



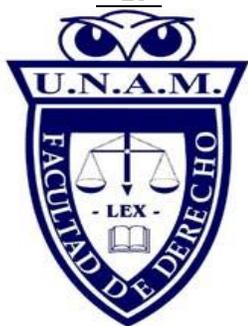
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

“LA APLICABILIDAD DE LA TÉCNICA DEL LEVANTAMIENTO
DEL VELO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES
MERCANTILES.”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
IMELDA SÁNCHEZ VARGAS



ASESOR:
DR. ALBERTO FABIÁN MONDRAGÓN PEDRERO

CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO.

2016



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

Con profundo agradecimiento a Dios, por darme vida y haberme permitido llegar hasta aquí, por permitirme ser mexicana, por acompañarme y guiarme a lo largo de mi carrera, por darme a la mejor familia y por permitirme rodearme de personas que mejoran mi ser.

A mi querida Universidad Nacional Autónoma de México, a mi Facultad de Derecho, que me permitieron formarme con los mejores académicos quienes engrandecen con sus enseñanzas y esfuerzos a México, y quienes me guiaron en mi formación con dedicación y ética.

A mi asesor de tesis Doctor Alberto Fabián Mondragón, quien sin su sabiduría, paciencia, comprensión e inteligencia no habría sido posible la realización de este trabajo.

A mis padres, Enrique Sánchez Romero y Concepción Vargas Almanza, quienes con su apoyo y amor me permitieron concluir mi formación profesional. A mi padre por ser mi ejemplo a seguir, por su perseverancia y entrega hacía su familia. A mi madre por su infinita paciencia, por sus consejos y por su entrega. A ambos por enseñarme a lograr todo lo que me propongo, a no darme por vencida y enseñarme que todo logro lleva a mi familia como sustento.

A mi hermano Enrique, por estar conmigo y cuidarme, por dar alegría en cada momento de mi vida y por darme a los mejores sobrinos del mundo Maximiliano y Matías, y por supuesto a Janet por ser una dedicada madre.

A mi hermana Daniela, quien aunque es la menor, me ha enseñado a ser mejor persona, pensar en los demás y a encontrar la belleza de todas las personas, en todas las situaciones y en todas las cosas que me rodean.

A mis abuelos que ya han partido Reyes, Jesús e Imelda y a mi abuelita Sofia que me acompaña este día, por todo su amor y fe en mí. A todos mis tíos y tías, quienes directa o indirectamente me han apoyado en la realización de este trabajo. Al resto de mi familia, mis mascotas por conformar un núcleo familiar unido y amoroso. A mis amigos y profesionistas con quienes he vivido tantas experiencias que nos han permitido crecer más como personas.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

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

P R E S E N T E.

La alumna: IMELDA SANCHEZ VARGAS, con número de cuenta:304081882 realizó bajo la supervisión del SUSCRITO, el trabajo titulado: "LA APLICABILIDAD DE LA TECNICA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES ", que presentará como tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho.

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

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

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

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

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU".
Ciudad Universitaria, a 19 de abril del año 2016.

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO.
DIRECTOR.

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



LA APLICABILIDAD DE LA TÉCNICA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

INTRODUCCIÓN.....I

CAPÍTULO I. CONCEPTOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO.

1.1	Concepto de Persona y Personalidad Jurídica.....	1
1.2	Atributos de la personalidad.....	7
1.2.1	Nombre.....	8
1.2.2	Domicilio.....	10
1.2.3	Capacidad.....	12
1.2.4	Nacionalidad.....	13
1.2.5	Patrimonio.....	15
1.3	Elementos de las sociedades y sus desusos en la actualidad.....	18
1.3.1	Asociación de hombres.....	18
1.3.2	Fin común.....	21
1.3.3	Reconocimiento por parte del derecho objetivo.....	22
1.4	Concepto de Sociedad Anónima.....	25
1.5	Concepto de Sociedad de Responsabilidad Limitada.....	31
1.6	Concepto de “velo corporativo”.....	35
1.7	Separación de la sociedad y del socio: teoría del levantamiento del velo corporativo.....	36

CAPÍTULO II. TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO O DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

2.1	Derecho Comparado y breves antecedentes en el derecho mexicano.....	43
2.2	Abuso de la persona jurídica.....	44
2.3	Doctrina de Rolf Serick.....	45
2.3.1	Supuestos de abuso de la persona jurídica.....	47
2.3.1.1	Fraude a la ley por medio de persona jurídica.....	47
2.3.1.2	Fraude o violación del contrato y lesión contractual.....	48

2.3.1.3	Daño Fraudulento causado a terceros.....	49
2.3.2	Reglas complementarias de Serick.....	50
2.3.3	Similitud de los supuestos de abuso de la persona en la doctrina de Rolf Serick y en nuestro ordenamiento jurídico.....	54
2.3.3.1	Abuso de derecho.....	55
2.3.3.2	Fraude a la ley.....	59
2.4	Antecedentes de la Aplicación de la Doctrina del levantamiento del velo corporativo en los Estados Unidos de Norte América.	61
2.4.1	Fundamentos doctrinales.....	64
2.4.1.1	Equidad.....	65
2.4.1.2	Fraude.	67
2.4.1.2.1	Fraude en los tribunales de equidad.....	68
2.4.1.2.2	Tipos de fraude.....	69
2.4.1.2.3	Figuras en los tribunales de equidad en contra del fraude.....	70
2.4.1.2.3.1	Recisión.....	70
2.4.1.2.3.2	Reforma.....	70
2.4.1.2.3.3	Fideicomiso construido y judicial.....	70
2.4.1.2.3.4	<i>Estoppel in pais</i>	70
2.4.1.2.4	El fraude y su relación con la teoría del levantamiento del velo corporativo.....	71
2.4.1.2.5	Causas o indicios para el levantamiento del velo corporativo.	72
2.4.1.3	Teoría del <i>Agency</i>	75
2.5	Antecedentes de la Aplicación de la Doctrina del levantamiento del velo corporativo en España.....	79
2.5.1	Supuestos de aplicación.....	81
2.5.2	Fundamentos doctrinales.....	83
2.5.2.1	Fraude a la ley.....	83
2.5.2.2	Abuso de la persona jurídica.....	84
2.5.3	Aplicación de la doctrina y sus efectos.....	84

2.5.4	Levantamiento del velo corporativo en materia fiscal.....	85
2.5.5	Levantamiento del velo corporativo en materia laboral.....	89
2.5.6	Levantamiento del velo corporativo en materia penal.....	90

CAPÍTULO III. ANTECEDENTES Y POSICIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN MÉXICO.

3.1	Antecedentes sobre la posición en México, respecto de la teoría del levantamiento del velo corporativo.....	91
3.1.1	Ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas (“LERVPASA”).....	92
3.1.2	Levantamiento del velo en el derecho administrativo.....	95
3.1.3	Proyecto de Ley de Desestimación de la Personalidad Societaria (“Proyecto de Ley”).....	98
3.1.3.1	Objetivo.	99
3.1.3.2	Fraude de ley.	101
3.1.3.3	Fraude de acreedores.	102
3.2	Levantamiento del velo en el derecho electoral en la actualidad.	103
3.2.1	Caso contra el Partido Social Nacionalista.....	103
3.2.2	Caso denominado coloquialmente como “PEMEX-GATE”.....	105
3.2.2.1	Fundamento legal.	108
3.2.3	Caso denominado coloquialmente como “Amigos de Fox”.....	110
3.2.3.1	Fundamento legal.	111
3.3	Aplicación de la técnica del levantamiento del velo en materia societaria.....	115
3.4	Ley de Concursos Mercantiles.....	124
3.5	Responsabilidad solidaria del artículo 26 del Código Fiscal de la Federación.....	125

CAPÍTULO IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

4.1 Breve introducción a los principios generales del derecho y el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	129
4.2 Principios generales del derecho aplicables en la doctrina del levantamiento del velo.....	133
4.2.1 Buena fe.....	135
4.2.1.1 Simulación del acto jurídico y la ilicitud en el objeto.....	136
4.2.1.2 El control como hecho ilícito.....	139
4.2.1.3 Responsabilidad extracontractual.....	140
4.2.2 Certeza, seguridad jurídica y equidad.....	141
4.2.2.1 Principio de exhaustividad.....	142
4.3 La separación de patrimonios y la limitación de responsabilidad de los socios y accionistas.....	145
4.3.1 Responsabilidad de sus accionistas.....	146
4.3.2 Responsabilidad de los administradores.....	148
4.4 Doctrina como fuente de derecho.....	150
Conclusiones.....	155
Bibliografía.....	157

INTRODUCCIÓN

En el año 2013, el Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito emitió diversos criterios relacionados con el levantamiento del velo corporativo de las sociedades mercantiles. En dichos criterios, se refleja una novedosa incorporación de la técnica del levantamiento del velo corporativo en las sociedades mercantiles, contraria a la corriente del “hermetismo societario” que ha prevalecido en México en las últimas décadas, en la que la responsabilidad de los socios y accionistas no es mayor al monto que representan sus aportaciones en el capital social y que se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

A pesar de la novedosa introducción en el ámbito mercantil mexicano, en otras áreas especializadas de derecho se ha incorporado la técnica del levantamiento del velo de las personas morales bajo la premisa de indagar la realidad interior de la persona moral, misma que encuentra sustento en el Código Civil Federal dentro de los preceptos que establecen el principio de la buena fe y la licitud de todo proceder, al que deben sujetarse todos los sujetos de derecho.

Si bien la legislación mexicana reconoce la personalidad jurídica independiente de las sociedades mercantiles, algunas sociedades han sido utilizadas de manera indebida como un mero instrumento de abuso y fraude para perjudicar a terceros e incluso evadir el cumplimiento de una o más leyes.

En relación con lo anterior, cuando existen conductas en las que se utiliza la legitimidad de la personalidad jurídica para el incumplimiento de obligaciones hacia terceros o autoridades, esto implica una violación al principio general de la buena fe y de falta de transparencia que exige la autenticidad de la persona que interviene en un acto jurídico.

Así, en los casos en los que se comete abuso de la personalidad jurídica, tanto la coordinación y estrategia jurídica que es llevada a cabo para cometer dicha conducta abusiva, involucran actos complejos que le dan su carácter de doloso. Ante esta situación es necesario para los jueces, recurrir a técnicas ajenas y aplicarlas para descubrir al sujeto de derecho oculto que utiliza la voluntad de la sociedad para la consecución de sus propios fines y que de manera paralela y voluntaria causa daños a un tercero o a las autoridades.

Dicha situación, trae como consecuencia un campo nuevo para analizar y replantear la realidad de las sociedades mercantiles mexicanas, en especial las sociedades de capital como: la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, en las que los accionistas sólo están obligados al pago de sus acciones o aportaciones sociales, cuya finalidad legal es

garantizar que el patrimonio que se pone en riesgo se limite al de la inversión realizada en cada negocio, y en estricto derecho su responsabilidad no va más allá ni se aplicaría siquiera en caso de delitos en que la sociedad se vea implicada.

Sin embargo, ¿Cuáles son las conductas abusivas que sobrepasan los derechos y beneficios otorgados a las personas morales, en especial los de las sociedades mercantiles?, ¿Cuándo se estima necesaria la búsqueda de los sujetos que se cubren en el velo corporativo reconocido por el Estado?, de ser el caso ¿Qué alcance tendría la develación de los socios en las responsabilidades y obligaciones adquiridas por las sociedades? ¿Se puede causar un daño en ejercicio de un derecho? ¿Existe en nuestro ordenamiento jurídico normatividad aplicable a las situaciones de hecho de abuso de la personalidad jurídica societaria? Y de existir un vacío normativo, ¿Los Tribunales nacionales, en base a los principios generales de derecho común, pueden determinar el desconocimiento de la personalidad jurídica societaria?, además ¿Qué tan compatible es la técnica del levantamiento del velo corporativo con el ordenamiento jurídico nacional? Y por último ¿Cuál sería la mejor manera para combatir el abuso de la personalidad jurídica?

Entre los objetivos principales que busco cumplir en el presente trabajo de investigación, se encuentran los siguientes:

- I. Mantener como primordial la figura de la personalidad jurídica societaria, pues el respeto a esta institución debe prevalecer y sólo aplicarse, el levantamiento del velo corporativo, de manera excepcional en casos de abuso y fraude;
- II. Robustecer la figura de la personalidad jurídica societaria, de este modo se asegura el correcto funcionamiento de estos entes y se brinda mayor certeza jurídica en los actos celebrados con terceros;
- III. Hacer extensiva la responsabilidad de las sociedades mercantiles de capital a sus accionistas de manera solidaria e ilimitada en los casos en los que se determine por la ley; y
- IV. Auxiliar con una nueva técnica de interpretación, que en cumplimiento con la garantía de legalidad, sea clara y que no dé lugar a confusiones, sin que sea necesario por el juzgador realizar una labor de hermenéutica compleja al respecto.

Con base a lo anterior, en diversos sistemas jurídicos extranjeros se han desarrollado herramientas que dan respuesta a las tendencias actuales que han surgido en algunas sociedades que cometen abuso bajo la protección que les brinda la personalidad jurídica.

Aunque es conocida con diferentes denominaciones en los distintos sistemas jurídicos, la técnica del levantamiento del velo corporativo busca subsanar el vacío jurídico y regular la ventaja de la separación de patrimonios que es aprovechada de manera abusiva por algunas sociedades mercantiles.

En México se ha aplicado la técnica del levantamiento del velo en sociedades distintas a las mercantiles; y aunque se determinó la no aplicación de la técnica del velo corporativo como tal, en lo resuelto por Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, la técnica del levantamiento del velo es una herramienta que bajo una correcta aplicación asegurará el mejor funcionamiento de las sociedades mercantiles, además de aumentar la certeza de los actos jurídicos.

Así, entre los aspectos relevantes de la aplicación de la técnica del levantamiento del velo corporativo en el derecho comparado, se encuentra una conducta abusiva, de engaño o fraude hacia terceros, particulares o hacia autoridades.

De acuerdo a lo anterior, la utilidad de la aplicación de la técnica del levantamiento del velo corporativo resulta primordial para descubrir la relación con las personas morales, los actos ilícitos que se gestan en su interior, todo lo anterior bajo la protección que brinda el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas morales y que resulta en un uso abusivo de las formas jurídicas reconocidas por el Estado. Con la aplicación de la técnica del levantamiento del velo corporativo, se pretende hacer cumplir con las obligaciones y las normas que se intentaron eludir, además de hacer extensiva la responsabilidad patrimonial universal de la sociedad acreedora a los implicados que resulten del levantamiento y posterior penetración del velo corporativo.

Por último, es importante ponderar el derecho que se otorga a las personas morales respecto de la separación de patrimonios y evaluar si este es más importante que el cumplimiento de las obligaciones contraídas con terceros que se pretende eludir. Además, la mayoría de los tribunales que aplican dicha técnica, comparten determinados requisitos que en su conjunto son suficientes para iniciar un estudio que permita la aplicación de dicha técnica y que en el desarrollo del presente trabajo se debe estudiar y determinar la aplicabilidad en nuestro sistema jurídico.

LA APLICABILIDAD DE LA TÉCNICA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

CAPÍTULO I. CONCEPTOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

1.1 Concepto de Persona y Personalidad Jurídica.

Hoy en día los conceptos “hombre”, “persona” y “personalidad” son considerados como sinónimos, sin embargo en derecho tal grado de confusión nos puede llevar a la utilización de dichos conceptos de manera errónea y atribuir de forma inherente las características de un sujeto de derecho a los “hombres” o a las “personas” sin distinción alguna.

A pesar de las múltiples teorías, trabajos e historia sobre el origen y la naturaleza de la “persona” y la “personalidad jurídica”, para los efectos del presente trabajo solamente analizaré las doctrinas más sobresalientes a la luz de la legislación mercantil vigente como punto de partida para estudiar el concepto de las sociedades mercantiles y la viabilidad para el levantamiento del velo corporativo.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española en su 22.^a edición, la palabra “Persona” proviene “del latín *persōna*, (este del etrusco *phersu*, y este del griego *πρόσωπον*), es definido como el individuo de la especie humana, distinguible en la vida pública.”¹

Del concepto anterior, se distingue en primer término al “hombre” como un individuo de la especie humana. Además son distinguibles dos vertientes de la palabra “persona”, la primera la moral o filosófica y la segunda jurídica. Desde el punto de vista moral o filosófico la palabra “persona” indica únicamente a la criatura humana, es decir el hombre que se determina por principios y valores que está dotado de voluntad y razón, y cuya conducta es susceptible de trascender en el mundo ideal, “...de este modo persona termina por indicar independientemente al individuo humano, y este es el significado que se hace más común y persiste hasta el día de hoy.”²

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico la palabra “persona” cumple su cometido únicamente en el campo del derecho y no se separa de su concepto filosófico o moral, sino que por añadidura es reconocida su capacidad para trascender mediante relaciones jurídicas, es decir su personalidad jurídica.

Del mismo modo, el Maestro Ferrara distingue y despeja de la palabra “persona” al hombre, a la persona moral y la persona que cuenta con una función jurídica, de la

¹ *Diccionario de la Real Academia Española*, 2015, [en línea], Madrid, España, [citado 15-04-2015], disponible en Internet: <http://lema.rae.es/drae/?val=persona>.

² Ferrara, Francisco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Colección Clásicos del Derecho. Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006, p. 313.

siguiente manera: "...el término "persona", tiene tres significados: en el sentido *fisio-antropológico*, hombre; en el sentido *teológico-filosófico*, ente racional, consiente, capaz de querer; y en el sentido jurídico, ente que tiene función jurídica, cualidades en el derecho, capacidad."³

Ahora bien, ya que se distingue al "hombre" de la "persona", se debe identificar la "personalidad" de las personas físicas. El término "personalidad" es un término técnico, con el que se denota la existencia en el mundo jurídico de un ente, y que implica ser titular de derechos y obligaciones.

Así, para entender el significado de "personalidad" es necesario remitirnos a la primera definición de "persona" como una criatura humana determinada por principios y valores que está dotada de voluntad y razón, y cuya conducta es susceptible de trascender en el mundo real. Esa capacidad para hacer trascender su voluntad es la "personalidad" y se externa en el mundo real mediante relaciones jurídicas.

De acuerdo a la tesis del profesor Nicolai Hartmann, la "persona" es el sujeto humano que se representa como intermediario entre el mundo de lo ideal, que proviene de sus valores morales e ideales, y del mundo de las realidades en el que convierte a los ideales en fuerzas modeladoras de lo real.

De la definición anterior, se observa que la "personalidad" es un concepto normativo jurídico y que se integra por el "hombre", sus valores y su conducta que trascienden en el mundo de los hechos. "De acuerdo con la concepción tradicionalista, el ser humano, por el simple hecho de serlo, posee personalidad jurídica, si bien por ciertas limitaciones impuestas por la ley (edad, uso de razón [...])"⁴

Dicha corriente tradicional se apoya en la tesis del autor Windscheid, sobre derecho subjetivo. Esta corriente identifica como la esencia del hombre el poder volitivo que posee y por lo tanto, el sujeto de esa voluntad es el sujeto de derecho por excelencia.

Aunque la mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes reconocen a la "personalidad" como atributo de la persona por el simple hecho de serlo, este principio tradicionalista no siempre fue reconocido en la antigüedad, tal es el caso de la institución de la esclavitud, en la que el esclavo es considerado como objeto de relaciones jurídicas y no como un sujeto de derecho. En Roma, la "personalidad" no era un atributo de todas las personas, además existían diversos elementos para tener una plena capacidad jurídica o personalidad completa.

Como se puede ver, "... los derechos no siempre son entidades que hayan estado ahí, presentes en toda la historia de la humanidad, ni representan tampoco algo así como la manifestación de la "esencia humana". Los derechos como lo ha explicado Bobbio, tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las

³ Citado por Flores García, Fernando, *Ensayos Jurídicos*, Editorial Porrúa, México, 2006, p.p. 242.

⁴ García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 65ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1940, p.p. 271.

sociedades y los individuos dentro de unas coordenadas especiales y temporales determinadas.”⁵

Ahora bien, desde el punto de vista sustantivo en nuestro ordenamiento jurídico el ser humano por el simple hecho de serlo posee personalidad jurídica y la misma ley establece límites para su ejercicio. Tales situaciones se recogen en los artículos 22, 23 y 24 del Código Civil Federal (en adelante “CCF”), que se citan a continuación:

“**Artículo 22.** La personalidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Artículo 23. La minoría de edad, el estado de interdicción y demás discapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentarse contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Artículo 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de sus personas y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.”

Entonces, ¿La personalidad jurídica es inherente a las personas o un *status* reconocido y delimitado por el orden jurídico aplicable? Tal cuestión es muy discutida y se encuentra en proceso de ajuste a las necesidades actuales, para explicarla existen dos principales teorías, por una lado los *realistas o naturalistas*, y por el otro lado los *formalistas o puramente jurídicos*.

En las teorías realistas o naturalistas, la “personalidad” es un atributo inherente a las “personas”, mismo que parte de la base de su racionalidad y de su capacidad de hacer y obrar; y por su parte, las teorías formalistas afirman que la personalidad es una atribución reconocida por el orden jurídico, “...la personalidad podía perderse también por una condena penal (muerte civil) o por la adopción del estado religioso (vida claustral) Y también en los individuos capaces, la personalidad se manifiesta como una variable, que podía ser concedida en más o menos larga medida. Históricamente no han sido iguales, desde el punto de vista jurídico hombres y mujeres, cristianos y hebreos, nobles y vasallos, y aún hoy existe una diferencia entre nacionales y extranjeros (...)”⁶

Para Kelsen, la “personalidad” de las personas físicas no es una manifestación natural de la calidad del hombre, sino más bien un aspecto particular del actuar de las personas físicas que sólo trasciende cuando el hombre es miembro de un grupo y desempeña figuras jurídicas creadas previamente.

En el mismo sentido, para Ferrara la “personalidad” “...es un producto del orden jurídico, que surge gracias al reconocimiento del derecho objetivo. La llamada persona individual

⁵ Carbonell, Miguel. *Una historia de los derechos fundamentales.*, UNAM, CNDH, Editorial Porrúa, México, 2005, p.p. 7.

⁶ Ferrara, Francisco, *Óp. Cit.*, p.p. 331.

no es persona por naturaleza, sino por obra de ley. Fuera de una organización estatal, el individuo humano no es sujeto de derecho.”⁷

En resumen, el concepto de “persona” encuentra su significado dentro del campo del derecho como todo ente con la capacidad para exteriorizar su voluntad y ser sujeto derechos y obligaciones, por lo que “persona” y “sujeto de derecho” expresan el mismo concepto jurídico; y por otro lado, el concepto de “personalidad” es la cualidad jurídica de las personas reconocida por el orden jurídico para ser sujeto de derecho y obligaciones.

Como ya se han señalado las características relevantes de los conceptos de “persona física” y “personalidad” ahora es el turno de analizar a la “persona moral o jurídica”.

De acuerdo con el Maestro Flores García, las “personas morales” “Representan una de las dos especies de atribución normativa de la personalidad jurídica.”⁸ Y poseen una gran cantidad de denominaciones, entre las más comunes están las siguientes: personas jurídicas, personas colectivas, personas sociales, personas jurídicas colectivas, entre otras.

En este sentido, no existe ningún obstáculo para reconocer la “personalidad” de las asociaciones humanas o “personas morales”. Como se vio con anterioridad, en la antigüedad no a todo hombre se le reconoció como “persona” y no todas las “personas” como hombres, tal es el caso de las “personas morales”. En el derecho romano, junto con las “personas físicas” se reconocían otros sujetos de derecho, es decir las “personas morales”, aunque la diferencia entre las primeras y las segundas, es que éstas últimas no poseen una existencia material, sino una ideal.

Como señala la maestra Morinau, el concepto de “persona” designa a todo ser capaz de tener derechos y obligaciones. Y aunque en el derecho romano no se contaba con una teoría de las personas jurídicas que las regulara, se conocían como “personas morales” “...dos tipos: las asociaciones y las fundaciones. Las primeras consistían en la reunión de varias personas físicas, las segundas consistían en la afectación de patrimonios.”⁹ No fue, sino hasta la etapa republicana, que la exigencia de contar con la aprobación del Estado se convirtió en elemental, ya que en caso de no contar con la autorización concedida por una ley, un senado consulto o una constitución imperial la “persona moral” no existía.

De acuerdo a lo anterior, la figura jurídica de “persona” y “personalidad” puede extenderse hasta agrupaciones de hombres. A estas “personas morales” se les reconoce la capacidad para la exteriorización de su voluntad, así como su capacidad para obligarse, es decir están dotadas de personalidad jurídica. Mientras las “personas físicas” tienen

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, p.p. 255.

⁹ Morineau Iduarte, Marta y Iglesias González, Román. *Derecho Romano*, 4ª Ed., Editorial Oxford University Press, México, 2006, p.p. 52.

como características ser individuos, naturales y corpóreos; las “personas jurídicas o morales” son realidades, conformadas por individuos e intangibles.

De acuerdo con la teoría realista del organismo social de Otto Gierke, las “personas morales” encuentran un paralelismo con el funcionamiento de las “personas físicas”, ambas cuentan con voluntad y son consideradas por el derecho objetivo como sujetos de derechos y obligaciones. La voluntad de las “personas morales” se expresa a través de los órganos que la componen, y ésta voluntad no le pertenece a nadie más que a la misma “persona moral”, por lo tanto así como es capaz de obligarse y ser sujeto derechos, también puede ejecutar actos ilícitos.

El hecho de que las “personas morales o jurídicas” sean entes incorpóreos no implica que no es identificable la persona responsable de sus derechos y obligaciones ya que “...de quien, en todas las situaciones e hipótesis tiene, directa o indirectamente, los derechos y las obligaciones es el hombre. La personalidad jurídica es la expresión unitaria de dichos deberes y derechos de la persona, aun cuando no el sostén objetivo, no el soporte material de ellos.”¹⁰

De acuerdo con autores, como Ascarelli y Ferrara, el reconocimiento de las personas morales lo determina el ordenamiento jurídico, y sin éste dichos entes no podrían tener existencia alguna en la realidad jurídica, y es el mismo ordenamiento el que establece los requisitos necesarios para dar dicho reconocimiento. La naturaleza de las “personas morales” es estrictamente normativa pues surge como regulación de las necesidades humanas en sociedad. “Las personas morales o colectividades, son una pluralidad de hombres que persiguen un fin común, o un fin supremo de defensa o un objetivo particular de los coasociados”.¹¹ Es entonces, ésta categoría jurídica otorgada y limitada por el orden jurídico, en donde nace la persona como sujeto de derecho o en donde se constituya la persona moral.

En este sentido la “personalidad jurídica”, en particular de las personas jurídicas o morales, nace en el ámbito jurídico para el cumplimiento de los fines que individualmente no se podrían cumplir, en los que la unidad, dirección y acción necesitan de la continuidad de medios para lograr un fin.

Así, el propósito práctico de tratar a varias personas como a una sola persona trasciende al cambio de voluntad de sus socios o a su muerte. La unidad de varios individuos para la consecución de un fin en común necesita de una unidad identificable, en la que se puedan establecer derechos y obligaciones y subsistir más allá de la vida de uno de sus integrantes. En palabras del Mtro. Fernando Flores García “...por la unión y la coordinación de sus actividades los asociados forman un todo, pero ese todo son ellos mismos y sólo ellos mismos; ellos lo son todo en ese todo.”¹²

¹⁰ Flores García, Fernando. *Óp. cit.*, p.p. 247 y 248.

¹¹ Ferrara, Francisco. *Óp. Cit.*, p.p. 339

¹² Flores García, Fernando, *Óp. cit.*, p.p. 256.

Del mismo modo, desde el punto de vista sustantivo, en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce a las “personas morales” en el artículo 25 del CCF, dicho artículo se cita a continuación:

“**Artículo 25.** Son personas morales:

I. La Nación, Los Estados y los Municipios;

II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidos por la ley;

III. Las sociedades civiles o mercantiles;

IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la constitución Federal;

V. Las sociedades cooperativas o mutualistas;

VI. Las asociaciones distintas a las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidos por la ley;

VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.”

En nuestro ordenamiento jurídico, en el CCF, además del ya citado artículo 25 en el que se reconocen las personas morales, en el artículo 26 también se les reconoce su capacidad de ejercicio para la obtención de su fin; es en el artículo 27 en el que se reconoce los órganos mediante los cuales las personas morales pueden obligarse; y por su parte en el artículo 28 se establecen las leyes que regirán tanto su establecimiento como función de las personas morales. A continuación se citan dichos artículos:

“**Artículo 26.** Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución.

Artículo 27. Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por la disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos.

Artículo 28. Las personas morales se regirán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos.”

Dichos preceptos, son la base del derecho común de la personalidad jurídica de las personas morales y dependiendo del tipo de agrupación y finalidad se van desprendiendo requisitos específicos para su constitución y funcionamiento.

Confirmando lo anterior, Ferrara señala: “La personalidad únicamente puede emanar del orden jurídico. Por tanto, es inexacto el pensamiento de los que consideran la capacidad de las corporaciones o fundaciones como un efecto de la voluntad de los socios o del fundador, porque la voluntad humana no tiene el poder de producir sujetos de derecho.”¹³

¹³ Ferrara, Francisco, *Óp. Cit.*, p.p. 375. Véase también Tullio, Ascarreli, *Sociedades y Asociaciones Comerciales*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1947, p.p. 50. “Las personas jurídicas

En conclusión, en el derecho positivo mexicano se establecen las cualidades que deben reunir los entes colectivos para la constitución sociedades o asociaciones. Si el ordenamiento jurídico es el único facultado para determinar cuáles entes colectivos pueden o no contar con una personalidad jurídica, es el ordenamiento jurídico quien también puede modificar o desestimar la personalidad previamente reconocida.

1.2 Atributos de la personalidad jurídica.

Ahora bien, como consecuencia de la personalidad tanto las personas físicas como las personas morales poseen cualidades o características que las identifican como individuos, a estas características se les conoce como “atributos de la personalidad”.

Para el Maestro De Pina “Las cualidades o propiedades de un ser constituyen sus atributos. Son aquellos elementos propios y característicos, que encontramos en todas las personas y que tienen ciertas consecuencias jurídicas.”¹⁴

Así, por ser cualidades para identificar a las personas, los atributos de la personalidad son reconocidos más allá de un ordenamiento jurídico. En los artículos 3 y 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que México ha suscrito y ratificado, se señala la necesidad de salvaguardar a los individuos como personas y su personalidad jurídica. A continuación se citan dichos artículos:

“**Artículo 3.** Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

[...]

Artículo 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”¹⁵

Para Rojina Villegas las personas físicas cuentan con los siguientes atributos: i) Capacidad; ii) Estado civil; iii) Patrimonio; iv) Nombre; v) Domicilio; y vi) Nacionalidad. Para el mismo autor existe una analogía entre los atributos de la persona física y de la persona moral “...exceptuándose lo relacionado con el estado civil, que sólo puede darse en las personas físicas, ya que deriva del parentesco, del matrimonio, del divorcio o del concubinato.”¹⁶

En el caso de las personas morales, en específico de las personas morales de carácter mercantil, cada uno de sus atributos están regulados en el apartado que regula cada tipo de sociedad dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles (en adelante “LGSM”). Para delimitar el presente trabajo solamente analizaré las características de los atributos

deben su vida al ordenamiento jurídico, el cual en determinados casos refiere las normas a entes diversos de las personas físicas, entes que pueden no tener existencia alguna en la realidad no jurídica.”

¹⁴ De Pina, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 24ª Ed., Editorial Porrúa, México, 2000, p.p. 210.

¹⁵ Secretaría de Relaciones Exteriores, 2015, [en línea], México, [citado 15-07-2015], disponible en Internet: <http://www.sre.gob.mx/index.php/direccion-general-de-derechos-humanos/iidh>

¹⁶ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I. Introducción, Personas y Familia*, 39ª Ed., Editorial Porrúa, México, 2008, p.p. 155.

de las sociedades de capital, es decir las Sociedades Anónimas y las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Ahora bien, para entender los atributos de las personas morales primero explicaré brevemente los atributos de la persona física que son compatibles como son: Nombre; Domicilio; Capacidad; Nacionalidad; y Patrimonio y enseguida su aplicación a las personas morales.

1.2.1 Nombre.

El nombre es considerado como uno de los atributos esenciales de la personalidad, ya que es otorgado al momento del nacimiento de una persona y su principal objetivo es distinguir a una persona de otra. En civilizaciones antiguas como la hebrea y la griega, el nombre era único e irreplicable en un grupo y no se transmitía a los descendientes. De acuerdo con Planiol, no fue sino hasta los romanos cuando el nombre se compuso por dos elementos; "... el nomen o gentelium llevado por todos los miembros de la familia (gens) y el praenomen, o nombre propio de cada individuo."¹⁷

Hoy en día, el nombre de las personas físicas se forma con uno o más nombres propios y los apellidos o patronímicos que identifican a la ascendencia familiar.

Así, para el Maestro Rojina Villegas la naturaleza jurídica de este derecho subjetivo es que "El nombre cumple con una función de policía administrativa para la identificación de las personas y desde el punto de vista civil constituye una base de diferenciación de los sujetos para poder referir a ellos consecuencias jurídicas determinadas; tanto en el Registro Civil como en el Registro Público de la Propiedad, se imputan derechos o se determinan situaciones jurídicas en función del nombre."¹⁸

Por lo tanto, el nombre cumple dos funciones: individualizar e identificar a un sujeto de derecho en la sociedad. En el caso de las personas físicas, con el nombre se tiene el resguardo de la ley para impedir que un tercero interfiera en nuestro desenvolvimiento jurídico, ya sea para asegurar el cumplimiento de obligaciones con terceros o bien, tutelando los derechos individuales. Además, la ley considera como delito el uso indebido del nombre, cuando éste no corresponda al sujeto y se utilice con el fin de defraudar y causar daño.

Una de las características principales del nombre de las personas físicas es que "...es un derecho subjetivo de carácter extrapatrimonial, es decir, no es valorable en dinero, ni puede ser objeto de contratación"¹⁹.

Sin embargo, como se verá más adelante para las personas morales el "nombre" es parte de su patrimonio y también resulta ser un derecho que puede ser objeto de contratación y que forma parte de su patrimonio.

¹⁷ *Ibidem*, p.p. 197.

¹⁸ Rojina Villegas, Rafael, *Óp. Cit*, p.p. 199.

¹⁹ *Ibidem*, p.p. 197.

Ahora bien, en el caso de las personas morales reguladas en la LGSM, al nombre se le denomina “razón social” o “denominación” y es un elemento indispensable para la formación del documento constitutivo. A continuación se cita dicho artículo:

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

I.- [...]

III.- Su razón social o denominación;

[...].”

De este modo, el nombre de la sociedad es el género y éste abarca dos especies; la primera es la razón social y la segunda es la denominación. En la “razón social” se incorpora el nombre de uno o más socios e implica responsabilidad para los mismos, salvo que se establezca el tipo social adoptado que limite su responsabilidad. Mientras que la “denominación” es libre y cumple una función de identificación frente a terceros y es utilizada en las sociedades anónimas.

Al respecto, en los artículos 58 y 87 de la LGSM se regula la existencia de las sociedades bajo su denominación y razón social:

“[...] **Artículo 58.** La sociedad de responsabilidad limitada existirá bajo una denominación o bajo una razón social que se formará con el nombre de uno o más socios. La denominación o la razón social irá de inmediatamente seguida de las palabras “Sociedad de Responsabilidad Limitada” o de su abreviatura “S. de R.L.” [...].

Artículo 87. Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones. [...]”

Mientras que los términos “denominación” y “razón social” pertenecen al ámbito societario, los términos “nombre comercial” o “marca” pertenecen al ámbito de la propiedad industrial, que otorga un derecho y uso exclusivo a sus propietarios, previa obtención de un registro ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

De acuerdo con el artículo 89 de la Ley de la Propiedad Industrial (en adelante “LPI”), una marca puede formarse por denominaciones y razones sociales, entre otras y puede ser objeto de comercio. A continuación se cita dicho artículo:

“**Artículo 89.** Pueden constituir una marca los siguientes signos:

I.- Las denominaciones y figuras visibles, suficientemente distintivas, susceptibles de identificar los productos o servicios a que se apliquen o traten de aplicarse, frente a los de su misma especie o clase;

II.- [...]

III.- Los nombre comerciales y denominaciones o razones sociales, siempre que no queden comprendidos en el artículo siguiente; y

IV.- El nombre de una persona física, siempre que no se confunda con una marca registrada o un nombre comercial publicado.”

A diferencia del nombre de las personas físicas que es de carácter extrapatrimonial y está fuera del comercio, el “nombre” de las personas morales si puede estar sujeto a contratación. En el artículo 136 de la LPI, se regula dicha situación:

“**Artículo 136.** El titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder, mediante convenio, licencia de uso a una o más personas, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca. La licencia deberá ser inscrita en el Instituto para que pueda producir efectos en perjuicio de terceros.”

Aunque suelen utilizarse los términos “denominación” y “razón social” de manera indistinta en el ámbito jurídico, y aun cuando no existe un efecto negativo es conveniente referirnos a ellos de manera puntual debido a su distinción en la misma ley.

1.2.2 Domicilio.

El domicilio es el lugar en donde una persona física reside habitualmente y cuyo propósito es radicar en el mismo. En el concepto de domicilio se reconocen dos elementos; el elemento objetivo que es la residencia habitual, susceptible de prueba directa; y el elemento subjetivo, que es el propósito de establecerse en determinado lugar.

Para el ámbito jurídico, el domicilio “...es el centro al cual se refieren los mayores efectos jurídicos. Sirve de base para determinar la competencia de los jueces y la mayor parte de los actos civiles, asimismo, el domicilio es lugar normal de cumplimiento de las obligaciones y también del ejercicio de los derechos políticos o civiles...”²⁰

Tradicionalmente, se consideran tres tipos de domicilios para las personas físicas: el voluntario, que es aquél que es declarado sin requerimiento legal; el convencional, que es designado entre las partes para dar cumplimiento a sus obligaciones cuando se celebra un acto jurídico; y el legal, que es designado por la ley para personas específicas aunque la persona no esté allí presente.

El domicilio como atributo de la personalidad, es trascendente en las relaciones jurídicas tanto de las personas físicas, como de las personas morales, ya que fija el lugar en el que son exigibles las obligaciones adquiridas.

Así, al igual que la razón social o la denominación para la LGSM, es un atributo esencial para otorgar el documento constitutivo, lo es también la designación del domicilio. A continuación se cita dicho artículo:

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

I.- [...]

VII.- El domicilio de la sociedad;

[...].”

²⁰ *Ibidem*, p.p. 190.

Del mismo modo, de acuerdo con el artículo 33 del CCF, las personas morales tienen su domicilio en el lugar en donde está establecida su administración. A continuación se cita dicho artículo:

“[...]”

Artículo 33. Las personas morales tienen su domicilio en el lugar en donde se halle establecida su administración. [...]”

Para el Maestro Mantilla Molina, son compatibles las dos normas anteriores “...ya que la exigencia de la LSM puede entenderse en el sentido de que ha de señalarse el lugar en que se establecerá la administración de la sociedad, el cual será, en fuerza por lo dispuesto por el C.C., el domicilio social.”²¹

Sin embargo, en la actualidad el domicilio estatutario no siempre coincide con el domicilio en donde la persona moral tiene establecida su administración. Para el Maestro Frisch Philipp, existen tres tipos de domicilios con objetivos distintos que amplían o reducen dicho concepto: el corporativo, el *Ad hoc* o convencional y el fingido o funcional.

Dentro del domicilio corporativo se encuentran el estatutario y el extraestatutario, siendo el primero el que se establece obligatoriamente en los estatutos de la sociedad de acuerdo al artículo 6 de la LGSM, cuyo objetivo principal es asegurar a favor de los socios la correcta publicidad y celebración de las asambleas para el ejercicio y defensa de sus derechos, lo que sería más difícil si se celebrará en un lugar arbitrario distinto al establecido como domicilio social; y el que es calificado como de hecho o efectivo.

El segundo, es el domicilio *Ad hoc* o convencional, que es el designado para el cumplimiento de determinadas obligaciones de acuerdo al artículo 34 del CCF.

“**Artículo 34.** Se tiene derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones.”

Y el tercero, que es el fingido o funcional y se aplica a las personas morales cuando tienen su administración fuera del Distrito Federal y ejecutan actos jurídicos fuera de su circunscripción y se consideran domiciliadas en el lugar en donde se hayan ejecutado, de acuerdo al párrafo segundo, del artículo 33 del CCF.

“**Artículo 33.** [...]”

Las que tengan su administración fuera del Distrito Federal pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán como domiciliadas en este lugar, en cuanto lo que a esos actos se refiera. [...]”

De acuerdo a lo anterior, se exige que el domicilio estatutario esté relacionado con el funcionamiento de la sociedad sin embargo, en caso de no estar relacionado se aplicaría de manera supletoria el CCF y el domicilio será en donde se hallé establecida su administración.

²¹ Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho Mercantil*, 29ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1946, p.p. 236.

Es importante señalar que de acuerdo a los fines de cada disposición, se establece una definición propia de domicilio, como en el caso del Código Fiscal de la Federación y la Ley de Concursos Mercantiles, sin embargo el fin principal del domicilio es establecer el lugar para el ejercicio de los derechos de las personas y hacer exigible el cumplimiento de sus obligaciones.

1.2.3 Capacidad.

Como una consecuencia de la “personalidad” se encuentra la “capacidad jurídica”. Si bien el concepto de “personalidad” es la cualidad o aptitud jurídica de las personas reconocida por el orden jurídico para ser sujeto de derecho y obligaciones, la “capacidad jurídica” es la medida de esa aptitud.

Para Rojina Villegas la capacidad es el atributo más importante de las personas: “Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existir la personalidad.”²²

Del concepto anterior, se distinguen dos tipos de capacidad: la de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud de ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones y cuando ésta desaparece también lo hace la personalidad, ya que el sujeto queda imposibilitado para actuar en el mundo jurídico. Por lo tanto, la capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente, sino que existen diversos niveles jurídicos que la limitan, que van desde que la persona física es concebida y nace viva que cuenta ya con el derecho a heredar; hasta alcanzar la mayoría de edad para el goce de ciertos derechos como lo son los derechos políticos y de representación; y los mayores de edad que se encuentran sujetos a interdicción, quienes no tienen limitada su capacidad de goce pero sí la de ejercicio.

Para el segundo tipo, la capacidad de ejercicio o representación, supone el reconocimiento en el mundo jurídico de sus derechos y la posibilidad de celebrar actos jurídicos. Para Rojina Villegas la capacidad de ejercicio “...supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.”²³ La disminución de la capacidad de ejercicio hace necesario el uso de representantes que hagan valer los derechos o acciones, y se obliguen, cumplan o celebren actos jurídicos a nombre del titular.

Ahora bien, al ser reconocidas las personas morales como sujetos de derecho y al atribuirse también personalidad a las mismas, esto implica que se les reconozca la capacidad jurídica y sus dos especies: el goce y la capacidad de ejercicio o representación.

²² Rojina Villegas, Rafael, *Óp. Cit.*, p.p. 158.

²³ *Ibidem*, p.p. 164.

Para el correcto funcionamiento de las personas morales, es necesaria la capacidad de goce y de ejercicio para el cumplimiento de sus obligaciones y consecución de su objeto. Así lo establece los artículos 26 y 27 del CCF que se citan a continuación:

“**Artículo 26.** Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución.

Artículo 27. 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.”

Por otro lado, para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de las personas morales se deben realizar actos jurídicos que requieren de cualidades, de conocer y de querer, de este modo la voluntad de las personas morales se expresa a través de los órganos que la componen, es decir de sus administradores, quienes no podrán realizar operaciones extrañas al objeto de la sociedad, y ésta voluntad no le pertenece a nadie más que a la misma persona moral. De este modo, el artículo 10 de la LGSM reconoce la capacidad de representación de las sociedades mercantiles a sus administradores. A continuación se cita dicho artículo:

“**Artículo 10.** La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la Ley y el contrato social.

[...]”

Además del reconocimiento que se hace en los citados preceptos, se establece una restricción en la finalidad para cuya consecución han sido constituidas las sociedades. El objeto de las sociedades mercantiles es una restricción a la capacidad de las personas morales y por lo tanto, cualquier acto realizado fuera de dichos límites carecerá de eficacia por la falta de voluntad como elemento de existencia. El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también establece reglas especiales para la capacidad de las personas morales, como lo son las sociedades extranjeras.

1.2.4 Nacionalidad.

Para el Maestro García Máynez “La nacionalidad suele ser definida como “el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado. Desde el punto de vista de dicho vínculo, los individuos divídense en nacionales y extranjeros”²⁴

El concepto de nacionalidad puede ser analizado desde dos puntos de vista, el sociológico y el jurídico, siendo el último el de mayor trascendencia y que analizaré en el presente trabajo. Para el maestro Eduardo Trigueros la nacionalidad es “...un vínculo natural, que

²⁴ García Máynez, Eduardo, *Óp. Cit.*, p.p. 397.

por efecto de la vida común y de la conciencia social idéntica hace el individuo, miembro del grupo que forma la nación.”²⁵

La nacionalidad, desde el punto de vista jurídico es un vínculo que une a sus integrantes con el Estado, y por lo tanto es ese Estado el que otorga derechos e impone obligaciones a sus integrantes y establece los requisitos con los cuales se otorga dicha categoría.

Las personas físicas pueden adquirir su nacionalidad por *ius soli* o *ius sanguinis* (por derecho de nacimiento en el territorio o por derecho de sangre, es decir heredado).

Sin embargo, para las personas morales la nacionalidad va relacionada con la identificación de derechos y obligaciones aplicable cuando cumplen con los requisitos establecidos en cada Estado para ser reconocidas como nacionales o bien, para que se les reconozca la personalidad.

En la LGSM se distingue entre sociedades mexicanas y extranjeras, pero no se hace una diferenciación entre éstas, no es sino la Ley de Nacionalidad en su artículo 8, la que define a las personas morales de nacionalidad mexicana, a continuación cito dicho artículo:

“**Artículo 8.** Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal.”

En el caso de las sociedades extranjeras, se reconoce su personalidad jurídica y su capacidad en el capítulo XII de la LGSM, a continuación cito dicho artículo:

“CAPITULO XIII. De las sociedades extranjeras

Artículo 250. Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República.

Artículo 251. Las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro.

[...]”

Por último, la Ley de Inversión Extranjera reconoce dos tipos de sociedades mexicanas, de acuerdo a la integración de su capital social: con cláusulas de admisión de extranjeros y cláusula de exclusión de extranjeros.

En el artículo 4 de la Ley de Inversión Extranjera, también se señala que la inversión extranjera conformada por socios extranjeros puede participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, excepto en las actividades restringidas en la ley. Por lo tanto, una sociedad que cuente con el cien por ciento de capital extranjero; se constituya de acuerdo con las leyes mexicanas; y establezca su domicilio en el territorio nacional es una sociedad mexicana.

²⁵ Citado por Muñoz Rojas, Pablo, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. ¿Tienen nacionalidad las personas morales?*, No. 21, México, 1992, p.p. 365.

1.2.5 Patrimonio.

Para Planiol “...Se llama patrimonio al conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona, apreciables en dinero. Si se quiere expresar su valor con una cifra, es necesario sustraer el pasivo del activo, conforme al proverbio “*bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*” ”²⁶

De la definición anterior encontramos dos elementos: el activo y el pasivo. El activo está integrado por todos los bienes que pueden ser apreciables en dinero, cuando éste es mayor que el pasivo se llama “haber patrimonial” o “solvencia”; mientras que el pasivo se compone de obligaciones que también son susceptibles de ser valoradas en dinero, y cuando resulta mayor el pasivo que el activo se llama “déficit patrimonial” o “insolvencia”.

Existen dos principales teorías que intentan explicar al patrimonio: la teoría clásica o del patrimonio- personalidad y la teoría moderna o del patrimonio- afectación.

La primera mantiene una estrecha vinculación entre patrimonio y capacidad; para esta corriente sólo las personas son capaces de tener patrimonio, ya que sólo ellas son pueden tener derechos y obligaciones. También reconoce sólo un solo patrimonio para cada persona y contempla la inalienabilidad del patrimonio durante la vida de su titular.

De acuerdo con Rojina Villegas, para la escuela clásica “El patrimonio se manifiesta como “una emanación de la personalidad y la expresión del poder jurídico de que una persona se halla investida como tal.” Precisamente esta vinculación estrecha entre el patrimonio y la persona, permitió a la escuela clásica la formación del concepto patrimonio, como una emanación de la personalidad, a tal grado, que la crítica que se ha hecho a esta doctrina descansa fundamentalmente, en el hecho de que se deriva la noción de patrimonio de la noción de persona.”²⁷

Una de las críticas más destacadas de esta doctrina se relaciona con el grado de confusión entre el concepto de patrimonio y capacidad, ya que aunque la persona no posea bienes, basta la aptitud de poseerlos en el futuro para considerar que tiene patrimonio. La situación anterior, permite que tanto la indivisibilidad como la inalienabilidad que son inherentes a la personalidad también sean características del patrimonio.

Sin embargo, en el derecho positivo mexicano se distinguen dos o más patrimonios de una misma persona, tal es el caso del patrimonio propio y del adquirido por herencia o donación.²⁸ Así como en el caso mexicano, se observaron en otros ordenamientos

²⁶ Citado por Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil II. Bienes, derechos reales y sucesiones*, 39ª Ed., Editorial Porrúa, México, 2008, p.p. 7.

Traducción libre: El conjunto de bienes no puede comprenderse sin haber efectuado antes la deducción de las deudas.

²⁷ Rojina, Villegas, *Óp. Cit.*, p.p. 8.

²⁸ Cfr. Mantilla Molina, Roberto L., *Óp. Cit.*, p.p. 128. Véase también Rojina Villegas, *Óp. Cit.*, p.p. 10.

jurídicas situaciones en las que se permitía la divisibilidad total del patrimonio, así como su enajenación total, esta situación dio origen a la doctrina del patrimonio de afectación.

Sobre la segunda corriente o doctrina del patrimonio-afectación, el patrimonio ya no se confunde con la personalidad, ni con su indivisibilidad e inalienabilidad. De este modo, es posible que una persona, dependiendo de sus diversos fines jurídico-económicos, ponga bajo la protección del derecho distintos intereses tales como el patrimonio de familia y del fondo mercantil, mismos que pueden ser transmitidos por acto entre vivos por contrato.

A pesar de la trascendencia de ambas corrientes, el derecho civil mexicano se mantiene en un punto medio entre la corriente clásica y la moderna. Es así que, para el derecho mexicano se aplica la doctrina clásica, con la excepción de la indivisibilidad que permite dos patrimonios, pero que incorpora principios como el de que toda persona debe tener un patrimonio y que ya que sólo las personas pueden tener derechos y obligaciones sólo las personas pueden tener patrimonio.

Partiendo de lo anterior, encontramos que el patrimonio social de las personas morales “[...] es el conjunto de bienes y derechos de la sociedad, con deducción de sus obligaciones; se forma, inicialmente, con el conjunto de aportaciones de los socios.”²⁹

El patrimonio social suele confundirse con el capital social. El capital social tiene una connotación jurídica y contable, señala las obligaciones o aportaciones que relacionan a los socios con las sociedades y en la LGSM se establecían montos mínimos para la formación del patrimonio social; también es un monto constante, independientemente de las operaciones comerciales y las fluctuaciones de mercado, pues el capital social sólo puede ser aumentado y disminuido por las aportaciones de los socios.

Por otra parte, el patrimonio social es un reflejo de la vida activa y comercial de la sociedad y a diferencia del capital social, el primero puede aumentar o disminuir sin necesidad de verse modificado directamente por las aportaciones de los socios.

El patrimonio social es hoy en día una garantía para quienes contratan con las sociedades, pues es en este caso, en el que se hace de carácter patrimonial la denominación o razón social de las personas morales. Como parte del patrimonio, el capital social es un elemento obligatorio en su documento constitutivo, en el que debe reflejarse el importe total del capital social, así como la aportación de cada socio, a continuación cito el artículo 6 de la LGSM:

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

I.- [...]]

V.- El importe del capital social;

²⁹ Mantilla Molina, *Óp. Cit.*, p.p. 212.

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

[...]"

El capital social es el componente principal del patrimonio de la sociedad y su principal función es ser utilizado como garantía de los acreedores, por lo tanto cualquier disminución del capital social debe cumplir con los requisitos que exige la ley. De acuerdo con la LGSM en su artículo 9, cualquier disminución de capital debe publicarse y los acreedores de la sociedad pueden oponerse a la reducción del capital ante la autoridad judicial correspondiente. A continuación cito dicho artículo:

“Artículo 9. Toda sociedad podrá aumentar o disminuir su capital, observando, según su naturaleza, los requisitos que exige la Ley.

La reducción del capital social, efectuada mediante reembolso a los socios o liberación concedida a éstos de exhibiciones no realizadas, se publicará en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía.

Los acreedores de la sociedad, separada o conjuntamente, podrán oponerse ante la autoridad judicial a dicha reducción, desde el día en que se haya tomado la decisión por la sociedad, hasta cinco días después de la última publicación.

[...]"

Dicha reducción no surtirá sus efectos, en caso de oposición judicial, sino hasta que se paguen o garanticen los créditos, o se declare infundada dicha oposición.

Además de la publicidad que debe hacerse de la disminución del capital social y de los medios de defensa de los acreedores, la LGSM contempla también otras normas protectoras del patrimonio social.

Por ejemplo, en el artículo 19 de la LGSM, se prohíbe el reparto de utilidades, sin que mediante asamblea se hayan aprobado los estados financieros que las arrojen; en el artículo 18 del mismo ordenamiento, se contempla que en caso de que existiera una pérdida del capital social, éste debe ser reintegrado o reducido antes de hacer la repartición de utilidades; y en el artículo 20 de la multicitada Ley, se busca consolidar la base del patrimonio de la sociedad exigiendo que, después de la aprobación de la distribución de utilidades, se separe un 5% (cinco por ciento) como mínimo, para la constitución de un fondo de reserva hasta que alcance la quinta parte del capital social.

Por último, se debe tener presente que el patrimonio con el que operan las personas morales es esencial para alcanzar el objeto de la sociedad, incluso la pérdida de las dos terceras partes del capital social es una causa para disolver la sociedad de acuerdo al artículo 229 de la LGSM.

1.3 Elementos de las sociedades y sus desusos en la actualidad.

Cuando los hombres conviven en sociedad generan vínculos sociológicos y a su vez surge la necesidad de regular determinados vínculos, a esa regulación se le denomina, dentro del campo del derecho, como relaciones jurídicas.

De acuerdo con el Maestro Mantilla Molina, la regulación de estos negocios jurídicos resulta una ventaja y certidumbre para todos los que participan en los mismos, "...todo negocio jurídico, todo contrato, permite a cada uno de los que en él intervienen, obtener que la conducta de los otros resulte provechosa para la consecución de sus particulares propósitos. Pero contratos hay en que tiene particular relieve esta circunstancia en cuanto su contenido típico consiste en establecer una colaboración entre los hombres..."³⁰

De acuerdo con los elementos anteriores, podemos definir a las personas morales como: una asociación de personas que persiguen un objetivo común y al que el ordenamiento jurídico le reconoce personalidad jurídica tras el cumplimiento de requisitos de forma establecidos por el mismo ordenamiento.

En nuestro ordenamiento jurídico existen diversos tipos de sociedades, como lo son: la asociación civil y la sociedad civil, que se diferencian principalmente por la finalidad que persiguen, siendo las primeras las que no persiguen una finalidad preponderantemente económica, y las segundas aquéllas que sí lo persiguen.

Ahora bien, en cuanto a las sociedades mercantiles su diferenciación no se hace de acuerdo con la finalidad que persigue, sino más bien si ésta se adhiere a un tipo social contenido por las leyes mercantiles. Para Mantilla Molina, una sociedad mercantil es: "...el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para alguno de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley mercantil."³¹

De la definición anterior se desprenden tres elementos que le son comunes también a otras sociedades, es decir que: 1) Debe ser una asociación de hombres que dan su consentimiento para unir esfuerzos, en el entendido que pueden integrarlas dos o más personas físicas o morales, con la finalidad de reunirse de una manera que no sea sólo transitoria; 2) Deben contar con un objeto o fin lícito; y 3) Deben ser reconocidas por el derecho objetivo, es decir, deben cumplir con los requisitos establecidos de acuerdo a la ley. A continuación se describirán dichos elementos.

1.3.1 Asociación de hombres.

La unificación de esfuerzos que individualmente resultarían insuficientes para la realización de un fin común a gran escala, es la que lleva a las personas, en su sentido más amplio, a la asociación. Los beneficios de la asociación de personas se remontan directamente a la formación de las sociedades; así, aunque uno de los miembros cambiara

³⁰ *Ibidem*, p.p. 184.

³¹ *Ibidem*, p.p. 189.

de parecer o muriera, esto no sería obstáculo para la consecución del fin de la sociedad, ni para el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad.

En la mayoría de las legislaciones existen estándares numéricos para la formación de personas morales. Para la LGSM deben existir al menos dos socios como mínimo, para proceder con la constitución de una sociedad anónima, a continuación se cita dicho artículo:

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

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

II.- [...]”

En el mismo ordenamiento, se establece un máximo de 50 (cincuenta) socios para la sociedad de responsabilidad limitada.

Los socios deben contar con cierta igualdad en la participación dentro de la sociedad para lograr el cumplimiento del objeto social de las personas morales. La denominada *affectio societatis*, es la verdadera participación que los convierte en socios, así esta unión en la aventura comercial los hace partícipes en partes proporcionales en las pérdidas y las ganancias.

Todos los socios deben de contar con los mismos derechos y obligaciones para que se dé una verdadera comunidad. Desde luego, para que pueda ponerse en marcha cualquier proyecto es necesario contar con capital, en este caso cada uno de los socios debe de hacer las aportaciones necesarias, absorbiendo las pérdidas y dividiendo las ganancias del negocio.

Sin embargo, cuando no todos los socios están en el mismo nivel y sólo algunos corren riesgos hay una falta de comunidad; tal es el caso, de las sociedades en donde un solo socio detenta más del 90% (noventa por ciento) del capital social y el otro socio sólo aparece en el documento constitutivo para cubrir el requisito mínimo de socios. En este tipo de sociedades se refleja la voluntad de una sola persona y se asemeja al funcionamiento de las sociedades unimembres.

Aunque la esencia de las personas morales tuvo sus orígenes en la pluralidad de socios, hoy en día, ya sea por la realidad económica o bien, a falta de tipos jurídicos, la sociedad unimembre es cada día más frecuente.

De este modo, para el autor Jorge Barrera Graf se plantea una contradicción de término cuando se habla de una sociedad compuesta por un solo miembro, además de un nuevo reto doctrinal, pues considera que: “Estamos, evidentemente, ante una sociedad anómala (sociedad de hecho), que plantea múltiples problemas y dudas, tanto respecto a aspectos preferentemente doctrinales, como es el de su naturaleza jurídica, como técnicos y prácticos, como el de la aplicación a estas sociedades con un solo socio de los elementos que la ley fija y el funcionamiento de éstas: e inclusive, de principios contractuales que

se aplican supletoriamente a las sociedades con dos o más partes. [...] Pero, por otra parte, el fenómeno de las sociedades con un solo socio, se sitúa en la actualidad dentro de programas y proyectos más amplios de la reforma de la empresa y de las sociedades por acciones.”³².

Así en el caso del derecho mexicano, es una causa de disolución de sociedades, tanto de civiles como de mercantiles, que una sociedad esté compuesta por un solo miembro. En lo que respecta a las sociedades mercantiles, el artículo 229, fracción IV de la LGSM, se regulan las causas de disolución de las sociedades, siendo una de ellas la disminución de los socios o accionistas. A continuación cito dicho artículo:

“**Artículo 229.** Las sociedades se disuelven:

I.- [...];

IV.- Por que el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que esta Ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona.;

V.- [...].”

Debido a las necesidades actuales, económicas y de mercado, han surgido en el extranjero diversas variantes de las sociedades anónimas, tales como las sociedades de control o *holdings* y las llamadas sociedades de inversión o *investment funds*. En dichas sociedades se ejerce un control especial en la toma de decisiones económicas y de mercado sobre sociedades en las que son socios. En el caso de México, para tener un control sobre la toma de decisiones han surgido otros tantos elementos de restricción en los derechos de participación ejercidos a través de los votos que son compensados con derechos patrimoniales.

Aunque no es tema del presente trabajo, hoy en día en muchas legislaciones se está estudiando la viabilidad de la ampliación de los catálogos de sociedades para incluir las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada.

En el presente trabajo, es importante estudiar el grado de influencia que ejercen los socios sobre la toma de decisiones y el establecimiento de directrices en los negocios de las sociedades para así estudiar la posibilidad del levantamiento del velo corporativo. Pues como menciona el autor italiano Luigi Bragantini: “...cuando, fuere un único socio, ninguno otro nombra a los administradores y a los comisarios, y ninguno puede oponerse a sus deliberaciones, aun cuando sean manifiestamente contrarias a la ley y al estatuto y (no existe) ningún control... de administradores y comisarios, todo el sencillo y ágil organismo... que el legislador ha planteado en el reino idílico de la libertad, se rebela como una figura atípica, frágil e inadaptada a la dura realidad.”³³

³² Barrera Graf, Jorge, *Las Sociedades en Derecho Mexicano (Generalidades, irregularidades, instituciones afines)*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983, p.p. 313 y 314.

³³ Citado por Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, p.p. 316.

1.3.2 Fin común.

Todas las personas morales o sociedades, independientemente de su interés privado o utilidad pública, se constituyen con objetivos afines que comparten sus integrantes. Así las sociedades deben contar con objetivos determinados, posibles y lícitos.

Los fines de las sociedades se dividen en varios rubros: de interés privado y de utilidad pública; generales y especiales; y de los fines especiales se subdividen en fines típicos fijados por la ley y finalidades no establecidas por la misma. Es así, que las sociedades pueden tener más de un objetivo y dicho objetivo puede o no estar relacionado con la obtención de lucro.³⁴

Existen diversas clasificaciones de las sociedades, aunque sólo analizaré dos:

El primer criterio para su clasificación divide a las sociedades por su naturaleza civil o mercantil; tal es el caso de nuestro ordenamiento jurídico, en el que clasifican a las sociedades desde el punto de vista de su reglamentación legal.

Así, se denominan sociedades civiles a aquellas que persiguen un fin preponderantemente económico, pero que no constituye una especulación comercial de acuerdo con el artículo 2688 CCF. Por otra parte, son sociedades mercantiles aquellas que se constituyen con una finalidad especulativa, así como las que adopten cualquiera de los tipos regulados en el artículo 1 de la LGSM. A continuación cito dichos artículos:

“CÓDIGO CIVIL FEDERAL

[...]

Artículo 2688. Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial.

[...]

“LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

[...]

Artículo 1.-Esta Ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

- I.- Sociedad en nombre colectivo;
- II.- Sociedad en comandita simple;
- III.- Sociedad de responsabilidad limitada;
- IV.- Sociedad anónima;
- V.- Sociedad en comandita por acciones;
- VI.- Sociedad cooperativa; y

³⁴ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Óp. Cit.*, p.p. 286.

VII.- Sociedades por acciones simplificadas.

Cualquiera de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V, VII de este artículo podrá constituirse como sociedad de capital variable, observándose entonces las disposiciones del Capítulo VIII de esta Ley.”

Respecto del segundo criterio, su clasificación se hace de acuerdo a la transmisibilidad de los derechos de los socios y separa a las sociedades de personas y a las sociedades de capital.

La importancia de las sociedades de personas radica en las características de los socios que participan en dichas sociedades o *intuitus personae*. Dentro de este grupo se encuentran las sociedades: civiles, colectivas, comanditas, cooperativas, mutualistas y tienen permitido que los socios aporten su trabajo o también llamadas “aportaciones de industria”. Además, el documento que representa el derecho de los socios se denomina “parte de interés”³⁵.

Por su parte, en las sociedades de capital o *intuitus pecuniae* se da preferencia al capital aportado por los socios que pueden ser aportaciones con dinero, bienes o también llamadas “aportaciones de capital”. En este grupo se encuentran la sociedad anónima y comandita por acciones y el documento que representa el derecho de los socios se denomina “acción”.

1.3.3 Reconocimiento por parte del derecho objetivo.

Una vez reunidos los dos elementos antes mencionados, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad lo da el derecho objetivo. “Gracias al reconocimiento, las pluralidades de individuos consagrados a la consecución de un fin, se transforman en un sujeto único, diverso de las personas físicas que las integran”³⁶

En nuestro ordenamiento jurídico, la constitución de la sociedad tiene regularidad hasta que se inscribe en el Registro Público de Comercio de su domicilio.

Es así que en el derecho mexicano, de acuerdo con el artículo 2 de la LGSM, se denominan sociedades regulares aquéllas sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, y tendrán personalidad jurídica distinta de la de los socios; sin embargo, las sociedades no inscritas en el Registro Público, denominadas sociedades irregulares, pero que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros y consten o no en documento público, tendrán personalidad jurídica.

³⁵ En el caso de sociedades cooperativas a este documento se le denomina “certificado de aportación”.

³⁶ *Ibidem.*, p.p. 286.

1.4 Concepto de Sociedad Anónima.

A pesar de que existen autores que identifican los antecedentes de la sociedad anónima desde los tiempos romanos, la estructura de la sociedad anónima actual se remonta a las empresas de descubrimiento y colonización de tierras no exploradas en los años 1600, principalmente en países como Holanda, Suecia e Inglaterra. En aquellas sociedades “Se requería entonces para constituir las la autorización y concesión del Estado y la posibilidad de los particulares de entrar a ellas pagando el capital a través de la suscripción de acciones”.³⁷

Es así que, dichas sociedades transmitieron características a las sociedades anónimas actuales como: la consecución de un fin preponderantemente económico; la importancia de la reunión de capitales suficientes para emprender, en ese entonces, una aventura marítima de tal magnitud; y la trascendencia del objeto, es decir que su cumplimiento probablemente llevaría varias generaciones de los socios que participaron en dichas compañías.

De este modo, el desarrollo comercial y europeo comenzó en los negocios marítimos en donde las sociedades eran semi-públicas y en donde el Estado vigilaba, autorizaba y controlaba su funcionamiento. Para el Estado eran instrumentos que complementaban sus actividades expansionistas, una vez que se consolidaron este tipo de sociedades sus fines se ampliaron a todo tipo de actividades comerciales.

En México, los antecedentes de las sociedades anónimas tienen su primer registro en el año 1789, con domicilio en el Estado de Veracruz, en la que la primera sociedad anónima operó como una compañía de seguros marítimos. Las principales características que la identificaron como una sociedad anónima fueron que su patrimonio se encontraba dividido en acciones transmisibles y que los socios sólo eran responsables por la cantidad aportada en el capital social.

Sin embargo, no fue sino hasta el Código de Comercio de 1854 en que se incluyó por primera vez en México a la sociedad anónima. Entre sus principales características se encontraban que: no se requería permiso o autorización por parte del Estado, sólo se pedía la obtención de la matrícula y la aprobación de la escritura por parte del Tribunal de Comercio; además, su denominación debía incluir el objeto para el cual se formó la sociedad y el nombre de los socios; y que se limitó la responsabilidad de los socios hasta por el monto aportado en sus acciones.

Así, aunque la sociedad anónima se encontraba regulada en los códigos de comercio, el 4 de agosto de 1934 la LGSM derogó las disposiciones relativas a las sociedades del Código de Comercio en ese entonces vigente. De este modo, junto con otras leyes, se marcó el inicio de una novedosa era comercial en México.

³⁷ Barrera Graf, Jorge, *Instituciones del Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1989, p.p. 387.

De acuerdo con Mantilla Molina, “La sociedad anónima posee una estructura jurídica que la hace especialmente adecuada para realizar empresas de gran magnitud, que normalmente quedan fuera del campo de acción de los individuos o de las sociedades de tipo personalista, que carecen del capital suficiente para acometerlas o que no consideran prudente aventurarlo en una empresa que, de fracasar podría conducirlos a la ruina y que, en muchas ocasiones, ha de subsistir durante un lapso superior al de la duración de la vida humana.”³⁸

Es importante señalar la estructura jurídica de la sociedad anónima, pues su organización se basa en la división de poderes de los órganos sociales de administración, vigilancia, y el reconocimiento de la asamblea de accionistas como su órgano supremo; además de la libertad y autonomía con la que los socios pactan al interior y exterior de la sociedad.

En algunas ocasiones, la autonomía de la voluntad de los accionistas permite prácticas abusivas dentro y fuera de la sociedad, ya sea en pactos a los estatutos que difieren de la figura jurídica permitida por la sociedad anónima; así como aumentos y disminuciones de capital social que son dañinas al intereses de acreedores o de los mismos socios. Tales actividades abusivas, se originan por la falta de control administrativo al interior de la sociedad y por la falta de control legal y judicial por parte de autoridades. Sin embargo, la mayoría de las omisiones de la LGSM se deben a su antigüedad y al rápido crecimiento del comercio a nivel global, y aunque se han desarrollado en distintas leyes otro tipo de mecanismos de control en el funcionamiento de la sociedad, urge una renovación en la LGSM.

Ahora bien, la regulación de la sociedad anónima en la LGSM, en el artículo 87, la define como aquella “... que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones”.

La denominación de las sociedades anónimas es la que la identifica de entre las otras sociedades y, de acuerdo al artículo 88 de LGSM, se forma libremente. Además de la denominación, es necesario que se añadan las palabras “sociedades anónima” o de su abreviatura “S.A.”, así el tipo de sociedad a la que pertenece sirve para indicar a terceros acreedores el régimen de la sociedad con la que se inician relaciones jurídicas y comerciales.

El principal rasgo de la sociedad anónima, como sociedad de capital, es la responsabilidad limitada de sus accionistas y la consecuente emisión de títulos de acciones representativos del capital social, mismos que incorporan la calidad y los derechos de cada socio y que se pueden transmitir fácilmente.

Para entender los alcances de esta definición, primero definiré la “responsabilidad” y posteriormente analizaré sus alcances.

Para el Maestro Rolando Tamayo y Salmorán, “La voz “responsabilidad” proviene de “*respondere*” que significa *inter alia*: “prometer”, “merecer”, “pagar”. Así, *responsalis*

³⁸ Mantilla Molina, Roberto., *Óp. Cit.*, p.p. 342.

significa: “el que responde” (fiador). En un sentido más restringido “responsum” (“responsable”) significa: “el obligado a responder de algo o de alguien”. “*Respondere*” se encuentra estrechamente relacionada con “*spondere*”, la expresión solemne de la forma de *stipulatio*, por la cual alguien asumía en Roma una obligación, así como “*sponsio*”, palabra que designa la forma más antigua de la obligación.”³⁹

La responsabilidad surge cuando se configura una conducta antijurídica, cuando se ha incumplido una obligación o bien, cuando los derechos de terceros son afectados. La responsabilidad implica la reparación de daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea su origen. Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación.

Para los accionistas de una sociedad anónima, existe la obligación de responder de forma subsidiaria por las deudas de la sociedad; sin embargo, esta responsabilidad se limita hasta por el monto que representen sus acciones, ya que la totalidad del patrimonio de los accionistas no queda expuesto a los acreedores de la sociedad, sino que hay un límite determinado por el valor de dichas acciones.

Como se verá más adelante, de acuerdo a la abrogada “Ley que establece los Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas”, en aquellos casos en los que la sociedad incurriera en actos ilícitos los accionistas responderían de forma ilimitada y subsidiaria por tales actos. “La posibilidad de imputar responsabilidad a los accionistas dependerá en lo futuro de que éstos, en ejercicio del *control* de la sociedad, ejecuten actos que generen a su cargo responsabilidad en los términos del artículo 1910 del C.C.”⁴⁰ Sin embargo, una vez abrogada dicha ley, se omitió en otros ordenamientos la responsabilidad de los accionistas por los actos ilícitos de la sociedad.

Respecto de la emisión de títulos de acciones representativos del capital social, mismos que incorporan la calidad y los derechos de cada socio y su fácil transferencia. En el artículo 111 de la LGSM, se establece que las “acciones” en que se divide el capital social de una sociedad anónima, estarán representadas por títulos nominativos que contienen los derechos de los socios y sirven para transmitir su calidad. A continuación, cito dicho artículo:

“**Artículo 111.** 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 registrarán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente Ley”

³⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *El Derecho y la Ciencia del Derecho. Introducción a la Ciencia Jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986, p.p. 33.

⁴⁰ Mantilla Molina, Roberto, *Óp. Cit.*, p.p. 390.

Los títulos de acciones, tienen incorporados los derechos de los socios y como documento es considerado un título valor de acuerdo al artículo 5 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. A continuación cito dicho artículo:

“**Artículo 5.** Son títulos de crédito, los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna.”

Uno de los principales criterios para dividir los tipos de acciones está contenido en el artículo 182 de la LGSM que las divide en: acciones ordinarias y acciones preferentes.

Las acciones ordinarias confieren todos los derechos patrimoniales y corporativos establecidos por la ley a sus tenedores; y las acciones preferentes confieren derechos corporativos limitados y mayores derechos patrimoniales.

La ley establece que los títulos definitivos deben emitirse dentro del año siguiente a la constitución o modificación de la sociedad, mientras tanto, pueden expedirse certificados provisionales. De acuerdo con el artículo 125 de la LGSM, tanto los títulos de las acciones como los certificados provisionales deben identificar a los accionistas, datos propios de la sociedad y de su registro, así como las cláusulas esenciales de los estatutos. A continuación cito dicho artículo:

“**Artículo 125.** Los títulos de las acciones y los certificados provisionales deberán expresar:

I.- Nombre, nacionalidad y domicilio del accionista;

II. La denominación, domicilio y duración de la sociedad;

III. La fecha de la constitución de la sociedad y los datos de su inscripción en el Registro Público de Comercio;

IV. El importe del capital social, el número total y el valor nominal de las acciones.

Si el capital se integra mediante diversas o sucesivas series de acciones, las mencionadas del importe del capital social y del número de acciones se concentrarán en cada emisión, a los totales que se alcancen con cada una de dichas series.

Cuando así lo prevenga el contrato social, podrá omitirse el valor nominal de las acciones, en cuyo caso se omitirá también el importe del capital social

V. Las exhibiciones que sobre el valor de la acción haya pagado el accionista, o la indicación de ser liberada;

VI. La serie y el número de la acción o del certificado provisional, con la indicación del número total de acciones que corresponda a la serie;

VII. Los derechos concedidos y las obligaciones impuestas al tenedor de la acción, y en su caso, a las limitaciones al derecho de voto;

VIII. La firma autógrafa de los administradores que conforme al contrato social deban suscribir el documento, o bien la firma impresa en facsímil de dichos administradores a condición, en este último caso, de que se deposite el original de

las firmas respectivas en el Registro Público de Comercio en que se haya registrado la Sociedad.”

La sociedad anónima cuenta con tres órganos sociales: la asamblea general de accionistas; el órgano administrativo, que se compone por un administrador único o consejo de administración, cuando son dos o más miembros; y el órgano de vigilancia que se compondrá por uno o más comisarios.

De acuerdo con el artículo 178 de la LGSM, la asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad, es decir es quien toma las decisiones. Así, en palabras del Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez “...se califica la asamblea de *órgano supremo*, lo que ha de entenderse en el sentido de que, desde el punto de vista jerárquico e interno, es quien dice la última palabra en lo concerniente a la marcha de la sociedad y marca normas de actuación y da instrucciones a los demás órganos. Por eso, se ha dicho con razón que la asamblea “es el órgano central que persigue toda la vida de la sociedad anónima. Sus poderes terminan allí donde comienzan las normas de carácter imperativo o los derechos crediticios (de tercero) de los accionistas, deslindando los poderes de la corporación y allí donde termina la capacidad de obrar de la sociedad anónima, como sujeto creado para un determinado fin”⁸ [8. Fischer, pág. 244.]”⁴¹.

La importancia de este órgano radica en que el funcionamiento de la sociedad, como un ente colectivo, expresa su voluntad cuando los socios se reúnen. De acuerdo con el artículo 178 de la LGSM, la sociedad “...podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta...”, es decir, que de modo directo al acordar, o indirecto al ratificar, la asamblea expresa la voluntad colectiva de los socios. Sin embargo, de acuerdo con el principio mayoritario, no es necesario el consentimiento de todos los socios, sino que es suficiente con la presencia y el voto mayoritario que establezca la ley o que se fije en los estatutos de acuerdo con cada punto en el que se pretenda resolver.

Así, las asambleas como órganos colegiados, deben cumplir con las formalidades establecidas en la Ley y en los propios estatutos de cada sociedad, tanto como para su legal instalación, como para que las resoluciones tomadas en las mismas sean válidas. Las asambleas deben cumplir los requisitos legales de convocatoria y reunión, elaborarse a petición de los accionistas por él o los administradores, con los días de anticipación establecidos por la ley e incluir el contenido del orden del día. El objetivo de publicar las convocatorias es brindar certeza a todos los accionistas y evitar conflictos de intereses entre los mismos, ya sean mayoritarios o minoritarios y entre diferentes clases de accionistas.

De acuerdo con el Maestro Mantilla Molina, las asambleas se dividen en generales y especiales, siendo las primeras a las que tienen derecho a concurrir todos los accionistas; y las segundas sólo concurrirán aquellos accionistas cuya clase especial de acciones se pretenda afectar.

⁴¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, Tomo II, 5ta. Edición, Editorial Porrúa, México, 1977, p.p. 2.

De acuerdo a lo anterior, las asambleas generales de accionistas se dividirán conforme al contenido que se pretenda resolver en el orden del día, pues la LGSM establece que de acuerdo al asunto que se pretenda tratar se le denominará a ésta y se establecerán los requisitos para su legal convocatoria y reunión. De este modo, se identifican las asambleas generales constitutivas, ordinarias, extraordinarias y especiales.

Respecto de las asambleas generales constitutivas, por suscripción pública, una vez suscrito el capital y hechas las exhibiciones legales, los fundadores publicarán la convocatoria para su celebración. El régimen jurídico para la celebración de esta asamblea es voluntario, es decir, depende de la voluntad de sus fundadores para su instalación y funcionamiento. En la asamblea general constitutiva se ocuparan, de acuerdo al artículo 100 de la LGSM, de lo siguientes temas:

“Artículo 100. La Asamblea General Constitutiva se ocupará:

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

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

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

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

De acuerdo con el artículo 181 de la LGSM, las asambleas ordinarias se reunirán al menos una vez al año, para tratar asuntos relacionados con: la información financiera en general; el informe de los administradores sobre la marcha de la sociedad, así como su designación, remoción y emolumentos; y demás temas que no se traten en las asambleas extraordinarias. Para que se considere legalmente reunida la asamblea ordinaria, de acuerdo al artículo 189 de la LGSM, “...deberá estar representada, por lo menos, la mitad del capital social, y las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes.”

Ahora bien, respecto de las asambleas extraordinarias, de acuerdo con el autor Joaquín Rodríguez Rodríguez, éstas no son asambleas excepcionales, por que le son aplicables la mayoría de las reglas de las ordinarias. Las dos diferencias entre la asamblea ordinaria y la extraordinaria son su periodicidad y su competencia. Sin embargo, aunque la ley exige la celebración de una asamblea ordinaria al año, la sociedad puede reunirse en asamblea ordinaria las veces que considere necesario. De acuerdo a lo anterior, el punto de diferencia real entre asambleas ordinarias y extraordinarias es la competencia.

De este modo, de acuerdo al artículo 182 de la LGSM, las asambleas extraordinarias se pueden reunir en cualquier tiempo y les corresponden resolver sobre: cualquier

modificación al documento constitutivo; la amortización de acciones con utilidades repartibles; decidir respecto de la emisión de acciones privilegiadas, de acciones de goce y bonos; y cualquier otro asunto en que la ley o los estatutos establezcan un quorum especial. De acuerdo con el artículo 190 de la multicitada ley, para que la asamblea extraordinaria se considere legalmente instalada, “Salvo que en el contrato social se fije una mayoría más elevada, en las Asambleas Extraordinarias, deberán estar representadas, por lo menos, las tres cuartas partes del capital y las resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social.”

Respecto de las asambleas especiales, éstas se encuentran “...formadas por accionistas con derechos particulares, que se reúnen para adoptar acuerdos con relación con los mismos.”⁴² A continuación cito el artículo 195 de la LGSM sobre dichas asambleas:

“**Artículo 195.** En caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que pueda perjudicar los derechos de una de ellas, deberá ser aceptada previamente por la categoría afectada, reunida en asamblea especial, en la que se requerirá la mayoría exigida para las modificaciones al contrato constitutivo, la cual se computará con relación al número total de acciones de la categoría de que se trate.

[...].”

Las asambleas especiales se rigen por las reglas de las asambleas extraordinarias, pues su misma naturaleza supone acuerdos extraordinarios relacionados con la modificación de derechos particulares.

Es facultad de la asamblea de accionistas dar las pautas y tomar las decisiones de la vida y manejo de la sociedad. “En efecto, de la asamblea dimanen los demás órganos sociales y de ella están sometidos; a la asamblea corresponde la decisión de los asuntos de más importancia para la sociedad; por último, la asamblea puede acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la compañía.”⁴³

De este modo, la administración de la sociedad anónima puede estar integrada por un administrador único o bien, por un consejo de administración quienes pueden ser socios o personas ajenas a la sociedad. Las características del cargo de administrador o de miembros del consejo de administración, es personal, temporal revocable y remunerado.

El órgano de administración es el encargado de acatar las resoluciones tomadas por la asamblea, “... a ellos les corresponde la representación de la sociedad y la dirección de los negocios sociales, dentro de los límites que les señalen la escritura constitutiva y los acuerdos de la asamblea de accionistas, de los cuales son ejecutores (art. 158, frac. IV), y ante la cual responden de sus actos.”⁴⁴ Las normas que rigen el mandato le son aplicables, de manera análoga, a los administradores de la sociedad y el mandato es apto para conferir la representación de la sociedad.

⁴² *Ibidem*, p.p. 46.

⁴³ Mantilla Molina, Roberto, *Óp. Cit.*, p.p. 401.

⁴⁴ *Ibidem*, p.p. 423.

La designación de los miembros del consejo de administración corresponde a los accionistas, mediante resoluciones tomadas en asamblea ordinaria. Por regla general, la designación de los miembros de administración debe hacerse por mayoría, sin embargo, la Ley concede a las minorías cierta participación en la designación de miembros del consejo de administración.

Los administradores son responsables solidarios frente a la sociedad del desempeño de su cargo, salvo cuando hayan manifestado su inconformidad con el acto que origine alguna responsabilidad a la sociedad. Del mismo modo, serán responsables con sus predecesores, salvo que den a conocer las irregularidades al comisario, situación que los libraría de la responsabilidad. De acuerdo con el artículo 161 de la LGSM, la responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas.

En cuanto a la vigilancia de la sociedad, ésta le corresponde a los comisarios. Al igual que los administradores, el órgano de vigilancia puede integrarse por uno o varios comisarios y sus nombramientos siguen las mismas reglas que le son aplicables a los administradores. El cargo de comisario puede desempeñarse por los mismos socios o por terceros ajenos a la sociedad. Debido a sus funciones de vigilancia sobre los administradores, no podrán ser comisarios quienes estén inhabilitados por Ley para ejercer del comercio, empleados y familiares de los administradores.

De acuerdo con el artículo 166 de la LGSM, son obligaciones de los comisarios las siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII. Asistir, con voz pero sin voto, a la Asamblea de Accionistas, y

IX. En general, vigilar la gestión, conducción y ejecución de los negocios de la sociedad.”

En cuanto a la responsabilidad de los comisarios, éstos responderán individualmente por sus actos. El acuerdo de exigir la responsabilidad tiene como consecuencia la separación del cargo y la inhabilidad para volverlo a desempeñar, mientras no se declare judicialmente la exención de la culpa.

Salvo en el caso de separación por causa de responsabilidad, los comisarios continuarán en sus cargos hasta que otro comisario sea designado. Los accionistas sólo pueden intervenir en la vigilancia de la sociedad cuando se ponen a su disposición los balances y los anexos.

1.5 Concepto de Sociedad de Responsabilidad Limitada.

A diferencia de otros tipos de sociedades, la sociedad de responsabilidad limitada, surgió para cubrir las necesidades de las pequeñas y medianas empresas, a diferencia de las sociedades anónimas creadas para objetivos de mayor magnitud, pero que de la misma manera limitan la responsabilidad de los socios en las obligaciones de la sociedad.

La figura de la sociedad de responsabilidad limitada inicio en Alemania en el año de 1892, posteriormente esta figura se adoptó en Inglaterra en 1907. En México, en el proyecto de Código de Comercio de 1929 se introdujo la sociedad “colectiva limitada” cuyas características se asemejaban a las de responsabilidad limitada; sin embargo, no fue sino hasta la LGSM vigente de 1934 cuando se introdujo esta figura en el derecho mexicano.

De acuerdo con el autor Joaquín Rodríguez Rodríguez, “La sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad mercantil formada de dos o más socios, personas físicas o morales, cuya responsabilidad se limita al pago de sus aportaciones las que pueden ser capitales (dinero, bienes o derecho), no de industria o de servicios, sin que las

participaciones de los socios –*partes sociales*- estén representadas por títulos de crédito; que se ostenta bajo una razón social o una denominación; en la que todos los socios son los administradores (gerentes), salvo que el contrato social disponga otra cosa; que se compone de órganos obligatorios, la asamblea de socios como órgano supremo y el órgano de administración a cargo de uno o más gerentes, y uno facultativo, el órgano vigilancia.”⁴⁵

La sociedad de responsabilidad limitada tiene dos principales características: a) todos los socios responden de sus obligaciones sociales sólo hasta el monto de sus aportaciones; y b) el conjunto de derechos de cada socio constituye una parte social, y no una acción, por lo tanto no pueden estar representados por títulos negociables. De acuerdo con la LGSM, la sociedad de responsabilidad limitada se define de la siguiente manera:

“**Artículo 58.** Sociedad de responsabilidad limitada es la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representada por títulos negociables, a la orden o al portador, pues sólo serán cedibles en los casos con los requisitos que establece la presente Ley.”

De acuerdo con el Maestro Mantilla Molina, la definición anterior carece de exactitud, pues los socios no sólo están obligados al pago de sus aportaciones ya que, de acuerdo con el artículo 70 de la LGSM: “Cuando así lo establezca el contrato social, los socios, además de sus obligaciones generales, tendrán la de hacer aportaciones suplementarias en proporción a sus primitivas aportaciones.”

Algunas de las diferencias entre la “sociedad anónima” (en adelante “S.A.”) y la “sociedad de responsabilidad limitada” (en adelante “S. de R.L.”) son las siguientes: a) mientras que el capital social de la S.A. está dividido y se representa por acciones contenidas en títulos de crédito negociables, en la S. de R.L. la participación de sus socios se representa por partes sociales; b) para la S. de R.L. ésta se identificará ya sea con una denominación o razón social que se formará con el nombre de uno o más socios y la S.A. sólo puede identificarse con una denominación social; c) la S. de R.L., por su naturaleza, no puede constituirse por suscripción pública; d) a diferencia de la S.A. que no tiene límite en cuanto al número de accionistas participantes, la S. de R.L. no podrá tener más de cincuenta socios; e) como se vio con anterioridad, sólo a la S. de R.L. se le permite fijar en el contrato social aportaciones suplementarias; f) aunque en la S.A. los accionistas pueden tener más de una acción, los socios de la S. de R.L. sólo tendrán derecho a una parte social que no está destinada a circular y es indivisible; y g) debido a su naturaleza, el órgano de vigilancia de la S. de R.L. es opcional y no obligatorio como en la S.A.

Por otro lado, entre sus semejanzas se encuentran las siguientes: a) ambas son sociedades de capital, pues a pesar de tener importancia las características de los socios de la S. de R.L. también “...se trata de una sociedad de capital mínimo, fundacional, con aportaciones de capital solamente, en la que los socios sólo responden limitadamente de las obligaciones sociales.”⁴⁶; b) se establece responsabilidad limitada de los socios y

⁴⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Óp. Cit.*, p.p. 363.

⁴⁶ *Ibidem.*, p.p. 364.

accionistas en ambas sociedades; y c) en la S. de R.L. se distingue también las asambleas ordinarias y extraordinarias, es decir, que se requiere de un quórum especial para la toma de decisiones relacionadas con la modificación del contrato social de acuerdo al artículo 83 de la LGSM, aunque tal distinción no es tan clara como lo regulado en la S.A.

De acuerdo a lo anterior, es notable la amplitud de la regulación de la S.A. en comparación con la de la S. de R.L., así para el autor Joaquín Rodríguez Rodríguez esto se debe a que la S. de R.L. "...se desprendió de la SA, lo que motivó que no se considerara necesario repetir muchas de las disposiciones aplicables a la sociedad por acciones. La doctrina nacional y extranjera se ha encargado de acudir a la normativa de la SA por considerar aplicables por analogía dichos preceptos."⁴⁷

Para la S. de R.L. existen dos órganos obligatorios para su funcionamiento es decir, la asamblea de socios, como órgano supremo y el órgano de administración que puede formarse de uno o más gerentes; además del consejo de vigilancia que es optativo para las mismas.

La asamblea de socios es el órgano supremo de la sociedad, de acuerdo al artículo 77 de la LGSM, que a continuación cito:

“Artículo 77. La asamblea de los socios es el órgano supremo de la sociedad. [...]”

Además, la asamblea de socios, de acuerdo con el artículo 78 de la LGSM, tendrá las siguientes facultades:

“Artículo 78. Las asambleas tendrán las facultades siguientes:

- I.** Discutir, aprobar, modificar o reprobado el balance general correspondiente al ejercicio social clausurado y de tomar con estos motivos, las medidas que juzguen oportunas.
- II.** Proceder al reparto de utilidades.
- III.** Nombrar y remover a los gerentes.
- IV.** Designar, en su caso, el Consejo de Vigilancia.
- V.** Resolver sobre la división y amortización de las partes sociales.
- VI.** Exigir, en su caso, las aportaciones suplementarias y las prestaciones accesorias.
- VII.** Intentar contra los órganos sociales o contra los socios, las acciones que correspondan para exigirles daños y perjuicios.
- VIII.** Modificar el contrato social.
- IX.** Consentir en las cesiones de partes sociales y en la admisión de nuevos socios.
- X.** Decidir sobre los aumentos y reducciones del capital social.
- XI.** Decidir sobre la disolución de la sociedad, y

⁴⁷ *Ibidem*, p.p. 368.

XII. Las demás que le correspondan conforme a la Ley o al contrato social.”

Las asambleas deben de convocarse por los gerentes, por el consejo de vigilancia, o a falta de este por los socios que representen más de la tercera parte del capital social, al menos una vez al año. Las resoluciones se tomarán por la mayoría de los socios presentes en la asamblea, excepto cuando la naturaleza de los asuntos de los que se trata exija tomarse por unanimidad de los socios.

Al igual que las asambleas de las sociedades anónimas, en la S. de R.L. puede haber asambleas ordinarias y extraordinarias. Por Ley, los asuntos a tratar en las asambleas ordinarias anuales de las S. de R.L. son los mismos que le corresponden a las S.A. es decir, aquellos relacionados con la situación financiera y las decisiones de dirección de la sociedad. Las reglas de votación de las asambleas ordinarias, en primera convocatoria, son de por lo menos la mitad del capital social para la toma de acuerdos; en la segunda convocatoria, salvo pacto en contrario, las decisiones se tomarán por mayoría de votos, cualquiera que sea la porción del capital representado.

Respecto de las asambleas extraordinarias, las reglas de votación son las siguientes: en asuntos relacionados con la admisión de socios y la cesión de partes sociales se requiere de voto unánime, salvo que se pacte en el contrato social su aprobación por tres cuartas partes del capital social; en modificaciones sobre el objeto social, el aumento de obligaciones a cargo de los socios y el aumento al valor de la aportación se requiere voto unánime; cualquier otra modificación al contrato social, puede acordarse por la mayoría de tres cuartas del capital social.

Además, de los dos tipos de asambleas antes mencionadas, también se permite la celebración de las asambleas especiales para la toma de decisiones de partes sociales privilegiadas o de voto limitado.

El órgano de administración de la S. de R.L. recae en los gerentes y es un órgano de vital importancia para el funcionamiento de la sociedad, en caso de que dicho órgano sea omitido en el documento constitutivo, todos los socios tendrán la responsabilidad de la administración de la sociedad; sin embargo, varios gerentes no constituyen un órgano colegiado, sino que su actuar es de manera individual. El nombramiento de los gerentes puede recaer en un socio o en un tercero ajeno a la sociedad, a éstos les corresponderá la representación social y podrá realizar todos los actos necesarios para el cumplimiento del objeto de la sociedad.

Los gerentes son responsables de los daños y perjuicios hacia la sociedad por su desempeño negligente; sin embargo, no incurrir en responsabilidad los gerentes que hayan votado en contra de actos que hayan ocasionado daños, o de los que no hayan tenido conocimiento.

De acuerdo con el artículo 84 de la LGSM, se atenderá a lo que disponga el documento constitutivo de la sociedad para establecer un consejo de vigilancia que estará formado por socios o por personas extrañas a la sociedad. En el documento constitutivo de la sociedad se establecerán las atribuciones, duración y remuneración de dicho cargo. “En

cuanto a prohibiciones y a facultades, en ausencia de pacto deben aplicarse *mutatis mutandis*, las que establecen los art. 165 y 166, relativas a las SA, y también, las disposiciones de los artículos 167 y 171, en cuanto que ellas no pugnarán con principios legales propios de la S. de R.L.”⁴⁸

1.6 Concepto de “velo corporativo”.

Para poder iniciar con el estudio de la teoría del levantamiento del velo corporativo, es importante estudiar el significado del concepto “Velo Corporativo”. El diccionario de la Real Academia Española define “Velo” como: “Cortina o tela que cubre algo.”⁴⁹

En lenguaje metafórico, en materia mercantil, la expresión “velo” califica una situación de realidad que tiende a ser disimulada para preservar un interés. En otras palabras, el “velo” sirve para atenuar la existencia de capitales de los socios en las sociedades mercantiles, y en tal caso sólo se muestran los capitales aportados que se pretenden afectar y en los que recae la responsabilidad de la sociedad.

De acuerdo con el autor Vareilles-Sommieres, se consideró a la personalidad jurídica de las personas morales como un velo “...arrojado por el legislador sobre los asociados para unificar su grupo, para resumirlos en una sola persona, que, sin embargo, no es distinto de ellos, ya que ellos mismos constituyen esa persona y “ella” no está formada sino por ellos.”⁵⁰

Así, el concepto “velo corporativo” es un vocablo generado en la costumbre mercantil, para definir la protección del capital de los socios participantes y promover el desarrollo comercial. Este velo corporativo se da en las sociedades de capital, como la S.A. y la S. de R.L., donde la responsabilidad de los socios sólo alcanza el monto aportado en el capital social.

De este modo, el “velo corporativo” se entiende como la separación entre el patrimonio de los accionistas y el de la sociedad, es decir, la limitación de la responsabilidad de los accionistas en los actos de la sociedad. Si bien no desaparece completamente la responsabilidad de los socios en los actos y acciones de las sociedades, el velo corporativo atenúa las consecuencias jurídicas y comerciales de los mismos.

Sin embargo, en algunos casos el velo corporativo puede ser utilizado de un modo abusivo con la única finalidad de limitar la responsabilidad de una persona que pretende evadir el cumplimiento de sus obligaciones hacia terceros. Un ejemplo de esto es que se han identificado sociedades con un socio con participación mayoritaria o casi absoluta en el capital social, en las que aparece otra persona como accionista con un monto mínimo de capital social, con el objetivo de cumplir sólo el requisito legal; y en donde el socio

⁴⁸ *Ibidem.*, p.p. 385.

⁴⁹ Diccionario de la Real Academia Española, 2015, [en línea], Madrid, España, [citado 15-10-2015], disponible en Internet: http://lema.rae.es/La_corriente_dos/drae/srv/search?id=F0mAkKNtjDXX2608zABX

⁵⁰ Flores García, Fernando, *Óp. Cit.*, p.p. 257.

mayoritario impone unilateralmente su voluntad atentando en contra de la figura de la persona moral (colectiva) y sus atributos de autonomía económica, volitiva y patrimonial.

1.7 Separación de la sociedad y el socio: teoría del levantamiento del velo corporativo.

El reconocimiento de la personalidad, en las sociedades de capital, implica necesariamente la separación de los patrimonios de los accionistas y el de la sociedad; además del establecimiento de límites en la responsabilidad de los accionistas respecto de las obligaciones de la sociedad. Dicha separación es conocida también como “autonomía patrimonial” o “hermetismo societario”. En la operación de las sociedades de capital, las personalidades y los patrimonios entre los socios y la sociedad, generan un hermetismo societario en el que mantienen una comunicación nula entre sí.

Así, los socios que participan en las sociedades de capitales, como la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, sólo están obligados al pago de sus acciones o aportaciones sociales; la finalidad legal y económica es garantizar que el patrimonio que se pone en riesgo se limite al de la inversión realizada en cada negocio, y en estricto derecho que su responsabilidad no llegue más allá, ni siquiera, en caso en que la sociedad se vea implicada en la comisión de un delito.

De acuerdo a lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 58 y 87 de la LGSM, se establecen las limitaciones en las obligaciones de los accionistas de las S. de R.L. y S.A., respectivamente. A continuación cito dichos artículos:

“**Artículo 58.** Sociedad de responsabilidad limitada es la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador, pues sólo serán cedibles en los casos con los requisitos que establece la presente Ley.

[...]

“**Artículo 87.** Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.”

[Énfasis añadido]

Del mismo modo, existen diversas tesis en las que se reitera dicho principio, incluso en deudas de carácter laboral, a continuación se citan dichas tesis:

“Época: Novena Época
Registro: 182904
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XVIII, Noviembre de 2003
Materia(s): Civil
Tesis: VI.3o.C.92 C
Página: 925

ACCIONISTAS DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA, NO TIENEN EL DEBER DE RESPONDER DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR LA SOCIEDAD.

Los accionistas de una sociedad anónima no tienen el deber de responder de las obligaciones contraídas por la persona moral a que pertenecen, ya que la obligación de éstos se limita al pago de sus aportaciones, de acuerdo con lo previsto por el artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo que la personalidad jurídica y patrimonio de una sociedad anónima es distinta a la de sus accionistas; en consecuencia, las obligaciones contraídas por una persona moral a través de títulos de crédito, no pueden extenderse a sus accionistas.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 213/2003. Rubén Ruiz Díaz. 14 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Norma Fiallega Sánchez. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.”

“Época: Octava Época

Registro: 215107

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo XII, Septiembre de 1993

Materia(s): Civil

Tesis:

Página: 325

SOCIEDAD ANONIMA, SUS SOCIOS NO SON RESPONSABLES EN LO PARTICULAR, DE LAS CONDENAS QUE EN MATERIA LABORAL SUFRA LA.

La obligación de los socios que integran una sociedad anónima, de conformidad con el artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se limita al pago de sus acciones; luego entonces, debe decirse que toda sociedad anónima como persona moral es sujeto de derechos y obligaciones, teniendo por lo tanto capacidad jurídica propia para comparecer a juicio como demandantes o reos por conducto del órgano que las representa; y en esa tesitura, las acciones que contra ella se intenten y prosperen, únicamente puede afectar el patrimonio de ésta, sin que sea dable aceptar que pueda ampliarse esa afectación hasta el peculio privado de los socios, o que éstos en lo particular tengan que hacerse cargo de sus deudas o actos, por lo que, únicamente debe responder la sociedad como persona moral, pues para ello cuenta con capital social y bienes propios.

Amparo directo 128/93. Epifanio Hernández Valente y otros, por conducto de su apoderado Roberto Jacinto de la Cruz. 1o. de julio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: René Silva de los Santos. Secretario: Indalfer Infante González.”

Ahora bien , dentro del “CAPÍTULO I. De la constitución y funcionamiento de la Sociedades en general”, en el artículo 24 de la LGSM se establece el alcance de la responsabilidad de los socios, a continuación se cita dicho artículo:

“**Artículo 24.** La sentencia que se pronuncie contra la sociedad condenándola al cumplimiento de obligaciones respecto de tercero, tendrá fuerza de cosa juzgada contra los socios, cuando éstos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad. En este caso la sentencia se ejecutará primero en los bienes de la sociedad y sólo a falta o insuficiencia de éstos, en los bienes de los socios demandados.

Cuando la obligación de los socios se limite al pago de sus aportaciones, la ejecución de la sentencia se reducirá al monto insoluto exigible.”

Ahora bien, por contradicción de tesis, se establece que sí le es aplicable dicho artículo a las S.A., este razonamiento es novedoso en nuestro sistema, pues supone casos específicos para desconocer el hermetismo societario. A continuación se cita dicha contradicción de tesis:

“Época: Décima Época
Registro: 2001508
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1
Materia(s): Civil
Tesis: 1a./J. 59/2012 (10a.)
Página: 472

SOCIEDADES MERCANTILES. EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY GENERAL RELATIVA, ES APLICABLE A TODAS ELLAS, INCLUSIVE A LA ANÓNIMA, POR LA OBLIGACIÓN QUE TIENEN LOS ACCIONISTAS HASTA EL MONTO DE SUS APORTACIONES.

El citado precepto, que en su primer párrafo establece que la sentencia que se pronuncie contra la sociedad condenándola al cumplimiento de obligaciones frente a terceros, tendrá fuerza de cosa juzgada contra los socios cuando éstos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad, es aplicable a todas las sociedades mercantiles, pues dicho numeral no distingue al respecto, además de que se ubica en el capítulo I de la Ley General de Sociedades Mercantiles, relativo a la constitución y funcionamiento de las sociedades en general; y si bien en su segundo párrafo establece una distinción, en atención al grado de responsabilidad de los socios demandados, al señalar que cuando su obligación se limite al pago de sus aportaciones, la ejecución de la sentencia se reducirá al monto insoluto exigible de las aportaciones, no del adeudo, ello no implica que el artículo 24 de referencia sea inaplicable a las sociedades anónimas, pues aunque el numeral 87 de la propia ley establezca que éstas se componen exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones, ellos sólo podrán liberarse de la aplicación del citado artículo 24, si demuestran haber cumplido íntegramente con la obligación que el mencionado artículo 87 les impone, que consiste en el pago de sus aportaciones, pues la suscripción de las acciones en que se divide el capital social de la anónima sólo implica que los socios contrajeron la obligación suscrita con su firma, de cubrir, en proporción a las acciones que hayan adquirido, el total del capital social; sin embargo, esto no significa que la obligación adquirida se encuentre satisfecha, ya que el artículo 89, fracciones III y IV, de la propia ley, reconoce dos formas de pagar las aportaciones o acciones en que se dividió el capital social, esto es, exhibir

íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, o con el 20% del valor de cada acción en numerario; aunado a lo anterior, por lo que hace a su escritura constitutiva, el artículo 91, fracciones I y III, de la ley, señala que en aquélla debe indicarse la parte del capital social exhibido, así como la forma y términos en que los socios deben pagar la parte insoluta de las acciones que hayan suscrito.

Contradicción de tesis 14/2012. Entre las sustentadas por el Cuarto y el Décimo Tercer Tribunales Colegiados, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 25 de abril de 2012. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por lo que se refiere a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos en cuanto al fondo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Tesis de jurisprudencia 59/2012 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dos de mayo de dos mil doce.”

En el caso anterior, la falta de cumplimiento de un requisito de forma lleva a la aplicación de otro precepto en el que se elimina la responsabilidad limitada.

En países como Francia y los Estados Unidos de América, se han identificado casos e implementado mecanismos en los que es aplicable el levantamiento del velo corporativo en las sociedades. Así, aun cuando la división de patrimonios y la limitación de responsabilidades, que en un principio promovieron el crecimiento de las sociedades mercantiles y justificaron su separación, se ve vulnerado, surgen mecanismos de autocorrección ya sea en normas específicas, como leyes, o bien mediante la aplicación de los principios generales del derecho.

Así, en la doctrina norteamericana se han generado los desarrollos más importantes para corregir las conductas de abuso de personalidad de las personas morales. La Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo es una práctica judicial en la que se prescinde de la personalidad jurídica de las personas morales para investigar su realidad subyacente; se eliminan los límites de la responsabilidad de los socios en los actos de la persona moral; y se desconoce la separación de patrimonios cuando se identifican conductas ilícitas como el abuso de formas jurídicas y fraude a la ley o a terceros. Es así que, cuando un juez encuentra que una sociedad fue constituida con fines de evasión de sus obligaciones se pueden hacer responsables solidarios de las obligaciones pendientes de la sociedad a los socios.

La doctrina norteamericana ha basado la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo en los principios generales de derecho de la justicia y la equidad; de este modo, los Tribunales de Equidad han dado respuesta a problemas concretos de abuso de la personalidad jurídica y han generado una sistematización en instituciones como la *agency* y el fraude.

La Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo es conocida en la doctrina norteamericana conocida como “*Disregard of the legal entity* (o desestimación de la personalidad jurídica)”; “Allanamiento o desestimación de la personalidad jurídica”;

“Lifting of the corporate veil (levantamiento del velo societario); “Piercing the corporate veil”; entre otras.

Lo que busca precisamente la teoría del levantamiento del velo corporativo, es ir más allá de la personalidad jurídica y de sus fines; es decir, busca entrar al centro directivo de la sociedad para identificar a las personas y voluntades verdaderas, y así corregir actividades contrarias a la ley y evitar la evasión de obligaciones.

De acuerdo con el autor argentino Juan M. Dobson, se identifican dos conductas y dos posibles soluciones aplicables “...en los problemas del abuso de la personalidad jurídica de las sociedades y asociaciones, importa en algunos casos la necesidad de prescindir de la personalidad misma de la sociedad o asociación, ya que el abuso se hace con el uso de la forma jurídica. Pero en otra gran cantidad de casos, se efectúa un abuso de los privilegios que importan ciertos tipos sociales que ofrecen la posibilidad de limitar la responsabilidad del socio al capital aportado. Estos supuestos deben distinguirse, ya que los remedios jurídicos en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se le niega al socio la responsabilidad limitada.”⁵¹

De acuerdo con el autor Dávalos Mejía, existen tres causas en la doctrina norteamericana para la eliminación de la responsabilidad limitada:

- 1) Mediante resolución judicial que determine el levantamiento del velo corporativo;
- 2) Por inconsistencias o defectos en su constitución (de manera análoga al artículo 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sobre las sociedades irregulares); y
- 3) “Por falta de facultadas de un representante aparente de la sociedad, en forma similar a como ocurre en el derecho mexicano respecto de los títulos de crédito (artículo 10 de la LGTOC).”⁵²

De acuerdo con la teoría del levantamiento del velo corporativo, la separación de las personalidades de la sociedad y de los socios se ve vulnerada cuando existe un socio mayoritario que se vale del hermetismo societario para incumplir sus obligaciones o bien, conduce las políticas de la sociedad para cumplir sus intereses personales, cambiando arbitrariamente recursos y mezclando su patrimonio y el de la sociedad; lo anterior con la única intención de defraudar a terceros o evadir la aplicación de una ley.

Así, se observan sociedades en las que no existe una asociación y en la que uno de los socios cuenta con la participación mayoritaria en el capital social y el otro socio sólo

⁵¹ Dobson, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica*. 2ª ed. Editorial Depalma, Argentina, 1991, p.p. 11 y 12.

⁵² Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Consideraciones de orden práctico en torno a la calificación de “comerciante” –con un breve apunte comparatista con los términos Piercing the Corporate Veil (levantamiento del velo corporativo) y grupo empresarial-y de “insolvencia”, de la Ley de Concursos Mercantiles (LCM) (Generalidades, irregularidades, instituciones afines)*, Revista de Derecho Privado. Cuarta Época. No 1. Enero-Junio 2012, México, p.p. 37.

participa para dar cumplimiento al mínimo legal de integrantes para la constitución de una sociedad. De este modo, el verdadero propósito de la constitución de las sociedades de este tipo es el de beneficiarse de la separación de determinados bienes, en este caso, poner en riesgo sólo aquellos que son trasladados para la integración del capital social de la persona moral para responder las obligaciones contraídas en los negocios efectuados.

No sólo las personas físicas pueden corromper el hermetismo societario, también en las personas morales se identifican conductas en las que la personalidad es utilizada de manera fraudulenta. Dichas situaciones, se observan con mayor frecuencia en las sociedades de control o *holdings* y las llamadas sociedades de inversión o *investment funds*. En éstas se ejerce un control especial en la toma de decisiones económicas y de mercado sobre sociedades en las que son socios, es decir sobre sus subsidiarias.

Sin embargo, como veremos más adelante el sólo control en la toma de decisiones sobre una sociedad no es un elemento suficiente para sustentar el levantamiento del velo corporativo, sino que también es necesario el elemento volitivo para defraudar. Así, en el caso anterior cuando las subsidiarias no cuentan con los recursos suficientes para hacer frente a sus obligaciones sus socios escaparían ante cualquier obligación subsidiaria que pudiere exigírseles.

Ante tales hechos, que no son ajenos a nuestra realidad, cuando la constitución de una sociedad tiene la intención de evadir sus obligaciones frente a terceros u omitir la aplicación de la ley, se deben de crear mecanismos para contrarrestar las conductas ilícitas que surgen del abuso de la personalidad jurídica.

CAPÍTULO II. TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO O DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

2.1 Derecho Comparado y breves antecedentes en el derecho mexicano.

Como parte de un estudio exhaustivo sobre la Teoría del levantamiento del Velo Corporativo, es importante señalar las particularidades de dicha teoría en los países en los que se ha desarrollado esta doctrina y de las instituciones que se han consolidado sobre la materia, con el objetivo de determinar su viable aplicación en nuestro sistema jurídico.

Si bien las legislaciones del mundo se han enriquecido mediante el estudio de otros ordenamientos; la incorporación de instituciones o figuras jurídicas ajenas a la nuestra, deben estar respaldadas por un análisis específico a fin de encontrar un punto medio y de conexión para la implementación de figuras extranjeras. Además, el legislador debe determinar los supuestos para la procedencia del levantamiento del velo corporativo, con la finalidad de otorgar certeza jurídica.

Los antecedentes del levantamiento del velo corporativo van más allá de las conductas ilícitas practicadas por algunas sociedades, tal es el caso de la segunda Guerra Mundial en que “Las sociedades mercantiles en las que existían intereses nacionales de países enemigos, fueron intervenidos en los países beligerantes, a pesar de ser las sociedades personas jurídicas que gozaban de nacionalidad de dichos Estados. Como se indica en la expresión inglesa que adelante citaré, *se descorrió el velo de la personalidad jurídica* para descubrir los intereses enemigo.”⁵³

Siguiendo los principios de justicia y equidad, el derecho estadounidense ha logrado el desconocimiento de la separación entre patrimonios entre los socios y la sociedad para hacerlos ilimitadamente responsables en caso de actos ilícitos de la sociedad. La evolución de la teoría conocida como *disregarding the corporate entity* o *piercing the corporate veil* (levantamiento del velo corporativo) dio como resultado el pronunciamiento de los requisitos mínimos para proceder al levantamiento del velo corporativo.

De este modo, para los tribunales estadounidenses fue posible la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades cuando dicho instrumento se utilizara “... para defraudar a los acreedores, para sustraerse a una obligación preexistente, para soslayar la aplicación de una ley, para lograr o conservar un monopolio o proteger bribones o delincuentes”⁵⁴ De este modo, aplicando lo que el maestro Cervantes Ahumada denomina como “jurisdicción de equidad”, los tribunales estadounidenses pudieron rescindir de la persona jurídica moral y así juzgar a la sociedad como una “asociación” de hombres impartiendo justicia a personas físicas.

⁵³ Cervantes Ahumada, Raúl, *Estudios de Derecho Público Contemporáneo (Homenaje a Gabino Fraga)*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM, 1972, p.p. 29.

⁵⁴ *Ibidem*.

Sin embargo, en el derecho estadounidense el levantamiento del velo corporativo es una excepción a la limitación de la responsabilidad y siempre debe darse mediante resolución judicial que reconozca la responsabilidad personal de cada socio, representante o administrador de la sociedad en los actos ilegales en los que incurre la sociedad.

No sólo en los Estados Unidos de América, ha sido estudiada, desarrollada y aplicada la teoría del levantamiento corporativo. Tal es el caso de países como Alemania, Suiza, Francia, Italia, España, entre otros; siendo los tribunales españoles quienes, mediante la llamada “Teoría de terceros”, consideran que si una sociedad es utilizada para defraudar a terceros, sus socios no pueden ser considerados como terceros de buena fe en relación a los negocios ilícitos de la sociedad, sino como participantes que utilizan a la sociedad como un velo para ocultar sus actos fraudulentos.

En el caso de Italia, doctrinalmente se ha fundado la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, basados en la “simulación de los actos jurídicos” o mediante la figura del “negocio jurídico indirecto”.

Por su parte, la jurisprudencia francesa considera la sociedad como propiedad de los socios, y cuando utilizan a la sociedad como un instrumento para fines ilegítimos, los socios son los responsables de los actos ilícitos en los que incurre la sociedad.

En los países en los que es aceptada la teoría del levantamiento del velo corporativo se busca el fortalecimiento de las sociedades evitando que sean utilizadas como instrumentos de defraudación. “Se tiende a levantar el velo y encontrar, detrás de la pantalla de la sociedad, a los verdaderos responsables de los actos ejecutados a nombre de ésta.”⁵⁵

En general, para proceder a la aplicación del levantamiento del velo corporativo es necesario que la implementación de ésta doctrina sea de manera restringida, no siendo la sola existencia de deudas de la sociedad la razón principal que justifique el levantamiento del velo corporativo; y que dicho levantamiento no se aplique en beneficio de los accionistas y proteja a sus acreedores quienes confiaron sus negocios jurídicos a una sociedad con personalidad jurídica propia.

Así, las doctrinas jurídicas internacionales han adoptado supuestos justificantes para prescindir de la responsabilidad limitada y llegar a los socios; incluso se ha procurado la generalización de reglas y métodos para la aplicación de esta técnica.

2.2 Abuso de la persona jurídica.

Ahora bien, para determinar el levantamiento del velo corporativo se debe identificar el abuso de la personalidad jurídica de la persona moral. La figura de la persona moral debe brindar certeza jurídica y su uso no puede servir para vulnerar otros derechos de terceros, ni principios generales que aseguran el bienestar social y económico.

⁵⁵ *Ibidem*, p.p. 31.

Aunque la responsabilidad limitada otorgó ventajas para el desarrollo económico, dicho privilegio se convirtió, en algunos casos, en el único interés verdadero de los socios. Así, de acuerdo con el autor Tullio Ascarelli: "...en realidad, la práctica ha utilizado para el ejercicio individual del comercio el instrumento de la persona jurídica con patrimonio separado, elaborado por la ley para la sociedad; la práctica, en ausencia de disciplina especial a este propósito, tiende a servirse para el comercio individual, de los principios que disciplinan la constitución y la subsistencia de un patrimonio separado en cuanto al comercio social... El fin buscado por la práctica no me parece ilícito en sí mismo; aunque podría resultar ilícita la utilización de esta situación."⁵⁶ El Maestro Ahumada nos explica que "Por ejemplo, no sería ilícito, en términos generales, constituir una sociedad anónima unipersonal, para ejercer el comercio con limitación de la responsabilidad, logrando la constitución de un patrimonio separado, afectado al objeto de la sociedad; pero sería ilícito constituir una sociedad de este tipo con el objeto de devenir insolvente en perjuicio de los acreedores."⁵⁷

De este modo, cuando el objetivo para el cual la persona moral fue creada se aleja de aquél permitido por la ley y se producen conductas dañinas hacia terceros y beneficiosas para quienes actúan resguardados por la figura de sociedad mercantil se produce el abuso de esta figura. En este sentido, la tenencia del patrimonio propio de la sociedad y las ventajas de la limitación de la responsabilidad social, justifican la irresponsabilidad de los socios respecto de las obligaciones de la sociedad que podrían llevar a intenciones fraudulentas con el único fin de dejar que la sociedad asuma las deudas con su patrimonio.

De acuerdo a lo anterior, el abuso al privilegio reconocido por el ordenamiento jurídico a los socios de las sociedades va en contra del principio de igualdad de las personas, cuando esta protección jurídica se da a personas que utilizan las figuras de derecho de manera abusiva frente a terceros.

Así, para la jurisprudencia norteamericana el concepto de persona moral dejó de lado el dogma de la personalidad jurídica. Para los jueces norteamericanos, el prescindir de la personalidad jurídica para llegar a los verdaderos fines de la persona detrás se basa en el principio de la equidad. Sin embargo, la aplicación de la llamada teoría del "*Disregard of the legal entity*" considera su aplicación como una excepción.

2.3 Doctrina de Rolf Serick.

Uno de los principales autores representantes de la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo es el alemán Rolf Serick, quien mediante su obra titulada "Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica", indica que la adopción de las medidas para el levantamiento del velo corporativo debe ser un caso excepcional ya que de lo contrario se retrocedería en los avances y perfeccionamiento de la figura jurídica de la personalidad de las personas

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ *Ibidem.*

morales y de los beneficios que se derivan de dicha institución, en este caso “...la limitación de la responsabilidad sobre el patrimonio de la persona jurídica.”⁵⁸

La teoría contenida en dicha obra, denominada originalmente como “*Rechtsform und Realität juristischer Personen*”, partió del análisis de la doctrina de la jurisprudencia norteamericana del “*Disregard of the legal entity*”. Así, para Serick su teoría consistió en que la decisión de desestimar o no la forma de la personalidad jurídica debía basarse en un examen mediante el cual se acreditara la realidad de un abuso de la forma jurídica. Una de las características principales de esta teoría es que sólo niega la personalidad jurídica cuando se utiliza abusivamente y cuando se pretende enlazar determinadas normas con las personas jurídicas.

Serick basó su teoría en el estudio de los antecedentes de la doctrina norteamericana del *Disregard of the legal entity*, pero esta última se fundó en la teoría de la ficción de Savigny en la que la persona jurídica es “[...] considerada como pura creación legal y artificial del derecho positivo para el logro de determinados fines, lo que hace posible sentar la conclusión de que tal ficción no debe mantenerse más allá de lo que exija la adecuación de la forma acogida a los fines para los que fue creada.”⁵⁹

Sin embargo, de acuerdo con Serick el autor Otto Gierke encuentra una respuesta para fundamentar la aplicación del levantamiento del velo corporativo en los ordenamientos en los que las personas jurídicas son consideradas realidades, como el alemán y el mexicano. “La diversidad jurídica de asociados y de asociación (o también de dos asociaciones) ha de quedar debilitada en determinadas circunstancias (teoría de la unidad). Subsiste ciertamente la dualidad jurídica. Pero nadie puede invocar la realidad que el mismo ha provocado en perjuicio de tercero cuando de hecho existe una unidad económica especialmente vigorosa y cuando la invocación de la dualidad lesiona los intereses de terceros. Así tratándose de la sociedad de un solo hombre...ha de partirse de la base de que la persona jurídica y el socio único son dos personas jurídicas diferentes. Pero, no obstante, en cuanto exista el peligro de maquinaciones dolosas u otras maniobras dudosas, deben ser consideradas como idénticas. La mala fe o el conocimiento por parte del socio único será considerada por lo regular como de la misma sociedad. El problema sólo puede ser resultado caso por caso, teniendo cuidadosamente en cuenta lo que exige la buena fe.”⁶⁰

Así, cualquier determinación para proceder a la desestimación de la personalidad jurídica debe estar fundada en un examen sobre la realidad y darse como consecuencia del abuso a dicha figura, es decir sólo negarla en casos concretos y siempre a falta de adecuación con la realidad.

⁵⁸ Boldo Roda, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Arizandi, España, 2000, p.p. 73.

⁵⁹ Serick, Rolf, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, Traducción por José Puig Brutau, Ediciones Ariel, España, 1958, p.p. 14.

⁶⁰ Citado por Rolf Serick, *Óp. Cit.*, p.p. 43.

A pesar de ser muchos los casos en los que es aplicable la doctrina y que éstos se pueden agrupar de acuerdo a sus rasgos, los actos externos por sí solos son insuficientes para la aplicación de dicha técnica. Éstos deben de tenerse en cuenta sólo como indicios de una situación existente, es decir real, en la que legítimamente puede aplicarse la doctrina.

En relación con lo anterior, una de las principales críticas hacia Serick es la de identificar un criterio firme para prescindir de la personalidad jurídica. Así, para el autor el eje de aplicación de la doctrina es el “abuso” de la personalidad jurídica. Para el autor los instrumentos que normalmente combaten el abuso y el uso indebido son esencialmente diferentes a los resultados que se buscan con la aplicación de la doctrina del levantamiento de velo, ya que “[...] en la acción de fraude hay que dirigirse en contra del deudor, mientras que la doctrina de la penetración permite atacar a los bienes de la sociedad directamente. También sostiene que existen casos en los cuales la acción de fraude resulta la única adecuada. Tal sería el caso en el que un deudor transmite bienes de su patrimonio a una sociedad real, que no es, por tanto, simulada ni se identifica con el mismo deudor.”⁶¹

Así, Serick reconoció que, no sólo el abuso era suficiente para la aplicación del “*Disregard of the legal entity*” ya que “[...] en la actualidad los tribunales adoptan una concepción más amplia de la doctrina y prescinden de la eficacia de la forma de persona jurídica cuando su admisión hubiese de producir un resultado injusto incluso por otras razones”⁶²

2.3.1 Supuestos de abuso de la persona jurídica.

Para combatir la incertidumbre Serick identificó, en base al estudio de diversas sentencias emitidas por los Tribunales estadounidenses en los que se aplicó la doctrina del “*Disregard of the legal entity*”, tres usos abusivos de la personalidad jurídica. Serick las agrupó en las siguientes categorías: Fraude de ley por medio de persona jurídica; Fraude o violación de contrato y lesión contractual; y Daño Fraudulento causado a terceros.

2.3.1.1 Fraude a la ley por medio de persona jurídica.

El fraude a la ley se da cuando una forma jurídica es utilizada para los fines para los que no ha sido creada y la misma norma que la crea desapruueba, ya sea de manera expresa o tácita, dicha conducta.

De acuerdo con Serick “Una ley puede quedar burlada con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquella, tanto si ya existía como si sólo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal. El mandato o la prohibición de la norma no aparece de esta forma formalmente infringido por el sujeto afectado porque sólo realiza los actos que le están

⁶¹ Dobson, Juan M., *Óp. Cit.*, p.p. 23.

⁶² Rolf Serick, *Óp. Cit.*, p.p. 118.

prohibidos por medio de la persona jurídica”⁶³ Dentro de esta categoría de fraude a la ley, también se contemplan las actividades de algunas sociedades para crear monopolios.

De este modo, el fraude a la ley por medio de persona jurídica utiliza a las sociedades para la consecución de fines que no son previstos por el ordenamiento jurídico; así, aunque una persona física puede oponerse abiertamente al cumplimiento de una norma jurídica, opta por recurrir al fraude, en el que evade las normas del derecho que le son aplicables mediante el resguardo de la personalidad de las sociedades.

De acuerdo a lo anterior, los elementos del fraude a la ley por medio de persona jurídica coinciden con el fraude a la ley y son reconocidos en nuestro derecho. Para el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, se clasifican como sigue:

“De lo establecido por las normas existentes en la materia (artículos 6o., 8o. y 15 de los Códigos Civil Federal y del Distrito Federal, así como el 6 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado suscrita por el Ejecutivo Federal y aprobada por el Senado de la República), y en la doctrina de tradición romano-germánica extranjera y nacional (Alexandre Ligeropoulo, Calixto Valverde y Valverde, Juan Ruiz Manero, Manuel Atienza, José Louis Estevez, Francisco Ferrara, Enneccerus, Kipp y Wolff, Rojina Villegas, Pereznieta Castro y Arrellano García), pueden extraerse como elementos definitorios del fraude a la ley, los siguientes: 1. *Una norma jurídica de cobertura, a cuyo amparo el agente contravendrá otra norma o principio*; 2. *Una norma, principio o valor jurídicos que rigen o delimitan a la norma de cobertura*; y, 3. *La existencia de ciertas circunstancias de la aplicación de la norma 1, que revelan la evasión de 2.*”⁶⁴ [Énfasis añadido]

De este modo, para Serick en los supuestos de fraude a la ley por medio de una persona jurídica, su personalidad puede ser descartada aplicando el principio fundamental según el cual, el ordenamiento jurídico jamás debe proteger al abuso de una institución jurídica. El examen sobre la realidad debe estimarse procedente cuando exista la sospecha de que una ley podría ser burlada. Así, para emitir una sentencia justa es lícitamente posible descartar la forma de una persona jurídica que se utilizaría para evadir el cumplimiento de una ley.

2.3.1.2 Fraude o violación de contrato y lesión contractual.

El fraude o violación de contrato consiste en, que cuando por medio de la persona jurídica se incumple un contrato y se utiliza como ventaja la separación entre la personalidad de la sociedad y de sus socios.

Ya sea que el fraude sea cometido con posterioridad a la constitución de una persona jurídica o que la sociedad fue creada específicamente para evadir el cumplimiento de un

⁶³ *Ibidem.* p.p. 44.

⁶⁴ Tesis: I.3o. C.140 C, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 9, Tomo III, agosto de 2014, p.p. 1776.

contrato, la persona jurídica es el medio idóneo para conseguir el incumplimiento de lo pactado expresamente por las partes.

De acuerdo con Serick este surge cuando “A y B se obligan frente a C a no realizar determinado acto. Pero resulta que el mismo acto lo realiza la sociedad X, cuyos socios son A y B. La sociedad X, es una persona Jurídica, que ha sido creada con la finalidad de burlar el contrato celebrado con C.”⁶⁵

2.3.1.3 Daño Fraudulento causado a terceros.

De acuerdo con Serick, es importante no limitar las categorías anteriormente descritas. El daño fraudulento se da en los casos en que se causan perjuicios a terceros con la utilización de una sociedad y que no están contemplados en los dos grupos anteriormente descritos. En el caso de la doctrina norteamericana se destaca la importancia de reconocer otros supuestos para la separación de los socios y la sociedad.

Un ejemplo de lo anterior es que, “si X ha celebrado un contrato con una persona jurídica y al mismo tiempo ha sido objeto de un engaño doloso por parte de los socios, se plantea el problema de si X puede impugnar el contrato [...] aunque el gerente de la persona jurídica haya procedido de buena fe. Los socios de la persona jurídica, ¿son terceros [...], de manera que la impugnación quede excluida si la persona jurídica (en este caso el administrador) no conocía el engaño? [...] en este caso los socios deben identificarse con la persona jurídica, porque la forma tras la cual se amparan debe ser apartada cuando se está en el caso de juzgar una conducta sancionada por el ordenamiento jurídico. Éste no puede permitir –en todo caso en materia de derecho patrimonial– que se obligue a una parte contratante a respetar lo convenido cuando ha sido engañada por alguien que está económicamente identificado con la otra parte. También en tal supuesto nos encontramos ante un caso de abuso de la forma de la persona jurídica.”⁶⁶

En este sentido, también en materia de competencia económica, la actividad de las sociedades tenedoras y sus sociedades filiales debe estudiarse en un contexto global para evitar el abuso de las personas jurídicas. “En especial no puede estimarse que la sociedad madre sea extraña a la actividad de la sociedad filial o de un solo hombre, la sociedad filial o de un solo hombre deben atenerse siempre a la prohibición de concurrencia o competencia que rige para la sociedad madre.”⁶⁷

Para Serick, el hecho de que una sociedad posea todas o casi todas las acciones de una sociedad no implica que sean dos personas idénticas. Tampoco es aplicable que, ambas sociedades tengan los mismos directores o administradores, lo que en última instancia sólo indica su estrecha conexión. La excepción a esta regla surge cuando una de las sociedades posee la dependencia de hecho y de derecho de la otra.

⁶⁵ Serick, Rolf, *Óp. Cit.*, p.p. 59.

⁶⁶ *Ibidem*, p.p. 70 y 71.

⁶⁷ Citado por Serick, Rolf, *Óp. Cit.*, p.p. 59.

De acuerdo a lo anterior, el abuso de la personalidad jurídica se da cuando por medio de la misma se evade; el cumplimiento de una disposición legal; una obligación contractual o un perjuicio a un tercero; y la seguridad jurídica y los principios de justicia, equidad y buena fe.

2.3.2 Reglas complementarias de Serick.

De acuerdo con Serick, la personalidad jurídica puede ser desestimada en dos casos: el primero que contempla al abuso, que se estudió con anterioridad; y el segundo, cuando se pretenden enlazar normas jurídicas con sociedades.

Serick buscó emitir reglas fundamentales para determinar la posibilidad de la aplicación de la doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo, y con ello hacer frente al peligro de desvalorización de la personalidad jurídica. El autor resumió los resultados de su trabajo, en las siguientes reglas fundamentales:

1. Siempre que la estructura formal de la persona jurídica sea utilizada de manera abusiva y que se busque obtener un resultado contrario a aquél que el derecho pretendía para la formación de sociedades.

Existe abuso cuando con ayuda de la persona jurídica, se identifican los siguientes supuestos en los que se viola la buena fe: i) Incumplimiento de una ley; ii) incumplimiento de obligaciones contractuales; y iii) daño fraudulento a terceros. Es decir, cuando una persona jurídica sea utilizada de una manera distinta a su finalidad.

La justificación de esta decisión se da porque “Quien abusa de la forma de la persona jurídica, en realidad desestima esta misma institución. Cuando en semejantes casos el juez aparta la forma con que se presenta la sociedad y penetra hasta lo que constituye su substrato personal o real, se limita a confinar a la persona jurídica a la esfera que precisamente el derecho le tiene asignada. La sociedad, como tal, sólo merece ser reconocida cuando se mueve dentro de los fines para los que ha sido creada.”⁶⁸

2. Dentro del segundo tipo, pueden darse casos en los que el incumplimiento de los formalismos para la constitución de la persona moral, establecidos por las normas que determinan los rasgos de un tipo de persona jurídica, son suficientes para invocar la nulidad de una sociedad.

En estos casos, se trata de la eficacia de una regla de derecho de sociedades de valor tan trascendental que no deba encontrar obstáculos para su cumplimiento ni de manera indirecta. En el caso de las sociedades mercantiles la falta de un atributo de su

⁶⁸ *Ibidem*, p.p. 242.

personalidad o bien la falta de: la asociación de hombres, el fin común y de cualquier formalidad requerida por el derecho objetivo para la adopción de un tipo social.

En México, se emitió una sentencia por contradicción de tesis en la que se condiciona el cumplimiento de todas las formalidades, establecidas en el artículo 84 de la LGSM sobre las S.A, para el reconocimiento del hermetismo societario. A continuación, cito un extracto de dicha tesis:

“SOCIEDADES MERCANTILES. EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY GENERAL RELATIVA, ES APLICABLE A TODAS ELLAS, INCLUSIVE A LA ANÓNIMA, POR LA OBLIGACIÓN QUE TIENEN LOS ACCIONISTAS HASTA EL MONTO DE SUS APORTACIONES.

El citado precepto, que en su primer párrafo establece que la sentencia que se pronuncie contra la sociedad condenándola al cumplimiento de obligaciones frente a terceros, tendrá fuerza de cosa juzgada contra los socios cuando éstos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad, es aplicable a todas las sociedades mercantiles, pues dicho numeral no distingue al respecto, además de que se ubica en el capítulo I de la Ley General de Sociedades Mercantiles, relativo a la constitución y funcionamiento de las sociedades en general; y si bien en su segundo párrafo establece una distinción, en atención al grado de responsabilidad de los socios demandados, al señalar que cuando su obligación se limite al pago de sus aportaciones, la ejecución de la sentencia se reducirá al monto insoluto exigible de las aportaciones, no del adeudo, ello no implica que el artículo 24 de referencia sea inaplicable a las sociedades anónimas, pues aunque el numeral 87 de la propia ley establezca que éstas se componen exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones, *ellos sólo podrán liberarse de la aplicación del citado artículo 24, si demuestran haber cumplido íntegramente con la obligación que el mencionado artículo 87 les impone*, que consiste en el pago de sus aportaciones, pues la suscripción de las acciones en que se divide el capital social de la anónima sólo implica que los socios contrajeron la obligación suscrita con su firma, de cubrir, en proporción a las acciones que hayan adquirido, el total del capital social; sin embargo, esto no significa que la obligación adquirida se encuentre satisfecha, ya que el artículo 89, fracciones III y IV, de la propia ley, reconoce dos formas de pagar las aportaciones o acciones en que se dividió el capital social, esto es, exhibir íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, o con el 20% del valor de cada acción en numerario; aunado a lo anterior, por lo que hace a su escritura constitutiva, el artículo 91, fracciones I y III, de la ley, señala que en aquélla debe indicarse la parte del capital social exhibido, así como la forma y términos en que los socios deben pagar la parte insoluta de las acciones que hayan suscrito. [Énfasis añadido].”⁶⁹

En estos casos, se considera el actuar de las sociedades como de buena fe, pero también existe la necesidad de respetar la voluntad del legislador quien ha encontrado, las suficientes razones jurídicas, sociales y económicas, para configurar una institución jurídica, y por otra parte la seguridad jurídica que debe proteger esa configuración.

⁶⁹ Tesis: 1a./J. 59/2012, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, Tomo I, agosto de 2012, p.p. 472.

Dichos elementos son los que respaldan la aplicación de la doctrinal del levantamiento del velo.

3. Las normas basadas en cualidades, capacidades y valores humanos deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a éstas. En este caso, debido a que el ordenamiento jurídico reconoce dos tipos de sujetos (las personas físicas y las personas jurídicas), se deben identificar las normas que conceptualizan a la persona física en relación exclusiva a sus cualidades, así Serick cuestiona si dichas normas pueden ser aplicables a las personas jurídicas.

Para Serick, y de acuerdo con su entorno temporal político, la determinación de llegar al sustrato de las sociedades para averiguar los intereses de éstas, mismas que recaían en la asamblea de accionistas, resultaba de importancia nacional para identificar la nacionalidad de los accionistas e intereses extranjeros. Es por eso, que la equiparación de la nacionalidad y domicilio de las sociedades resultaron en un conflicto de aplicación, debido a que el legislador los había regulado en base a los atributos propios de las personas físicas relacionadas con la capacidad de lealtad, amor a la patria y la pertenencia a un pueblo.

Sin embargo, hoy en día la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas deja atrás la concepción tradicional y es considerada en muchos ordenamientos jurídicos como una conexión normativa solamente, en la que las disposiciones legales afectan de maneras diferentes a las personas jurídicas nacionales como a las extranjeras.

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, existen normas que tratan de evitar que algunas sociedades sean controladas o dominadas por capitales o por personas extranjeras. Así en México, se trata de sociedades relacionadas con las industrias de importancia vital o también llamadas áreas estratégicas. De acuerdo con la Ley de Inversión Extranjera (en adelante “LIE”), se prescribe que sólo un determinado porcentaje de acciones puede estar en propiedad de extranjeros de acuerdo al área estratégica que tenga como objeto la sociedad.

En consecuencia, para Serick los países que permiten la inversión extranjera requieren de medidas para proteger su economía y “Si tales sociedades se convirtieran en un peligro para la seguridad estatal o para la economía interna, no sería posible proceder sin más contra de ellas por no tener la consideración de extranjeros, sometidos a ciertas restricciones en virtud de disposiciones que por esta razón les afectarían, sino de nacionales que pueden exigir que no se les trate de manera diferente que a las demás sociedades nacionales.”⁷⁰

⁷⁰ Serick, Rolf, *Óp. Cit.*, p.p. 166.

Otro de los temas relacionados con la aplicación de normas basadas en cualidades propias de las personas físicas son los derechos de autor. En Alemania, al igual que en México, se niega que a una persona jurídica pueda serle reconocido un derecho moral de autor a título originario. Pero, puede transmitirse el derecho patrimonial con el que se pueden percibir los beneficios de la obra.

De este modo, en el caso de México la corriente respalda la inalienabilidad del derecho moral de autor, en virtud del vínculo personal que existe entre el creador y su obra. En el artículo 12 de la Ley Federal del Derecho de Autor (en adelante “LFDA”), se establece que sólo son susceptibles de crear obras literarias y artísticas las personas físicas. Del mismo modo, en el artículo 11 del mismo ordenamiento se protege el “...goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el derecho moral y los segundos, el patrimonial.”⁷¹

4. Cuando la persona jurídica es utilizada para ocultar que existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, y que la norma es solamente aplicable si las dos partes del negocio concurren personas distintas. Pues la finalidad de la norma que regula los negocios jurídicos es evitar un conflicto de intereses y al existir unidad de ambas partes se pierde el sentido de la norma.

De acuerdo con Serick “En relación con los problemas de interpretación de las normas ha de comprobarse en definitiva si también ha de estar permitido observar lo que ocurre detrás del velo de la persona jurídica cuando una norma, cuya aplicabilidad a las personas jurídicas por lo demás no resulta problemática, presupone que las partes en el negocio

⁷¹ Cfr. Addame Goddard, Jorge, Coordinador. *Código Civil Federal comentado. Libro Segundo. De los Bienes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, p.p. 13. “Estos derechos de autor se consideran muebles, sin embargo, su régimen se diferencia de los demás bienes muebles en varios aspectos. Los derechos morales son prerrogativas que siempre tiene el autor para ser reconocido como tal, son personalísimos, inalienables, perpetuos, no tienen límite en el tiempo porque la obra es intangible, son imprescriptibles porque no se pierden o se adquieren por los años, e irrenunciables, por generarse de una norma jurídica de orden público. Se transmiten por sucesión testamentaria o legítima. Y los derechos patrimoniales se refieren a la explotación económica de manera exclusiva de una obra o a la autorización que se da a otros para su explotación, el autor es el titular originario del derecho patrimonial y sus herederos o causahabientes los titulares derivados (aa. 24 y 26, LFDA). El ejercicio de los derechos patrimoniales tiene una limitación de tiempo, una obra pasa al dominio público cuando los derechos patrimoniales han expirado. Esto sucede habitualmente transcurrido un plazo desde la muerte del autor. Dicha obra entonces puede ser utilizada de forma libre, respetando los derechos morales. Los derechos patrimoniales de autor están vigentes durante toda la vida del autor más 100 años tras el final del año de la muerte del autor más joven o de la fecha de publicación en caso de los gobiernos federal, estatal o municipal (a. 29, LFDA). Existen excepciones a esta regla.” En el mismo sentido véase Serick, Rolf, *Óp. Cit.*, pp. 192 y 193. “El camino que sólo dogmáticamente podría justificar el derecho de autor se refiere a la norma que debe quedar enlazada con la persona jurídica [...] Naturalmente que tampoco DE BOOR cree que una persona jurídica puede componer versos o música. La cuestión que plantea es más bien la de si la creación de una obra colectiva y sobretodo su planteamiento que exige la organización, distribución, elección e instrucción de los colaboradores, pueda de alguna manera ser atribuida a la persona jurídica.”

jurídico no sólo serán personas diferentes desde un punto de vista puramente jurídico, sino que lo serán efectivamente de hecho.”⁷²

Se observa que Serick identifica el caso entre una sociedad dominante y una filial. Si bien el control de una sociedad dominante sobre su filial es una práctica muy recurrida, también lo es el caso en el que la filial posea acciones de la dominante. Al respecto, “El derecho de voto no puede ejercitarse en virtud de acciones que pertenecen a la sociedad o a una empresa dependiente a otro que las tenga por cuenta de la sociedad o de una empresa dependiente”⁷³ En este contexto a pesar de que no existe un caso de abuso, este actuar entra en conflicto con el principio general de la independencia de la persona jurídica.

Para México, la reunión de todas las acciones o partes sociales en una sola persona es suficiente para disolver una sociedad mercantil, de acuerdo al artículo 229 de la LGSM⁷⁴. También, de acuerdo al artículo 976 del CCF “La copropiedad cesa: [...] por la consolidación o reunión de todas las cuotas en un solo copropietario.” Pues además de eliminar el nexo causal que une a las partes en los negocios jurídicos, los preceptos jurídicos pierden su sentido. En estos casos, la justificación de mirar más allá del velo corporativo es la necesidad de preservar la forma de la persona jurídica, misma que requiere que se observe el sustrato real y no la finalidad general de una norma.

De acuerdo a las situaciones anteriores, se demuestra que la personalidad jurídica no es un dogma que deba ser mantenido sin excepción. Más bien, que debe analizarse caso por caso si el actuar y la esencia de cada sociedad sigue los mismos lineamientos contenidos en la norma jurídica que se pretende aplicar.

2.3.3 Similitud de los supuestos de abuso de la persona en la doctrina de Rolf Serick y en nuestro ordenamiento jurídico.

En la doctrina del levantamiento del velo corporativo, suele existir confusión para determinar la aplicación de dicha doctrina, esto porque se atribuye la responsabilidad de

⁷² Serick, Rolf, *Óp. Cit.*, p.p. 229.

⁷³ Cfr. Serick, Rolf, *Óp. Cit.*, p.p. 146, 150 y 150. “Por ello, si una persona jurídica dependiente vota en la Asamblea social de la dominante, procede identificar la persona jurídica dependiente con la sociedad de responsabilidad limitada dominante. [...] pues la persona jurídica dominante, puede decidir en cualquier momento la formación de la voluntad de la dependiente. [...] También ahora es procedente la consideración que antes hemos expuesto: el socio único puede quedar identificado con la sociedad unipersonal porque aquél puede imponer en todo caso su voluntad a ésta, exactamente como puede hacer la sociedad dominante con la dependiente.”

⁷⁴ También Véase Puig Bretau, José, en comentarios del traductor, Serick, Rolf, *Óp. Cit.*, p.p. 289. “Son diferentes los problemas relativos a si ha de reconocerse como posible y como lícito que un comerciante individual pueda limitar su responsabilidad y, en su caso, en qué forma, y los que surgen cuando una sociedad de capitales queda reducida a un solo individuo, a un único socio.”

la sociedad a los miembros de los órganos administrativos, quienes sólo cuentan con la responsabilidad derivada de sus cargos; mientras que la responsabilidad que se pretende regular a través del levantamiento del velo, deriva de la simulación o abuso de la responsabilidad limitada de la que gozan sus socios o accionistas.

Del mismo modo, es difícil comprobar la voluntad de los accionistas, es decir, identificar si su actuar está en armonía con lo considerado por el legislador, o bien si solo se constituyó una sociedad para causar perjuicios. Algunos autores, han expresado que cuando se habla de abuso de derecho, en su faceta axiológica, mediante el uso de una persona jurídica, es incuestionable que son los integrantes de la sociedad quienes abusan del derecho y las reglas que le son aplicables para el ejercicio de dicho derecho.

Ahora bien, dentro de los dos supuestos en los que la teoría del levantamiento del velo corporativo puede ser aplicada, es decir el abuso y el enlazamiento de normas jurídicas con las personas morales; es en el primero en el que se identifican criterios semejantes en el derecho común: el abuso de derecho y el fraude a la ley.

2.3.3.1 Abuso de derecho.

El abuso de derecho consiste en el ejercicio de un derecho, que en principio es congruente con la norma, sin embargo, se identifica la intención de causar perjuicio a un tercero y no causa ningún beneficio a su titular, lo que lo convierte en un hecho ilícito.

Existen dos posturas en cuanto si el abuso de derecho pertenece a la teoría de la responsabilidad subjetiva o a la objetiva; o sea, si es necesaria la comprobación de la intención de dañar o bien; si sólo se deben sobrepasar los límites de un derecho para considerar el ejercicio de este como ilícito.

De acuerdo con Borja Soriano, quien plantea una postura objetivista: “El ejercicio de un derecho no puede ser ilimitado; lo hemos dicho, los derechos son relativos, y hemos mostrado cuán numerosas eran las restricciones impuestas por la ley, la costumbre o el convenio a los derechos de propiedad... todo derecho tiene un límite; más allá de este límite, se le ejerce abusivamente, hay abuso de derecho. [...] Cada individuo puede ejercer sus derechos sin tener el temor de encontrar una responsabilidad; pero si comete una falta en este ejercicio es responsable.”⁷⁵ Por lo tanto, esta conducta consiste en un acto lícito, pero contrario a los principios de derecho, lo que genera responsabilidad civil.

Del lado de la teoría de la responsabilidad subjetiva, Bonnecase considera que son necesarios los elementos subjetivos, ya que debe existir la intención de dañar además del elemento objetivo que es el ejercicio inútil del derecho. Además, Boneccase considera que: “[...] no es necesario fijar límites al ejercicio de los derechos porque no es a través

⁷⁵ Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. 21ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2009, p.p. 378.

de los límites como se puede observar el abuso del derecho, sino en el resultado porque el mismo derecho define las facultades de su titular de cuyo ejercicio obtiene beneficios, por lo que si ejercita un derecho de una manera inútil es un dato objetivo lo que nos demuestra que se fue más allá de los límites que el mismo derecho establece.”⁷⁶

En nuestro ordenamiento jurídico se regula el abuso de derecho en el artículo 1912 del CCF, en el que se distingue el elemento subjetivo, a continuación cito dicho artículo:

“**Artículo 1912.** Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.”

Por otro lado, en el artículo 840 del CCF se regula el abuso de derecho de propiedad, de acuerdo a lo siguiente:

“**Artículo 840.** No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario.”

En el citado precepto se requiere que, además de que el acto del propietario cause daño éste le resulte inútil para el propietario, pero es intrascendente el elemento subjetivo del dolo. De acuerdo a lo anterior, cuando se produce un daño como consecuencia del abuso de derecho de propiedad, no es necesario el elemento del dolo para solicitar la indemnización. Sin embargo, en el ejercicio de cualquier otro derecho se debe demostrar el elemento subjetivo de dolo para solicitar la indemnización.

Así, aunque son actos lícitos no prohibidos por la ley, el hecho de causar daños no previstos en las leyes y resultar inútiles a sus propietarios los convierten en hechos ilícitos que producen la obligación de indemnizar por daños y perjuicios. Es importante señalar que el hecho ilícito tiene las siguientes características: “a) [...] ser contrario a las Leyes de orden público o a las buenas costumbres [...]; b) Que en los hechos jurídicos ilícitos el autor tiene la voluntad de producir el hecho, pero independientemente de su voluntad nace ese hecho, a su cargo, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que cause.”⁷⁷

La responsabilidad extracontractual que nace de estos hechos ilícitos, además de lo establecido por el artículo 1912, está contenido en el artículo 1910 del CCF, a continuación se cita dicho artículo:

“**Artículo 1910.** El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

⁷⁶ Campos Díaz Barriga, Mercedes. *La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente: El caso del Agua en México*, Editorial Porrúa, México, 2000, p.p. 58.

⁷⁷ Borja Soriano, Manuel. *Óp. Cit.*, p.p. 346.

De los hechos ilícitos, como fuente de responsabilidad extracontractual, nace la responsabilidad civil que obliga a indemnizar a un tercero por los daños y perjuicios que se han causado.

Ahora bien, las ventajas que se otorgan a las personas físicas o morales para la constitución de sociedades, son susceptibles de ser instrumentos de abuso. El hermetismo societario que conlleva la separación de patrimonios y la limitación de responsabilidad de las personas que se encuentran detrás del velo, genera un medio idóneo para la utilización de la persona jurídica de manera abusiva.

Los elementos de los hechos ilícitos se verifican en algunas de las conductas de las personas morales, es decir, una actividad o varias contrarias a las Leyes de orden público o a las buenas costumbres y la voluntad de producir el hecho, o bien independientemente de su voluntad, el nacimiento de un hecho, a su cargo, y la consecuente obligación de indemnizar por los daños y perjuicios que cause.

Los hechos ilícitos que se identifican en las sociedades se relacionan con el control ejercido por una persona (física o jurídica), quien dispone de la posibilidad de imponer su voluntad sobre esa sociedad. A continuación, analizaré los siguientes supuestos de control sobre las personas jurídicas: a) el control interno o jurídico; b) el control externo o económico; c) el desvío de control de las personas jurídicas; y d) el interés social obviado.⁷⁸

Sobre el control interno o jurídico, éste consiste en el poder de influencia total o parcial sobre la persona jurídica, en virtud del ejercicio de cargos de la asamblea de accionistas en los que se expresa su propia voluntad. Generalmente, esta imposición de voluntad se observa en sociedades en la que existe un socio que posee más del 90 % de acciones de una sociedad, o una parte social mayoritaria en el capital social de la sociedad.

Respecto del control externo o económico, se da cuando en virtud de una relación contractual un tercero cuenta con la influencia dominante suficiente para determinar las directrices permanentes que marcan la conducta de la persona jurídica.

El tercer tipo, el desvío de control de las personas jurídicas considera que, aunque el hecho de control no genera responsabilidad alguna “[...] el efectivo ejercicio del poder de decisión que tiene un tercero –socio o no- para someterla, a fin de que ésta tome decisiones sobre su propio patrimonio y actividad resultan lesivas a su interés social. Ese desvío se traduce en la presencia de una dirección extraña a la persona jurídica, unificada en un interés que le es ajeno.”⁷⁹

Sobre el interés social obviado, “Habrá una violación al interés social cuando se desarrolle una actividad tendiente a impedir o retacear la posibilidad de obtener beneficios mediante el cumplimiento del objeto común propuesto, por el propósito de

⁷⁸ Cfr. Dobson, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica*. 2ª ed. Editorial de Palma, Argentina, 1991, p.p. 613 a 615.

⁷⁹ *Ibidem*, p.p. 614.

perseguir un interés ajeno. [...] Cuando una persona, que reúna las características de “controlante”, desvíe el “interés social” de otra, a su vez “controlada”, le causa una lesión y se hace pasible de sanciones.”⁸⁰

Sobre las sociedades o socios controladores, el uso de las sociedades como una coraza que protege sus intereses personales crea un *alter ego*, que resulta en perjuicio para sus acreedores. Este hecho es considerado como ilícito, pues la falta de armonía entre la realidad del controlador y la de su *alter ego* muchas veces resulta en fraude hacia acreedores.

Son considerados como sociedades controladoras, de acuerdo al artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles, las siguientes:

“Artículo 15.- [...]

Para efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá que integran un grupo societario las sociedades controladoras y controladas conforme a lo siguiente:

I. Se considerarán sociedades controladoras *aquellas que, directa o indirectamente, mantengan la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital de otra sociedad, tengan poder decisorio en sus asambleas, estén en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, o que por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales de una sociedad.*

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.

II. Se considerarán sociedades controladas *aquellas 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 aquella que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora.*

También serán consideradas sociedades controladas, *las sociedades en las que una sociedad mercantil controladora, con independencia de actualizar los supuestos señalados en las fracciones anteriores, tenga la capacidad de dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de una sociedad controladora, ya sea a través de la propiedad de las acciones representativas de su capital social, por contrato o a través de cualquier otra forma.*” [Énfasis añadido]

⁸⁰ *Ibidem.* p.p. 615.

Para que exista el abuso de la persona, deben concurrir los siguientes elementos: “a) La antijuricidad se traduce en la falta de transparencia en el tráfico jurídico, tanto en el sujeto como en el patrimonio, escondiendo una realidad distinta, un sujeto distinto con el propósito de engañar escudándose en la nueva forma jurídica creada. b) La imputabilidad nace desde el momento que existe intencionalidad, ya que el abuso de personificación no puede ser cometido por mera culpa o negligencia. c) El daño se traduce en la creación de una lesión para el tráfico jurídico y para terceros, que en principio no tienen el deber de soportar.”⁸¹

Estos indicadores, deben ser complementados por otros tantos “sub-indicadores”, que constituyen el elemento casuístico del dolo, la negligencia y la falta de interés en el ejercicio del derecho.

2.3.3.2 Fraude a la ley.

El fraude a la ley es una figura jurídica que pertenece al derecho internacional privado, pero que tiene sus orígenes en el *fraus legis* del derecho romano. La noción de *fraus legis* nace como una ampliación del concepto de *acto contra legem*, mientras que éste último prohíbe expresamente una conducta prevista en la ley, el *fraus legis* es un acto que va de acuerdo con las leyes, pero que de una manera indirecta realiza lo que la ley no quería que se hiciera, así aunque no lo prohibió expresamente la ley ésta fue infringida.

Ahora bien, ya que la figura del fraude como delito es propia de derecho penal, se debe partir de su estudio para entender el fraude a la ley. De acuerdo con el artículo 386 del Código Penal Federal, comete el delito de fraude quien:

“**Artículo 386.** [...] engañando a uno aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido. [...]”

De esta definición, el tipo de fraude penal puede realizarse mediante una acción o una omisión. En el primer tipo, una persona obtiene beneficios económicos mediante la realización de actos de mala fe con la intención de conducir a la víctima al engaño. En el segundo tipo, el fraude por omisión, consiste en aprovecharse del error de una persona y aun cuando el primero se percató decide continuar para obtener un beneficio.

Aunque ambas conductas están penadas, el fraude por acción es considerado de mayor gravedad debido a la mala fe; mientras que en el fraude por omisión no existe la mala fe, sólo el aprovechamiento del error del sujeto pasivo, sin embargo en ambos casos se causa un daño a la víctima.

El fraude a la ley, de acuerdo al derecho internacional privado, consiste en “[...] burlar la aplicación de una norma desfavorable y buscar y obtener que sea otra disposición favorable la que se aplique. En otras palabras, el fraude a la ley consiste en la conducta

⁸¹ Obando Pérez, Roberto. *Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 25, 2008, México, p.p. 167.

totalmente voluntaria realizada con el exclusivo fin de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito.”⁸²

El fraude a la ley, encuentra sus antecedentes en el derecho romano, en lo particular un pasaje del Digesto escrito por Paulo en la Ley 292.21, que a continuación de transcribe:

“*Infraudem legis facit, qui, salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*”
[La esencia del fraude es lograr un resultado por un camino torcido o indirecto].

Así, el fraude a la ley debe contener el elemento subjetivo de la mala fe, es decir debe existir la total intención de evadir la aplicación de una norma, engañando a través de los puntos de conexión de la hipótesis para que otra ley le beneficie o ninguna otra le sea imputable.

En México, se emitió una sentencia aislada en la que se establecen los elementos definitorios del fraude a la ley. A continuación, se cita un extracto de dicha tesis:

“FRAUDE A LA LEY. ELEMENTOS DEFINITORIOS.

De lo establecido por las normas existentes en la materia (artículos 6o., 8o. y 15 de los Códigos Civil Federal y del Distrito Federal, así como el 6 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado suscrita por el Ejecutivo Federal y aprobada por el Senado de la República), y en la doctrina de tradición romano-germánica extranjera y nacional (Alexandre Ligeropoulo, Calixto Valverde y Valverde, Juan Ruiz Manero, Manuel Atienza, José Luis Estevez, Francisco Ferrara, Enneccerus, Kipp y Wolff, Rojina Villegas, Pereznieta Castro y Arrellano García), pueden extraerse como elementos definitorios del fraude a la ley, los siguientes: *1. Una norma jurídica de cobertura, a cuyo amparo el agente contravendrá otra norma o principio; 2. Una norma, principio o valor jurídicos que rigen o delimitan a la norma de cobertura; y, 3. La existencia de ciertas circunstancias de la aplicación de la norma 1, que revelan la evasión de 2.*”⁸³
[Énfasis añadido]

De acuerdo a lo anterior, el fraude a la ley se configura cuando la persona jurídica, bajo la apariencia de un acto ajustado a derecho, usa leyes que apoyan con la legalidad, la no aplicación de una o varias leyes no favorables de carácter imperativo. Es decir, es una conducta voluntaria realizada con el objetivo de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito.

En el supuesto en el que se debe determinar el ámbito de aplicación entre normas extranjeras y nacionales, el artículo 15 del CCF contempla el fraude a la ley:

“**Artículo 15.** No se aplicará el derecho extranjero:

⁸² Mansilla y Mejía, María Elena. *Fraude a la ley: fraus legis facta*. Revista Cultura Jurídica, No. 1, Diciembre de 2010 - Enero de 2011, México, p.p. 107.

⁸³ Tesis: I.3o.C.140 C, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IX, Tomo III, agosto de 2014, p.p. 1776.

I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y

[...]

Es importante señalar, el punto de contacto como elemento esencial de la norma en conflicto, pues es éste el que determina la aplicación de una u otra ley. El punto de contacto es fundamental en el fraude a la ley debido a que vincula un problema con el derecho que se debe emplear para su solución.

El fraude a la ley puede ser considerado desde dos perspectivas: a) Del evasor, como un acto doloso y voluntario para evitar la aplicación de una ley, mediante la realización de una varias conductas lícitas, y así obtener un resultado contrario a la norma y por lo tanto un hecho ilícito; y b) Del ordenamiento jurídico agredido, es decir, como un medio de tutela para prevenir y sancionar las conductas y así garantizar la ejecución de las normas.

Cuando el ordenamiento jurídico es agredido mediante el fraude a la ley, son necesarias dos normas: “la de cobertura y la defraudada”⁸⁴ y aunque no se oculta nada, la evasión de una ley mediante el engaño produce un hecho ilícito. De acuerdo a lo expuesto por Serick, una de las hipótesis en la que puede ser empleada la doctrina del Levantamiento del Velo es cuando la forma social es utilizada para sustraerse de la aplicación de una norma imperativa usando figuras como la de la persona jurídica.

2.4 Antecedentes de la Aplicación de la Doctrina del levantamiento del velo corporativo en los Estados Unidos de América.

La S.A. y la S. de R.L se asemejan, en cuanto a las características de los socios que las integran con la *corporation* del derecho estadounidense. La tenencia de acciones en una *corporation* otorga a sus accionistas cierta influencia en el manejo de los negocios de la sociedad; además, la importancia de la creación de una persona jurídica independiente que puede contratar por sí misma y hacerle frente a sus obligaciones es la misma que en nuestro derecho.

La importancia de la separación de responsabilidades es considerada en el derecho estadounidense como un dogma prácticamente indestructible. Incluso, para los Tribunales Superiores estadounidenses en aquéllos casos en los que se identificaba una sociedad con un solo socio quien poseía la mayoría de las acciones, y los acreedores intentaban dirigirse en contra del socio los Tribunales se mantenían firme de acuerdo al principio del hermetismo societario, ya que: “La propiedad, los créditos, los demás

⁸⁴ Cfr. Mansilla y Mejía, María Elena. *Óp. Cit.* La ley de cobertura se entiende como aquélla que permite encubrir el engaño y con el que se pretende dar legalidad; por su parte, la ley defraudada es la ley que se trata de evadir.

derechos y las deudas de la persona jurídica siguen siendo derechos y obligaciones de la sociedad, incluso en casos de que ésta se componga de un solo socio.”⁸⁵

También existen otros ejemplos en los que el hermetismo societario se imponía hasta por encima de lo pactado entre los particulares. Incluso, cuando un socio se comprometía a pagar las deudas de la sociedad, se continuaba firme el dogma del hermetismo societario.

A pesar de la consolidación y de la importancia de la separación de patrimonios entre la sociedad y sus socios, los Tribunales se vieron obligados a tomar medidas que llegaran a los socios de la persona jurídica, cuando se detectaban conductas abusivas, pero siempre con la premisa de aceptar la separación como una excepción.

De esta forma excepcional, los tribunales estadounidenses desconocieron la personalidad jurídica de la sociedad, así como la responsabilidad limitada, para extender la responsabilidad a sus socios, pero sólo cuando se abusaba y se destinaba para fines ajenos o contrarios a la vida de la sociedad, y siempre con el objetivo de conseguir una sentencia justa y apearse al principio de la buena fe.

En un principio la jurisprudencia estadounidense aplicó la doctrina del “*Disregard of the legal entity*” como una regla de los “Tribunales de equidad” (*Courts of equity*). Sin embargo, la aplicación de esta doctrina llegó también a los “Tribunales de derecho común” (*Courts of law*). En este caso, como se verá más adelante, la regla es que los tribunales de equidad juzguen a partir de los principios generales del *common law* y no que los tribunales del derecho común apliquen reglas de los tribunales de equidad, a excepción de estos casos.

De acuerdo con Serick, uno de los antecedentes de la creación de la doctrina del levantamiento del corporativo es la doctrina del “*Trust fund*”. En esta doctrina, se considera que el capital con el que se funda una sociedad es conservado como un fondo, en calidad fiduciaria, a favor de los acreedores en caso de insolvencia de la sociedad. En ambas doctrinas se extiende la responsabilidad de la sociedad a los socios en la cual responden con su patrimonio y se prescinde de la personalidad jurídica de las sociedades.

En el año 1912, el autor estadounidense Maurice I. Wormser en su obra nombrada “*Piercing the veil of corporate entity*”⁸⁶ estableció los elementos de dicha doctrina. La sistematización de esta doctrina se fundó en instituciones ya antes desarrolladas en su ordenamiento jurídico como: la “*agency*”, el fraude y el “*estoppel*” y se crearon otras por vía jurisprudencial.

El resultado de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo es desaparecer la división entre patrimonios de los socios y de la sociedad para hacerlos ilimitadamente responsables en caso de actos ilícitos de la sociedad. Así la aplicación de la doctrina del levantamiento de velo corporativo debe encontrar su fundamento de

⁸⁵ Rolf, Serick. *Óp. Cit.*, p.p. 84.

⁸⁶ Dobson, Juan M., *Óp. Cit.*, p.p. 18.

acuerdo al criterio de equidad, limitado a casos de fraude y de legitimidad, que son factores tradicionales que justifican la intervención de un tribunal de equidad.

De este modo, para los tribunales estadounidenses es posible la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades cuando dicho instrumento es utilizado en: la defraudación de acreedores; para el incumplimiento de una obligación preexistente; para soslayar la aplicación de una ley; para lograr o conservar un monopolio; o bien en actividades abusivas de sociedades tenedoras y sus filiales.

El primer caso en el que se registra la aplicación de dicha doctrina en los tribunales estadounidenses es en el año 1809, en el caso “Bank of the United States vs Deveaux”. Se debe tener presente que previamente, “El Tribunal Supremo de los EE UU, [...] había proclamado que una sociedad, reunión de varias personas, es invisible, inmortal y su existencia sólo descansa en su reconocimiento por la ley. Por lo tanto, si se trataba tan sólo de una entidad legal, intangible e invisible, no podía ser ciudadano de un Estado. La Constitución Federal, sin embargo, en su Artículo 3, sección 2ª, limita *inter alia* a la jurisdicción de los tribunales federales a las controversias entre ciudadanos de diferentes estados.”⁸⁷

En este asunto, los accionistas eran ciudadanos de diferentes Estados, quienes impugnaban la competencia del Tribunal Federal, ya que éste sólo podía resolver causas referidas a los “ciudadanos”. Los accionistas alegaban que una persona jurídica no podía ser considerada como “ciudadana”, a lo que el Juez en turno debió ir más allá, es decir al sustrato de la persona jurídica, en este caso la nacionalidad de los miembros, para mantener la competencia del Tribunal Federal, de acuerdo al artículo 3, sección 2ª antes mencionada. Así, se declaró que en cualquier proceso donde intervinieran sociedades actuarían los socios, y si éstos ostentaban la ciudadanía de diversos Estados, los Tribunales Federales eran competentes.

En un principio, los tribunales estadounidenses encontraban restringida la aplicación de esta doctrina a la competencia de los tribunales de equidad, es decir, sólo en supuestos en los que se eludiera la ley o en casos relacionados con fraude. Aunque la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo se abrió paso muy lentamente en los tribunales estadounidenses, se identificó una mayor aplicación sobre sociedades controladas por un solo socio.

En el año 1898, en el asunto “Harris vs. Youngstone Bridge Co.”, se sentaron las bases sobre el *alter ego* y la relación abusiva entre una sociedad dominante y una subsidiaria, en aquélla se buscó hacer responsable subsidiaria a la primera por los actos de la segunda. Se resolvió que era justificado extender la responsabilidad cuando la vinculación entre ambas sociedades había sido utilizada para obtener un resultado injusto por lo que se privilegió la equidad y la justicia.

⁸⁷ Boldo Roda, Carmen, *Óp. Cit.*, p.p. 145.

La importancia de la separación de patrimonios entre una sociedad y sus socios, así como la limitación de responsabilidad son ventajas que los ordenamientos jurídicos, de la mayoría de los países, otorgan y que benefician a la economía y facilitan el comercio.

La similitud entre las sociedades, a las que le son aplicables los supuestos contenidos en la teoría del levantamiento del velo corporativo estadounidenses se asemejan a nuestras sociedades de capital y los problemas que afrontan los tribunales se asemejan a los propios de nuestro ordenamiento jurídico. Cualquier adecuación que se haga de figuras extranjeras a nuestro ordenamiento jurídico, que son eficaces en ordenamientos extranjeros, pueden no serlo en nuestro derecho sino se encuentra fundada su eficacia en los principios que rigen nuestro sistema jurídico.

Considero que en esencia, se puede adaptar una solución fundada en la aplicación del levantamiento del velo corporativo en los casos de abuso de la personalidad jurídica aplicable a sociedades mercantiles mexicanas.

Una vez estudiadas las similitudes sobre la separación de patrimonios de la sociedad y de sus socios, en ambos sistemas jurídicos, se observa que las bases en las que descansa la teoría denominada como “*Disregard of the legal entity*” no atentan en contra del hermetismo societario, que también predomina en nuestro derecho, sino que lo fortalece.

2.4.1 Fundamentos doctrinales.

En nuestro país, la mayor parte de la doctrina y de los Tribunales, se muestran escépticos respecto del levantamiento del velo corporativo, pues para ellos, puede suponer anteponer los principios de justicia y equidad ante la seguridad jurídica de las personas morales. A pesar de esto, se debe tener en cuenta que son estos principios los que moldean a nuestro derecho positivo, desde el punto de vista axiológico; entonces, aunque pareciera que se da preferencia a algunos principios, más bien se mantiene a la par la seguridad jurídica.

El concepto de seguridad jurídica guarda una estrecha relación con el Estado de derecho. La seguridad jurídica se entiende como “[...] la garantía que el poder estatal otorga a una sociedad para el establecimiento y aplicación de un orden jurídico que asegura al individuo y a la sociedad la vida pacífica y el respecto de los bienes y los derechos a través del tiempo. Sin seguridad y orden son imposibles libertad y justicia, pero para que la seguridad y el orden prevalezcan es indispensable procurar y garantizar la justicia y la libertad. Los excesos en la seguridad y el orden minan su propia subsistencia.”⁸⁸

Para comprender a fondo los principios en los cuales descansa la teoría del levantamiento del velo corporativo en el derecho anglosajón, a continuación analizaré los conceptos de: equidad, fraude, y la doctrina del *Agency*.

⁸⁸ De la Madrid Hurtado, Miguel. *Constitución, Estado de Derecho y Democracia*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. Núm. 187, México, 2004, p.p. 7.

2.4.1.1 Equidad.

En el derecho estadounidense, tanto en los tribunales de equidad como en los de derecho, se aplica la teoría del levantamiento del velo corporativo en base en los principios y procedimientos de equidad. Sin embargo, la equidad contaba con sus propias reglas y su propia jurisprudencia, la cual rivalizaba con el sistema de interpretación estricta o *common law*.

A lo largo de la historia del derecho estadounidense, el sistema de equidad y el de normas jurídicas de interpretación estricta o *common law*, convergieron en un sistema mejor, estructurado y único, y así la equidad adquirió un carácter complementario. El funcionamiento y peculiaridades de esta institución, así como otras propias del derecho anglosajón, deben explicarse desde su origen y desarrollo histórico.

Para Recaséns Siches la equidad puede entenderse en tres sentidos:

En el primero como “[...] lo fundamentalmente justo. Al fin y al cabo la palabra equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia, a saber, el principio de igualdad o proporcionalidad. En tal sentido, justicia y equidad resultan ser vocablos sinónimos.

Una segunda acepción, la más usada e importante, de la palabra equidad es la de denotar una norma individualizada (sentencia judicial o resolución administrativa) que sea justa, es decir, que resulte justa en el caso particular y concreto para el que se dictó. En este sentido, se suele hablar de equidad como aquello que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada para un caso singular.

En tercer lugar, se habla también de equidad para designar la norma o el criterio en que deben inspirarse, las facultades discrecionales del juez o del funcionamiento administrativo.”⁸⁹

En el mismo sentido, el Maestro García Máynez explica que fue Aristóteles quien expresó con mayor claridad dicho concepto, de acuerdo a lo siguiente:

“Lo equitativo y lo justo –leemos en la *Ética Nicomáquea*- son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo justo, no es justo legal, sino una rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las cuales es absolutamente inevitables decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es por esto menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque ésta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por

⁸⁹ Voz “Equidad”, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Editorial Driskill, Tomo X, Argentina, 1982, p.p. 427.

consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado al hablar en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir el silencio, y hablar en su lugar, como si el mismo estuviese presente; es decir la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido... Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura los Lesbos; la cual se amolda y acomoda a la forma de la piedra que mide.”⁹⁰

Al ser la equidad una estructura complementaria del *common law*, resulta necesario entender también dicho concepto como “...el conjunto de reglas y de principios, escritos o no, que tienen una autoridad fija e inmutable y que debe ser rigurosamente aplicado a las controversias en su plenitud, sin posibilidad de ser modificado para ajustarse a las peculiaridades de cada caso en específico o teñido con la discrecionalidad del tribunal y que se funda explícitamente en la costumbre o en la ley, distinguiéndose así de cualquier pretensión de superioridad ética.”⁹¹

Los antecedentes de los tribunales de equidad y del *common law* vienen del derecho inglés. El *common law* inicia en el momento divisorio entre éste y el derecho de costumbres, que se realizaba por cortes populares, dentro de las reformas impuestas entre los años 1154 y 1189 emitidas por el rey Enrique II. El ámbito de aplicación de las cortes del *common law* abarcaba solamente litigios relativos al dominio de los inmuebles y delitos graves. Su flexibilidad se limitaba únicamente a los asuntos predeterminados que contaban con un remedio específico.

Lo insostenible de dicha situación, llevó a la creación de un Consejo Real en el año 1285, en el que se impartía justicia por un parlamento constituido por nobles y miembros eclesiásticos; ésta situación cambió al derivarse dichas facultades al canciller con las instrucciones de hacer lo que la justicia requiriera para resolver conforme a la ley y a la razón. El tipo de remedios que brindaba el canciller fueron llamados equitativos, es decir, adecuados a cada caso en ausencia de hipótesis previstas por la ley.

Los Tribunales de equidad en el s. XVI en Inglaterra, reconocían una situación real frente a una situación jurídica utilizada por las partes. “El *trustee* resulta una mera pantalla (*mere screen*) cuya existencia los tribunales de canciller se niegan a reconocer, apartando, ya a principios del siglo XVI, ese velo, y reconociendo la titularidad real del fideicomitente.”⁹²

En la actualidad, los criterios de razón y conciencia que sirvieron como principios rectorer de las funciones del canciller, se han afinado de acuerdo a los criterios asentados

⁹⁰ García Máñez, Eduardo. *Óp. Cit.* pp. 50.

⁹¹ Caso Klever v. Sea- Wall C.C.A. Ohio, 65 F. 395, 12 CCA 661 en Dobson, Juan M., *Óp. Cit.* p.p. 98 y 99.

⁹² *Ibidem*, p.p. 110.

en cada caso particular. La función de los tribunales de equidad consiste en brindar la elasticidad para las constantes situaciones de hecho, de ahí su función de complementario.

A continuación, describiré las principales características del funcionamiento de los tribunales de equidad:

- a) Como se ha visto con anterioridad, las funciones de los tribunales de equidad no se encuentran limitados, esto con la finalidad de adaptarse a las diferentes materias en las que debe desenvolverse y en las que prevalezca la razón y la conciencia;
- b) Una de las características principales del sistema de equidad es su carácter supletorio, para mantener la elasticidad en las situaciones actuales, es decir su aplicación es válida sólo en los casos en los que no existe un remedio adecuado en el *common law*;
- c) Los tribunales de equidad cuentan con facultades discrecionales para admitir o rechazar su competencia en los casos en donde se requiere su amparo. Del mismo modo, tienen discreción respecto de los alcances del amparo otorgado;
- d) Una de las principales finalidades de los tribunales de equidad es la de atenuar y flexibilizar las rigideces del derecho; y
- e) Cuando el interés público esté inmerso en la solución de un caso el tribunal de equidad estará más dispuesto a brindar su amparo.

Es así, que el funcionamiento de los tribunales de equidad no obedece a estándares previamente establecidos de remedios disponibles, sino sólo por su sana conciencia. Sin embargo, existen situaciones que son otorgadas de manera exclusiva a las cortes de equidad.

De acuerdo a lo anterior, como una de las reglas generales con las que funcionan los tribunales de equidad es la de contemplar a la realidad más allá de las formas. Así, la teoría del levantamiento del velo corporativo se adecua a los principios y procedimientos de intervención por parte de los tribunales de equidad, aunque puede aplicarse también en los tribunales del *common law*.

2.4.1.2 Fraude.

Aunque el concepto de fraude es utilizado tanto en el sistema de equidad como en el *common law*, tal y como suele suceder en el ordenamiento jurídico norteamericano no existe una definición generalmente aceptada, pues el fraude es considerado de acuerdo a las particularidades de cada caso.

En algunos casos, los tribunales han desarrollado reglas generales para valorar las particularidades de cada caso y determinar la existencia o no de fraude. De acuerdo a variadas sentencias, el autor argentino Dobson define al fraude como “Toda negociación injusta; todo acto positivo del que resulte una intención de engañar; el artificio por el cual una persona es engañada en su propio perjuicio; un acto voluntario y malintencionado,

dirigido a cometer un daño a los derechos de los terceros; las prácticas engañosas tendientes a privar o que efectivamente priven a otro de sus derecho por medio de alguna artimaña o un artificio contrario a las reglas de honestidad común, el hacer aparentar un estado de cosas a una persona con quien se halla al momento presente o se hallará en el futuro a negociaciones, como si fuera la situación real, mientras se tiene conocimiento que el verdadero estado de cosas es otro.”⁹³

El concepto de fraude es considerado con mayor gravedad que la mala fe, pues supone una acción intencional y deshonesta con la finalidad de engañar y que resulta en un perjuicio para una de las partes y un beneficio para la otra parte.

Para la acreditación del fraude, en la jurisprudencia se identifican algunas conductas generales de los sujetos que lo llevan a cabo, como las falsas manifestaciones (*false representations*) de un hecho importante determinado, en la que el imputado conoce o debió conocer de su falsedad, misma manifestación en la que confió el perjudicado en su perjuicio, y que cualquier otra persona lógica y razonable hubiese confiado. En los tribunales norteamericanos, tanto en los tribunales de equidad como en el *common law*, la carga de la prueba corresponde al actor.

También se identifican conductas como: la “*misrepresentation*” que se distingue de la anterior por ser un hecho positivo, es decir, la afirmación de un hecho como verdadero, cuando en realidad es falso; el ocultamiento, que es una abstención; entre otros.

De acuerdo con el autor Dobson, la clasificación tradicional de fraude, aceptada tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos de América, es la contenida en el caso “*Chesterfield vs. Janssen*”. Esta incluye las siguientes clasificaciones: a) Fraude activo o actual; b) Fraude que surge de la naturaleza intrínseca del negocio; c) Fraude presumido por las circunstancias y condiciones de los contratantes; d) Engaño por un tercero mediante un negocio entre otras personas; y e) Fraude contra herederos futuros o derechos futuros.

2.4.1.2.1 Fraude en los tribunales de equidad.

En el derecho anglosajón, el fraude es considerado como un vicio de la voluntad. Sin embargo, el consentimiento obtenido fraudulentamente es considerado como un acto anulable y no nulo, por lo que sólo es declarado inválido a instancia de parte.

Para la aplicación de la jurisdicción de los tribunales de equidad sobre el fraude, estos deben ser en casos excepcionales y supletorios, pues primero deben agotarse los medios disponibles en el *common law*.

En el *common law* los medios que atienden los casos de fraude son limitados y poco adecuados, por lo que la mayoría de los casos de fraude se resuelven en los tribunales de

⁹³ Casos: *Daniel v. Post*, 181 SC. 468, 187 SE. 91; *Smith v. Pincer* 68 Ariz. 115, 201 P. 2d. 741; *Salter v. Aviation Salvage Co.*, 129 Miss. 217, 91 So. 340, 26 ALR 987; *Sioux City v. Wester Asphalt Paving Corp.*, 223 Iowa 279, 271 NW 624 109 ALR 608; *Hall v. Geiger Jones Co.*, 242 US 539; 61 L.Ed. 480, 37 S. Ct. 217; y *Swift v. Rounds*, 19 RI 527; 35 A 45, en *Ibidem*, p.p. 139 y 140.

equidad. Además, para la acreditación del fraude se deben reunir pruebas, e indicios mismos que no se admiten en el *common law*.

Aunque la competencia de los tribunales del *common law* es variada, respecto del fraude los remedios son limitados y con los que dispone son muchas veces insuficientes. Es así, que cuando no existe un remedio que se adecue a los tribunales del *common law*, los tribunales de equidad tienen la facultad de llamar a las partes y utilizar los apremios necesarios para la impartición de justicia, incluso aplicando soluciones que se encuentran en conflicto con el sistema del *common law*.

Para la aplicación de la jurisdicción de equidad en casos de fraude se debe acreditar que ha existido una falsa manifestación y como consecuencia de la misma, se ha inducido erróneamente a la persona. “La regla de equidad establece que el amparo será otorgado en todos los supuestos en que existan transacciones que hayan surgido de falsas afirmaciones, haya o no habido intención fraudulenta por parte de su emisor, y aun en el supuesto en el que hayan sido inocentemente efectuadas, como resultado de una conducta desaprensiva o aun por error. Todo lo que debe acreditarse es que haya existido una falsa manifestación y que esa aseveración a inducido erróneamente a la persona a quien le fue formulada.”⁹⁴

En el fraude del derecho angloamericano, se incluyen instituciones como la lesión, la teoría de la imprevisión, el error y la figura que conocemos como el abuso del derecho. Es por eso, que es necesario replantear la definición del fraude para los sistemas jurídicos latinoamericanos.

2.4.1.2.2 Tipos de fraude.

Del caso *Chesterfield v. Janssen*, llevado a cabo en un tribunal de equidad, se establecieron los precedentes para la distinción entre el fraude construido y el fraude actual.

En el primer caso, el fraude construido se da por determinación judicial, pues no se reúnen los requisitos determinados por el derecho angloamericano, y se busca sancionar las actividades indebidas que deriven en el enriquecimiento indebido de una persona en perjuicio de otra, aun cuando no existan los indicios de intencionalidad.

De este modo, en el fraude construido se le permite al juez determinar en base a los efectos de la conducta la existencia o no del fraude. Así, el juez califica al fraude por el resultado pernicioso sobre intereses públicos y de la confianza otorgada tanto pública como privada, aun sin acreditarse la intención en el acto de causar perjuicio. En este tipo de fraude se admite la separación entre lo nulo y lo válido.

A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, en el derecho estadounidense la inexistencia de figuras como la acción pauliana requirió que, mediante la vía de jurisdicción de equidad, se determinaran efectos de dolo a actos que no son dolosos (o

⁹⁴ *Ibidem*, p.p. 146.

también llamado “fraude construido”), es decir una solución equitativa de los casos que resulta una herramienta versátil.

El segundo tipo de fraude, el fraude actual consiste en el engaño intencional, que requiere un acto positivo o negativo efectivamente expresado, que busca confundir al perjudicado. Este tipo de fraude corresponde al dolo y también se le otorga como efecto la nulidad del acto.

Así, para la configuración de uno u otro tipo de fraude se depende de la comprobación de los indicios del fraude actual, ya que para los tribunales del *common law*, dicha situación es vital para brindar su jurisdicción; mientras que para los tribunales de equidad estos pueden brindar su jurisdicción sin la comprobación de la existencia de dichos indicios.

2.4.1.2.3 Figuras en los tribunales de equidad en contra del fraude.

Los tribunales de equidad, gracias a su flexibilidad, han optado por la aplicación de ciertas figuras para combatir el fraude, algunas de ellas han adquirido una mayor estabilidad y concurrencia que otras, formando así instrumentos jurídicos consolidados como: la rescisión; la reforma; el fideicomiso construido y el judicial; y el *estoppel in pais*.

2.4.1.2.3.1 Rescisión.

Consiste en la determinación de un tribunal de equidad para resolver a favor de la cesación de efectos de un instrumento que ha servido como medio para causar un perjuicio a un tercero, y en consecuencia se niegan los efectos jurídicos de dicho instrumento.

2.4.1.2.3.2 Reforma.

Consiste en la modificación de un contrato, en el que sus consecuencias van directamente en contra de la equidad para una de las partes, de manera tal, que la corte determina las modificaciones necesarias a fin de conseguir que el contenido del contrato se apegue a la equidad.

2.4.1.2.3.3 Fideicomiso construido y judicial.

También conocido en el derecho anglosajón como *constructive trust*, consiste en gravar un bien que se ha obtenido únicamente por esta variante del fraude con un fideicomiso, a favor de la víctima, y cuyo principal objetivo es aplicar la reglas del fideicomiso a un bien transferido en dominio pleno, para que de este modo se logre recuperar la propiedad de un bien a quien lo había transferido definitivamente.

2.4.1.2.3.4 Estoppel in pais.

Consiste en la aplicación de la preclusión procesal, para así negar un hecho o un conjunto de ellos, cuando frente a terceros se ha creado la apariencia de tales hechos.

2.4.1.2.4 El fraude y su relación con la teoría del levantamiento del velo corporativo.

En el derecho romano se distinguen algunos de los subconceptos que están inmersos dentro del fraude anglosajón como: la simulación y el dolo.

Dentro de la simulación está contenido el fraude simulación; que es la principal herramienta utilizada para la fundamentación de sentencias, tanto federales como estatales, en las que se determina la aplicación del *disregard*. Ésta figura puede dividirse en simulación absoluta (*mere sham*) y en la teoría del *alter ego*.

Por su parte, la simulación absoluta es un medio, que por sí solo, sirve para solucionar los problemas relacionados con el abuso de la personalidad, aunque también es utilizado como una figura auxiliar para la doctrina del levantamiento del velo corporativo.

A diferencia de la simulación absoluta, la teoría del *alter ego* es utilizada cuando existe una unidad entre la persona jurídica y sus accionistas, es decir, se desconoce el hermetismo societario y proteger estos hechos implica proteger el fraude en el que se incurre. La aplicación de esta teoría tiene como efecto que se reputa realizado por el socio lo celebrado por la sociedad, en otras palabras desde “[...] las relaciones contractuales, obligacionales o los efectos de una sentencia condenatoria, le son extensibles.”⁹⁵ Este tipo de deducciones son realizadas por las cortes de equidad y en algunos casos ha sido aceptada en el *common law*.

En la jurisprudencia estadounidense, se han formado las siguientes doctrinas, derivadas de las soluciones dadas a la simulación y su aplicación del *disregard*: “*the instrumentality doctrine*; *the alter ego doctrine*; y *the identity doctrine*.”

The instrumentality doctrine.

Esta doctrina encuentra sus fundamentos en las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, relativos a diversos casos en los que se buscaba eludir la aplicación de leyes, entre los años 1929 y 1931.

Para su acreditación se debían reunir las siguientes conductas: Control excesivo, conducta fraudulenta e injusta y el nexo causal.

El control excesivo se da en casos de grupos de sociedades en los que la relación que se da entre ellas genera una situación de “sociedad dominada” y “sociedad dominante”. Para

⁹⁵ Caso *Allied Chemical Corp. v. Randall*, 321 F. 2d. 320, en *Ibidem*, p.p. 164.

los tribunales norteamericanos, este control se identifica cuando la sociedad dominante tiene en propiedad la totalidad (o la mayoría) de las acciones que representan el capital social de la sociedad dominada, y que además se complementa con otras situaciones que determinan la falta de independencia de la sociedad dominada.

La conducta fraudulenta e injusta es uno de los conceptos más amplios utilizados por los tribunales, pues en esta conducta se pueden encontrar actos que van desde utilizar a la sociedad para cometer fraude a eludir el cumplimiento de normas legales u obligaciones contractuales. Por último el nexo causal relaciona el control excesivo con el daño infringido.

Alter ego doctrine.

De acuerdo con esta doctrina, se considera que existe una sociedad *alter ego* de otra sociedad o de un socio cuando “[...] entre los titulares del capital de una persona jurídica y esta última exista tal unidad de intereses que las personalidades separadas de la sociedad y de sus socios ya no puedan admitirse [...]”⁹⁶o en su caso, diferenciarse.

The identity doctrine.

Esta doctrina es aplicada en los casos en los que existe una identidad común entre la sociedad dominante y la sociedad dominada.

Cualquiera que sea la doctrina aplicada, el levantamiento del velo corporativo debe ser solicitado por la parte afectada y se debe acreditar el daño causado, la prueba que identifique el fraude y el nexo causal. Así, la declaración del levantamiento del velo corporativo debe ser determinada mediante declaración judicial, y no puede fundarse en un solo elemento, sino que deben ser varios los que sustenten dicha declaración.

Por último, la figura del “fraude dolo” se conceptúa en la corriente europea junto con el dolo, pero en el fraude que se maneja en los tribunales de equidad con supuestos que no se clasifican en los anteriores tipos de fraude.

2.4.1.2.5 Causas o indicios para el levantamiento del velo corporativo.

La jurisprudencia estadounidense funda el fraude construido en base a indicios que no pueden ser considerados por sí solos, sino que tienen que reunirse varios de estos para poder considerar la situación como injusta. Algunas de las causas para levantar el velo corporativo son las siguientes: i) Falta de formalidades; ii) Infracapitalización; iii)

⁹⁶ *Ibidem.*

Responsabilidad contractual y extracontractual; iv) Grupos de sociedades; y v) Sociedades unipersonales.

i) Falta de formalidades.

En el derecho norteamericano se consideran como formalidades sociales o corporativas, tanto los registros sociales, como la emisión de las acciones. De este modo, el cumplimiento de tales formalidades son necesarias para considerar a la sociedad un ente independiente de sus socios.

El tribunal debe determinar si la inobservancia de una formalidad perjudica a un tercero demandante. En algunos casos, la falta de registro de patrimonios y la consecuente confusión entre el patrimonio de la sociedad y de uno o algunos de sus socios puede afectar el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad. También, puede existir una vida social nula debido a la falta de celebración de asambleas, o la falta de registros contables.

ii) Infracapitalización.

Es la falta de capital social necesario para hacer frente al objetivo de la sociedad, así como de las obligaciones derivadas de su negocio.

iii) Responsabilidad contractual y extracontractual.

Los tribunales deben identificar las reclamaciones entre responsabilidades contractuales y extracontractuales, para lo cual es necesario determinar si la sociedad o sus accionistas pueden evadir el riesgo, así como su responsabilidad en actos negligentes; ya sea con un capital insuficiente o la falta de prevención causados por la falta de seguros necesarios para hacer frente a riesgos de los negocios.

En los casos de responsabilidad contractual, los tribunales estadounidenses demuestran una aplicación del levantamiento del velo menor a aquéllos en los que se identifica responsabilidad extracontractual, pues a diferencia de estos últimos, los acreedores de las obligaciones contractuales tienen la libertad de escoger a sus socios comerciales.

iv) Grupos de sociedades.

En estas situaciones, los grupos de sociedades se componen por sociedades subsidiarias y por sociedades dominantes y es uno de los casos invocados con más frecuencia por los tribunales para justificar la extensión de responsabilidades.

Los tribunales valoran como inexistente la personalidad propia e independiente de las sociedades subsidiarias, respecto a las sociedades dominantes, en los siguientes casos: i) cuando existe confusión entre sus respectivas transacciones comerciales, así como de su contabilidad; ii) cuando no se cumplen correctamente con las formalidad relativas a la sociedad subsidiaria; iii) cuando ninguna de las sociedades está constituida como ente separado, lo que provoca que sus obligaciones no sean de acuerdo a su actividad comercial, tamaño y características propias de cada empresa.

Como se mencionó, en casos excepcionales, al aplicar el levantamiento del velo corporativo se hace a la sociedad dominante responsable de los actos de la subsidiaria, tomando en cuenta el incumplimiento de las formalidades y de la injusticia o ilegalidad de sus actos.

Una de las principales características del incumplimiento de las formalidades es el "...sustancial grado de control que la sociedad dominante ejerce sobre la subsidiaria y el grado de cumplimiento de las formalidades en esta última. Así el problema reside en determinar bajo qué circunstancias se puede decir que el control ejercido sobre la subsidiaria es tal que ésta se ha convertido en un mero instrumento de la dominante."⁹⁷

Para determinar el grado de participación e influencia que ejerce una sociedad sobre otra, los tribunales toman en consideración los siguientes puntos:

- i) La participación en el capital social de la sociedad dominante respecto del capital social de la sociedad subsidiaria;
- ii) Igualdad en los miembros que conforman al órgano administrativo y/o gerentes;
- iii) Los subsidios que recibe la subsidiaria por parte de la sociedad dominante;
- iv) Cuando la sociedad dominante ha suscrito todas las acciones de la subsidiaria o es responsable, de alguna otra forma, de la constitución de la sociedad subsidiaria;
- v) La sociedad subsidiaria está infracapitalizada; y
- vi) Cuando la sociedad dominante paga los salarios, pérdidas y gastos de la subsidiaria.

Para que los tribunales determinen, en base a los grupos de sociedades, la decisión del levantamiento del velo corporativo se debe valorar el grado de control que ejercen las sociedades dominantes en la decisión y el control sobre las sociedades subsidiarias.

v) Sociedades unipersonales.

En el ordenamiento jurídico estadounidense, se establece como necesaria la pluralidad de socios para la constitución de sociedades, aunque existen Estados en los que se permite la constitución con solo un socio.

Sin embargo, como sucede en otros ordenamientos en los que no se admite la constitución de una sociedad con solo una persona, tal regla es burlada mediante la imposición de terceros sin una participación real en la sociedad.

Para los tribunales estadounidenses, la existencia de solo un socio poseedor del capital social de una sociedad no es elemento suficiente para negar la existencia de la responsabilidad limitada, aun cuando se demuestre que el cumplimiento de los otros socios es artificioso. Es necesario, para considerar a este elemento suficiente para levantar el velo corporativo que exista una confusión de patrimonios entre la sociedad y el socio.

⁹⁷ *Ibidem.* p.p. 197.

2.4.1.3 Teoría del *Agency*.

Las figuras jurídicas en las que el sistema legal estadounidense apoya a la doctrina del levantamiento del velo son tan variadas como diferentes. Una de estas figuras es la *agency*.

Para comprender el concepto de la *Agency*, se puede partir del entendimiento del contrato de “Agencia” que suele utilizarse para cubrir una gran variedad de situaciones y actividades en nuestro ordenamiento jurídico, lo que lo hace una institución difícil de definir. De acuerdo con el maestro Mantilla Molina, dentro del derecho comparado encontramos algunas características que debe reunir un agente de comercio como de ser una “... *persona, física o moral que de modo independiente se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes.*”⁹⁸

Por otro lado, el estatuto de los agentes comerciales de Francia lo define como “...*el mandatario que a título profesional, habitual e independiente, sin estar ligado por un contrato de arriendo de servicios, negocia, y, eventualmente, concluye compras, ventas, arriendo o prestaciones de servicios en nombre y por cuenta de productores, industriales o comerciantes.*”⁹⁹

Ahora bien, en el derecho anglosajón el vocablo “agencia” se encuentra definido en el “*Restatement (Second) of Agency*” estadounidense de 1958, que lo define como: “La relación fiduciaria que resulta de la manifestación del consentimiento de una persona hacia otra, para que ésta actúe en su interés y con sujeción a su control, y el consentimiento de la otra en actuar de esa manera.”¹⁰⁰

Como vemos, la teoría de la *agency* norteamericana abarca un sinnúmero de actividades, como: el mandato con o sin representación; la comisión; las relaciones fiduciarias pudiendo o no ser actos jurídicos; entre otras, en las que dichas actividades generan el mismo efecto que si el principal estuviera presente y actuando en persona.

De este modo, “La doctrina de la agencia ha servido en los Estados Unidos de América para justificar la responsabilidad civil del empleador, por los hechos de sus dependientes, doctrina ésta del derecho romano (*respondeat superior*) que había sido aceptada por el derecho inglés desde 1698. [...] La responsabilidad por culpa, regla general del derecho universal, no ha requerido un avasallamiento en los Estados Unidos para justificar la responsabilidad por los hechos de los dependientes. Allí se “imputa” el hecho del empleado a su patrón, mediante la aplicación de la teoría de la agencia.”¹⁰¹

En los tribunales en los que se aplica la doctrina del levantamiento del velo, una de las principales características de su proceso es la admisión de acciones directas de los terceros en contra del comerciante principal, oculto o no, en casos de responsabilidad

⁹⁸ Mantilla Molina, Roberto L., *Óp. Cit.*, p.p. 167.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Dobson, Juan M., *Óp. Cit.*, p.p. 182.

¹⁰¹ *Ibidem*, p.p. 186.

contractual. Dicha acción puede ser ejercitada en contra del principal, incluso cuando no se conocía la existencia de éste en la celebración del negocio jurídico.

Del mismo modo, se puede aplicar la doctrina del levantamiento del velo corporativo, en asuntos relacionados con responsabilidad extracontractual, cuando los principales deben responder por los actos de sus agentes, de acuerdo al principio de “*respondeat superior*”¹⁰². Lo anterior, se debe a que las acciones de los agentes siempre deben desempeñarse en interés del principal y no del propio; por lo que el agente goza del poder inherente de obligar a su principal y la responsabilidad del principal se fundamenta en la naturaleza de las relaciones derivadas de la agencia y en protección de las personas con las que haya contratado el agente.

La acción que autoriza al tercero en contra del principal, en las situaciones de *agency*, en las que el agente no ha dado a conocer al principal en un contrato celebrado, vincula directamente al principal, aunque no haya sido revelada su existencia en ese momento. Esta acción ha resultado sumamente útil para dar solución a los problemas derivados del abuso de la personalidad jurídica de las personas morales.

Aunque esta acción en contra del principal, es considerada como “anómala”, desde el punto de vista contractual, debido a que no existe el consenso de voluntades, e incluso se desconocía su mutua existencia, algunos autores consideran que este tipo de responsabilidad entra en aquélla generada por la personalidad de la sociedad.

La jurisprudencia estadounidense, ha establecido las siguientes reglas para la aplicación del levantamiento del velo corporativo en situaciones de *agency*:

- a) El tercero puede elegir entre demandar al agente o al principal oculto;
- b) No se responsabilizará al principal oculto si el agente actuó en su interés propio;
- c) El principal no será responsable si en el contrato se renunció a la posibilidad de ejercer acciones en contra de un principal oculto; y
- d) Si son varios principales ninguno quedará obligado.

Del mismo modo, la jurisprudencia estadounidense ha establecido tres requisitos para aplicar la doctrina del levantamiento del velo corporativo:

- a) Que en el momento en el que se realizan los contratos motivos del reclamo, el principal ejerza control sobre el agente;

¹⁰² Doctrina que en el derecho inglés remonta al año 1698, en el caso *Jones v. Hart*, donde se resolvió, sin que existieran en aquél entonces precedentes, que el patrón debe responder por los daños causados por sus dependientes. De acuerdo, con los criterios estadounidenses el principio denominado como “*respondeat superior*” está (... fundado en el gran principio del deber social, que cada uno, en el desempeño de sus propios asuntos, ya sea por sí mismo o por sus agentes o sirvientes, los conducirá de tal manera que no produzca daños a terceros.) *Ibidem*, p.p. 194.

- b) Que las instrucciones dadas del principal al agente tengan relación causal con los daños o perjuicios que motivan el reclamo; y
- c) Que exista una acción fraudulenta dirigida a los terceros.

Sobre este último punto, la responsabilidad que se extiende al principal nace como consecuencia del negocio jurídico celebrado entre el agente y el tercero, lo que genera obligaciones para el principal, concediendo de manera directa al tercero la posibilidad para ejercer acción en contra del principal, sin importar si hay fraude.

Ahora bien, sobre el levantamiento del velo corporativo, el derecho anglosajón considera que la responsabilidad limitada de los socios puede verse disminuida o eliminada, cuando la sociedad actúa como agente y los socios como el principal, y la buena o mala fe puede estar presente o no en el caso; así, cualquier controversia surgida entre el principal y el agente podrá ser resuelta de acuerdo a los principios de la agencia, sin recurrir a los principios del fraude. El fraude en estos casos, puede darse cuando una sociedad es controlada y sirve a favor de los intereses de uno o más socios y no a favor de sus propios intereses.

De acuerdo a lo anterior, tanto las figuras del fraude como del *agency* son los pilares de la teoría estadounidense del levantamiento del velo corporativo. Así, gracias a la amplitud del concepto de *agency* y de las acciones permitidas en contra de los principales se facilita el levantamiento del velo corporativo para descubrir a quienes han actuado resguardados por la personalidad de la persona jurídica.

La adaptación del *agency* no requiere necesariamente de dicha figura, pues para proceder a la aplicación de la multicitada doctrina, es suficiente con que exista una sociedad que actúe como un “escudo societario” y que sea comprobable una relación de dependencia para así, determinar la existencia de responsabilidad de la sociedad dominante.

Sin embargo, la aplicación de la doctrina del *agency* y del fraude generan consecuencias distintas en la doctrina del levantamiento del velo. Pues en la doctrina del *agency* se reconoce la separación de ambas sociedades, por lo que se extiende la responsabilidad a la principal por los actos de su agente; mientras que en el fraude, ya sea mediante el dolo o la simulación, se determina la existencia de una persona única, que se identifica en base a la identidad o disparidad de los socios, personal directivo, objeto social y la identidad o ausencia de intereses comunes.

Aunque son variados los criterios para determinar el levantamiento del velo corporativo, algunas sentencias han determinado algunos requisitos para desestimar la personalidad de una empresa subsidiaria y responsabilizar directamente a la controladora y aunque no es necesario que se engañe intencionalmente o se hagan declaraciones falsas, es suficiente que sus acciones confundan al tercero y lo hagan creer que está negociando con la sociedad controladora. Estas son algunas de las conductas y hechos que deben presentarse en sociedades controladoras sus filiales:

- a) cuando una persona es titular de todo o de la mayor parte del capital social de una sociedad;
- b) cuando una persona participa con todo, o una gran parte del capital operativo de la otra sociedad mediante préstamos;
- c) cuando el capital de una sociedad no corresponde, con el nivel de riesgo de sus transacciones comerciales, o bien, para la consecución de su objeto;
- d) cuando una persona provee el flujo necesario para el pago de los salarios y absorbe las pérdidas de una sociedad;
- f) cuando una persona utiliza los bienes, recursos y a la misma sociedad como si fueran suyos;
- g) cuando las actividades de los administradores responden a las instrucciones de una tercera persona, quien actúa en interés propio;
- h) cuando una sociedad no observa las formalidades establecidas por la ley; y
- i) cuando la relación es admitida por los interesados a través de balances consolidados en documentos sociales de la actividad afín.

Una vez fijados los supuestos en los que es procedente el levantamiento del velo corporativo, es primordial para la doctrina delimitar los supuestos de su aplicación. Para el autor Dobson debido a la gran “[...] amplitud y directa comunicación de responsabilidad entre un principal (aún oculto) y el tercero con quien su agente se ha relacionado jurídicamente, el considerar una persona jurídica como agente importa un directo e inmediato avasallamiento de la personalidad jurídica, en cuando no se acoten los límites de esta aplicación.”¹⁰³

Algunas de las limitantes de la doctrina del levantamiento del velo corporativo, son: su forma restringida de aplicación y su imposibilidad para ejercitarla en beneficio de los accionistas de la misma sociedad. De este modo, esta teoría está enfocada a la protección de aquellos que celebraron negocios jurídicos confiando en la solidez y la existencia de la sociedad y bajo la premisa de que si los mismos accionistas rebasan de forma ilícita los beneficios reconocidos a la personalidad jurídica, es necesario impartir justicia en esos casos de abuso.

En resumen, la doctrina estadounidense contempla dos puntos de vista sistemáticos para la aplicación de la doctrina del “*Disregard of the corporate entity*”, conocidos como: los “actos individuales que obligan a la sociedad”; y la “responsabilidad individual por actos que obligan a la sociedad”, siendo los últimos los más conocidos y anteriormente descritos.

¹⁰³ Dobson, Juan M, *Ibidem*, p.p. 207.

Dentro del primer tipo encontramos, por ejemplo, el fraude en el contrato de seguro; en este caso, si un accionista mayoritario provoca en los bienes asegurados de la sociedad un incendio, con el único fin de cobrar el seguro por medio de la persona jurídica, resulta claro que debido a la separación de personalidades, la persona jurídica puede cobrar el seguro como resultado de un acto realizado por su accionista mayoritario. Así, debido a la similitud económica entre el socio y la sociedad, en base a los principios generales de la doctrina, el accionista no debería tener ventajas en acciones que recaen en perjuicio de la sociedad.

Para Serick, “Que el acto de una persona individual pueda ser imputada a una persona jurídica es una consecuencia del “*Disregard*”: pero la determinación de cuándo será admisible semejante imputación, es un problema que se determina por sus propios supuestos. Si la persona jurídica debe quedar descartada como sujeto de derecho independiente, resultará que la imputación del acto de la persona individual en detrimento o también en favor de la persona jurídica, o al revés, será una consecuencia lógica de la negación de la forma de la persona jurídica.”¹⁰⁴

2.5 Antecedentes de la Aplicación de la Doctrina del levantamiento del velo corporativo en España.

En España existen dos doctrinas que regulan el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades: la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica; y la teoría orgánica.

La doctrina del levantamiento del velo corporativo, se centra en descubrir “[...] la situación real que se esconde detrás de ella, posibilitando de esta forma una responsabilidad directa frente a terceros, de aquellos administradores que, al amparo de la empresa, han cometido abusos de derecho.”¹⁰⁵

Por otro lado, la teoría orgánica permite determinar directamente la responsabilidad de la sociedad, cuando las actividades realizadas sean ejecutadas por las personas físicas titulares de los órganos de administración o representantes de la sociedad. “Sin embargo, esta concepción no puede ser llevada hasta sus últimas consecuencias, porque es preciso distinguir entre el órgano, como parte integrante de la persona jurídica, y las personas físicas que desempeñan un cargo, expresando su propia voluntad, que es imputada por medio de una ficción legal a la sociedad.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ Rolf, Serick, *Óp. Cit.*, p.p. 129.

¹⁰⁵ Obando Pérez, Roberto. *Óp. Cit.*, p.p. 170.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

En la legislación española no existen preceptos legales que contemplen la doctrina del levantamiento del velo corporativo, lo que permite a los tribunales españoles que su aplicación e interpretación jurídica sea de forma excepcional.

Los antecedentes que buscaban dar solución al abuso de la personalidad jurídica comenzaron en el año de 1950, con el autor español Federico de Castro y Bravo quien a través de su trabajo titulado como “¿Crisis de la sociedad anónima?” continuo con una adaptación en su país de la doctrina del autor alemán Rolf Serick. La visión de los alcances técnicos de Federico de Casto y Bravo, respecto de las exageraciones del concepto de la personalidad jurídica y su tajante separación entre la sociedad y su socios, lo llevó a la consideración de que en la realidad cualquier sociedad podía ser considerada como un “[...] instrumento encubridor y justificador de las más diversas e ingeniosas combinaciones financieras.”¹⁰⁷

Para el autor José Girón Tena, no debe de apartarse la razón de la personalidad jurídica como un instrumento útil y siempre tener en cuenta la relatividad del concepto y es por eso que “[...] una de las tareas más importantes de la doctrina y de la jurisprudencia [sic.] continuar la elaboración de un cuerpo seguro de reglas sobre esta materia [...]”¹⁰⁸

Del mismo modo, la jurisprudencia española para dar solución a algunos problemas de abuso de la personalidad jurídica societaria desarrolló una doctrina denominada como “la doctrina de terceros”.

Como tercero debe entenderse cualquier persona “[...] que está en relaciones jurídicas con el comerciante o que ha celebrado negocios jurídicos con quien se ostente como su representante [del comerciante].”¹⁰⁹

Aunque existieron múltiples precedentes para la aplicación de la “Doctrina de Terceros” como los emitidos en las Sentencias del Tribunal Superior (en adelante “STS”) de 7 de junio de 1927, en la que se negó la calidad de tercero a los socios, quienes habían constituido una sociedad con el único fin de incumplir una obligación impuesta a través laudo; también, los tribunales españoles mediante sentencia del 8 de octubre de 1929, negaron la calidad de tercero en una sociedad por existir un negocio simulado y totalmente contrario a la buena fe.

No fue sino hasta la STS del 28 de mayo de 1984, cuando se aplicó la “Doctrina del Levantamiento del Velo”. Su aplicación se debió a la necesidad de llegar a la persona que tomaba las decisiones y las actuaciones de una sociedad, al igual que en “*Disregard of the legal entity*”.

Los tribunales españoles habían aplicado la doctrina del levantamiento del velo corporativo en supuestos no bien determinados como: cuando se constituía una sociedad para eludir el cumplimiento de un contrato; cuando la persona jurídica era utilizada para

¹⁰⁷ Comentarios del traductor Puig Brutau, José, en Serick Rolf, *Óp. Cit.*, p.p. 267.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.p. 269.

¹⁰⁹ Mantilla Molina, Roberto L., *Óp. Cit.*, p.p. 140.

ocultar un objeto ilícito; o como instrumento para la desviación o distorsión en el cumplimiento de normas.

2.5.1 Supuestos de aplicación.

Cuando se promulgó la Constitución de España, los Tribunales Españoles se vieron obligados a fijar supuestos de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, pues dicha doctrina chocaba con la libertad de empresa contenida en la constitución. De este modo, los tribunales españoles determinaron la aplicación de la doctrina sólo en cuatro supuestos en los que hubiera:

a) abuso de las formas jurídicas o su utilización en fraude de ley.

Los juzgadores debían acreditar que las sociedades habían sido creadas o constituidas de manera abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial y así utilizar los medios o circunstancias objetivas que acompañan a la conducta.

b) identidad de personas o esferas de actuación o confusión de patrimonio social y personal.

Para acreditar estos supuestos los juzgadores suelen acudir a la identificación de la unicidad de personas y de esferas económicas que llevan a la confusión patrimonial.

c) relación al control externo.

Para tal caso, se agrupan los vínculos personales y familiares para identificar situaciones de dependencia que originaran el control de la sociedad y relaciones de identidad entre accionistas y administradores.

d) la descapitalización societaria o infracapitalización.

Del mismo modo, se identifican esferas de unicidad en el ámbito económico, es decir se buscan puntos de conexión en grupos de sociedades que comparten instalaciones, trabajadores, personal directivo, domicilio, etcétera pero que brinda una visión ante terceros de autonomía empresarial. Por último, podría existir identidad entre los patrimonios, es decir el uso sin contraprestación de empleados o socios que forman parte de otra sociedad.

En la STS del 28 de mayo de 1984, se estableció el objetivo y las bases para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, de acuerdo a lo siguiente:

“[...] Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos primero, uno, y noveno, tres), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo séptimo, uno, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de

respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo sexto, cuatro, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo séptimo, dos, del Código Civil) en daño ajeno o de “los derechos de los demás” (artículo diez de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un “ejercicio antisocial” de su derecho (artículo séptimo, dos, del Código Civil), lo cual no significa –ya en el supuesto del recurso– que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y “constitutiva” personalidad social y personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad “ex contractu” o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, “quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes” y menos “cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad”, según la doctrina patria.”¹¹⁰

En este sentido, la autora española Carmen Boldo Roda identifica tres puntos esenciales en dicha sentencia:

- a) Conflicto entre seguridad jurídica y justicia.
- b) Aplicación por vía de equidad y acogimiento al principio de buena fe.
- c) Fraude de ley.

En la misma sentencia, se reclamaban los daños ocasionados en unos apartamentos propiedad de la sociedad Uto Ibérica, S.A, debido a filtraciones de agua derivada de un rompimiento en la red de abastecimiento de aguas del Ayuntamiento de Palma de Mallorca. En este caso, el servicio público fue contratado por el Ayuntamiento y la Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado, S.A. Así, Uto Ibérica, S.A. demandó el resarcimiento de daños al Ayuntamiento, quien alegó carecer de legitimación pasiva, ya que dicha reclamación debió ser entablada en contra de la Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado, S.A., excepción que el Tribunal Supremo resolvió procedente.

A partir de este criterio, se ha aplicado de manera reiterada esta doctrina. Tal es el caso de la STS de 28 de enero de 2005 o STS de 28 de febrero de 2008, en que la doctrina del

¹¹⁰ Centro de documentación judicial. STS 28-5-84. Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado, S.A. Vs. Uto Ibérica, S.A., Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid, España. Disponible en Internet: (www.unizar.es/adj/sentencias/mercantil/sts28051984.pdf)

levantamiento del velo se entiende como un procedimiento para descubrir, y reprimir en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan.

La aplicación de esta doctrina se observa con mayor frecuencia en casos relacionados con responsabilidad civil, contratos arrendatarios, actos fiduciarios, tercerías de dominio, usufructo de bienes, deslinde de la identidad de intereses de una entidad jurídica y sus socios, todos ellos de derecho privado. Además, en la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por parte del Tribunal Superior de España se observa mayor incidencia "...en los casos de sociedades unipersonales que es la que se presenta abusos para cometer fraude frente a terceros, cuando las otras vías existentes para sancionar esos abusos resultan ineficaces como [...] las acciones de responsabilidad contra administradores..."¹¹¹

La doctrina del levantamiento se ha ido desarrollando, hasta llegar su aplicación a otras áreas del derecho como el laboral, penal y tributario.

2.5.2 Fundamentos doctrinales.

Dicha doctrina, pretende hacer frente al abuso de la personalidad jurídica y encuentra sus principios en el derecho común. En base a tales principios, la jurisprudencia ha construido una doctrina que es aplicable a casos de fraude por parte de sociedades, ya que las autoridades judiciales no cuentan con un ordenamiento que las faculte para estudiar a fondo la forma jurídica de las sociedades.

2.5.2.1 Fraude a la Ley.

El fraude a la ley es cometido por quien realiza actos al amparo de una norma y busca un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario al mismo ordenamiento, estas acciones se consideran ejecutadas en fraude de ley.

En el caso del levantamiento del velo corporativo, el fraude a la ley se entiende cuando a las personas a quienes se dirige una norma encuentran el anonimato en la persona jurídica, y la sociedad es utilizada para la evasión de tales obligaciones, dándole a la sociedad un segundo uso fraudulento. En este caso, las posibilidades de encontrar un patrón de conducta o motivo para el incumplimiento de las normas jurídicas es mucho más amplio de lo previsto, ya que "Los efectos son tan variados como variadas son las consecuencias de la aplicación de las distintas normas defraudadas en cada caso."¹¹²

La jurisprudencia generada por los tribunales españoles ha determinado la anulación de la separación de los patrimonios entre socio y sociedad, o desconocimiento del hermetismo societario, cuando la separación es una ficción que busca evadir la responsabilidad contractual y extracontractual. Punto angular para la aplicación de esta

¹¹¹ Boldo Roda, Carmen, *Óp. Cit.*, p.p. 532.

¹¹² *Ibidem.*, p.p. 267.

técnica de interpretación jurídica es la acreditación de la mala fe o el abuso de derecho por parte de la sociedad.

2.5.2.2 Abuso de la persona jurídica.

Como se ha estudiado, los constantes abusos cometidos a través de las personas jurídicas, llevaron a distintos ordenamientos a reformular la figura de la personalidad jurídica. Aunque, las sociedades gozan del hermetismo societario, que asegura la división de los patrimonios entre sociedad y socios para la participación segura de capitales de alto nivel en los negocios comerciales, muchas son las sociedades utilizadas como instrumento para evadir obligaciones y que abusan de las ventajas otorgadas por la ley a la personalidad jurídica de las personas morales.

Un caso del abuso de la personalidad jurídica se identifica cuando, para la evasión de obligaciones de una sociedad esta se disuelve, y en su lugar se constituye otra con identidad de objeto, socios, personal administrativo, etc.

El abuso de las personas jurídicas es englobado dentro de los negocios jurídicos irregulares, en estos casos se puede incluir la constitución de una sociedad cuando incumple con algunas de las formalidades impuestas por la ley. El contrato de la sociedad anómalo puede clasificarse de acuerdo a las siguientes características:

a) Negocio simulado

En estas situaciones las partes celebran un negocio cuyo objetivo no existe, es decir se simula o se aparenta uno distinto al realizado. En estos casos, la constitución de sociedades que comparten objetivo, y trabajadores, también conocidas como sociedades fachada. Sin embargo, antes de la aplicación del levantamiento del velo se deben agotar otros medios legales, como las posibles responsabilidades a los administradores.

b) Negocio indirecto

Es considerado como negocio indirecto cuando los socios aportan recursos a un negocio determinado para conseguir un fin ajeno al medio jurídico utilizado. Así, cualquier persona capaz de realizar un negocio directo, también puede realizarlo de modo indirecto, mediante el uso de una o varias formas jurídicas permitidas por la ley.

2.5.3 Aplicación de la doctrina y sus efectos.

La doctrina del levantamiento del velo corporativo únicamente puede aplicarse ante supuestos extremos, y una vez que se hayan agotado todos los recursos procesales con los que se cuentan para el cumplimiento de la obligación por parte del deudor principal. El objetivo de esta doctrina busca regular el fortalecimiento de las sociedades y brindar mayor certeza jurídica para quienes celebran negocios jurídicos con las sociedades.

Algunos de los efectos de esta doctrina se pueden resumir en los siguientes:

i) Responsabilidad patrimonial universal.

Uno de los resultados de la aplicación de esta doctrina es el trato hacia los socios de las sociedades, pues los socios no deben ser considerados como terceros frente a la sociedad.

Algunos de los efectos en la aplicación de la doctrina implican el desconocimiento del hermetismo societario, es decir la responsabilidad solidaria de los socios o accionistas, ya sean personas físicas o morales; así como la responsabilidad de los administradores; y la subsistencia de la persona jurídica con responsabilidad de sus obligaciones. De este modo, subsistiendo la persona jurídica el levantamiento del velo corporativo exige la responsabilidad directa de sus socios.

ii) Responsabilidad de los administradores.

La esencia de la doctrina, además de considerar como responsables a los socios de la persona jurídica, es responsabilizar a los administradores de las sociedades frente a las obligaciones con terceros por los daños causados por su administración en contra de la ley o en contra de sus estatutos, debido a falta de diligencia en su actuar.

En los tribunales españoles, se distingue la responsabilidad de los administradores como órgano social y su responsabilidad como administradores en lo individual. Para la acreditación de la responsabilidad individual su participación en los actos que han lesionado a terceros debe ser clara y determinante, y debe cumplir con los requisitos en materia de responsabilidad por daños.

Del mismo modo, en nuestro ordenamiento jurídico, la naturaleza jurídica de los administradores va de ser considerados como mandatarios de la sociedad con responsabilidad contractual a ser considerados como órganos representativos de la sociedad y responsables de sus deberes y obligaciones. Los administradores son responsables ante la sociedad y de manera indirecta con los acreedores sociales y los accionistas con quienes se contraen deberes y obligaciones, así que su responsabilidad subsidiaria debe resarcir daños por posibles incumplimientos.

Mediante la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo, se hace efectiva la responsabilidad de los administradores de la sociedad, salvo los siguientes casos: i) cuando no ha participado en los actos fraudulentos, o cuando no ha participado en la adopción de tales resoluciones; y ii) cuando por desconocimiento de acuerdos o que aun conociéndolos se haga lo posible para evitar su daño o se manifieste su oposición a su ejecución.

2.5.4 Aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo en materia fiscal.

De acuerdo con el autor argentino Carlos A. Molina Sandoval, “...el nacimiento de la figura del *“lifting of the corporate veil”* en el derecho privado (societario o, incluso, del

derecho común) se ha debido a la difusión de célebres antecedentes judiciales en materia fiscal.”¹¹³

Hoy en día, las dinámicas económicas y operacionales dentro de las empresas transnacionales, las hacen susceptibles de cometer abusos en contra de leyes tributarias, derivadas de distorsiones y ocultamientos de su realidad económica y sus relaciones intergrupales.

Algunas sociedades transnacionales, presentan estructuras que permiten realizar operaciones que benefician únicamente a un tercero “ajeno” a la situación real tributaria y dicho sujeto queda al margen del aspecto personal del hecho imponible; esto, bajo la premisa contenida en el hermetismo societario de la separación de patrimonios y el reconocimiento de la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones de las sociedades.

El levantamiento del velo corporativo en materia fiscal se aplica en casos de evasión fiscal a través de las figuras de: fraude a ley, simulación de negocios y abuso de la forma jurídica societaria. Para la acreditación de la existencia del fraude a la ley debe de existir el propósito de eludir el pago o en su caso, obtener una ventaja fiscal indebida; la existencia de una norma de cobertura y la realización de un hecho oponible a dicha norma.

En el artículo 43 de la Ley General Tributaria Española, se establecen como responsables solidarios de la deuda tributaria a las siguientes personas o entidades:

- [...] a) A los administradores de hecho y de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones.
- b) Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas de estas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago.
- c) Los integrantes de la administración concursal y los liquidadores de sociedades y entidades en general que no hubiesen realizado las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones e imputables a los respectivos obligados tributarios. De las obligaciones tributarias y sanciones posteriores a dichas situaciones responderán como administradores cuando tengan atribuidas funciones de administración.
- d) Los adquirentes de bienes afectos por Ley al pago de la deuda tributaria.

¹¹³ Molina Sandoval, Carlos A., *La desestimación de la persona jurídica societaria*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Argentina, 1998, p.p. 197.

e) Los agentes y comisionistas de aduanas, cuando actúen en nombre y por cuenta de sus comitentes.

f) Las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación. [...]

g) *Las personas o entidades que tengan el control efectivo, total o parcial, directo o indirecto, de las personas jurídicas o en las que concurra una voluntad rectora común con éstas, cuando resulte acreditado que las personas jurídicas han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública y exista unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial.* La responsabilidad se extenderá a las obligaciones tributarias y a las sanciones de dichas personas jurídicas.

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 concurren, ya sea unicidad de personas o esferas económicas, ya una confusión o desviación patrimonial.* [...] [Énfasis añadido]

En un análisis más detallado de este artículo, en la letra a) se regula la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas, tanto de las que han cesado como de las que no han cesado en sus actividades. La introducción de la expresión “de hecho o de derecho” incorpora a aquellos nombramientos que carecen de inscripción en el Registro Mercantil español, que eran considerados como válidos a los efectos de exoneración de la responsabilidad. La carga de la prueba, corresponde a los administradores, pues deben demostrar haber realizado todos los actos necesarios para cumplir con las obligaciones tributarias, y en su caso, además de la responsabilidad, la sanción también les será aplicable.

En el supuesto regulado en la letra b) no aparece de forma expresa la extensión de sanciones a los administradores y tampoco se define el “cese de actividades”, pues éste, puede equipararse al cese de hecho o de derecho.

Respecto de la responsabilidad de los administradores concursales, éstos responderán como administradores si tuvieran atribuidas funciones de administración.

En caso de concursos, las actuaciones administrativas se entenderán con el propio concursado si el Juez no hubiere acordado la suspensión de sus facultades de administración. En el caso de la letra d), se establece la responsabilidad de los adquirentes de efectos.

En la letra e), se regula la responsabilidad de los agentes y comisionistas de aduanas, sólo en los supuestos en los que actúan en nombre y por cuenta de sus comitentes. En el Reglamento CEE 1031/88 del Consejo español del 18 de abril, se determinan las personas obligadas al pago de la deuda aduanera. Dentro del mismo ordenamiento, se dispone que la persona por cuenta de la cual se efectúa la declaración estará obligada solidariamente al pago de la deuda junto con aquella en cuyo nombre se presentó.

La regulación contenida en la letra f), se refiere a la responsabilidad subsidiaria de contratistas y subcontratistas por las obligaciones tributarias relativas a las retenciones a practicar respecto de trabajadores, profesionales y otros empresarios. Sin embargo, en la doctrina española, dicho precepto ha sido criticado por la interferencia de una norma tributaria en las obligaciones pactadas por los contratos celebrados por los particulares, lo que ha provocado el impago de las facturas a acreedores contratados o subcontratados que no presenta el certificado regulado en la ley, debido a que puede generar la responsabilidad por las deudas tributarias.

Respecto de las letras g) y h), de acuerdo con la Exposición de Motivos, dichas medidas se establecieron en contra del abuso y están fundadas en la construcción jurisprudencial del levantamiento del velo. “Como razonó en alguna ocasión el Tribunal Supremo, en materia tributaria el legislador ha afrontado el hecho de la utilización de sociedades interpuestas para eludir la responsabilidad tributaria aprobando normas específicas que han hecho innecesario, en la mayoría de los supuestos, el reconocimiento y aplicación con carácter general de la doctrina jurisprudencial del “levantamiento del velo””¹¹⁴

Dichas normas fiscales, se basan en el principio de la realidad económica, en las que las normas tributarias son “[...] incorporadas con un fin práctico, para que los jueces pudieran apartarse de las formas o apariencias jurídicas, aplicarán la legislación tributaria de acuerdo a los hechos económicos, no siempre coincidentes con aquéllas, para que la norma financiera cumpliera la función prevista.”¹¹⁵

De acuerdo a lo anterior, los tribunales han recurrido a diversas normas fiscales que han intentado resolver todos, o al menos, la mayoría de los casos en los que intervendría la desestimación societaria. Estas normas procuran indagar el verdadero alcance de la ley tributaria y sus verdaderos participantes, así como los alcances de las hipótesis condicionantes de las normas fiscales, aplicándolas no sólo al sujeto pasivo con capacidad contributiva de la relación tributaria, sino en base a su participación económica.

Así, la responsabilidad subsidiaria permite al juez imputar un determinado hecho imponible al sujeto pasivo, quien en la realidad goza de la capacidad jurídica tributaria;

¹¹⁴ Huesca Boadilla, Ricardo, Coord., *Procedimientos Tributarios. Normas Comunes Gestión e Inspección. Comentarios a la Ley General Tributaria y Reglamentos de Desarrollo con Jurisprudencia.*, Tomo I, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, España, 2007, p.p. 292.

¹¹⁵ Giuliani Fonrouge, Carlos M. y Navarrine, Susana C. en Molina Sandoval, Carlos A, *Ibidem*, p.p. 200.

esto no excluye la complementación jurídica entre la Teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica societaria y el principio de realidad económica.

2.5.5 Aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo en materia laboral.

La aplicación de esta doctrina permite llegar a las personas reales que tienen las obligaciones patronales. Sin embargo, existe la problemática de saber los supuestos son suficientes para establecer la responsabilidad de los socios o controladores por las obligaciones de la sociedad derivadas de dicha infracción.

En el ámbito laboral español, se aplica el levantamiento del velo cuando resulta necesario para evitar la desprotección de los intereses de los trabajadores. Una de las características laborales más complejas es la relación de subordinación y dependencia laboral, pues con el objetivo de igualar el equilibrio entre las fuerzas del empleador y del empleado, la intervención del Estado en la regulación de los contratos de trabajo se convierte en necesaria ya que su deber es proteger a la parte en desventaja en la relación laboral.

Hoy en día, las dinámicas económicas han producido nuevas formas de relaciones laborales; si bien se ha flexibilizado el mercado laboral, la situación laboral de muchos de los trabajadores es incierta, debido a la tendencia de algunas empresas de operar a través de otras. De este modo, pueden suscitarse fenómenos de encubrimiento que crean el ambiente propicio para la desprotección de los trabajadores.

En estas situaciones de encubrimiento se incurre en fraude a la ley y se generan relaciones triangulares y aunque no existe duda de la relación laboral, tampoco es claro determinar al verdadero empleador y sus derechos y deberes.

La doctrina española ha denominado a algunos patrones como “empresarios aparentes” refiriéndose a aquellos que actúan como patrones pero sin dejar ver que los son. En estas situaciones se deja oculto al verdadero quien puede eludir el cumplimiento de sus obligaciones laborales y que mediante un mandatario se deslinda de sus responsabilidades.

Es así, que en la jurisprudencia española se han desarrollado técnicas para descubrir al empresario real y hacerle exigibles sus responsabilidades. En los Tribunales Españoles, existen dos supuestos en los que se levanta el velo corporativo con el objetivo del reconocimiento de las responsabilidades laborales. El primer caso, es cuando con un grupo de personas físicas o sociedades se encubre a una sociedad; y el segundo, cuando aun existiendo una persona moral, es en la realidad un socio quien actúa a título personal en el desarrollo y funcionamiento de la sociedad.

Para identificar el abuso de las personas jurídicas, la jurisprudencia española contempla cinco características generales para iniciar el levantamiento del velo corporativo en grupos de sociedades. A entender las siguientes:

- a) La inexistencia de pagos en casos de prestación de servicios, así como falta de contabilidad al respecto;
- b) Confusión patrimonial, que puede identificarse entre personas jurídicas o con personas físicas;
- c) Apariencia externa unitaria, que no cumple ninguna función de hecho;
- d) Dirección única; y
- e) Abuso en el uso de la personalidad jurídica en perjuicio de los derechos laborales.

En estos casos, aunque la aplicación del levantamiento del velo es para la extensión de la responsabilidad a terceras personas conectadas a la sociedad en la materia laboral, gracias a la ruptura del velo se descubre utiliza para descubrir al verdadero responsable de las obligaciones laborales.

2.5.6 Levantamiento del velo corporativo en materia penal.

El derecho penal es un derecho eminentemente realista, apegado a la realidad que huye a las ficciones, es así que en el derecho penal impera el principio de la verdad material que debe prevalecer sobre las formalidades

En el derecho penal español, la doctrina del levantamiento del velo corporativo busca dar al juzgador la posibilidad de la desestimación de la persona jurídica para juzgar a la persona detrás.

Así, en el derecho penal el rechazo de las ficciones del derecho “...por lo que en el proceso penal impera el principio de indagación de la verdad material que debe prevalecer sobre la formal, en orden a una tutela más eficaz de los bienes jurídicos protegidos, siempre que ello no suponga incurrir en la aplicación analógica prohibida. Así, la jurisprudencia ha declarado que, si la existencia de una persona jurídica es simplemente una forma externa, que no conlleva una verdadera independencia de los patrimonios, porque sólo revela una modalidad comercial de un único sujeto o sujetos individuales. No cabe ya hablar de una actuación en nombre de otro, sino de una actuación en nombre propio, aunque utilizando exteriormente una personalidad jurídica distinta, que no puede ocultar porque en la realidad económica, sólo existe una persona o un pequeño grupo de personas físicas.”¹¹⁶

¹¹⁶ Citado por Obando Pérez, Roberto, *Óp. Cit.*, p.p. 182.

CAPÍTULO III. ANTECEDENTES Y POSICIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN MÉXICO.

3.1 Antecedentes sobre la posición en México, respecto de la teoría del levantamiento del velo corporativo.

Como se ha estudiado, son varias las legislaciones del mundo que han desarrollado e incorporado instituciones y mecanismos para asegurar el fortalecimiento de la personalidad jurídica. Aunque no es la única manera para detener algunos abusos, la teoría del levantamiento del velo corporativo es sin duda, una de las figuras más innovadoras que han surgido para dar solución a problemas actuales de las sociedades y su funcionamiento en la economía mundial.

Del mismo modo, ante la incorporación de instituciones o figuras jurídicas ajenas a la nuestra es importante realizar un análisis específico a fin de encontrar un punto medio de conexión para la implementación de cualquier tipo de figura extranjera.

En México existe una corriente doctrinal que afirma que la aplicación del levantamiento del velo corporativo es totalmente ajeno a la idiosincrasia jurídica. Señala al efecto el autor Acosta Romero lo siguiente:

“En México no se ha planteado ante los tribunales esta problemática y únicamente los círculos académicos comentaron la teoría del levantamiento del velo no existiendo jurisprudencia del Poder Judicial Federal al respecto, creemos que al cambiar el régimen de las acciones que dejaron de ser al portador, para transformarlas en nominativas en enero de 1983...esta teoría del abuso del poder [sic] y del velo carece de sentido y de utilidad práctica, a partir de la Reforma de la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1982, en nuestro país se conoce siempre la identidad de los accionistas y estimo difícil que opere la teoría del velo por lo que en México ya no tiene ninguna importancia. Creemos que en nuestro país es muy grave importar únicamente por un afán protagónico y en forma extralógica la muy complicada teoría del velo que en nuestra opinión sólo se aplica en otros países para casos totalmente excepcionales de responsabilidad societaria pero que en México daría lugar [a] abusos inauditos y por eso en buena hora y [en] aras de la seguridad jurídica nuestro derecho es totalmente ajeno a esa complicada teoría”¹¹⁷ [Énfasis añadido]

En relación con lo anterior, es importante señalar, que a pesar de la desconfianza por la posible incertidumbre jurídica, en nuestro sistema jurídico se ha contemplado la aplicación de la Teoría del levantamiento del Velo Corporativo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; de manera moderada en la Ley de Inversión Extranjera, respecto de algunas actividades que se encuentran reservadas de manera exclusiva a mexicanos y a sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros, o aquellas en que su participación se encuentra limitada a determinado porcentaje de inversión extranjera; así como el

¹¹⁷ Acosta Romero, Miguel, *Tratado de sociedades mercantiles con énfasis en la sociedad anónima*. Editorial Porrúa, México, 2001, p.p. 707.

proyecto de decreto de la “Ley de la Desestimación de Personalidad Jurídica Societaria” que estudiaré a continuación.

3.1.1 Ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas (LERVPASA).

La LERVPASA se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 1° de febrero de 1940, y entró en vigor el día 11 de febrero del mismo año. En la exposición de motivos de dicha ley y en sus últimos artículos se hace énfasis en que su objetivo, más allá de lo que se puede entender por su título, sobre la venta de acciones de sociedades anónimas, introduce de manera explícita en nuestro sistema jurídico, la condición de la aplicación de la responsabilidad ilimitada. A continuación, se cita un fragmento de la exposición de motivos:

“...encaminada a introducir en nuestro sistema jurídico el principio acogido ya en otras legislaciones, de que la limitación de responsabilidad inherente a las sociedades de tipo corporativo no rige para la que extracontractualmente surge a favor de terceros, cuando por el control de una persona tenga sobre una sociedad de ese tipo deba lógicamente inferirse que sólo buscan ampararse en una forma sin el contenido económico de una verdadera corporación para eludir las consecuencias de sus actos; hecho éste que el Estado no debe tolerar.”¹¹⁸

Del texto transcrito de la exposición de motivos, se advierte que el hermetismo societario no es aplicable, cuando por decisión de una persona o grupo de personas la sociedad es un mero instrumento para evadir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, abusando de la figura jurídica de las sociedades, y actuando de manera fraudulenta hacia terceros.

Del mismo modo, en el cuerpo de la ya abrogada ley, se contempla la posibilidad de la desestimación de la personalidad jurídica. A continuación, se citan dichos artículos:

Artículo 13. Las personas que controlen el funcionamiento de una Sociedad Anónima, ya sea que posean o no la mayoría de las acciones tendrán obligación subsidiaria e ilimitada frente a terceros, por los actos ilícitos imputables a la Compañía.

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

A pesar de tales disposiciones, su aplicación y estudio en la doctrina y jurisprudencia mexicana fue casi nulo. De manera sucinta, Mantilla Molina en la primera edición de su libro de Derecho Mercantil menciona que dichos preceptos establecen una excepción al

¹¹⁸ “Iniciativa de ley del ciudadano Presidente de la República, relativa a los Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas.” *Diario de Debates de la Cámara del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, año II, XXXVII Legislatura*, Tomo III, número 20, sesión del 15 de diciembre de 1938, Comité de Biblioteca, INEGI, México.

límite de la responsabilidad limitada, además del pago de sus acciones, y que sólo es aplicable a quienes cuenten con un control efectivo sobre la sociedad.

A pesar de la trascendencia de dicha ley, solo la ahora extinta Tercer Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó un pronunciamiento al respecto en el que no se distinguen con claridad las obligaciones derivadas del contrato. A continuación cito dicha tesis:

Época: Séptima Época
Registro: 240388
Instancia: Tercera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Volumen 175-180, Cuarta Parte
Materia(s): Civil
Tesis:
Página: 148

SOCIEDADES ANONIMAS, RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA E ILIMITADA DE LA PERSONA O PERSONAS QUE CONTROLAN EL FUNCIONAMIENTO DE LAS. ALCANCE DEL ARTICULO 13 DE LA LEY QUE ESTABLECE LOS REQUISITOS PARA LA VENTA AL PUBLICO DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANONIMAS.

El alcance del artículo 13 de la Ley que Establece los Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas no se limita a las sociedades anónimas que realicen la oferta y venta al público de acciones de sociedades anónimas, sino que comprende a toda sociedad anónima, puesto que la regulación contenida en los artículos 13 y 14 de la ley citada, constituye en sí una legislación especial en la que se incorpora lo que la doctrina conoce como la "develación de la sociedad anónima", a través de la cual se considera conveniente, entre otras cosas, que determinadas personas, ligadas a la sociedad anónima por el control que en ella ejercen, tengan obligación subsidiaria ilimitada frente a terceros por los actos ilícitos o dolosos imputables a la persona moral, para evitar un estado de desprotección jurídica de terceros frente al velo de la sociedad, con el propósito de prevenir abusos derivados de la manipulación del mecanismo de formación de sociedades para la realización de maniobras ilícitas civiles, lo que justifica la tendencia del legislador para establecer ese sistema que garantice el respeto al orden y a las buenas costumbres que rigen en los actos de comercio, sin que pueda admitirse que ese sano propósito del legislador se haya dirigido exclusivamente a las sociedades anónimas que realicen oferta y venta al público de acciones, sino que su alcance comprende a la sociedad anónima en general, creando una regulación especial para reglamentar lo relativo al principio de la limitación de la responsabilidad cuando ésta sea extracontractual, tratándose de sociedades anónimas, pues así se desprende incluso no sólo del hecho de que el artículo 14 de la ley citada remite a la Ley General de Sociedades Mercantiles, sino también de la exposición de motivos de la ley en comento.

Amparo directo 892/82. Ariel Ángeles Castillo y otra. 28 de septiembre de 1983.
Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante. Secretario: Herminio Huerta Díaz.

La importancia de los lineamientos establecidos en la citada tesis se enfoca en lo siguiente:

- a) Se extiende el alcance del artículo 13, sobre la responsabilidad solidaria de personas que controlen el funcionamiento de la sociedad, a cualquier tipo de sociedad anónima;
- b) Se incorpora la doctrina de la “develación de la sociedad anónima”;
- c) Se equiparan los actos ilícitos cometidos por la sociedad con actos dolosos; y
- d) Se enuncia el propósito de garantizar el respeto y las buenas costumbres en los actos de comercio.

A pesar de su importancia, la casi nula aplicación de la LERVPASA, llevó a su abrogación en la publicación del Diario Oficial del día 14 de enero de 1988 mediante el “Decreto por el que se abrogan diversas leyes”¹¹⁹.

A pesar de su derogación, los lineamientos de la LERVPASA siguen los mismos criterios ya considerados por otro tipo de legislaciones internacionales para el levantamiento del velo corporativo.

Para el autor Philipp Frisch, el principio de la develación de la personalidad jurídica es aplicable positivamente en nuestro ordenamiento jurídico, pues “...*con fundamento en el art. 1796 del Cód. Civ. D.F., aplicable en materia mercantil, según el art. 2 del Código de Comercio, en toda la república, del cual deducimos el principio de buena fe observable en todo el Derecho civil y mercantil con el cual es incompatible el abuso de la institución jurídica de la persona moral. En el art. 1796 Cod. Civ. D.F. se establece que los contratos “obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias, que según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley,” que coincide casi literalmente con el art. 242 del Código Civil alemán que desde muchos decenios se aplica en grado generalísimo y frecuentísimo como fuente para la buena fe en la vida jurídica de Alemania. En el art. 13 de la ley abrogada se estableció una responsabilidad “subsidiaria ilimitada” y en el art. 14 se precisó la demanda conjunta en los términos del art. 24 LGSM. En aplicación positiva de la develación todavía admisible después de la abrogación mencionada, ya no hay base para una responsabilidad “subsidiaria”, sino entra en su lugar una primaria e ilimitada,*

¹¹⁹ Frisch Philipp, Walter. *La abrogación de la ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de Sociedades Anónimas*. *Revista de Derecho Privado. Año 1 Número 1 Enero – Abril, 1990*, [en línea], México, Universidad Nacional Autónoma de México, [citado 15-11-2015], ISSN 0188-5049, Formato PDF, p.p. 82, disponible en Internet: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.html?r=revpriv&n=1.

y el art. 24 LGSM ya no es aplicable para los efectos de la develación.”¹²⁰ [Énfasis añadido]

De este modo, Frisch encuentra en los principios generales de derecho la fundamentación necesaria, de la obligación de los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a las consecuencias por el incumplimiento de sus actos.

Pero ¿es la consideración de Frisch suficiente para la desestimación de la personalidad jurídica? O bien ¿Se deben buscar otros métodos para el levantamiento del velo corporativo, como los estudiados con anterioridad por otros países?

Al igual que otros países, nuestro ordenamiento jurídico carece de una ley que apoya el levantamiento del velo corporativo, sin embargo los pilares en los que se funda dicha doctrina tienen sus bases en los principios mismos que forjan a las leyes. Es importante señalar que la aplicación de esta doctrina es un medio específico en contra del uso ilícito de la personalidad jurídica en el ejercicio de actos de comercio y que es sometida al estudio de tribunales para determinar el levantamiento del velo.

Cualquiera que sea el método utilizado por cualquier tribunal de otros ordenamientos jurídicos, se debe demostrar que el uso de la persona moral va más allá de aquel por el cual fue creado, su finalidad debe ser ilícita y con el único objetivo de evadir responsabilidades beneficiando con sus actos a una o varias personas, quienes de no haber utilizado a la persona moral hubiesen sido responsables directamente de cualquier incumplimiento.

En México la derogación de la LERVPASA no significó la representación de un criterio uniforme para el legislador actual, ya que como se estudia más adelante, se ha presentado la iniciativa “Proyecto de Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria”.

3.1.2 Levantamiento del velo en el derecho administrativo.

En nuestro ordenamiento jurídico existen precedentes que demuestran que “En el Derecho Administrativo se ha levantado el velo de las sociedades mercantiles, en los casos en que las leyes fiscales responsabilizan a quienes administran a una sociedad...”¹²¹

De acuerdo con el Mtro. Cervantes Ahumada, existen antecedentes en nuestra jurisprudencia en los que se ha determinado el levantamiento del velo corporativo “...y ha sentado el principio de la relatividad de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas, al determinar que cometen peculado, esto es, delito contra el patrimonio estatal, los empleados y los funcionarios de los bancos nacionales. En estos casos, se relativiza la personalidad de la sociedad y se reconoce que ella no es sino un instrumento

¹²⁰ *Ibidem*, p.p. 82.

¹²¹ Cervantes Ahumada, Raúl, *Óp. Cit.*, p.p. 32.

para que, a través de ella, el Estado ejerza el comercio.”¹²² Al respecto cito jurisprudencia al respecto:

“Época: Quinta Época
Registro: 812772
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Informes
Informe 1957
Materia(s): Penal, Administrativa
Tesis:
Página: 140

BANCO NACIONAL DE CREDITO EJIDAL, SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE (LOS EMPLEADOS A SU SERVICIO COMETEN EL DELITO DE PECULADO Y NO EL DE ABUSO DE CONFIANZA).

Según los antecedentes legislativos de la Ley de Crédito Ejidal, el Banco Nacional de Crédito Ejidal fue constituido como sociedad mercantil únicamente con el doble propósito de eludir la creación de una entidad política y a la vez vincular el sistema del crédito agrícola con el sistema mercantil ordinario, sujetándolo a un régimen común de contratación y de obligaciones que le permitiera obrar en la práctica expeditamente, sin acudir a las lentas y complicadas formas que la contratación reviste cuando se trata de entidades de orden público, pero sin pensar que esa forma de constitución lo privara de su verdadero carácter de organismo de servicio público descentralizado, puesto que tanto el fomento de crédito agrícola como su organización y su ejecución responden a una función pública y a un servicio de interés también público, aunque se cumpla a través de un organismo creado y controlado por el Estado, pues el problema agrario requería de medidas económicas para resolverlo, siendo una de ellas la de proporcionar crédito a quienes explotan la tierra y crédito agrícola en todo momento, ha requerido métodos y medios propios diferentes de los comunes al crédito ordinario; la tasa de su interés, muy reducida, sus métodos de operación y garantías, muy liberales, impone la ayuda del capital del Estado y un régimen legal peculiar. La ley mexicana tuvo en cuenta esa experiencia universal con miras al mejoramiento de la situación del campesino. La actividad agrícola se desarrolla en condiciones bien distintas de otras actividades económicas; sus operaciones no son rápidas y están afectadas por situaciones geográficas, climatológicas, y factores que no son los puramente económicos, por lo que necesitan de plazos largos y de procedimientos especiales que no satisfacen la iniciativa privada ni el crédito común; la situación de inseguridad de la propiedad; la desorganización de su titulación; la incuria, el abandono y la inconstancia en el trabajo agrícola, la pobreza de la tierra, la de los métodos de su cultivo, son elementos que hacen más grave el crédito agrícola y hacen también inevitable, la intervención del Estado, único que puede asumir todos sus peligros. Era tan apremiante la necesidad de crédito para atender las más inmediatas necesidades de los agricultores y de los campesinos y como las circunstancias hacían imposible obtenerlo de fuente privada, fue menester que el Estado aportara el capital para satisfacer esas necesidades, y de este modo, quedó constituido el Banco Nacional de Crédito Agrícola, primero, y después, el Ejidal, como creación del gobierno, que es el que a la vez los administra y controla, para asegurar el cumplimiento de sus fines,

¹²² *Ibidem*, p.p. 33.

de enorme interés social y económico, fines que son al mismo tiempo, aspectos principales de gran influencia, en el desarrollo de uno de los más importantes servicios públicos de la nación. En consecuencia, el Banco Nacional de Crédito Ejidal constituye un organismo de servicio público descentralizado que forma parte de un sistema nacional de crédito agrícola, con capital social aportado por el gobierno y controlado por el mismo gobierno al reservarse mayoría de miembros en su consejo de administración. La Constitución General de la República en su artículo 73 fracción XXI, faculta al Congreso de la Unión para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar las sanciones respectivas, y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en su artículo 41, fracción I, enumera los delitos del orden federal, señalándose como tales los perpetrados en contra de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectos a dicho servicio, aunque se encuentren descentralizados o concesionados. El artículo 220 del Código Penal del Distrito Federal, en su carácter de ley federal, según texto vigente en la actualidad, previene que comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea una comisión por tiempo limitado y que no tenga el carácter de funcionario, que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas, o cualquiera otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa. *En consecuencia, los empleados y funcionarios del Banco Nacional de Crédito Ejidal, Sociedad Anónima de Capital Variable, que dispongan indebidamente de dinero o de bienes que formen parte del capital social de dicha institución cometen con ello el delito de peculado y no el de abuso de confianza, y por lo tanto, el conocimiento de los procesos respectivos corresponde a las autoridades judiciales del fuero federal.*

Competencia 103/56. Suscitada entre el Juez de Distrito en el Estado de Guanajuato y el Juez de Primera Instancia de lo Penal de Celaya. 14 de mayo de 1957. Mayoría de quince votos de los Ministros: Genaro Ruíz de Chávez, Felipe Tena Ramírez, Mario G. Rebolledo, Agustín Mercado Alarcón, Octavio Mendoza González, Gabriel García Rojas, Rodolfo Chávez, José Castro Estrada, Mariano Azuela, Luis Díaz Infante, Juan José González Bustamante, Mariano Ramírez Vázquez, Alfonso Francisco Ramírez, Arturo Martínez Adame y Agapito Pozo. Disidentes: Franco Carreño, José Rivera, Alfonso Guzmán Neyra e Hilario Medina. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XIX, Primera Parte página 54, tesis de rubro "PECULADO, BANCO DE CREDITO EJIDAL.". [Énfasis añadido.]

Como se observa, el Estado relativiza la personalidad de la sociedad y reconoce que ella es un instrumento comercial pero que en realidad son entidades descentralizadas del poder público. En el caso anterior, la aplicación de la técnica del velo corporativo se aplica a la inversa para responsabilizar a empleados y funcionarios.

Por otro lado, dentro del derecho administrativo sancionador, en su rama electoral se han desarrollado nuevas técnicas del levantamiento del velo, por la importancia y trascendencia en el funcionamiento de designación de representantes de elección popular que analizaré más adelante. Lo anterior obedece a que la esencia de la teoría del

levantamiento es aplicable a todo tipo de relaciones jurídicas, no sólo a las civiles o mercantiles, ya que los actos se vinculan directamente con la ilicitud de su actuar.

3.1.3 Proyecto de Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria (“Proyecto de Ley”).

A pesar de la abrogación de la LERVPASA y de la importancia de lo establecido en sus artículos 13 y 14, en donde se asentó la doctrina de la develación de la personalidad jurídica, esto no significó el total desconocimiento de la doctrina del levantamiento del velo corporativo en nuestro ordenamiento jurídico, pues en el año 2002 se presentó una iniciativa por parte de la fracción parlamentaria del Partido Acción Nacional, orientada a la aplicación de la técnica del levantamiento del velo corporativo. Dicha iniciativa se encuentra aún en espera de ser analizada por el poder legislativo, sin embargo teniendo en cuenta su importancia y trascendencia analizaré algunos de sus aspectos más importantes.

En el “Proyecto de Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria”¹²³, a diferencia de otro tipo de ordenamientos jurídicos internacionales en los que se aplica la teoría del levantamiento del velo corporativo, sólo se hace énfasis al levantamiento del velo corporativo en los casos de financiamiento de responsabilidad civil o administrativa por fraude a la ley, a acreedores o violación directa a una norma imperativa. Además, en dicho proyecto no se contempla la aplicación de la norma que se ha evadido, sea ésta o no la razón para sustentar cualquier tipo de responsabilidad.

En la exposición de motivos de dicho Proyecto de Ley, se establecen como sujetos de esta ley a las sociedades mercantiles, sociedades civiles, asociaciones civiles, fundaciones, cámaras, cooperativas, empresas de participación estatal, uniones de crédito, sociedades nacionales de crédito, sindicatos, y en general toda persona jurídica a la que la legislación le reconozca la personalidad jurídica independiente a la de sus integrantes, con la excepción expresa de aquellas contempladas en la misma ley.

En el Proyecto de Ley, en su artículo 4 se excluye de su ámbito de aplicación a la Federación, a las entidades federativas, los municipios, los órganos constitucionales, estatales y municipales, órganos autónomos constitucionales, las entidades colectivas reguladas por la legislación electoral, y aquéllas reguladas por la legislación de la administración pública, salvo las empresas de participación estatal de cualquier ámbito de gobierno. Esta situación se explica por la importancia en la conservación de los niveles de gobierno y que, en caso de requerirlo existen diversos medios para el cumplimiento de obligaciones de los ciudadanos que detenten algún cargo, o en su caso de delitos cometidos en el ejercicio de su nombramiento.

¹²³ “Iniciativa que contiene el proyecto de decreto por el que se crea la Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria.”, Galván Muñoz, Jesús, Morgan Álvarez, Rafael G., Grupo Parlamentario del Partido de Acción Nacional, Gaceta Parlamentaria del Senado de la República, 3er año de ejercicio, primer periodo ordinario, número 79, año 2002. [citado 15-07-2015], disponible en Internet: http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?&131/iniciativa_sen_galvan.html.

3.1.3.1 Objetivo.

El objetivo principal que se busca obtener con el Proyecto de Ley, de acuerdo con su artículo 1 es establecer los supuestos normativos necesarios para que las autoridades desestimen la personalidad jurídica y evitar el abuso de la institución a la que se le reconoce una personalidad independiente de la de sus integrantes. También se busca establecer las bases para regular el abuso, así como el procedimiento a seguir y sus consecuencias.

De acuerdo con los artículos 21, 22 y 23 de dicho Proyecto de Ley, la consecuencia fundamental de dicho Proyecto de Ley es extender de modo subsidiario e ilimitado la responsabilidad civil de la persona moral al integrante o al tercero, con el objetivo de evitar el fraude a la ley, a acreedores o la violación de una norma imperativa. La aplicación de este ordenamiento no excluye la responsabilidad penal, fiscal o de cualquiera otra naturaleza en que haya incurrido la persona moral, integrante o tercero.

En el cuerpo del Proyecto de Ley en sus artículo 2 y 3, se considera como persona moral a cualquier entidad colectiva a la cual la legislación que le resulte aplicable le reconozca personalidad jurídica distinta e independiente a la de sus integrantes, o bien cualquier entidad que sin tener reconocida su personalidad por una ley se exteriorice como tal ante terceros.

En el artículo 4 del Proyecto de Ley se excluye como sujeto de aplicación a la federación y demás instituciones gubernamentales, podemos determinar la decisión del legislador para la aplicación de esta ley sólo a particulares. Así, como se vio con anterioridad, para aquéllas empresas creadas para fines de beneficio social como el “Banco Nacional de Crédito Ejidal” en la que se determinó la aplicación de la técnica del velo corporativo a la inversa para responsabilizar a empleados y funcionarios, esta disposición lo impediría de manera expresa.

Dicho Proyecto en su artículo 7, define como desestimación de la personalidad jurídica “...la resolución de la autoridad por la que se extiende la responsabilidad civil de las personas morales a sus integrantes o a terceros, en los supuestos normativos establecidos por esta ley.” Para que las autoridades estén en condiciones de desestimar la personalidad jurídica de las personas morales se debe de acreditar de modo conjunto, los elementos objetivo, subjetivo y resultantes que la mismas iniciativa dispone.

Aunque en el artículo 8 de la citada iniciativa, se reserva el principio de separación de patrimonios de las personas morales y de sus integrantes, se reconoce la disolución del hermetismo societario para extender la responsabilidad de una sociedad a sus integrantes siempre y cuando se hayan agotado otros recursos, siendo el levantamiento del velo corporativo un recurso extraordinario y subsidiario cuya aplicación debe determinarse caso por caso.

De acuerdo con el Proyecto, en su artículo 9 se enlistan los elementos necesarios para proceder con la desestimación de la personalidad jurídica, a entenderse los siguientes: objetivo, subjetivo y resultante.

Se considera como elemento objetivo el control efectivo por parte de uno o más de los integrantes de la persona moral o por terceros, que tengan sobre la persona moral una influencia dominante. El nivel de influencia que se ejerce por parte de un integrante o tercero debe ser un control absoluto, de manera tal que la voluntad de la persona moral sea la voluntad del o los integrantes o terceros.

En el artículo 11 del multicitado Proyecto, se consideran como “integrante” de la persona moral cualquier persona física o moral que sea socio, accionista o que de cualquier manera participe en la asamblea; y como “tercero” cualquier persona física o moral distinta a un “integrante” y que ejerza una influencia dominante en la persona moral.

De conformidad del artículo 13 del Proyecto de Ley, para acreditar la presunción de control absoluto por parte de integrantes o terceros, las autoridades pueden identificar alguno de los siguientes casos mismos que deberán ser valorados:

- i) La toma de decisiones estratégicas de la persona moral por parte de uno de los integrantes o por parte de un tercero;
- ii) La dirección de las finanzas de la persona moral por parte de un integrante o de un tercero;
- iii) La concentración de pasivos en la persona moral con relación a otras personas morales relacionadas a aquélla, y existentes dentro de un mismo conglomerado de empresas, determinada por el integrante o por el tercero;
- iv) La titularidad de la mayoría del capital social de la persona moral por parte del integrante o incluso del tercero, por los mecanismos que este fuere;
- v) La identidad de miembros del órgano de administración de la persona moral respecto al del integrante o el tercero;
- v) La concentración mayoritaria de negocios entre la persona moral por transmisión del integrante o el tercero;
- vi) La concentración mayoritaria de negocios entre la persona moral u el integrante tercero;
- vii) La existencia mayoritaria de activos de la persona moral por transmisión del integrante o el tercero;
- viii) La utilización del patrimonio de la persona moral como si fuese el propio del integrante o el tercero; y
- ix) Toda aquella que coadyuve al esclarecimiento del control absoluto de la persona moral por parte del integrante o el tercero.

En el artículo 14 del Proyecto, el elemento subjetivo se presenta cuando la autoridad considera que se ha probado que la conducta del integrante o tercero se ha orientado a abusar de la personalidad jurídica independiente de la persona moral en fraude de acreedores, en fraude a la ley, o en general, para violar normas imperativas.

Al igual que en la doctrina anglosajona, la valoración de cada elemento está encaminada a descubrir las capas de control que cubren a una sociedad, hasta llegar a la persona o personas que se benefician directamente de los actos de la sociedad pero que no necesariamente responden por sus obligaciones. Si bien el control de una sociedad no es dañino en el ejercicio de los actos de comercio, si lo es cuando a través de una persona moral, una o varias personas ejercen actos encaminados a fraude contra acreedores, a la ley o normas imperativas mediante la utilización de la misma persona moral. Respecto de las “normas imperativas”, el proyecto de ley carece de definición lo que, en su caso, requerirá intervención de la interpretación judicial y de la doctrina.

De acuerdo con el artículo 15 del Proyecto en estudio, para la acreditación del elemento resultante, la autoridad debe considerar como probado que de no levantar el velo corporativo de la persona moral, y extender de modo subsidiario e ilimitado la responsabilidad civil de ésta hacia el integrante o el tercero, ocurrirán daños y perjuicios en contra de un tercero de buena fe, se producirán fraudes de ley o, en general, se generarían violaciones a normas imperativas mediante la utilización de la persona moral.

Del mismo modo, en el ordenamiento jurídico español, para la aplicación del levantamiento del velo corporativo se deben interpretar las figuras como fraude de ley y abuso de derecho. Además, en el proyecto de ley se conceptúa el fraude a acreedores.

3.1.3.2 Fraude de ley.

En los artículos 17 y 18 se define la figura de “fraude a la ley” y las presunciones que permitan inferir su existencia, nuevo en materia societaria. Así, se entiende como fraude de ley la elusión de una norma imperativa o del propósito teleológico de la legislación aplicable, mediante la utilización abusiva de la persona moral, para generar un provecho en el integrante o tercero.

Las autoridades deben hacer una valoración de las siguientes presunciones para inferir la existencia del fraude de ley:

- i) Las maquinaciones estratégicamente organizadas, mediante las cuales se eluda una norma imperativa a través de la utilización de la persona jurídica independiente de la persona moral;
- ii) Las maquinaciones estratégicamente organizadas, a través de la utilización de la personalidad jurídica independiente de la persona moral, mediante las cuales, aunque no se viole ninguna norma imperativa expresa, sí se vulnera el propósito que el legislador pretendió darle a la legislación aplicable; y
- iii) Todas aquéllas que coadyuven al esclarecimiento de la existencia del fraude de ley.

3.1.3.3 Fraude de acreedores.

En los artículos 19 y 20 del Proyecto se entiende por fraude de acreedores la elusión de una o más obligaciones crediticias respecto a uno o varios acreedores, contraídas por la persona moral y que cuyo producto ha generado un beneficio económico principal al integrante o al tercero.

Las autoridades deben hacer una valoración de las siguientes presunciones para inferir el fraude de acreedores:

- i) La concentración de pasivos en la persona moral con relación a otras personas morales relacionadas a aquélla, y existentes dentro de un mismo conglomerado de empresas, determinada por el integrante o tercero;
- ii) La utilización del patrimonio moral como si fuese el propio del integrante o del tercero;
- iii) El otorgamiento de préstamos de cualquier naturaleza, sin las correlativas garantías suficientes, y sin el estudio de riesgo idóneo para el proyecto objeto del préstamo;
- iv) El participar en operaciones con un riesgo inherente mayor al del común de los competidores en el mismo nicho de mercado;
- v) La gestión administrativa técnicamente inapropiada o fraudulenta;
- vi) Todas aquéllas razonablemente similares a las establecidas por la legislación concursal; y
- vii) Todas aquéllas que coadyuven al esclarecimiento de la existencia del fraude de acreedores.

Para la substanciación del procedimiento las autoridades deben iniciarlo a solicitud de parte actora previamente legitimada en el caso, pudiendo incluso, solicitarse de modo oficioso en investigaciones administrativas, de acuerdo con el artículo 25 del Proyecto de Ley. El procedimiento quedará regulado dentro del marco normativo de los procesos jurisdiccionales o de investigación administrativa, según corresponda a la naturaleza de la persona moral sujeta a desestimación.

En el artículo 24 del Proyecto de Ley, el procedimiento se considera como un régimen de excepción, que se substanciará como un recurso extraordinario y subsidiario a las disposiciones legales relativas a la responsabilidad de las personas morales y de sus integrantes, atendiendo a la naturaleza de cada una de ellas. Es importante señalar que el mismo Proyecto de Ley establece que su aplicación está reservada para ser la excepción y no la regla, además de ser complementaria y no excluyente de otro tipo de responsabilidades en las que incurra, tanto la sociedad como sus integrantes o terceros.

De acuerdo con dicho Proyecto de Ley, la carga de la prueba de los elementos objetivo, subjetivo y resultante para determinar conjuntamente la desestimación de la personalidad

jurídica está a cargo de la parte actora. Una vez desestimada la personalidad jurídica de la persona moral las autoridades extenderán de modo subsidiario e ilimitado la responsabilidad civil de la persona moral al integrante o al tercero. En el artículo 27 del Proyecto de Ley, se establece una consecuencia encaminada a levantar el velo corporativo de las personas morales involucradas, para que en caso de ser necesario se responsabilicen o sancionen a los integrantes o terceros de acuerdo con lo previsto con dicho proyecto.

Como consideraciones finales del Proyecto de Ley, se observa la falta de precisión en algunas de sus disposiciones, como la conceptualización de lo que se debe entender por “normas imperativas”. Del mismo modo, se presenta un problema en cuanto a la incorporación del procedimiento para la desestimación de la personalidad jurídica societaria en los procesos jurisdiccionales o bien, en los procedimientos administrativos.

Aunque en el artículo 9 del Proyecto de Ley se determina que las autoridades desestimarán la personalidad jurídica de las personas morales únicamente cuando se acrediten conjuntamente los elementos objetivo, subjetivo y resultante, parece ser insuficiente para el proceso de levantamiento del velo corporativo. Quizá una de las mejores opciones sea la inserción de alguna disposición en el ordenamiento legal mexicano como en la Ley General de Sociedades Mercantiles que posibilite el procedimiento para el levantamiento del velo corporativo.

3.2 Levantamiento del velo en el derecho electoral.

De acuerdo con los apartados anteriores, el levantamiento del velo de una persona moral no se limita a sociedades mercantiles, en otros países la teoría del levantamiento del velo llega más allá del derecho privado, como en materia administrativa, laboral, fiscal, entre otras. La principal razón de su aplicación en otros ámbitos obedece a que el fin que se busca obtener es valorar la realidad de una persona moral cuando ella posee personalidad jurídica distinta a la de sus integrantes.

En materia electoral, la aplicación de la teoría del levantamiento del velo no es ajena en el ámbito internacional, pues en España en el año 2002 el Tribunal Supremo Español emitió una sentencia relativa al procedimiento judicial de ilegalización de tres organizaciones partidistas que estaban vinculadas al grupo terrorista denominado “ETA”¹²⁴.

3.2.1 Caso contra el Partido Social Nacionalista.

En el caso de México, de acuerdo con el profesor Marco Antonio Zavala la primera aplicación registrada del levantamiento del velo en materia electoral la llevó a cabo el

¹²⁴ Véase Shubert, Adrian, *Historia social de España (1800-1990)*, Ed. Nerea, 1991, Madrid, p.p. 364. “[...] en los años cincuenta, la juventud del partido adoptó una actitud más radical y en julio de 1959 creó una nueva organización, Euskadi ta Askatasuna (País Vasco y Libertad), más conocida por su acrónimo, ETA.” Véase también, *Sentencia del 27 de marzo de 2002*, dictada por la Sala Especial del Artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los Autos acumulados 6/2002 y 7/2002.

entonces Consejo General del Instituto Federal Electoral (en adelante “CGIFE”) en el año 2003, mediante el expediente identificado como P-CFRPAP-09/02.

En dicho procedimiento administrativo, el cual se llevó a cabo de modo oficioso, contra el entonces Partido de la Sociedad Nacionalista (en adelante “PSN”); se tuvo por demostrado que dos empresas con las cuales el PSN firmó contratos por un monto de \$52’935,02.00 M.N. (cincuenta y dos millones novecientos treinta y cinco mil dos pesos, moneda mexicana) fueron constituidas y administradas por tres dirigentes principales integrantes del mismo partido.

Así, de acuerdo con el criterio del CGIFE, a pesar de no ser conductas prohibidas por la ley, dichos contratos constituían un evidente fraude a la ley, ya que sus consecuencias implicaban la violación de ciertas normas jurídicas, como el artículo 38 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que se cita a continuación:

“**Artículo 38.** Son obligaciones de los partidos políticos nacionales:

a) Conducir sus actividades dentro de los cauces legales y ajustar su conducta y la de sus militantes a los principios del Estado democrático, respetando la libre participación política de los demás partidos políticos y los derechos de los ciudadanos;

[...]

o) Aplicar el financiamiento que dispongan, por cualquiera de las modalidades establecidas en este Código, exclusivamente para el sostenimiento de sus actividades ordinarias, para sufragar los gastos de campaña y precampaña [...]

[...]”

Este criterio fue confirmado por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación cuando se determinó que “... la utilización de los recursos públicos, mediante la celebración de contratos aparentemente revestidos de la suficiente cobertura jurídica, para auspiciar empresas “propiedad” de sus líderes o, en última instancia, en beneficio del peculio de éstos, tergiversaba la finalidad destinada a cumplir con el empleo del financiamiento público y demás prerrogativas de las que gozan los partidos políticos.”¹²⁵

Cabe destacar, que a pesar de que la resolución judicial tomó como base el dictamen del CGIFE, en el documento no se hace mención de la utilización de la teoría del levantamiento del velo. Así, de acuerdo con el autor Marco Antonio Zavala “...la situación antijurídica declarada, sólo es posible obtenerla rompiendo en el caso concreto con el dogma del hermetismo de las personas morales, pues de otra forma se tendría, en un plano formal y estricto, que el partido político con una sociedad anónima o una

¹²⁵ Zavala, Marco Antonio, *El levantamiento del velo en el derecho electoral mexicano*, *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Año 2007. Número 247 Enero – Junio, 2007, [en línea], México, Universidad Nacional Autónoma de México, [citado 15-09-2015], ISSN 1870-8722, Formato PDF, pp. 415 y 416, disponible en Internet:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=247>

sociedad civil, cuyos socios y accionistas resultan irrelevantes para los efectos de la contratación, porque el ente societario constituye un centro de imputación normativo distinto e, incluso, indiferente a la calidad o circunstancias de quienes lo componen.”¹²⁶

Para determinar el desconocimiento del hermetismo societario, el CGIFE estudió cada una de las cualidades personalísimas del partido político a fin de encontrar los puntos de conexión con el negocio jurídico. En consecuencia, se resolvió que el PSN contrató con los dirigentes del mismo instituto, y que por lo tanto los miembros del PSN eran los únicos beneficiados, además los dirigentes poseían el cien por ciento de las acciones de las sociedad por lo que ejercían sobre la misma control en la toma de decisiones y tenían cargos orgánicos dentro de la sociedad; así el CGIFE determinó que la constitución de la persona moral perseguía en único objetivo de “enmascarar” la celebración de operaciones comerciales con recursos de públicos que constituía fraude a la ley, abuso de derecho y simulación de actos jurídicos.

3.2.2 Caso denominado coloquialmente como “PEMEX-GATE”.

Otros de los precedentes del levantamiento del velo, por abuso de derecho son los denominados coloquialmente como “PEMEX-GATE” y “Los amigos de Fox” en los que el CGIFE comenzó procesos en contra del Partido Revolucionario Institucional (en adelante “PRI”) y el Partido Acción Nacional (en adelante “PAN”) respectivamente.

En el primero de los casos, aunque el hecho a probar era la falta de reporte en su informe anual de ingresos del PRI provenientes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana (en adelante “STPRM”); tras la investigación y reconstrucción de hechos, así como la consideración de diversos documentales se concluyó que existía un posible desvío de recursos públicos de la paraestatal Petróleos Mexicanos (en adelante “PEMEX”) a través de su sindicato.

De acuerdo con las diligencias ministeriales, del entonces Instituto Federal Electoral (en adelante “IFE”), se tuvieron por demostrados, entre otros, los siguientes hechos: (1) Que cinco de las seis personas involucradas en los retiros se desempeñaban como funcionarios de alto nivel del PRI; (2) esas personas seguían instrucciones a fin de cobrar la cantidad de quinientos millones de pesos, que se encontraban en una cuenta bancaria a nombre del STPRM; (3) “Los retiros no fueron eventos particulares, se trató de una sola operación compuesta de acciones particulares”¹²⁷; (4) los retiros se efectuaron en un periodo determinado de tiempo y el retiro se relaciona con un solo ente que vinculaba a todas las personas participantes, es decir el PRI; y (5) “Los razonamientos anteriores permiten concluir que el dinero retirado ingresó al patrimonio del Partido Revolucionario Institucional.”¹²⁸

¹²⁶ *Ibidem*, p.p. 416.

¹²⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. Núm. 186, México, 2004, p.p. 29.

¹²⁸ *Ibidem*.

Así, el CGIFE sancionó al PRI por no haber reportado dichos ingresos y por haber superado los montos permitidos a una organización social adherida a un partido político. El PRI interpuso un recurso de apelación que dentro de sus agravios exponían otras hipótesis, que a su opinión representaban de manera verosímil el verdadero destino del dinero.

De acuerdo con el partido, algunas personas que participaron en el retiro del dinero lo pudieron haber destinado a la asociación civil “Nuevo Impulso” así, el partido planteó la imposibilidad de que las conductas de algunos individuos repercutieran en responsabilidad al partido, pero tras la investigación se demostró que dicha sociedad estaba constituida por reconocidos priistas quienes se vieron involucrados en la conducta infractora y por lo tanto el partido debía ser sancionado. Además, en la sentencia se determinó que aún en el caso de que el dinero hubiera ingresado al patrimonio de la asociación civil “Nuevo Impulso” el dinero habría ingresado jurídicamente al patrimonio del partido, actuando ésta última asociación como *alter ego* del partido.

Sobre lo anterior, el Tribunal invocó la teoría del levantamiento del velo y la desestimación de la personalidad jurídica. Así “Al respecto, el Tribunal determinó que era impensable que las personas jurídicas podían cometer ilícitos por sí mismas, dado que por su propia naturaleza carecen de un elemento volitivo propio, y que, en consecuencia era natural que actuaran y eventualmente cometieran ilícitos a través de personas físicas.”¹²⁹

Para poder el Tribunal aplicar la teoría del levantamiento del velo, realizó un estudio en el que se destacó la importancia y la complejidad de las personas morales. La fundamentación legal para la aplicación de dicha teoría hizo referencia a diversas formas jurídicas como: la buena y la mala fe, la licitud de los actos jurídicos como sustento a la tutela legal, el abuso de derecho, fraude a la ley y demás conductas antijurídicas. Uno de los problemas principales que tenía que resolver el Tribunal estaba relacionado con delimitar las consecuencias de hecho y derecho de las personas morales en la sociedad, ya que a diferencia de una persona física las primeras “... carecen del elemento volitivo o intelectual inmediato y directo susceptible de producir el nexo psicológico entre la conducta y el resultado.”¹³⁰

El comportamiento de una persona moral necesita forzosamente exteriorizarse a través de una persona física, ya que no puede actuar por sí misma, los órganos que dan vida a la persona moral están constituidos por personas físicas que son designadas por aquéllas que en su origen le dieron vida a la persona moral, es decir sus socios o integrantes. Las

¹²⁹ Espíndola Morales, Luis. *Culpa in vigilando. El caso “Estado de México”*. *Revista Mexicana de Derecho Electoral*. Número 2, Julio-Diciembre 2012, [en línea], México, Universidad Nacional Autónoma de México, [citado 15-09-2015], ISSN 0188-5049, Formato PDF, pp. 262, disponible en Internet: www.biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoElectoral/2/esj/esj9.pdf Véase también: Córdova Vianello, Lorenzo y Murayama, Ciro, *Elecciones, dinero y corrupción. PEMEXGATE y Amigos de Fox*, Cal y Arena, 2006, p.p. 211-212.

¹³⁰ Recurso de apelación identificado con el número SUP-RAP-18-2003 interpuesto por el Partido Revolucionario Institucional en contra de la resolución emitida por el Consejo General del Instituto Federal Electoral, el 14 de marzo del 2003, en el procedimiento sancionatorio incoado en su contra, p.p. 462 y 463.

facultades que le son otorgadas a las personas físicas deben de cumplir con los requisitos establecidos por la ley y por sus estatutos internos, así cualquier acto realizado por la persona física tiene como resultado consecuencias en el mundo jurídico para la persona moral.

De lo anterior, cualquier conducta de la persona moral ya sea legal o ilegal, es llevada a cabo sólo a través de personas físicas autorizadas.

Ahora bien, en cuanto a las sanciones de las que se hacen acreedores las personas morales, en materia penal se reconoce que sólo las personas físicas son sujetos de pena, de acuerdo con el principio "*societas delinquere non potest*"¹³¹ y por lo tanto, las personas morales no tienen la capacidad de ser sujetos de pena por no contar con la capacidad volitiva de querer y entender su conducta.

Para el Tribunal, la trascendencia de las personas morales en la sociedad, llevó a reconsiderar dicho principio, pues las personas morales son capaces de infringir normas y ser sujetos de sanción, dicha consideración descansa sobre principios como: "respeto absoluto a la norma legal", "riesgo creado", "deber de cuidado" e "imputación objetiva".

En el caso del derecho positivo mexicano, también existen disposiciones que prevén la culpabilidad de las personas morales y sus respectivas sanciones, tal es el caso de los Códigos Penales de los Estados de Hidalgo artículo 70; Michoacán artículo 9 y 70; y Veracruz artículo 31 y 73. En dichos artículos se hace referencia expresa a la persona moral que es utilizada para la comisión del delito, de tal modo que éste resulte cometido a su nombre y bajo al amparo de esta figura jurídica.

En este sentido, de acuerdo con el Tribunal en materia de derecho administrativo sancionador que toma principios de la materia penal "*mutatis mutandis*", se reconoce que las personas morales pueden cometer infracciones y ser sancionadas sobre los principios que responsabilizan a las personas jurídicas como "*culpa in vigilando*", "*culpa in eligendo*", "diligencia debida", "buena fe", entre otras.

De acuerdo a lo anterior, se les reconoce a los partidos políticos la capacidad de cometer infracciones y por lo tanto, su responsabilidad que deriva de sanciones independientes a las que son generadas por sus integrantes, de acuerdo con la interpretación de los artículos 41, párrafo 2, base I y II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante "CPEUM"), así como el artículo 38 apartado 1, inciso a) y artículo 269 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Dentro del estudio realizado por el Tribunal, se revisó también la figura jurídica de "garante", que consiste en extender la responsabilidad del partido político, en cuanto a su obligación de garantizar la conducta de sus integrantes o militantes, para que se ajuste a los principios del estado democrático. Así, en caso de que el partido no cumpla con su

¹³¹ Morales Hernández, Manuel, *Principios Generales del Derecho. Compilación de aforismos jurídicos*, 2da. Edición, Editorial Porrúa, México, 2015, p.p. 552.

obligación de prevención será responsable por que acepta la situación (dolo), o porque la desatiende (culpa).

Lo anterior implica que para demostrar que un acto se llevó a cabo por una persona moral, se debe demostrar que dicho acto ha sido exteriorizado por una persona física que cuenta con las facultades necesarias. Sin embargo, en casos de actividades ilícitas la identificación del nexo entre personas físicas y morales no está del todo clara.

El Tribunal en este tipo de casos se vale de pruebas indirectas para demostrar la validez de una hipótesis sobre el hecho principal; y de “evidencias en cascada”. Para estimar la responsabilidad de una persona moral se toman como indicios los actos materiales de ejecución, ya sea de acción u omisión que realizan las personas físicas, para así establecer si hay una afectación en la esfera jurídica del partido y vincularlo con sus consecuencias.

De este modo, para el Tribunal la aplicación de la Técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica auxilió para revelar los intereses reales del partido, con lo que se identificó conductas realizadas fuera de derecho bajo los privilegios que otorga la personalidad de una persona jurídica y sobre todo, para hacer una separación entre la persona social y cada uno de sus socios.

En este caso en particular, el elemento volitivo de las personas físicas que se vieron vinculadas, no era unilateral o autónomo y no actuaban a título personal, sino que se acreditó que las personas físicas que participaron en los retiros de efectivo formaban parte de un grupo organizado que seguían instrucciones de forma coordinada y en busca de la obtención de un mismo fin, es decir una ventaja económica al partido político.

3.2.2.1 Fundamento legal

Así como en otros tipos de ordenamientos jurídicos, los fundamentos legales para la aplicación de la teoría del levantamiento del velo jurídico en el derecho electoral, en este caso “PEMEX-GATE”, fueron la buena fe y la licitud en el objeto. La protección legal que se hace de cualquier tipo de relación jurídica descansa en los principios de la buena fe y la licitud, exigiendo que cualquier relación jurídica tenga un objeto y fin lícitos.

Estos principios se encuentran regulados en nuestro ordenamiento jurídico en el CCF en los artículos 1827, fracción II, y 1859. Para poder el Tribunal adecuar la técnica del levantamiento del velo a una asociación se consideró también el artículo 2670 del mismo ordenamiento. A continuación, se citan:

“**Artículo 1827.** El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser:

I. [...]

II. Lícito.

[...]

Artículo 1859. Las disposiciones legales sobre los contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

[...]

Artículo 2670. Cuando varios individuos convinieren en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituye una asociación.

[...]"

Ya que sólo las relaciones jurídicas lícitas pueden ser protegidas por la ley así como sus efectos y consecuencias jurídicas que de la misma deriven, cuando la licitud de los actos jurídicos se ve cuestionada la ley permite que las autoridades inicien una investigación exhaustiva, pues la protección que brinda la ley a los actos jurídicos los condiciona a que deben ser lícitos.

Así, el principio de exhaustividad permite llevar a las autoridades competentes una investigación sobre los hechos "...sin detenerse en las medidas establecidas para proteger los actos lícitos, aunque con el pleno respeto al principio de intervención mínima, así como al de proporcionalidad, entre el objeto de la investigación y las medidas adoptadas, para verificar la licitud del objeto o fin de la relación jurídica tutelada por la ley, y atenerse a los resultados para establecer las consecuencias jurídicas que correspondan."¹³²

En materia electoral, dichos principios generales de derecho son aplicables de acuerdo con el artículo 2 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, a continuación cito dicho artículo:

“Artículo 2. Para la resolución de los medios de impugnación previstos en esta ley, las normas se interpretarán conforme a la Constitución, los tratados o instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los criterios gramatical, sistemático y funcional. *A falta de disposición expresa, se aplicarán los principios generales de derecho.*

[...]" [Énfasis añadido]

De acuerdo a lo anterior, el Tribunal determinó que la aplicación de estos principios generales de derecho a personas jurídicas era procedente dadas las situaciones anómalas, lo que llevaba a la verificación de la licitud del objeto y del fin para conocer la verdad objetiva, y que los actos lícitos (en este caso la constitución de ambas sociedades y su respectivo hermetismo societario) no representaban un obstáculo en la investigación de los actos ilícitos.

Del mismo modo, en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en su artículo 270, apartado 5, se determina que para fijar la sanción el CGIFE debe tomar en cuenta las circunstancias y la gravedad de la falta.

Así, para el Tribunal las faltas que se le atribuyeron al partido eran: i) la omisión de reportes de los ingresos totales obtenidos durante el ejercicio objeto del informe; y ii) que

¹³² Recurso de apelación identificado con el número SUP-RAP-18-2003, p.p. 531.

el partido se hizo de recursos a través de sus organizaciones sociales, por un monto superior al máximo establecido por el propio instituto.

En cuanto a la gravedad de las faltas, tenían su origen en las siguientes circunstancias: i) el PRI obtuvo una considerable e inaceptable situación de ventaja frente a los otros partidos, quebrantando el principio de equidad; ii) se obstaculizó la actividad fiscalizadora de la autoridad electoral, sobre los recursos del partido; iii) se ocultó la recepción de recursos, pues el partido ingresó dichos recursos mediante dinero en efectivo; iv) se identificó la conducta ilícita durante el desarrollo de las campañas electorales federales, lo que derivó en incertidumbre respecto de los topes de gastos de la campaña; v) el monto que no se reportó e ingreso indebidamente al patrimonio del partido representaba el cincuenta y cuatro por ciento del total del financiamiento público recibido en periodo electoral; vi) se determinó que dicha conducta debía ser sancionada de manera tal que, la sanción debía ser idónea para disuadir su posible comisión en un futuro.

Es por ello que, el Tribunal tomó como base para su investigación la técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica y encontró en nuestro ordenamiento jurídico las bases necesarias para su sustento y aplicación en el caso particular. Dicha técnica de acuerdo al Tribunal, es aplicada del mismo modo para descubrir la licitud de los actos de las personas morales bajo la protección que brinda la misma figura.

En este caso, la justificación para la aplicación de esta técnica reside en el hecho de que las personas morales son entes jurídicos que en su origen fueron creados y reconocidos en el derecho con el único propósito de incentivar actividades de utilidad económica, de carácter lícito, tanto para sus integrantes como para la sociedad. En este caso, tras una investigación exhaustiva, se determinó que los derechos y beneficios que brindaba la personalidad jurídica no habían sido aplicados para los efectos anteriormente establecidos, sino que habían sido utilizados como un instrumento que permitían conductas abusivas e ilícitas.

3.2.3 Caso denominado coloquialmente como “Amigos de Fox”.

En el segundo de los casos, el denominado coloquialmente como “Amigos de Fox” se estudió la presunta responsabilidad por la obtención y utilización de recursos ilegales en la campaña electoral de Vicente Fox, así como su ocultamiento a las autoridades electorales; realizada por la coalición “Alianza por el Cambio”, conformada por el PAN y por el Partido Verde Ecologista de México (en adelante “PVEM”).

De acuerdo con la Sala Superior, si bien la coalición apoyaba la postulación de un miembro del PAN, el PVEM asumía una posición de “garante” respecto al candidato, lo que confirmaba la sanción impuesta por el CGIFE en cuanto a la responsabilidad indirecta del PVEM.

Lo trascendente de este caso, sobre el levantamiento del velo es que en la sentencia se le atribuye al PVEM el deber de vigilancia de los actos de su candidato, financiamiento y fuente de los recursos captados.

Así, el PVEM contaba con el derecho, los recursos y la obligación para asegurarse que el financiamiento fuera destinado de manera correcta y dentro del marco legal, "...sólo mediante la vigilancia de los actos realizados por su candidato y de los terceros que aportaron recursos, por lo que, en todo caso, el citado instituto político pudo haber tenido la certeza de que las aportaciones no provenían de algunas de las fuentes prohibidas por la ley, tales como personas que vivían y trabajaban en el extranjero, empresas mexicanas de carácter mercantil, etcétera; igualmente, de haber cumplido con esa actitud vigilante habría tenido la certeza de que el monto de tales recursos no provocarían que fueran rebasados los topes señalados en la ley respecto a las aportaciones de simpatizantes, ni los topes de campaña aprobados por el Consejo General del Instituto Federal Electoral"¹³³.

"De tal suerte, la "develación" efectuada estaba encaminada a determinar la existencia o no de esos vínculos con el partido, lo cual así aconteció, circunstancia que, en conjunción con otros hechos acreditados en el expediente de la queja (asunción o aprovechamiento de ese sistema en paralelo como aconteció con los casos Profmex, Pro-Democracia y Movimiento para el cambio), condujo a concluir que el partido tuvo conocimiento del esquema ilegal y que, lejos de adoptar las medidas tendentes a corregirlo (propio de su deber garante), se aprovechó de ello, incrementándose consecuentemente el grado de culpabilidad, de la simple culpa original dictaminada por el CGIFE, al dolo."¹³⁴

De los casos anteriormente estudiados, la protección legal de cualquier tipo de relación jurídica radica en los principios de la buena fe y de la licitud, es decir la tutela exige que las relaciones jurídicas tengan un objeto y fin lícito. De este modo, solamente las relaciones jurídicas que sean consideradas como lícitas deben ser protegidas por la ley desde la creación hasta las consecuencias jurídicas que éstas produzcan con relación a las partes en la misma involucrada o con terceros. Como consecuencia, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, los individuos que integran a las personas jurídicas pueden cometer infracciones y, por lo tanto, ser sancionados.

3.2.3.1 Fundamento legal.

Las distintas figuras jurídicas mediante las cuales pueden unirse dos o más partidos para la postulación de candidatos a cargos de elección popular tienen distintas consecuencias jurídicas. Las principales figuras de colaboración entre partidos son la coalición y las candidaturas comunes.

Respecto de la coalición, los beneficios y pérdidas deben distribuirse entre los partidos que las integran de acuerdo a los principios generales de derecho *beneficium datur propter officium* (el beneficio se confiere en razón de la obligación) y *eius sit onus cuius est emolumentum*¹³⁵ (quien aprovecho los beneficios esté a las pérdidas o "corresponde la carga a quien percibe el emolumento"¹³⁶). La participación de los partidos genera un

¹³³ Espíndola Morales, Luis, *Óp. Cit.*, p.p. 263.

¹³⁴ Zavala, Marco Antonio, *Óp. Cit.*, p.p. 423.

¹³⁵ Espíndola Morales, Luis, *Óp. Cit.*, p.p. 262

¹³⁶ Morales Hernández, Manuel, *Óp. Cit.*, p.p. 273.

vínculo o nexo jurídico en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan de su intervención en el proceso electoral, lo que significa que se convierten en un solo actor frente a las autoridades electorales.

En cuanto a la figura de “candidaturas comunes”¹³⁷, que consiste esencialmente en la postulación de candidatos a cargos de elección popular por dos o más partidos políticos, quienes previamente mediante acuerdo estatutario emitido por los partidos, eligen el origen partidario de sus candidatos, sus aportaciones a la contienda electoral, entre otros. Independientemente a la postulación común de los partidos participantes, cada uno de ellos conservará los derechos, obligaciones y prerrogativas que les correspondan.

En virtud de los criterios vertidos en la resolución emitida del expediente SUP-RAP-018/2003 (conocido como “PEMEX-GATE”), se determinó estudiar más allá de las conclusiones aisladas “De tal forma y atendiendo a dicha teoría debe tomarse en cuenta que el juzgador tiene facultades para mirar más allá de la entidad legal que constituya una persona moral o un ente colectivo, a efecto de estar en aptitud de descubrir aquellas conductas o fines contrarios a la ley que pudieran encontrarse ocultos o tuvieran apariencia de licitud al amparo de los beneficios en la ley para la personalidad de las asociaciones”¹³⁸

En el caso “Amigos de Fox”, se estudió con detenimiento la responsabilidad por rebase de topes de gastos de campaña de la coalición “Alianza por el Cambio” integrada por el PVEM y por el PAN. En el caso concreto, el ilícito administrativo electoral se refería a infracciones contra el sistema de financiamiento y fiscalización de los recursos de los partidos políticos denominado como “financiamiento paralelo”.

En relación con dicha infracción, se determinó la responsabilidad del PVEM y PAN, de acuerdo a los artículos 38, párrafo 1, inciso a), 39, y del 269 al 271 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, mismos que se citan a continuación:

“Artículo 38. 1. Son obligaciones de los partidos políticos nacionales:

a) Conducir sus actividades dentro de los cauces legales y ajustar su conducta y la de sus militantes a los principios del Estado democrático, respetando la libre participación política de los demás partidos políticos y los derechos de los ciudadanos;

[...]

Artículo 39.

¹³⁷ En las legislaciones de Baja California Sur, Coahuila de Zaragoza, Colima, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Michoacán, Morelos, San Luis Potosí, Sonora, Yucatán, Zacatecas, y hasta el 25 de septiembre de 2010 en el Estado de México, se regulan las candidaturas comunes como una opción en la participación de los partidos políticos en las contiendas electorales.

¹³⁸ Recurso de apelación identificado con el número SUP-RAP-098-2003 interpuesto por el Partido Revolucionario Institucional, Partido Verde Ecologista de México, Partido del Trabajo, Partido de Acción Nacional y Partido de la Revolución Democrática, en contra de la resolución emitida por el Consejo General del Instituto Federal Electoral, el 20 de mayo de 2004, p.p. 114.

1. El incumplimiento de las obligaciones señaladas por este Código se sancionará en los términos del Libro Séptimo del mismo.

2. Las sanciones administrativas se aplicarán por el Consejo General del Instituto con independencia de las responsabilidades civil o penal que, en su caso, pudieran exigirse a los partidos políticos, sus dirigentes, precandidatos y candidatos a cargos de elección popular.

[...]

En consecuencia, la responsabilidad sancionable derivaba del grado de participación de los partidos en los hechos que constituyen la infracción. En el caso concreto, se analizó de manera individual la participación del PAN y del PVEM en las conductas que motivaron la queja de origen y posteriormente se buscó la fundamentación para sancionar.

Si bien el PAN argumentaba el desconocimiento de la estructura del financiamiento en paralelo, de acuerdo con los artículo 27, párrafo 1, inciso c), fracción iv, 49, párrafo 5 y 49-A, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, los partidos políticos deben contar con un órgano interno para la obtención y administración de los recursos generales y de campaña, además dicho órgano está encargado de la presentación de informes financieros anuales y de campaña.

El Tribunal, con la finalidad de estudiar la intensidad de la responsabilidad acudió a la técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica en torno a la relación entre “Amigos de Vicente Fox, A.C.” y el PAN, también estudió la naturaleza de los vínculos entre el candidato y los dos partidos, por último, se estudió la duración del incumplimiento en el deber de vigilancia.

Después de la investigación y en atención del objeto social de la asociación civil “Amigos de Vicente Fox”, se resolvió que la relación del candidato presidencial con dicha asociación y el PAN era de tal calidad que la primera era utilizada como un instrumento alternativo al partido para la recaudación y erogación de recursos patrimoniales. En atención de la naturaleza de los vínculos entre el candidato y los partidos de la coalición, se determinó que el candidato por la coalición sólo fue militante del PAN, por lo que “A mayor vínculo, mayor responsabilidad”. En lo que respecta a la temporalidad del incumplimiento de la vigilancia, el PAN omitió dicho deber por más tiempo que el PVEM.

En el mismo sentido, se descubrió que la asociación civil, “Amigos de Vicente Fox”, fue constituida por un reconocido panista, el candidato Vicente Fox Quesada, para el Tribunal dicho elemento de identidad estableció que el mismo militante intervino en la conducta ilícita.

Para el Tribunal, de acuerdo con las pruebas tanto directas como indirectas, se demostró la vinculación directa del PAN con el financiamiento en paralelo (de personas físicas, asociaciones civiles, fideicomisos, entre otros) que apoyó la campaña electoral presidencial de la coalición “Alianza por el Cambio” y sobre todo el reconocimiento y uso de dicho financiamiento en paralelo por el PAN.

Ahora bien, de acuerdo a las leyes es deber de los partidos políticos garantizar la conducta de sus miembros (dirigentes, militantes y simpatizantes) para que se ajuste, entre otros, al principio de respeto absoluto a la legalidad; ya que en el caso de que alguno de sus miembros cometa una infracción, esto constituya un incumplimiento a la obligación garante de los partidos de aceptar o tolerar esas conductas, y el no llevar a cabo las acciones necesarias para prevenir esta situación lo lleva a aceptar las consecuencias.

De este modo, en la sentencia se señaló lo siguiente: “...el partido político está obligado a realizar acciones de prevención necesarias para evitar que sus candidatos, dirigentes militantes y participantes actúen fuera de la ley, pues en caso contrario aquél será responsable de las infracciones cometidas por éstos, ya sea que se entienda que acepta la situación e, incluso se beneficia de ella, o bien porque la desentiende. Así, los partidos políticos son garantes de las conductas que realicen estos sujetos, cuando, en su caso, les aporten recursos, ya sea para cubrir sus actividades ordinarias o bien de gastos de campaña, pues sólo así se puede evitar que los partidos políticos puedan incurrir en una contravención a las disposiciones legales que rigen el financiamiento privado, como ya se expuso ampliamente en la presente sentencia.”¹³⁹

En el caso de las coaliciones, así como en la participación de partidos políticos sin coalición, se asume la responsabilidad de administrar los recursos generales mediante un órgano de finanzas, de acuerdo al artículo 27, párrafo 1, inciso c), fracción IV, 49, párrafo 5, y 49-A, párrafo 1, inciso b) de dicho Código. Sin embargo, en las coaliciones uno de los partidos que lo conforman debe asumir la responsabilidad de administrar las cuentas bancarias de la coalición, así como no exceder los límites presupuestales de campaña, de acuerdo al artículo 63, párrafo 2, de dicho Código y 3.1, inciso b) y 5 de su Reglamento.

En el caso del PVEM, el otro miembro de la coalición “Alianza por el Cambio”, dicho partido argumentó que sólo el PAN participó directamente en el sistema de financiamiento paralelo, y por lo tanto el PAN era el único responsable por los hechos que motivaban la queja. Además, el PVEM expuso que la obligación de vigilar solo era aplicable a la coalición de la cual era parte, pero que no estaba obligado a vigilar las conductas del PAN.

Para el Tribunal, la sanción del PVEM fue impuesta no como motivo de su participación directa en la planeación o implementación del financiamiento paralelo, sino que se motivó por el incumplimiento del deber de vigilancia respecto a la procedencia de financiamiento de su candidato en la coalición “Alianza por el Cambio”. El PVEM estaba obligado, al estar vinculado con los beneficios de dicha coalición, al deber de vigilancia respecto de su candidato y el modo de la obtención de los recursos financieros, así como de cualquier conducta de las personas físicas o jurídicas que otorgará recursos económicos a favor de su candidato.

Del mismo modo, el Tribunal determinó que de haber cumplido con su deber de vigilancia durante todo el proceso de campaña electoral, el PVEM pudo haberse asegurado que los

¹³⁹*Ibidem*, p.p. 1,130.

recursos provinieran de fuentes lícitas consideradas dentro del marco legal y que dichos recursos no rebasaran los topes señalados en la ley.

Durante el tiempo de campaña, la asociación civil “Amigos de Vicente Fox”, realizó múltiples pagos a medios de comunicación para la promoción del candidato representante de la coalición “Alianza por el Cambio”, para el Tribunal “...esto ha de quedar enfáticamente subrayado, ante un donativo por demás notorio y público (ese es su objetivo: la transmisión al público de un mensaje reiterado) realizado por Amigos de Vicente Fox, Asociación Civil a los dos partidos políticos que hacia las fechas referidas ya han hecho suya la candidatura de Vicente Fox Quesada a la Presidencia de la República. Al no registrar ese donativo conforme a la normatividad vigente, los Partidos Acción Nacional y Verde Ecologista de México incurrieron clara e inequívocamente en “*Culpa in Vigilando.*”¹⁴⁰

Siendo notoria la participación por parte de la asociación civil, el PVEM obtuvo más beneficios directos después de la victoria de dicha coalición y su candidato a Presidente Federal, pues su número de curules en el Congreso de la Unión se elevó de ocho diputaciones a diecisiete en total, además del aumento del financiamiento público que reciben los partidos políticos para ejercer sus actividades ordinarias y de campaña, validándose con ello la necesidad del levantamiento del velo en el derecho electoral.

3.3 Aplicación de la técnica del levantamiento del velo en materia societaria.

A pesar de los antecedentes, extranjeros y nacionales, en los que se ha optado por la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo para llegar al sustrato de cualquier tipo de sociedades, en la práctica nacional, sigue existiendo cierta resistencia en la aplicación de dicha teoría en las sociedades mercantiles, en especial en las anónimas y las de responsabilidad limitada, esto fundado en el artículo 24 de la LGSM que establece el hermetismo societario.

Sin embargo, en el año 2008 se emitió una sentencia, que aunque se refiere a un procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, determinó que en caso de existir un aprovechamiento indebido de la personalidad de una sociedad mercantil se justifica la implementación de instrumentos idóneos para calificar sus actos y así apreciar los intereses reales del ente de las personas que lo conforman. A continuación, cito un extracto de dicha tesis:

“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.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p.p. 1,211.

En la práctica las condiciones preferenciales o privilegios de que disfrutaban 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."¹⁴¹ [Énfasis añadido]

Si bien la transcrita tesis se refiere a un procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, este criterio tiene sus bases en el CCF, en los preceptos relacionados con la simulación de los actos jurídicos.

De la ejecutoria del amparo en revisión 479/2006, que fue uno de los precedentes de la jurisprudencia por reiteración, se consideró que el hecho de que se trate de una sociedad mercantil, no constituye obstáculo alguno para investigar la realidad que subyace con la finalidad de impedir conductas indebidas, en lo que interesa al caso, transcribo lo siguiente:

“ [...] 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**

¹⁴¹ Tesis: I.4o.A. J/70, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, noviembre de 2008, p.p. 1271.

conductas indebidas (por la existencia de una sociedad dominante) y la utilización de la personalidad para obtener resultados antijurídicos en perjuicio de intereses públicos o privados.

La condición de la tutela legal a toda relación jurídica es, precisamente, la licitud del objeto y fin que ella tenga. Esto es, **solamente la relación que pueda considerarse lícita puede ser protegida por la ley en todos sus aspectos, es decir, desde su creación hasta los efectos o consecuencias jurídicas que produzca, ya sea con relación a las partes en ella involucradas o con terceros.**

Sin embargo, **cuando exista una situación que ponga en entredicho, de manera seria y objetiva, la licitud de ciertos actos llevados a cabo en el ámbito de una relación jurídica, tal situación legitima a las autoridades competentes para llevar a cabo una investigación exhaustiva sobre los hechos y las implicaciones o trascendencia de las conductas, sin detenerse en las medidas establecidas para proteger los actos lícitos, aunque con el pleno respeto al principio de la intervención mínima, así como al de proporcionalidad, entre el objeto de la investigación y las medidas adoptadas, para verificar la licitud del objeto o fin de la relación jurídica tutelada por la ley, y atenerse a los resultados para establecer las consecuencias jurídicas que correspondan.**

La aplicación de estos principios a las personas jurídicas, cuando existen situaciones anómalas, conduce a la verificación de la licitud de su objeto y fin, a través **de la regularidad legal de los actos realizados al amparo de la personalidad de la propia entidad**, con el propósito de conocer la verdad objetiva de la actuación investigada y estar en condiciones de determinar las consecuencias de derecho que procedan, para no propiciar que los instrumentos ideados para la protección de los actos lícitos, se interpongan y obstaculicen la investigación y la eventual sanción que legalmente corresponda a los actos ilícitos.

Lo apuntado se ha tomado en cuenta también por la doctrina, y un ejemplo, es la **teoría del "levantamiento del velo de la persona jurídica", empleada para descubrir en relación con las personas morales, la ilicitud de los actos que desarrollen en su interior, al tenor del uso abusivo de formas jurídicas, no obstante aparentar licitud a fin de apropiarse y disfrutar de los privilegios con que cuentan esa clase de personas, ideadas para proteger y asegurar eficiencia económica; sin embargo, en momento alguno deben usarse para encubrir prácticas anticompetitivas.**

Dicha teoría encuentra justificación en el hecho de que las personas morales son entes jurídicos que, en su origen, fueron creados y reconocidos en el derecho con el propósito de regular y fomentar actividades útiles a sus integrantes y a la sociedad; esto es, se crearon y se regularon para fines lícitos. Con ese propósito, se concedió a dichos entes una serie de privilegios y beneficios que permitieran y alentaran el adecuado desarrollo de su actividad; así, se les reconoció personalidad jurídica independiente a la de sus socios o personas físicas que las conformaban.

Esto se ve con claridad, por ejemplo, en el caso de algunas sociedades mercantiles de capital, que responden únicamente con el patrimonio social, mientras que los socios sólo responden a las obligaciones de la sociedad con sus aportaciones individuales y

no con el resto de su patrimonio. Parece claro que la razón justificatoria para apreciar los hechos y determinar si son constitutivos de prácticas anticompetitivas, prevista en el artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, es el fundamento para **levantar el velo y conocer la realidad económica que subyace atrás de las formas o apariencias jurídico-formales.**

Es claro que tanto la Ley Federal de Competencia Económica como su reglamento, permiten probar, de manera indirecta, a través de indicios suficientes, administrados con enunciados generales, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como la mejor información disponible, lo cual, no genera indefensión ya que el presunto infractor en el procedimiento de audiencia tiene siempre la oportunidad de controvertir.

Empero, se ha visto en la práctica, que las condiciones preferenciales o privilegios de que disfrutaban las personas morales, no sólo han sido aplicados para los efectos y fines lícitos que persiguen, sino que, en algunas ocasiones, indebidamente, han sido aprovechadas de diversas maneras 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.

Este aspecto negativo de la actuación de algunas personas morales justifica la necesidad de implementar medios o instrumentos idóneos, que permitan conocer realmente que el origen y fin de los actos que realicen son lícitos, para evitar el abuso de los privilegios tuitivos de que gozan.

Con el uso de esos 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 el seno de la persona jurídica.** Esto es, se trata de poner un coto a los fraudes y abusos que, por medio de esos privilegios, la persona jurídica pueda cometer, en términos de lo dispuesto en los artículos 2180, 2181 y 2182 del Código Civil Federal.

Esto es lo que sustenta doctrinalmente a la técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo, **como una respuesta para descubrir y corregir supuestos de abusos del derecho o fraudes a la ley.**

Algunos puntos en concreto, que de la teoría en análisis se pueden precisar, son:

1. La técnica consiste en prescindir de la forma externa de la persona jurídica y penetrar en su interioridad para apreciar los reales intereses que en ella existan.
2. El propósito de ese examen es descubrir los fraudes y conductas desajustadas a derecho que pueda realizar el ente jurídico al amparo de los privilegios que le genera su personalidad, a efecto de poner un coto o límite a ellos que trastorquen los principios rectores de las conductas.
3. Para ese efecto podrá hacerse una separación absoluta entre la persona social y cada uno de los socios, así como de sus respectivos patrimonios, a fin de evidenciar la actividad real que a través de aquélla se realiza.

Para esos efectos, una de las formas en que puede realizarse la investigación de responsabilidad de las personas morales, o incluso de las personas físicas que las conforman, es el análisis de los aspectos personal, de fines, de estrategias, de incentivos, de resultados y de actividad, para buscar una identidad sustancial de los distintos sujetos, con el propósito de ver si es factible establecer que, en realidad, se trata de un único sujeto real, tras la apariencia de una diversidad de personalidades jurídicas. [...]

La teoría desarrollada en líneas arriba si bien, en principio, es aplicable para descubrir la actividad ilícita de una persona moral, es decir, para trascender en una ficción jurídica de carácter tuitivo creada por el legislador, no por ello resulta inaplicable cuando se trate de un "grupo" o "sistema" (entendido en el contexto del presente asunto), pues si bien no se trata de un ente jurídico, formalmente reconocido por la ley, de hecho funciona de manera similar, pues al desarrollar una actividad económica (lato sensu) conformada por la comunión de intereses e interrelación de actividades para alcanzar un fin -como cualquier otra persona moral-, su actividad necesita ser evidenciada a la luz de la teoría aplicada. [...]¹⁴²

De acuerdo con lo anterior, la aplicación de la teoría del levantamiento del velo en las sociedades mercantiles es aceptable en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, no se han presentados más casos en los que sea considerada la aplicación de dicha teoría, pues el juzgador ha optado por otros medios para ampliar la responsabilidad de una sociedad a sus socios o accionistas.

Tal es el caso de los criterios fijados en el amparo directo identificado con el número de expediente 740/2010, emitido por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. En dicho asunto, se pretendía levantar el velo de la actora, para que su socio principal y dominante respondiera por sus obligaciones.

En dicho caso, se comprobó que la parte actora actuaba como "alter ego" de su socio principal y dominante, mismo que tenía funciones de "Holding" respecto de la primera.

La cuestión principal giraba en torno al supuesto incumplimiento de una de las condiciones suspensivas relacionada con la liberación de una hipoteca por parte de la demandada; por lo que a consideración de la actora y de manera unilateral se rescindió el contrato maestro cuyo objetivo principal consideraba la obtención del financiamiento y construcción de torres de telecomunicación que se construirían en dicho terreno una vez liberada la hipoteca.

En reconvención, la demandada se opuso a la procedencia de las prestaciones reclamadas, sobre la base fundamental de que la rescisión del contrato se hizo de manera unilateral por la actora, y por lo tanto la devolución del dinero, de un contrato de depósito celebrado previamente, con el que se garantizaba el cumplimiento de las obligaciones sólo procedía por causas imputables a la demandada.

¹⁴² Amparo en Revisión 479/2006.

En el mismo escrito, la demandada reconvino de su contraparte diversas prestaciones, entre las cuales destacan: i) la solicitud de la declaración judicial de la responsabilidad subsidiaria ilimitada extracontractual de la empresa controladora americana sobre de la actora en lo principal; y ii) la solicitud de la declaración judicial de la procedencia en dicho juicio del litisconsorcio pasivo necesario en la acción reconvencional de la empresa extranjera, misma que controlaba y dirigía el funcionamiento de su subsidiaria mexicana.

Dichas prestaciones se sustentaron en la constante participación de empleados de la empresa dominante extranjera, en las negociaciones entre la actora y la demandada, así como la confusión de patrimonios y personalidad de acuerdo a la siguiente narrativa de hechos:

1. En el año 2000, se suscribió una carta de intención, entre la actora y la demandada, cuyo objetivo era: i) llevar a cabo la construcción/adquisición y transacción de determinado número de torres de telecomunicación; ii) la posterior celebración de un contrato de compraventa de activos; iii) la posterior celebración de los contratos de arrendamiento de todas las torres de comunicación; y iv) la posterior celebración de un contrato de servicios técnicos así como los elementos esenciales de los contratos definitivos.

2. En el año 2001, las partes celebraron el contrato maestro de desarrollo de sitios y arrendamiento, en el que la actora en lo principal declaró bajo protesta de decir verdad que contaba con la capacidad, económica, técnica, material y de recursos humanos para la consecución del objeto del contrato.

3. En el mismo año, las partes suscribieron un contrato de depósito simple de dinero en garantía, para el cumplimiento de las obligaciones de la construcción de las torres de comunicación, además se pactó una vigencia de tres años cinco meses, mismo que se extendería por cualquier obligación derivada, y sólo teniendo la demandada la obligación de devolver el depósito por la rescisión del contrato maestro por causas imputables a la misma.

4. Para acreditar el litisconsorcio pasivo, y con motivo de la acción reconvencional para llamar a juicio a todas las partes que se consideraron litisconsortes obligadas, la demandada precisó la responsabilidad subsidiaria ilimitada de la empresa controladora norteamericana, ya que ésta intervino dirigiendo en las negociaciones desde el inicio para la consecución de la celebración de los contratos antes mencionados y que fue la misma que decidió llevar a cabo la celebración del negocio con la demandada a través de su subsidiaria mexicana.

Al solicitar al juzgador el reconocimiento de responsabilidad extracontractual de la empresa controladora norteamericana, la reconvencionista acreditó las siguientes actuaciones:

1. Fe de hechos suscrita por Notario Público de la página de internet de la tercera llamada a juicio de su Reporte Anual del año 2000 y sus respectivas traducciones, en el que el Presidente y el Director les comunican a sus accionistas su posicionamiento en el mercado

mexicano al haber celebrado con la reconvencionista el contrato para la adquisición y construcción de torres de comunicaciones.

2. Las publicaciones de prensa en la página de internet de la tercera llamada a juicio, junto a su traducción pericial y certificación notarial en donde se acreditó que fue dicha empresa quien no sólo decidió la celebración de los contratos, sino también que era la misma empresa la que ignoraba el carácter de separado de su subsidiaria; ya que del reporte financiero del segundo cuatrimestre ésta publicó su decisión de desinvertir en el mercado mexicano.

3. La fe de hechos suscrita por Notario Público, mediante la cual se protocolizó el Acta de Asamblea General Ordinaria de Socios de la subsidiaria mexicana en donde se demuestra que la empresa norteamericana era propietaria del 99.9% del capital de la subsidiaria mexicana, siendo ésta última el “alter ego de la primera”.

4. Copia certificada del folio mercantil de la subsidiaria mexicana, expedida por el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal en la que se acredita que los consejeros y los apoderados de la misma eran a su vez empleados de la empresa controladora norteamericana.

5. Certificación emitida por autoridad norteamericana encargada de la regulación de las inversiones,¹⁴³ apostillada y con su traducción del contrato de crédito que impedía invertir más de una cierta cantidad previamente pactada en México.

6. Certificado de no propiedad de la subsidiaria en la que consta que dicha empresa no tenía bienes a su nombre y que era insolvente para hacer frente a sus obligaciones.

7. Fe de hechos suscrita por Notario Público, de la página de internet de la tercera llamada a juicio en la que se publica la decisión de la empresa norteamericana de desinvertir en México, acreditando el control que sostenía dicha empresa sobre la subsidiaria norteamericana, lo que a criterio de la reconvencionista provocó el incumplimiento del contrato maestro.

8. Informe rendido por el Instituto Mexicano del Seguro Social, en el que se confirmó que la subsidiaria mexicana carecía de empleados y por lo tanto, le era imposible el cumplimiento de sus obligaciones.

9. Informe rendido por el Instituto Nacional de la Vivienda de los Trabajadores, que también acredita que la subsidiaria mexicana carecía de trabajadores.

10. Documento traducido en el que se acredita la relación laboral entre una persona física y la actora en lo principal, al mismo tiempo que era empleado de la tercera llamada a juicio.

11. Informe rendido por la Comisión Nacional de Inversión Extranjera, en la que se acredita la capitalización, aplicación de aportaciones y su respectivo retiro por la tercera

¹⁴³ United States of America Securities and Exchange Comitions.

llamada a juicio en relación con la subsidiaria mexicana, con la finalidad de financiarla y asegurar el desarrollo de sus negocios y operaciones.

Así, la reconvencionista llegó a las siguientes conclusiones:

1. Que la tercera llamada a juicio fue quien efectivamente negoció el contrato maestro y demás contratos paralelos, debido a:

- Que los contratos se concertaron mediante un funcionario de la empresa norteamericana, no obstante que los mismos se firmaron por las partes actora y demandada.
- Que el Presidente de la subsidiaria le reportaba directamente a los funcionarios de la empresa controladora norteamericana.

2. Que la empresa norteamericana constituyó a la empresa subsidiaria con la finalidad de crear un escudo corporativo, y así protegerse de la responsabilidad, ya que la empresa controladora dirigía las operaciones desde los Estados Unidos de América, de acuerdo a lo siguiente:

- Que la empresa norteamericana era dueña del 99.9% del capital social de su subsidiaria mexicana.
- Que los fondos para el depósito, así como el flujo para la nómina de sus empleados fueron suministrados por la empresa controladora norteamericana.
- Que la empresa subsidiaria no era suficientemente solvente para responder de sus propias obligaciones.
- Que la empresa controladora norteamericana se ostentó como principal actor en la celebración de los contratos con la reconvencionista.
- Que la empresa controladora norteamericana controlaba de forma unitaria la operación, funcionamiento y dirección de la empresa subsidiaria.

3. Que la empresa controladora norteamericana interfirió de manera injusta en el cumplimiento de los contratos de su empresa subsidiaria, por las siguientes razones:

- Porque ésta, al celebrar contratos de crédito con otras sociedades limitó sus inversiones, con lo cual decidió desinvertir en el mercado mexicano.
- Porque la empresa controladora demostró poco interés en cumplir con sus obligaciones, que despidió a la mayoría de sus empleados impidiendo el cumplimiento de los contratos.

De este modo, la reconvencionista solicitó al Tribunal la aplicación del derecho extranjero de conformidad con el artículo 12, 13, 14 y 15 del CCF, además de dichos preceptos, se invocó el artículo 2736 del mismo ordenamiento que señala que las personas morales extranjeras, por cuanto a su existencia y capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones, deberán ser regidas por el derecho de su constitución.

Así, en el caso en particular, aunque los requisitos de la acción y sus consecuencias debían resolverse de conformidad con el artículo 1910 del CCF, al momento en que se le atribuyó a la tercera llamada a juicio responsabilidad extracontractual, dicha calificación de este hecho que se imputó como ilícito, debía resolverse conforme al derecho aplicable de Delaware, Estados Unidos de América, al haber utilizado ilícitamente a la subsidiaria mexicana, como instrumento para la consecución de sus propios fines; por lo tanto la aplicación de dicho derecho resultaba legal.

De acuerdo a lo anterior, y de que en el escrito reconvenional la parte demanda imputara al tercero llamado a juicio responsabilidad solidaria extracontractual por los actos en relación con su subsidiaria desde su Estado nacional, el Tribunal distinguió dos situaciones o momentos: uno previo y otro principal, que no necesariamente debían resolverse por la misma ley. “[...]. La cuestión previa se refiere a la realización de una serie de hechos, dentro de Estados Unidos de América y por una empresa de nacionalidad Norte Americana, que son considerados como ilícitos, y por otro lado, la cuestión principal se refiere, a las consecuencias jurídicas, de dicho hecho ilícito, que tendrán efectos dentro del territorio mexicano.”¹⁴⁴

Una vez que el Tribunal determinó la legalidad de la aplicación del derecho extranjero, se inició el estudio de la materia de la litis en general en la acción reconvenional. Es decir, por el hecho de que la empresa norteamericana utilizó a su subsidiaria como un instrumento para realizar sus propios negocios en México, como un escudo que la liberaría de la responsabilidad corporativa que se hubiese generado con motivo de los negocios que la primera realizó y que tuvieron efecto en el territorio mexicano. “[...] En términos de lo anterior, y de conformidad con el artículo 14 del Código Civil Federal, tenemos que concluir, que aunque los requisitos de la acción y sus consecuencias deben regirse, al atribuirse responsabilidad extracontractual a la tercera llamada a juicio, conforme al artículo 1910 del Código Civil Federal, así como de conformidad con la jurisprudencia mexicana (cuestión principal); la calificación del hecho que se imputa como ilícito, debe realizarse conforme al derecho de los Estados Unidos de América, y en concreto, bajo las leyes y jurisprudencias de los Tribunales de Delaware, que es donde se constituyó la empresa americana [sic] que al parecer es la que rige a dicha empresa por cuanto su actuar.”¹⁴⁵

Así, “...la sala responsable sostuvo que en el caso no aplicaría directamente la teoría del “alter ego”, ello debe entenderse en el contexto íntegro del fallo de alzada, pues precisamente esa teoría, que se manejó como originada en el derecho extranjero aplicable, sólo se utilizaría para analizar la cuestión previa que distinguió la sala responsable; de ahí que no se tratara de la aplicación directa de tal doctrina, sino sólo para resolver un aspecto previo a la cuestión principal sobre la responsabilidad extracontractual imputada [...]”¹⁴⁶ a la tercera llamada a juicio, es decir a la empresa dominante de la actora en lo principal.

¹⁴⁴ Amparo Directo 740/2010, p.p. 201.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.p. 1,368.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p.p. 1,372.

A pesar de lo anterior, el Tribunal consideró que la aplicación de dicha teoría debía ser de manera restrictiva y subsidiaria y que debía partirse siempre del hermetismo de la personalidad jurídica como presupuesto fundamental para la toma de decisión de levantar el velo y siempre partiendo de ser la razón una causa suficiente, necesaria y demostrada. Por lo que el hecho que se tratara de sociedades mercantiles no era razón suficiente para no aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo.

3.4 Ley de Concursos Mercantiles.

Al igual que en la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley de Concursos Mercantiles (en adelante “LCM”), en su artículo 15, regula las actividades de sociedades controladas y controladoras, respecto de la acumulación de procedimientos en el concurso mercantil, siempre que éstas integren un mismo grupo societario.

Si bien la acumulación de procedimientos es un beneficio para la economía procesal, el artículo 15 de la LCM, expone la expresión del legislador de las sociedades controladores y controladas como “[...] la existencia de un voto y, por lo tanto, de una voluntad directriz y una decisión central [...] y que obedece a que una controladora está tan íntimamente vinculada a una controlada, y viceversa, que deben considerarse lo mismo, o no, lo que es necesario precisamente porque a pesar de que la fracción II en análisis no hace tal definición sí la sugiere, al haber creado toda una categoría de “comerciante” mediante el ineluctable concurso de dos componentes, a su vez, cohesionados por otro más, a saber, una entidad que ejerce el control, otra sobre la que se ejerce y, desde luego, el control en él mismo como elemento cohesionador; si no hubiera control (una sola voluntad) no existiría ni controlada ni controladora.”¹⁴⁷

De acuerdo a lo anterior, el legislador reconoce la existencia de un solo ente económico, debido a que la controlada es dependiente de la estructura orgánica de la asamblea controladora y carece de autonomía. Así, además de los beneficios de economía procesal, resulta lógico que en situaciones de unidad económica de dos sociedades, primero se determine la solvencia y la insolvencia y posteriormente las posibilidades de una conciliación de pago, debido a que es la controladora la propietaria del patrimonio total, misma que impone su voluntad en la dirección de los negocios.

En muchas de las situaciones económicas actuales, suelen surgir casos en los que un tercero decide prestar o contratar con un “conglomerado”, aunque sólo haya contratado con su subsidiaria. Estas situaciones generan una confianza en el acreedor para la celebración de contratos, para el autor Dávalos Mejía¹⁴⁸, el concurso de una controladora o una controlada, debería colocar en concurso a la otra, para de este modo, se valorara la realidad del patrimonial total, y aunque se representen dos patrimonios, en su conjunto son una realidad patrimonial que representan la verdadera posibilidad de pago.

¹⁴⁷ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Óp. Cit.*, p.p. 33 y 34.

¹⁴⁸ *Ibidem.*, p.p. 36.

El hecho ilícito de esta situación, surge cuando los patrimonios de la controlada y la controladora se valoran de manera aislada, lo que deja en desventaja a los acreedores, porque el verdadero elemento para la composición de la voluntad se vio influenciado por la posición comercial del “conglomerado” y que, en su caso es el que impone su voluntad pero se encuentra protegido por el hermetismo societario.

3.5 Responsabilidad solidaria del artículo 26 del Código Fiscal de la Federación.

En nuestro ordenamiento jurídico, en específico en el artículo 26, fracción X, del Código Fiscal de la Federación, se contempla la posibilidad de que un socio resulte obligado solidariamente respecto de los créditos fiscales que no hubieren sido cubiertos o garantizados dentro de los plazos señalados por la ley. Dicho precepto, se cita a continuación:

“**Artículo 26.** Son responsables solidarios con los contribuyentes:

[...]

III. Los liquidadores y síndicos por las contribuciones que debieron pagar a cargo de la sociedad en liquidación o quiebra, así como de aquellas que se causaron durante su gestión.

No será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la sociedad en liquidación cumpla con las obligaciones de presentar los avisos y de proporcionar los informes a que se refiere este código y su reglamento.

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, serán responsables solidarios por las contribuciones causadas o no retenidas por dichas personas morales 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:

A) No solicite su inscripción en el registro federal de contribuyentes.

B) Cambie su domicilio sin presentar el aviso correspondiente en los términos del reglamento de este código, siempre que dicho cambio se efectuó 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 este 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. [...]

X. Los socios o accionistas, respecto de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas por la sociedad cuando tenía tal calidad, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la misma, exclusivamente en los casos en que dicha sociedad incurra en cualquiera de los supuestos a que se refieren los incisos a), b), c) y d) de la fracción III de este artículo, sin que la responsabilidad exceda de la participación que tenía en el capital social de la sociedad durante el periodo o a la fecha de que se trate.

La responsabilidad solidaria a que se refiere el párrafo anterior se calculará multiplicando el porcentaje de participación que haya tenido el socio o accionista en el capital social suscrito al momento de la causación, por la contribución omitida, en la parte que no se logre cubrir con los bienes de la empresa.

La responsabilidad a que se refiere esta fracción únicamente será aplicable a los socios o accionistas que tengan o hayan tenido el control efectivo de la sociedad, respecto de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas por la sociedad cuando tenían tal calidad.

Se entenderá por control efectivo la capacidad de una persona o grupo de personas, de llevar a cabo cualquiera de los actos siguientes:

A) imponer decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes, de una persona moral.

B) mantener la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social de una persona moral.

C) dirigir la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma. [...]"

Así, la fracción X, del citado ordenamiento establece la responsabilidad solidaria de los socios o accionistas, respecto de las contribuciones que se hubieran causado por las actividades realizadas por la sociedad, cuando éstos tuvieran la calidad de accionistas. Esta figura contemplada en la fracción X, la desestimación jurídica de una manera limitada y entre sus características encontramos las siguientes:

- Que las contribuciones exigibles, no hayan sido cubiertas por el contribuyente u obligado directo, y que hayan nacido durante el periodo en el cual los socios o accionistas tuvieron tal calidad.
- En casos en que no se solicite su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes; no se actualice, mediante el aviso correspondiente, el cambio de domicilio, o bien realizándose no se haga en tiempo y en forma establecida por el Código y su Reglamento.
- No se lleve la contabilidad correspondiente, ésta se oculte o se destruya.

Además, la responsabilidad solidaria de los socios o accionistas se limita sólo por la parte que no alcance a ser garantizada con los bienes de la persona moral y nunca podrá exceder la proporción de su participación en el capital del sujeto obligado directo.

Sin embargo, aunque se contemplan varios de los elementos para la aplicación de esta teoría, la responsabilidad subsidiaria de los socios y accionistas se limita al monto de sus aportaciones y sólo por la parte que no haya sido liquidada por los bienes del obligado directo.

Al igual que en la Ley Federal de Competencia Económica y LCM, se toma en cuenta la figura del “control efectivo”, que es uno de los elementos considerados por la teoría del levantamiento del velo corporativo, lo que implica una comprensión por parte del legislador de los riesgos del ejercicio de “control” que pueden crearse entre algunas sociedades, y que no se excluye de manera alguna a las sociedades mercantiles, superando así el hermetismo societario.

CAPÍTULO IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

4.1 Breve introducción a los principios generales del derecho y el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dentro de la ciencia jurídica, es indiscutible la importancia de la Ley para resolver un caso ante Tribunales. Sin embargo, ante el defecto o la ausencia de Ley, los Tribunales no pueden dejar de resolver un caso, la sentencia y los razonamientos vertidos en ella no deben ser arbitrarios, sino seguir lineamientos y objetivos previamente establecidos.

Dicha situación se presenta en diversos ordenamientos jurídicos actuales, pues ni en los ordenamientos jurídicos más completos, los preceptos jurídicos contienen todas las conductas posibles que pueden surgir de las relaciones jurídicas de las personas. Tanto los hechos de cada caso en particular, como la generalidad de los preceptos legales hacen que la labor de los Tribunales requiera de guías generales para dar solución a todos los casos sometidos a su jurisdicción.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se contempla la posibilidad de recurrir a otro tipo de medios o fuentes, además de la Ley, para auxiliar a los jueces en su tarea. Junto con la analogía, los Principios Generales del Derecho son un instrumento que el legislador ha puesto a la mano del juzgador para la interpretación e integración en la aplicación de los preceptos legales. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto el artículo 14 de la CPEUM como el artículo 19 del CCF, que analizaré más adelante, prevén la aplicación de dichos Principios Generales del Derecho.

Determinar lo que se debe entender por los Principios Generales del Derecho ha sido una de las cuestiones más controvertidas en la historia del derecho. Sin embargo, el autor Sergio T. Azúa Reyes condensa las opiniones generales de las corrientes iusnaturalista y positivista que sirvieron como base para su creación y en las que cobran vida, respectivamente.

Por parte del criterio iusnaturalista "...tales principios son de derecho natural; principios que se identifican con la justicia; principios dictados por la razón y admitidos por el derecho; reglas universales de razón para dar soluciones particulares justas y equitativas; derecho universal común generado por la naturaleza y subsidiario por su función,

aplicado como supletorio de las lagunas del derecho; pautas normativas o directrices de lo que se debe ser.”¹⁴⁹

De parte del criterio positivista han sido considerados como “...principios admitidos por la práctica; principios del derecho romano; principios que informan y vivifican el derecho objetivo; invitación de la ley al juez para que cree el derecho (Hoffman); derecho científico; criterios supremos para la integración de las lagunas, normas fundamentales o normas base de la ciencia, “trabazones maestras” necesarias para la subsistencia de un sistema efectivo; normas directivas o principios cardinales que indican la orientación ecopolítica de un sistema; normas indirectas; pautas normativas o directrices de lo que debe ser, incluso, estos principios han sido entendidos como un medio utilizado por la doctrina para liberarse de los textos que no responden a la opinión jurídica dominante.”¹⁵⁰

Como se puede ver, los Principios Generales del Derecho nacen del estudio objetivo de la naturaleza del hombre y es su recepción en el derecho vigente lo que les da su valor. Una vez entendido el concepto es importante reconocer sus funciones, pues éstas son las que trascienden en la práctica diaria del derecho, mediante la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

De acuerdo con el autor Norberto Bobbio¹⁵¹ las funciones de los Principios Generales del Derecho son la interpretación, integración, dirección y limitación, siendo las dos primeras las que revisaré por ser importantes para esta investigación.

Sobre las funciones directivas y limitativas de los principios generales del derecho, estas son dirigidas al legislador, ya que su trabajo es crear el derecho sin embargo, no se pueden inventar de manera arbitraria, sino que los preceptos deben incorporarse al ordenamiento jurídico de manera armónica, porque de lo contrario serán rechazados por su ineficacia. De acuerdo con Bobbio¹⁵², el autor Betti describe esta función como un instrumento que sirve para orientar las ideas políticas legislativas, es decir que la esencia de los preceptos se debe incorporar con la teleología y la estructura funcional del sistema jurídico.

Respecto de la función interpretativa, ésta es reconocida en la mayoría de las legislaciones. El hecho de atender el contenido gramatical de la ley suele ser insuficiente y se hace necesario para el intérprete desentrañar el significado de un precepto jurídico que puede poseer múltiples acepciones o bien, encontrar el sentido que encierra tal precepto. Así, la interpretación de un precepto debe estar en armonía y coexistir con la

¹⁴⁹ Azúa Reyes, Sergio Teobaldo, *Los principios generales del derecho*, 5ta. Ed., Editorial Porrúa, México, 1986, p.p. 81.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p.p. 82.

¹⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p.p. 93.

¹⁵² Cfr. *Ibidem*, p.p. 108.

legislación, éstas directrices metodológicas de interpretación, de acuerdo con la mayoría de los autores, son los principios generales que sirven como punto de orientación y sirven para superar las deficiencias de la ley por los constantes cambios sociales.

La función integrativa se presenta en aquéllos casos en que una cuestión sometida ante un juez no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico, ya sea en forma directa o de forma indirecta mediante la interpretación. De acuerdo con algunos autores, estas lagunas de ley no sólo existen cuando hay insuficiencia por parte de la legislación, sino también cuando la ley es incapaz de resolver una controversia o bien, cuando la solución que brinda la ley no es justa.¹⁵³

En el segundo de los casos, en los que el precepto legal va en contra de las finalidades del sistema al cual pertenece; la función estimativa del juzgador no puede sólo basarse en su criterio personal de la interpretación de lo justo y lo injusto; sino que debe considerar otros factores de manera en que consiga armonizar todos los preceptos del cuerpo legal. En relación con lo anterior, Legaz señala: “El juez, cuando se encuentra ante una supuesta laguna, no se halla en presencia de dos problemas distintos: uno lógico-jurídico y otro estimativo, sino ante un único caso jurídico que implica en unidad indestructible de los dos problemas, y ante el cual ha de adoptar una decisión que forma parte del orden jurídico, integrándolo como un todo pleno, llevándose así a sus últimas consecuencias el postulado de la plenitud del orden jurídico.”¹⁵⁴

Así, en el cuarto y último párrafo del artículo 14 constitucional está contenido el principio de la legalidad en la materia civil de la siguiente manera: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

Salvo los otros medios considerados para la interpretación de los preceptos legales, la integración mediante el uso de los principios generales del derecho resulta una herramienta que sí encuentra fundamentación en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, por lo que respecta a la limitación de la aplicación de este precepto sólo para los efectos del juicio de orden civil, éste se debe entender como válido para “todos los juicios distintos a la materia penal o a la materia administrativa cuando tenga por efecto sancionar a un particular.”¹⁵⁵ Al respecto, los tribunales también han incorporado a los principios generales del derecho en sus resoluciones y han reconocido su función respecto a juicios distintos a los del tipo civil.

¹⁵³ Cfr. *Ibidem*, p.p. 101.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.p. 95.

¹⁵⁵ Carbonell, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*, 2ª Ed., UNAM, CNDH, Editorial Porrúa, México, 2006, p.p. 687.

“PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-

Tradicionalmente se ha considerado en el sistema jurídico mexicano que los Jueces para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho según la expresión recogida por el Constituyente en el artículo 14 de la Carta Fundamental. La operancia de estos principios en toda su extensión -para algunos como fuente de la cual abrevan todas las prescripciones legales, para otros como su orientación afin- no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional invocado, sino que aun sin positivización para otros órdenes de negocios, es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación más general de los valores ínsitos en la concepción actual del derecho. Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de justicia de una comunidad.”¹⁵⁶

De acuerdo con el Doctor Miguel Carbonell¹⁵⁷, este tipo de normas de cierre contenidas en la norma constitucional complementan al ordenamiento jurídico, por lo que se elimina la posibilidad de que existan lagunas en nuestro ordenamiento, a pesar de que existan lagunas en textos legales o reglamentos.

De acuerdo a lo anterior, y sobre el tema de la presente investigación, los principios generales del derecho tienen el fundamento en el artículo 14 constitucional y también pueden ser aplicados en situaciones relacionados con la materia mercantil. Así, el juez podrá integrar el ordenamiento jurídico auxiliado de los principios generales del derecho que resultan de la armonización de la estructura jurídica aplicable en aquéllos casos que les corresponda resolver.

¹⁵⁶ Tesis: 499, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, Tomo III, enero a junio 1989, p.p. 465.

¹⁵⁷ Carbonell, Miguel. *Óp. Cit.*, p.p. 688.

4.2 Principios generales del derecho aplicables en la doctrina del levantamiento del velo.

De acuerdo a lo desarrollado, la doctrina del levantamiento del velo corporativo tiene sus cimientos en algunos de los principios generales del derecho. La necesidad de acudir en primera instancia a su aplicación está relacionada con la falta de preceptos legales expresos en los países en los que se contempla la aplicación de dicha doctrina.

En consecuencia, deben encontrarse las pautas generales con las que puede el juez elaborar sus sentencias. Estas pautas enuncian las condiciones mínimas de posibilidad de todos los ordenamientos, es decir las reglas obvias consistentes en vivir honestamente, dar a cada quien lo suyo y no dañar a terceros, que a su vez conforman los principios de: buena fe, libertad, igualdad, certeza y seguridad, al mismo tiempo sostienen la convicción de actuar conforme a derecho.

De este modo, los principios generales son una herramienta que permite a los jueces obtener una serie de razonamientos para dar solución a cualquier tipo de controversias. En el párrafo cuarto del artículo 14 constitucional, en los casos en los que la ley no es clara, se le reconoce al juez su capacidad para decidir por el mejor método para resolver una controversia. Lo anterior también se refuerza con el siguiente criterio:

“INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN MATERIA CIVIL, EN CUMPLIMIENTO A LA GARANTÍA DE LEGALIDAD. ALCANCES QUE AL EFECTO ESTABLECE EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.

Por imperativo constitucional las sentencias en materia civil, lato sensu, deben dictarse conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, razón por la que resulta claro que primero debe acudirse a la literalidad del texto normativo, cuando es completamente claro y no dé lugar a confusiones, sin que sea necesario realizar una labor hermenéutica compleja, dado que el sentido del texto es suficiente para considerar la actualización del supuesto jurídico en él contenido y de sus consecuencias de derecho; empero, *cuando la ley no es clara, el juzgador debe acudir al método interpretativo que le parezca más adecuado para resolver los casos concretos, y sólo cuando existan lagunas en la ley habrá de ejercer una labor integradora.* Éstos son los alcances de la garantía de legalidad contenida en el artículo 14 de la Norma Fundamental, por tanto cuando existe ley aplicable al caso, ésta debe observarse de conformidad con su propio texto o bien acorde con la interpretación que le corresponda, en cumplimiento de esa garantía, pues no puede tenerse por colmada mediante la cita de criterios aislados de órganos jurisdiccionales que no se refieren al precepto aplicable.”¹⁵⁸

Los principios generales no deben ser entendidos como un conjunto de máximas jurídicas inconexas, debido a que la existencia de dichos principios se encuentra vinculada al conjunto de preceptos que integran el ordenamiento jurídico, y que a su vez constituyen su finalidad y orientación. De acuerdo con Messineo, “Mediante el empleo del método

¹⁵⁸ Tesis: I.6o.C.357, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, septiembre de 2005, p.p. 1482.

sistemático, el intérprete consigue ampliar notablemente el número de las normas a su disposición en este sentido; que, si bien la letra de las normas continúa siendo lo que es, el intérprete a través de la elaboración y del desarrollo lógico, puede deducir de ella un número mayor.”¹⁵⁹

La CPEUM a su vez prevé métodos interpretativos para mejorar la expansión de los valores y principios que fundamentan no sólo a la misma constitución, sino también a los derechos humanos que suelen coincidir con los principios generales del derecho contenidos en los tratados internacionales. Esto sucede en el párrafo tercero del artículo 1º de la CPEUM, en la que a los jueces, además de otras autoridades “[...] en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; por lo que consecuente, el Estado Mexicano se compromete a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”¹⁶⁰

En ese mismo sentido, de acuerdo con el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶¹, los Estados parte se comprometen a respetar los derechos que en el mismo ordenamiento se establecen y sobre todo a garantizar su pleno y libre ejercicio. En este caso, la convencionalidad permite, y exige a su vez a los jueces nacionales contrastar las normas generales nacionales con las del sistema convencional internacional con la finalidad de obtener un mejor razonamiento para una aplicación más amplia y posible de los principios armonizados de ambos ordenamientos.

La convencionalidad, como armonización de los principios generales del derecho contenidos en los tratados internacionales y la CPEUM, se sustenta en el siguiente razonamiento emitido por la Corte Interamericana en la sentencia “Almonacid Arellano contra Chile”, del 26 de septiembre del año 2006:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del apartado del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto o fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la

¹⁵⁹ Azúa Reyes, Sergio Teobaldo, *Óp. Cit.*, p.p. 124.

¹⁶⁰ Sánchez Cordero García Villegas, Paula M. Coord., *El control del convencionalismo y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos.*, Editorial Porrúa, México, 2013, p.p. 6.

¹⁶¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica”. Publicada en el D.O.F. de 7 de mayo de 1981.

interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.”

De este modo, la armonización e incorporación de los principios generales del derecho adquiere mayor importancia y obligatoriedad en las resoluciones emitidas por jueces nacionales, pues no sólo se traducen en un compromiso internacional, sino también al cumplimiento del denominado “imperio de ley”.

En el caso que ocupa el presente trabajo, se identifican situaciones en las que las actividades diarias de las personas surgen conflictos de intereses y en los que también surge la necesidad de ponderar los derechos de cada persona y por lo tanto los principios generales, por lo cual se debe realizar un juicio de ponderación para resolver cada caso en específico.

Es importante distinguir cual es la jerarquía e importancia de cada uno de los principios generales que entran en conflicto en la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo y así, considerar si se pueden aplicar en nuestro derecho. De acuerdo con la mayoría de los autores, la jerarquización de los principios generales del derecho ha sido uno de los temas más controvertidos. Lo anterior, debido a la importancia de cada principio en cada ámbito que regula, por lo que los principios generales no tendrán el mismo valor para todos los casos, ya que deben responder sopesando las circunstancias de cada situación.

4.2.1 Buena fe.

La buena fe, se entiende como aquella directriz que impone a los sujetos de derecho un tipo de conducta deseable, honorable y honesta en las relaciones jurídicas sustantivas, incluyendo las relaciones contractuales como las extracontractuales. Es decir, ésta conducta excluye de forma total la intención dolosa, por lo que los sujetos deben cumplir de manera honesta con lo pactado en los actos jurídicos, esto también incluye las negociaciones previas, el desarrollo del negocio jurídico y el contenido obligacional posterior derivado de su aplicación. La buena fe no se limita a la participación directa de los sujetos que en ella interviene, sino que también se extiende a aquellas personas ajenas a los actos jurídicos.

En ese sentido, el artículo 1796 del CCF, establece lo siguiente:

“[...] Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley. [...]”

En esa virtud, la buena fe no puede utilizarse para proteger conductas ilícitas, así en el caso de las sociedades mercantiles, el deber de actuar de buena fe en los contratos pactados, no sólo vincula a las partes que en ellos intervienen, es decir sus representantes; sino también aquellos sujetos que participan a través de un tercer sujeto, por ejemplo aquel del cual podría ser socio o accionista mayoritario.

De acuerdo a esto, podría pensarse que existen otras medidas eficaces para combatir el fraude de acreedores, el fraude a la ley, o el establecimiento de monopolios. Sin embargo, la aportación que hace la teoría del levantamiento del velo corporativo es eliminar el resultado injusto del aprovechamiento de la personalidad jurídica, impartiendo justicia a las personas que toman las decisiones.

Por ende, aquella conducta que se aparta de la buena fe, implica necesariamente una conducta ilícita, que es sancionada por el derecho. Este quebranto al principio de la buena fe, también implica la violación del estado de seguridad, debido a que se ve vulnerada la confianza y la seguridad de los mismos actos jurídicos, de quienes utilizan las ventajas de crear una situación de hecho que resulta de acuerdo a la ley, como lo son los contratos, y que las partes deben asumir las consecuencias que de ellos deriven.

En los casos de abuso de derecho de la hipótesis de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo, actúa en ausencia de la buena fe aquél que de manera voluntaria, mediante la realización de uno o varios actos, se beneficia de manera directa o indirecta, de las figuras jurídicas otorgadas por el derecho.

4.2.1.1 Simulación del acto jurídico y la ilicitud en el objeto.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, la palabra “simular” significa “Representar algo, fingiendo o imitando lo que no es.”¹⁶² En derecho penal, se habla de fraude por medio de la simulación a quien mediante un acto o escrito judicial simulado, obtenga cualquier lucro indebido en perjuicio de terceros.

De acuerdo con el autor Francisco Ferrara el “Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como parece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto. Ese negocio está destinado a provocar una ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando, en verdad, o no se realizó o se realizó otro negocio diferente

¹⁶² *Diccionario de la Real Academia Española*, 2016, [en línea], Madrid, España, [citado 08-02-2016], disponible en Internet: <http://dle.rae.es/?id=Xw4s6f6>

del expresado en el contrato.”¹⁶³ Para términos prácticos, en adelante, utilizaré la palabra “acto” en lugar de “negocio”.

En el artículo 2180 del CCF, existen dos tipos de simulación: la absoluta y la relativa y cada una tiene una consecuencia jurídica distinta. Respecto de la primera esta nada tiene de real; y sobre la segunda, se refiere a un acto jurídico al que se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

En cuanto a la simulación absoluta, se observa generalmente en la celebración de actos que aunque existen en apariencia carecen de contenido, es decir cuando no ha sido voluntad de las partes dar nacimiento a una relación jurídica, por lo que el acto es considerado nulo. Lo anterior, en base a la teoría de la nulidad de los actos simulados.

Este tipo de simulación, la absoluta, suele ser fraudulenta y tiende a causar perjuicio a terceras personas, la apariencia creada suele ser utilizada para impedir la satisfacción de legítimas expectativas, mientras que la simulación relativa suele utilizarse para ocultar una ilegalidad. La simulación absoluta suele dividirse en dos categorías generales: negocios que tienden a una disminución del patrimonio y negocios que implican un aumento del pasivo.¹⁶⁴

Respecto de la simulación relativa o disimulo, se lleva a cabo cuando un negocio que las partes realizaron “seriamente”, se encuentra escondido tras otro negocio fingido, para mantener al primero sustraído de la realidad y del conocimiento de terceros. De acuerdo con Planiol, en la simulación relativa “Las partes celebran un acto real, pero ocultan la naturaleza verdadera de él bajo una forma falsa.”¹⁶⁵

Así, cualquier persona capaz de realizar un negocio directo, también puede realizarlo de modo indirecto, mediante el uso de una o varias formas jurídicas permitidas por la ley. Estas figuras jurídicas no pueden descalificarse por sí solas mientras que no se transgredan los derechos de terceros o el cumplimiento de una la ley, pues precisamente este tipo de simulaciones pueden constituir un interés legítimo y respetable.

Para Ferrara, incluso cuando se produce un engaño o se utiliza una mentira en el uso de estas simulaciones, que además pueden ir en contra de los principios, no siempre se

¹⁶³ Ferrara, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Colección Clásicos del Derecho. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. México, 2007, p.p. 43.

¹⁶⁴ De acuerdo con Ferrara, “El negocio simulado es el medio más frecuente y más terrible a que acuden los deudores para hacerse insolventes en apariencia, escapar al cumplimiento de sus obligaciones, y toda su astucia se emplea en ocultar con cuidado su propósito secreto, dando a los actos que realizan un aspecto inocente, de tal modo que no pueda transparentarse la ficción.” *Óp. Cit.*, p.p. 174.

¹⁶⁵ Borja Soriano, Manuel. *Óp. Cit.*, p.p. 555.

constituye una violación jurídica. Así, “La simulación es, pues, indiferente desde el punto de vista jurídico: lo que importa es el negocio verdadero que las partes quisieron ocultar. Este negocio debe ser sometido a un atento examen, pues el que no esté prohibido proceder con la simulación no significa que los negocios disimulados sean siempre lícitos y válidos. Antes al contrario, el hecho mismo que ocultar la voluntad contractual, de seguir caminos tortuosos y oscuros, despierta la sospecha de un fin ilícito.”¹⁶⁶

A diferencia del acto lícito, el acto “oculto” tiende a defraudar el derecho de los terceros o constituir una violación legal y en este caso nos encontramos con la simulación fraudulenta o ilícita. De acuerdo con Glasson: “Si la simulación no es de por sí causa de nulidad no por ello preserva de la nulidad los actos viciados en sí mismos: lo contrario equivaldría a permitir que se realizara indirectamente lo que no puede hacerse de modo directo, es decir, autorizar y legitimar el fraude.”¹⁶⁷

Cabe mencionar que, sólo las relaciones consideradas como lícitas pueden ser protegidas por la ley en todos sus aspectos, desde su nacimiento al mundo jurídico, las consecuencias de los actos jurídicos que se producen en ejercicio de sus derechos y las relaciones en las que se involucran en su interior, así como con terceros. Sin embargo, cuando existen los elementos necesarios que de manera seria y objetiva, ponen en entre dicho la licitud de sus actos, se autoriza a las autoridades competentes para llevar una investigación exhaustiva sobre los mismos, así como las posibles consecuencias que de ellos deriven, sin poder las autoridades utilizar como un obstáculo las medidas para proteger los actos lícitos y siempre en apego a los principios de la intervención mínima y la proporcionalidad.

Del mismo modo, los actos ilícitos generan obligaciones. De acuerdo con el Maestro Borja Soriano el “[...] hecho ilícito es contrario a las Leyes de orden público o a las buenas costumbres [...] [y] en los hechos jurídicos ilícitos, el autor tiene voluntad de producir el hecho, a su cargo, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que cause.”¹⁶⁸ En ese sentido, el artículo 1910 del CCF, establece lo siguiente:

“[...] Artículo 1910. El que obrando ilícitamente contra las buenas costumbres cause daño a otro, ésta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. [...]”

Ahora bien, respecto de la licitud del objeto, este elemento es considerado como un elemento de validez de los contratos de acuerdo al artículo 1795 del CCF, de acuerdo a lo siguiente: “[...] En contrato puede ser inválido. I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II. Por vicios del consentimiento; III. Porque su objeto, o su motivo o su fin

¹⁶⁶ Ferrara, Francisco, *Óp. Cit.*, p.p. 206 y 207.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p.p. 208.

¹⁶⁸ Borja Soriano, Manuel. *Óp. Cit.*, p.p. 346.

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

4.2.1.2 El control como hecho ilícito.

En algunos casos en los que se ha determinado el levantamiento del velo, la comprobación del control entre sociedades constituye, junto a otras situaciones, un hecho ilícito.

En el caso de la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”), de acuerdo con el artículo 61, “[...] se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión no autorizará o en su caso investigará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.”

Del mismo modo, en el artículo 62 de este ordenamiento “Se consideran ilícitas aquellas concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica.”

Las concentraciones entendidas como la fusión, adquisición del *control* o cualquier acto mediante el cual se unan las sociedades, aunque no está prohibida por la ley, sí se establecen los presupuestos en los que podrán ser considerados como ilícitos, esto es en caso de generar un daño en la competencia económica.

Ahora bien, de acuerdo con algunos criterios del tribunal el control puede referirse a “[...] la conducción efectiva de una empresa controladora hacia sus subsidiarias, o bien latente cuando sea potencial la posibilidad de efectuarlo por medio de medidas persuasivas que pueden darse entre las empresas aun cuando no exista un vínculo jurídico centralizado y jerarquizado, pero sí un poder real. Bajo esta modalidad –poder latente- es que la autonomía jurídica de las sociedades carece de contenido material, imponiéndose los intereses del grupo o de la entidad económica [...] a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las empresas [...] lo que implica la pérdida de la libertad individual de actuación [...]”¹⁶⁹

Así, el mero hecho de control entre sociedades no genera responsabilidad alguna en cuanto el objetivo del acto sea lícito, o en este caso no este expresamente prohibido por la ley. En caso de nuestro derecho, no se establece de manera genérica la prohibición sobre el control de sociedades, ya que el control es un acto de acuerdo al derecho objetivo. Pero es el mismo derecho objetivo, en algunas leyes específicas el que prohíbe, de acuerdo con la finalidad del acto, el control sobre la persona jurídica, en caso de incurrir en una actividad ilícita.

Además, algunas de las características de la definición de “control” coinciden con las consideradas en la teoría del levantamiento del velo corporativo. En “control” se vincula

¹⁶⁹ Tesis: I.4o.A. J/66, Jurisprudencia, materia(s): administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, noviembre de 2008, t.XXVIII, p.p. 1244.

directamente con el ejercicio efectivo del poder de decisión que tiene un tercero, que puede o no ser socio, en la toma de decisiones de la sociedad controlada respecto de su propio patrimonio y que pueden ir incluso en contra de su interés social.

Este aspecto negativo de la actuación de algunas personas morales justifica la necesidad de implementar medios o instrumentos idóneos, que permitan conocer realmente que el origen y fin de los actos que se realizan son lícitos, para evitar el abuso de los privilegios que gozan. De acuerdo con lo anterior, la aplicación de la teoría del levantamiento del velo en las sociedades mercantiles es aceptable en nuestro ordenamiento jurídico en aquellos casos en los que se configure un hecho ilícito.

4.2.1.3 Responsabilidad extracontractual.

Se puede presentar el caso de que una persona que ejerce el control sobre otra sociedad suele estar en incertidumbre. Es decir, puede darse entre las empresas aun cuando no exista un vínculo jurídico centralizado y jerarquizado, pero sí un poder real, pudiendo incluso ser ejercido o no por uno de los socios o accionistas que la integran.

Hoy en día, suelen practicarse entre las empresas conocidas como “Holdings” o controladoras una estructura de contabilidad y manejo de mercado, respecto de sus subsidiarias; éstas suelen aplicar las directrices y lineamientos dictados por las sociedades controladoras, incluso se puede llegar a sustituir las decisiones relevantes respecto de la dirección y consecución del objeto de las sociedades subsidiarias, por lo que puede verse vulnerada su voluntad.

Aunque no sólo en el caso de las sociedades controladoras, sino también en aquellos casos en los que una persona impone su voluntad, el derecho subjetivo fija límites respecto de las interacciones entre las subsidiarias y los terceros de buena fe. Sin embargo, en aquellos casos en los que la controladora interviene de manera dolosa, y se genera un daño en las relaciones entre las subsidiarias y las terceras personas, la controladora o el tercero que ejerce su voluntad es responsable de manera extracontractual y solidaria del daño causado a los acreedores de buena fe de su subsidiaria.

De acuerdo con algunos criterios, es precisamente esa interferencia ilícita, o en su caso dolosa, frente a su subsidiaria la que genera una responsabilidad extracontractual. Al respecto, se ha considerado lo siguiente:

“SOCIEDADES MERCANTILES. LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DE SUS SOCIOS DEBE CEDER ANTE EL CONTROL ABUSIVO QUE EL MAYORITARIO EJERZA SOBRE ELLA.

Tratándose de sociedades de capitales como la anónima y la de responsabilidad limitada, es conocido que los socios sólo están obligados al pago de sus acciones o aportaciones, es decir, su responsabilidad se constriñe a aquella derivada del pago de su participación social, siempre que tal circunstancia se pondere dentro de la licitud que debe ser propia en el actuar de toda entidad mercantil. *Por ello, en estricto derecho y conforme a la buena fe con la que se conduzcan, no serán los socios*

*responsables por las deudas de la sociedad, ni por la responsabilidad que a ésta resulte por las obligaciones contraídas, ni por los actos ilícitos en que se vea envuelta; salvo que se demuestre el abuso de la personalidad jurídica societaria, de modo tal que la empresa creada con esa perspectiva de responsabilidad, sea sólo la apariencia en la que se oculte el verdadero control que ejerce el socio mayoritario de aquélla.*¹⁷⁰ [Énfasis añadido.]

Así, aunque no puede advertirse la intervención de un tercero controlador en un contrato y por lo tanto el surgimiento de su responsabilidad contractual, “La responsabilidad principal por los actos ilícitos del agente resulta de la aplicación por los principios del “*respondeat superior*” [...] en el que el patrón debe responder por los daños causados por sus dependientes [...]”¹⁷¹ Así el nacimiento de la responsabilidad extracontractual resulta de los actos ilícitos, conforme al artículo 1910 del CCF previamente citado.

Lo anterior, resulta lógico ya que no es posible continuar con el ejercicio de un derecho, en este caso la protección de la separación de las personalidades y patrimonios, cuando el instrumento legal es utilizado para cometer actos ilícitos.

4.2.2 Certeza, seguridad jurídica y equidad.

Junto al principio de la buena fe, se encuentran los principios de certeza y seguridad jurídica que deben ser respetados por el Estado y que, a su vez deben garantizar las relaciones jurídicas de los sujetos de derecho. Es decir, que además de esperar que las partes cumplan con lo pactado en un contrato, también el Estado debe asegurar el cumplimiento de las expectativas contraídas.

Aunque los conceptos de certeza y seguridad suelen utilizarse como sinónimos, es importante reconocer su diferencia en el ámbito jurídico.

Por su parte, el principio de la certeza jurídica consiste en el conocimiento de los sujetos de derecho de los alcances y consecuencias de sus acciones, mediante el entendimiento del contenido de la ley, de acuerdo con el autor Terán Mata: “Es una garantía de estabilidad que exige la existencia de reglas eficaces, implica una dirección objetiva de la vida social que excluya criterios subjetivos y arbitrariedades, pues la incertidumbre pugna con la exigencia del orden.”¹⁷²

Así, la certeza jurídica ofrece al país, mediante el ordenamiento jurídico, una herramienta confiable para el crecimiento y desarrollo de la economía nacional. Aquí, la responsabilidad recae sobre el poder legislativo, por lo que su actuar debe dar como resultado, preceptos jurídicos generales que sean aplicables a todo tipo de situaciones y siempre que el objetivo a alcanzar, sea el principio general de justicia.

¹⁷⁰ Tesis: I.5o.C.62 C (10a.), Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, agosto de 2013, Libro XXIII, Tomo III, p.p. 1733.

¹⁷¹ Dobson, Juan M., *Óp. Cit.*, p.p. 193.

¹⁷² Azúa Reyes, Sergio Teobaldo, *Óp. Cit.*, p.p. 152.

Por otra parte, la seguridad jurídica consiste en la tranquilidad de los sujetos de derecho al saber que el Estado los respalda, incluso de ser necesario, con la fuerza pública, para que sus expectativas plasmadas en un acto jurídico trasciendan a la realidad y sean cumplidas.

Sin embargo, una vez que el sujeto de derecho conoce los alcances de sus actos y la seguridad con la que el Estado garantiza su ejecución, surge la duda de la aplicación del precepto jurídico indicado a una situación específica. Si bien el legislador emite los preceptos jurídicos generales; debe ser el juez, quien mediante la lógica jurídica y con miras a la equidad, debe aplicarlas a los hechos particulares.

El principio de equidad debe ser entendido como una atenuación del rigor de la justicia, es decir, como un instinto que encuentra la solución conforme al fin de la organización jurídica. Desde Aristóteles, la equidad ha sido considerada como un “correctivo” de la ley, y al mismo tiempo se ha acentuado su función interpretativa hacia la ley, debido a la consideración de las circunstancias individuales, considerando las ideas generales o bien, adaptándolas de acuerdo a los elementos de un caso en concreto.

4.2.2.1 Principio de exhaustividad.

Dentro del principio general de la seguridad jurídica entendido como aquél con el que un individuo puede “[...] afirmar que el Estado lo respalda, con la fuerza pública si es necesario, y que sus derechos se transformaran en realidades.”¹⁷³; se encuentran los principios contenidos en el artículo 17 constitucional, relacionados con la impartición de justicia.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, la palabra “exhaustivo” significa “Que agota o apura por completo.”¹⁷⁴ Por lo tanto, el principio de exhaustividad exige el estudio de la totalidad de los argumentos jurídicos expuestos en la demanda, cuidando que los razonamientos de la sentencia sean compatibles y coherentes entre sí.

En este sentido, en la siguiente tesis se reitera dicho principio:

“EXHAUSTIVIDAD. SU EXIGENCIA IMPLICA LA MAYOR CALIDAD POSIBLE DE LAS SENTENCIAS, PARA CUMPLIR CON LA PLENITUD EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL.

El artículo 17 constitucional consigna los principios rectores de la impartición de justicia, para hacer efectivo el derecho a la jurisdicción. Uno de estos principios es el de la completitud, que impone al juzgador la obligación de resolver todos los litigios que se presenten para su conocimiento en su integridad, sin dejar nada pendiente, con el objeto de que el fallo que se dicte declare el derecho y deje abierto el camino franco para su ejecución o cumplimiento, sin necesidad de nuevos procedimientos judiciales o administrativos. Para cumplir cabalmente con la completitud exigida por la Constitución, *se impone a los tribunales la obligación de examinar con exhaustividad*

¹⁷³ *Ibidem*, p.p. 154.

¹⁷⁴ *Diccionario de la Real Academia Española*, 2016, [en línea], Madrid, España, [citado 18-02-2016], disponible en Internet: <http://dle.rae.es/?id=HElp3pc>

*todas las cuestiones atinentes al proceso puesto en su conocimiento, y esto se refleja en un examen acucioso, detenido, profundo, al que no escape nada de lo que pueda ser significativo para encontrar la verdad sobre los hechos controvertidos, o de las posibilidades que ofrezca cada medio probatorio. El vocablo exhaustivo es un adjetivo para expresar algo que se agota o apura por completo. El vocablo agotar hace referencia a llevar una acción de la manera más completa y total, sin dejarla inconclusa ni en la más mínima parte o expresión como lo ilustra el Diccionario de la Lengua Española: "Extraer todo el líquido que hay en una capacidad cualquiera; gastar del todo, consumir, agotar el caudal de las provisiones, el ingenio, la paciencia, agotarse una edición; cansar extremadamente". Sobre el verbo apurar, el diccionario expone, entre otros, los siguientes conceptos: "Averiguar o desentrañar la verdad ahincadamente o exponerla sin omisión; extremar, llevar hasta el cabo; acabar, agotar; purificar o reducir algo al estado de pureza separando lo impuro o extraño; examinar atentamente". La correlación de los significados destacados, con miras a su aplicación al documento en que se asienta una decisión judicial, *guía hacia una exigencia cualitativa, consistente en que el juzgador no sólo se ocupe de cada cuestión planteada en el litigio, de una manera o forma cualquiera, sino que lo haga a profundidad, explore y enfrente todas las cuestiones atinentes a cada tópico*, despeje cualquier incógnita que pueda generar inconsistencias en su discurso, enfrente las diversas posibilidades advertibles de cada punto de los temas sujetos a decisión, exponga todas las razones que tenga en la asunción de un criterio, sin reservarse ninguna, y en general, que diga todo lo que le sirvió para adoptar una interpretación jurídica, integrar una ley, valorar el material probatorio, acoger o desestimar un argumento de las partes o una consideración de las autoridades que se ocuparon antes del asunto, esto último cuando la sentencia recaiga a un medio impugnativo de cualquier naturaleza. El principio de exhaustividad se orienta, pues, a que las consideraciones de estudio de la sentencia se revistan de la más alta calidad posible, de completitud y de consistencia argumentativa."¹⁷⁵ [Énfasis añadido.]*

En dicho principio de exhaustividad, pueden identificarse las siguientes características:

- La obligación del legislador para resolver todos los litigios que se ponen a su conocimiento en su totalidad.
- La integridad con la que resuelva debe ser suficiente para evitar nuevos procedimientos judiciales o administrativos.

De acuerdo a lo anterior, además de ser un principio general del derecho, el principio de exhaustividad está contenido en el artículo 17 constitucional, lo que lo convierte en un elemento trascendental en cualquier investigación y procedimiento en el que se pretenda conocer la verdad.

La autoridad está obligada a buscar la verdad sobre los hechos sometidos a su potestad y no conformarse con verdades a medias. En su sentido más amplio, el derecho a la justicia

¹⁷⁵ Tesis: I.4o. C.2 K, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 4, Tomo II, marzo de 2014, p.p. 1772.

completo requiere el establecimiento de tribunales que sean capaces de resolver todos los asuntos que sean sometido a su jurisdicción, y no se trata únicamente de la existencia física de tribunales y jueces capacitados para resolver todos los asuntos, sino también de la existencia de preceptos legales aplicables y que su alcance sea suficiente para dar solución a dichos asuntos, a esto se le conoce como el principio de exhaustividad.

El nivel de especialización que ha alcanzado el ordenamiento internacional en materia de derechos humanos, contempla también diversos aspectos del derecho al acceso de justicia. Dichos derecho están contenidos en tratados y declaraciones de los que México es parte, y en los que se indican los elementos mínimos a los que los Estados adherentes deben garantizar la impartición de justicia.

El derecho al acceso a la justicia está previsto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de acuerdo a lo siguiente:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...)”

En el mismo sentido, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que se contempla los distintos procedimientos en los que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, en su artículo 8.1, se reconoce de manera más amplia el acceso a la justicia, de acuerdo a lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”

Así, considerando los principios generales del derecho de la buena fe, la certeza, la seguridad jurídica y la equidad, forman el pilar primordial del Estado de Derecho, en el que deben considerarse dichos elementos para poder emitir las sentencias con apego a la ley, aplicando el principio de exhaustividad, es decir, agotando todas y cada una de las herramientas que prevé el ordenamiento jurídico.

De este modo, es en los principios de seguridad jurídica, buena fe y equidad en los que se deben sentar las bases para calificar las situaciones de simulación, hechos ilícitos y fraude para determinar el levantamiento del velo corporativo.

4.3 La separación de patrimonios y la limitación de responsabilidad de los socios y accionistas.

La separación del patrimonio del accionista o socio y el de la sociedad es una consecuencia del reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas morales. La personalidad jurídica de las sociedades genera un centro de imputación de derechos y obligaciones centralizado respecto de sus socios o accionistas.

Dicha personalidad jurídica no se relaciona necesariamente con la limitación de la responsabilidad de sus socios o accionistas, por ejemplo, puede existir la responsabilidad ilimitada con la personalidad de acuerdo con las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple. Así, podemos darnos cuenta que el beneficio de la personalidad jurídica no es absoluto ni ilimitado, la misma ley sanciona con la nulidad aquéllas sociedades con un objeto ilícito o que ejecuten habitualmente actos ilícitos de acuerdo al artículo 3 de la LGSM.

La principal característica de las sociedades de capital, como la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, es que la obligación de sus socios y accionistas se limita al pago de sus aportaciones, de acuerdo con los artículos 87 y 58 respectivamente de la LGSM, a esto se le conoce como el “hermetismo societario”, “autonomía de la voluntad” o también conocido como “dogma de la impenetrabilidad”. Esta limitante, en donde las propiedades, deudas o créditos de la sociedad no se mezclan en lo absoluto con las de sus miembros y viceversa se refleja en el ámbito interno y externo de la sociedad. En su ámbito interno, en el ejercicio de la voluntad de la persona jurídica se relaciona con la actividad de los órganos rectores y en su ámbito externo, la personalidad jurídica excluye a la de los socios, de modo que su conducta será indiferente a la de la sociedad, al menos en estricto sentido.

Así, el “hermetismo societario” o “dogma de la impenetrabilidad” se encuentra contenido en su sentido contingente o normativo y no en un sentido ontológico. Pues, como se ha visto históricamente se ha contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de ir más allá del hermetismo societario, como en el caso de la LERVPASA; además en distintas materias se ha superado dicho hermetismo societario, como en los casos en los que se identifican los actos ilícitos.

En este sentido, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo surge como un control a la responsabilidad limitada de los socios. De manera amplia, esta doctrina abarca a cualquier tipo de sociedad con personalidad jurídica propia, y de manera específica sólo es aplicable en ciertas conductas ilícitas que se identifican con otra persona que la utiliza como un *alter ego*, para evadir su responsabilidad directa.

En varios países, al igual que en México se han identificado diversos supuestos en los que se ha utilizado a la personalidad jurídica como un mero instrumento para cometer actos ilícitos, de acuerdo con el autor Molina Sandoval, pueden estimarse en los siguientes supuestos generales:

“1) desestimación en beneficio de terceros acreedores de la sociedad y en detrimento de los socios por haber mediado simulación en perjuicio de aquéllos en materia de locaciones; 2) en beneficio de terceros y en detrimento de los socios por haber mediado simulación en perjuicio de aquéllos por haber el demandado reconstituido una sociedad anónima para eludir obligaciones alimentarias y las debidas de la sociedad conyugal; 3) desestimación activa en detrimento de los socios y en beneficio de terceros acreedores en materia de derecho fiscal; 4) en beneficio de los socios y en perjuicio de terceros por haber mediado simulación en perjuicio de los socios en los supuestos de sociedades de capital e industria y en fraude de la ley laboral; 5) desestimación en beneficio del interés público por razones de estado, en virtud de las cuales se regula la sociedad por sus socios (atribución de la nacionalidad a las sociedades por la nacionalidad de los socios), y en virtud de las cuales se regula a los socios por la sociedad (régimen de liquidación de la propiedad enemiga); 6) desestimación en beneficio del interés público por razones de política jurídica en virtud de las cuales se regula la sociedad con sus socios; 7) desestimación en beneficio del interés público por razones de política jurídica en virtud de las cuales se regula a los socios por la sociedad (extensión de la quiebra) [...] [además] que sean idénticas dos personas jurídicas sólo por el hecho de que una de ellas posea todas o casi todas las acciones de la otra. Lo mismo hay que estimar si dos sociedades están regidas por directores comunes o de alguna otra manera se hallan en estrecha conexión.”¹⁷⁶

En este sentido, cuando la sociedad es utilizada como un *alter ego* de otra persona, ya sea física o moral, para llegar a un resultado contrario a lo pactado o a la ley, ya sea si se ha constituido la sociedad antes de la celebración del negocio jurídico o después, y debido a que la parte contratante y terceros confían en la situación generada de hecho y de derecho, se debe superar el “hermetismo societario” y responsabilizar a quienes actúan protegidos bajo el velo de la personalidad jurídica.

4.3.1 Responsabilidad de sus accionistas.

En la personalidad jurídica de las sociedades, no desaparece el interés propio de los socios o accionistas, ni el papel que desempeñan, ni la responsabilidad que les corresponde por la sociedad de la que forman parte. En efecto, la personalidad de la sociedad es sólo un medio para que los socios logren conseguir un fin común y lícito.

De acuerdo con el Maestro Barrera Graff, respecto de los socios y no sólo respecto a la persona moral debe aplicarse el principio contenido en el artículo 2964 del CCF, en el que se establece que “[...] responden del cumplimiento de las obligaciones (sociales) con todos sus bienes: de sus obligaciones frente a la sociedad, que consiste en el pago de sus aportaciones, y de aquellas que ésta asuma en el ejercicio propio de sus actividades. Admitimos que la regla de dicho artículo constituye un principio general que sólo se limita por ley, o bien, cuando el acreedor conviene en ello, con el deudor; como también afirmamos que aun en los casos en que la ley limite en general la responsabilidad de

¹⁷⁶ Molina Sandoval, Carlos A., *Óp. Cit.*, p.p. 63-65.

alguno o algunos socios, la impone ilimitada, o sea aplica la regla general, ya sea como sanción en casos de ciertas violaciones (así, en los casos de los artículos 53 y 59 *in fine* LGSM y [la ya derogada] Ley de venta al público de acciones de sociedades anónimas, en adelante LVASA), o bien, por el hecho de que el socio ejerza la administración de la sociedad (artículo 2704 C. Civ. y 55 LGSM).”¹⁷⁷

Este razonamiento, es sin duda armónico con la realidad de las sociedades mercantiles y con la concepción de la doctrina respecto de las asambleas. Así, tanto el artículo 178 de la LGSM y autores como Fischer, Ascarelli, Vivante, Gierke, Rodríguez Rodríguez,¹⁷⁸ entre otros, consideran a las asambleas como el órgano supremo de la sociedad. Es decir, es el órgano de expresión de la voluntad social. Por lo tanto, en caso de actividades ilícitas cometidas en nombre de las sociedades, son los socios o accionistas quienes dictan la voluntad de la sociedad.

Autores como Barrera Graf y Ascarelli, reconocen que ante este tipo de actividades ilícitas corresponde una aplicación de la responsabilidad limitada y que debe centrarse solamente al “[...] cumplimiento de la finalidad de la sociedad, por lo que los excesos, desviaciones y abusos deben castigarse por la ley, “traspasando el velo de la personalidad” e imponiendo responsabilidad al o a los socios transgresores (como desde 1940 hizo el artículo 13 de la LVASA).”¹⁷⁹

Una vez más, la buena fe que debe llegar a las relaciones jurídicas de las sociedades mercantiles, extiende la responsabilidad a los socios que las conforman, para que éstos respondan por los daños y perjuicios que pueda haber causado la sociedad a terceros. Si bien pudiera pugnarse la nulidad de los actos, esta situación genera indefensión para los terceros respecto del actuar de la sociedad.

De este modo, la responsabilidad extracontractual nace por la configuración de hechos ilícitos en los cuales puede identificarse la intervención directa de uno o varios de los socios o accionistas.

En este sentido, en España los tribunales desarrollaron la denominada “teoría de los terceros”, en la que se ha estipulado que cuando una sociedad es utilizada para defraudar y los afectados atacan el negocio fraudulento realizado, la propia sociedad y sus socios no pueden considerarse como terceros de buena fe en relación con tal negocio, sino que todos habrán sido participantes en el mismo, y la sociedad habrá servido simplemente de velo para ocultar a los socios que deben ser considerados como los verdaderos defraudadores. En los casos anteriores, debe hacerse una calificación previa para que se identifique el negocio fraudulento y así poder hacerlos partícipes de la responsabilidad de los actos de la sociedad.

En Francia, la jurisprudencia ha considerado a la sociedad como un “ente incorpóreo” y que además, es un bien que es propiedad de sus mismos socios. Por lo tanto, cuando las

¹⁷⁷ Barrera Graf, Jorge, *Óp. Cit.*, p. p. 91.

¹⁷⁸ Cfr. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Óp. Cit.*, p. p. 1.

¹⁷⁹ Barrera Graf, Jorge, *Óp. Cit.*, p. p. 92.

sociedades se han constituido para alcanzar fines ilegítimos, son los socios los que han abusado de su derecho, y en consecuencia son responsables de los actos defraudatorios cometidos por la sociedad.

Por su parte en Italia, doctrinalmente se ha fundado la relatividad de la persona jurídica de las sociedades mercantiles, tanto por la teoría de la simulación de los actos jurídicos como por la teoría del negocio jurídico indirecto. En estas situaciones, por ejemplo, no sería ilícito, en términos generales, constituir una sociedad anónima unipersonal, con el único objetivo de ejercer el comercio con la limitación de la responsabilidad y en la que se reconoce la división total de patrimonios; pero si se consideraría ilícito el caso en el que la sociedad se constituya únicamente con el objetivo de declararse insolvente en perjuicio de los acreedores.

En el caso de México, puede pensarse en una extensión de la responsabilidad de la sociedad a los socios mediante la teoría de la simulación de los actos jurídicos y la responsabilidad extracontractual.

4.3.2 Responsabilidad de los administradores.

Debido a la existencia intangible de una sociedad, es necesario que sus actividades, deban estar orientadas al cumplimiento del objeto social, y sean llevadas a cabo mediante personas físicas. Si bien la personalidad a las personas morales les brinda la capacidad de goce y de ejercicio, es necesario que se desarrolle una organización y estructura orgánica interna y externa, tanto para su funcionamiento interno como para su representación legal.

En el artículo 27 del CCF, se establece que las personas morales obran y actúan por medio de los órganos que las representan. En el caso de las sociedades de capital, en la LGSM se hace una limitación de las funciones de cada uno de los órganos para así fijar la responsabilidad de las personas que actúan en dichos órganos y también para garantizar la certeza y la seguridad que deben tener las relaciones entre la sociedad y los terceros.

Por lo tanto, la personalidad jurídica tiene una función instrumental y para su funcionamiento es necesaria una estructura fundada en órganos con actividades y competencias bien definidas. La personalidad jurídica tiene la función de coordinación y unificación de esfuerzos para el cumplimiento de un fin.

La clara expresión de la voluntad de los socios se expresa en el consenso de las resoluciones tomadas en la asamblea general de socios o accionistas, que es a su vez el órgano supremo de la sociedad. De acuerdo con el Maestro Galindo Garfias la estructura orgánica “[...] no impide que esa unificación o coordinación de voluntades también se manifieste o se exprese en el órgano de administración y en alguna manera en las funciones que corresponden a los comisarios, como órganos de vigilancia. [...] Así se ha hablado de una distribución de competencias entre los órganos por virtud de la cual, aunque no en una manera rigurosa, la voluntad de la persona moral se forma

esencialmente en la asamblea de accionistas. Se podría decir que es en la asamblea en donde se fijan las líneas directrices de la actividad de la sociedad, en tanto en el órgano administrativo la sociedad lleva al cabo los actos de gestión de los negocios sociales o, en una expresión más clara, de gestión del patrimonio social y de representación de la sociedad.”¹⁸⁰

De acuerdo a lo anterior, la personalidad es el resultado de la estructura orgánica de la sociedad, y la capacidad de ejercicio es la legitimación de los titulares del órgano administrativo/ gerente para poder realizar actos jurídicos. En este sentido, dentro del concepto de “órgano”, de acuerdo con Wieland y Brunetti, este es suficientemente amplio “[...] para comprender las dos clase de órganos regulados por la ley: la junta como órgano deliberante y los administradores como órgano de representación, ejecución y gestión.”¹⁸¹

Durante el desempeño de las actividades de los representantes de los órganos, pueden surgir dos supuestos; cuando éstas se apegan a la norma jurídica que los regula, se dice que están legitimados para actuar en nombre y por cuenta de la sociedad; y cuando la conducta va en contra de las normas establecidas, en cuanto a su competencia y los poderes con los que se ostenta. En el último de los casos, se produce la nulidad del acto que se realiza, así como la obligación a cargo del titular del órgano de reparar los daños y perjuicios que haya causado.

En el caso del levantamiento del velo, en situaciones de actos jurídicos simulados, se configura la simulación fraudulenta cuando dos sociedades comparten idéntico administrador, objeto y domicilio social y una misma actividad empresarial, sin embargo antes de proceder al levantamiento del velo, es necesario hacer una revisión de la estructura societaria para la posible imputación de la responsabilidad de los administradores.

Uno de los resultados de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, es que la responsabilidad de los administradores se identifica tanto por su responsabilidad como órgano social, como administrador individualmente. En este último caso, se hace necesario que se acredite que la actuación de un administrador ha lesionado los intereses de la sociedad, accionistas y terceros. “Ante los indicios claros de identidad subjetiva u objetiva de sociedades que actúan en el tráfico jurídico con absoluta independencia pero sirviendo de instrumento o vehículo de fraude, una vez levantado el velo de ellas, se ha confirmado generalmente una condena solidaria como garantía y protección de los derechos e interés legítimos que se habían vulnerado mediante dichas formas jurídicas.”¹⁸²

¹⁸⁰ Galindo Garfias Ignacio, *El órgano de administración de la sociedad anónima*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, No. 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996, p.p. 975.

¹⁸¹ *Ibidem*, p.p. 978.

¹⁸² Obando Pérez, Roberto. *Óp. Cit.*, p.p. 179.

Sin embargo, para los administradores, existe una excepción para la aplicación de su responsabilidad solidaria. Para hacer valer dicha excepción, los administradores deben probar que no intervinieron en el acto, adopción del acuerdo que le dio origen, o bien en su ejecución; que desconocían su existencia, o que aun conociéndola realizaron los actos necesarios para evitar el daño o se opusieron a él.

En nuestro ordenamiento jurídico, corresponde a los administradores, de acuerdo a la LGSM, el deber de verificar la veracidad de las aportaciones de los socios; la existencia real de esas aportaciones, en caso de que no hayan sido realizadas dichas aportaciones se debe exigir el pago de dichas obligaciones al socio responsable. El incumplimiento de dichos deberes compromete la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores de la sociedad. De manera general, a los administradores les “[...] ha sido reservado en la práctica el cumplimiento de los deberes [...] entre los cuales quizá los más importantes que corren aún a su cargo son la supervisión general y periódica de las operaciones de la empresa y el rendimiento ante la asamblea anual de accionistas, al final de cada ejercicio, de las cuentas y del resultado de las operaciones, así como del estado patrimonial que guarda la sociedad, presentando el balance y el estado de pérdidas y ganancias, y, en general, de la información financiera a que se refiere el artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.”¹⁸³

De acuerdo con el autor Farran Farriol, el efecto de la responsabilidad solidaria de los socios y administradores, va encaminada a la protección de los intereses de los acreedores de la sociedad anónima, de acuerdo a lo siguiente: “La responsabilidad solidaria es una de las figuras o fórmulas jurídicas que también permiten al acreedor dirigir la acción oportuna para reclamar el crédito que ostenta contra varias personas [...]”¹⁸⁴De este modo, si bien se puede fincar responsabilidad a los administradores por ser órgano de la estructura societaria, también se debe establecer la responsabilidad de la asamblea de accionistas.

4.4 Doctrina como fuente de derecho.

La aplicación de la doctrina del “Levantamiento del velo corporativo” en los tribunales nacionales se ha vinculado a diversas investigaciones doctrinales para fundar los argumentos necesarios en la toma de decisiones de las sentencias.

La influencia que ejerce la doctrina en los argumentos judiciales, es uno de los temas más importantes para comprender los mecanismos de integración y creación del derecho, además del método legislativo. Cualquier tipo de posición doctrinal puede transformarse en fuente formal del derecho cuando un proceso legislativo le otorga dicho carácter. “Así, encontramos que gran parte de nuestra legislación se ha nutrido con la doctrina, tanto nacional como extranjera, de los grandes juristas, misma que puede verse reflejada

¹⁸³ Galindo Garfias Ignacio, *Ibidem.*, p.p. 989.

¹⁸⁴ Farran Farriol, Josep, *Los acreedores y el concurso. La responsabilidad de las personas ajenas al proceso*, Bosch Mercantil, España, 2008, p.p. 376.

en el articulado de los códigos actuales, en las diversas disciplinas jurídicas. En muchas de las ocasiones el propio legislador, al interpretar y aplicar la ley, acude a la consulta no sólo de textos legales o de jurisprudencia, sino también a la enseñanza por parte de los juristas.”¹⁸⁵

Del mismo modo, los jueces deben cumplir con las responsabilidades que las circunstancias de tiempo exigen al derecho. De acuerdo con el autor David Cienfuegos Salgado¹⁸⁶, la relación entre la doctrina y la jurisprudencia puede calificarse de indispensable, muestra de esta relación, es el deber del juez para incorporar la doctrina como método integrativo.

En la misma tesitura el autor Zagrebelsky hace referencia a la problemática que enfrentan los jueces en las resoluciones de nuevas circunstancias al señalar: “En los países de la Europa continental, sin excluir alguno, la pasividad ante las exigencias de transformación que se imponen con fuerza en la magistratura produce un sentimiento generalizado de insatisfacción que, por otro lado, no consigue encontrar salidas constructivas. Los jueces continúan cultivando una idea anacrónica del sí mismos, como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos válidos en cuanto tales, alejándose así de las expectativas que la sociedad pone en ellos sin recibir respuesta. Los políticos aprovechan la crisis de la legitimidad de la jurisdicción para intentar operaciones involutivas que supondrían el abandono no sólo de las exigencias del Estado constitucional, sino incluso del Estado de derecho.”¹⁸⁷

En la presente investigación se identifica el problema como el fraude a terceros, mediante el abuso de la personalidad jurídica mercantil y la responsabilidad limitada que la primera le otorga a las sociedades de capital; lo que genera situaciones de abuso y así la necesidad de formular los remedios jurídicos a tales situaciones actuales.

Aunque lentamente las situaciones de abuso de la personalidad jurídica se han resuelto mediante la aplicación de la doctrina del “Levantamiento del velo corporativo” en distintas ramas del derecho, sigue existiendo cierta resistencia a la aplicación de esta doctrina en situaciones relacionadas con sociedades mercantiles.

La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo, además de ser justa y equitativa, debe estar fundada dogmáticamente en aspectos distintos a los contemplados por el derecho angloamericano, del cual tiene sus orígenes dicha teoría. Es decir, para la aplicación en el derecho nacional, se debe armonizar esta institución con los principios generales de derecho y los preceptos aplicables a la institución que se pretenda regular.

¹⁸⁵ Cfr. Lastra Lastra, José Manuel, *Fundamentos de derecho*, McGraw-Hill, México, 1994 p.p. 42 y 43.

¹⁸⁶ Cfr. Cienfuegos Salgado, David, *La doctrina y la jurisprudencia. Reflexiones acerca de una relación indispensable. Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruíz*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p.p. 94.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p.p. 97.

Para el autor argentino Juan M. Dobson, estos problemas pueden ser solucionados de acuerdo con los elementos existentes en un sistema jurídico, y éstos pueden ser de dos tipos:

1. La primera hipótesis que se propone es la aplicación de la doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo, que en el derecho estadounidense no es más que la aplicación de los remedios previstos ya existentes para supuestos más generales. “Es allí una simple aplicación de los principios ya existentes con anterioridad, y no una nueva doctrina autónoma.”¹⁸⁸

2. La segunda hipótesis contempla que las normas contenidas en el ordenamiento jurídico nacional son suficientes para resolver los casos tradicionalmente situados dentro de la doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo y que los casos no se pueden resolver por las normas nacionales se pueden atender con la doctrina, de este modo, no es necesaria la importación de instituciones ajenas al ordenamiento jurídico nacional.

Dentro de la primera hipótesis, considero que la doctrina del levantamiento del velo corporativo puede fundarse y se encuentra en armonía con nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo con:

- El artículo 14 constitucional que prevé la aplicación de los principios generales del derecho, inclusive en casos relacionados con la materia mercantil. Este precepto, puede ser considerado como una norma de cierre que complementa el ordenamiento jurídico, lo que excluye la posibilidad de una laguna de ley.
- El artículo 1796 del CCF, supletorio en términos del artículo 2 del Cód.Com. que es aplicable también en materia mercantil, del que se desprende el principio general de la buena fe que rige todo tipo de relaciones jurídicas, incluyendo las relaciones contractuales y las extracontractuales, en el que se establece el deber a los sujetos de derecho para conducirse bajo una conducta honorable y honesta.
- La directriz de la buena fe, que cuando se ve vulnerada, genera responsabilidad. Así, de acuerdo con el artículo 1910 del CCF, quien obre ilícitamente en contra de las buenas costumbres y cause un daño a otro, está obligado a repararlo. Estos elementos coinciden con los contemplados por la doctrina del levantamiento del velo corporativo.
- La simulación de los actos jurídicos, regulada en los artículos 2180, 2181 y 2182 del CCF, que pretenden regular y proteger al tercero de buena fe de actos que lo pudieran perjudicar. Los elementos constitutivos de la declaración de simulación de los actos jurídicos (“[...] a) la existencia de la disconformidad entre la voluntad real y lo declarado externamente; b) la intencionalidad consciente entre las partes

¹⁸⁸ Dobson, Juan M., *Óp. Cit.*, p.p. 11.

para ello; c) la creación de un acto aparente como consecuencia de lo anterior; y d) que la creación de ese acto aparente sea con la finalidad de engañar a terceros”¹⁸⁹ se asemejan a los establecidos por los tribunales estadounidenses como requisitos para determinar el abuso y la simulación de la constitución de una persona jurídica.

- La responsabilidad extracontractual que se le puede atribuir a un socio, ya que aunque no participa formalmente en los actos jurídicos, sí realiza conductas que se ven estrechamente vinculadas con los mismos, siempre y cuando mantenga “control” sobre la sociedad. Algunas leyes de nuestro ordenamiento jurídico, regulan la participación de los socios cuando ejercen un control excesivo sobre una sociedad.

En la segunda hipótesis, en nuestro ordenamiento jurídico existen leyes que contemplan un estudio más allá del velo corporativo. Como el Código Fiscal de la Federación, la Ley Federal de Competencia Económica, y la Ley de Concursos Mercantiles, que establecen la figura de control, como un elemento que se debe cumplir para iniciar con el levantamiento del velo corporativo para efectos específicos.

- El “control” en dichos ordenamientos califica la influencia, directa o indirecta, que ejerce una persona física o moral sobre una sociedad, es decir cuando ésta última funciona como *alter ego* de la primera, es decir cuando existe una voluntad unificada.

De acuerdo con lo anterior, el “control” no genera responsabilidad alguna en cuanto el objetivo del acto sea lícito, o en este caso no este expresamente prohibido por la ley.

En caso de nuestro derecho, no se establece de manera genérica la prohibición sobre el control de sociedades, ya que el control es un acto de acuerdo al derecho objetivo. Sin embargo, considero que al igual que algunas leyes en las que se prohíbe, de acuerdo con la finalidad del acto, el control sobre la persona jurídica en caso de incurrir en una actividad ilícita, también puede agregarse en un precepto sobre el control en la LGSM.

“Artículo 24-Bis.- Podrán los terceros, sin embargo, ejercer acción contra las personas, cualquiera que sea su calidad, siempre que se compruebe que ejercen control sobre el funcionamiento de una sociedad, ya sea que posean o no la mayoría de las acciones o partes sociales; y tendrán obligación subsidiaria e ilimitada frente a terceros, por los actos ilícitos imputables a la sociedad.

La responsabilidad que establece el artículo anterior, se hará efectiva en los términos del párrafo primero del artículo 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.”

¹⁸⁹ Cfr. Addame Goddard, Jorge, Coordinador. *Óp. Cit.*, p.p. 13.

De este modo, la posibilidad de imputar responsabilidad a los accionistas dependerá del ejercicio del control de la sociedad y los actos que éstos ejecuten y que generen a su cargo responsabilidad en los términos del artículo 1910 del C.C.F. de aplicación supletoria a la materia mercantil.

El precepto señalado debe aplicarse a todas las sociedades mercantiles, pues dicho numeral no pretende distinguir entre los diferentes tipos de sociedades de capital o de personas, además de que se ubicará en el capítulo I de la Ley General de Sociedades Mercantiles, relativo a la constitución y funcionamiento de las sociedades en general.

La responsabilidad generada por dicho precepto no implica que los artículos 58 y 87 de la LGSM dejen de surtir sus efectos, pues aunque dichos numerales establecen que estas sociedades se componen exclusivamente de personas cuya obligación se limita al pago de sus acciones; les será aplicable el artículo 24- Bis propuesto, si se demuestran: a) la existencia de control sobre la voluntad de la sociedad; y b) el establecimiento de apariencias jurídicas que resulten en un daño ocasionado a un tercero, mediante la creación de un negocio jurídico, en este caso la constitución de una sociedad, que le sirva como escudo que le proteja de la responsabilidad, en términos del artículo 1910 del C.C.F.

Como se ha visto, tanto los casos, como las razones por las cuales se aplica una norma son distintos. Al igual que el resultado que se busque obtener y que sea necesario para corregir ya sea el abuso de una persona jurídica, o bien, para hacer extensiva la responsabilidad de una sociedad hasta sus socios.

El autor Juan M. Dobson propone que a pesar de que existen múltiples remedios jurídicos para situaciones relacionadas con el abuso de derecho, la aplicación de un remedio específico, en este caso la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo, daría como resultado el mantener la institución de “remedio” como una “[...] institución general en el sistema jurídico, y como tal su rol “posicionador” de cada uno de los institutos en su aplicación, lo que permite una interpretación particular y ajustada al caso del remedio específico actuante en un particular contexto. Habráse así logrado la equidad.”¹⁹⁰

Además, se debe tener en cuenta la posibilidad de reformas constitucionales y legislativas que cubran las nuevas situaciones no comprendidas en nuestro ordenamiento legal actual, siendo necesario tener como referencias las situaciones previas y remedios aplicados por autoridades en todos los campos de derecho, desde autoridades electorales, civiles y penales hasta criterios establecidos por ordenamientos jurídicos extranjeros. Las experiencias acumuladas por distintos tribunales deben servir como reseña para evaluar las reglas que de manera ideal deben regir los actos que de manera directa e indirecta afecten la constitución y el funcionamiento de las sociedades mercantiles.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p.p. 26.

Conclusiones.

Primera.- El aspecto negativo en la actuación de algunas personas, ya sean físicas o morales, sobre otras que suelen ser generalmente sociedades de responsabilidad limitada, justifica la necesidad de crear e implementar instrumentos jurídicos que sirvan de herramienta para conocer realmente el origen ilícito de algunos actos y así, evitar el abuso de los privilegios que la personalidad jurídica otorga. Dicha situación genera la necesidad de revisar las nociones clásicas de nuestro derecho y adecuarlas al ritmo de crecimiento del hoy en día, pues el concepto tradicional de la personalidad jurídica puede ser un obstáculo en la labor del juez y aunque no se niega la existencia de la personalidad jurídica, se pretende preservarla en la forma con la que el legislador la ha concebido.

Segunda.- Como un medio para descubrir y corregir los supuestos de abuso de las sociedades mercantiles, la teoría del levantamiento del velo corporativo, además de ser aplicada con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico y en la actualidad en leyes especializadas, resulta ser una herramienta lógica, y protectora de los derechos de terceros de buena fe, que aplicada de manera armónica con los preceptos antes señalados, permite regular el fraude y el abuso del derecho.

Tercera.- La técnica aplicada en la doctrina, permite apreciar los intereses reales de las personas detrás de la sociedad mercantil y sancionar las conductas contrarias a los principios generales de derecho que se cometan bajo el escudo de la personalidad jurídica de la sociedad.

Cuarta.- Debe ser considerada dicha técnica como una excepción a la regla de limitación de la responsabilidad, que resulta en la imputación de la responsabilidad de las personas que ejercen el control sobre la sociedad, por la ilegalidad de los actos de la sociedad.

Quinta.- Para la aplicación de esta técnica, es necesario que se acredite que el motivo, operación o mantenimiento de una sociedad, controlada o controladora, tenga como objetivo la obtención de una ventaja indebida, en abuso de la responsabilidad limitada societaria, en perjuicio de uno o varios acreedores y así si existen dos personas separadas, debe considerarse la posibilidad de ser procesadas como una sola.

Sexta.- Las bases de esta técnica se encuentran en los Principios Generales de Derecho que coinciden y son reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto, su cumplimiento genera justicia material ante situaciones de fraude y abuso de derecho. La aplicación de esta técnica no está justificada en ningún caso en el que se respeten las reglas establecidas en la LGSM, el Cód. Com. y el CCF., sino únicamente en donde hay abuso de derecho.

Séptima.- Propongo que se adicione el artículo 24-Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles, para que las personas ligadas a una sociedad por el control que en ella ejerzan, tengan la obligación subsidiaria ilimitada frente a terceros por los actos ilícitos o dolosos imputables a la persona moral, y así evitar un estado de falta de seguridad y certeza jurídica de terceros frente al velo de la sociedad.

El artículo que se propone adicional, considero que deberá ser redactado en los siguientes términos:

“Artículo 24-Bis.- Podrán los terceros, sin embargo, ejercer acción contra las personas, cualquiera que sea su calidad, siempre que se compruebe que ejercen control sobre el funcionamiento de una sociedad, ya sea que posean o no la mayoría de las acciones o partes sociales; y tendrán obligación subsidiaria e ilimitada frente a terceros, por los actos ilícitos imputables a la sociedad.

La responsabilidad que establece el artículo anterior, se hará efectiva en los términos del párrafo primero del artículo 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.”

Octava.- El propósito de dicha adición es prevenir los abusos derivados del mecanismo de formación de sociedades para la realización de maniobras ilícitas de carácter civil, lo que a su vez justifica la tendencia del legislador para establecer un sistema que garantice el respeto al orden y a las buenas costumbres que rigen en los actos de comercio y que su alcance incluya a todas las sociedades en general y la responsabilidad extracontractual y hacer que el juzgador no realice una labor compleja de hermenéutica.

Novena.- Del mismo modo, en nuestra legislación se han presentado avances en la recepción del levantamiento del velo corporativo, incluso el día catorce de marzo del presente año, se incorporó a la LGSM la figura de la Sociedad por Acciones Simplificada¹⁹¹ en la que al igual que los ordenamientos estudiados con anterioridad, se califica el elemento del “control” en términos del artículo 2, fracción III de la Ley de Mercado de Valores,¹⁹² como ilícito en determinadas circunstancias.

Esta incorporación de la figura de “control” en la LGSM, abre paso, aunque de manera muy limitada, a la responsabilidad de los socios en los actos de las sociedades. De acuerdo a lo anterior, el levantamiento del velo y la responsabilidad atribuida a los socios, no es una figura ajena en nuestro derecho, ni mucho menos en la aplicación de las sociedades mercantiles.

¹⁹¹ Diario Oficial de la Federación del 14 de marzo de 2016, decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹⁹² **Artículo 2.-** Para efectos de esta Ley se entenderá por:

I. [...]

II. [...]

III. Control, la capacidad de una persona o grupo de personas, de llevar a cabo cualquiera de los actos siguientes:

a) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes, de una persona moral.

b) Mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social de una persona moral.

c) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma.

[...]

BIBLIOGRAFÍA.

- A.
- Acosta Romero Miguel, *Tratado de sociedades mercantiles con énfasis en la sociedad anónima*. Editorial Porrúa, México, 2001.
 - Addame Goddard, Jorge, Coordinador. *Código Civil Federal comentado. Libro Segundo. De los Bienes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013.
 - Aristóteles, *Ética a Nicómaco*. Traducción José Luis Calvo Martínez, Edición UNAM, México, 2012.
 - Azúa Reyes, Sergio Teobaldo, *Los principios generales del derecho*, 5ta. Ed., Editorial Porrúa, México, 1986.
- B.
- Barrera Graf, Jorge, *Las Sociedades en Derecho Mexicano (Generalidades, irregularidades, instituciones afines)*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983.
 - Barrera Graf, Jorge, *Instituciones del Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1989.
 - Brian Nougrés, Ana. *La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Algunas modernas tendencias doctrinales. Revista de Derecho Privado. Año 4. Número 10 Enero – Abril, 1994*, [en línea], México, Universidad Nacional Autónoma de México, [citado 15-04-2015], ISSN 0188-5049, Formato PDF, pp. 17, disponible en Internet: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/10/dtr/dtr1.pdf.
 - Boldo Roda, Carmen, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Arazandi, España, 2000.
- C.
- Campos Díaz Barriga, Mercedes. *La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente: El caso del Agua en México*, Editorial Porrúa, México, 2000.
 - Carbonell, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*, 2ª Ed., UNAM, CNDH, Editorial Porrúa, México, 2006.
 - Carbonell, Miguel. *Una historia de los derechos fundamentales.*, UNAM, CNDH, Editorial Porrúa, México, 2005.
 - Cárdenas Gracia, Jaime, *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. Núm. 186, México, 2004.
 - Cervantes Ahumada, Raúl, *Estudios de Derecho Público Contemporáneo (Homenaje a Gabino Fraga)*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM, 1972.
 - Cienfuegos Salgado, David, *La doctrina y la jurisprudencia. Reflexiones acerca de una relación indispensable. Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruíz*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

- D.
- Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Consideraciones de orden práctico en torno a la calificación de “comerciante” –con un breve apunte comparatista con los términos Piercing the Corporate Veil (levantamiento del velo corporativo) y grupo empresarial-y de “insolvencia”, de la Ley de Concursos Mercantiles (LCM) (Generalidades, irregularidades, instituciones afines)*, Revista de Derecho Privado. Cuarta Época. No 1. Enero-Junio, México, 2012.
 - De Castro y Bravo, Federico, *¿Crisis de la Sociedad Anónima?*, Revista de Estudios Políticos, Vol. 29, No. 49, España, 1950.
 - Declaración Universal de los Derechos Humanos. Secretaría de Relaciones Exteriores, 2014, [en línea], México, [citado 15-04-2014], disponible en Internet: <http://www.sre.gob.mx/index.php/direccion-general-de-derechos-humanos/iidh>
 - De la Madrid Hurtado, Miguel. *Constitución, Estado de Derecho y Democracia*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. Núm. 187, México, 2004.
 - De Pina, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 24ª Ed., Editorial Porrúa, México
 - Diccionario de la Real Academia Española, 22ª Ed., España, 2014.
 - Dobson, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica*. 2ª ed. Editorial de Palma, Argentina, 1991.
- E.
- *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Editorial Driskill, Tomo X, Argentina, 1982.
 - Espíndola Morales, Luis. *Culpa in vigilando. El caso “Estado de México”*. *Revista Mexicana de Derecho Electoral*. Número 2, Julio-Diciembre 2012, [en línea], México, Universidad Nacional Autónoma de México, [citado 15-04-2014], ISSN 0188-5049, Formato PDF, pp. 263, disponible en Internet: www.biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoElectoral/2/esj/esj9.pdf
- F.
- Farran Farriol, Josep, *Los acreedores y el concurso. La responsabilidad de las personas ajenas al proceso*, Bosch Mercantil, España, 2008.
 - Ferrara, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Colección Clásicos del Derecho. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. México, 2007.
 - Ferrara, Francisco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Colección Clásicos del Derecho. Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006.
 - Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis y Steiner, Christian Coordinadores, *Derechos humanos en la constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013.
 - Flores García, Fernando. *Ensayos jurídicos*, Editorial Porrúa, México, 2006.
 - Frisch Philipp, Walter. *La abrogación de la ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de Sociedades Anónimas*. *Revista de Derecho Privado*. Año 1 Número 1 Enero – Abril, 1990, [en línea], México,

Universidad Nacional Autónoma de México, [citado 15-04-2014], ISSN 0188-5049, Formato PDF, pp. 82, disponible en Internet: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.html?r=revpriv&n=1.

- G.** • García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 65ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1940.
- L.** • Lastra Lastra, José Manuel, *Fundamentos de derecho*, McGraw-Hill, México, 1994.
- M.** • Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho Mercantil*, 29ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1946.
- Mansilla y Mejía, María Elena. *Fraude a la ley: fraus legis facta*. Revista Cultura Jurídica, No. 1, Diciembre de 2010 - Enero de 2011, México.
 - Molina Sandoval, Carlos A., *La desestimación de la persona jurídica societaria*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Argentina, 1998.
 - Morales Hernández, Manuel, *Principios Generales del Derecho. Compilación de aforismos jurídicos*, 2da. Edición, Editorial Porrúa, México, 2015
 - Morineau Iduarte, Marta. Iglesias González, Román. *Derecho Romano*, 4ª Ed., México, Editorial Oxford, Editorial Oxford University Press.
 - Muñoz Rojas, Pablo, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. ¿Tienen nacionalidad las personas morales?*, No. 21, México, 1992.
- O.** • Obando Pérez, Roberto. *Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 25, 2008, México.
- R.** • Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, Tomo II, 5ta. Edición, Editorial Porrúa, México, 1977.
- Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I. Introducción, Personas y Familia*, 39ª Ed., Editorial Porrúa, México
 - Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil II. Bienes, derechos reales y sucesiones*, 39ª Ed., Editorial Porrúa, México.
- S.** • Sánchez Cordero García Villegas, Paula M. Coord., *El control del convencionalismo y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos.*, Editorial Porrúa, México, 2013.
- Seoane Spiegelberg, José Luis. *El levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la responsabilidad civil*, Revista de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, [citado 15-04-2014], disponible en Internet: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/revistas/rc42.pdf>

- Serick, Rolf, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, Traducción José Puig Brutau, Ediciones Ariel, España, 1958.
 - Shubert, Adrian, *Historia social de España (1800-1990)*, Ed. Nerea, España, 1991.
- V. • Valadés, Diego y Carbonell Miguel, Coord., *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 374, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.
- Z. • Zavala, Marco Antonio, *El levantamiento del velo en el derecho electoral mexicano*, *Revista de la Facultad de Derecho de México. Año 2007. Número 247 Enero – Junio, 2007*, [en línea], México, Universidad Nacional Autónoma de México, [citado 15-04-2014], ISSN 1870-8722, Formato PDF, pp. 415, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=247>