>
> *d) La presentación de los créditos y el trato que se les da;*
>
> *e) La utilización y enajenación de los bienes;*
>
> *f) Los métodos de comunicación, inclusive el idioma, la frecuencia y los medios;*
>
> *g) La comunicación de avisos;*
>
> *h) La coordinación y armonización de planes de reorganización;*
>
> *i) Las cuestiones específicamente relacionadas con el acuerdo, inclusive la enmienda y la rescisión, la interpretación, la eficacia y la solución de controversias;*
>
> *j) La administración de procedimientos, en particular en lo que respecta a la paralización de procedimientos o al acuerdo concertado entre las partes de no entablar determinadas acciones legales;*
>
> *k) La elección de la ley aplicable respecto de cuestiones que se superpongan;*
>
> *l) La asignación de responsabilidades entre las partes en el acuerdo;*
>
> *m) Las costas y los honorarios y;*
>
> *n) Las salvaguardias."*[701]

En conclusión, los casos de insolvencia de Grupos Empresariales Multinacionales son una realidad que cada día se hace más evidente y a la vez más necesaria la creación de un mecanismo estructurado para su resolución dada la inexistencia del marco legal específico para este tipo de Grupos de Empresas. Por lo anterior, es deseable que el régimen de insolvencia reconozca la existencia de este tipo de grupos y el vínculo entre las empresas que los conforman para que, el régimen

[701] UNCITRAL. *"Tercera Parte de la Guía Legislativa…cuestiones internacionales" Op.cit.* p. 24

de insolvencia para la empresa privada se haga extensible al del Grupo. También es justo reconocer la efectividad práctica y la buena praxis de varios Tribunales que ante este tipo de insolvencias de grupos han resuelto desde una perspectiva global y armonizada los procedimientos, considerando a las compañías que componen al Grupo como una única entidad comercial. Así también, se considera como un medio óptimo para cubrir las lagunas legales existentes actualmente con respecto a la resolución de conflictos de insolvencia transfronteriza para el caso de Grupos Empresariales Multinacionales, la de adoptar Acuerdos en materia transfronteriza logrando la cooperación entre Tribunales de distintos Estados, así como representantes de la insolvencia y de las partes interesadas.

CONCLUSIONES

Primera.- Profundizar en el estudio de la problemática jurídica que implica la actuación en la economía de los grupos empresariales, obliga a definir primero a la empresa como la organización de la actividad o institución económica que ha impulsado el desarrollo de los mercados y de la vida comercial de las sociedades.

Segunda.- El estudio, aunque sea somero, de los antecedentes históricos de la empresa, es indispensable para entenderla en su génesis, sus orígenes, su evolución y el papel protagónico que ha desempeñado en el devenir del tiempo, hasta convertirse, hoy en día, en uno de los más influyentes agentes del cambio económico mundial.

Tercera.- La comprensión de la evolución histórica de la empresa facilitará el conocimiento omnicomprensivo sobre el fenómeno económico y jurídico hoy conocido como "Grupo Empresarial".

Cuarta.- Ha sido la ciencia económica, más que la jurídica, la que ha estudiado al fenómeno empresarial.

Quinta.- Sin embargo, la ciencia del Derecho la ha ido regulando y creando instrumentos jurídicos que han permitido el desarrollo de la empresa en el mercado y en la vida económica, financiera e incluso política de la sociedad, tal y como en su caso lo hicieron los romanos de la época clásica, quienes mediante una serie de acciones procesales (*adyecticias*) y más tarde a través de la labor jurisprudencial, pudieron crear y perfeccionar todo un sistema jurídico que permitió regular y estructurar las bases de la empresa comercial en Roma.

Sexta.- En efecto, el Derecho ha jugado un papel muy importante en la evolución de las empresas; cabe mencionar, a manera de ejemplo, el reconocimiento de los derechos de propiedad privada y la creación de leyes que aseguraron la autonomía jurídica de las personas, así como la contratación de factores productivos.

Séptima.- Para comprender a la empresa desde la óptica del derecho, se requiere explicar sus orígenes históricos. Los métodos organizacionales para los intercambios de mercancías y servicios han existido desde tiempos muy remotos.

Octava.- Las estructuras corporativas tienen su origen desde la Grecia antigua pasando por la antigüedad romana en donde se encontrarán los antecedentes del domicilio social (casa común de los artesanos); de las juntas directivas (celebraciones) y los estatutos con fuerza de ley regulados por el Senado.

Sin embargo nunca se llegó a perfeccionar o a esclarecer la personalidad jurídica de las corporaciones o *collegia.*

Novena.- Es hasta los siglos centrales de la Edad Media (XI y XIII) y más claramente en la época moderna entre los siglos XVI y XVII, es cuando surge el tipo de organización de intercambio de factores de producción y servicios dentro del mercado, entendido éste como una institución que regula la actividad económica y donde las transacciones están amparadas por el Estado u otro tipo de autoridad jurídico-política.

Décima.- Los acontecimientos políticos han influido en la creación y en la metamorfosis de los modelos empresariales. Por ejemplo el descubrimiento de América y su colonización por los Estados europeos, propició el surgimiento de las sociedades marítimas y comerciales (reconocidas por autorización real). Dichas empresas marítimas son equiparadas en su estructura a las empresas trasnacionales

actuales, de las que sólo se diferencian en el grado de integración y en sus dimensiones, más no en su forma de operar.

Décima primera.- La Revolución Industrial que supuso un periodo de profundos cambios económicos y sociales culturales, así como la explosión demográfica de la época, propició que las empresas manufactureras cambiaran la organización de su fuerza laboral mediante la división del trabajo y también permitió que se aprovecharan las economías de escala, sentando las bases de la empresa contemporánea.

Décima segunda.- Con el advenimiento de la economía de mercado capitalista, las empresas fueron extendiendo su influencia, ya no solo en materias de producción de bienes o tenencia de tierra, sino al campo financiero, comercial, crediticio y aún al político.

Décima tercera.- A través del tiempo, la empresa no ha sido solamente un actor más en los modelos de organización económica, financiera, productiva o tecnológica, sino que se ha ido convirtiendo en su principal protagonista.

Décima cuarta.- Por tanto, los eventos políticos, sociales y económicos, han influido enormemente en el comportamiento de las empresas que se han ajustado a las necesidades de la época. En la era contemporánea las empresas siguen evolucionando juntamente con los acontecimientos económicos, políticos, sociales y culturales actuales, e incluso provocan el cambio.

Décima quinta.- Es menester que el Derecho avance conforme a los tiempos y no se quede rezagado en relación a los cambios que impone realidad económica, pues de lo contrario, sus instituciones quedarán obsoletas, dando origen a una serie de

lagunas y vacíos legales, como es el caso del derecho mexicano en relación al actual modelo de empresa que funciona en Grupos Empresariales, imponiendo nuevas condiciones de mercado y contractuales que es necesario regular para garantizar como fin último del derecho la paz social.

Décima sexta.- Resulta concluyente que la legislación mexicana en general no regula el concepto de empresa, sino más bien, se insiste en que establece lo que se reputa en derecho como comerciante en los términos del artículo 3º del Código de Comercio en vigor que son aquéllas personas que ejercen el comercio y hacen de él su ocupación ordinaria. Y el diverso numeral 75 del propio Código de Comercio establece lo que la ley reputa como "actos de comercio".

Existen, aunque de manera aislada, algunas disposiciones legales en el derecho mexicano que se refieren a la "empresa", pero sin definirla y solamente para efectos fiscales se regula a la "actividad empresarial", lo que denota el vacío legislativo para regular el concepto de empresa.

Décima séptima.- Es concluyente la obsolescencia del término de "comerciante" utilizado por ley concursal mexicana para definir a aquellas personas físicas o jurídicas que puedan ser sujetas al régimen de insolvencia, pues deja de considerar a aquéllas otras entidades que sin ser reguladas por las leyes mercantiles también realizan actividades de naturaleza económica y que por tanto pudiesen caer en insolvencia, privando a sus acreedores de la oportunidad de cobrar sus créditos en la forma y términos establecidos por la ley concursal.

Es por ello que se debe concebir una definición en el derecho mexicano del término "empresa", que sea más aplicable por su extensión y omnicomprensión.

Se propone entonces, la necesidad de reformar el artículo 4º, fracción II, de la Ley de Concursos Mercantiles, para que quede como sigue:

> *Artículo 4º Definiciones.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:*
>
> *II. (…)*

> *II.- Empresa, a las personas naturales, jurídicas, patrimonios autónomos o toda entidad, cualquiera que sea su forma jurídica, que las leyes reputen en derecho comerciantes o que ejerzan actividades de carácter económico o empresarial como ocupación ordinaria.*

Se considera que esta definición es omnicomprensiva porque reconoce que debe ser reputado como empresario (para fines del concurso mercantil) a cualesquier persona física o jurídica, patrimonio autónomo (como el fideicomiso afecto a la realización de actividades empresariales) o cualesquier otro ente, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que de manera ordinaria realice actividades de carácter económico o empresarial (como las que define el Código Fiscal de la Federación), sin limitar el que estos entes se encuentren o no regulados en leyes de naturaleza mercantil pues basta con que realicen de manera ordinaria actividades económicas para que deban ser sujetas al régimen de insolvencia.

Décima octava.- Será el propio legislador quien establezca los casos de excepción, como el caso de las empresas de participación estatal que aunque realicen actividades de carácter económico no quedarán sujetas al régimen de insolvencia en tanto no estén constituidas como sociedades mercantiles (artículo Cuarto Transitorio de la Ley Concursal mexicana). Asimismo, también comprende esta definición a las sociedades mercantiles "controladoras" y "controladas" a que se refiere el artículo 15 de la ley concursal, pues su mención es ociosa toda vez que por tratarse de sociedades mercantiles, evidentemente caen en la definición anterior.

Décima novena.- Además de la adopción del término de "empresa" en la Ley de Concursos Mercantiles mexicana, también se propone incluir en los artículos transitorios de la reforma propuesta lo siguiente*:*

> *"Cualquier referencia que haga esta legislación o cualquier otra al término 'comerciante' se entenderá referida a la definición de 'empresa' a que se refiere esta reforma."*

Vigésima.- La empresa contemporánea estructurada en Grupos, ha ido sentando sus bases desde hace varios siglos y se ha adaptado a los cambios económicos, políticos y sociales, garantizando así su supervivencia, su crecimiento y su influencia.

Vigésima primera.- Se pueden ubicar los antecedentes de lo que hoy se conoce como *"holding"* (o controladora), en la Europa de los siglos XIV al XV, donde existían grandes empresas familiares con negocios relacionados e integrados verticalmente, a través de filiales establecidas en varios países, pero controladas desde una oficina central.

Vigésima segunda.- Sin embargo, se puede afirmar que los grupos empresariales son una realidad relativamente novedosa, en el sentido de que si bien han ido forjándose desde hace siglos, en la actualidad han tomado unas dimensiones sin precedentes.

Vigésima tercera.- Por su importancia en el desarrollo económico y sus nuevas y diferentes formas de organización, los Grupos Empresariales merecen y requieren ser regulados por el Derecho mexicano.

Si bien es cierto que la ciencia económica es la que más ha analizado el funcionamiento de los Grupos Empresariales, es menester que el Derecho se ocupe de ellos, toda vez que utilizan estructuras jurídicas a veces complejas, que dificultan su tratamiento y regulación por el derecho positivo.

Vigésima cuarta.- Siendo el Derecho el único instrumento que tienen el Estado y los gobernantes para equilibrar las dispares fuerzas económicas y lograr el equilibrio de los diversos factores de la producción, los especialistas en derecho se deben involucrar en trabajos e investigaciones multidisciplinarias (contabilidad, fiscal,

administración de empresas, financiera, economía, marketing, publicidad, etc.), a efecto de entender, identificar y coadyuvar a la regulación jurídica de los Grupos Empresariales en beneficio de una sana competencia que permita un equilibrado desarrollo del mercado.

Vigésima quinta- La teoría de la personalidad jurídica de las empresas que conforman Grupos Empresariales no debe ser pretexto para favorecer el abuso del Derecho.

Vigésima sexta.- La personalidad jurídica propia de las sociedades se sigue manteniendo, sin embargo, hoy en día probablemente la pequeña empresa privada sea el único tipo de empresa organizado como sociedad independiente, ya que la mayoría de las grandes empresas están organizadas a manera de grupos.

Vigésima séptima.- Se considera superada la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo como una forma de eliminar el escudo que representa la conformación de la persona jurídica independiente de la personalidad de los socios, para poder imputar a éstos últimos su grado de responsabilidad personal en aquéllos comportamientos abusivos y fraudulentos en perjuicio de terceros.

Ante las dificultades fácticas y legales para acreditar en juicio la mala fe con que actúan los accionistas ocultos, resulta preferible acudir a las bondades de la teoría del *Enterprise Law* que, eliminando las dificultades del develamiento del velo corporativo, imputa responsabilidades directas a los socios y accionistas cuando actúan como un Grupo de Interés Económico o, como se les denomina en este trabajo, como un Grupo Empresarial.

Vigésima octava.- Bien sea por reconocimiento expreso de la ley, por voluntad contractual o aun de facto, las empresas y empresarios que actúen con un sentido de

unidad económica, deben ser reconocidos legalmente en México como Grupos Empresariales y darles efectos jurídicos ad hoc.

Vigésima novena.- Ante la dispersión de la escasa regulación jurídica que existe en México de las empresas controladoras (*holdings*) y sus controladas, es necesario que el derecho positivo identifique y eleve a la categoría de norma jurídica, aquellos elementos objetivos que permitan identificar con certeza cuándo se está ante la presencia de la actuación de un Grupo Empresarial, a efecto de limitar el indiscriminado uso de su potencial económico e influencia sobre el mercado en perjuicio de otros competidores más débiles y del consumidor final.

Trigésima.- El reconocimiento legal de los elementos objetivos que identifiquen a un Grupo Empresarial, deberá traer también como consecuencia que la ley regule en cada caso concreto, el alcance de la responsabilidad de la controladora por actos realizados por sus controladas y viceversa y de todos los componentes del grupo por actos realizados por cualesquiera de sus miembros componentes en casos de insolvencia.

Trigésima primera.- Para el caso del derecho concursal mexicano, se propugna por un grado de responsabilidad solidaria en el caso de insolvencia provocada por la matriz o por cualquier otra empresa componente del grupo.

Trigésima segunda.- El acreditamiento de elementos objetivos que permitan identificar la existencia y funcionamiento de un Grupo Empresarial, tanto a la autoridad administrativa o judicial como a acreedores o terceros interesados, se facilitará con el reconocimiento legal de algunos de los elementos objetivos que, de una manera enunciativa y no limitativa, a continuación se señalan:

1. La controladora (*holding*) es propietaria de la mayoría de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades. (Control directo).

2. La controladora (*holding*) es propietaria de la mayoría de las acciones con derecho a voto de otra sociedad, que a su vez es propietaria de la mayoría de las acciones con derecho a voto de otra u otras controladas. (Control indirecto).

3. Las empresas involucradas operan bajo la *dirección unificada* de una sociedad directora o *holding*.

4. Existe una controladora o *holding* que opera a través de otras empresas controladas.

5. Las empresas actúan en una misma actividad industrial o integran diversas etapas de un ciclo de producción, o bien actúan en diversas ramas industriales.

6. Las empresas se encuentran unidas por lazos de control o de coordinación.

7. La controladora contractualmente (casi siempre estatutariamente) se reserva el derecho y la facultad de nombrar y remover a quienes ocupan los puestos de dirección, administración y gerenciales.

8. La controladora contractualmente (casi siempre estatutariamente) se reserva el derecho de decidir unilateralmente sobre aumentos o disminuciones del capital social.

9. La controladora contractualmente (casi siempre estatutariamente) se reserva el derecho de autorizar unilateralmente la venta o enajenación de cualesquier activo, aún los intangibles, incluyendo patentes, marcas, nombres comerciales, tecnología, "*know how*", procesos productivos, cartera de clientes, relación de proveedores, etc.

10. Existe una sociedad (dominante) que ejerce control e influencia sobre las controladas (dominadas) y que se ejerce mediante acciones

“persuasivas” o en su caso “disuasivas” sobre los directores, en virtud del estatus que le otorga el ser propietaria de acciones.

11. Las empresas se encuentran encausadas en la misma dirección asociándose por pactos o alianzas de cooperación o acuerdos de colaboración.

12. La consolidación de los estados financieros de las controladas con la *holding*, bien sea para efectos fiscales o financieros.

13. El mayor porcentaje de sus operaciones lo hacen con partes relacionadas, entendiéndose como tales las que se realicen con entidades económicas o jurídicas en donde exista identidad de personas, bien sea como socios o accionistas o bien sea en elevados cargos gerenciales que puedan influir de manera directa en la toma de decisiones y que estén unidas por parentesco en cualquier grado en línea recta ascendente o descendente, en línea colateral hasta el 4to grado y por afinidad hasta el 2do grado.

14. Otorgar a una o a varias empresas del grupo créditos o préstamos en condiciones financieras más ventajosas que las del mercado o incluso sin el cobro de intereses.

15. Otorgar garantías a terceros sin justificación aparente.

16. Condonar deudas o transferir bienes sin justificación legal alguna.

17. Participaciones cruzadas en el capital social de las empresas (los miembros de un grupo tienen prohibido contractualmente, adquirir acciones de la dominante u otorgar una garantía sobre tales acciones y tienen igualmente prohibido emitir o transferir acciones en provecho de una controlada).

18. El endeudamiento de una empresa siendo ya insolvente, permitido o facilitado por la matriz.

19. Funcionar en una pluralidad de al menos dos sujetos, bien sociedades, bien personas físicas o ambas.

20. La confusión de plantillas de trabajadores entre diferentes empresas.

21. La utilización indiscriminada de recursos financieros, materiales y humanos entre diferentes empresas.

22. Actuar de manera coordinada y sistemática con el propósito de sacar del mercado a la competencia.

23. Cualesquier otra forma de cooperación, colaboración o asociación que permita deducir de manera inequívoca que una empresa actúa en beneficio de sí misma o de otra u otras empresas o en perjuicio de sí misma o de otra u otras empresas, todo ello sin justificación alguna.

Trigésima tercera.- Resulta concluyente que el "control" no es un elemento indispensable para la identificación o existencia de un Grupo Empresarial, pues como ya se enunció con antelación e inclusive así lo prevé la legislación portuguesa (al regular la existencia de los grupos paritarios) o bien el modelo de *"keiretsu"* japonés conformado al finalizar la Segunda Guerra Mundial, pueden existir los grupos empresariales que funcionan en base a su coordinación y en los cuales no existe como elemento indispensable la subordinación, coordinación que puede darse en aquéllos supuestos en que la misma obedezca a un pacto contractual.

Trigésima cuarta.- Resulta incuestionable que los estudiosos del derecho de la insolvencia deben profundizar en el análisis de la problemática jurídica que representa el concurso de empresas que forman parte de un Grupo Empresarial.

Trigésima quinta.- La Ley Concursal Mexicana, además de reconocer la existencia de los Grupos Empresariales, debe de regular su Concurso Mercantil,

estableciendo las reglas para el caso de que uno o más integrantes del grupo se encuentren en estado de incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

Trigésima sexta.- Por la actividad empresarial que realice un empresario oculto a través de la actuación del empresario aparente, el derecho mexicano debe establecer el grado de responsabilidad que nace de dicha actuación. El principio jurídico formal en cuya virtud responde quien aparece frente al exterior como titular del ejercicio del comercio, debe ser sustituido por el principio económico sustancial, en virtud del cual responde el titular efectivo de la empresa, que es quien se aprovecha de ésta y debe soportar las pérdidas de la misma. Bajo este principio y aplicado al campo del derecho concursal, si se declarase la quiebra del comerciante aparente, el empresario oculto, por consecuencia legal, debería de ser obligado de responder de las deudas insolutas y no pagadas con el patrimonio del aparente, como causante de la situación de insolvencia.

Trigésima séptima.- La teoría de la Confusión de Patrimonios es un mecanismo corrector del régimen de responsabilidad societaria bajo el cual no se podría imputar responsabilidad a un socio que intencionadamente hubiere confundido su patrimonio. Cuando se confundan patrimonios de diversas personas de tal suerte que sea imposible su separación, la legislación deberá considerar al patrimonio confundido como la masa activa que debe responder a los acreedores, sin que con ello se vea afectada la personalidad jurídica de las empresas involucradas. Con esta teoría de la consolidación patrimonial se supera a la de la extensión de la quiebra o del concurso que tiene graves implicaciones, como sería el llevar a concurso o quiebra a empresas que no se ubiquen en el supuesto jurídico del estado de cesación de pagos.

Trigésima octava.- La consolidación patrimonial no debe ser automática, sino que debe estar sujeta a la existencia de factores o elementos establecidos en el régimen de insolvencia.

Trigésima novena.- La extensión de la quiebra en el seno de los Grupos Empresariales como remedio al abuso de la personalidad jurídica, a las injusticias y al daño ocasionado a los acreedores –derivados del abuso de las formas jurídicas, por la confusión patrimonial, la actuación en interés personal por medio de un testaferro, etc.- cada vez más va quedando en desuso y se utiliza excepcionalmente en contados regímenes concursales. Se considera que existen medidas más adecuadas para limitar los abusos que pueden presentarse por conductas antijurídicas derivadas de las estructuras propias de los Grupos Empresariales y que atienden al moderno derecho empresarial, tales como la consolidación sustancial o la subordinación de créditos.

Cuadragésima.- En relación a los actos fraudulentos cometidos por el comerciante sujeto a concurso y los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor, se puede concluir respecto de la Ley Concursal Mexicana que:

a) Es protectora de los acreedores en contra de actos fraudulentos cometidos por el comerciante y las personas con él relacionadas que identifica la propia ley, salvo que se acredite la buena fe;

b) Los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor no se postergan. Siguen la misma suerte que cualesquier otro crédito de acreedores terceros;

c) Los acreedores de buena fe y que tienen un vínculo estrecho con el deudor pueden ejercer su derecho de voto (salvo cónyuge, concubina o concubinario que no serán considerados como acreedores), sin ninguna limitante, lo que no es viable bajo otras legislaciones que ya han sido analizadas que sí limitan el derecho de voto.

Cuadragésima primera.- Se debe reformar la ley concursal mexicana para incluir como personas especialmente relacionadas o vinculadas con el concursado o quebrado a las empresas que, por cualquiera de las formas reguladas y reconocidas

por la ley, resulten formar parte de un mismo Grupo Empresarial, estableciendo las consecuencias jurídicas respecto de, cuando menos, los siguientes actos:

i) actos realizados dentro del "periodo sospechoso";

ii) la subordinación de sus créditos;

iii) la limitación de su derecho de voto en el convenio concursal para evitar la afectación en perjuicio de terceros;

iv) la necesaria de autorización judicial para la adquisición de bienes en la quiebra; y

v) la prohibición para actuar como visitadores, conciliadores o síndicos.

Cuadragésima segunda.- La ley concursal mexicana prevé el concurso de las sociedades controladoras y sus controladas, estableciendo que se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada dichos procedimientos, sin regular los efectos jurídicos-procesales de dicha acumulación. Esto es, no regula dicha legislación ninguno de los siguientes efectos de la acumulación procesal:

i) la necesaria coordinación procesal;

ii) la designación de especialistas en concursos mercantiles comunes (visitador, conciliador o síndico);

iii) la necesaria comunicación entre especialistas concursales;

iv) los efectos de la acumulación frente a los acreedores involucrados;

v) la celebración de audiencias conjuntas, que permita maximizar el valor conjunto del Grupo Empresarial.

Es urgente la regulación jurídica sobre estos aspectos que lleve a cabo el legislador mexicano atendiendo a experiencias de otras latitudes tal y como se enunció en el Capítulo de X de este trabajo.

Cuadragésima tercera.- La institución jurídica de la Consolidación Patrimonial, con absoluto respeto a la personalidad jurídica de las empresas consolidadas, pretende aglutinar activos y pasivos de empresas que por su forma de actuar en la economía, han propiciado la formación de una sola masa activa, como si pertenecieran a una única entidad. En consecuencia deberá formarse una sola masa activa de la insolvencia que responda a los acreedores.

Con el uso de esta institución jurídica se pretende superar los conflictos generados con la aplicación de la Teoría del Rasgamiento o Develación del Velo Corporativo. Se aplica en aquellos casos en que se ha formado una masa común de activos y pasivos, derivada de la propia actuación de las empresas involucradas y en donde se hace difícil, casi imposible, la separación de los activos y pasivos que corresponden a cada una de ellas. Se pretende beneficiar a los acreedores y en algunos casos, también en beneficio del salvamento de las deudoras propiciando su reestructuración financiera.

Cuadragésima cuarta.- Se considera que la Consolidación Patrimonial o material, no es una forma de *extensión de la quiebra,* aunque se puede dar el caso de ciertos regímenes que extiendan la quiebra y que tal medida tenga como consecuencia la consolidación de activos y pasivos.

Cuadragésima quinta.- En la medida que en México se siga madurando el concepto y la naturaleza jurídica que implica la actuación en los mercados de los Grupos Empresariales y sus repercusiones en el mundo del derecho, a la par de que los tribunales asimilen y apliquen el control difuso de la constitución, la protección de los derechos humanos y la ponderación de principios de derecho, pudiendo incluso desaplicar en ciertos casos el derecho positivo, se estará mejor preparados para introducir esta institución de la Consolidación Patrimonial en el sistema de derecho mexicano y sobre todo de administración de justicia.

Se propone, por sus beneficios, que esta institución jurídica también sea reconocida y regulada por el derecho concursal mexicano, en los términos y con las condiciones a que se hace referencia en el Capítulo XI de este estudio.

Cuadragésima sexta.- La institución jurídica de la subordinación crediticia presupone una modificación del orden de prelación entre los acreedores que no influye en la validez o la legalidad de sus créditos. La deuda subordinada, sigue siendo deuda. Sólo pretende, en ciertos casos, que los créditos subordinados sean pagados al final y una vez cubiertos el resto de los créditos.

Por no encontrarse prevista esta institución jurídica en el derecho concursal mexicano, en los casos y bajo los supuestos a que se hace referencia en el Capítulo XII de este estudio, y de acuerdo al derecho comparado comentado en el Capítulo XIII, se propone la inclusión de esta institución jurídica en la ley de la materia, tratándose principalmente de créditos reclamados por partes relacionadas o empresas que conforman una unidad económica.

Se propone la adopción en México de un sistema de subordinación legal, no automático, condicionado en todos los casos a la concurrencia de conductas ventajosas, fraudulentas o ilícitas, encuadradas en los parámetros objetivos que se observen en la propia ley y que permitan al juez del proceso concursal decidir con base a un sustento legal los casos en los que procede la subordinación, cumpliendo el propósito de otorgar seguridad jurídica a todas las partes.

Cuadragésima séptima.- Se propugna por una reforma a la legislación concursal mexicana que limite el derecho a voto en los convenios de las personas relacionadas con el concursado, con independencia de la postergación de sus créditos en los casos en que ésta sea procedente.

Cuadragésima octava.- La Globalización, que supone la superación del espacio y el tiempo, y el debilitamiento del Estado que ha cedido sus funciones en agentes trasnacionales, ha propiciado el desarrollo de los Grupos Empresariales multinacionales.

Cuadragésima novena.- La empresa multinacional (actuando a manera de grupo) es uno de los agentes trasnacionales más importantes de la época actual y juega un papel primordial en el control de la política, la economía y los mercados internacionales y locales. Dichas esferas de poder ya no están en manos de un único dueño; los grandes grupos de empresas ahora ostentan buena parte del control del que antes el Estado era el único titular.

Quincuagésima.- Los grupos multinacionales han alcanzado en la actualidad un poderío e influencia equiparables al de muchos Estados. En palabras del Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL: *"…los grandes grupos multinacionales tal vez generen un porcentaje elevado del producto nacional bruto a escala mundial y sus tasas de crecimiento anual y su volumen de operaciones sobrepasan los de muchos Estados".*

Quincuagésima primera.- La era de la globalización y los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, han propiciado un cambio sustancial en la organización empresarial estructurada verticalmente y que ahora es sustituida por la *"empresa red".* Este tipo de estructura corporativa que funciona principalmente a manera de "Grupos Empresariales", viene dada a través de redes de empresas especializadas, agrupadas global o regionalmente en distritos y/o *clusters*, cuya jerarquía ha dado paso a nuevas formas de organización del trabajo y la producción (el trabajo en equipo y la función de los directivos que se desplaza de la coordinación administrativa a la creatividad empresarial).

Quincuagésima segunda.- La complejidad de regular jurídicamente la existencia y funcionamiento de los Grupos Empresariales, en especial, y para efectos de este estudio, requiere conocer y analizar el tratamiento de la insolvencia de empresas que forman parte de Grupos Empresariales, magnificando esta problemática si se trata de Grupos transfronterizos.

Quincuagésimo tercera.- Uno de los efectos de la globalización de los mercados ha sido la aparición en la economía de los Grupos Empresariales que funcionan y operan en diversos países, con regulación jurídica distinta, idiomas diferentes y costumbres e idiosincrasias no comunes. Ello dificulta el tratamiento jurídico de la insolvencia de empresas transfronterizas que forman parte de un grupo o unidad económica o de negocios.

Quincuagésima cuarta.- El inicio de un procedimiento de insolvencia es un obstáculo al funcionamiento coordinado de una empresa multinacional y elimina la cohesión existente hasta entonces, produciendo la segmentación de sus partes ahora desconectadas. Por la globalización de la economía, se da además la presencia de acreedores de diferentes nacionalidades, sujetos a diversos regímenes jurídicos, distintas jurisdicciones, la intervención de diversos representantes o especialistas del concurso, diferentes instituciones jurídicas que regulan la naturaleza de los créditos exigidos, así como su graduación y prelación.

Quincuagésima cuarta.- Los casos de insolvencia de Grupos Empresariales Multinacionales son una realidad que cada día se hace más evidente y a la vez más necesaria la creación de un mecanismo estructurado para su resolución dada la inexistencia del marco legal específico para este tipo de Grupos de Empresas. Por lo anterior, es deseable que el régimen de insolvencia reconozca la existencia de este tipo de grupos y el vínculo entre las empresas que los conforman para que, el régimen de insolvencia para la empresa privada se haga extensible al del Grupo Multinacional.

Quincuagésima quinta.- Es imprescindible la coordinación judicial para la administración adecuada de estos procesos y es indispensable la cooperación entre una pluralidad de jueces.

Quincuagésima sexta.- La cooperación judicial en casos de concursos transfronterizos permitirá:

i) consolidar la información de activos y pasivos ubicados en diferentes jurisdicciones; evitar el ocultamiento de activos;

ii) evitar actos fraudulentos que pueda cometer el deudor, acreedores o terceros;

iii) preservar el valor de los activos;

iv) facilitar la reclamación y el reconocimiento de créditos de acreedores de diversas nacionalidades;

v) permitir la unificada administración de los procesos; y

vi) ordenar el proceso uniforme de reorganización para evitar en lo posible la liquidación de la empresa y elevar la eficacia y la equidad en el proceso.

Quincuagésima séptima.- La cooperación judicial, la coordinación de procedimientos y la comunicación entre los jueces, son elementos necesarios e indispensables para atender los requerimientos que la realidad impone ante la presencia del concurso mercantil de empresas que conforman grupos multinacionales.

Quincuagésima octava.- Ante la ausencia de una legislación supranacional o de un Tratado Internacional signado por México y ratificado por el Senado de la República para que tenga eficacia jurídica en nuestro país, un instrumento jurídico asequible que facilite la cooperación internacional para el caso de insolvencias de Grupos

Empresariales Multinacionales, es la celebración de Acuerdos Transfronterizos como solución práctica a las lagunas legales en esta materia con el objeto de facilitar la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza, reduciendo costos, dirimiendo conflictos de leyes entre países e intentando conservar, en medida de lo posible, el valor de los bienes del deudor. Con estos Acuerdos se superan problemas tales como la soberanía de los países, las barreras del idioma y las diferencias entre las legislaciones aplicables.

Se propone aplicar las directrices y pautas que se enuncian en el Capítulo XIV del presente estudio que constituyen una valiosa guía práctica para la celebración de dichos Acuerdos.

Quincuagésima novena.- Se propugna por una legislación concursal mexicana que humanice los procesos y que no vea con frialdad y desprecio al concursado y que por el contrario coadyuve a crear una educación general que entienda los fracasos económicos y ayude a solventarlos. Sólo deberán ser castigadas las conductas de mala fe o fraudulentas.

Sexagésima.- Estos conceptos deberán ser regulados y aplicados de igual manera tratándose de los Grupos Empresariales, nueva realidad económico-jurídica, que no es contemplada en la legislación mexicana. La debilidad o la muerte de uno de sus componentes, bien puede significar el debilitamiento o inclusive la desaparición de todo el Grupo en perjuicio de la fortaleza económica del país.

Sexagésima primera.- Se propone también orientar los esfuerzos legislativos en la regulación de los Grupos de Interés Económico como nuevo fenómeno económico-jurídico que merece su propia y contemporánea regulación.

FUENTES DE INFORMACIÓN

LIBROS Y OBRAS CONSULTADAS

Araya, T. M. (2009). La empresa insolvente y los créditos subordinados. *Thomson La Ley* (176 Año LXXIII), 1-16.

Aungst, K. (mayo de 2009). Deemed Consolidation: Slightly Liquidated, Somewhat Bankrupt an Other Fairytale Creatures. *ABI Journal. Miami* , págs. 30-31; 56-57.

Autoconstrucción, S.A. de C.V. y su patrimonio fideicomitido. Fiduciaria Banca Serfin, S.A. División Fiduciaria, 159/2005 (Juzgado 10mo de Distrito en materia Civil del Distrito Federal 2005).

Ávila de la Torre, A. (2007). Los créditos subordinados en la Ley Concursal. *REFOR. Revista Informativa del Registro de Economistas Forenses. No.21* , 15-21.

Banco Mundial. (2011). *2011 Principles for Effective Insolvency and Creditor/debtor Regimes.* World Bank.

Bassani, C. (03 de marzo de 2009). *El fenómeno de la concentración empresaria.* (M. A. Terrangui, Ed.) Recuperado el 29 de noviembre de 2010, de Terrangi jurista: http://www.terragnijurista.com.ar/index.htm

Beltrán Sánchez, R. S. (1999). *Las deudas de la masa.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Beltrán, E. (2004). *La reforma del derecho concursal.- II. Presupuesto subjetivo del concurso.- 2.La acumulación de concursos* (Mercantil, Anales V (2002-2003) Centro de Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y ed.). Madrid: Difusión jurídica y temas de actualidad.

Beltrán Sánchez, E. (. (2012). *Esquemas de Derecho Concursal (Tomo XXI)* (4a Actualizados conforme a la Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011, de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Beltrán Sánchez, E. (2012). *Haciendo una tesis.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2007). *Apuntes de Derecho Mercantil.* Pamplona: Aranzadi.

Black's Law Dictionary (8va ed.). (2004). St. Paul, Minn.: Thomson West.

Blumberg, P. I. (1985). *The law of Corporate Groups. Bankruptcy Law.* Boston-Toronto: Little Brown and Company.

Bufford, S. L. (2009). *United States International Insolvency Law 2008-2009.* Nueva York: Oxford University Press.

Calvo Meijide, A., Quiroga de Abarca, J. M., & Baquerín Alonso, C. (1997). *Instituciones de Derecho de Empresa.* Madrid: Dykinson.

Carrasco Perera, Á. (2009). *Los Derechos de Garantía en la Ley Concursal* (3a ed.). Madrid: Civitas.

Cartwright, G. L. (2009). *"Nonstatutory" Insiders Under Bankruptcy Code § 101(31): An "Arm's-Length. Test is not a Proper Test.* Norton Journal of Bankruptcy law and Practice : Thomson Reuters.

Casasa Araujo, A., Bucio Estrada, R. P., & Sosa Ortiz, A. (2010). *Ley de Concursos Mercantiles comentada.* México: Porrúa.

Cervantes Ahumada, R. (1980). *Derecho Mercantil.* México: Herrero, S.A.

Clulow, C. A. (2007). Holding. En Varios, *Enciclopedia jurídica OMEBA. Tomo XIV* (pág. 393). edición electrónica: OMEBA.

Dasso, A. Á. (2008). *Derecho Concursal Comparado.* Buenos Aires: Legis.

De Ángel Yágüez, R. (1997). *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia.* Madrid: Civitas.

De Arriba Fernández, M. L. (2009). *Derecho de Grupos de Sociedades* (Segunda ed.). Pamplona: Civitas Aranzadi.

De la Iglesia Monje, M. I. (2007). Levantamiento del velo de las personas jurídicas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (699), 303-306.

De Lamo Merlini, O. (2010). *Consideraciones sobre la situación de las personas especialmente relacionadas con el concursado.* Madrid: E-prints de la Universidad Complutense de Madrid.

De Pina Vara, R. (1998). *Derecho Mercantil Mexicano.* México: Porrúa.

Del Arenal, C. (2001). La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: Un reto para la teoría y la política. *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* (págs. 66-68). Madrid: Tecnos.

Dollfus, O. (1999). *La mundialización.* Barcelona: Bellaterra.

Fernández Markaida, I. (2001). *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial.* Madrid: EDERSA.

Fernández Ruiz, J. L., & Martín Reyes, M. d. (2004.). *Fundamenteos de derecho mercantil. Tomo I: Concepto y fuentes, empresa y empresarios individuales y sociales.* (4ta ed.). Madrid: Edersa.

Ferrán Farriol, J. (2008). *Los acreedores y el concurso. La responsabilidad de personas ajenas al proceso.* (v. e. vLex, Ed.) J.M Bosch.

Ferré Falcón, J. (2006). *Los créditos subordinados.* Navarra: Thomson Civitas.

Ferrer Vicente, J. M. (2009). *Instituciones del nuevo Derecho Concursal. Un progreso y avance en el Derecho Español. Valoración de la Empresa.* vLex.

Font Galán, J. I. (2000). Concepto, método y fuentes. Empresa. Estatuto del empresario. Empresario individual. En G. (. Jiménez Sánchez, *Derecho Mercantil I* (pág. 56). Barcelona: Ariel, S.A.

Galgano, F., Roitman, H., León Robayo, E. I., & López Castro, Y. (2009). *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades.* Bogotá: Universidad del Rosario.

García Arrufat, E. (2010). *Cuestiones procesales en el derecho concursal (Leyes 22-2003 y 8-2003).* Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

García Rendón, M. (2006). *Sociedades Mercantiles.* México: Oxford.

García Velasco, G. (2009). *Persona jurídica. Doctrina y legislación mexicana.* México: Porrúa.

García Vicente, J.-R. (2011). La clasificacón de créditos. En E. Beltrán Sánchez, J. A. García-Cruces, & P. (. Prendes, *La reforma concursal. III Congreso español de derecho de la insolvencia* (págs. 399-434). Navarra: Civitas-Thomson Reuters.

Garrigues, J. (1984). *Curso de Derecho Mercantil.* México: Porrúa.

Gerbaudo, G. E. (2011). *Indolvencia Transfronteriza.* Buenos Aires: Astrea.

Goldenberg Serrano, J. L. (2010). *Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par condicio creditorum.* Revista Chilena *de Derecho , 37* (1), 73-98.

Hamilton, R. W. (1991). *The law of Corporations.* St. Paul Minnesota: West Publishing Co.

Mans Puigarnau, J. M. (1979). *Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos. Con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.* Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A.

Mantilla Molina, R. (1984). *Curso de Derecho Mercantil. Tomo I.* México: Porrúa.

Méjan Carrer, L. M. (2010). *Concursos Mercantiles. Ayuda de Memoria.* México: Oxford.

Mevorach, I. (2009). *Insolvency within Multinational Enterprise Groups.* Nueva York: Oxford University Press.

Miguens, H. J. (2009). *El Grupo Insolvente.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

León Tovar, S. H., & González García, H. (2010). *Derecho Mercantil.* México: Oxford University Press.

Llano Cifuentes, C. (1997). *Dilemas éticos de la empresa contemporánea.* México: Fondo de Cultura Económica.

Miramón Durá, R. (2010). *La Asistencia Financiera de una Sociedad Limitada a sus Socios, Administradores y otras Sociedades de su Grupo. (Del Art. 10 LSRL al Art. 162 TRLSC).* Pamplona: Thomson Aranzadi.

Montesi, V. L., & Montesi, P. G. (1997). *Extensión de la Quiebra.* Buenos Aires: Astrea.

Muchlinski, P. (1997). *Multinational Enterprises and the Law.* Massachusetts: Wiley-Blackwell.

Nye, J. S. (2004). *Soft Power: The means to succes in world politics.* Nueva York: Public Affairs.

Pastor Ridruejo, J. A. (2001). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales.* Madrid: Tecnos.

Paulus, C. G. (2008). A vision of the European Insolvency Law. *Segundo Congreso Nacional de Derecho Concursal.* Guadalajara, México.

Quaglia, M. (2003). La definición de concentración económica dentro de la ley de defensa de la competencia argentina (ley 25.156). *Boletín Latinoamericano de Competencia No 16* , 25-39.

Quetglas, R. S. (2009). *El concurso de acreedores del grupo de sociedades.* Pamplona: Thomson Civitas.

Quintana Adriano, E. A. (2009). Empresa. En Varios, *Diccionario Jurídico Mexicano* (págs. 1,493). México: Porrúa.

Rouillon, A. (2009). Cooperación Judicial en Concursos Transfronterizos. *Séptimo Congreso Argentino de Derecho Concursal. Quinto Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia.* Mendoza.

Rouillon, A. (2004). *Régimen de concursos y Quiebras. Ley 24.522* (13a ed.). Buenos Aires: Astrea.

Sala i Martin, X. (17 de abril de 2009). Crisis financiera (11): Peligroso regalo. *La Vanguardia* , pág. 17.

Sanahuja, J. A. (1999). *El sistema internacional de cooperación al desarrollo. Una aproximación a sus actores e instrumentos.* Madrid: CIDEAL.

Sánchez Calero Guilarte, J. (2005). *Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades.* Madrid: Anuario de Derecho Concursal no.5. Universidad Complutense de Madrid.

Sánchez Huete, M. Á. (2008). *El levantamiento del velo (la responsabilidad de la sociedad pantalla y refugio en la nueva LGT).* Madrid: Marcial Pons.

Sánchez-Calero Guilarte, J. (2011). *Concurso, grupos y levantamiento del velo.* Madrid: Mercantil desde la Complutense.

Sánchez-Calero Guilarte, J., & Fuentes Naharro, M. (febrero de 2012). La Reforma Concursal y los Grupos de Sociedades. Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. 1-27. E-prints Universidad Complutense de Madrid.

Segura Munguía, S. (2006). *Diccionario por raíces del Latín y de las voces derivadas.* Bilbao: Universidad de Deusto.

Sepúlveda Sadoval, C. (1997). *La empresa y sus actividades. Concepto jurídico.* México: McGraw Hill.

Soriano Cienfuegos, Carlos, *Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano,* Ed. Porrúa, México, 2007.

Strange, S. (1996). *La retirada del Estado.* Barcelona: Intermón Oxfam e Icaria.

Suárez, A. S. (2004). *Capitalismo y multinacionales.* Madrid: Pirámide.

Súarez, A. S. (2004). *Capitalismo y Multinacionales.* Madrid: Pirámide.

Truyol y Serra, A. (2001). *La sociedad Internacional.* Madrid: Alianza.

Tugores Ques, J. (2006). *Economía internacional. Globalización e integración regional.* Madrid: Mc Graw Hill.

Valdaliso, J. M., & López, S. (2007). *Historia Económica de la Empresa.* Barcelona: Crítica.

Varios. (1972). *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado.* Madrid: Reader's Digest.

Verger, A. (2003). *El sutil poder de las trasnacionales.* Barcelona: Icaria.

Verger, A. (2003). *El sutil poder de las trasnacionales.* Barcelona: Icaria.

Vigo, R. L. (2005). *De la Ley al Derecho.* México: Porrúa.

DOCUMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES

American Law Institute. (2000). *Guidelines Applicable to Court-to-Court. Communications in Cross-Border Cases. (Among the NAFTA countries)* . Washington, EUA: Adoptadas por el International Insolvency Institute.

Cantera, S. (25 de agosto de 2010). Ubican las camionetas que gastan más gasolina. *Mural* , pág. 3 Negocios.

Cantera, S. (septiembre de 1 de 2010). Cae venta de autos en EU. *Mural* , pág. 3 Negocios.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1o de julio de 2009). *Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza* . Naciones Unidas.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2006). *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*. Nueva York: Naciones Unidas.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2010). Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 43o periodo de sesiones. *Asamblea General Documentos Oficiales Sexagésimo quinto periodo de sesiones* (pág. Suplemento núm.17). Naciones Unidas.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V. (2010). *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la insolvencia. Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. A/CN.9/WG.V/WP.92 y A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1.* Nueva York: Naciones Unidas.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V. (junio-julio de 2010). Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia: proyecto de tercera parte relativa al tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. Recopilación de observaciones presentadas por los gobiernos. *A/CN.9/699/Add.2; A/CN.9/699/Add.1; A/CN.9/699* Nueva York: Naciones Unidas.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V. (6-10 de diciembre de 2010). 39o periodo de sesiones. *Régimen de la Insolvencia. Interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses. A/CN.9/WG.V/W* . Viena: Naciones Unidas.

Fuentes, V. (10 de enero de 2011). Rechaza juez plan de Vitro. *Mural* , pág. 1a Negocios.

González, A. (12 de abril de 2011). Conceden plan a Vitro. *Mural* , pág. 4 Negocios.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. (2009). *Diccionario Jurídico Mexicano.* México, D.F.: Porrúa.

International Bar Association (Asociación Internacional de la Barra de Abogados). (17 de septiembre de 1995). *Concordato sobre Insolvencias Transfronterizas* . Paris: Adoptado por el Consejo de la Asosciación Internacional de la Barra de Abogados en Madrid.1996.

KLEISTERLEE, G. (30 de agosto de 2010). Líder de Philips dejará una empresa más concentrada en los mercados emergentes. *Wall Street Journal* .

Rodriguez, K. (09 de noviembre de 2010). Desarma con empleo a delincuentes. *Mural* , pág. 3 Negocios.

Terrazas, F. (05 de abril de 2011). No Money. *Mural* , pág. 2 Negocios.

Villarino, Á. (17 de agosto de 2010). Afianza China rol de súper potencia. *Mural* , pág. 10.

Villegas Salazar, G. (2011). Vivencia Concursal. *IV Congreso Nacional de Derecho Concursal.* Guadalajara: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

LEYES

Insolvenzordnung (InsO). (05 de octubre de 1994). Alemania.

Ley de Concursos y Quiebras. Ley 24.522. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina . (1995). Argentina: Boletín Oficial.

Ley de Recuperación Judicial y Extrajudicial y Quiebra del Empresario y de la Sociedad Empresaria (Recuperação Judicial e Extrajudicial e Falência do Empresário e da Sociedade Empresária). Presidente de la República; Congreso Nacional. (09 de febrero de 2005). Ley 11.101. Brasil: DO.

ey 222 . Congreso de Colombia. (20 de diciembre de 1995). Colombia: Diario Oficial.

Ley 1429 . Congreso de Colombia. (14 de diciembre de 2010). Colombia: Diario Oficial núm. 47.937 .

Ley 1116 . Congreso de la República. (2006). Colombia: Diario Oficial No. 46.494 .

Ley de Sociedades de Capital . (03 de julio de 2010). España: Boletín Oficial del Estado Núm. 161.

Ley General Tributaria 58/2003 . Juan Carlos I Rey de España. (18 de diciembre de 2003). España: Boletín Oficial del Estado.

Ley Concursal 22/2003. Juan Carlos I. Rey de España. (9 de julio de 2003). España: Boletín Oficial del Estado núm.164.

Real Decreto Ley 3/2009. Juan Carlos I. Rey de España. (27 de marzo de 2009). España: BOE.

Ley Concursal. Ley 38/2011. Juan Carlos I. Rey de España. (10 de octubre de 2011). España: Boletín Oficial del Estado núm.245.

U.S. Bankruptcy Code. Title 11 . House of Representatives. Estados Unidos de América.

Codice Civile. Real Decreto. (16 de marzo de 1942). Italia.

Código de Comercio . Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (15 de septiembre de 1889). México: Diario Oficial de la Federación.

Código Penal Federal . Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (14 de agosto de 1931). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (27 de agosto de 1932). México: Diario Oficial de la Federación.

Codigo Civil Federal . Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (1o de octubre de 1932). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley General de Sociedades Mercantiles . Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (04 de agosto de 1934). México: Diario Oficial de la Federación.

Abrogada Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos . Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (1943). México: Diario Oficial de la Federación.

Abrogada Ley de Navegación y Comercio Marítimos . Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (21 de noviembre de 1963). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley Federal del Trabajo . Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (1o de abril de 1970). México: Diario Oficial de la Federación.

Código Fiscal de la Federación . Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (31 de diciembre de 1981). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley para Regular las Agrupaciones Financieras . Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (18 de julio de 1990). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley para regular las Agrupaciones Financieras . Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (18 de julio de 1990). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley Federal de Competencia Económica. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (24 de diciembre de 1992). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley Aduanera . Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (15 de diciembre de 1995). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley de Concursos Mercantiles. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (12 de mayo de 2000). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley del Impuesto Sobre la Renta. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (1o de enero de 2002). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley del Mercado de Valores. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (31 de diciembre de 2005). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley de Navegación y Comercio Marítimos . Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (1o de junio de 2006). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley del Impuesto Empresarial de Tasa Única (IETU). Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (1 de octumbre de 2007). México: Diario Oficial de la Federación.

Ley de la Propiedad Industrial. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (1991 de junio de 27). México: Diario Oficial de la Federación.

Código Civil para el estado de Jalisco. Jalisco. Congreso del Estado. (25 de febrero de 1995). México: Periódico Oficial del Estado.

Proyecto de Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria . Morgan Álvarez, R. G., & Galván Muñoz, J. (21 de noviembre de 2002). México: LVIII Legislatura.

Ley Nº 27809. El Presidente de la República. (05 de agosto de 2002). *Ley General del Sistema* . Lima, Perú.

Decreto de Urgencia Nº 061-2009 que precisa la participación de Acreedores en Procesos Concursales . El Presidente de la República. (28 de mayo de 2009). Lima, Perú: Boletín Oficial "El Peruano".

Código do Mercado dos Valores Mobiliários. Decreto-Lei n.º 486/99 . (1999). Portugal: Diário da República.

Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Republicação do Decreto-Lei n.º 200/2004 . (2004). Portugal: Diário da República.

Decreto-ley número 262/86. *Código das Sociedades Comerciais* . Ministerio de Justicia. (2 de septiembre de 1986). Portugal.

Reglamento CE No.1346/2000 . Consejo. (29 de mayo de 2000). Unión Europea: Diario Oficial (eur-lex).

Declaración Judicial del Concurso y Reoirganización Empresarial. Ley Nº 18.387 . El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. (2008). Uruguay: Diario Oficial.

Decreto 1749 . Presidente de la República de Colombia. (26 de mayo de 2011). Colombia: Diario Oficial .

PÁGINAS WEB

Banco Mundial. (1 de julio de 2009). *Site Resources World Bank.* Recuperado el 15 de agosto de 2010, de Total GNI 2006: http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GNI.pdf

Brasher, A. (2006). *Substantive Consolidation: A Critical Examination.* Recuperado el 24 de febrero de 2012, de Harvard Law School Program Working Papers: http://www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/Brudney2006_Brasher.pdf

CNN. (23 de julio de 2009). *CNN Money.* Recuperado el 14 de agosto de 2010, de Fortune: http://money.cnn.com/magazines/fortune/global500/2009/full_list/index.html

Favier Dubois, E. M., & Favier Dubois, E. M. (2009). *El grupo de sociedades. Panorama societario y concursal.* Buenos Aires: Fuente electrónica: http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/el-grupo-de-sociedades-panorama-societario-y-concursal.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). (2008). *Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD).* Recuperado el 05 de agosto de 2010, de Guidelines for Multinational Enterprises: http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf

Puente Esparza, M. A. (2006). *Las empresas multinacionales en México y la evasión en el Impuesto Sobre la Renta. Tesis doctoral.* (http://www.eumed.net/tesis/2010/mlpe/ficha.htm, Ed.) Dan Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

Scotti, L. B. (2010). *Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional de los grupos económicos: ¿una asignatura pendiente para el MERCOSUR?* www.eumed.net/libros/2010a/631/: Eumed.

Superintendencia de Sociedades. (s.f.). *Superintendencia de Sociedades*. Recuperado el 10 de octubre de 2011, de http://www.supersociedades.gov.co

CASOS Y FUENTES JURISRPRUDENCIALES

Competencia Económica. La prueba indirecta es idónea para acreditar, a través de indicios (...), 168495 Jurisprudencia (Tribunales Colegiados de Circuito noviembre de 2008).

Empresa. Su concepto en materia de competencia económica, Tesis: I.4o.A.J/64 (Tribunales Colegiados de Circuito octubre de 2008).

In re Louis J. Pearlman, et al. Second amended memorandum opinion granting substantive consolidation of the joint debtors' estates, 6:07-bk-00761-KSJ (Judge Jennemann, Karen S. United States Bankruptcy Court. Middle District of Florida. Orlando Division 10 de mayo de 2011).

In re Vitro Asset Corp., et al.-, Caso 11-31600-hdh-11. (Bankruptcy Court for the Northern District of Texas, Dallas Division 2011).

In Re: U.S. Medical, Inc., Debtor. Glen R. Anstine, Plaintiff-Appellant, v. Carl Zeiss Meditec AG, formerly known as Ascelepion-Meditec AG, Defendant-Appellee, 07-1259 (United States Court of Appeals,Tenth Circuit. 15 de julio de 2008).

Poo S.A. de Productros Alimenticios c/Lagorio S.A. s/extensión de quiebra s/ordinario, 41.585/08 (Cámara Nacional de Apelacipones en lo Comercial. Buenos Aires 28 de marzo de 2011).

Técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo. Su sustento doctrinal y la justificación de su aplicación en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas., 168410 (Tribunales Colegiados de Circuito. Materia Administrativa noviembre de 2008).

The Coca-Cola Export Corporation. , Amparo en revisión 169/2007 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 24 de octubre de 2007).

Transportes Chihuahuenses, S.A. de C.V., Queja 39/2003. Tesis XVII.1o.P.A.80 (Tribunales colegiados de Circuito junio de 2004).

Usos y costumbres mercantiles. Validez de su empleo en la interpretación de contratos mercantiles, Tesis: I4o.C.254 C (Tribunales Colegiados de Circuito enero de 2010).

Vitro, Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable, 38/2010-VI (Juzgado Cuarto de Distrito en materias civil y del trabajo en el estado de Nuevo León 07 de enero de 2011).

Vitro, Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable, 02/2011 (Segundo Tribunal Unitario del Cuarto Circuito con sede en Monterrey, Nuevo León 08 de abril de 2011).

Yoli de Acapulco, S.A. de C.V., 479/2006 Amparo en revisión (Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito octubre de 2008).