



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO.**

FACULTAD DE DERECHO.

**“ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONCURSO MERCANTIL DE LAS
ENTIDADES CONTROLADAS Y CONTROLADORAS CON BASE
EN EL CONVENIO ÚNICO DE RESPONSABILIDAD”.**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

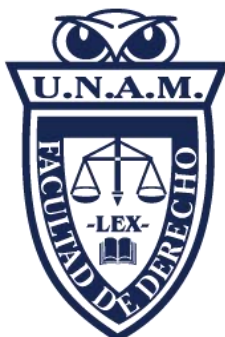
LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A:

JOANA GARCÍA LOZANO

DIRECTOR DE TESIS:

DR. ALBERTO FABIÁN MONDRAGÓN PEDRERO



Ciudad Universitaria, Cd. Mx. 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.

Agradezco en primer lugar a Dios, de quien he recibido la dicha de la vida y la oportunidad de llegar a este momento.

A mi madre Maricela, por apoyarme en todo momento, por sus consejos, por sus valores y por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero sobre todo por su amor.

A mi padre Alberto García Meléndez, por su ejemplo de perseverancia y constancia, quien aún desde el cielo me cuida y me guía en mi camino.

A mis hermanos Alberto y Giovanni, por permitirme crecer a su lado y por ser los perfectos cómplices en cada etapa de mi vida.

*A Rocio Badillo por todos los momentos
vividos, por su cariño, paciencia y apoyo a lo
largo de una de las mejores etapas de mi vida.*

*Al despacho Tapia Soberanes y Asociados, con
mención especial al Lic. Enrique Tonatiuh
Tapia López, por su invaluable enseñanza en
el ejercicio profesional, pero sobre todo por su
amistad.*

*Al Doctor Alberto Fabián Mondragón
Pedrero, como reconocimiento a sus
enseñanzas y su inapreciable dirección en la
realización del presente trabajo.*

*A la Facultad de Derecho de la Universidad
Nacional Autónoma de México, por
proporcionarme un mundo de oportunidades,
mi eterna gratitud.*

ÍNDICE

ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONCURSO MERCANTIL DE LAS ENTIDADES CONTROLADAS Y CONTROLADORAS CON BASE EN EL CONVENIO ÚNICO DE RESPONSABILIDAD.

I. DERECHO CONCURSAL MEXICANO.....	12
A. <u>Marco Jurídico</u>	12
1. Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943.....	12
a. Procedimiento de quiebra de los comerciantes.....	15
b. Competencia en la quiebra.....	18
c. Sentencia de declaración de quiebra.....	19
d. Órganos rectores del procedimiento de quiebra.....	22
2. Ley de Concursos Mercantiles de 2000.....	27
a. Concurso Mercantil.....	29
b. Órganos rectores.....	39
c. Concurso Mercantil de las Sociedades Controladas y Controladoras.....	46
3. Ley de Concursos Mercantiles de 2014.....	48
a. Concurso Mercantil de las Sociedades Controladas y Controladoras.....	48
II. CONCEPTOS GENERALES DE LOS CONCURSOS MERCANTILES DE LAS SOCIEDADES CONTROLADAS Y CONTROLADORAS.....	57
A. <u>Conceptos Generales</u>	57
1. Concepto de Concurso.....	57
a) Naturaleza Jurídica.....	58
2. Grupo Societario.....	61
a) Naturaleza Jurídica.....	65
3. Sociedad controladora y Sociedad controlada.....	66

4. Legitimación para demandar el Concurso de las Sociedades Controladas y Controladoras.....	71
5. Graduación y Prelación de las Sociedades Controladas y Controladoras.....	74
6. Pago de obligaciones a Prorrata.....	91
7. Obligaciones subsidiarias e ilimitadas.....	92
8. Obligaciones subordinadas.....	93

III. EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LAS ENTIDADES CONTROLADA Y CONTROLADORA BASADO EN LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN CONVENIO.....106

A. <u>Declaración del Concurso Mercantil de las Entidades controlada y controladora</u>	106
1. Procedimiento.....	106
i. Efectos respecto de la tramitación del concurso mercantil de las entidades controlada y controladora.....	106
ii. Efectos respecto de las obligaciones de las entidades controlada y controladora pactadas con sus acreedores...	138
iii. Responsables del cumplimiento de las obligaciones para con los acreedores.....	169
1. Ventajas y desventajas para los acreedores, respecto del concurso mercantil de entidades controladas y controladoras.....	192
2. Propuesta.....	198
3. Conclusión.....	205

DERECHO CONCURSAL MEXICANO.

A. Marco Jurídico.

En el presente capítulo procuraré dar una visión de la legislación que rige y ha regido el procedimiento concursal de los comerciantes en nuestro país. Para lograr una exposición clara, desarrollaré las leyes desde un orden cronológico y de especialización, es decir, comenzaré por señalar los preceptos de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943 hasta concluir con la Ley de Concursos Mercantiles.

1. Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943.

“Con el auspicio de la Secretaría de Economía, a cargo del abogado F. Javier Gaxiola, y con el objeto de reformar la normatividad sobre quiebras, se redactó un Anteproyecto de Ley de Quiebras y de Suspensión de pagos para someterlo al análisis del Congreso de la Unión. Entre los argumentos esgrimidos por la comisión de Legislación y Revisión de Leyes se encontraba el siguiente: los procedimientos sobre quiebras, aparte de su absoluto desprestigio, son eternos; se sabe cuándo una quiebra empieza, pero jamás puede preverse la posibilidad de su conclusión.”¹

La elaboración del proyecto estuvo a cargo de una subcomisión integrada en un inicio por los juristas Antonio Martínez Báez, Fernando Cuén y Gabriel Martínez quien ejerció la mayor influencia. En mayo de 1941 se redactó la versión definitiva, que fue promulgada en diciembre de 1942 y publicada en 1943 como Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, para iniciar su vigencia en 1943.

La Comisión se orientó por tres principios fundamentales:

¹ HAMDAM AMAD, Fauzi, *Derecho Concursal Mexicano*, Editorial Oxford, México 2011, p. 17.

- a) Hacer un proyecto sistemático que fuese lo más completo posible.
- b) Recoger los problemas centrales en materia de quiebras, sin descender por ello a un casuismo estéril.
- c) Redactar un proyecto moderno.

El proyecto se basó en cimientos de influencia española, puesto que las disposiciones de Quiebras del Código de Comercio de 1889 se tomaron casi íntegramente del Código de Comercio Español de 1855. Sin embargo, uno de los elementos centrales del proyecto fue la consideración de que la quiebra no era un asunto de interés privado, sino de interés social y público, por tanto, de interés del Estado, pues suponía la liquidación de una empresa mercantil como interés de tutela colectiva. Esta doctrina derivó de manera directa de la que propugnaba el gran jurista español Francisco Salgado de Somoza. Hubo también otros elementos que la Comisión utilizó para redactar el anteproyecto, como algunas disposiciones de las legislaciones concursales alemana, argentina y brasileña, y muy particularmente el código redactado en 1925 en Italia, conocido como proyecto D' Amelio.

Se observa que uno de los principios fundamentales que orientaron el proyecto fue la sustitución del concepto de comerciante por el de empresa mercantil como protagonista del derecho mercantil. De ahí que surgiera la necesidad de consagrar el principio de conservación de la empresa, no sólo como tutela de los intereses privados que en ella coincidían sino sobre todo como salvaguarda de los intereses colectivos que toda empresa mercantil representaba.

Los principales planteamientos de la denominada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos fueron:

- a) Naturaleza de la quiebra.
- b) Declaración de la quiebra.
- c) Órganos de la quiebra.
- d) Efectos de la quiebra.

e) Extinción de la quiebra.

En 1968, los mercantilistas Roberto Mantilla y Molina y Jorge Barrera Graf redactaron un anteproyecto para una nueva Ley de Quiebras, el cual se orientó a atender los problemas derivados de la suspensión de pagos, sustituyéndola por una moratoria judicial acotada en 60 días. Proponía también un registro de profesionales autorizados para fungir como síndicos y reemplazaba a los órganos concursales de la intervención o la junta de acreedores por un comisario, agilizando también el reconocimiento de créditos y suprimiendo la necesidad de abrir un debate contradictorio para cada uno de dichos créditos.

“El 13 de enero de 1987 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un importante decreto que reformó y adicionó la Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos. Su aspecto central se situó en la elección y designación del síndico, quien debía hacerse cargo de la dirección, administración y en general de todos los compromisos que derivasen de la masa de la quiebra. Como consecuencia de esta trascendental función se propuso institucionalizar la sindicatura, estableciendo que en el caso de los procedimientos concursales de comerciantes privados, debería recaer necesariamente en las cámaras de comercio y de la industria, o bien, tratándose de entidades paraestatales y empresas del sector social, en la sociedad nacional de crédito que señalara la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, correspondiendo al Juez de la quiebra la designación. Así se pretendió asegurar la certeza de una sindicatura profesional, capaz, con experiencia en problemas administrativos, financieros y económicos.”²

Si bien es cierto que, dicha ley tenía como objetivo institucionalizar la sindicatura y asegurar la certeza de dicha función, no menos cierto es que, en la práctica no se obtuvieron los resultados deseados, ya que la mayoría de las veces pasaba mucho tiempo sin que se aceptara el cargo, e incluso era una rareza que la institución elegida aceptara la sindicatura. Pasaban meses y en ocasiones se daba

² HAMDAM AMAD, Fauzi, *op. cit.* p.22.

vuelta a las instituciones enlistadas y ninguna quería desempeñar la sindicatura. Esta contrariedad se atenuó cuando se incluye entre quienes pueden desempeñar la sindicatura a las Cámaras de Comercio y a las Cámaras de Industria y Transformación. Así las cosas, se generaron conflictos de intereses que únicamente lograban retrasar la quiebra e incluso volverla imposible.

En suma encontramos que, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos tuvo varios intentos de modernización, sin embargo, el desarrollo del comerciante y el tiempo la rebasó; evidenciando una serie de limitaciones que propiciaron diversas reformas, las cuales ineludiblemente la encaminaron a su abrogación.

a. Procedimiento de Quiebra de los Comerciantes.

a) Requisitos de la declaración de quiebra.

La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos refería que podía ser declarado en estado de quiebra, el comerciante que cesara en el pago de sus obligaciones.

Para ello debía considerarse que un comerciante había cesado en el pago de sus obligaciones cuando se encontraba ante alguno de los supuestos siguientes, los cuales se regulaban en el artículo 2 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, a saber:

- I. Incumplimiento general en el pago de sus obligaciones líquidas y vencidas.
- II. Inexistencia o insuficiencia de bienes en que trabar ejecución al practicarse un embargo por incumplimiento de una obligación o al ejecutarse una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.
- III. Ocultación o ausencia del comerciante sin dejar al frente de su empresa alguien que legalmente pueda cumplir con sus obligaciones.
- IV. En iguales circunstancias que el caso anterior, el cierre de los locales de su empresa.
- V. La cesión de sus bienes en favor de sus acreedores.

- VI. Acudir a expedientes ruinosos, fraudulentos o ficticios, para atender o dejar de cumplir sus obligaciones.
- VII. Pedir su declaración en quiebra.
- VIII. Solicitar la suspensión de pagos y no proceder ésta, o si concedida no se concluyó un convenio con los acreedores.
- IX. Incumplimiento de las obligaciones contraídas en convenio hecho en la suspensión de pagos.
- X. Incumplimiento de las obligaciones contraídas en convenio hecho en la suspensión de pagos.

Al respecto es importante mencionar que, la presunción aludida en este artículo se invalidaba con la prueba de que el comerciante podía hacer frente a sus obligaciones líquidas y vencidas con su activo disponible.

Asimismo cabe destacar que, el concepto de cesación de pagos resulta insustituible, partiendo del concepto de insolvencia, que constituyó y actualmente constituye el basamento económico de la quiebra.

La declaración de quiebra de conformidad a lo señalado en la denominada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos podía hacerse de oficio o a solicitud escrita del comerciante, de uno o varios de los acreedores o del Ministerio Público.

Si el comerciante pretendía la declaración de su estado de quiebra, debía presentar ante el Juez competente, demanda firmada por sí, por su representante legal o por apoderado especial, asimismo debía acompañar lo siguiente:

- a) Los libros de contabilidad que tuviere obligación de llevar.
- b) Balance de sus negocios.
- c) Una relación en la cual se señalaran los nombres y domicilios de los acreedores y deudores, la naturaleza y monto de sus deudas y obligaciones

pendientes, los estados de pérdidas y ganancias de su giro durante los últimos cinco años.

- d) Una descripción valorada de todos sus bienes inmuebles y muebles, título valores, y derechos de cualquier otra especie.
- e) Una valoración razonada de su empresa.

En caso de que los acreedores o el Ministerio Público fuesen quienes solicitaran la declaración de quiebra, éstos debían demostrar que el comerciante se encontraba en alguno de los supuestos de cesación de pagos referidos anteriormente.

Ahora bien, en relación a la declaración de quiebra de oficio referida con anterioridad es importante mencionar que la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos en el artículo 10 señalaba:

"Artículo 10.- Si durante la tramitación de un juicio advirtiese el juez una situación de cesación de pagos, procederá a hacer la declaración de quiebra, si tuviere competencia para ello, o lo comunicará urgente al juez que la tenga.

Si solo tuviere duda seria y fundada de tal situación de cesación de pagos, deberá notificarlo a los acreedores y al Ministerio Público, a fin de que pidan, en su caso, la declaración respectiva dentro de un mes a partir de la notificación. Entretanto, el juez adoptará las medidas que autoriza el segundo párrafo del artículo siguiente"³

Sin embargo, en todos los casos, el juez tenía la obligación de citar al deudor y al Ministerio público a una audiencia en la que se rindieran pruebas y en la que se dictara la resolución por medio de la cual se declarara la quiebra. Aunado a lo anterior, el Juzgador tenía la facultad de adoptar las medidas provisionales necesarias para la protección de los intereses de los acreedores, de conformidad al artículo 11 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, el cual a la letra señalaba:

³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*, Editorial Porrúa, México 1994, p.29.

“Artículo 11.- En todos los casos, el juez, para hacer la declaración de quiebra, citará al deudor y al Ministerio Público, dentro de cinco días, a una audiencia en la que se rendirán pruebas y en la que se dictará la correspondiente resolución.

Los socios ilimitadamente responsables, serán notificados en el domicilio social.

El juez bajo su responsabilidad, adoptará entre tanto las medidas provisionales necesarias para la protección de los intereses de los acreedores y para hacer la designación del síndico en los términos del artículo 28 de esta Ley.”⁴

De igual manera, existía un acuerdo unánime de los acreedores lo que permitía la extinción de la quiebra.

b) Competencia en la quiebra.

Eran competentes para conocer de la quiebra de un comerciante individual, el Juez de Distrito o el de Primera Instancia del lugar sujeto a su jurisdicción en donde se encontrara su establecimiento principal de su empresa y, en su defecto, en donde tuviera su domicilio.

Tratándose de sociedades mercantiles, lo era, a prevención también, el que tuviera jurisdicción sobre el domicilio social y, en el caso de irrealidad de éste, el del lugar en donde tuviera el principal asiento de sus negocios.

Las sucursales de empresas extranjeras podían ser declaradas en quiebra sin consideración de la competencia que pudiera corresponder a jueces extranjeros. Esta quiebra afectaba a los bienes situados en la República y a los acreedores por operaciones realizadas con la sucursal.

⁴. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*, Editorial Porrúa, México 1994, p. 31.

En cuanto al problema de la competencia en la quiebra de sociedades, existía una compleja cuestión a la que se le dio solución legislativa, se trataba de la relativa al domicilio social legalmente determinado o del efectivo en los casos en que por cambios posteriores, o por discrepancia inicial, no existiera correspondencia entre el domicilio efectivo o administrativo, y el domicilio legal declarado en la escritura de constitución.

Una detenida consideración del problema aconsejó, partir del principio de competencia por el domicilio legal, abriendo un amplio margen para que en los casos de fraude, ficción o simple disparidad entre el domicilio estatutario y el administrativo, prevaleciera éste último sobre aquél.

c) Sentencia de declaración de quiebra.

La sentencia de declaración de quiebra debía contener, en términos del artículo 15 de la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos, los siguientes requisitos:

- I. El nombramiento del síndico y de la intervención.
- II. La orden al quebrado de presentar el balance y sus libros de comercio dentro de veinticuatro horas, en caso de que no hayan sido remitidas con la demanda.
- III. El mandamiento de asegurar y dar posesión al síndico de todos los bienes y derechos de cuya administración y disposición se prive al deudor, en virtud de la sentencia, así como la orden al correo y telégrafo para que se entregara al síndico toda la correspondencia del quebrado.
- IV. La prohibición de hacer pagos o entregar efectos o bienes de cualquier clase al deudor común, bajo apercibimiento de segunda paga.
- V. La citación a los acreedores a efecto de que presentaran sus créditos para examen en el término de cuarenta y cinco días contados a partir del siguiente día al de la última publicación de la sentencia.

- VI. La orden de convocar una junta de acreedores para reconocimiento, rectificación y graduación de los créditos, que se efectuaba dentro de una plazo de cuarenta y cinco días, en el lugar y hora que señalara el juez, en atención a las circunstancias de cada caso.
- VII. La orden de inscribir la sentencia en el Registro Público en que se hubiese practicado la inscripción del comerciante y, en su defecto, en el de la residencia del juez competente; y en los del Comercio y de la Propiedad de los demás lugares en que aparecieran inscritos o existieran bienes o establecimientos del deudor.
- VIII. La orden de expedir al síndico, al quebrado, a la intervención o al cualquier acreedor que lo solicite, copias certificadas de la sentencia.
- IX. La fecha a la que debían retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra.

La sentencia referida debía ser notificada de conformidad al artículo 16 de la Ley de Quiebras, que a la letra señalaba:

"Artículo 16.- La sentencia deberá notificarse personalmente al quebrado, al Ministerio Público, a la Cámara o Sociedad Nacional de Crédito que pudiera fungir como síndico, en los términos del artículo 28 de esta ley, y al interventor. A los acreedores con domicilio conocido se les comunicará por escrito o por correo ordinario o por medio del telegrama.

El síndico hará publicar un extracto de la sentencia, por tres veces consecutivas en el Diario Oficial de la Federación y en uno de los periódicos de mayor circulación en el lugar en que se haga la declaración de quiebra, y si fuere conveniente, a juicio del juez, en las localidades en las que existieren establecimientos importantes de la empresa.

Los acreedores se entenderán notificados de la quiebra en el momento en que se haga la última publicación de las señaladas en este artículo."⁵

⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*, Editorial Porrúa, México 1994, p.40.

De conformidad con dicho precepto eran considerados como partes dentro del proceso de quiebra: el deudor, el Ministerio público, la intervención y los acreedores. En consecuencia, todos ellos debían ser notificados de la iniciación del procedimiento.

La inscripción de declaración de quiebra en los registros públicos era necesaria para asegurar los bienes. Por eso se estableció como obligación que la misma fuera comunicada a los Registro Públicos correspondientes.

La publicación de un extracto de la sentencia, además de en el Diario Oficial de la Federación, debía ser hecha en dos de los periódicos de mayor circulación en el lugar en que se hacía la declaración de quiebra y en otras localidades.

En este caso, era responsabilidad del síndico cumplimentar de forma adecuada las citaciones, comunicaciones y publicaciones referidas.

La omisión de la publicación de la sentencia hacía incurrir en responsabilidad oficial al funcionario responsable y al síndico de conformidad al artículo 56 de la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos, mismo que a la letra señalaba:

“Artículo 56.- El síndico será responsable ante la masa y ante el quebrado, por la gestión de sus delegados, mandatarios y en general del personal que haya designado en interés de la quiebra, respecto a los daños y perjuicios que cause en el desempeño de sus funciones, por incumplimiento de sus obligaciones o por negligencia al no proceder como un comerciante diligente en negocio propio.”⁶

La responsabilidad civil era exigida al síndico al determinarse en función de la diligencia de un comerciante en negocio propio. Lo que es lógico, ya que se trataba de un cargo voluntario, retribuido y normalmente profesional.

⁶ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*, Editorial Porrúa, México 1994, p.64.

d) Órganos rectores del procedimiento de quiebra.

Juez.

La Ley de Quiebras y Suspensión de pagos consideraba al Juez como el elemento central en el procedimiento de quiebras, si bien es cierto que el encargado de realizar todas las actuaciones en el mismo era el síndico, no menos cierto es que el Juzgador tenía amplias facultades sobre éste, lo anterior de conformidad a las atribuciones otorgadas a dicho órgano, consagradas en el artículo 26 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos:

El Juez de la Quiebra tenía las siguientes atribuciones:

- I. Autorizar los actos de ocupación de todos los bienes y de los libros, documentos y papeles del quebrado, concernientes a su empresa e intervenir personalmente en tales actos, si así lo estimare conveniente.
- II. Examinar los antedichos bienes, libros, documentos y papeles del quebrado.
- III. Ordenar las medidas necesarias para la seguridad y buena conservación de los bienes de la masa.
- IV. Convocar las juntas de acreedores que prescribe la ley y las que estime necesarias, y presidirlas.
- V. Vigilar la actuación y remover cuando se compruebe que hay causa justificada para ello, al personal necesario y profesionistas designados por el síndico en interés de la quiebra.
- VI. Resolver las reclamaciones que se presentaren en contra actos u omisiones del síndico.
- VII. Autorizar al síndico para iniciar juicios cuando este lo solicitaba, y para transigir o desistir del ejercicio de acciones y, en general, para realizar todos los actos que excedan de los puramente conservatorios y de administración ordinaria.

Dicha Ley de Quiebras señalaba que el síndico debía ser seleccionado de entre las instituciones de crédito, las cámaras de comercio y de la industria y los comerciantes sociales e individuales inscritos en el Registro Público de Comercio.

Síndico.

Si bien, el Juez era teóricamente la primera figura del procedimiento de quiebra, en la práctica llegaba a serlo el síndico.

El síndico podía definirse en su origen como “el representante del Estado, que realizaba una función pública consistente en ejercer la tutela que correspondía al Estado en la liquidación o mantenimiento de una empresa que se encontraba en una situación económica anormal.”⁷

En la denominada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, el nombramiento del síndico podía recaer en la Cámara de Comercio o en la de la Industria, a la cual perteneciera el fallido, salvo que se tratara de una entidad paraestatal.

De igual manera el nombramiento podía recaer en la Sociedad Nacional de Crédito que señalara la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Asimismo el síndico tenía el carácter de auxiliar de la administración de justicia.

Los derechos y obligaciones del síndico, de conformidad al artículo 45 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, eran las siguientes:

- I. Tomar posesión de la empresa y de los demás bienes del quebrado.
- II. Redactar el inventario de la empresa y de los demás bienes del mismo.
- III. Formar el balance, si el quebrado no lo hubiere presentado, y en caso contrario, rectificar si lo procediere, o darle un visto bueno.

⁷ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México 1996, p.282.

- IV. Recibir y examinar los libros, papeles y documentos de la empresa y asentar e los primeros la correspondiente nota de visado.
- V. Depositar el dinero recogido en la empresa o con ocasión de pagos al quebrado, salvo los casos que la ley excluya de modo expreso.
- VI. Rendir al juez antes de que se celebre la junta de acreedores un informe detallando acerca de las causas que hubieren dado lugar a la quiebra, circunstancias particulares del funcionamiento de la empresa, estado de sus libros, época a la que se retrotrae la quiebra, gastos personales y familiares del quebrado, responsabilidad de éste, así como todos los datos que considerara oportunos.
- VII. Establecer la lista provisional de los acreedores privilegiados, así como los ordinarios que se fueren presentando.
- VIII. Hacer del conocimiento del juez los nombramientos de delegados, mandatarios y en general del personal que haya designado en interés de la quiebra.
- IX. Llevar la contabilidad de la quiebra.
- X. Presentar a la junta proposiciones de convenio, previa aprobación judicial.
- XI. Ejercitar y continuar todos los derechos y acciones que correspondan a deudor, con relación a sus bienes, y a la masa de acreedores contra el deudor, contra terceros y contra determinados acreedores de aquella.
- XII. Proponer al Juez la continuación de la empresa del quebrado, su venta, o la de algunos de sus elemento, o de los otros bienes de la quiebra, en las circunstancias y con los efectos que en la Ley se determinan, así como todas las demás medidas extraordinarias aconsejadas en bien de la masa y de la quiebra.

Se observa que, el Juez era el revisor e impulsor de la actividad del síndico, de aquí que los interesados -el quebrado, la intervención, cualquier acreedor y el Agente del Ministerio Público- podían reclamar actos u omisiones del síndico ante el Juez, quien resolvía dentro de tres días.

El síndico era el responsable ante la masa y ante el quebrado, por la gestión de sus delegados, mandatarios y en general del personal que hubiese designado en interés de la quiebra, respecto a los daños y perjuicios que causara en el desempeño de sus funciones, por incumplimiento de sus obligaciones o por negligencia al no proceder como un comerciante diligente en negocio propio.

La intervención.

La intervención se encargaba de representar los intereses de los acreedores, vigilando la actuación del síndico y en la administración de la quiebra, para ello se nombraban varios interventores que actuaban colegiadamente y constituían la intervención de la quiebra.

Las funciones que se les atribuían a los interventores, de conformidad al artículo 67 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, eran las siguientes:

- a) Recurrir las decisiones del juez y reclamar las del síndico que considerasen perjudiciales para los intereses de los acreedores.
- b) Informar al juez sobre los actos de administración extraordinaria que estimaran necesarios para que éste, a su vez, los autorizara.
- c) Informar en tiempo y forma a los acreedores sobre la marcha y el estado de la quiebra.

La intervención era nombrada provisionalmente por el Juez en la sentencia que declaraba la quiebra, en tanto que la junta de acreedores hacía el nombramiento definitivo.

Solamente en el caso de que le Juez desconociera quienes eran los acreedores del quebrado, podía designar como interventores a personas que no tuvieran la mencionada condición.

El nombramiento de interventores se hacía por la junta de acreedores en votación nominal; dicha junta de acreedores era convocada por el Juez, ya fuera de oficio o a petición de cualquier acreedor o de la intervención provisional.

Los interventores desempeñaban su cargo durante el tiempo que durara la quiebra, pero podían ser removidos por el Juez, siempre que existiera una causa justificada.

Asimismo la intervención era responsable ante el quebrado y ante la masa, de los daños y perjuicios que causaran en el ejercicio de sus funciones y en especial, por el incumplimiento de las atribuciones que le eran otorgadas por la Ley.

Junta de acreedores

Al lado de la intervención, organismo permanente de vigilancia y control, funcionaba la junta de acreedores como organismo deliberante de tipo discontinuo.

La junta de acreedores puede definirse como “la reunión de acreedores del quebrado legalmente convocados y reunidos para expresar la voluntad en materias de su competencia”⁸

Cabe mencionar que, existían dos clases de juntas de acreedores: las ordinarias y las extraordinarias. Las juntas ordinarias se reunían para resolver sobre el reconocimiento de créditos, nombramiento de interventores, aprobación del convenio, y de las cuentas del síndico; en tanto que, las juntas de acreedores extraordinarias se convocaban para resolver sobre la remoción del síndico y la intervención y para tomar acuerdos que no fueran de los que conocía la junta ordinaria.

⁸ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, *ob. cit.*, p.287

La junta de acreedores sería convocada por el juez, lo que sería notificada personalmente a la intervención, al quebrado, al síndico y a los demás acreedores, conforme a la publicidad que se debía dar en la sentencia de quiebra de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos.

Los acreedores del quebrado se clasificaban en dos grandes grupos: acreedores concurrentes y acreedores concursales.

Los acreedores concursales son todos los que tenían que cubrir sus créditos en el concurso con la prelación que en cada caso les correspondiera aquellos. En tanto que, los acreedores concurrentes son los acreedores que cobraban sufriendo una reducción procedente en sus créditos. En la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos la asistencia a las juntas no requería el reconocimiento judicial de tal calidad, sino que bastaba con que hubiera sido declarado su crédito admisible, según el informe del síndico y de la intervención.

2. Ley de Concursos Mercantiles de 2000.

El 23 de noviembre de 1999 los senadores de los grupos parlamentarios PRI PRD e Independiente por conducto del senador Salvador Rocha Díaz, integrante del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, presentaron en la Cámara Alta un Proyecto de Iniciativa de Ley de Concursos Mercantiles, la cual fue aprobada y publicada el 12 de mayo del año 2000 en el Diario Oficial de la Federación.

"La Comisión redactora consideró que existían razones de fondo para proponer la elaboración de una nueva ley, entre ellas el desarrollo de nuevas instituciones mercantiles, la evolución de las prácticas comerciales y los profundos cambios ocurridos en la composición de la sociedad mexicana desde 1943 a la

fecha"⁹, sin dejar de lado las múltiples crisis económicas ocurridas en años anteriores.

Las disposiciones de la Ley de Concursos Mercantiles (LCM) se desarrollaron conforme a los principios siguientes:

a) Maximizar el valor de la empresa en crisis, mediante su conservación y, si no es posible, preservar su valor económico por medio de un procedimiento de liquidación que optimizara el producto de la enajenación y otorgara un trato equitativo al comerciante y a sus acreedores.

Se buscó caracterizar el régimen jurídico concursal conforme a los principios de:

a. Predecibilidad (reglas claras y precisas que brindaran certeza al ser aplicadas.

b. Equidad (reconocimiento de las diferencias de los distintos acreedores), y

c. Transparencia (para que todos los participantes tuvieran la información necesaria a fin de ejercer sus derechos oportunamente.

Además se procuró respetar en lo posible las relaciones contractuales preexistentes; propiciar las soluciones extrajudiciales, adecuando los incentivos que facilitarían un arreglo voluntario entre deudores y acreedores; apoyar a los jueces en aspectos técnicos y administrativos del procedimiento, para coadyuvar en las tareas jurisdiccionales; y simplificar los trámites judiciales y procedimientos administrativos para hacerlos más expeditos.

Igualmente se estableció un procedimiento único, con una etapa denominada visita y dos etapas sucesivas: la primera, llamada conciliación, de carácter

⁹ Cfr. *HAMDAM AMAD, Fauzi, Derecho Concursal Mexicano, Editorial Oxford, México 2011, p. 23.*

necesario, y la segunda, de quiebra, supeditada a que no se haya podido alcanzar un acuerdo o convenio en la primera.

"Por último, para poner al día a México en el contexto de la globalización, se incorporó un título: "De la cooperación en los procedimientos internacionales" tomado de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza aprobada en 1997 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o Uncitral, por sus siglas en inglés)"¹⁰

a) Concurso Mercantil.

Para conocer a fondo el concurso mercantil, es de importancia remitirnos a la definición que otorga el Instituto de Investigaciones Jurídicas así como a los antecedentes de dicha figura.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas maneja la figura del Concurso de Acreedores, y lo define de la siguiente manera:

"CONCURSO DE ACREEDORES. I. Juicio universal que se establece para liquidar el patrimonio de un deudor que suspende el pago de sus deudas vencidas, líquidas y exigibles."¹¹

Cuando la persona que ha incumplido de manera general sus obligaciones de pago es un comerciante, de considerarse que se dan los supuestos del artículo 10 de la Ley de Concursos Mercantiles, se podrá solicitar el inicio de un **Concurso Mercantil**, el cual es regulado por la Ley de Concursos Mercantiles, como regla general, respetando la figura del pequeño comerciante que se encuentra regulada en el artículo 5 de la Ley de Concursos Mercantiles.

El concurso mercantil puede definirse de la siguiente manera:

¹⁰ HAMDAM AMAD, Fauzi, *Derecho Concursal Mexicano*, Editorial Oxford, México 2011, p. 24.

¹¹ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, Volumen II, Editorial Porrúa, México 2004 pp. 373.

“Es el procedimiento mercantil, de carácter colectivo o universal que pueden iniciar ante un Juez Federal, el comerciante insolvente, sus acreedores o el Ministerio Público, cuando el comerciante incumple de manera general sus obligaciones de pago y no tiene bienes suficientes para liquidar todos sus créditos, con la intención en primer término de celebrar un convenio con sus acreedores que permita modificar las condiciones de pago de sus deudas para poder cubrirlas, y si eso no fuese posible, decretar su quiebra, rematando los bienes que integren su patrimonio para pagar con el producto del remate a los acreedores, hasta donde alcance, según su preferencia y prelación.”¹²

Del concepto señalado se desprenden tres formas de solicitar el concurso mercantil al Juez:

- a) Por solicitud del comerciante,
- b) Por demanda de acreedores, y
- c) Por demanda del Ministerio Público.

Lo anterior de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000, que a la letra señala:

Artículo 9o.- Será declarado en concurso mercantil, el Comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones.

Se entenderá que un Comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones cuando:

I. **El Comerciante solicite su declaración en concurso mercantil** y se ubique en alguno de los supuestos consignados en las fracciones I o II del artículo siguiente, o

II. **Cualquier acreedor o el Ministerio Público hubiesen demandado la declaración de concurso mercantil del Comerciante** y éste se ubique en los dos supuestos consignados en las fracciones I y II del artículo siguiente.

¹² ORDOÑEZ GONZÁLEZ, JUAN ANTONIO, *Derecho Concursal Mercantil*, Editorial Porrúa, México 2012, p.13

Del precepto mencionado se desprende a su vez que, la solicitud de concurso mercantil será realizada cuando el comerciante incumpla generalizadamente con el pago de sus obligaciones, y para los efectos de la LCM de 2000, en específico en el artículo 10 de dicha Ley, se establece que el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones, consiste en el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos cuando se presenten las siguientes condiciones:

- 1.- Que de aquellas obligaciones vencidas, las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido representen el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a cargo del Comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso, y
- 2.- El Comerciante no tenga activos para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la demanda o solicitud.

Ahora bien, el concurso mercantil "tiene una serie de etapas que terminan con sentencias declarativas. La ley de concursos mercantiles señala en el artículo segundo, que el procedimiento consta de dos etapas consecutivas que son la conciliación y la quiebra, etapas que de acuerdo con la misma ley no son necesariamente consecutivas, pues el comerciante puede de inicio solicitar la quiebra."¹³ Incluso puede darse el caso de que el comerciante no cuente con activos y que en lugar de una etapa de conciliación exista una de extinción, en razón de que no se cuenta con capital, para liquidar los créditos del comerciante.

El juicio concursal es un procedimiento especial en el que las etapas del mismo no se encuentran plenamente definidas como en un procedimiento convencional que se inicia con una demanda y se concluye con el dictado de una sentencia definitiva que resuelve el fondo de la controversia planteada en la demanda, sino que, en esencia, comienza con una solicitud o demanda según sea el caso, en la que se

¹³ ORDOÑEZ GONZALEZ, Juan Antonio, *ob. cit.* p.20

pretende la declaración de concurso mercantil de la empresa; se continua con el dictado de una resolución en la que se declara o no en concurso mercantil a la misma; lo anterior de conformidad al artículo 42 de la Ley de Concursos Mercantiles que refiere que el Juez dictará dicha sentencia, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo para la formulación de alegatos; considerando lo manifestado, aprobado y alegado por las partes además del dictamen del visitador.

La sentencia referida debe contener los requisitos y características a que hace referencia el artículo 43 de la Ley de Concursos Mercantiles entre los cuales se encuentran:

- Nombre, denominación o razón social y Domicilio del Comerciante.
- La fecha en que se dicte.
- La fundamentación de la sentencia en términos de lo establecido en el artículo 10 de esta Ley, así como, en su caso, una lista de los acreedores que el visitador hubiese identificado en la contabilidad del Comerciante, sin que ello agote el procedimiento de reconocimiento, graduación y prelación de créditos a que se refiere el Título Cuarto de esta Ley.
- La orden al Instituto para que designe al conciliador a través del mecanismo aleatorio previamente establecido, junto con la determinación de que, entretanto, el Comerciante, sus administradores, gerentes y dependientes tendrán las obligaciones que la ley atribuye a los depositarios.
- La declaración de apertura de la etapa de conciliación, salvo que se haya solicitado la quiebra del Comerciante.
- La orden al Comerciante de poner de inmediato a disposición del conciliador los libros, registros y demás documentos de su empresa, así como los recursos necesarios para sufragar los gastos de registro y las publicaciones previstas en la presente Ley.

- El mandamiento al Comerciante para que permita al conciliador y a los interventores, la realización de las actividades propias de sus cargos.
- La orden al Comerciante de suspender el pago de los adeudos contraídos con anterioridad a la fecha en que comience a surtir sus efectos la sentencia de concurso mercantil; salvo los que sean indispensables para la operación ordinaria de la empresa, incluido cualquier crédito indispensable para mantener la operación ordinaria de la empresa y la liquidez necesaria durante la tramitación del concurso mercantil, respecto de los cuales deberá informar al juez dentro de las setenta y dos horas siguientes de efectuados.
- La orden de suspender durante la etapa de conciliación, todo mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos del Comerciante, con las excepciones previstas en el artículo 65.
- La fecha de retroacción.
- La orden al conciliador de que se publique un extracto de la sentencia en los términos del artículo 45 de esta Ley.
- La orden al conciliador de inscribir la sentencia en el registro público de comercio que corresponda al Domicilio del Comerciante y en todos aquellos lugares en donde tenga una agencia, sucursal o bienes sujetos a inscripción en algún registro público.
- La orden al conciliador de iniciar el procedimiento de reconocimiento de créditos.
- El aviso a los acreedores para que aquéllos que así lo deseen soliciten el reconocimiento de sus créditos.
- La orden de que se expida, a costa de quien lo solicite, copia certificada de la sentencia.

Contra la sentencia que declara el concurso mercantil procede el recurso de apelación únicamente en efecto devolutivo, contra la sentencia que no lo declara procede dicho recurso en ambos efectos.

En cumplimiento de dicha sentencia, el IFECOM, dentro de los cinco días siguientes a que reciba la notificación de la sentencia de concurso mercantil, deberá designar un conciliador para el desempeño de diversas funciones.

El conciliador designado tiene un plazo de tres días contados a partir de su designación, para hacer del conocimiento de los acreedores su nombramiento y señalar un domicilio dentro de la jurisdicción del juez que conozca del concurso mercantil para el cumplimiento de las obligaciones que le impone la Ley, lo anterior de conformidad con el artículo 149 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000.

Sin embargo, dicho nombramiento podrá ser impugnado ante el Juez por el comerciante, y por cualquiera de los acreedores dentro de los tres días siguientes a la fecha en que la designación se les hubiera hecho de su conocimiento, dicha impugnación será procedente siempre y cuando se acredite alguno de los supuestos que refiere el artículo 147 de la Ley de Concursos Mercantiles, mismo que a la letra señala:

Artículo 147.- El conciliador designado en términos de lo dispuesto en el artículo anterior podrá ser sustituido cuando:

I. El Comerciante y los Acreedores Reconocidos que representen al menos la mitad del monto total reconocido, soliciten al Instituto por conducto del juez, la sustitución del conciliador por aquél que ellos propongan en forma razonada de entre los registrados ante el Instituto.

El Instituto deberá proceder al nombramiento del nuevo conciliador propuesto siempre que el juez le certifique la existencia de la mayoría requerida de los Acreedores Reconocidos y el consentimiento del Comerciante, o

II. El Comerciante y un grupo de Acreedores Reconocidos que representen al menos el 75% del monto total reconocido designen de común acuerdo a persona física o moral que no figure en el registro del Instituto y que deseen que funja como conciliador, en cuyo caso deberán convenir con él sus honorarios.

En tal supuesto, el Juez lo hará del conocimiento del Instituto al día siguiente quedando sin efecto la designación hecha por el Instituto. El conciliador así designado asumirá todos los derechos y las obligaciones que esta Ley atribuye a los conciliadores del Instituto.

En caso de sustitución del conciliador, el sustituido deberá prestar al sustituto todo el apoyo necesario para que tome posesión de su encargo, y le entregará un reporte del estado que guarda la conciliación, así como toda la información sobre el Comerciante que haya obtenido en el ejercicio de sus funciones.

Como se puede observar, dicha sustitución puede ser realizada de conformidad con los supuestos señalados en el artículo citado, sin embargo con la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles del 10 de enero de 2014, dicho artículo sufrió modificaciones, sobre todo la fracción segunda, en razón de que el monto reconocido para designar de común acuerdo persona física o moral que no figure en el registro del instituto y que deseen que funja como conciliador pasó del 75%, al 50%, es decir a la mitad del monto total reconocido, lo que permite que el procedimiento de sustitución del conciliador sea mucho más accesible, en razón de que ya no se requiere un monto tan amplio para que proceda dicha impugnación.

Dentro de las diversas conductas desarrolladas por el conciliador en la etapa referida, se encuentra la obligación de solicitar la inscripción de la sentencia del concurso mercantil en los Registros Públicos que correspondan, además de su publicación en el Diario Oficial de la Federación y en uno de los diarios de mayor circulación en la localidad donde se siga el juicio, pudiéndose también publicar por otros medios que el IFECOM estime convenientes. Lo anterior de conformidad al artículo 45 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000.

La etapa de conciliación tendrá una duración de ciento ochenta y cinco días naturales, contados a partir del día en que se haga la última publicación en el Diario Oficial de la Federación de la sentencia de concurso mercantil. Dicho plazo podrá ser prorrogado hasta por noventa días naturales contados a partir de la fecha en que concluya el plazo antes referido, sin embargo, dicha prórroga deberá ser solicitada por el conciliador o los acreedores reconocidos que representen por lo menos las

dos terceras partes del monto total de los créditos reconocidos, cuando consideren que la celebración de un convenio está próxima a ocurrir.

Incluso se podrá solicitar una segunda prórroga por noventa días naturales más de la prórroga antes señalada, pero en este supuesto, la misma deberá ser solicitada por el comerciante y los acreedores reconocidos que representen el noventa por ciento del monto total de los créditos reconocidos.

Durante la etapa de conciliación, la administración de la empresa corresponde al comerciante, sin embargo, como una de las facultades del conciliador, el artículo 81 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000 le permite solicitar la remoción del comerciante de la administración de su empresa, cuando estime que así conviene para la protección de la masa. Por lo que si el Juez decreta la remoción del comerciante de la administración, el conciliador asume las facultades y obligaciones de administración.

Pero si la administración de la empresa queda en manos del comerciante, el conciliador tiene la obligación de vigilar la contabilidad y todas las operaciones que éste realice, además deberá decidir sobre la resolución de contratos pendientes y aprobará la contratación de nuevos créditos, la constitución o sustitución de garantías y la enajenación de activos cuando no estén vinculadas con la operación ordinaria de la empresa del comerciante.

Asimismo, debe vigilar las acciones promovidas y los juicios seguidos por el comerciante y las promovidas y los seguidos contra él, que se encuentren en trámite al dictarse la sentencia de concurso mercantil que tenga un contenido patrimonial, para lo cual el comerciante tiene la obligación de informar al conciliador de la existencia de dichos procedimientos.

Ahora bien, el conciliador tiene la obligación de presentar ante el Juez del procedimiento una lista provisional de créditos del comerciante, lo anterior de conformidad al artículo 121 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000, mismo que a la letra señala:

“Artículo 121.- Dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de la última publicación de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial, **el conciliador deberá presentar al juez una lista provisional de créditos a cargo del Comerciante** en el formato que al efecto determine el Instituto. Dicha lista deberá elaborarse con base en la contabilidad del Comerciante; los demás documentos que permitan determinar su pasivo; la información que el propio Comerciante y su personal estarán obligados a proporcionar al conciliador, así como, en su caso, la información que se desprenda del dictamen del visitador y de las solicitudes de reconocimiento de créditos que se presenten.”

En consecuencia, los acreedores del comerciante pueden solicitar el reconocimiento de sus créditos antes de que el conciliador lleve a cabo la lista provisional mencionada, o en el plazo para formular objeciones a dicha lista, que es de 5 días naturales, incluso dentro del plazo para la interposición del recurso de apelación a la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Por lo que una vez que venza dicho plazo, el conciliador contará con un plazo improrrogable de diez días contados a partir de aquél en que venza el plazo de 5 días antes mencionado, para que formule y presente la lista definitiva de reconocimiento de créditos.

Una vez realizado lo anterior, se procede a dictar una resolución de reconocimiento, graduación y prelación de los créditos de los acreedores de la empresa concursada; enseguida, sólo para el caso de que se logre celebrar un convenio para realizar el pago de los acreedores reconocidos, se procede a dictar una sentencia de aprobación de dicho convenio que da por concluido el concurso; pero de no lograrse dicha conciliación, se dicta una resolución en la que se declara en quiebra a la concursada, para continuar con la realización de los activos que integran la masa concursal con el objeto de hacer el pago de los créditos reconocidos. Contra dicha sentencia procede el recurso de apelación el cual será admitido únicamente en efecto devolutivo.

Así, en la especie se pueden actualizar diversos supuestos respecto al procedimiento concursal y las etapas del mismo, todo ello, dependiendo del estado

en el que se encuentre el comerciante o la decisión que tomen los acreedores respecto de dicho procedimiento, por lo que ninguna de las etapas que refiere la Ley de Concursos Mercantiles es de estricta tramitación, a reserva de la fase preliminar para determinar sobre el procedimiento o improcedencia del concurso mercantil.

En realidad, contra lo que dice la ley, el procedimiento puede tener hasta cuatro etapas; no inicia con la etapa de conciliación sino con la solicitud o demanda concursal y es hasta que termina con sentencia esa etapa declarativa del concurso cuando se abre la etapa de conciliación o quiebra, llevando en paralelo la etapa de reconocimiento y graduación de créditos. Así que contra lo que dice el artículo segundo de la Ley, considero que dicho procedimiento tiene cuatro etapas:

1. Fase preliminar para determinar sobre la procedencia o improcedencia del concurso mercantil.
2. Conciliación.
3. Reconocimiento, graduación y prelación de créditos.
4. Quiebra.

Ahora bien, al presentarse la fase preliminar para determinar sobre la procedencia o improcedencia del concurso mercantil es forzosa, sin embargo la conciliación, el reconocimiento, graduación y prelación de créditos, así como la quiebra puede que no se lleven a cabo, considerando cada caso en especial.

La etapa de quiebra puede no tramitarse si se llega a una conciliación entre acreedores y concursado. En teoría, la sentencia definitiva es la que pone fin a las cuestiones de fondo planteadas en el procedimiento, por lo tanto, en sentido común, los procedimientos debiesen tener una sola sentencia definitiva, pero como en materia concursal las cosas son diferentes, de acuerdo a los criterios judiciales las sentencias que declaran el concurso reconocen créditos y declaran la quiebra son definitivas.

Si bien es cierto que, múltiples criterios se han manifestado al respecto, señalando las características de las sentencias definitivas y las razones por las cuales las sentencias antes señaladas no deben recibir tal calificativo, en la práctica las mismas deben ser consideradas como tal, en razón de que, a pesar de que el procedimiento concursal cuenta con diferentes etapas, eso no significa que la tramitación de cada una de ellas sea obligatoria, en razón de que el procedimiento concursal puede acabar en cualquiera de las diversas etapas referidas, por lo que la sentencia recaída a dicha etapa, puede ser considerada como definitiva, de conformidad al artículo 44 y 46 de la Ley de Amparo, razón por la que resulta procedente tramitar el amparo directo contra dichas sentencias.

b) Órganos rectores.

1.- Órgano Jurisdiccional.

En la Ley de Concursos Mercantiles hay dos artículos que concretamente se refieren a los jueces que deberán conocer de las tramitaciones procesales concursales, dichos artículos son el 7 y el 17; el primero se refiere a la rectoría del Juez y el segundo a la competencia.

El artículo 7 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000, a la letra señala:

“Artículo 7o.- El juez es el rector del procedimiento de concurso mercantil y tendrá las facultades necesarias para dar cumplimiento a lo que esta Ley establece. Será causa de responsabilidad imputable al juez o al Instituto la falta de cumplimiento de sus respectivas obligaciones en los plazos previstos en esta Ley, salvo por causas de fuerza mayor o caso fortuito.”

Al respecto es importante mencionar que, de conformidad a la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000, la palabra rector es usada como adjetivo del Juez encargado de llevar a cabo el procedimiento concursal desde mi punto de vista es completamente acertada, en razón de las amplias facultades que se le otorgan al Juez para dar cumplimiento a la Ley, sobre todo cuando el objetivo

primordial del Estado, reflejado en la Ley materia del presente análisis es la conservación de las empresas y evitar el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago.

En relación a la competencia para conocer de los concursos mercantiles, el artículo 17 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000 a la letra señala:

“Artículo 17.- Es competente para conocer del concurso mercantil de un Comerciante, el Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el Comerciante tenga su Domicilio.”

Es importante referir que, la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de pagos permitía la competencia concurrente, pudiendo en aquel tiempo conocer de juicios de naturaleza concursal, los jueces civiles del fuero común o los Jueces de Distrito. En la actualidad, de conformidad al precepto arriba citado, los Jueces que conocen de procedimientos concursales son los Jueces de Distrito de Materia Civil del domicilio del Comerciante.

2.- El Visitador.

"El Visitador es la persona física, que a petición del Juez dictada en el auto que admite a trámite el procedimiento concursal, designa el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, y que tiene como principales funciones, la de realizar una visita al comerciante concursado, donde le revisa los libros de contabilidad, los registro contables, los estados financieros, operaciones y contratos, y verifica los bienes y mercancías de dicho comerciante concursado, todo eso, con la finalidad de rendirle al juez un dictamen, en el que determine si ese comerciante está dentro de los presupuestos del concurso mercantil, esto es, en estado de insolvencia e incumplimiento generalizado de obligaciones. Puede además, solicitar medidas

precautorias que salvaguarden los intereses de los acreedores y del propio comerciante concursado."¹⁴

Lo anterior de conformidad al artículo 29 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000, mismo que a la letra señala:

“Artículo 29.- Al día siguiente de que el juez admita la demanda, deberá remitir copia de la misma al Instituto, ordenándole que designe un visitador dentro de los cinco días siguientes a que reciba dicha comunicación. De igual forma y en el mismo plazo deberá hacerlo del conocimiento de las autoridades fiscales competentes para los efectos que resulten procedentes, girándose de inmediato los oficios respectivos. A más tardar al día siguiente de la designación del visitador, el Instituto lo deberá informar al juez y al visitador designado. El visitador, dentro de los cinco días que sigan al de su designación, comunicará al juez el nombre de las personas de las que se auxiliará para el desempeño de sus funciones sin que persona alguna no designada pueda actuar en la visita. Al día siguiente de que conozca de dichas designaciones, el juez dictará acuerdo dándolas a conocer a los interesados.”

Asimismo, el Visitador deberá presentarse en el Domicilio del Comerciante dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se dicte la orden de visita. Si transcurrido este plazo, el Visitador no se hubiere presentado a realizarla por cualquier causa, el Juez de oficio o los acreedores que hayan demandado al Comerciante, por conducto del Juez, podrán solicitar al Instituto la designación de un visitador sustituto.

En caso de que el Visitador acuda al lugar en donde deba verificarse la visita y no estuviere el Comerciante o su representante, dejará citatorio con la persona que se encuentre en dicho lugar para que lo espere a hora determinada del día siguiente para darse por enterado del contenido de la orden de visita.

¹⁴ ORDOÑEZ GONZÁLEZ, Juan Antonio, *Derecho Concursal Mercantil*, Editorial Porrúa, 2da Edición, México 2012 p.43

El Visitador, una vez que haya concluido la visita, tiene la obligación de levantar un acta en la que se harán constar en forma circunstanciada los hechos u omisiones que se hubieren conocido por el Visitador y sus auxiliares relativos al objeto de la visita. Dicha acta deberá levantarse ante dos testigos nombrados por el Comerciante, para lo cual el Visitador debe comunicarle por escrito con veinticuatro horas de anticipación, el día y hora en que levantará el acta; en caso de negativa del Comerciante a efectuar el nombramiento de los testigos, el acta se levantará ante el secretario de acuerdos del juzgado concursal.

3.- El Conciliador.

"Es la persona física, que a petición del juez dictada en la sentencia la declarativa de concurso, designa el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, y que tiene como principal función, la de mediar entre el comerciante concursado y sus acreedores, para que lleguen a un convenio que termine con el procedimiento concursal. Aunque el propio nombre de este sujeto, lo identifica con su labor de conciliar, dentro del procedimiento tiene otras obligaciones que la Ley de Concursos Mercantiles le asigna, como es la de realizar las propuesta de reconocimiento de créditos."¹⁵

Una de las funciones principales del Conciliador es maximizar el valor social de la empresa en concurso, mediante la celebración de un convenio entre el comerciante deudor y sus acreedores; de igual manera le corresponde al Conciliador, vigilar la administración que realice el comerciante de su empresa, dando cabida a que dicha persona se haga cargo de la administración, misma que debe realizar con el objetivo de conservar la empresa. Sin embargo, cuando convenga a los intereses de la masa concursada podrá solicitar al Juez el cierre total o parcial, temporal o definitivo de la empresa.

¹⁵ ORDOÑEZ GONZÁLEZ, Juan Antonio, *Derecho Concursal Mercantil*, Editorial Porrúa, 2da Edición, México 2012 p.43

El Conciliador es designado como consecuencia de la sentencia de declaración de concurso, en la que el Juez ordena al IFECOM hacer la designación correspondiente, lo anterior de conformidad a las fracciones IV y V del artículo 43 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000, a saber:

“Artículo 43.- La sentencia de declaración de concurso mercantil, contendrá:

...

IV. La orden al Instituto para que designe al conciliador a través del mecanismo aleatorio previamente establecido, junto con la determinación de que, entretanto, el Comerciante, sus administradores, gerentes y dependientes tendrán las obligaciones que la ley atribuye a los depositarios; V. La declaración de apertura de la etapa de conciliación, salvo que el Comerciante haya solicitado su quiebra;

...”

Al respecto es importante señalar que, el Conciliador podrá ser sustituido en el ejercicio de sus funciones, a partir de la solicitud que hagan al respecto el comerciante y los acreedores reconocidos que representen al menos 50% del monto total reconocido de créditos, incluso se permite la designación de un Visitador que no figure en el registro del IFECOM en el supuesto de que además del comerciante, así lo soliciten los acreedores representativos de al menos el 75% del total del crédito.

Las principales funciones del Conciliador son las siguientes:

- A. Iniciar el procedimiento de reconocimiento de créditos así como inscribir la sentencia de concurso mercantil en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio que corresponda al domicilio del comerciante y en todos aquellos lugares donde tenga una agencia, sucursal o bienes sujetos a inscripción en algún registro. Lo anterior de conformidad a lo señalado en la fracción XIII del artículo 44 y el artículo 45 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000.
- B. Encargarse de la publicación de un extracto de la sentencia de concurso mercantil en el DOF y en un periódico de mayor circulación.

- C. Cuando se encuentre encargado de la administración de la empresa debe realizar las gestiones necesarias para identificar los bienes propiedad del comerciante en posesión de terceros.
- D. Realizar la lista provisional de créditos, y en su oportunidad, la definitiva; misma que de igual manera puede ser realizada por el síndico, lo cual depende de la etapa en la que inicie el procedimiento de concurso mercantil
- E. Llevar a cabo los convenios que se realicen entre los acreedores y el comerciante en concurso.

El Conciliador, al igual que el Síndico y el Visitador serán responsables ante el Comerciante y ante los acreedores, por los actos propios y de sus auxiliares, respecto de los daños y perjuicios que causen en el desempeño de sus funciones, por incumplimiento de sus obligaciones y por la revelación de los datos confidenciales que conozcan en virtud del desempeño de su cargo, lo anterior de conformidad a lo señalado en el artículo 61 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000.

4.- El Síndico.

"Es la persona física, que a petición del Juez dictada en la sentencia declarativa de quiebra, designa el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles."¹⁶

Como se refiere anteriormente, el Síndico será nombrado solo si se abre la fase de quiebra, para lo que se podrá ordenar que se ratifique al Conciliador de dicho concurso como síndico, o que se designe a otra persona.

Al Síndico le corresponde administrar los bienes de la empresa en concurso dentro de la quiebra. El Síndico en la administración de la empresa debe obrar como

¹⁶ ORDOÑEZ GONZÁLEZ, Juan Antonio, *Derecho Concursal Mercantil*, Editorial Porrúa, 2da Edición, México 2012 p.43

un administrador diligente en negocio propio, por lo que será responsable de los daños que la empresa sufra por su culpa o negligencia, por lo que la LCM lo constriñe a tomar medidas necesarias para la seguridad y conservación de los bienes ajenos, lo anterior de conformidad al artículo 183, 184 y 189 de la Ley de Concurso Mercantiles de 2000.

Además el Síndico debe cumplir con las siguientes obligaciones:

- I. Inscribir la sentencia de quiebra y publicar un extracto de la misma en el Diario Oficial de la Federación y en uno de los diarios de mayor circulación donde se siga el juicio.
- II. Hacer del conocimiento de los acreedores su nombramiento.
- III. Señalar un domicilio dentro de la jurisdicción del juez que conozca del concurso mercantil.
- IV. Iniciar las diligencias de ocupación, debiendo tomar posesión de los bienes y locales que se encuentren en posesión del comerciante y realizar la administración.
- V. Realizar la lista provisional de créditos, y en su oportunidad la definitiva, misma que de igual manera puede ser realizada por el conciliador, lo cual depende de la etapa en la que inicie el procedimiento de concurso mercantil.
- VI. Entregar al Juez un dictamen sobre el estado de la contabilidad, un inventario de la empresa y un balance a la fecha que asuma la administración, todo ello deberá realizarlo dentro de los 60 días que sigan al inicio de sus funciones, de conformidad al artículo 190 de la Ley de Concursos Mercantiles.
- VII. Realización en su caso de los activos.

5.- El Interventor.

"Son las personas (la ley no distingue si son físicas o morales), que aunque la ley les denomine Interventores, son por sus funciones, una especie de vigilantes y gestores designados por los acreedores que conforme a la lista provisional de créditos, que se realiza en la etapa de reconocimiento de créditos, según sea el caso

por el Conciliador o por el Síndico, tengan por lo menos el diez por ciento del monto total de los créditos."¹⁷

Los honorarios de estos sujetos los pagan los acreedores que los designen.

Las facultades de los Interventores, de conformidad al artículo 64 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000, son las siguientes:

- A. Gestionar las publicaciones e inscripciones de las sentencias declarativas de concurso mercantil y de quiebra.
- B. Pedir al conciliador o a síndico la revisión de documentos, libros o medios electrónicos del comerciante sobre circunstancias que puedan afectar los intereses de los acreedores.
- C. Solicitar al Conciliador o al Síndico información sobre la administración de los bienes de la masa patrimonial del comerciante.

c) Concurso mercantil de las Sociedades Controladas y Controladoras.

A partir de los años sesenta, se realizaron en nuestro país considerables avances en el sistema bancario mexicano, lo que permitió que los servicios financieros se ampliaran y que surgieran los intermediarios financieros, tales como Casa de Bolsa, Sociedades de Inversión, Empresas de Factoraje, Sociedades de Ahorro y Préstamo, Casas de Cambio, entre otros. Dichos intermediarios siguieron la inercia natural de agruparse entre sí, con el objeto de ofrecer servicios complementarios frente al público, así como una gran diversidad de inversiones y productos.

¹⁷ ORDOÑEZ GONZÁLEZ, Juan Antonio, *Derecho Concursal Mercantil*, Editorial Porrúa, 2da Edición, México 2012 p.46.

Ahora bien, por lo que respecta al concurso mercantil de las Sociedades Controladas y Controladoras se encuentra regulado en el artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2000, mismo que a la letra señala:

"Artículo 15.- No se acumularán los procedimientos de concurso mercantil de dos o más Comerciantes, salvo lo previsto en el párrafo siguiente.

Se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada, los procedimientos de concurso mercantil de:

- I. Las Sociedades controladoras y sus controladas, y
- II. Dos o más sociedades controladas por una misma controladora.

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por sociedades mercantiles controladoras las que reúnan los siguientes requisitos:

- I. Que se trate de una sociedad residente en México;
- II. Que sean propietarias de más del cincuenta por ciento de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora, y
- III. Que en ningún caso más de cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades.

Se consideran acciones con derecho a voto, aquellas que lo tengan limitado y las que en los términos de la legislación mercantil se denominen acciones de goce; tratándose de sociedades que no sean por acciones se considerará el valor de las partes sociales.

Se considerarán **sociedades controladas** aquéllas en las cuales más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad controladora. Para ello, la tenencia indirecta a que se refiere este párrafo será aquélla que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora."

Como podemos observar, la Ley de Concursos Mercantiles de 2000 señala que los procedimientos de concursos mercantiles que podrán ser acumulados -pero

llevados por cuerda separada- son los de las Sociedades controladoras y sus controladas, así como los de dos o más sociedades controladas por una misma controladora.

Cabe mencionar que, las Sociedades Controladoras y Controladas firman un convenio, conocido como Convenio Único de responsabilidad, que hasta antes de la reforma Financiera de 2014 se encontraba regulado en el artículo 28 de la Ley para Regular Agrupaciones Financieras, por lo que al momento de que una u otra Sociedad son declaradas en Concurso Mercantil, dicho procedimiento debe llevarse a cabo conforme a las obligaciones pactadas en dicho convenio.

3. Ley de Concursos Mercantiles de 2014.

a) Concurso Mercantil de las Sociedades Controladas y Controladoras.

El 10 de enero de 2014 fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación las reformas a la Ley de Concursos Mercantiles (la “LCM”), emitidas como parte de la “Reforma Financiera” impulsada por el Ejecutivo Federal, cuyo propósito es agilizar los procedimientos concursales y atender algunos de los temas sustantivos que en la práctica han resultado en la desprotección de los intereses de los acreedores y del comerciante, brindando mayor certeza jurídica tanto a los comerciantes como a sus acreedores. Las reformas a la LCM entraron en vigor al día siguiente de su publicación.

Dentro de los diversos aspectos que se establecen en la reforma a la LCM destacan los siguientes:

- Se impide al Juez concursal modificar los plazos o términos establecidos en la LCM, salvo disposición expresa que lo permita. Esta limitación se encamina expresamente a evitar que los tribunales extiendan la etapa de la conciliación más allá del término establecido en la ley y asegurar que a su término, si no

hay acuerdo entre los Acreedores Reconocidos y el Comerciante, se deberá dictar sin mayor dilación la quiebra de este último.

- Se establece que los procedimientos mercantiles son públicos y cualquier persona puede solicitar información del procedimiento mediante los mecanismos de acceso a la información con que cuente el Poder Judicial Federal.
- Se adiciona el concepto de “Grupo Societario”, a efecto de poder acumular los procedimientos de diversas sociedades que pertenezcan al mismo grupo (controladora y controladas) y poder, además, solicitar simultáneamente la declaración conjunta de diversas sociedades. Sin embargo, sus masas concursales no se consolidarán y cada sociedad responderá por sus propias obligaciones y se respetarán las preferencias y garantías que existan entre los acreedores del grupo societario. Para dichos efectos, la LCM establece que se entenderá como Grupo Societario a las sociedades controladoras que, directa o indirectamente, detenten los derechos de voto respecto de más del 50% del capital social de una sociedad, tengan poder de decisión en sus acciones, puedan nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o de cualquier modo puedan tomar las decisiones fundamentales de la sociedad. Las sociedades controladas se definen como aquellas que más del 50% de sus acciones con derecho a voto sean propiedad directa o indirectamente de una sociedad o que una sociedad tenga control para dirigir directa o indirectamente su administración, estrategia o las principales políticas de una sociedad controlada.

Asimismo, el acreedor de una de ellas puede intentar la declaración conjunta de las sociedades que integren un Grupo Societario.

- Se introduce la definición de “Acreedores Comunes Subordinados”, como aquellas sociedades que sean parte del mismo Grupo Societario, que hayan convenido expresamente la subordinación de sus derechos respecto de los

créditos comunes o aquellos acreedores sin garantía real del mismo Grupo Societario.

- Dentro de los requisitos de la solicitud de concurso mercantil, se incorpora la obligación de incluir los acuerdos societarios o cualquier otra evidencia que demuestre que los accionistas del Comerciante, tuvieron la intención concreta de promover la solicitud de concurso mercantil. También se pide que la sociedad que solicita su concurso mercantil, acompañe a su petición, una propuesta preliminar de convenio de pago a sus acreedores y un plan preliminar de conservación de la empresa.
- Se crea la figura del concurso mercantil por “inminencia”, misma que implica que cualquier Comerciante que considere que se ubicará dentro de los supuestos legales para ser declarado en concurso mercantil dentro de los 90 días siguientes a la presentación de su solicitud, es elegible para ser declarado en concurso.
- Los acreedores ahora, además de demandar la declaración de concurso mercantil, pueden demandar directamente la declaración de quiebra; la cual procederá si el Comerciante se allana a dicha demanda. De lo contrario, el procedimiento iniciará en la etapa de Conciliación.
- Se aclaran las reglas para que el Comerciante obtenga financiamiento durante el procedimiento concursal, autorizándolo a contratar créditos de “emergencia” que sean indispensables a fin de mantener la operación del comerciante, pudiéndose constituir garantías sobre los mismos previa opinión del Juez y el Visitador o el Conciliador, según sea el caso. Dichos créditos se considerarán créditos contra la masa. Esta posibilidad, que ya existía en la ley para la etapa de conciliación, se extendió a la etapa de la visita.
- Se establece que los gastos y costas que se generen por la improcedencia de la demanda o solicitud de concurso mercantil, se calcularán conforme lo establezcan las leyes locales para la cuantificación de costas en asuntos que

tienen cuantía indeterminada, que usualmente implica el cobro de un monto concreto por cada actuación realizada por las partes.

- Se impone a los Conciliadores y Síndicos, la obligación de cumplir con las obligaciones fiscales del Comerciante cuando tengan a su cargo la administración del Comerciante.
- Se introdujeron disposiciones que aclaran que las acciones separatorias de bienes, incluyen la posibilidad de separar aquellos en poder del Comerciante, que se encuentren afectos a un fideicomiso.
- Ahora se autoriza que los Acreedores con Garantía Real respecto de un bien que no se considere indispensable para la operación ordinaria del Comerciante, no sólo prosigan con el respectivo juicio sino que inicien o continúen sus procedimientos de ejecución respectivos.
- Se amplía el periodo hasta el cual se puede establecer la fecha de retroacción respecto a las operaciones en que hayan participado Acreedores Subordinados. El Juez, a solicitud del Conciliador, del Síndico, de los Interventores o de cualquier acreedor, podrá establecer como fecha de retroacción una mayor a 270 días naturales antes de la sentencia de declaración de concurso mercantil, sin que ésta pueda exceder de 3 años, siempre que dichas solicitudes se presenten con anterioridad a la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Para que proceda el cambio de la fecha de retroacción prevista en el párrafo anterior, se requerirá que el solicitante relate una serie de hechos que pudieran encuadrar en alguna de las hipótesis de los actos en fraude de acreedores establecidos en la ley, aportando la documentación con la que cuente, en el entendido de que no es necesario demostrar en el incidente respectivo, para que proceda la modificación de la fecha de retroacción, la existencia de los actos en fraude de acreedores.

- Se amplían los supuestos para que se configuren Actos en Fraude de Acreedores señalándose los siguientes:
 - i. Los actos a título gratuito;
 - ii. Los actos y enajenaciones en los que se pague una contraprestación de valor notoriamente superior o reciba una contraprestación de valor notoriamente inferior a la prestación de su contraparte;
 - iii. Las operaciones en las que se hubieren pactado condiciones o términos que se aparten de manera significativa de las condiciones prevalecientes en el mercado en el que se hayan celebrado, en la fecha de su celebración, o de los usos o prácticas mercantiles;
 - iv. Las remisiones de deuda;
 - v. Los pagos de obligaciones no vencidas, y
 - vi. El descuento de sus propios efectos, después de la fecha de retroacción se considerará como pago anticipado.

Se presumen Actos en Fraude de Acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe:

- i. El otorgamiento de garantías o el incremento de las vigentes, cuando la obligación original no contemplaba dicha garantía o incremento, y
- ii. Los pagos de deudas hechos en especie, cuando ésta sea diferente a la originalmente pactada o bien, cuando la contraprestación pactada hubiere sido en dinero.

Si el Comerciante es una persona física, se presumen Actos en Fraude de Acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que se pruebe su

buena fe, las operaciones en contra de la Masa realizadas con las personas siguientes:

- i. Su cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil, o
- ii. Personas morales, en las que las personas a que se refiere la fracción anterior o el propio Comerciante sean administradores o formen parte del consejo de administración, o bien, conjunta o separadamente, directa o indirectamente, mantengan la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital, tengan poder decisorio en sus asambleas, estén en posibilidades de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio, tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales de dichas personas morales.

En caso de Comerciantes que sean personas morales, se presumen Actos en Fraude de Acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que pruebe su buena fe, las operaciones en contra de la Masa realizadas con las personas siguientes:

- i. El administrador, miembros del consejo de administración o empleados relevantes del Comerciante o de las personas morales señaladas en el punto IV siguiente, o bien, con el cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil de las personas antes mencionadas;
- ii. Aquellas personas físicas que conjunta o separadamente, directa o indirectamente, mantengan la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital del Comerciante sujeto a concurso mercantil o de las personas morales señaladas en la

fracción IV siguiente, tengan poder decisorio en sus asambleas, estén en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales del Comerciante sujeto a concurso;

- iii. Aquellas personas morales en las que exista coincidencia de los administradores, miembros del consejo de administración o directivos relevantes con los del Comerciante sujeto a concurso mercantil, y
 - iv. Aquellas personas morales, directa o indirectamente, controladas por el Comerciante, que ejerzan control sobre éste último, o bien que sean controladas por la misma sociedad que controla al Comerciante.
- Un grupo de acreedores, puede ser representado por un representante común y se introducen reglas específicas para que los créditos colectivos emitidos a través del mercado de valores, puedan votar el convenio concursal en caso de que no se hubieren establecido mecanismos en el documento inicial que les dio origen.
 - Algunos términos y plazos que antes incluían días naturales, ahora se contarán en días hábiles.
 - Ahora se permite que no sólo el Conciliador pueda autorizar la primera prórroga de la etapa de conciliación por 90 días naturales, sino también el 50% de los Acreedores Reconocidos.
 - Se establece que el Conciliador puede ser sustituido mediante la solicitud del Comerciante y el 50% de los Acreedores Reconocidos, y no podrán participar los créditos reconocidos subordinados en dicho cómputo.
 - En los casos de Concursos Mercantiles con Plan de Reestructura Previo, se puede designar un Conciliador de común acuerdo sin que éste tenga que ser de los listados por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.

- Se prevé la posibilidad de que un acreedor, pueda renunciar de manera expresa a un trato igualitario respecto del resto de los acreedores de su mismo grado y prelación.
- Se excluye a los Acreedores Reconocidos Subordinados del cómputo del porcentaje requerido, para que un convenio concursal sea considerado eficaz.
- Se establece que la sentencia que aprueba el convenio, solo afecta al Comerciante y no modifica la situación jurídica de sus avalistas, fiadores y codeudores, salvo aceptación expresa de dichos acreedores.
- Se inserta la posibilidad de modificar el convenio concursal aprobado mediante sentencia, pero se restringe a causas excepcionales que afecten gravemente el cumplimiento del mismo.
- Se otorga al Síndico, la posibilidad de oponerse a la venta de un bien garantizado si acredita que la venta de dicho bien junto con otros, puede implicar un beneficio mayor para la masa.
- Se establece la posibilidad de alcanzar un convenio concursal en la etapa de quiebra por aprobación de la mayoría de los acreedores y no por la totalidad de los mismos, siempre que se considere en el convenio el pago de la totalidad de los acreedores.

Se amplía la responsabilidad de los administradores para que indemnicen por daños y perjuicios que causen al Comerciante cuando voten aspectos patrimoniales en los que tengan conflictos de interés, favorezcan a un determinado accionista, establezcan beneficios económicos para sí o en favor de terceros sin causa legítima, utilicen información a sabiendas de que es falsa, ordenen u omitan el registro de operaciones o alteren u ordenen alterar información respecto de cualquier concepto de los estados financieros, falsear la contabilidad del Comerciante, destruyan o modifiquen u ordenen lo anterior respecto de registros contables del Comerciante y en general realicen actos dolosos o de mala fe. Dicha acción es exclusivamente en

favor del Comerciante o sus accionistas que representen al menos el 25% del capital social del Comerciante y prescribe a los 5 años.

- Se extienden los supuestos para perseguir delitos en situación de concurso mercantil respecto a los administradores, que de algún modo, realicen operaciones o actos ilícitos o prohibidos por la ley que dañen el patrimonio del Comerciante.
- Se establece que en los concursos mercantiles con plan de reestructura previo, se debe presentar para votación el mismo plan que se presentó con la solicitud.

De la reforma se observa ese especial cuidado para el manejo presente y futuro de las sociedades controladas y controladoras al establecer de una manera más amplia la forma en la que se debe llevar a cabo el concurso mercantil de dichas sociedades, lo que en la práctica permite que dicho procedimiento pueda otorgar certeza jurídica a los acreedores de los grupos societarios.

I. CONCEPTOS GENERALES DE LOS CONCURSOS MERCANTILES.

A. Conceptos Generales

1. Concepto de Concurso.

La palabra concurso viene del latín *concursum* “*Competición, prueba entre varios candidatos para conseguir un premio.*” Concursos de acreedores: “*Der. Juicio universal para aplicar los haberes de un deudor no comerciante al pago de sus acreedores.*”¹⁸ Término utilizado actualmente en el sistema jurídico mexicano y por la Ley de Concursos Mercantiles publicada el 10 de enero de 2014.

¹⁸ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; (octubre de 2007); vigésima segunda edición; (en línea);*Quiebra; (párrafo I, V); http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=quiebra; (consultado 22 abril 2015)

El Licenciado Juan Antonio Ordoñez González define al Concurso Mercantil como:

“...el procedimiento mercantil, de carácter colectivo o universal que pueden iniciar ante un juez federal, el comerciante insolvente, sus acreedores o el Ministerio público, cuando el comerciante incumple de manera general sus obligaciones de pago y no tiene bienes suficientes para liquidar todos sus créditos, con la intención en primer término de celebrar un convenio con sus acreedores que permita modificar las condiciones de pago de sus deudas para poder cubrirlas, y si eso no fuese posible, decretar su quiebra, rematando los bienes que integren su patrimonio para pagar con el producto del remate a los acreedores, hasta donde alcance, según su preferencia y prelación.”¹⁹

Finalmente Luis Fernando Sanromán Martínez define al Concursos Mercantil partiendo de sus características principales y del fin que persigue, tomando en cuenta el principio de conservación de la empresa de la siguiente manera:

“Un procedimiento universal, en el cual un deudor que necesariamente es Comerciante, es sometido, ya sea de manera voluntaria o coaccionada, debido a que ha incumplido generalizadamente en el pago de dos o más obligaciones a juicio de un auditor (Visitador) y del Juez (mediante la sentencia), de conformidad con los supuestos de la Ley aplicable, procedimiento que tiene como finalidad, siempre que sea posible, conservar a la empresa que se encuentra en problemas financieros, mediante la celebración de un convenio, se declarará en quiebra al Comerciante para liquidar el patrimonio, y con el resultado pagar hasta donde sea posible a sus acreedores.”²⁰

Como se puede observar, se han empleado diversas expresiones para referirse a la situación de insolvencia de una persona. A partir del año 2000, la

¹⁹ ORDOÑEZ GONZÁLEZ, Juan Antonio, *Derecho Concursal Mercantil*, Editorial Porrúa, 2da Edición, México 2012 p.13

²⁰ SANROMAN MARTÍNEZ, Luis Fernando, *“Concursos Mercantiles”*, Porrúa, Universidad Panamericana, México, 2010, p.23.

legislación nacional optó por aplicar la acepción de Concursos Mercantil al considerar que se ajustaba mejor a la concurrencia de los acreedores en el proceso judicial, así como a las situaciones de competencia al que son sometidos los acreedores concurrentes que persiguen el pago de sus créditos.

Desde mi punto de vista, puede entenderse al Concurso Mercantil como el procedimiento judicial al que es sometido un comerciante, ya sea voluntariamente o a petición de un tercero, al presentar dificultades para enfrentar sus obligaciones de pago y que le brinda la oportunidad de conservar la administración y la conservación de la empresa o bien la liquidación pronta y ordenada de la misma.

a) Naturaleza Jurídica.

Al estudiarse la naturaleza jurídica de la quiebra se hace referencia al estudio formal y material de la misma. El catedrático Joaquín Rodríguez y Rodríguez explica que al hablar de la quiebra se deben reflexionar de tres conceptos, a saber: en primer lugar, la quiebra como status jurídico constituido por la declaración de cesación de pagos; en segundo lugar, se menciona la quiebra para referirnos al conjunto de normas relativas a los elementos del estado de quiebra, los efectos sobre el comerciante, su patrimonio y las relaciones jurídicas de las que es titular que es lo que constituye el derecho material de la quiebra; y en tercer lugar, el conjunto de normas procesales relativas a la quiebra y a los órganos que participan en la misma, que es lo que se puede llamar derecho formal de la quiebra.

Raúl Cervantes Ahumada señala que: "...la quiebra es un procedimiento judicial mercantil que se aplica sólo a los comerciantes. El procedimiento es en parte jurisdiccional y en parte administrativo. Es decir, cuando el Juez decreta la quiebra actúa como órgano jurisdiccional y cuando determina los actos de administración de la misma actúa como supremo administrador."²¹

²¹ CERVANTES AHUMADA, Raúl citado por GARCÍA RENDÓN, Manuel. "Sociedades mercantiles". Pág. 106. México: Editorial Oxford. 2006

Por otra parte, Miguel Acosta Romero comenta que existen varias teorías en cuanto a la naturaleza de la quiebra, entre las más importantes se encuentran:

“1.- Teoría que la considera como proceso de realización coactiva; durante mucho tiempo el fin de la quiebra era la ejecución forzosa de la masa activa del quebrado para cumplir con sus acreedores, debido al carácter de culpabilidad que se le daba al deudor incumplido. Actualmente no puede ser la única finalidad del proceso, pues hay que tomar en cuenta la importancia de la empresa en nuestros días, es por esto que en la legislación anterior se encontraba contemplada la suspensión de pagos, cuyo objetivo era la rehabilitación de la empresa. Por lo tanto la naturaleza jurídica de este proceso no es la coactividad, claro que se puede llegar al cumplimiento forzoso de las obligaciones del deudor, pero antes de la ejecución forzosa de las obligaciones tiene que llevarse a cabo todo un proceso.

2.- Teoría que la considera como de naturaleza jurisdiccional o administrativa según su origen; primero hay que ver quien realiza la solicitud de declaración de quiebra, si lo hace el órgano jurisdiccional o de los mismos acreedores. Es esta teoría para saber el carácter del proceso, se debe saber quien solicitó la declaración. Si estuvo motivada por el juez, se entiende como un acto judicial; pero si la iniciativa la tuvieron los acreedores, se debe entender como un acto administrativo. Sin embargo, no puede decirse que la declaración de quiebra tenga naturaleza jurisdiccional o administrativa según la diversa actividad procesal que la promueve.

3.- Teoría del derecho material de los acreedores a la acción ejecutiva concursal; esta teoría sostiene que la sentencia que declara la quiebra es una sentencia de fondo que constituye cosa juzgada sobre los derechos materiales de los acreedores, de modo que la misma tiene como fin la declaración del sobreseimiento de pagos y del derecho de los acreedores a la ejecución del concurso mercantil por lo tanto su declaración es constitutiva.

4.- Teoría que niega el carácter de verdadero proceso y lo considera como una actividad administrativa del estado; No puede hablarse de una actividad jurisdiccional de ejecución, porque falta un título ejecutivo que permita llevar a cabo la acción concursal dándole paso a la realización coactiva.

5.- Teoría que le asigna naturaleza cautelar para asegurar la igualdad de trato entre los acreedores; es decir, debe haber un trato igualitario para todos los acreedores mientras no exista una razón para un trato diferencial. Las excepciones a este principio se dan cuando existen créditos preferenciales. Se habla de igualdad en cuanto a que todos los acreedores tienen la misma oportunidad para ser pagados, pero también deben tomarse en cuenta las reglas de la graduación y prelación de los créditos.

6.- Teoría Francesa y Teoría Bonelli; que considera a la quiebra como “un hecho proveniente de la culpa del deudor insolvente, por lo que se persigue la liquidación colectiva de los bienes del deudor para cubrir los créditos de los acreedores. También se considera a la quiebra como una institución de naturaleza mixta y la define como la organización legal y procedimental de la defensa colectiva de la defensa colectiva de los acreedores frente a la insolvencia del comerciante.”²²

En suma, al analizar las diferentes teorías que estudian la naturaleza jurídica de la quiebra, se puede entender a ésta como un juicio que se caracteriza por su ejecución coactiva; en la cual, se aseguran los bienes del comerciante, para con su venta liquidar los créditos de los acreedores, tomando en cuenta la graduación y prelación de los mismos. Por otro lado, se destaca que la quiebra es un procedimiento jurisdiccional y administrativo, toda vez que busca solucionar las controversias entre las partes y determinar la forma en que se va a administrar la misma.

²² ACOSTA ROMERO, Miguel y ROMERO MIRANDA, Tania, *Manual de Concursos Mercantiles y Quiebras*, México, Porrúa 2001, pp.57

2. Grupo societario.

Desarrollaré el concepto de grupos societarios, tratándolos doctrinaria y jurídicamente, lo que ayudará a entenderlos como una natural evolución en la mecánica económica y societaria, proporcionando las herramientas para identificarlos.

En primer lugar, es importante destacar que las personas jurídicas adquieren formas complejas una vez que se fusionan, escinden o se agrupan con otras personas jurídicas; resultando esta última de gran impacto e importancia tanto jurídica como económicamente, de ahí que el presente estudio se centre en la agrupación de sociedades mercantiles –también llamados grupos societarios-, entendiendo a éstas como:

El conjunto de sociedades que manteniendo su independencia y personalidad jurídica, se agrupan mediante una sociedad denominada sociedad controladora, que tiene una participación accionaria dentro de las mismas, llamadas también sociedades controladas, mayor al 50% de las acciones con derecho a voto, lo que le permite ejercer el control directo, jurídico, operacional y financiero del grupo.

Para el jurista argentino José Héctor Miguens un grupo societario es:

“Una estructura empresarial multiarticulada, constituida por dos o más sujetos de derecho, en la que hay una política empresarial unificada o unitaria al servicio de un interés social del grupo, política que se ejerce mediante un conjunto de relaciones de subordinación o control jurídico-económico de los sujetos dominantes respecto de la existencia y funcionamiento de otros sujetos denominados dependientes, un interés social que prima sobre todos los demás intereses sociales de todos los integrantes del grupo, sean dominantes o dominados, con una vocación empresarial común.”²³

²³ MIGUENS, José Héctor, “La extensión de la Quiebra y la responsabilidad en los Grupos de Sociedades”, Depalma, Argentina, 1998, p. 41.

La legislación mexicana contempla a los grupos societarios dentro de la Ley de Concursos mercantiles de 2014, concepto que fue agregado a dicho ordenamiento con la reforma publicada el 01 de enero de 2014, aunque no hace mención ni trata de fondo sus tipos, sus estructuras, sus relaciones tanto internas como externas. Por lo que es menester poner atención en la creación de principios y bases jurídicas que soporten estas nuevas tendencias societarias, ya que de lo contrario tendremos que utilizar por analogía normas no específicas que pueden provocar menoscabo en los entes sociales inmiscuidos y la economía general del Estado.

De conformidad a la Ley de Concursos Mercantiles de 2014 se entenderá como Grupo Societario a las sociedades controladoras que -directa o indirectamente- detentan los derechos de voto respecto de más del 50% del capital social de una sociedad, tengan poder de decisión en sus acciones, puedan nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o de cualquier modo puedan tomar las decisiones fundamentales de la sociedad. En tanto que las sociedades controladas se definen como aquellas que más del 50% de sus acciones con derecho a voto sean propiedad -directa o indirectamente- de una sociedad o que una sociedad tenga control para dirigir directa o indirectamente su administración, estrategia o las principales políticas de una sociedad controlada.

Lo anterior de conformidad al artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2014, mismo que a la letra señala:

“Artículo 15.- No se acumularán los procedimientos de concurso mercantil de dos o más Comerciantes, salvo lo previsto en el párrafo siguiente.

Se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada, los procedimientos de concurso mercantil de sociedades mercantiles que integren un grupo societario.

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 aquéllas en las cuales más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad controladora. Para ello, la tenencia indirecta a que se refiere este párrafo será aquélla que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora.”

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.”

De lo expuesto, se debe entender a los Grupos Societarios como la unión de dos o más sociedades mercantiles que se interrelacionan entre sí, creando vínculos fuertes y trascendentes que les permiten incrementar su capacidad económica, de operación y de mercado para alcanzar mayores rangos de especulación comercial. Se puede observar a la agrupación societaria como un paso más del desarrollo histórico del comercio y del empresario, ya que en un principio eran sólo los comerciantes personas físicas, quienes realizaban operaciones mercantiles; luego la agrupación de personas físicas formaron mediante una ficción jurídica la llamada “sociedad”, que poseía personalidad distinta a la de los socios que la integraban;

posteriormente se les atribuyeron a las personas jurídicas o sociedades la capacidad de integrar y formar nuevas sociedades; actualmente observamos cómo las sociedades se unen para desarrollar nuevas estructuras comerciales en forma de grupos.

Cabe destacar que, los grupos de sociedades que establecen vínculos de control poseen características y atributos heredados de las sociedades mercantiles y que van íntimamente ligadas a sus requisitos de constitución, ya que son esenciales para su determinación e individualización (nombre, domicilio, patrimonio y fin económico).

Las sociedades mercantiles están formando nuevos entes sociales multiarticulados que pueden adquirir diferentes estructuras dependiendo del tipo de vínculos que los unan.

Según sus vínculos de control, pueden ser horizontales o verticales. En los primeros, existen vínculos de subordinación descendente, se destacan por la presencia de una controladora que posee más del 50% de las acciones con derecho a voto de sus controladas, lo que le permite unificar la dirección y ejercer el control de sus miembros. En los grupos horizontales no existe propiamente una controladora, ya que por lo general sus miembros se entrelazan accionariamente sin que alguno tenga control absoluto sobre los demás, algunas legislaciones como la japonesa y la española suelen tenerlos muy presentes.

Debe destacarse que, las empresas pueden adquirir estructuras que les permitan un funcionamiento distinto; en donde sus integrantes tengan facultades diversas que van de la mano con el tipo de vínculos que se desarrollen internamente. La legislación nacional se esmera por tratar jurídicamente a los grupos de sociedades mercantiles que poseen una controladora y que tienden a consolidar sus estados financieros.

a) Naturaleza Jurídica.

Doctrinariamente se pueden considerar las sociedades como “comerciantes, contratos o entes en funcionamiento.”²⁴ Son vistas como comerciantes por la ficción jurídica que las crea y por el fin que les da razón de ser, es decir, el hacer del comercio su principal actividad al realizar empresas de diversa índole.

También se les puede considerar como contratos; al respecto, el diccionario de la RAE conceptúa a las sociedades como: “El contrato que obliga a dos o más personas a poner en común dinero, bienes o servicios para la consecución de un fin común, normalmente lucrativo.”²⁵ Esto es, se comprende a la sociedad como un contrato por la forma en que éstos son constituidos. Por ejemplo, en nuestra legislación las sociedades son constituidas mediante contratos formales denominados “Documento Constitutivo”, las cuales son inscritas en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio como resultado de la “*affectio societatis*”,²⁶ después son consideradas personas, por tanto son sujetos de derechos y obligaciones, es decir, adquieren personalidad jurídica distinta a la de los socios que las conforman.

Finalmente, las sociedades son vistas como entes en funcionamiento, puesto que la sociedad mercantil generalmente es también una empresa, es un negocio funcional con personalidad distinta a la de sus socios y por tanto capaz de generar relaciones internas y externas.

²⁴ GARCÍA DOMINGUEZ, José, “Sociedades Mercantiles”, Popocatepetl, México, 2004, p.13-15.

²⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, (octubre de 2007); vigésima segunda edición; (en línea); Quiebra; (párrafo I, V); http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=quiebra; (consultado 28 abril 2015)

²⁶ Palomar Miguel, indica que la *affectio societatis* puede entenderse como: “La voluntad de la sociedad, el deseo formal de integrar una sociedad, en virtud de la confianza entre los socios que la forman.” Citado por CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M, “Sociedades Mercantiles”, Porrúa, México, 2008, p.4.

En tanto, el Derecho de Sociedades puede entenderse como el derecho de las agrupaciones privadas de personas, unidas como un negocio para la consecución de un fin común y determinado; mientras que las sociedades pueden definirse como “Entes a los que la ley les reconoce personalidad jurídica propia y distinta de sus miembros, y que contando también con patrimonio propio, canalizan sus esfuerzos a la realización de una finalidad lucrativa que es común, con vocación tal que los beneficios que de las actividades realizadas resulten, solamente serán percibidos por los socios siempre que sean reportados efectivamente por la sociedad al cierre de cada ejercicio.”²⁷

La finalidad de alcanzar conceptos o características de las sociedades es delimitar principalmente fenómenos que pueden constituirse como sociedades; así como los hechos y actos jurídicos que pertenecen y afectan a las mismas. Se asocian a este concepto, las estructuras corporativas que desempeñan principalmente actividades económicas, cualquiera que sea el fin propuesto.

3. Sociedad controladora y sociedad controlada.

Recordando que las sociedades mercantiles han formado y forman nuevos entes sociales multiarticulados y que pueden adquirir diferentes estructuras dependiendo del tipo de vínculos que los unan; según sus vínculos de control pueden ser horizontales o verticales. En las sociedades con vínculos horizontales, existen vínculos de subordinación descendente que se destacan por la presencia de una controladora que posee más del 50% de las acciones con derecho a voto de sus controladas, lo que le permite unificar la dirección y ejercer el control de sus miembros.

A su vez, las sociedades también pueden agruparse en relación a sus afinidades económicas y pueden ser verticales, horizontales o laterales.

Son grupos verticales los que se integran por empresas que abarcan distintos niveles de producción de un mismo producto.

Son grupos horizontales aquellos cuyos miembros comercian con el mismo

²⁷ CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M, “Sociedades Mercantiles”, Porrúa, México, 2008, p.5.

producto, es decir, pertenecen al mismo nivel de producción y tienden a competir entre sí.

Finalmente, las sociedades se pueden agrupar lateralmente, mediante la coordinación de empresas dedicadas a la producción de diferentes bienes de un mismo mercado.

Sin embargo, la constitución de los grupos de sociedades no está claramente establecida por el legislador, salvo en el caso de los Grupos Financieros, previstos en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

La legislación fiscal toma en cuenta las tendencias agrupacionales de los grupos mercantiles y les brinda la posibilidad de tributar bajo un régimen consolidado, lo anterior con el objeto de reconocerlos como unidad económica y no como sociedades individuales. Esto ha provocado que la legislación fiscal, dentro de la Ley del Impuesto sobre la Renta, especifique cuestiones como los conceptos de sociedad controladora y las controladas, precise requisitos de constitución como su residencia en México y la propiedad por parte de la controladora de más del 50% de las acciones con derecho a voto de las sociedades controladas, ya sea de forma directa o indirecta.

Sociedad Controladora.

El artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles de 2014 define a las Sociedades Controladoras de la siguiente manera:

“Artículo 15.- ...

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.

...”

Por otro lado, la Ley para Regular Agrupaciones Financieras establece que las sociedades controladoras “son sociedades anónimas cuyo objeto será adquirir y

administrar acciones emitidas por los integrantes del grupo financiero (que representen en todo tiempo por lo menos el 51% del capital pagado a cada uno de los integrantes) sin que en ningún caso, la controladora pueda celebrar operaciones que sean propias de las entidades financieras integrantes del grupo.”²⁸

“La LMV señala que las sociedades controladoras son aquellas que realizan como actividad exclusiva o concurrente la inversión en acciones o partes sociales de otras sociedades que les permita, directa o indirectamente, ser titulares del 50% o más de su capital social o que por cualquier título tenga la facultad de determinar el manejo de las mismas, siempre que dicha inversión sea igual o superior al 20% del capital contable, según el último estado de de posición financiera de la controladora.”

Se puede observar que, el objetivo principal de la sociedad controladora es ser la única con el poder suficiente para determinar, directa o indirectamente, el manejo de otras sociedades, lo cual realiza a través de la obtención de acciones o partes sociales de otras sociedades.

En síntesis, una sociedad controladora “es una sociedad anónima con duración indefinida y cuyo objeto es adquirir y administrar las acciones emitidas por los integrantes del grupo financiero, que representen el 51% de su capital pagado”²⁹

Las ventajas de una Sociedad Controladora son las siguientes:

- Lograr unidad del gobierno, objetivos y políticas
- Consolidar en una sociedad las participantes de distintos accionistas en distintas sociedades, sin perder la individualidad de éstas;
- Multiplicar el efecto de control de un grupo de empresas;
- Facilitar una tesorería centralizada y el mayor flujo de recursos a la sociedad accionista de diversas sociedades operadoras; y
- Tener mayor facilidad y flexibilidad para el crecimiento y diversificación.

Características de una Sociedad Controladora.

²⁸ DE LA FUENTE RODRIGUEZ, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, Tomo II, México, Porrúa 2010, pp. 1262

²⁹ *Ibidem*

Los rasgos característicos de la sociedad controladora son entre otros:

- ✓ Naturaleza Jurídica de una sociedad anónima.
- ✓ Duración indefinida y domicilio social dentro del territorio nacional.
- ✓ Sociedad independiente de los demás integrantes del grupo.
- ✓ Su función es de tipo administrativo, adquirir y administrar las acciones de los integrantes del grupo financiero, que representen el 51% de su capital social.
- ✓ Poseedora de una mayoría de acciones con derechos a voto suficiente para poder tener el mando directo del grupo financiero, para consecuentemente tener el control de las asambleas generales de accionistas y así ser el centro de la dirección financiera del grupo.
- ✓ No puede celebrar operaciones que sean propias de las entidades financieras.
- ✓ En su capital social ninguna persona física o moral podrá adquirir, directa o indirectamente, mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultaneas o sucesivas, el control de acciones de la serie "O"; por más del cinco por ciento del capital social de una sociedad controladora. La SHCP podrá autorizar, cuando a su juicio se justifique, un porcentaje mayor sin exceder del veinte por ciento.

Sociedad Controlada.

Las sociedades controladas son definidas por el artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles, mismo que a la letra señala:

“Artículo 15.- ...

II. Se considerarán sociedades controladas aquéllas en las cuales más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad controladora. Para ello, la tenencia indirecta a que se refiere este párrafo será aquélla que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora.”

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.”³⁰

Como se puede observar, las características principales de las sociedades controladas derivan del control que una sociedad controladora tenga respecto de sus acciones con derecho a voto, ya sea de forma directa, indirecta o de ambas maneras; así como de la capacidad que tenga 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.

4. Legitimación para demandar el Concurso de las Sociedades Controladas y Controladoras.

Una vez expuestas las formas y conformación de grupos societarios, comprendidos como una realidad empresarial justificada, a continuación se verá qué sucede cuando éstas se enfrentan a situaciones de insolvencia que las colocan en un proceso concursal regulado por la Ley de Concursos Mercantiles de 2014.

Con anterioridad, en la Ley de Concursos Mercantiles de 2000 se hacía una breve referencia a estas estructuras, reconociendo a las sociedades controladoras y controladas como comerciantes; indicando ambiguamente que podían participar en el concurso tanto la controlada como su controladora mediante la acumulación, misma que sería llevada por cuerda separada. En ese momento la problemática jurídica en torno a los grupos societarios en situación de insolvencia iba mucho más allá de lo contemplado por la legislación nacional.

Primeramente, era complicado percibir en que momento nos encontrábamos ante un grupo societario; al respecto la Ley de Concursos Mercantiles de 2000 hacía

³⁰ MEXICO. H. Congreso de la Unión, 2014, *Ley de Concursos Mercantiles 2014*, Mayo 2014 p.7

referencia a lo que debía entenderse por sociedad controladora y controlada apegándose a lo establecido por el ordenamiento fiscal utilizado para la consolidación fiscal. Por lo tanto, un cúmulo de empresas consolidadas fiscalmente eran tomadas como agrupaciones para los efectos del concurso mercantil, aunque finalmente es labor del Juez concursal declarar al extensión del concurso a las sociedades controladoras, lo que dejaba en el tintero un debate sobre el resto de los integrantes del grupo; ya que la legislación referida únicamente nos indicaba que en caso de que fuesen dos sociedades controladas las que cayeran en Concurso Mercantil, se acumularían sus procesos pero se llevarían por cuerda separada conservando su individualidad procesal, de conformidad a los artículos 11, 14 y 15 de la Ley de Concursos Mercantiles de 12 de Mayo de 2000.

Sin embargo, la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles de 2014 adiciona el concepto de “Grupo Societario”, a efecto de poder acumular los procedimientos de diversas sociedades que pertenezcan al mismo grupo (controladora y controladas) y poder, además, solicitar simultáneamente la declaración conjunta de diversas sociedades, sin que sus masas concursales se consoliden, permitiendo que cada sociedad responda por sus propias obligaciones y que se respeten las preferencias y garantías que existan entre los acreedores del grupo societario. Para dichos efectos, la LCM establece que se entenderá como Grupo Societario a las sociedades controladoras que directa o indirectamente detenten los derechos de voto respecto de más del 50% del capital social de una sociedad, tengan poder de decisión en sus acciones, puedan nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o de cualquier modo puedan tomar las decisiones fundamentales de la sociedad. Las sociedades controladas se definen como aquellas que más del 50% de sus acciones con derecho a voto sean propiedad directa o indirectamente de una sociedad o que una sociedad tenga control para dirigir directa o indirectamente su administración, estrategia o las principales políticas de una sociedad controlada.

Asimismo, en dicha ley se establece que el acreedor de una de ellas puede

intentar la declaración conjunta de las sociedades que integren un Grupo Societario.

Ahora bien, es importante recordar que el Concurso Mercantil puede ser de dos tipos: el procedimiento especial y el procedimiento ordinario, como se estudiará posteriormente y que se enfocará en su aplicación a los grupos societarios mercantiles.

Dicho proceso se inicia bajo dos supuestos:

- a. Mediante solicitud de Concurso Mercantil del comerciante, quien considera que ha incurrido en el incumplimiento generalizado de sus obligaciones.

Entendiéndose que un Comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones cuando:

- I. El Comerciante solicite su declaración en concurso mercantil y se ubique en alguno de los supuestos consignados en las fracciones I o II del artículo 10 de la Ley de Concursos Mercantiles.

- II. Cualquier acreedor o el Ministerio Público hubiesen demandado la declaración de concurso mercantil del Comerciante y éste se ubique en los dos supuestos consignados en las fracciones I y II del artículo siguiente.

Ahora bien, para los efectos de esta ley, el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de un Comerciante, consiste en el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y se presenten las siguientes condiciones:

- I. Que de aquellas obligaciones vencidas, las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido representen el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a cargo del Comerciante a la fecha en que

se haya presentado la demanda o solicitud de concurso, y

II. El Comerciante no tenga activos, para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la demanda o solicitud.

Dicha solicitud deberá contener:

- Los estados financieros del Comerciante de los últimos tres años.
- Una memoria razonada de las causas que lo llevaron a incumplir.
- Una relación pormenorizada de sus acreedores y deudores, donde indique las características particulares de cada crédito así como las garantías de los mismos.
- Un inventario de todos sus bienes y derechos.

b. Mediante demanda de Concurso Mercantil interpuesta por cualquier acreedor o por el Ministerio Público, la cual deberá acompañarse de:

- Las pruebas documentales que pretendan demostrar el incumplimiento de pago por parte del comerciante.
- El ofrecimiento de otorgar en caso de admisión de la demanda, la garantía para los honorarios del visitador pero en caso de ser iniciado por el Ministerio Público ésta no será requerida.
- Las pruebas documentales que el demandante tenga en su poder, en caso de no tenerlas deberá designar el archivo o lugar en que se encuentren los originales, para que, antes de darle trámite a la demanda y a costa del demandante el Juez mande a expedir copias de ellos.

En consecuencia, la legitimación para demandar el Concursos de las Sociedades Controlada y controladoras recae en los acreedores y el Ministerio

Público, sin dejar de lado la facultad con la que cuenta el comerciante para solicitar la declaración de concurso mercantil.

5. Graduación y prelación de las Sociedades Controladas y Controladoras.

Una de las fases del Concurso Mercantil que es indispensable para cualquiera de sus etapas y objetivos más significativos, es el reconocimiento de créditos, ya que marca quiénes y en qué montos y preferencias intervienen jurídicamente como acreedores reconocidos en el concurso. Dicha función queda a cargo del Conciliador, independientemente de que se dé por concluida la etapa de conciliación. Así mismo, la graduación y prelación de los acreedores se clasificará en grados según la naturaleza de sus créditos, lo anterior de conformidad al artículo 217 de la Ley de Concursos Mercantiles.

La doctrina reconoce en los juicios concursales tres principios que son acordes a su naturaleza y finalidad: el de universalidad, el de colectividad y el de igualdad.

Por el principio de universalidad se pretende que la totalidad del patrimonio del concursado quede vinculado con la totalidad de sus acreedores; en razón de este principio se considera al conjunto de bienes del deudor, una universalidad que ha de ser liquidada para que con su producto se verifique el pago a todos los acreedores del concursado.

El principio de colectividad permite que todos los acreedores del concursado queden sujetos a un procedimiento único que es el concursal y por tanto, a sus resultados, proceso en el que participan con un interés común: preservar la integridad del patrimonio del concursado y mediante su liquidación obtener el pago proporcional.

Por el principio de igualdad se pretende que todo juicio concursal se siga bajo la

regla de que todos los acreedores, independientemente de su calidad, deben recibir dentro del procedimiento concursal un trato igual y entre aquellos que se encuentran en igual posición jurídica, atenta la naturaleza de su crédito o el privilegio que las leyes le confieran, deben recibir igualdad de trato en cuanto a pago o pérdidas. A este principio se hace referencia con toda claridad en la Exposición de Motivos de la Ley de Concursos Mercantiles al señalar que, la equidad, por su parte, no se alcanza dando un trato igual a los distintos acreedores, sino reconociendo las diferencias y, sobre todo, evitando el fraude y el favoritismo.

Los tres principios se reflejan en el proceso de distribución del activo, en el que la totalidad de los bienes del concursado (universalidad) son liquidados, para con su producto íntegro hacer pago a todos sus acreedores (colectividad), en la proporción y en el orden que, conforme a la naturaleza de los créditos de los que sean titulares o la causa por la que se originaron, les corresponda (igualdad).

Este último aspecto, "hacer pago a los acreedores en el orden que conforme a la naturaleza de los créditos de los que sean titulares o la causa por la que se originaron, les corresponda", conduce a la necesidad de establecer tanto el orden o lugar en el que deberán efectuarse los pagos, como a identificar el bien o conjunto de bienes de la masa con cuyo producto se hará pago a determinado o determinados acreedores, de acuerdo con la preferencia que tengan.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 2964 del Código Civil Federal, que a la letra señala:

“Artículo 2964.- El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables” sus obligaciones con todos sus bienes con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables.”

De esta manera, se consagra el principio de que el patrimonio del deudor, con

las excepciones previstas por la ley; constituyendo lo que se conoce como "garantía común" de los acreedores.

La Ley de Concursos Mercantiles lo contempla en forma similar en el artículo 4° fracción V, que a la letra señala:

“Artículo 4o.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

V. Masa, a la porción del patrimonio del Comerciante declarado en concurso mercantil integrada por sus bienes y derechos, con excepción de los expresamente excluidos en términos de esta Ley, sobre la cual los Acreedores Reconocidos y los demás que tengan derecho, pueden hacer efectivos sus créditos, y

...”

Las excepciones a que se refiere el artículo antes citado se encuentran referidas en los artículo 169 fracción II y 179, mismos que a la letra señalan:

"Artículo 169.- La sentencia de declaración de quiebra deberá contener:

...

II. La orden al Comerciante, sus administradores, gerentes y dependientes de entregar al síndico la posesión y administración de los bienes y derechos que integran la Masa, con excepción de los inalienables, inembargables e imprescriptibles;

...

Artículo 179.- El Comerciante conservará la disposición y la administración de aquellos bienes y derechos de su propiedad que sean legalmente inalienables, inembargables e imprescriptibles.”

Así, las obligaciones en general nacen respaldadas con la referida "garantía común". No obstante, es posible que por voluntad de los contratantes las obligaciones nazcan además con la garantía específica de un bien determinado, lo

que se conoce como garantía real; misma que al cumplir los requisitos establecidos por la ley confiere al acreedor preferencia en el pago de su crédito con el precio del bien especificado, como es el caso de la hipoteca y de la prenda. También sucede que las obligaciones nazcan apoyadas en una protección expresa de la ley, que se modifica en beneficio de determinados acreedores el principio de igualdad sobre la garantía común, al conferir a determinados acreedores preferencia para el pago y que se conoce como privilegio, que puede ser general sobre todos los bienes o especial sobre un bien determinado.

De ahí que, las preferencias o privilegios sean medios establecidos y regulados por la ley para aumentar las expectativas de satisfacción de un crédito, en razón de la naturaleza o causa del mismo.

Por ese motivo, aún cuando en principio la totalidad de los bienes del deudor común deberían responder equitativamente del cumplimiento de la totalidad de sus obligaciones, el hecho de que la Ley expresamente reconozca o confiera a determinados acreedores en función de la naturaleza o causa de su crédito, preferencias que deben observarse y respetarse, al cubrir las obligaciones del deudor común, se hace necesario acudir a la graduación y prelación en el pago de créditos, que establecen el orden en que debe efectuarse el pago y determinan los bienes con cuyo producto se hará pago a cada acreedor, sea con los bienes que estén afectos a una garantía real, con aquellos en los que recaiga un privilegio especial o, con los que no se hallen en ninguna de esas situaciones y que en conjunto integran lo que se conoce como garantía común.

Tratándose del procedimiento de concurso mercantil, la "graduación" es la regulación establecida por la Ley únicamente respecto de los acreedores del concursado, agrupados en función de la naturaleza o causa del crédito del que sean titulares, a fin de establecer el orden o preferencia para el pago entre ellos mismos y respecto de los demás acreedores concursales, a los que se hace referencia más adelante.

Por otra parte, por "prelación de créditos" se entiende la determinación del lugar que para efecto de recibir pago corresponde a los créditos, pudiendo ser:

- a) en relación con los diversos tipos de acreedores concursales o;
- b) entre acreedores del mismo grado.

En el primer caso, se atiende a la preferencia que tengan por el privilegio o grado que se les reconozca; en el segundo se observa la fecha de la operación que les dio origen, la de cumplimiento de formalidades cuando la ley las exija o, en su defecto, opera pago a prorrata.

En todos los casos debe considerarse adicionalmente sí los bienes con cuyo producto se hará pago están o no afectos a una garantía real o sobre ellos recae un privilegio.

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Concursos Mercantiles, además de sus características y cuantía, el orden en que los créditos del concursado deben ser pagados se determina en la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos que dicta el juez, tomando en consideración tanto la lista definitiva presentada por el conciliador como los documentos anexos a ella.

Ahora bien, tomando en consideración dicha regulación, es importante realizar un análisis pormenorizado de los grados y la naturaleza de los acreedores y sus créditos.

Tomando en consideración lo señalado en el artículo 3° de la Ley de Concursos Mercantiles, la finalidad de la quiebra es la venta de la empresa del Comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los Acreedores Reconocidos.

Al respecto, la Exposición de Motivos de dicha Ley señala que la finalidad de la quiebra será que, cuando no sea posible alcanzar un arreglo durante la etapa de conciliación, se preserve el valor de la empresa mediante su liquidación ordenada para que del producto de ésta se proceda al reparto correspondiente entre el Comerciante y sus acreedores, por lo que la quiebra al igual que la conciliación, tiene como objetivo preservar el valor de la empresa para repartirlo, conforme a sus respectivos derechos, entre el comerciante y los diferentes tipos de acreedores.

Para lograr la satisfacción de los derechos de los acreedores no sólo debe lograrse la liquidación ordenada del activo y la correcta cuantificación y clasificación de los derechos de los mismos, sino también la distribución del importe líquido de la masa de manera ordenada. Para esto es necesario observar la graduación y prelación que establece la Ley de Concursos Mercantiles, que según se afirma en su Exposición de Motivos, mantiene, en lo fundamental, los grados y prelación establecidas en la ley vigente, realizando sólo los cambios mínimos necesarios para adecuarlos a las nuevas disposiciones.

Doctrinalmente se identifica a los acreedores concursales como aquellos que deben cobrar sus créditos dentro del concurso, con la prelación que les corresponda.

A continuación expondré e identificaré los diversos tipos de acreedores y el orden a seguir para efectuar los pagos a cada uno de ellos.

El sistema de graduación y prelación de créditos que debe observarse para la distribución del activo de un comerciante declarado en concurso mercantil, está regulado en el Capítulo II "De la graduación de créditos" del Título Séptimo de la Ley de Concursos Mercantiles, por lo que en primer lugar debemos remitirnos al artículo 224 de dicha ley, mismo que señala a los créditos contra la masa, como aquellos que deberán ser pagados en primer lugar y con anterioridad a cualquier otro.

Acreedores por créditos contra la masa.

Son créditos contra la masa y serán pagados en el orden indicado y con anterioridad a cualquiera de los créditos que refiere el artículo 217 de esta Ley:

1.- **Los referidos en la fracción XXIII, apartado A, del artículo 123 constitucional** y sus disposiciones reglamentarias, es decir, los créditos en favor de los trabajadores por salario o sueldos devengados en el último año y por indemnizaciones, mismos que tendrán preferencia sobre cualquiera otro.

Por lo general, los créditos contra la masa son los derivados de los gastos o deudas originados por la organización y administración del concurso mercantil, o sea que se generan con posterioridad a su declaración, sin embargo, aun cuando a la fecha de ésta ya se hayan causado, la Ley de Concursos Mercantiles incluye a este tipo de créditos laborales equiparándolos a créditos contra la masa, destacando así el privilegio que constitucionalmente se les asigna y el aumento en tiempo que les confiere la propia ley.

2.- **Los contraídos para la administración de la Masa por el Comerciante con autorización del conciliador o síndico** o, en su caso, los créditos indispensables para mantener la operación ordinaria de la empresa y la liquidez necesaria durante la tramitación del concurso mercantil. En este último supuesto, se perderá todo privilegio y preferencia en el pago en caso de otorgarse dichos créditos en contravención a lo resuelto por el juez o a lo autorizado por el conciliador, así como en caso de resolverse mediante sentencia firme que los créditos fueron contratados en fraude de acreedores y en perjuicio de la masa.

Los acreedores titulares de este tipo de créditos serán pagados sólo con el producto de los bienes de la masa que no estén afectos a garantía real o en los que no recaiga privilegio especial, hasta donde alcance la garantía común, en razón de que no son oponibles a acreedores con garantía real o con privilegio especial. En el evento de que concurrieran varios acreedores de esta categoría, cobrarán a prorrata

entre ellos.

3.- **Los contraídos para atender los gastos normales para la seguridad de los bienes de la Masa, su refacción, conservación y administración.** En esta categoría quedan incluidos los créditos derivados de gastos realizados para la seguridad, refacción, conservación y administración de:

- a) Los bienes de la masa que estén afectos a garantía real o en los que recae privilegio especial; y
- b) Bienes de la masa que no estén afectos a garantía real o en los que no recae privilegio especial.

Los primeros serán pagados con el producto del bien o bienes afectos a garantía real o en los que recaiga el privilegio especial, que fueron beneficiados con tales gastos.

Los segundos serán pagados con el producto de los bienes que constituyen la garantía común.

En el evento de que concurrieran varios acreedores de la misma categoría respecto del mismo tipo de bienes, cobrarán a prorrata.

4.- **Los procedimientos de diligencias judiciales o extrajudiciales en beneficio de la Masa.**

Sin embargo, frente a los acreedores con garantía real o con privilegio especial, no puede hacerse valer el privilegio antes mencionado, sino que sólo tienen privilegio los siguientes:

- I. Los acreedores por los conceptos a los que se refiere la fracción XXIII,

apartado A, del artículo 123 constitucional y sus disposiciones reglamentarias considerando los salarios de un año anterior a la declaración de concurso mercantil del Comerciante;

II. Los gastos de litigio que se hubieren promovido para defensa o recuperación de los bienes objeto de garantía o sobre los que recae el privilegio; y

III. Los gastos necesarios para la refacción, conservación y enajenación de los mismos.

Si el monto total de las obligaciones del Comerciante por los conceptos a los que se refiere la fracción XXIII, apartado A, del artículo 123 constitucional y sus disposiciones reglamentarias considerando los salarios del año anterior a la declaración de concurso mercantil del Comerciante, es mayor al valor de todos los bienes de la Masa que no sean objeto de una garantía, el excedente del privilegio se repartirá entre todos los acreedores garantizados.

En consecuencia, para determinar el monto con que cada acreedor garantizado deberá contribuir a la obligación antes señalada, se restará al monto total de las obligaciones del Comerciante (por los conceptos a los que se refiere la fracción XXIII, apartado A, del artículo 123 constitucional y sus disposiciones reglamentarias considerando los salarios del año anterior a la declaración de concurso mercantil del Comerciante) el valor de todos los bienes de la masa que no sean objeto de una garantía real. La cantidad resultante se multiplicará por la proporción que el valor de la garantía del acreedor de que se trate represente de la suma de los valores de todos los bienes de la masa que sean objeto de una garantía.

Una vez que se hayan sido pagados los créditos contra la masa, se deberá continuar con el orden referido en el artículo 217 de la Ley de Concursos Mercantiles, mismo que a la letra señala:

“Artículo 217.- Los acreedores se clasificarán en los grados siguientes, según la naturaleza de sus créditos:
I. Acreedores singularmente privilegiados;
II. Acreedores con garantía real;
III. Acreedores con privilegio especial;
IV. Acreedores comunes, y
V. Acreedores subordinados.”

Acreedores singularmente privilegiados.

De conformidad con el artículo 218 de la Ley de Concursos Mercantiles vigente, la prelación de los acreedores singularmente privilegiados se determinará por orden de enumeración, de la siguiente manera:

1. Los gastos de entierro del Comerciante, en caso de que la sentencia de concurso mercantil sea posterior al fallecimiento; y

2. Los acreedores por los gastos de la enfermedad que haya causado la muerte del Comerciante en caso de que la sentencia de concurso mercantil sea posterior al fallecimiento.

La concesión de este privilegio obedece a la causa que los origina y atiende a razones de tipo humanitario, considerando la necesidad de que el comerciante persona física que se encuentre en crisis económica, no se vea privado de los servicios y cuidados terminales ante la dificultad de cobro, pues si sus bienes son suficientes ese tipo de gastos inevitables podrá ser pagado con preferencia al resto de los créditos del concursado.

Ahora bien, los acreedores singularmente privilegiados no existen tratándose de concursos mercantiles de sociedades ni grupos de sociedades, sólo en caso de Concurso de comerciante persona física.

Aun cuando la ley no establece para este tipo de créditos límite cuantitativo ni

temporal, su reconocimiento siempre podrá ser objeto de impugnación para que el Juez los limite prudencialmente, atendiendo a los que sean indispensables y exclusivamente del concursado.

Estos créditos corresponden al típico caso de un crédito con privilegio general, en razón de que la Ley no establece que el privilegio deba ser pagado con determinado bien, por lo tanto, serán cubiertos con el producto de los bienes de la masa que no estén afectos a garantía real o en los que no recaiga privilegio especial. Sin embargo, si la garantía común no es suficiente, podrán ser pagados con el producto de los bienes afectos a garantía real o en los que recae privilegio especial; esto encuentra su justificación en los numerales 217, 219, 220 y 223 de la Ley de Concursos Mercantiles, de acuerdo con los cuales, no se pagará a los acreedores de un grado sin que queden saldados los del anterior.

En caso de que haya acreedores de las dos clases a que se refiere el grado de los singularmente privilegiados, o sea, tanto gastos de entierro como gastos de la enfermedad que causó la muerte, primero deben cubrirse íntegramente los de entierro y posteriormente los de enfermedad. Si concurrieran varios créditos de la misma clase, cobrarán a prorrata.

Acreedores con garantía real.

Estos créditos son definidos por la Enciclopedia Jurídica Mexicana como Garantías Contractuales, mismas que son definidas por dicha enciclopedia de la siguiente manera:

"GARANTÍA CONTRACTUAL. I Locución que se refiera a los contratos de garantía cuya finalidad es asegurar al acreedor el pago de su crédito otorgando, y con ello, confianza en el deudor. Son pues, necesariamente contratos accesorios.

Se divide en garantía real y garantía personal, dependiendo de la seguridad

emanada de los bienes, en el primer caso, o de las personas, en el segundo. Surgen como una expresión de la responsabilidad del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

...

Por su lado, la garantía contractual real se nos presenta como una evolución de la personal, mediante la cual intenta subsanarse los obstáculos e inconvenientes que representan estas últimas, ya que puede darse el caso de insolvencia de todos los deudores. De esta forma, las garantías reales gravan un bien del patrimonio del deudor, dotando al acreedor de un derecho real sobre el mismo, de tal manera que, en casos de incumplimiento pueda obtener el pago de su crédito del producto de la venta. Estas garantías reales se dan con la hipoteca y la prenda. En estos caso, pues el acreedor tiene dos acciones para el cobro de su crédito: la acción hipotecaria o prendaria, por un lado que recae sobre el bien gravado en contra del poseedor o detentador, y la acción personal en contra del deudor sobre todos sus bienes."³¹

Por lo que respecta a las garantías reales, el derecho mercantil, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC), reglamenta la prenda mercantil, el fideicomiso y la garantía contractual emanada de los créditos de habilitación y avío. Por su parte, la Ley de Instituciones de Crédito (LIC) se refiere a la prenda sobre bienes y valores y a la prenda en el descuento de créditos en libros.

Tanto la LGTOC como la LIC se refieren a la hipoteca mercantil como garantía de una emisión de obligaciones o de las constituidas a favor de sociedades financieras y de bancos múltiples, respectivamente.

Para efectos de la Ley de Concursos Mercantiles vigente, son acreedores con garantía real siempre que sus garantías estén debidamente constituidas conforme a

³¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, Volumen IV, Porrúa, México 2004 pp. 182-183.

las disposiciones que resulten aplicables, los siguientes:

1. Los hipotecarios, y
2. Los provistos de garantía prendaria.

Los acreedores con garantía real percibirán el pago de sus créditos del producto de los bienes afectos a la garantía, con exclusión absoluta de los acreedores a los que hacen referencia las fracciones III (acreedores con privilegio especial, acreedores comunes) a V (acreedores subordinados) del artículo 217 de esta Ley y con sujeción al orden que se determine con arreglo a las disposiciones aplicables en relación con la fecha de registro.

Son acreedores con garantía real por la naturaleza del crédito, dado que desde que se constituye la obligación, nace con un derecho real a favor del acreedor sobre determinado bien. En virtud de ese derecho real queda garantizado el cumplimiento de la obligación y la preferencia en el pago con el producto del bien afecto a la garantía real, hasta donde alcance dicho producto. En caso de que el producto sea insuficiente la parte insoluble del crédito se constituirá como común, en atención a que la sentencia de reconocimiento de créditos establece la obligación de pago del total reconocido judicialmente. Por el contrario, en caso de que el producto de la garantía exceda el importe del crédito, una vez satisfecho este último, el remanente del precio pasará a formar parte de la garantía común.

Si varios acreedores están garantizados con un mismo bien hipotecado o pignorado, la prelación entre ellos se determinará con arreglo a las disposiciones aplicables en relación con la fecha de registro de la garantía.

Acreedores con privilegio especial.

De conformidad al artículo 220 de la Ley de Concursos Mercantiles vigente,

son acreedores con privilegio especial todos los que, según el Código de Comercio o Leyes de su materia, tengan un privilegio especial o un derecho de retención.

Por privilegio especial se entiende la afectación del producto de un bien del patrimonio del deudor, que hace la ley de manera expresa, aún cuando no lo convengan las partes, para efectuar el pago de un crédito con preferencia respecto de otros acreedores.

El derecho de retención es la facultad que tiene el acreedor que está en posesión de un bien determinado que pertenece a su deudor, para rehusar la entrega del bien mientras el deudor no cumpla su obligación. Esa facultad no implica que el acreedor pueda tomar en pago el bien o enajenarlo y aplicar el producto al cumplimiento de la obligación, puesto que para ello tendrá que acudir al procedimiento judicial correspondiente. En caso de concurso no subsiste el derecho de retención, sino que éste se transforma en un privilegio, que es especial porque opera sobre el producto del bien respecto del cual tuvo derecho de retención.

Debe señalarse que el artículo antes referido hace referencia simultáneamente a una forma diferente de establecer prelación cuando concurren varios acreedores sobre un mismo bien afecto al privilegio, al señalar:

a) Si estuviere sujeto a registro, la prelación entre ellos se determinará tal como se establece para los créditos con garantía real, o sea con arreglo a las disposiciones aplicables en relación con la fecha de registro del privilegio; y

b) Si no estuviere sujeto a inscripción, la prelación se establece de acuerdo con la fecha del crédito.

Sin embargo, entre los casos localizados en que la ley prevé privilegio especial, no se encontró alguno en el que el privilegio o el derecho de retención esté condicionado a su inscripción. Probablemente la anterior determinación obedece a

que en la Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos, los créditos con garantía prendaria (que pueden o no estar condicionados a inscripción), se clasificaban dentro del grado de acreedores con privilegio especial y tal como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, en ésta se mantuvo lo relativo a grados y prelación con cambios mínimos y, según se desprende de lo anterior, se omitió adecuar el texto al cambio efectuado en el grado que se asigna a los créditos con garantía prendaria.

En caso de que el producto del bien afecto al privilegio especial sea insuficiente, la parte insoluble del crédito se constituirá como común, en atención a que la sentencia de reconocimiento de créditos establece la obligación de pago del total reconocido judicialmente. Por el contrario, en caso de que el producto del bien exceda el importe del crédito, una vez satisfecho este último, el remanente del precio pasará a formar parte de la garantía común.

Los acreedores con privilegio especial cobrarán conforme a los de su misma graduación en los mismos términos que los acreedores con garantía real o de acuerdo con la fecha de su crédito, si no estuviere sujeto a inscripción, a no ser que varios de ellos concurrieren sobre una cosa determinada, en cuyo caso se hará la distribución a prorrata sin distinción de fechas, salvo que las leyes dispusieran lo contrario.

Ahora bien, los créditos laborales diferentes de los señalados en la fracción I del artículo 224 (los referidos en la fracción XXIII, apartado A, del artículo 123 constitucional y sus disposiciones reglamentarias) y los créditos fiscales se pagarán después de que se hayan cubierto los créditos singularmente privilegiados y los créditos con garantía real, pero con antelación a los créditos con privilegio especial.

En caso de que los créditos fiscales cuenten con garantía real, para efectos de su pago se liquidará hasta por el importe de su garantía y cualquier remanente se pagará en los términos del primer párrafo de este artículo.

Acreedores comunes.

Los acreedores comunes se identifican por exclusión, ya que son todos aquellos que no estén considerados en los artículos 218 al 221 y 224 de este ordenamiento, es decir, que no posean ninguna garantía o privilegio especial o retención sobre un bien incorporado a su crédito y cobrarán a prorrata sin distinción de las fechas en que hayan sido generados sus créditos.

La liquidación de los créditos de los acreedores comunes se realizará con base en los informes bimestrales y mensuales elaborados por el Síndico y las manifestaciones de las partes referentes a los mismos, el Juez resolverá sobre la manera y términos en los que se repartirá el activo líquido disponible y se continuarán haciendo repartos concursales mientras exista activo susceptible de enajenación. Cabe agregar que, algunos acreedores que en principio formaban parte de otros grados, a quienes no fue posible pagar en su totalidad con el producto del bien afecto a garantía real o privilegio especial, por la diferencia no cubierta se integran a este grado de acreedores comunes.

Acreedores subordinados.

Con la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles del 10 de enero de 2014 se introduce la definición de acreedores comunes subordinados, como aquellas sociedades que sean parte del mismo Grupo Societario, que hayan convenido expresamente la subordinación de sus derechos respecto de los créditos comunes o aquellos acreedores sin garantía real del mismo Grupo societario.

Lo anterior de conformidad al artículo 222 bis de la Ley de Concursos Mercantiles vigente, mismo que a la letra señala:

“Artículo 222 Bis.- Son acreedores subordinados los siguientes:

- I. Los acreedores que hubiesen convenido la subordinación de sus derechos respecto de los créditos comunes; y
- II. Los acreedores por créditos sin garantía real de que fuera titular alguna de las personas a que aluden los artículos 15, 116 y 117 de esta Ley, con excepción de las personas señaladas en los artículos 15, fracción I, y 117, fracción II.”

No se realizarán pagos a los acreedores de un grado sin que queden saldados los del anterior, según la prelación establecida para los mismos.

Cabe mencionar que, cuando se haya declarado en concurso mercantil a una sociedad en la que haya socios ilimitadamente responsables, los acreedores de esos socios, cuyos créditos fueren anteriores al nacimiento de la responsabilidad ilimitada del socio, concurrirán con los acreedores de la sociedad, colocándose en el grado y prelación que les corresponda.

Los acreedores posteriores de los socios ilimitadamente responsables, de una sociedad en estado de concurso, sólo tendrán derecho a cobrar sus créditos del remanente, si lo hubiere, después de satisfechas las deudas de la sociedad de que se trate, de acuerdo con estas disposiciones.

Ahora bien, a partir de la fecha de la sentencia de quiebra, por lo menos cada dos meses, el Síndico presentará al juez un reporte de las enajenaciones realizadas y de la situación de activo remanente, y una lista de los acreedores que serán pagados, así como la cuota concursal que les corresponda.

En relación con los créditos que hayan sido impugnados, el Síndico deberá reservar el importe de las sumas que, en su caso, pudieran corresponderles. Dichas reservas serán invertidas conforme a lo dispuesto en el artículo 215 de la Ley de Concursos Mercantiles vigente (instrumentos de renta fija de una institución de crédito, cuyos rendimientos protejan preponderantemente el valor real de dichos recursos en términos de la inflación y que, además, cuenten con las características adecuadas de seguridad, rentabilidad, liquidez y disponibilidad) y cuando se

resuelva la impugnación se procederá, en su caso, a pagar al Acreedor Reconocido de que se trate o a reintegrar a la Masa cualquier excedente.

6. Pago de obligaciones a Prorrata.

"PRORRATA. I. (Del Latín *pro rata* parte, a parte o porción fija, determinada.) Parte, porción o cuota que corresponde a cada uno en el reparto de beneficios o cargas deudas o créditos, que se distribuyen entre varios, hecha la cuenta proporcionada de lo que cada uno debe pagar o percibir.

II. Es un concepto fundamental en el que descansa la idea de copropiedad en materia de bienes y de mancomunidad en materia de obligaciones.

A prorrata se determina la participación de los copropietarios así en los beneficios como en las cargas de la cosa indivisa. A prorrata se fija la cantidad por la cual está obligado cada uno de los deudores en la obligación mancomunada."³²

“Cuota o porción que toca a alguien de lo que se reparte entre varias personas, hecha la cuenta proporcionada a lo más o menos que cada una debe pagar o percibir”³³

En términos generales, la prorrata no es otra cosa que la cuota que debe cobrar o pagar una entidad, cuando se produce un determinado reparto de bienes entre un grupo de entidades.

Por lo tanto, las cuotas o cantidades a percibir por los diferentes miembros del grupo pueden ser fijas o variables y la variabilidad puede depender de diferentes parámetros.

³² Instituto de Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, Volumen V, Porrúa, México 2004 pp. 876-877.

³³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; (octubre de 2007); vigésima segunda edición; (en línea); Prorrata; (párrafo I,); <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=prorrata>; (consultado 18 mayo 2015)

7. Obligaciones subsidiarias e ilimitadas.

"SUBSIDIARIDAD. I (Del término latino *subsidium*, que significa ayuda, remedio, reserva.) El principio de subsidiariedad aplicado a la sociedad significa que las organizaciones sociales mayores, especialmente el Estado, han de intervenir, en forma auxiliar y complementaria para favorecer el desarrollo de las organizaciones sociales menores y de los individuos. Pío XI en su encíclica *Quadragesimo anno* proporciona una clara definición de este principio: "Así como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria pueden realizar para enmendarla a una comunidad, así también es injusto y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del resto del orden social abocar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores o inferiores. Toda actividad social debe, por su naturaleza, prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos ni destruirlos."³⁴

En consecuencia, de la definición antes señalada se puede determinar, que cuando una sociedad controlada entra en concurso, para cumplir con sus obligaciones para con sus acreedores, en primer lugar deberán de tomarse en consideración su patrimonio y en caso de que el mismo no sean suficiente para cumplir con sus obligaciones la sociedad controladora, deberá cumplir con el remanente, es decir, deberá cumplir con las obligaciones pactadas con la controlada.

8. Obligaciones subordinadas.

Subordinar puede significar, en una concepción vulgar, una relación de dependencia, o bien clasificar algo como inferior respecto de otra u otras cosas.

³⁴ *Ibid.* p. 574.

La subordinación implica la voluntad de otorgar un trato desfavorable a ciertos créditos que el legislador ha señalado. La subordinación supone simplemente que el crédito de uno o varios acreedores queda clasificado como inferior en la graduación de créditos respecto de otro u otros créditos que, sin subordinación serían, si no de mayor rango, al menos del mismo rango.

De conformidad al diccionario de la Real Academia Española, subordinar significa:

“Sujetar a alguien o algo a la dependencia de otra persona o cosa. Clasificar algo como inferior en orden respecto de otra u otras cosas. Regir a otro de categoría diferente.

Hacer que una persona o una cosa pase a depender de otra o de otras.

Clasificar unas cosas como inferiores a otras o considerar que dependen de otras.”³⁵

Podemos definir a la subordinación como una modificación del orden de prelación entre los acreedores, que no influye en la validez o la legalidad de sus créditos. Es interesante observar esta definición, ya que de entrada se considera que la subordinación no anula los créditos ni los desnaturaliza, ya que la deuda sigue siendo deuda, aun siendo ésta subordinada, ya que la naturaleza de la misma atiende al orden de cobro de los créditos y no a la anulación de los mismos.

De lo anterior también se desprende que, la subordinación tiene que ver con el orden de prelación, mismo que responde a la jerarquía que comportan los créditos en relación a su cobro. Por lo que en caso de insolvencia el deudor responde con su patrimonio por todas sus obligaciones, sin embargo, en caso de que éste último sea insuficiente para cubrir el pago de todas las deudas, se distribuirá a prorrata entre

³⁵ *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*, Madrid –España, Vigésima segunda edición, editorial Espasa Calpe pp.2100

todos los acreedores que en principio son de “igual condición” y deben de recibir el mismo trato (principio de la “*par condicio creditorum*”).

Ahora bien, la subordinación crediticia afecta al rango o a la graduación, no a la prelación de los créditos. Al eliminar los privilegios propios de la graduación, los créditos pierden su rango y pasan a una categoría inferior abajo de los comunes. La prelación no se ve afectada con la subordinación, pues los créditos subordinados cobrarán, una vez pagados la totalidad de todos los créditos adeudados, de acuerdo con su propia prelación en los términos establecidos en la propia Ley Concursal. La graduación clasifica a los acreedores en grados o en rangos. La prelación establece el orden en que irán cobrando los acreedores del mismo grado o rango.

La subordinación de créditos en materia concursal se presenta por distintas causas, como puede ser de índole contractual, es decir, sea por motivos de política legislativa, derivada de la voluntad de las partes (acreedor y deudor); o bien por mandamiento judicial (como resultado de una conducta indebida o inequitativa), pero en cualquiera de los casos existe una renuncia (voluntaria) o eliminación (sancionatoria) al rango de los créditos comunes o privilegiados.

Las clases de subordinación reconocidas que se analizarán a continuación son las siguientes:

- 1.- Legal
- 2.- Voluntaria o convencional.
- 3.- Judicial

1.- SUBORDINACIÓN LEGAL.

La subordinación de carácter legal tiene como sustento una decisión del legislador basada en distintos criterios jurídico-políticos de cada país, que determinan la postergación de ciertos créditos en el caso de insolvencia. Por lo

general aporta parámetros objetivos que permiten el encuadramiento de la figura en determinadas circunstancias o a determinadas personas (físicas o jurídicas).

2. VOLUNTARIA O CONVENCIONAL.

Por su parte, la subordinación voluntaria, también llamada convencional, es aquella postergación convenida libre y voluntariamente con el deudor y aceptada por el acreedor respecto a la postergación de sus créditos, hasta en tanto los créditos beneficiados por dicha subordinación se encuentren satisfechos y cancelados.

Por otro lado, la subordinación aceptada por el acreedor (voluntaria) será general o universal, si lo es respecto de la totalidad de los créditos del deudor (presentes o futuros) y que consiste en la postergación, ya sea parcial (si es solamente con respecto al capital) o total (si abarca tanto el capital como a los intereses) y; será especial, cuando el acreedor postergue sus créditos únicamente frente a determinados créditos en específico (que pueden limitarse a los presentes o incluir los futuros).

Dentro de la subordinación de carácter voluntario también se encuentra la clasificación que distingue entre créditos que están sujetos a una subordinación pura o completa, que quiere decir que no están sujetos a ninguna condición o modalidad y, la subordinación voluntaria condicional ("contingent subordination", "springing subordination" o "inchoate subordination"), la cual estará sujeta a una condición: resolutoria, si se estipulase que el crédito será exigible ante la realización de un hecho determinado, condicional, futuro e incierto y; suspensiva, en la cual, mientras la realización de determinado hecho futuro e incierto no se cumpla, la subordinación permanecerá "latente o dormida".

Por lo tanto, como ya se señaló en líneas anteriores, habrá créditos cuya exigibilidad nacerá una vez que se produzca aquella condición que puede consistir en la realización o no, de un determinado hecho (como el del pago o cancelación

previa de otros créditos o de la totalidad de los créditos beneficiarios, llamados también senior). Sin embargo, se reitera una vez más que a pesar del carácter subordinado de los créditos, éstos no pierden su calidad de deuda y deben de ser abonados por el deudor una vez cancelados los créditos que le anteceden. Por su parte el acreedor subordinado seguirá gozando de todos los medios legales que le permitan defender el pago de sus créditos. Inclusive en aquellos casos en que se hubiere previsto una cláusula que estipulare un plazo para la exigibilidad del cobro y pudiese pensarse que sus acciones están suspensas hasta en tanto se cumpla el plazo o condición. Esto no sucede en México, toda vez que uno de los efectos de la declaración del concurso mercantil es el de dar por vencido anticipadamente la totalidad de los créditos pendientes.

No hay que olvidarse del importante riesgo de impago que subyace en dicha posición de postergación, por otras causas, verbigracia, la ocasionada por el agotamiento del patrimonio concursal antes de ser satisfechos todos los créditos.

3.- JUDICIAL.

Esta clase de subordinación obedece a una sanción impuesta por el Juez en su calidad de rector del proceso concursal ante la evidencia de que ha existido una conducta indebida o inequitativa, bien sea por parte de la deudora, de su matriz o de cualquiera otra de las controladas que forman parte del mismo Grupo Empresarial. Es frecuente observar este tipo de sanción judicial en los sistemas judiciales del *common law*, en donde la equidad desempeña un papel preponderante en el ánimo del juzgador al evaluar las conductas empresariales de los entes involucrados.

La clasificación de un crédito como subordinado tiene consecuencias muy negativas para el acreedor, tanto en el supuesto de que haya convenido la subordinación de sus derechos respecto de los acreedores comunes, como en el caso de la existencia de una especial relación entre el deudor y el acreedor, en los términos que prevé la Ley Concursal. Este supuesto, cuyo fundamento es muy

discutible, plantea considerables problemas en la práctica por razón de sus presupuestos y de sus drásticas consecuencias.

El crédito subordinado hay que entenderlo como antítesis del crédito privilegiado. Así, aunque la Exposición de motivos de la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles afirma que con ésta se han reducido las desigualdades existentes bajo la legislación anterior, reforzando el principio de la *par conditio creditorum*, lo cierto es que la regulación de un anti-privilegio, a través de la categoría de los créditos subordinados, consolida una excepción más al principio de igualdad entre los acreedores.

Lo anterior, en razón de que nuestra legislación concursal contempla la figura de los acreedores subordinados en su artículo 222 bis, al señalar lo siguiente:

“Artículo 222 Bis.- Son acreedores subordinados los siguientes:

- I. Los acreedores que hubiesen convenido la subordinación de sus derechos respecto de los créditos comunes; y
- II. Los acreedores por créditos sin garantía real de que fuera titular alguna de las personas a que aluden los artículos 15, 116 y 117 de esta Ley, con excepción de las personas señaladas en los artículos 15, fracción I, y 117, fracción II.”

Del precepto citado se desprende que, los acreedores subordinados son:

1. Aquellos acreedores que han convenido la subordinación de sus derechos respecto de los acreedores comunes.
2. Los acreedores por créditos sin garantía real de que fuera titular alguna de las siguientes personas:
 - Sociedades mercantiles, en específico las sociedades controladas.
 - La cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si

el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil del comerciante.

- Personas morales, en las que las personas señaladas en el punto anterior o el propio Comerciante sean administradores o formen parte del consejo de administración, o bien conjunta o separadamente, directa o indirectamente, mantengan la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital, tengan poder decisorio en sus asambleas, estén en posibilidades de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales de dichas personas morales.
- El administrador, miembros del consejo de administración o empleados relevantes del Comerciante. Aquellas personas físicas que conjunta o separadamente, directa o indirectamente, mantengan la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital del Comerciante sujeto a concurso mercantil.
- Aquellas personas morales en las que exista coincidencia de los administradores, miembros del consejo de administración o directivos relevantes con los del Comerciante sujeto a concurso mercantil.
- Aquellas personas morales, directa o indirectamente, controladas por el Comerciante, que ejerzan control sobre este último, o bien que sean controladas por la misma sociedad que controla al Comerciante.

En dichos supuestos no se encuentran contemplados los siguientes:

- Las sociedades controladoras; y
- Aquellas personas físicas que conjunta o separadamente, directa o indirectamente, mantengan la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital del Comerciante sujeto a concurso mercantil o de las personas morales que tengan poder decisorio en sus asambleas, estén en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales del Comerciante sujeto a concurso.

Cuando la subordinación tiene su razón de ser en la existencia de una especial relación entre deudor y acreedor, la clasificación del crédito como subordinado lleva aparejada una penalización adicional: la extinción de “las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquél (el acreedor subordinado) fuera titular, debiéndose ordenar, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes. Cabe señalar que, ningún precepto normativo de la Ley de Concursos Mercantiles refiere qué sucede con las garantías de los acreedores subordinados al momento en que son clasificados en tal apartado, sin embargo, se considera que las garantías otorgadas por el comerciante en concurso mercantil a dichos acreedores formaran parte de la masa con la que se realizara el pago a los acreedores reconocidos, sobre todo a los acreedores comunes, ya que los acreedores subordinados a pesar de contar con alguna garantía no podrán recibir el pago de su crédito hasta que todos los acreedores hayan recibido su pago.

El acreedor subordinado pierde las garantías que se hubieran constituido a su favor. Con esta previsión, el legislador ha tratado de evitar que el titular de un crédito subordinado pueda eludir la penalización legal propia de tal condición, amparándose en su condición de especialmente privilegiado. De este modo, se refuerza la posición de los acreedores comunes, que dispondrán de más activos para el cobro de sus créditos.

Lo que es claro, es que la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles intenta reforzar a los acreedores ordinarios, evitando la merma del patrimonio del concursado a través de la afección que representa una garantía real. Sin embargo, nada de eso ocurre en el caso de las garantías personales o de garantías reales constituidas por terceros, en la medida en que la garantía la presta un ajeno a la masa. En consecuencia, la extinción de la garantía no afecta en nada al deudor concursado ni a los acreedores ordinarios.

Así mismo, cabe señalar que de conformidad al artículo 112 de la Ley de Concursos Mercantiles, tratándose de acreedores subordinados, los días para establecer la fecha de retroacción será el doble de 270 días, es decir, 540 días naturales; por lo que la fecha de retroacción deberá ser considerada al día 540 natural inmediato anterior a la fecha de la sentencia de declaración de concurso.

El legislador ha llevado al extremo la sospecha o desconfianza hacia las personas relacionadas con el deudor, entendiéndose que tal vinculación necesariamente determina el aprovechamiento de esa cercanía en beneficio del acreedor. Frente a esta solución, habría sido más lógico que la subordinación operara sólo cuando las personas relacionadas hayan utilizado esa especial vinculación en su propio beneficio y en perjuicio del resto de los acreedores.

Tal vez el legislador ha tenido en cuenta la realidad de algunos procedimientos concursales en los que la existencia de créditos intragrupo permitía a la propia deudora controlar el procedimiento concursal, desfigurando el régimen de mayorías de cara a la votación del convenio. Siendo cierto que esa realidad ha existido; no es menos cierto que la regulación actual nos lleva al extremo contrario, pues convierte en tan arriesgada la financiación o el crédito que pueda conceder una persona relacionada con el deudor (en la medida en que asimila el crédito a una inversión en capital), que será previsible que esta forma de financiación se retraiga de un modo considerable, o al menos se examine de forma mucho más exigente por el financiador, lo que el mejor de los casos acarreará un encarecimiento sustancial

de la financiación por el mayor componente de riesgo que inevitablemente va a conllevar.

A su vez, la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor cambia por completo el panorama de las entidades que podrían demandar una financiación que, además, suele ser la única accesible en una situación financiera delicada. Y cambia ese panorama en perjuicio de la propia sociedad y de sus acreedores, pues precipita la declaración del concurso. Tal vez, la figura del acreedor subordinado va orientada a fomentar los concursos empresariales, puesto que, producida una mínima insuficiencia financiera, si cualquier financiación adicional proveniente de las “personas vinculadas” va a ser tratada en la práctica en un eventual concurso como capital propio del financiado, lo más sensato será abstenerse de financiar la empresa y solicitar sin más trámites el concurso voluntario.

Cabe añadir que, para el caso de México la subordinación legal de créditos de grupos que conforman el sistema financiero no provocaría un cambio sustancial en la financiación de las empresas, ni un replanteamiento de sus estrategias de inversión, ya que la rígida Ley para Regular las Agrupaciones Financieras hace a la controladora subsidiaria e ilimitadamente responsable del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades financieras integrantes del grupo, de manera que sobra decir que independientes en operaciones comparables.

Como se ha señalado, la subordinación puede afectar al proceso global de inversión del Grupo, pues todos los miembros estarán afectados por un riesgo de impago de los créditos otorgados intra-grupalmente y que afectará la capacidad de recibir créditos externos, ya que quienes van a otorgar un crédito a una empresa integrante de un grupo de empresas querrán investigar antes la solvencia o la situación económica de las demás empresas afiliadas a su probable deudora, esto es si la solicitante de un crédito refleja en sus estados financieros como parte de su activo cuentas por cobrar a cargo de diversas empresas integrantes de su mismo grupo, pudieren ver afectada su capacidad crediticia ante la posibilidad legal de no

cobrar oportunamente sus créditos en caso de insolvencia de la o las deudoras en virtud de la subordinación automática.

No cabe duda que, la subordinación obliga tanto a los acreedores internos como externos a replantearse las estrategias de inversión y endeudamiento. Sin embargo, una sana aplicación del contemporáneo Derecho de Grupos, debe ser traducida al interior del grupo en una correcta administración que obligue a capitalizar las empresas de manera suficiente a sus reales necesidades financieras, es decir, a través de una adecuada financiación a la empresa vía aumento de capital, vía capitalización de deudas, vía colocación de bonos en el mercado secundario de valores o de cualesquier otra fuente similar. En caso de que su situación financiera sea crítica, entonces lo más conveniente sería iniciar el concurso e intentar salvar la empresa en el la relación que exista entre los porcentajes que representan, en el capital de la controladora, su participación en el capital de las entidades de que se trate.

Para efectos de lo previsto en esta ley, se entenderá que una entidad financiera perteneciente a un grupo financiero tiene pérdidas, cuando los activos de la entidad no sean suficientes para cubrir sus obligaciones de pago. Las referidas responsabilidades estarán previstas expresamente en los estatutos de la controladora. En el convenio citado también deberá señalarse expresamente que cada una de las entidades financieras del grupo no responderá por las pérdidas de la controladora ni por las de los demás participantes del grupo.

En resumen, a pesar de las ventajas de agilidad procesal y seguridad jurídica que aporta la doctrina de la subordinación automática en materia de Grupos, la rigidez de su aplicación y su uso indiscriminado en cualquier caso, trae consigo consecuencias de injusticia para acreedores que obraron de buena fe, con probidad y transparencia.

Por otro lado, debe aceptarse al fenómeno económico llamado “Grupo” como una realidad económica, de modo que quien realice operaciones comerciales o financieras con una empresa del grupo deberá analizar la situación global del grupo, en el entendido que ese replanteamiento de las formas de financiación no es un cambio que debería de evitarse, por el contrario, es una realidad que hay que reconocer y a la que el mercado, los empresarios y los juristas deberán de enfrentar de manera transparente y justa como sea posible.

Sin embargo, vale la pena comentar que la Subordinación Crediticia, sea del tipo equitativo o legal-automático, no es solamente una solución reparadora (aunque como consecuencia de su aplicación se pueda resarcir de alguna manera el daño causado a los demás acreedores) ni un “antiprivilegio” únicamente, sino que será además una sanción; es decir, podríamos considerar que la subordinación es un castigo (necesario) aplicado en razón de una conducta inequitativa o ilícita, con independencia de que pudiera o no estar tipificada como ilegal.

Hay que reiterar que la subordinación no es un “antiprivilegio”, puesto que el fin último “privilegio” es hacer iguales a los desiguales, por ejemplo, en México se privilegian a ciertos créditos que por una condición de vulnerabilidad (como los alimentarios, gastos funerarios, etc.), o bien por el hecho de tener una carga especial para el deudor (créditos con garantía real), es decir, créditos que por tener una condición especial, se les da un privilegio de cobro superior con el objeto de conservar un equilibrio en el justo y sano reparto de la masa concursal. Sin embargo, un antiprivilegio propiamente dicho, colocaría al crédito preferente en situación de inferioridad respecto del resto de los acreedores inclusive los “comunes”. Por lo tanto, un crédito subordinado que tiene un grado de cobro inferior al de los créditos privilegiados e incluso inferior al de los créditos comunes, no puede ser simplemente un crédito que no tiene un privilegio, sino que es un crédito sancionado a esperar en último lugar su cobro, castigo que viene estipulado por fuerza legal automática o judicial en razón de una conducta inequitativa o ilícita.

Siendo así, la subordinación no es solamente una forma de reparación, sino una sanción a una conducta que dejó de ajustarse a los parámetros de una sana administración observando los usos y costumbres en materia empresarial. Por ejemplo, cuando se realiza una acción u omisión a la vigilancia de las operaciones de la empresa; o bien cuando no se cumple con una obligación nacida de un contrato, de la ley o de un cuasicontrato; como cuando no se cumple con una sana administración de los negocios que exige: capitalizar los negocios, vigilar que no se descapitalicen, realizar previsiones financieras, analizar políticas de costos, precios, políticas de créditos, conocer capacidad real de endeudamiento, conocer la situación real del mercado, etc.

Luego entonces, cuando las empresas no atienden los parámetros exigidos por una sana administración empresarial, trae resultados tales como: pérdidas de mercado, de imagen o incluso la insolvencia y en muchos casos la desaparición de la empresa. Esas acciones inadecuadas, como el sobre endeudamiento de la empresa, disponer políticas inadecuadas de créditos, un excesivo empasivamiento de las mismas, contratar créditos caros, no conocer los costos y no fijar adecuadamente una política de precios y por supuesto no tomar medidas oportunas cuando aparecen los “focos rojos” en materia financiera, deben traer como consecuencia necesaria la indemnización o reparación del daño a aquéllos que resulten afectados, como serían los acreedores externos específicamente en el caso particular de la insolvencia de Grupos, a los acreedores externos.

En los casos en que la empresa dominante, bien porque sea holding, bien por contrato, o bien empresas que formen parte del mismo Grupo, impone políticas especiales o criterios empresariales, que van en contra de los usos y costumbres empresariales y que trajeron como consecuencia necesaria la insolvencia de una empresa del Grupo, debe causar el efecto legal y sancionador de la subordinación de su crédito en caso de que resulte acreedora. Con independencia de la subordinación, además deberá de hacerse responsable de indemnizar a los

acreedores afectados, por el monto de sus pérdidas económicas, por haber violado estos usos y costumbres mercantiles.

Ahora bien, para el caso de la subordinación voluntaria, que se considera como un caso muy particular, se puede definir a la subordinación como una auto-sanción impuesta por la voluntad del acreedor a su propio crédito, a cambio de un beneficio que bien podría ser de carácter económico inmediato (por ejemplo, una elevada tasa de interés).

En consecuencia, y en relación a la subordinación de créditos en el derecho concursal mexicano, es claro que nuestro sistema judicial mexicano no contempla, a diferencia de los sistemas judiciales del *common law*, la facultad de los jueces de resolver conforme a la equidad, que les permite analizar para cada caso en concreto las circunstancias de justicia y las conductas inequitativas en que pudieron haber incurrido los acreedores internos al Grupo y así determinar para cada caso en particular, de acuerdo con dicha potestad, si los créditos de dichos acreedores merecen o no ser subordinados. Es decir, en el derecho mexicano la actuación de los jueces y tribunales debe de estar en todos los casos fundada y motivada en la ley o en jurisprudencia, fundamento al cual debe circunscribirse su voluntad que estará limitada al rigor de la ley.

III. EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LAS ENTIDADES CONTROLADA Y CONTROLADORA BASADO EN LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN EL CONVENIO.

A. Declaración del Concurso Mercantil de las Entidades controlada y controladora.

1. Procedimiento.

i. Efectos respecto de la tramitación del concurso mercantil de las entidades controlada y controladora.

Es importante poner de manifiesto, la importancia y necesidad del Derecho Mexicano de reconocer y regular la existencia de los Grupos Empresariales, en razón de que son una realidad ya reconocida por la ciencia económica y otras afines, por los regímenes jurídicos de otras naciones, más no por el Derecho positivo vigente en México.

Existe una gran problemática jurídica que significa la actuación de facto de las empresas que funcionan como Grupos Empresariales y la dificultad que presenta en la actualidad para los juzgadores mexicanos, la disyuntiva de resolver conflictos relacionados con la insolvencia de estas empresas mediante la aplicación de normas jurídicas vigentes que regulen la insolvencia del comerciante en lo individual, bien sea persona física o jurídica. A continuación, se verán una serie de instituciones jurídicas que se ponen en ejercicio a la luz de la problemática que plantea la insolvencia de uno o varios componentes de un Grupo Empresarial. Problemática para la cual, el derecho positivo mexicano en materia concursal no tiene respuesta, produciéndose inseguridad jurídica e inequidades que atentan contra principios fundamentales, tales como el de *par condicio creditorum*, que son sustento básico del derecho de la insolvencia.

El concurso mercantil de las sociedades controlada y controladora se encuentra regulado por la Ley de Concursos Mercantiles y la Ley General de Sociedades Mercantiles, en razón de que los tipos de sociedades que contempla la Legislación en el artículo 1° de la Ley General de Sociedades Mercantiles publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934 y que pueden integrar grupos societarios mercantiles son: Sociedad en Nombre Colectivo; Sociedad en Comandita Simple; Sociedad en Comandita por Acciones; Sociedad de Responsabilidad Limitada; Sociedad Anónima y Sociedad Cooperativa. Dependiendo del tipo de sociedad, será su integración y manejo dentro de un grupo societario, sobre todo lo que respecta a la responsabilidad que adquieren sus socios frente a terceros.

Actualmente, es la Sociedad Anónima la más empleada, seguida de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, ya que poseen características que facilitan su dinamismo en el mercado, como la facilidad con la que sus acciones pueden cambiar de un dueño a otro proporcionando dinamismo en la dirección empresarial o la responsabilidad limitada de sus socios o accionistas quienes ven afectados sus patrimonios hasta el monto de su participación social.

Por lo que es claro que para que tanto la controlada como la controladora, para funcionar como tal, deben constituirse como una sociedad mercantil, en alguna de las formas indicadas por la ley ante notario o corredor público, mediante una Escritura Constitutiva o póliza que deberá inscribirse en el Registro Público. El documento constitutivo debe contener de acuerdo al artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los estatutos de la sociedad que son las normas acordadas por los socios fundadores de una sociedad referentes a la constitución y funcionamiento de la misma.

Los estatutos de la sociedad sirven para individualizar a la sociedad al brindarle un nombre, un domicilio, una nacionalidad, un objeto o fin que siempre será especulativo y conforme a derecho, así como el monto del capital que puede ser modificado ya sea que se constituya fijo o variable. En los estatutos también encontramos estipulaciones referentes al funcionamiento, dirección y administración de la sociedad, **la responsabilidad ante terceros y antes los propios socios,** las bases su disolución y liquidación así como la conformación de un fondo de reserva que será de gran utilidad para estabilizar a la sociedad si llegasen a presentarse pérdidas o problemas económicos.

Sin embargo, la constitución de los grupos de sociedades no está claramente establecida por el legislador, salvo en el caso de los Grupos Financieros, previstos en la Ley para Regular Agrupaciones Financieras y que en su título segundo, de la organización de las Sociedades Controladoras y la Constitución y funcionamiento de

Grupos Financieros, en sus artículos 11, 12, 13 y 14 estipula que para constituirlos se requiere:

1. La solicitud ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que deberá contener:

I. Proyecto de estatutos de la sociedad que deberá considerar el objeto social, así como los requisitos que en términos de la presente Ley para regular Agrupaciones Financieras y de las demás disposiciones aplicables deban contenerse. El proyecto de estatutos de la Sociedad Controladora deberá contener los criterios generales a seguir para evitar conflictos de interés entre los integrantes del Grupo Financiero;

II. Relación de las personas que pretendan mantener una participación directa en el capital social de la Sociedad Controladora y de las personas que pretendan mantener una participación indirecta por más del 5% de dicha Sociedad, que deberá contener, de conformidad con las disposiciones de carácter general que al efecto expida la Secretaría, lo siguiente:

a) El monto del capital social que suscribirá cada una de ellas o el porcentaje de participación indirecta y el origen de los recursos que utilicen para tal efecto;

b) La situación patrimonial en caso de personas físicas o estados financieros auditados en caso de personas morales, en ambos casos de los últimos tres años.

c) Aquella que permita verificar que cuentan con solvencia económica, honorabilidad e historial crediticio y de negocios satisfactorio.

III. Relación de las personas propuestas como consejeros, director general y principales directivos de la Sociedad Controladora, acompañada de la información que acredite que dichas personas cumplen con los requisitos que señala la Ley para Regular Agrupaciones Financieras.

IV. La estructura general del Grupo Financiero que se pretenda constituir, que incluya la relación de accionistas de cada una de las entidades financieras que integrarán dicho grupo y el porcentaje de tenencia accionaria de cada uno de ellos.

V. El proyecto de estatutos de las entidades financieras que integrarán el Grupo Financiero, y, en su caso, de las entidades financieras en las que pretenda adquirir la tenencia accionaria del cincuenta por ciento o menos del capital social respectivo, así como de Prestadoras de Servicio e Inmobiliarias. Tratándose de entidades financieras o Prestadoras de Servicio o Inmobiliarias constituidas, deberá presentarse el instrumento público otorgado ante fedatario público que contenga los estatutos vigentes, así como los proyectos de modificaciones que se efectuarían con motivo de la creación del Grupo Financiero;

VI. El proyecto de convenio de responsabilidades.

VII. Los estados financieros auditados que presenten la situación de las entidades financieras constituidas o, en su caso, los proyectados, de las entidades que no se hubieran constituido y que formarán parte del Grupo Financiero, así como las proyecciones financieras de la integración del Grupo Financiero.

VIII. Los convenios conforme a los cuales la Sociedad Controladora, en su caso, adquirirá las acciones representativas del capital social de las entidades financieras de que se trate.

IX. El programa financiero estratégico para su organización, administración y control interno.

X. La demás documentación que solicite la Secretaria para evaluar la solicitud correspondiente.

De lo anterior se pueden resaltar los siguientes puntos neurálgicos para la formación de cualquier grupo societario, y que ayudan a evitar un manejo indebido de los mismos así como la protección del mercado:

- ❖ La regulación de una estructura multiarticulada definida. En éste caso podemos observar un control societario vertical, donde concurren una sociedad controladora y sus controladas; una estructura que se inclina al holding sajón, cabe recordar que hay múltiples formaciones de sociedades que pueden ser reguladas y fomentadas.
- ❖ La autorización por el Estado para la formación de un grupo societario. Esto permite al Estado un mayor control sobre la información y actividades de los grupos mercantiles, porque supervisa el cumplimiento de los requisitos mínimos para la formación de los mismos, también observa y registra el comportamiento económico-societario nacional, lo que le permite desarrollar directrices, programas, esquemas etc., que fortalezcan nuestro sistema económico nacional.
- ❖ Los estatutos que formalicen la creación de un grupo societario. En ellos se define quienes lo integrarán, cómo se estructurará, cuáles serán las aportaciones de cada uno de los socios, cómo será el proceso de formación e integración del grupo, los criterios para evitar conflictos dentro del grupo etc.
- ❖ Proyecto de convenio de responsabilidades. El proyecto permite desde la constitución del grupo, un plan para responder frente a terceros de las obligaciones contraídas e incluso puede crear algún medio para soportar una crisis dentro del grupo formando certezas crediticias en el grupo y sus acreedores, el proyecto define quienes y en qué proporción responden los integrantes del grupo. En el concurso mercantil éste tipo de convenios puede permitir un convenio e incluso sentar bases para un salvataje empresarial.

- ❖ La finalidad del grupo sobre la voluntad individual de sus integrantes. Al momento de generarse una agrupación nace una voluntad propia del grupo que va a imperar sobre las voluntades individuales de quienes lo integran, por lo general, el motivo principal de la agrupación de sociedades es generar vínculos de coordinación, de colaboración, de complementación y hasta de control que les permitan obtener mayores ganancias.

Estas disposiciones nos pueden ayudar a generar las pautas para regular de forma general a los Grupos de Sociedades Mercantiles, a fin de establecer reglas de su constitución y operación. Pero queda claro que no existen directrices jurídicas y económicas que fortalezcan el mercado nacional y permitan estar preparados para afrontar las adversidades y retos que vienen con el dinamismo global.

Es claro que, con el rápido crecimiento y expansión de diversos Grupos Empresariales tanto nacionales como internacionales, surgió la problemática del tratamiento que les darían los jueces a los grupos empresariales que se colocaban en situación de insolvencia.

La Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional - “UNCITRAL” por sus siglas en inglés- ha establecido disposiciones legislativas en relación a la insolvencia de grupos empresariales.

Las disposiciones relativas a la solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a dos o más empresas de un grupo tienen por objeto:

- a) Facilitar el examen coordinado de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia presentada respecto de esas dos o más empresas del grupo;

b) Habilitar al tribunal para obtener información acerca del grupo de empresas que facilite la determinación de si procede o no decretar la apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de cada una de esas empresas del grupo;

c) Promover la eficiencia y reducir los gastos de apertura de esos procedimientos; y

d) Ofrecer un mecanismo que facilite al tribunal la determinación de si procede o no coordinar esos procedimientos.”

La UNCITRAL y su Grupo de Trabajo IV (Régimen de la Insolvencia) establecieron en la tercera parte de su guía legislativa, en la que se aborda el tratamiento dado a los grupos empresariales, lo siguiente:

En el plano interno, el comentario y las recomendaciones de la tercera parte incluyen varios mecanismos que se pueden utilizar para racionalizar procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas pertenecientes a un grupo. Algunos de ellos son:

- La coordinación de diversos procedimientos relativos a diferentes deudores;
- Cuestiones relativas a la financiación en la etapa posterior a la solicitud y la apertura del procedimiento en el contexto de los grupos de empresas;
- Disposiciones que rigen la anulación;
- La consolidación patrimonial entre procedimientos de insolvencia que afecten a dos o más miembros del grupo;
- El nombramiento de un único o un mismo representante para todos los miembros del grupo afectados por la insolvencia; y
- Los planes de reorganización coordinados.

En cuanto al tratamiento internacional de los grupos, la tercera parte se centra en la cooperación y la coordinación; amplía las disposiciones basadas en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza al contexto de los grupos de empresas, y *mutatis mutandi*, aborda la aplicabilidad en el contexto internacional de los

mecanismos propuestos para hacer frente a las insolvencias de grupos de empresas en el contexto nacional.

Sin embargo, en el caso de México en años recientes surgieron procedimientos concursales de grupos empresariales, en los cuales los jueces no tenían los instrumentos jurídicos para dar un tratamiento adecuado a los mismos, en razón de que la Ley de Concursos Mercantiles de 2000, no regulaba adecuadamente los concursos relativos a los Grupos Empresariales, ya que los jueces resolvían las cuestiones de insolvencia de grupos empresariales aplicando una ley que no regulaba adecuadamente la situación y sin contar con criterios o precedentes aplicables.

Las fuertes quejas y señalamientos sobre los Jueces por parte de la comunidad de negocios, organizaciones de abogados, miembros del sistema financiero y universidades entre otros actores sociales propiciaron que el legislador presentara un paquete de reformas financieras que contenían entre otras cosas un decreto para modificar y adicionar a la LCM específicamente en lo relativo al concurso mercantil de grupos empresariales. El decreto en cuestión fue publicado el 10 de enero de 2014.

Las disposiciones legales que regulan los concursos mercantiles de los grupos empresariales de conformidad al decreto de reforma son el artículo 15 y 15 Bis de la Ley de Concursos Mercantiles vigentes, que a la letra señalan:

“Artículo 15 Bis.- Podrán solicitar simultáneamente la declaración judicial conjunta de concurso mercantil, sin consolidación de masas, aquellos Comerciantes que formen parte del mismo grupo societario. **Para la declaratoria conjunta del concurso mercantil resultará suficiente con que uno de los integrantes del grupo se encuentre en alguno de los supuestos de los artículos 10, 11 o 20 Bis,** y que dicho estado coloque a uno o más de los integrantes del grupo societario en la misma situación.

Tratándose de Comerciantes integrantes de un grupo que se encuentren en el mismo supuesto del párrafo inmediato anterior, **su acreedor o acreedores podrán demandar la declaración judicial conjunta de concurso mercantil de uno o varios de éstos.**

En los casos previstos en este artículo, **la solicitud o demanda de declaración conjunta de concurso mercantil se sustanciará bajo un mismo procedimiento, pudiendo designar el juez a un solo visitador, conciliador o síndico** para los efectos de esta Ley, si así resulta conveniente para los fines del procedimiento.

Los procedimientos de declaración conjunta de concurso mercantil podrán acumularse con otros procesos de concurso mercantil conforme a lo dispuesto en el artículo 15.”

Como bien sabemos, el concurso mercantil puede ser solicitado por el comerciante que se encuentra en incumplimiento generalizado de pago de sus obligaciones, así como por sus acreedores y el Ministerio Público.

En el caso de grupos societarios, ante el incumplimiento generalizado de pago de las obligaciones de una de las sociedades controladas que coloque en la misma situación a más integrantes del grupo societario, la sociedad controlada o su acreedor o acreedores podrán solicitar y demandar la declaración judicial conjunta de concurso mercantil, sin consolidación de masas, de una o varias sociedades controladas que se encuentren en alguno de los supuestos señalados en los artículos 10, 11 o 20 Bis de la Ley de Concursos Mercantiles.

En consecuencia, la solicitud o demanda de declaración conjunta de concurso mercantil se sustanciará bajo un mismo procedimiento, pudiendo designar el Juez a un solo Visitador, Conciliador o Síndico, así resulta conveniente para los fines del procedimiento

De igual manera, los procedimientos de declaración conjunta de concurso mercantil podrán acumularse con otros procesos de concurso mercantil conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles, que a la letra señala:

“Artículo 15.-

...

Se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada, los procedimientos de concurso mercantil de sociedades mercantiles que integren un grupo societario.

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 aquéllas en las cuales más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad controladora. Para ello, la tenencia indirecta a que se refiere este párrafo será aquélla que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora.

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.”

El precepto citado con anterioridad señala que se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada, los procedimientos de concurso mercantil de:

- I. La sociedades controladoras y sus controladas, y
- II. Dos o más sociedades controladas por una misma controladora.

Sin embargo, los artículos citados no hacen la precisión de indicar las reglas para establecer cuál será el procedimiento principal al que se acumularán los demás vinculados, si tomará en cuenta parámetros de antigüedad del proceso, o bien si en cualquier caso el de las controladas se acumularán al de la controladora.

Cabe mencionar que, se observa que se acumularán los procesos de sociedades controladas por una misma empresa controladora, esto quiere decir que los concursos entre hermanas podrán ser acumulados. De cualquier manera es evidente que, el régimen de acumulación mexicano se basa exclusivamente en el parámetro del control accionario dejando de lado la existencia de los grupos horizontales o por coordinación, o incluso grupos en donde exista cierto grado de control pero que no alcance el porcentaje del 50% de las acciones con derecho a voto que la ley marca como requisito de existencia del “control”, como es el caso de los llamados “derechos de minorías” en donde por disposición estatutaria o aún por disposición legal en el caso de las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (SAPI’s) o Sociedades Anónimas Bursátiles (SAB’s) reguladas por la Ley de Mercado de Valores, se pueden establecer válidamente controles específicos que regulen la vida social de la sociedad, sin el requisito de tener más del 50% de las acciones con derecho a voto.

Por otra parte, la legislación concursal mexicana no señala cuál será la tramitación que seguirá dicha acumulación, lo que llevará a utilizar el Código de Comercio como supletorio³⁶ aplicando lo conducente a la acumulación de autos, el cual al efecto señala:

“Artículo 1359.- La acumulación de autos solo podrá decretarse a instancia de parte legítima, salvo los casos en que, conforme a la ley, deba hacerse de oficio.

Artículo 1360.- La acumulación puede pedirse en cualquier estado del juicio, antes de pronunciarse sentencia, salvo que se trate de excepciones procesales

³⁶ En los términos del artículo 8° fracción I de la Ley de Concursos Mercantiles mexicana.

que deban hacerse valer al contestar la demanda, o que tratándose del actor bajo protesta de decir verdad manifieste no conocer, al solicitar la acumulación, no haber conocido antes de la presentación de su demanda, de la causa de la acumulación.

Artículo 1361.- La acumulación deberá tramitarse en forma de incidente.”

En cuanto a tal disposición pueden surgir varios cuestionamientos:

En primer lugar, señala que la acumulación se decretará a instancia de “parte legítima”, pero si se traslada al derecho concursal, en materia de grupos, ¿quiénes podrán ser considerados como tales? Por poner algunos ejemplos, ¿podrán ser consideradas como partes legítimas para solicitar la acumulación cualquier acreedor o solo los acreedores comunes de dos o más sociedades integrantes de un mismo grupo? ¿estarán legitimados para solicitarla los especialistas del concurso mercantil? O bien, ¿podrá ser decretada de oficio?

También se observa que el Código de Comercio establece que la vía idónea para tramitar la acumulación será la incidental, exclusividad que de ser aplicable a la materia concursal sería un gravísimo error puesto que en tal caso no podría ser invocada al momento de la presentación de la solicitud de la apertura. Ya que una de las ventajas de la solicitud de apertura conjunta del concurso es precisamente la de tener la posibilidad de que los procedimientos sean también acumulados o coordinados en su estudio. Virtud que sería coartada por la imposición del incidente como única vía para la tramitación de la acumulación, por lo cual lo más idóneo sería dejar abiertas ambas posibilidades.

Es claro que, nos encontramos ante una ley mexicana que ha intentado hacer frente a los modelos contemporáneos de asociación empresarial, pero que una vez más su regulación es deficiente al no hacer un tratamiento a profundidad de esta problemática, sin intentar aportar soluciones concretas que vayan ajustadas a un moderno derecho empresarial.

Solicitud y apertura conjunta.

Además de la acumulación de procedimientos concursales, pueden establecerse en el régimen de insolvencia otras medidas que faciliten la tramitación de los procedimientos de empresas vinculadas por una relación grupal. Tal es el caso de la solicitud conjunta de apertura del procedimiento, la cual pudiera ser presentada, de acuerdo a lo previsto para cada régimen concursal, en uno o varios escritos simultáneos en los que se contemplaren a todas las empresas que solicitan el concurso. En tal o tales solicitudes podría solicitarse o no la acumulación, pero con independencia de ésta última, la simple solicitud simultánea de apertura de uno o varios procedimientos concursales de empresas relacionadas procura la consecución de varios propósitos que a continuación se señalan.

En primer lugar, mencionar como uno de los objetivos de la solicitud conjunta, el de economía procesal, facilitando los trámites que permitan darle celeridad al proceso y reduciendo los gastos de apertura y administración de los procesos de insolvencia, así como la facilitación al juzgador del examen coordinado de las solicitudes de apertura.

Otra ventaja que supone la solicitud conjunta de concursos de varias empresas relacionadas, es que alertaría al tribunal sobre la existencia de un grupo de empresas, especialmente si a la solicitud se acompañan documentos que sirvan para acreditar las relaciones entre empresas. Así que el allegar este tipo de información le permite al juzgador tener una base más sólida para decretar si efectivamente procedería la apertura conjunta o no del procedimiento.

Por otra parte, se obtiene la ventaja de tener una fecha común de inicio de concurso para las empresas integrantes del grupo, lo cual facilitaría en dado caso la coordinación de procesos (la celebración de juntas, negociaciones, acuerdos, notificaciones, etc.).

Como se ha mencionado, en el escrito de solicitud de apertura conjunta también pudiera solicitarse o tramitarse la acumulación procesal, con lo cual se facilitaría desde el inicio del o de los procedimientos, su coordinación.

Aunque no hay que olvidar que si bien la solicitud o solicitudes conjuntas facilitan un examen coordinado que permita decretar la apertura del concurso, y en todo caso, también ayuda a la coordinación a lo largo de todo el proceso concursal (vgr. con la coincidencia de fechas, establecimiento del plazo para el periodo sospechoso, etc.), ello no quiere decir que para que exista la coordinación procesal o la acumulación de concursos, tiene que necesariamente solicitarse conjuntamente la apertura.

Es decir, la solicitud conjunta de apertura podría traer aparejada la acumulación, esto no significa que la existencia de la acumulación o de la coordinación procesal, tengan como requisito haber sido promovidas en el escrito de apertura conjunta. Tal y como bien expone el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL en la Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia, la solicitud conjunta no tiene por objeto predeterminar la forma en que se sustanciarán los procedimientos y considera deseable que el régimen de insolvencia no exija una solicitud conjunta a título de requisito previo a la coordinación procesal.³⁷

Para el caso del régimen concursal mexicano, la oportunidad de solicitar conjuntamente la apertura de un procedimiento por dos o más comerciantes no se encuentra contemplada, considerando legitimados para solicitar el concurso al comerciante que hubiere incurrido en el incumplimiento de pago generalizado de sus obligaciones en términos del artículo 10 (Art. 20), a cualquier acreedor del comerciante o al Ministerio Público (Art.21 de la Ley de Concursos Mercantiles vigente), pero omitiendo mencionar si esta solicitud puede ser solicitada

³⁷Ver Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia relativa al trato otorgable a los grupos de empresas en situación de insolvencia.

conjuntamente por dos o más comerciantes (o en su caso sociedad controladora y su o sus controladas), o bien, por un acreedor respecto de varios de sus deudores comunes vinculados entre sí, por tanto se entiende que la solicitud es en todos los casos individual y respecto de una sola persona.

Sin embargo, en el caso de que se llegara a establecer el presupuesto de la solicitud conjunta, aplicaría para la legislación mexicana la misma postura que los doctrinistas españoles han adoptado para la interpretación de su ley concursal, ya que el presupuesto objetivo para declarar el concurso mercantil del Comerciante es el incumplimiento generalizado del pago de sus obligaciones (artículo 9º), entendiendo por incumplimiento generalizado del pago de las obligaciones el relativo a dos o más acreedores distintos, siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:

“Artículo 10.- (...)

II. Que de aquellas obligaciones vencidas a las que se refiere el párrafo anterior, las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido representen el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a cargo del Comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso, y

II. El Comerciante no tenga activos enunciados en el párrafo siguiente, para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la demanda o solicitud.

(...)”

Aunque la ley mexicana prevé una excepción, consistente en declarar en el concurso mercantil el patrimonio de los socios ilimitadamente responsables de la sociedad declarada en concurso, estableciendo que el procedimiento se podrá iniciar conjuntamente en contra de la sociedad y de los socios, señalando expresamente que aunque los socios puedan individualmente hacer frente al pago de obligaciones de la sociedad (es decir que sean solventes), esto no los eximirá de la declaración del concurso.

Tomando en consideración que el contemporáneo derecho de los grupos empresariales tiende a tratarlos como una unidad económica, se considera acertada la solución prevista por la ley argentina, que permite la inclusión del concurso de varias empresas que forman parte de un grupo empresarial, sin el requisito de que todas ellas sean deudoras comunes del promovente ni que todas ellas se encuentren en estado de cesación de pagos, bastando que la cesación de pagos de cualquiera de ellas pueda poner en peligro el cumplimiento de las obligaciones del resto.

A mayor abundamiento, se considera que en aquéllos casos en que cualesquiera de las empresas del grupo se hubiese beneficiado directa o indirectamente con las circunstancias económicas que trajeron como consecuencia la cesación de pagos de una o varias de ellas, deben responder con la consolidación del patrimonio común, para lo cual debieran de ser llamadas al concurso de cualesquiera de las deudoras que forman parte del mismo grupo empresarial a efecto de consolidar las masas activa y pasiva en beneficio de los acreedores. Ese debe ser el fin último de un adecuado tratamiento de la insolvencia de un Grupo Empresarial.

Por último, vale la pena reiterar que tanto la acumulación o coordinación procesal, así como la solicitud de apertura conjunta del proceso concursal, son soluciones de carácter procesal y que ninguna de las previsiones anteriormente expuestas redundan en la confusión de patrimonios ni necesariamente en una solución conjunta (aunque facilitarían a ello) ni en un único acuerdo. En fin, no se trata de una consolidación sustancial, sino de medidas de naturaleza puramente procesal.

A. SUJETOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA APERTURA CONJUNTA Y LA COORDINACIÓN PROCESAL.

De conformidad con los artículos 15 y 15 Bis de la Ley de Concursos Mercantiles, a continuación señalaré algunas cuestiones relativas a la apertura

conjunta y a la coordinación procesal de empresas que forman parte de un mismo Grupo Empresarial, y se encuentran ubicadas dentro de un mismo país. Es decir, no se hará referencia a las cuestiones relativas a procesos transfronterizos.

De acuerdo con la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL que trata sobre las cuestiones de insolvencia de los Grupos de Empresas, se aconseja la conveniencia de especificar en el régimen de la insolvencia de que se trate, a los sujetos que estarán facultados para solicitar la coordinación procesal. Asimismo, se apunta conveniente que el tribunal competente discorra sobre la procedibilidad de la coordinación, misma que podrá decretarse de oficio, si el tribunal considera adecuada la coordinación para facilitar la administración del proceso y en general, para el provecho del Grupo de Empresas, en el caso de que dicha coordinación no hubiese sido solicitada por las partes legitimadas.

A su vez, el Tribunal podría decretar la coordinación a instancia de las partes interesadas y autorizadas por el régimen concursal. Al efecto, la Tercera Parte de dicha Guía recomienda considerar como partes que pueden estar facultadas para solicitar la coordinación a:

a) El propio deudor.- En el caso de tratarse de un Grupo Empresarial, podría establecerse en el régimen concursal que cualquier partícipe del Grupo pudiera solicitar la coordinación, siempre y cuando se encuentre sujeto a un procedimiento concursal o por lo menos haya presentado una solicitud de apertura del concurso.

b) El representante de la insolvencia.- Asimismo, podría estar facultado para solicitar la coordinación, el representante de la insolvencia de cualquiera de los deudores concursados integrantes de un mismo Grupo, puesto que en principio posee la información más relevante para hacerlo.

c) Los acreedores.- En esta misma línea, la Tercera Parte de la Guía antes mencionada, recomienda la autorización para solicitar la coordinación de procedimientos a los acreedores de una o varias empresas que formen parte de un

Grupo y las cuales sean objeto de una solicitud de concurso o bien ya se encuentren sujetas a un proceso de insolvencia. Cabe aclarar que en la Guía no se considera necesario que el acreedor solicitante lo sea de todas las empresas cuyos procedimientos se pretenda coordinar, basta tan solo que sea acreedor respecto de una de ellas para que la ley lo considere como facultado para solicitar dicha coordinación.

En nuestro país, la actual legislación concursal establece como un requisito *sine qua non* para la declaración del concurso mercantil, que el Comerciante incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones -se entiende que incumplió cuando el propio comerciante solicita su declaración en concurso- y se ubique dentro de los supuestos legales establecidos por el artículo 10 de la Ley de Concursos Mercantiles o bien cualquier acreedor (incluyendo al fisco) o el Ministerio Público (el representante social) demande la declaración de concurso del comerciante y éste se ubique en tales supuestos.

También, tratándose de sociedades controladoras y sus controladas, una vez que ambas se ubiquen en los supuestos de cesación de pagos ya mencionados, los procedimientos concursales se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada, sin mayor regulación sobre las problemáticas que se han venido señalando en este capítulo. Lo que aquí se debe resaltar es que, la legislación mexicana también faculta a que cualquier acreedor o el Ministerio Público, demande la declaración de concurso o lo solicite la insolvente, pero tratándose de controladora y controladas, se requiere tener la calidad de acreedor para demandar y el estado de insolvencia de la deudora para ser llevada a concurso, ya que sigue las reglas generales para cualquier otro concurso individual.

Con anterioridad a la reforma del diez de enero de dos mil catorce, nuestra legislación concursal no preveía la posibilidad de llevar a cabo la declaración conjunta del concurso mercantil de varias empresas que formaran parte de un Grupo Empresarial. Por lo que, cada Comerciante que se encontraba dentro de los supuestos de cesación de pagos ya mencionados, debía solicitar su propia

declaración de concurso. Igualmente, cada acreedor o el Ministerio Público legitimados para demandar la declaración de concurso de una deudora insolvente, demandando de manera individual a cada una de las deudoras aunque formara parte de un Grupo Empresarial y varias de ellas le resultaran deudoras directas.

Sin embargo, con la reforma mencionada se adiciona a la Ley de Concursos Mercantiles, el artículo 15 Bis, mismo que a la letra señala:

“Artículo 15 Bis.- Podrán solicitar simultáneamente la declaración judicial conjunta de concurso mercantil, sin consolidación de masas, aquellos Comerciantes que formen parte del mismo grupo societario. Para la declaratoria conjunta del concurso mercantil resultará suficiente con que uno de los integrantes del grupo se encuentre en alguno de los supuestos de los artículos 10, 11 o 20 Bis, y que dicho estado coloque a uno o más de los integrantes del grupo societario en la misma situación.

Tratándose de Comerciantes integrantes de un grupo que se encuentren en el mismo supuesto del párrafo inmediato anterior, su acreedor o acreedores podrán demandar la declaración judicial conjunta de concurso mercantil de uno o varios de éstos.

En los casos previstos en este artículo, la solicitud o demanda de declaración conjunta de concurso mercantil se sustanciará bajo un mismo procedimiento, pudiendo designar el juez a un solo visitador, conciliador o síndico para los efectos de esta Ley, si así resulta conveniente para los fines del procedimiento.

Los procedimientos de declaración conjunta de concurso mercantil podrán acumularse con otros procesos de concurso mercantil conforme a lo dispuesto en el artículo 15.”

B. FINALIDAD DE LA COORDINACIÓN PROCESAL.

La coordinación, ya sea como efecto de la acumulación de concursos entre personas vinculadas o bien como medida procesal, tiene como objetivo procurar la eficiencia del o de los procedimientos concursales mediante el mejor aprovechamiento de recursos, la racionalización de gastos y el menor desgaste del aparato jurisdiccional al evitar la duplicación de esfuerzos.

Otras de las finalidades de la coordinación del concurso de acreedores de las empresas integrantes de un grupo, es la facilitación del trámite y de la sustanciación de los procedimientos mediante la obtención de información de las empresas vinculadas, así como la valoración de sus bienes y la identificación de acreedores que bien podrían ser comunes, dando como resultado una masa de insolvencia depurada.

Así también, la coordinación procesal promueve la reducción de los gastos y el mayor aprovechamiento de los recursos, lo cual posibilita elevar la tasa de reembolso y retorno de los préstamos a los acreedores.

En resumen, el desahogo coordinado de procedimientos de personas relacionadas, como lo son los integrantes de un Grupo Empresarial, tiene como efectos el de facilitar no solo la agilidad y la efectividad del concurso de acreedores, sino también el de permitir a los jueces resolver el concurso con un panorama más amplio sobre las relaciones, bienes, vínculos y responsabilidades de las empresas en dificultades, que en última instancia traerá como beneficio un mejor aprovechamiento de sus recursos.

No obstante lo anterior, cabe recordar que la coordinación de concursos se trata de una medida puramente procesal y administrativa, lo cual quiere decir que no afectará cuestiones de fondo ni derechos sustantivos de los acreedores y que en

todo momento se respetará la identidad jurídica de los concursados, así como su independencia administrativa y patrimonial.³⁸

Por otra parte, es menester señalar algunas de las medidas que podría tomar el Juez en el acuerdo o mandamiento de coordinación de procedimientos, mismas que posibilitarán alcanzar los fines antes mencionados. Tales disposiciones se pueden encontrar enunciadas como parte de las recomendaciones que hace la UNCITRAL en la Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia. A saber tales medidas son, entre otras, las siguientes:

- 1.- Designar a un único o el mismo representante de la insolvencia de los concursos de dos o más partícipes de un Grupo de Empresas. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL).
- 2.- Dictar la coordinación de audiencias. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL).
- 3.- Promover el intercambio de información relativa a las empresas miembros de un Grupo. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL).
- 4.- Ordenar la coordinación de negociaciones, con el objeto, por ejemplo, de tomar un acuerdo de reorganización o de liquidación. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL).
- 5.- El envío conjunto de notificaciones. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL).
- 6.- La coordinación en la presentación y verificación de los créditos. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL).
- 7.- La coordinación en los procedimientos de impugnación. (Recomendación 204 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL).
- 8.- La valoración conjunta de los activos. (Artículo 10.7 del Decreto 1749 de Mayo de 2011 colombiano).

³⁸ Ver fundamento en la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de Insolvencia. P. 25 y Decreto 1749 de Mayo de 2011 de Colombia, artículos 2º y 8º.

C. TRATO OTORGABLE A LOS BIENES UNA VEZ ABIERTO EL CONCURSO DE ACREEDORES DE UN GRUPO EMPRESARIAL.-

Diversas legislaciones como las de Colombia, Chile y Argentina que se ocupan de regular la insolvencia en cada país, prevén el tratamiento que se le debe dar al deudor y a sus bienes en tratándose de un deudor singular, esto es, que no forma parte de un Grupo Empresarial, o que aún formado parte de un Grupo Empresarial, dicho grupo no se encuentra reconocido como tal y regulado específicamente con reglas especiales como sucede en el caso de México. Sin embargo, para el caso del concurso de acreedores de una o varias empresas partícipes de un grupo, los efectos acerca del tratamiento de su patrimonio presentan ciertas particularidades que merecen ser analizadas y reguladas de manera especial. Tales efectos pueden ir desde la anulación de actos entre personas allegadas o integrantes del mismo grupo, subordinación de créditos o incluso la consolidación del patrimonio de varias empresas en uno sólo. Sobre los efectos de ser personas relacionadas, se ha tratado con antelación, lo relativo a la subordinación de créditos, por lo que en este apartado me ocuparé de señalar brevemente otros efectos del concurso de acreedores de empresas de un Grupo: el de la financiación y otorgamiento de garantías después de la apertura y el relativo a la administración y enajenación de los bienes una vez abierto el procedimiento concursal.

D. FINANCIACIÓN Y OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS POSTERIORES A LA APERTURA DEL CONCURSO.

En primer término, conviene señalar que en cualquier procedimiento concursal la financiación de la empresa en dificultades se encuentra revestida de una especial importancia, ya que persigue el principal objetivo del concurso que es el de la preservación de la empresa (económicamente viable y socialmente útil) como fuente de empleo y de riqueza. Por lo tanto, uno de sus objetivos es tanto la

inyección de capital, como garantizar las obligaciones de la empresa frente a terceros, y así seguir operando, ya sea en caso de su posterior reorganización o bien en caso de su inevitable venta. En este último caso maximizar su valor al entregarse una empresa que se encuentra en marcha, ya que cabe recordar que es indispensable contar con fondos para hacer frente a gastos ordinarios e indispensables de funcionamiento de la empresa, tan esenciales como el pago de costos laborales, materias primas, tecnología, maquinaria moderna, servicios especializados que permitan a la empresa instalarse a la vanguardia, por citar algunos ejemplos.

El acceso al financiamiento en el mercado de una empresa concursada o aún quebrada es casi imposible. Hay que partir de la amarga experiencia que viven estas empresas que han caído en desgracia financiera y que por regla general reciben el rechazo del sector financiero institucionalizado. No existe conciencia ni educación para valorar los esfuerzos que realizan quienes tienen problemas financieros y se ven sujetos a concurso y que merecen una segunda oportunidad. Es difícil que una empresa concursada o aún quebrada obtenga financiamiento a que lo reciba cualesquier otra empresa de nueva creación. No es tomada en cuenta la experiencia del comerciante deudor en desgracia financiera y quien ya aprendió de sus errores o aprendió a conocer mejor las fuerzas del mercado.

Es por ello que adquiere vital importancia para la supervivencia de estas empresas el facilitar el financiamiento de aquellos que aun confían en ellos como son los que forman parte de su mismo grupo empresarial en primera instancia.

Para el moderno derecho empresarial, en el caso de insolvencia de una o varias empresas partícipes de un grupo, este objetivo adquiere relevancia puesto que no es un deudor único, sino varias empresas, solventes o no, las que se verían afectadas por dicha financiación. Como bien señala el Grupo V de la UNCITRAL, la financiación posterior a la apertura en el caso de los Grupos Empresariales, tiene una importancia mayor, en virtud de que las consecuencias económicas que

presupone tienen más envergadura, máxime en tratándose de Grandes Grupos de Empresas.

Pero aunque la finalidad puede ser la misma para el caso de un único deudor como de un Grupo Empresarial, las implicaciones son distintas para uno y otro como se verá en líneas posteriores.

En el caso de la financiación posterior a la apertura del concurso de acreedores de una o varias empresas miembro de un Grupo, puede presentar ciertos problemas como los que se señalan a continuación:

a) Un conflicto de intereses. Es decir, puede presentarse una oposición en cuanto a los intereses particulares de una empresa (proveedora o receptora de fondos) contra los intereses del grupo del que forma parte. Este problema se agudiza cuando existe un único representante de la insolvencia de los concursos de varias empresas del mismo grupo, el cual pudiera ser al mismo tiempo representante tanto de quien aporta como de quien recibe los fondos y tendría que valorar de manera imparcial los intereses de cada empresa en particular y los del grupo en su conjunto.

b) La necesidad de mantener estructura financiera operante en el Grupo con anterioridad al concurso. Sobre todo cuando se trata de un Grupo de Empresas de estructura centralizada que concentra la obtención de todos los recursos en una tesorería común, la cual, al otorgar financiamiento a la insolvente pudiera afectar la liquidez del Grupo o de algunas empresas que lo componen.

c) Repercusiones de la financiación tanto en la empresa proveedora como en la receptora de recursos. Este punto presenta relación con el primero, en el que se deben de analizar cuidadosamente cualquier conflicto de intereses respecto de la empresa que aporta los recursos o garantiza la financiación, como de la beneficiaria de dichos recursos o garantías. Así como las consecuencias que traería consigo no sólo para la receptora (como sería el caso de un deudor individual) sino también para la empresa garante o proveedora de los recursos, así como para los intereses

de sus acreedores. Por otro lado, de existir varios representantes de la insolvencia, como bien previene la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia, será preciso concertar un cierto grado de coordinación entre ellos y si fuere un único representante el encargado de administrar varios concursos de empresas del mismo grupo, deberá de analizar y resolver cualquier conflicto.

No obstante, los aparentes inconvenientes de la financiación intra-grupal, una vez declarado el concurso de una o varias empresas que formen parte del mismo grupo, puede ser compensada por beneficios que atienden precisamente a su estructura empresarial. En primer lugar, porque el beneficio obtenido por la empresa que necesita de la financiación para su supervivencia o para conservar o incluso incrementar su valor, puede repercutir en un beneficio global para las demás partícipes del grupo. Así mismo, el perjuicio sufrido por los acreedores de la empresa que otorga la financiación puede ser contrarrestado por el beneficio del otorgamiento de una garantía real. Por otro lado, tratándose de los acreedores internos del grupo, su financiación no sólo puede ayudar a asegurar la supervivencia de la empresa en dificultades, sino que puede ser incluso necesaria para garantizar su propia supervivencia.

Así, los problemas relacionados con la financiación que se han venido mencionando, pueden ser combatidos con soluciones de tipo procesal como por ejemplo, en el régimen de la insolvencia se podría requerir la autorización judicial y/o de los acreedores para poder otorgar un préstamo. Aunque el Grupo V de la UNCITRAL advierte que debe de reducirse al mínimo el número de autorizaciones ya que la financiación podría ser necesitada de manera urgente. Otra medida que puede ayudar a resolver el problema relativo al conflicto de intereses agravado por la existencia de un único representante de la insolvencia, sería el nombramiento de otro u otros representantes, ya sea de manera temporal en tanto que se resuelve la aportación de fondos o de garantías, o bien de manera permanente. Por último, en cualquier caso el representante de la insolvencia deberá determinar que existe la

necesidad imperante de obtener fondos después de la apertura, para la preservación de la empresa, así como de su valor y su mantenimiento en funciones.

Ahora bien, para el caso del otorgamiento de garantías reales la Tercera Parte de la Guía legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de Insolvencia citada, sugiere la posibilidad de que una empresa concursada pueda otorgar una garantía real para respaldar su propia financiación o también para respaldar la financiación de una empresa integrante del mismo grupo que se encuentre en la misma situación de insolvencia. En este último caso, la garantía únicamente podrá ser otorgada sobre bienes no gravados, situación que de cualquier manera supondría una disminución del conjunto de bienes disponibles para sus acreedores.

Sin embargo, este menoscabo puede ser compensado por el beneficio indirecto a largo plazo, ya que en el contexto del grupo, una financiación que suponga la salvaguarda de las empresas después redundará en un beneficio global del grupo.

Para evitar en lo posible que se cause perjuicio a los acreedores al comprometer la masa activa que les garantiza su pago, habrá que considerar por parte del representante del concurso y de la autoridad judicial rectora del proceso lo siguiente:

a) Si bien es cierto que, se impone un gravamen sobre un bien o bienes que conforman el activo fijo de la concursada; también es cierto que, al recibir préstamo esta última verá incrementado su activo circulante con la inyección de capital de trabajo.

b) Lo que habrá que vigilar es que este capital de trabajo no se emplee únicamente en gastos “operativos” sino que se destine en realidad a la adquisición de nueva maquinaria y/o tecnología de punta, así como la adquisición de materia prima e insumos a mejores precios al ser pagados de contado.

Lo anterior implica que al autorizarse este crédito exista el convencimiento pleno de que se garantiza la viabilidad financiera de la empresa y no que se verá agravada con un exceso de “empasivamiento”.

Por otra parte, en el contexto del concurso de Empresas de Grupo, la financiación puede provenir tanto de fuentes internas como de proveedores externos al grupo. En el primero de los casos, los acreedores internos podrán tratarse de miembros solventes del grupo, así como los que se encuentren sujetos a procedimientos de insolvencia.

A continuación se estudiarán brevemente las particularidades para el caso de la financiación proveniente de cada una de las fuentes siguientes:

a) Provenientes de concursadas.-

En este apartado se estudiará la posibilidad de que una empresa que se encuentre sujeta a un proceso concursal pueda a su vez otorgar una garantía o financiar a otra empresa que forme parte del mismo grupo y que sea igualmente insolvente y sujeta a un proceso concursal.

Aunque en general es de esperar que una empresa insolvente no está en condiciones de garantizar deudas ajenas o de financiar a otra empresa, no obstante, en el escenario de los Grupos Empresariales y en circunstancias específicas, esta financiación puede ser deseable. La multicitada Tercera parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de Insolvencia, señala que en los regímenes de la insolvencia tal vez sea conveniente regular el caso de la obtención y concesión de fondos por parte de empresas insolventes para así facilitar el otorgamiento de tal financiación. Así también señala la conveniencia de establecer los deberes y obligaciones tanto de los proveedores como de los receptores de tal financiación. Así mismo, apunta la necesidad de evaluar los beneficios que traería consigo el sacrificio de una empresa en búsqueda del beneficio de las demás empresas del

grupo, con el objetivo de obtener un provecho global y de una distribución más equitativa de los perjuicios que pudiera ocasionar a corto plazo, con miras a beneficiarse a largo plazo.

Pareciera un contrasentido el analizar la posibilidad de que una concursada pueda transferir fondos vía préstamo a otra concursada, sin embargo, hay que tomar en cuenta que pueden existir administradoras de fondos del Grupo Empresarial que por encontrarse sujetos a dicho procedimiento tienen la prohibición legal de realizar pagos y en consecuencia tienen la liquidez suficiente para poder realizar préstamos a sus filiales o aún a su matriz, lo que al final siempre redundará en beneficio del Grupo como unidad económica pues de nada sirve que una de las empresas, aun concursada, tenga liquidez y otra de las concursadas del mismo Grupo carezca de ella y ponga en peligro a toda la unidad económica a la que le se ha venido denominado Grupo Empresarial.

b) Provenientes de integrantes del grupo no concursadas.

En cuanto a este punto el Grupo de Trabajo V de la UNCITRAL plantea varias cuestiones. En primer lugar, que es posible que a una empresa que no tiene dificultades financieras le puede interesar la estabilidad de las demás empresas del mismo grupo o del grupo en su conjunto y que también debería ser posible que una empresa solvente pueda actuar como proveedor de recursos o garantizar un crédito de manera personal o con sus bienes.

Y aunque esa financiación podría realizarse al margen del régimen concursal mediante una aportación voluntaria vía aumento de capital, dicha aportación estaría regulada por el derecho societario y no por el concursal. Este sería un capital de riesgo poco atractivo para un inversionista.

Otra forma de otorgar apoyo financiero a la concursada, bien mediante transferencia de fondos vía préstamo o bien otorgando por ella garantías, se puede negociar en el acuerdo de reestructuración propuesto a los acreedores, con el

inconveniente de que si el préstamo es urgente no se podrá operar hasta que dicho acuerdo sea aprobado por las mayorías, las cuales, obvio es decirlo, pueden no aprobar dicho acuerdo y por lo tanto no se operaría el crédito.

De ser urgente la obtención del crédito, entonces éste quedará sujeto a la regulación concursal, la cual en todo caso deberá establecer un pago preferente a estos créditos, con prelación a cualesquier otro, pues de lo contrario será muy difícil que un acreditante esté interesado en realizar préstamos a fondo perdido o sujeto a su postergación por ser partes relacionadas.

c) Provenientes de terceros.-

Aunque la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia no hace especificación en cuanto a este punto, sí señala que la financiación así como el otorgamiento de garantías puede ser efectuada por acreedores externos a los Grupos Empresariales y también apunta que el régimen de la insolvencia debería de especificar la prelación y el rango que debe de asignarse a los créditos otorgados después de la apertura del procedimiento de insolvencia, incluyendo aquéllos pertenecientes a acreedores externos. Y en este último caso podría reconocerse un incentivo en cuanto a dicha prelación, a los créditos de prestamistas externos.

“Existen ordenamientos como el brasileño, en los que se observa como una novedad el beneficio para los acreedores que otorgan créditos durante la recuperación judicial, calificándolos como extraconcursales.”³⁹ Y aunque no

³⁹ Art. 84.- Acreedores de la masa fallida.- Serán considerados créditos extraconcursales y serán abonados con anterioridad a los mencionados en el art. 83 de esta ley, en el siguiente orden, los relativos a: (...)- V.- Obligaciones resultantes de actos jurídicos válidos practicados durante la recuperación judicial en los términos del art. 67 de esta ley o con posterioridad a la declaración de quiebra; (...). -Art.67 Los créditos por obligaciones contraídas por el deudor en la recuperación judicial serán considerados extraconcursales. Los créditos procedentes de obligaciones contraídas por el deudor durante la recuperación judicial, inclusive aquellos relativos a gastos con proveedores de bienes o servicios y contratos de mutuo, serán considerados extraconcursales en el caso de que fuera declarada la quiebra, respetando lo prescripto por el art.83 de esta ley.

menciona al caso de los Grupos de Empresas, ni a qué tipo de acreedores (internos o externos) será aplicado dicho beneficio, es interesante mencionar esta particularidad del régimen brasileño puesto que habla de las ventajas que puede suponer incluso para una persona extraña al Grupo de Empresas que aparentemente no tienen ningún interés en la recuperación de la concursada, el darle un trato de acreedor de la masa fallida.

De igual manera, el régimen concursal uruguayo otorga un trato preferencial a los créditos nacidos con posterioridad a la declaración del concurso, considerándolos como créditos contra la masa.⁴⁰

Por su parte, la Ley de Concursos Mercantiles mexicana permite la contratación de nuevos créditos, así como la constitución o sustitución de garantías una vez declarado el concurso, cuya aprobación será decidida por el conciliador previa opinión de los interventores (cuando existan) y la enajenación de activos cuando no se encuentren vinculados con la operación ordinaria de la empresa del Comerciante. Asimismo, establece el grado de prelación y el rango que se les otorgará con respecto a los demás créditos calificándolos con el carácter de créditos contra la masa que se deberán pagar con preferencia a cualquier otro, excepto los salarios de los trabajadores correspondientes a los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Por último, con base a todo lo anterior, así como a lo dispuesto por la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL antes citada, y a legislaciones de

(...)" Artículo 84 inciso V de la Ley de Recuperación Judicial y Extrajudicial y Quiebra del Empresario y de la Sociedad Empresaria de 9 de febrero de 2005.

⁴⁰ Artículo 91. (Créditos contra la masa).- Serán créditos contra la masa: (...)- 4) Los créditos nacidos después de la declaración de concurso, incluidos los provenientes de la rehabilitación de contratos que hubieran caducado, salvo que la ley los considere créditos concursales. (...)- Artículo 92. (Régimen de los créditos contra la masa).- Los créditos contra la masa se pagarán, a medida que venzan, fuera del procedimiento de concurso.-Su pago se realizará con cargo a los bienes de la masa que no estén gravados con prenda o hipoteca.- Ley Nº 18.387.- Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial publicada el 03 de noviembre de 2008.

insolvencia novedosas como la colombiana, es concluyente en lo que ve a la financiación otorgada con posterioridad a la apertura del concurso, que el régimen de insolvencia debería de facilitar la obtención de fondos por parte de empresas de un grupo sujetas a un procedimiento concursal con la finalidad de procurar su supervivencia y el incremento o la conservación del valor de la masa concursal. Asimismo, debería de facilitar la aportación de fondos por otras empresas del mismo grupo ya sean solventes o sujetas también a un procedimiento concursal, procurando una distribución equitativa de los perjuicios y beneficios derivados de tal aportación, así como una protección de los intereses de los proveedores y sus acreedores, destinatarios de los fondos y en general de cualquier parte que pudiere verse afectada por la financiación. Y por último, el régimen de la insolvencia debería señalar con precisión quién será el que pueda autorizar el otorgamiento y la recepción de nuevos créditos, buscando siempre la agilidad en el trámite y sin perjuicio de los intereses de los acreedores.

Es concluyente que, la falta de liquidez en las empresas es la causa principal de que se ubiquen en uno de los supuestos de la cesación de pagos que trae como consecuencia, voluntaria o forzada, a ser declarados judicialmente en estado de concurso mercantil.

En tal virtud, es imprescindible el favorecer la financiación de aquellas empresas, que siendo viables, requieran recursos financieros frescos para su supervivencia y continuidad en el mercado.

No se trata de financiar empresas no viables que están destinadas a desaparecer del mercado, bien porque no se modernizaron, porque no reconvirtieron sus procesos de producción, no se ajustaron a las demandas del mercado, por la obsolescencia de sus productos y servicios o bien porque en realidad no son competitivas frente a la competencia nacional o internacional, y entonces es momento de que el empresario cambie de giro.

Se insiste en que se debe facilitar la financiación de empresas viables y para ello es menester proteger por una parte a quien otorga el préstamo y a sus propios acreedores, así como a quien lo recibe, siempre en beneficio de sus propios acreedores.

Los empresarios insolventes o quebrados no deben ser denostados públicamente, ni marginados de la economía formal, condenándolos a la economía informal. Merecen una segunda y hasta ulteriores oportunidades, cuando no han actuado de mala fe, de manera fraudulenta, sino que son víctimas de los vaivenes y los riesgos propios del mercado. En una economía de mercado, las empresas ganan y pierden. Lo que siempre se gana es en la experiencia de los empresarios, quienes después de un fracaso, en la mayor de las veces serán mejores, más cuidadosos, más previsores y sobre todo, más preparados para enfrentar los retos de una economía globalizada. Se propugna aquí, por una legislación concursal que humanice estos procesos y que no vea con frialdad y desprecio al concursado y que por el contrario coadyuve a crear una educación general que entienda los fracasos económicos y ayude a solventarlos. Sólo deberán ser castigadas las conductas de mala fe o fraudulentas.

Todos estos conceptos deberán ser regulados y aplicados de igual manera en tratándose de los Grupos Empresariales, nueva realidad económico-jurídica, que no es contemplada en muchas legislaciones concursales, incluyendo la mexicana. La debilidad o la muerte de uno de sus componentes, bien puede significar el debilitamiento o inclusive la desaparición de todo el Grupo en perjuicio de la fortaleza económica de un país.

ii. Efectos respecto de las obligaciones de las entidades controlada y controladora pactadas con sus acreedores.

Es preciso definir a la persona como un ser cuya dignidad y desarrollo en la sociedad constituye una realidad anterior al derecho, y sobre todo, anterior al derecho positivo. El desarrollo y la protección de la dignidad de la persona, es

posible a virtud de la regulación por parte del Derecho de las relaciones entre las personas (seres humanos) dentro de una sociedad. Así que coincidiendo con lo expuesto por los Doctores Alberto Calvo, José María Quiroga y Carlos Baquerín "...la dignidad de la persona, su libertad no nace del Derecho sino de la naturaleza humana; el Derecho ha de proteger y amparar esa dignidad."⁴¹

Definido el concepto de persona, se puede explicar el concepto de personalidad jurídica de acuerdo con CASTAN, citado por Calvo, Quiroga y Baquerín, quien afirma que: "...si la persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad ha de entenderse la aptitud de ser sujeto activo o pasivo, de relaciones jurídicas."⁴²

La legislación mexicana reconoce a las personas, la capacidad de ser sujeto de relaciones jurídicas a partir de que nace y hasta su muerte. (Artículo 2 del Código Civil Federal).⁴³ Sin embargo, dicha capacidad no siempre puede ser ejercida directamente por el individuo, por lo tanto, se puede clasificar a la capacidad jurídica en dos tipos: capacidad de goce y de ejercicio. La primera, se refiere a la facultad que tiene una persona por el simple hecho de serlo, de ser sujeto de derechos y obligaciones (esencia misma de la personalidad); sin embargo, su ejercicio directo por el individuo encuentra algunas limitaciones legales (por ejemplo es el caso de los menores de edad, quienes ejercerán sus derechos u obligaciones a través de quien ostente su patria potestad, ya sean padres o tutores.).⁴⁴

⁴¹ CALVO MEIJIDE, Alberto; QUIROGA DE ABARCA, José María, BAQUERÍN ALONSO, Carlos. "Instituciones de Derecho de Empresa" Pag. 131. Madrid: Editorial Dykinson. 1997.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *En vigor a partir del 1 de Octubre de 1932.*

⁴⁴ Artículo 23. La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes. Código Civil Federal. En vigor a partir del 1º de octubre de 1932.

Es importante destacar que, las personas físicas o naturales en el uso de su capacidad jurídica y en el ejercicio de sus derechos de libertad, pueden asociarse y reunir ciertos bienes de su patrimonio para constituir una nueva “persona” independiente, a la cual el derecho le reconoce también derechos y obligaciones independientes a los de sus integrantes (o socios). Es decir, la “persona jurídica o social” la cual es definida por CALVO, QUIROGA Y BAQUERÍN, la definen, como aquella agrupación de personas físicas o naturales, (*universitas personarum*) o el conjunto de bienes destinados a un fin u organización destinada a un fin (*universitas bonorum*) a la cual la Ley le otorga una personalidad jurídica distinta e independiente de la de sus miembros y la consiguiente capacidad patrimonial para la consecución de un fin social durable y permanente.

Es claro que, al hablar de personalidad jurídica no se puede hacer referencia exclusivamente a un conjunto de personas físicas asociadas para la consecución de un fin, sino a un ente nuevo e independiente, cuya personalidad autónoma va ms allá de la personalidad individual de cada uno de sus socios, en razón de que la sociedad no es la suma de los socios, sino algo que está por encima de ellos, rebasando su personalidad física.

Lo anterior de conformidad a la naturaleza de este fenómeno, respecto del cual se puede mencionar algunas teorías que hablan acerca del origen de las personas jurídicas. Una de ellas es la teoría de la ficción cuyo principal exponente fue SAVIGNY, misma que sostiene que las personas jurídicas son seres ficticios y unidades independientes a las de los miembros que las integran, aunque no siempre son mera creación legal (da el caso de las ciudades a quienes considera como personas jurídicas pero de carácter real.) Al respecto, señala CERVANTES AHUMADA, que dicha teoría ya ha sido superada, en virtud de que es bien sabido que el Derecho no “finge”, sino que puede crear figuras, y aunque sean de naturaleza ideal son igualmente reales que las figuras materiales.

En la teoría orgánica desarrollada por GIERKE, se equipara la naturaleza de las personas jurídicas con la de la persona física, considerándola como un ser con voluntad e interés propio, autónomo al de sus miembros. Afirmaba que la personalidad era “...un atributo propio de todo organismo social, capaz de una propia voluntad de acción, y respecto del cual el Estado se limita simplemente a reconocer su existencia.”⁴⁵

Por otro lado, la teoría del patrimonio afectación postulada por BRINZ, establece que la persona jurídica es igual al patrimonio que se afecta para la consecución de un fin. Esto es a todas luces erróneo, pues si bien el patrimonio es un elemento de la persona, no se puede confundir al patrimonio con persona, pues el primero es un elemento o característica constitutiva de la segunda.

Es claro que, la personalidad jurídica es una creación del Derecho, la cual está integrada por otras personas y por una serie de bienes cuya afectación se hace con el interés de conseguir un fin. Y dicha persona jurídica al ser creada y reconocida por el derecho, al igual que a la persona física, también le es reconocida una capacidad jurídica (de goce y ejercicio) consistente en la facultad de ser sujeto de derechos y obligaciones a que se ha hecho referencia anteriormente y además ejercer dichos derechos y obligaciones. Sin embargo, al ser un ente creado por el derecho de manera “artificial”, su capacidad de obrar, recaerá en sus órganos de administración o representantes.

Al respecto, es importante mencionar que la teoría clásica de las sociedades (personas jurídicas) como entes independientes a las personas que lo integran, con derechos y obligaciones distintas a las de sus miembros y con autonomía propia (la cual se desarrolló con antelación) condujo a la doctrina de la “responsabilidad limitada” de los socios o accionistas de las sociedades. Esta doctrina establece que los mismos, no son responsables por las obligaciones o cargas de la sociedad ni

⁴⁵ VERRUCOLI citado por CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Ibidem*. p.40

serán responsables con su patrimonio propio por deudas o pérdidas sociales, y responderán únicamente por el monto de sus aportaciones al capital social. Sin embargo, esta teoría no fue adoptada por el derecho positivo sino hasta mucho tiempo después de desarrollada la teoría de la personalidad jurídica.

Doctrinalmente se ha dicho que la limitación a la responsabilidad, basada principalmente en el “aislamiento del patrimonio” de los socios-accionistas, alcanzó su máxima expresión en la teoría y práctica de la Sociedad Anónima.

Sin embargo, aunque por un lado esta limitación a la responsabilidad de los socios o accionistas al crear una sociedad (persona jurídica) con patrimonio independiente al de las personas que lo integran, con derechos y obligaciones propias, autonomía contractual, trae consigo un incremento en la actividad empresarial, como ya se ha mencionado. Por otro lado, ha sido objeto de abusos por parte de las personas que integran dicha sociedad. Se dice que “(...) al separar la personalidad de la sociedad de la de sus componentes o asociados, haciendo abstracción de éstos cuando aquélla nace a la vida jurídica cumplimentado requisitos meramente formales, abre una vía fácil para cualquier fraude o actividad ilícita”.⁴⁶

En ocasiones, la personalidad jurídica de la sociedad ha sido utilizada como un instrumento para aislar a los miembros de la sociedad de las consecuencias e imputaciones de sus actos y negocios, haciendo un uso abusivo de la personalidad jurídica independiente de la sociedad, para cometer actos ilícitos, esquivar los preceptos legales, incumplir sus obligaciones y en general defraudar.⁴⁷

El tratadista Gonzalo García Velasco, atinadamente comenta “(...) desafortunadamente en el mundo de los negocios, el abuso dado en la creación de

⁴⁶ DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. “Levantamiento del velo de las personas jurídicas.” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* - Núm. 699, Enero - Febrero 2007. Editorial Vlex. Fuente electrónica Id. vLex: VLEX-363846.

⁴⁷ *Ibíd.*

personalidad jurídica, ha traído como resultado la utilización de esta figura jurídica para burlar el cumplimiento de una norma contractual, como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la del único socio.”⁴⁸

Como he mencionado en capítulos anteriores, se entiende por Grupo Empresarial o Grupo de Sociedades a aquella asociación de dos o más personas (generalmente personas jurídicas o sociales), que realizan distintas actividades empresariales (ya sea de producción o servicios) bajo una dirección unificada lograda a través de lazos de control o coordinación, para la consecución de un fin económico. Cabe reiterar que, el “Grupo Societario” como tal, carece de personalidad jurídica propia y que por lo tanto no es sujeto de derechos y obligaciones ni de responsabilidad alguna en su conjunto, por las conductas realizadas por cualquiera de sus miembros. Por otro lado, cada uno de sus miembros sí cuenta con personalidad jurídica propia, lo que significa que son responsables únicamente de sus actos (deberes y derechos), con independencia de sus accionistas, administradores o de la persona o personas que controlen o a quien controlen.

Es decir, siguiendo la teoría de la personalidad jurídica, una sociedad matriz no será responsable (salvo en algunos casos establecidos por norma muy específicas, sobre todo en materia tributaria, laboral y financiera) por las deudas o cargas de sus filiales ni tampoco lo será por obligaciones contraídas contractualmente por alguna de sus subsidiarias ni tampoco lo será jurídicamente de las pérdidas de alguna o algunas de sus controladas. Y a la inversa, las filiales no serán (salvo algunos casos previstos por la ley) responsables por los derechos u obligaciones contraídos por sus empresas hermanas ni tampoco por las responsabilidades de la matriz.

Las empresas en el Grupo actúan como reflejo de las conductas desplegadas por las personas físicas que son socias o accionistas de personas jurídicas. Las

⁴⁸ GARCÍA VELASCO, Gonzalo. *“Persona jurídica. Doctrina y legislación mexicana.”* p.71. Editorial Porrúa. México. Universidad Panamericana. México, 2009.

primeras, se escudan en el anonimato o en la protección patrimonial que les permite la actuación del Grupo como tal, que les permite obtener beneficios económicos o comerciales, diluyendo el grado de responsabilidad frente a terceros; tal como los segundos también se escudan en el anonimato o en la protección patrimonial que les permite el ver limitadas por el derecho positivo sus obligaciones patrimoniales que asume la persona jurídica frente a terceros, exclusivamente al monto de sus aportaciones, salvo las sociedades de responsabilidad ilimitada, prácticamente en desuso.

Se está ante una contradicción, puesto que en el Grupo que funciona como una unidad económica de *facto*, está conformado por varios entes jurídicamente independientes entre sí, pero de hecho vinculados y subordinados a una dirección empresarial común, así, la libertad de empresa que no prohíbe asociación societaria en forma de conformación de Grupos Empresariales, permite tácitamente su existencia, lo que ha dado origen a estructuras de gran variedad y enorme flexibilidad.

Así, al igual que para el caso de personas jurídicas individuales, en el contexto de grupos puede darse un abuso gravísimo de la personalidad jurídica y de la responsabilidad limitada. Se puede mencionar como ejemplo, al abuso de la personalidad jurídica societaria en el seno de los Grupos Empresariales el de la llamada “Sociedad Refugio” para el caso del derecho tributario. Lo que sucede es que se produce una reducción en el patrimonio del obligado tributario, producto de la transmisión de bienes de éste a otra entidad “refugio”, deviniendo el primero insolvente. En el caso de los grupos, esta transmisión podría darse de la sociedad matriz a alguna de sus filiales o a la inversa. Aquí el ilícito no gira tanto en torno a la transmisión patrimonial de bienes o derechos de una sociedad a otra, sino más bien la insolvencia en que incurre la primera a causa de dicha transmisión, traducida en perjuicio de sus acreedores, entre ellos el Fisco.

En tal situación, en el contexto de grupos se puede aplicar dicho supuesto de una manera más extensa, suponiendo que no es la matriz sino una de sus filiales la

obligada tributaria y que ésta última, por direcciones de la sociedad controladora, transfiere sus activos a la controladora misma o alguna de sus hermanas. Al configurarse el elemento de dominio (en el cual se persigue una dirección unificada) se podría entonces extender la responsabilidad a la sociedad o sociedades (ya sea a la matriz o a las demás filiales) a quienes se les haya transferido dicho patrimonio. Se trata de un supuesto de control efectivo indirecto.

Un ejemplo desde la doctrina italiana relativo al abuso de la personalidad jurídica en el marco de los Grupos Societarios, es el caso de la denominada *Fattispecie* o “ficción de grupo” o “grupo aparente”. Dicho término se refiere a fenómeno de creación de varias sociedades de capital, cuyos activos son poseídos por un mismo grupo de individuos, con el único fin de evadir la aplicación de normas legales. En este supuesto se abusa de la personalidad jurídica de las sociedades para crear artificialmente a varios entes distintos entre sí únicamente por el nombre, cuando para sus socios son considerados y tratados como una misma entidad.

En este país ha crecido la incidencia de las llamadas empresas *outsourcing*, las cuales carecen de patrimonio y sin embargo, son legalmente las “patronas”, de los trabajadores que en realidad prestan sus servicios para terceras empresas con las cuales no tienen vínculo obrero-patronal. Con esta argucia, los verdaderos patrones evitan hacer frente al pago de su responsabilidad económica derivada de la relación de trabajo (indemnizaciones por despidos injustificados, primas de antigüedad, reparto de utilidades, etc.). También defraudan al fisco al no pagar los verdaderos patrones las cuotas obrero-patronales ni la cuota correspondiente al grado de riesgo si se trata de una industria peligrosa, cuotas que corresponde recibir al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y al no pagar también dichas cuotas al Instituto Nacional para el Fomento de la Vivienda de los Trabajadores (INFONAVIT). De esta suerte, la empresa *outsourcing* factura al verdadero patrón (prestación de servicio) convirtiéndose en una relación de tipo mercantil y burlando las obligaciones patronales derivadas del derecho laboral y del derecho de la seguridad social.

Estas prácticas viciosas tuvieron su origen en la sana intención empresarial por evitar las serias repercusiones legales que representa el derecho laboral en este país y que data desde el año de 1970, en el que se buscó un exacerbado proteccionismo a la clase trabajadora y que a la fecha jamás ha sido modificado debido a las prácticas populistas de nuestros gobiernos, lo que constituye un lastre para la competitividad de México frente al extranjero.

Por otra parte, también encontraron su fundamento estas prácticas empresariales en la necesidad de evitar las excesivas cargas fiscales que representa una injusta carga tributaria, pues debido a una inadecuada política fiscal-recaudatoria, la administración pública exactora ha abusado de los contribuyentes cautivos como lo son entre otros, los empresarios.

La verdad es que, lo que en un principio fue una legítima planeación fiscal, financiera y legal, ha dado motivo hoy en día a una serie de abusos en la utilización de este tipo de “prestadoras de servicios” que constituyen a los ojos del fisco auténticas figuras de evasión y que merecen ser combatidas.

Otro de los hechos que demuestran la existencia del “grupo aparente” es la confusión patrimonial sistemática entre sociedad controladora y controlada, en que se utilizan indistintamente, sin ningún título u obligación aparente (fianza, contratos, garantías), los bienes de una y otras, para pagar deudas o hacer frente a obligaciones.

Por otro lado, GALGANO, señala los siguientes supuestos que se suman al anterior:

- b) La confusión de obligaciones, en que las sociedades integrantes de un supuesto grupo, disfrutan indiscriminadamente de financiamientos, los cuales se depositan en cajas comunes y cuyo uso por una u otra sociedad no tienen relación con el préstamo obtenido por una u otra sociedad;

- c) La confusión laboral, cuando se emplean promiscuamente a los mismos trabajadores en cualquier sociedad de grupo, y;
- c) La pre-constitución integral de las resoluciones del órgano de la controladora, esto quiere decir que el órgano de administración o dirección de la controlada tiene que acatar las decisiones tomadas por la controlante sin poder alguno de decisión u opinión, y firmando a través de su representante contratos previamente acordados por la controladora. Lo cual no se traduce en un abuso en el control de una sociedad a otra, ni en el uso excesivo en la toma de decisiones estratégicas con el objetivo de alcanzar un fin común (el “abuso de la dirección unitaria” se refiere más al envío de directivas en perjuicio de la controlada), sino que se traduce en un “abuso de la personalidad jurídica” puesto que cada operación imputada a la controlada, es decidida en todos sus particulares, por los administradores de la pseudo controlante” por lo tanto se abusa “de la distinta subjetividad jurídica de la controlada respecto de la controlante.

Los anteriores ejemplos de la existencia del “grupo aparente” solo tienen el propósito de evidenciar la existencia de empresas que en la práctica funcionan y operan como Grupos Empresariales. Estas prácticas empresariales, no necesariamente deben ser vistas como vicios o ilicitudes que debieran ser sancionados por el derecho. Los comentarios de análisis que aquí se ofrecen tienen el único propósito de evidenciar que la propia doctrina reconoce la existencia de prácticas empresariales comunes, que deben llevar a la conclusión y al reconocimiento del Derecho de cuándo se estará ante la presencia de un “Grupo de Interés Económico”, al que se denomina Grupo Empresarial. Lo que se pretende con estas consideraciones, es que el derecho reconozca la existencia de facto de estos Grupos Empresariales y les asigne diversos efectos jurídicos de acuerdo al enfoque de este tipo de relaciones económico-jurídicas.

Resulta entonces concluyente que, no se pretende analizar las prácticas y costumbres empresariales cuando funcionan grupalmente desde la óptica de la ética

o moral empresarial. No es el propósito de este estudio el tratar de encontrar virtudes o defectos en estas prácticas empresariales, estudio que por otra parte deberá ser interesante bajo la óptica de la ética, lo que no es propósito del presente.

Sólo se ha pretendido a lo largo de este estudio poner en evidencia que el mundo empresarial ha cambiado. Que bien sea por reconocimiento expreso de la ley, por voluntad contractual o aun de *facto*, las empresas y empresarios que actúen con un sentido de unidad económica, deben ser reconocidos legalmente en México como Grupos Empresariales y darles efectos jurídicos *ad hoc*.

En respuesta al uso indebido de la personalidad jurídica de las sociedades, que en la práctica se ha cometido reiteradamente en el mundo de los negocios, han surgido teorías doctrinales, jurisprudenciales y en algunas ocasiones hasta medidas legales, para reparar los abusos; ya sea haciendo uso de ciertas normas extracontractuales plasmadas en ciertas leyes específicas, o bien aplicando vía jurisprudencial la teoría de la “desestimación de la personalidad jurídica” (“*disregard of the legal entity*”) o del “levantamiento del velo societario” (“*lifting the corporate veil*”) para fincar responsabilidad a los socios o a las sociedades integrantes de un grupo, respecto de actos ilícitos cometidos a través de las sociedades que componen un mismo grupo.

La doctrina mexicana, se ha ido aplicando la “teoría de la desestimación” (“*disregard of the legal entity*”) como escudo para la protección de abusos a la personalidad jurídica. De acuerdo con CERVANTES AHUMADA, como exponente de dicha doctrina, al efecto señala que “...si la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles pretende ser utilizada como instrumento de defraudación, tal instrumento jurídico deberá perder toda su eficacia porque ninguna institución jurídica puede, en principio ser instrumento de mala fe”.⁴⁹

⁴⁹CERVANTES AHUMADA, Raúl citado por GARCÍA RENDÓN, Manuel. “*Sociedades mercantiles*”. Pág. 88. México: Editorial Oxford. 2006

Jurisprudencialmente, en México, el alto Tribunal de Justicia de la Nación, a través del Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito, se ha pronunciado a favor de la técnica del “levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo” para su aplicación en el procedimiento de investigación sobre prácticas monopólicas.

Lo anterior para el desarrollo de un caso ulterior relativo a un Grupo de Empresarial (el llamado caso de “*La Guerra de las Colas*”).⁵⁰ Lo anterior, argumentado para el caso de conductas abusivas de derechos, o constitutivas de fraude, o de simulación ante la ley. “Si se hace un uso indebido de la personalidad societaria, se justifica la implementación de medios idóneos para conocer el origen y la intención de dichos actos ilícitos, para lo cual se podrá aplicar la teoría del

⁵⁰ “*TÉCNICA DEL "LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONA JURÍDICA O VELO CORPORATIVO". SU SUSTENTO DOCTRINAL Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU APLICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. En la práctica las condiciones preferenciales o privilegios de que 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 latan 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 vos de prácticas monopólicas conforme al artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, en el procedimiento de investigación relativo, es conocer la realidad económica que subyace atrás de las formas o apariencias jurídico-formales.*” Registro No. 168410.- Localización: Novena Época.- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- XXVIII, Noviembre de 2008.- Página: 1271.- Tesis: I.4o.A. J/70.- Jurisprudencia.- Materia(s): Administrativa.-

levantamiento del velo, con el fin de buscar una identidad sustancial entre la sociedad y sus socios.”⁵¹

Salvo las muy especiales materias que se han identificado a lo largo de este trabajo en las que el derecho positivo mexicano algo se ocupa de regular –aunque sea de manera incipiente y superficial- la actuación de las empresas controladoras y sus controladas, prácticamente nula ha sido la actividad legislativa del H. Congreso de la Unión en México para regular el levantamiento del velo corporativo, ni mucho menos para reconocer y regular también a los Grupos Empresariales o Unidades de Interés Económico.

Es oportuno señalar un esfuerzo aislado que realizaron los senadores Rafael Gilberto Morgan Álvarez y Jesús Galván Muñoz, al presentar ante la LVIII Legislatura con fecha de 21 de noviembre de 2002, una iniciativa con proyecto de ley denominada “Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria”, identificando en su Exposición de Motivos a la “desestimación de la personalidad jurídica societaria” con la doctrina conocida también como “levantamiento del velo corporativo”, diseñada precisamente con el propósito de facultar a la judicatura a prescindir de esta ficción del derecho, cuando la persona jurídica es una simple pantalla de protección de quienes, a través de ella, realizan actos en fraude de ley o en perjuicio de acreedores.

El legislador justifica dicho anteproyecto para la creación de una ley especial, diferente e independiente de la Ley General de Sociedades Mercantiles que regula en nuestro país a este tipo de sociedades, aduciendo –con toda razón- que si bien es cierto que la doctrina naturalmente es aplicable en sociedades de capitales que por definición están estructuradas bajo un sistema de responsabilidad limitado para sus accionistas o socios, es necesario tomar en cuenta que existen hoy otras entidades –como las sociedades cooperativas por ejemplo- que pueden adquirir

⁵¹ *Ibid.*

esquemas de responsabilidad limitada sin ser en sentido pleno sociedades de capitales y que el hecho de legislar solamente sobre un limitado tipo de personas jurídicas eleva el riesgo de que queden lagunas en la legislación societaria mercantil y que quienes abusan de la personificación encuentren nuevas figuras societarias que les permitan seguir estructurando sus negocios en fraude de ley o de acreedores y que por otra parte, nada impediría que un futuro se legislase sobre nuevas personas jurídicas que sean utilizadas por los estrategas del abuso de la personificación.

Es prudente resaltar dos de los objetivos de la ley propuesta: 1.- Mantener la regulación vigente respecto a los tipos de responsabilidad de los integrantes de las personas jurídicas de conformidad con la ley que les sea aplicable, y 2.- Establecer como recurso excepcional y subsidiario al régimen de responsabilidad mencionado, la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica societaria para extender la responsabilidad civil de la persona jurídica a sus integrantes, de conformidad con las hipótesis normativas determinadas en la ley propuesta.

Dicho proyecto de ley señalaba varios supuestos para presumir la existencia del control absoluto, como un elemento objetivo necesario para desestimar la personalidad jurídica. Dichas presunciones legales (presunciones *iuris tantum*), deberían ser acreditadas de modo conjunto con lo que el proyecto denominaba elemento subjetivo (conducta dolosa o fraudulenta) y elemento resultante (el daño y perjuicio ocasionado a tercero de buena fe).

Las consecuencias de la desestimación de la personalidad jurídica señaladas en dicho proyecto de ley, era extender de modo subsidiario e ilimitado la responsabilidad civil de la persona jurídica al integrante (socio, accionista o de cualquier forma participante en la asamblea) o al tercero, que tenga una influencia dominante en dicha persona jurídica, con el objetivo de impedir la conducta fraudulenta.

Corrió con poca suerte ésta interesante y novedosa iniciativa de ley. A los cuatro meses de su presentación, fue turnada a diversas Comisiones para su estudio legislativo y a más de 8 años de distancia continúa sin ser discutida ni aprobada dicha iniciativa. Se quedó archivada en el Senado de la República la oportunidad de México de dar un paso importante hacia la develación del velo corporativo en los casos en que la conducta dolosa de quienes se ocultan en la personalidad jurídica de las empresas, se aprovechen para realizar actos fraudulentos en perjuicio de terceros de buena fe.

Esta es una de las razones por las cuales el derecho positivo mexicano continúa rezagado en esta materia. Hay que esperar que no suceda lo mismo cuando llegue el momento, deseando que sea pronto, en que se ponga a discusión una iniciativa de ley para regular a los Grupos Empresariales. Hoy en día, se considera necesario el retomar la discusión legislativa sobre la develación del velo corporativo para aquellos casos de personas jurídicas que no forman parte de grupos empresariales. Se propugna también por orientar dichos esfuerzos en la regulación de los Grupos de Interés Económico como nuevo fenómeno económico-jurídico que merece su propia y contemporánea regulación.

Al respecto es importante señalar que, los acreedores se encuentran ante un serio problema cuando los grupos empresariales realizan cualquier clase de argucia con el fin de esconder su patrimonio y evitar el pago de sus obligaciones, ya que, si bien es cierto que, la acumulación procesal supone la sustanciación de los distintos procedimientos de insolvencia de personas vinculadas (entre ellas empresas que formen parte del mismo Grupo) ante un mismo tribunal, la misma únicamente afecta derechos procesales (tales como la coordinación del procedimiento, el establecimiento de los mismos plazos, etc.). Sin embargo, dicha acumulación no tiene injerencia en los derechos sustantivos de las personas sujetas a tal régimen, ni en las responsabilidades de acreedores y deudores, **manteniendo la separación de los patrimonios y la autonomía jurídica de las empresas concursadas**. Es decir, los ordenamientos jurídicos positivos no refieren la forma en la que los acreedores

comunes podrán ejecutar sus créditos respecto de la entidad controlada y controladora.

La ley es clara respecto a los créditos laborales, fiscales, e incluso a la regulación de los Grupos Financieros, sin embargo, los acreedores comunes se encuentran en la incertidumbre e inseguridad jurídica al no contar con supuestos normativos necesarios para llevar a cabo el cobro de sus créditos.

Por lo anterior, y atendiendo a la teoría del levantamiento del velo antes citada, el régimen de consolidación patrimonial, de cuyo estudio se ocupará el presente capítulo, supone no solamente la sustanciación conjunta de los procedimientos de insolvencia de las personas vinculadas o integrantes del mismo Grupo (acumulación o consolidación procesal) sino que aglutina sus activos y pasivos en una sola masa de la insolvencia como si pertenecieran a una única entidad, con absoluto respeto a la personalidad jurídica de las empresas consolidadas.

Con la implementación en algunas legislaciones concursales de la institución jurídica denominada consolidación patrimonial, se pretende superar los conflictos generados con la aplicación de la teoría del rasgamiento o develación del velo corporativo. En la consolidación patrimonial se respeta la autonomía e individualidad de cada una de las personalidades jurídicas involucradas y el derecho concursal se concentra, en una masa común producto de la consolidación de activos y pasivos, formada por la propia actuación de las empresas involucradas y en donde se hace difícil, casi imposible, la separación de los activos y pasivos a que corresponden a cada una de ellas, en beneficio de los acreedores, y en algunos también en beneficio del salvamento de las empresas a través de su reestructuración financiera.

Asimismo, a diferencia de la acumulación procesal, la consolidación patrimonial sí afecta derechos sustantivos y obligaciones de los partícipes de dicho régimen, pudiendo traer consigo, entre otros efectos, el de la cancelación de créditos intra-grupo, o de las operaciones entre empresas partícipes del grupo, la extinción de fianzas, etc.

Por otro lado, la consolidación del patrimonial podrá ser total, o bien, parcial o limitada. Es decir, se podrían excluir a ciertos bienes o activos del patrimonio común y también podría darse el caso de que la orden de consolidación procediera únicamente respecto de reclamaciones de una clase o clases de acreedores.

“La UNCITRAL estudia el tratamiento del denominado régimen de consolidación patrimonial en la Tercera Parte de la Guía Legislativa relativa a la insolvencia de los Grupos de Empresas desarrollada por su Grupo de Trabajo V, recomendando la aplicación de dicha consolidación únicamente en casos excepcionales, en los cuales se restrinja su aplicación a circunstancias muy específicas.”⁵²

En esta misma línea, también se pueden citar los casos de los regímenes colombiano y español (en su más reciente reforma a la Ley Concursal)⁵³, los cuales, han adaptado las recomendaciones efectuadas por la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL, previendo en sus legislaciones concursales, a manera de excepción al principio del respeto a la personalidad jurídica, la consolidación patrimonial de los deudores vinculados.

Al efecto, se puede citar el artículo 2º inciso 4to del Decreto 1749 de Colombia que regula el concurso de acreedores relativo a los Grupos de Empresas, el cual define a la consolidación procesal como:

“Artículo 2. (...) 4. Consolidación patrimonial: Tratamiento excepcional en virtud del cual el pasivo y el activo de dos o más deudores vinculados entre sí o partícipes en un mismo Grupo de Empresas se entienden y tratan como parte de una única masa de la insolvencia.”

⁵² “Contenido de las Disposiciones Legislativas.- Excepciones al principio de la identidad jurídica propia.219. El régimen de la insolvencia debería respetar la identidad jurídica propia de cada empresa de un grupo. Toda excepción a esta regla deberá estar fundada en alguno de los motivos enunciados en la recomendación 220.(...)”UNCITRAL. Tercera Parte de la Guía Legislativa... p. 64

⁵³ Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE Núm. 245.

Asimismo, cabe mencionar al segundo párrafo del nuevo artículo 25 ter. de la Ley Concursal española reformada en Octubre de 2011, en el cual se introduce “excepcionalmente”, en el régimen de insolvencia español, la consolidación de masas estableciendo que: “(...) se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a efectos de elaborar el informe de la administración concursal.” y la restringe a la existencia dos supuestos: “(...) cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados”. (Artículo 25 ter 2do párrafo de la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal española).

Es menester mencionar que ni en las legislaciones española y colombiana, como tampoco en la jurisprudencia norteamericana, la consolidación patrimonial o sustancial constituye una extensión de la quiebra. Es decir, la consolidación solo versará sobre el patrimonio de personas vinculadas sujetas a un procedimiento concursal o de insolvencia. Por su parte, en la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia, se señala que si bien por regla general el régimen de la consolidación patrimonial se aplica a empresas insolventes, existen algunos regímenes de insolvencia que permiten extenderla a miembros aparentemente solventes del grupo.⁵⁴

Cabe señalar que, en el presente apartado no se hará referencia a la legislación concursal mexicana, puesto que el régimen de insolvencia nacional no prevé ni regula la Consolidación Patrimonial, por lo que se realizará el análisis de dicha figura al margen del procedimiento concursal mexicano, como una propuesta necesaria de implementar en la Ley de Concursos Mercantiles de nuestro país, como el instrumento necesario para otorgarles seguridad jurídica a los acreedores de las entidades controladas y controladoras que forman parte de un grupo empresarial.

En resumen, en el presente capítulo se intentará dar un acercamiento al régimen de la consolidación patrimonial comenzando por estudiar los elementos

⁵⁴ UNCITRAL. *Tercera parte de la Guía Legislativa*. p.55.

objetivos o los supuestos que justificarían su aplicación y posteriormente, tratará sobre la distinción entre la consolidación total y parcial; de los efectos que traería consigo su aplicación; de los participantes así como los sujetos facultados para solicitarla y; de los casos en que resultaría improcedente.

Tal y como se ha mencionado, el régimen de la consolidación patrimonial no es automático, sino excepcional y está limitado a la concurrencia de los elementos que cada régimen de la insolvencia establezca. Estos motivos que justifican la consolidación son restringidos, y pueden estar contemplados por la ley positiva o establecerse con base a los criterios de decisiones judiciales -tal es el caso de la consolidación sustancial estadounidense- pero en cualquiera de los casos su tratamiento como una “excepción” está orientado a evitar abusos en su aplicación práctica.

Se comenzará por mencionar para el caso del derecho anglosajón, algunas de las pautas que han sido acuñadas por distintas sentencias de las Cortes norteamericanas, en las que se han considerado, entre otras, como razones de la consolidación sustancial las siguientes:

1.- La integración económica del grupo de sociedades.- Sin excluir a otros razonamientos que pudieran concurrir en las decisiones de los tribunales, uno de los factores más importantes a la hora de determinar la consolidación sustancial, es el de la integración económica de los partícipes del grupo y su comportamiento encaminado en una dirección unificada. Como ya se ha venido mencionando, el elemento principal para distinguir a los Grupos de Empresas es la integración de sus partícipes en una dirección común que permita considerarlos, a pesar de la independencia jurídica de sus integrantes, como una unidad económica. Así también en materia concursal, las expectativas de muchos acreedores están enfocadas al reconocimiento de dicha integración empresarial que los Tribunales estadounidenses han tomado en cuenta para determinar la consolidación.

2.- Las expectativas de los acreedores.- Otro criterio utilizado por las Cortes norteamericanas para determinar la consolidación, ha sido el de la expectativa de los

acreedores al creer que se estaba negociando con un Grupo y no con una entidad independiente a él. Lo que refleja no sólo la impresión del acreedor, sino también la conducta unificada de las empresas del grupo que hacen que esa falsa impresión sea razonable. Dichas expectativas pueden estar fundadas en elementos tales como: la financiación u otorgamiento de garantías intra-grupo, la exteriorización de que la empresa funcionaba en forma consolidada con las demás empresas del grupo, la inexistencia de contabilidad separada para cada integrante del grupo o la existencia de contabilidad consolidada, entre otras.

3.- Confusión de la contabilidad.- En este supuesto cuando no sea posible reconstruir la contabilidad de manera separada, el tribunal tendrá poco que hacer además de declarar la consolidación o cuando simplemente esta separación sea muy costosa y requiera demasiado tiempo útil, deberá de ponderar las pérdidas y el costo en tiempos de llevar procedimientos separados contra el posible perjuicio en el caso de la consolidación. Aunque se ha observado que estos elementos de costos y tiempos no son tan decisivos, puesto que en algunos casos como el de Flora Mir Candy, se decretó la consolidación aunque la separación de la contabilidad era accesible.

4.- La confusión de activos.- Es común en el caso de los Grupos de Empresas, que las compañías más fuertes financien a las débiles y que muchas veces el volumen de las transacciones sea tan grande que no sean fácilmente registrados por la contabilidad. El continuo fluir de fondos que presupone la falta de respeto por las formalidades societarias aprovechándose de la estructura de Grupo, constituye un motivo para no considerar a las distintas entidades societarias como tales y aplicar el moderno derecho empresarial y decretar la consolidación sustancial.

5.- Factibilidad creciente de la reorganización.- En los casos en que las empresas deudoras sigan operando, la consolidación puede contribuir a una reorganización más exitosa o más rápida, o bien podría hacer más eficientes las operaciones y la rehabilitación de los deudores.

Estas circunstancias razonadas, se han enunciado a manera ejemplificativa y no representan una relación exhaustiva de las razones o motivos en que se pueden fundar las Cortes Norteamericanas para motivar la acumulación sustancial decretada.

El régimen de la consolidación patrimonial no constituye una manera de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario. Se parte de la premisa que el régimen concursal debe de respetar la personalidad jurídica independiente de los miembros del grupo, sin embargo, por excepción, podría acumular sus activos y pasivos en una sola masa concursal, siempre y cuando se reúnan los elementos objetivos o se presenten ciertas circunstancias que ameriten dicha consolidación y que sean señalados por la ley o por la jurisprudencia.

- Se considera que la consolidación patrimonial o material, no es una forma de extensión de la quiebra, aunque se puede dar el caso de ciertos regímenes que extiendan la quiebra y que tal medida tenga como consecuencia la consolidación de activos y pasivos.

- La técnica de la Consolidación Patrimonial atiende al nuevo derecho empresarial de los grupos, siguiendo los principios del Enterprise Law.

- El derecho concursal mexicano debe de adoptar tal como lo hicieron Colombia y España en su caso, las recomendaciones de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL, para consolidar el patrimonio concursal de varias empresas integrantes de un mismo grupo, restringiendo su aplicación únicamente en el caso de la concurrencia de ciertos elementos objetivos. Asimismo, podría tomar como fuente de análisis el tratamiento jurisprudencial norteamericano con respecto al tratamiento del régimen de la consolidación sustancial.

A. CONSOLIDACIÓN PARCIAL Y CONSOLIDACIÓN TOTAL.-

Hasta el momento he hecho referencia a la figura de la consolidación sustancial en el marco de la insolvencia de los Grupos, como una medida aplicable en el proceso concursal de varias empresas vinculadas mediante la cual se aglutinan los

distintos patrimonios de los partícipes del grupo sujetos al concurso, en una única masa concursal, formando así un patrimonio único del que serán pagadas las acreencias de todas las empresas consolidadas. Lo anterior, en circunstancias muy particulares que deberán establecer la ley o los criterios que hayan quedado asentados en la jurisprudencia del país de que se trate.

Sin embargo, hay regímenes -como el norteamericano al que se hará referencia en seguida- que han previsto un tipo de consolidación parcial o limitada (denominada "*partial consolidation*" en el régimen concursal estadounidense), la cual consiste en excluir determinados bienes o créditos de una o varias de las empresas consolidadas, del ámbito de aplicación de la consolidación patrimonial.

No obstante, la aplicación del régimen de consolidación patrimonial parcial suele ser muy poco frecuente, ya que, recordando que algunas de las principales causas para ordenar una consolidación son las de: i) una mezcla tan indiscriminada de bienes, activos o cuentas que es difícil distinguir al titular o verdadero propietario de dichos bienes, o bien, ii) la de la existencia del grupo como mera fachada, que tenga por objeto realizar operaciones fraudulentas; luego entonces, puede resultar muy costoso o muy impráctico, separar de la masa común ciertos activos o bienes para la satisfacción de uno o varios acreedores.

De tal suerte que, la consolidación patrimonial parcial sólo puede ser practicada en circunstancias todavía más restringidas que la total. Al efecto, resulta conveniente mencionar los pronunciamientos que hace la UNCITRAL sobre este tema. En la Tercera Parte de la Guía legislativa presentada por su Grupo de Trabajo V, expresa para el caso de la insolvencia de Grupos de Empresas, que la consolidación parcial puede justificarse, por ejemplo, en casos donde sea fácil identificar al propietario de ciertos bienes que no haya participado en un plan fraudulento o si fuera posible aislar ciertos negocios de las empresas consolidadas del grupo del fraude cometido y siendo así todo crédito asociado a un bien excluido seguiría a dicho bien.

Así también, en la mencionada Tercera Parte de la Guía Legislativa se apunta que la consolidación patrimonial también podría estar limitada a ciertos créditos

originales, dejando a salvo a los acreedores garantizados que podrían hacer valer sus créditos mediante el ejercicio de una garantía real. O también se podrían excluir de la consolidación ciertos activos o bienes, con la finalidad de no causar un daño indebido a algunos acreedores, pero como ya se dijo, esta circunstancia es poco probable en virtud de que la consolidación se presenta principalmente en casos de bienes entremezclados o fraude.

Por otro lado, una de las principales razones para aplicar parcialmente la consolidación se presenta cuando uno o varios acreedores hayan contratado con una empresa en particular, sin estar al tanto de la pertenencia de dicha empresa a un Grupo Empresarial, es decir, cuando se hayan fiado correctamente del patrimonio de una de las empresas al negociar y de su personalidad autónoma, por lo tanto, tal vez sus créditos deberían de ser reembolsados del activo de dicha empresa.⁵⁵

Por otra parte, en el Derecho Norteamericano, la consolidación sustancial ("*substantive consolidation*") tiene su fundamento en la facultad de equidad de los Jueces –concedida en la Sección 105 del Código de Bancarrotas norteamericano– que les permite dictar la consolidación actuando conforme a criterios de equidad. Sin embargo, la figura de la "*substantive consolidation*" como tal, no está regulada en la ley positiva estadounidense, sino que su tratamiento se ha ido acuñando en función de sentencias judiciales que han servido para sustentar los criterios en torno a ella.

Al igual que en la consolidación sustancial "total" en la jurisprudencia norteamericana se ha llegado a aplicar una consolidación "parcial" ("*partial consolidation*") excluyendo ciertos bienes o créditos del resto del patrimonio consolidado, o satisfaciendo a algún acreedor o categoría específica de acreedores, con activos separados pertenecientes a uno o más integrantes del grupo de empresas (mientras que el resto de sus activos y créditos se encuentren consolidados con el de otras empresas partícipes del grupo sujetas al concurso), o preservando ciertas garantías. No obstante lo anterior, la aplicación de la

⁵⁵ "(...) no se les debería privar (refiriéndose a los acreedores que contrataron con una empresa en particular) de un reembolso pleno de sus créditos por razón de que dicha empresa mantuviera una relación con otra empresa insolvente del grupo, de la que dichos acreedores no tuvieran conocimiento." p.55

consolidación parcial en los tribunales norteamericanos ha sido escasa y ha tenido una aprobación muy limitada en los casos judiciales.⁵⁶

Cabe mencionar que, algunas Bancarrotas estadounidenses han sostenido que a pesar de que se den las condiciones propicias para decretar la consolidación sustancial (total), un acreedor podría cobrar sus créditos únicamente de los activos de una única empresa si logra demostrar que en realidad y razonablemente creyó que estaba contratando con dicha empresa como entidad independiente del Grupo Empresarial, situación contemplada también por la Tercera Parte de la Guía legislativa.

De este modo, el tribunal podría separar los activos de la empresa deudora suficientes para garantizar el pago al acreedor demandante, ya sea en la liquidación o según lo acordado en el plan de reorganización. Igualmente, la consolidación parcial frecuentemente requiere que la Corte estime en qué medida podría ser la recuperación del acreedor demandante en caso de que no se efectuara la consolidación a efecto de evitar injusticias.

B. CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS A LA CONSOLIDACIÓN PATRIMONIAL.

Personas legitimadas para solicitarla.-

Para el caso de la consolidación patrimonial relativa a la insolvencia de empresas integrantes de un Grupo, la UNCITRAL ha recomendado en la ya multicitada Tercera Parte de la Guía Legislativa sobre el régimen de insolvencia, que estén legitimadas para presentar la solicitud de consolidación cualquier empresa interesada integrante del Grupo, cualquier acreedor de dichas empresas y el representante de la insolvencia de cualquiera de las empresas del Grupo, ya que

⁵⁶ JENNEMANN, KAREN S. *United States Bankruptcy Judge. In re LOUIS J. PEARLMAN, et al. "Second amended memorandum opinion granting substantive consolidation of the joint debtors' estates."*p.7 *United States Bankruptcy Court. Middle District of Florida. Orlando Division.*

este último tal vez sea la persona que posea más información global acerca de los integrantes del Grupo y quien podría valorar si es conveniente la solicitud de consolidación.

Sin embargo, en cuanto a la solicitud de consolidación patrimonial presentada o decretada de oficio, la UNCITRAL sugiere adoptar un criterio restrictivo, en el cual no se autorice a los tribunales para solicitarla oficiosamente. Aunque reconoce que ciertos Estados permiten decretar de oficio dicha consolidación, la gravedad de esta medida obliga a permitir también que las partes afectadas puedan ser escuchadas y tengan la oportunidad de impugnar dicha solicitud o la resolución en su caso.

La Guía legislativa recomienda que el régimen de la insolvencia determine cuales serían las personas legitimadas para solicitar la consolidación patrimonial, entre las cuales estarían toda empresa del grupo, un acreedor y el representante de la insolvencia.⁵⁷

C. ORDEN DE PRELACIÓN DE CRÉDITOS CONTRA EL PATRIMONIO CONSOLIDADO.-

Como se ha estudiado en el presente trabajo, la técnica de la consolidación sustancial se encarga de fusionar en uno solo, el patrimonio de varias empresas vinculadas. Lo anterior, puede suscitar intereses encontrados entre los acreedores de las distintas empresas concursadas y problemas de índole procesal en cuanto al tratamiento de dichos acreedores, de sus créditos y en su caso, de sus garantías.

A continuación se hará referencia a cuestiones relativas al orden de prelación de los accionistas, acreedores garantizados y acreedores privilegiados, así como al tratamiento de las garantías en el marco de la consolidación sustancial. Dicho estudio estará guiado siguiendo los comentarios y parámetros establecidos por la UNCITRAL para estos casos, los cuales se pueden consultar en la Tercera Parte de

⁵⁷ Recomendación 223 de la Tercera Parte de la Guía Legislativa. p. 65

la Guía Legislativa sobre trato otorgable a los Grupos de Empresas en situaciones de insolvencia.

1) Cuestiones relacionadas con accionistas.

Generalmente, en los regímenes concursales los créditos pertenecientes a los propietarios o accionistas de la empresa en insolvencia tienen un grado inferior al del resto de los acreedores o suelen estar subordinados a ellos. Ahora bien, en el contexto de la consolidación patrimonial, la regla de dar prioridad a los acreedores sobre accionistas y propietarios se aplicaría solidariamente a todas las empresas consolidadas, por lo cual el pago de los créditos de los accionistas de uno o varias empresas sujetas a la consolidación, estarían subordinados al pago de todos los demás acreedores. Luego entonces, los accionistas de empresas en cuyo patrimonio individual era mayor el activo que el pasivo, tal vez tendrán menores posibilidades de pago en la consolidación patrimonial que con la subordinación en el concurso individual, puesto que ahora sus créditos estarán subordinados no solo a la satisfacción de los acreedores de una empresa, sino a la de los acreedores de todas las empresas consolidadas.

A mayor abundamiento, puede parecer injusta la consolidación, si como efecto de la misma los accionistas ya no pudieran recibir dividendos o la parte que les corresponda del haber social en el momento de la liquidación de la empresa, que por motivo de la consolidación bien pudo haberse quedado totalmente sin patrimonio.

2) Cuestiones en torno a los acreedores garantizados.

En un procedimiento de insolvencia, por regla general, se reconoce la oponibilidad y la prelación de toda garantía real válida, preservándose el valor del bien, siguiendo este criterio para el caso del concurso del Grupo de Empresas. Sin embargo, en el marco de la consolidación patrimonial el tratamiento a las garantías puede presentar algunos problemas o interrogantes que en seguida se mencionan:

¿Sería viable que una garantía constituida sobre parte o la totalidad del patrimonio de una empresa del grupo pueda ser extendida al patrimonio de otra empresa del grupo? o bien, ¿deberá quedar circunscrita al patrimonio de la empresa inicialmente gravada?

La respuesta que ofrece la UNCITRAL es que las garantías reales no deberían de extenderse al activo mancomunado de todas las empresas del Grupo, en principio porque estas se presentan generalmente en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia y porque dicha extensión mejoraría la posición del acreedor garantizado en deterioro de los demás acreedores, lo que constituiría un beneficio indebido que no es deseable. También señala que este razonamiento es aplicable a los créditos salariales de los empleados de una de las empresas.⁵⁸

Sin embargo, cuando un bien gravado se requiera como factor clave para la reorganización de una empresa, la respuesta puede ser distinta. Para este caso, se puede prever que el tribunal decrete la consolidación de tal suerte que el bien pueda seguir con su función de garantía o la de permitir que el acreedor garantizado renuncie a su gravamen, con tal de que la suma debida pase a ser pagadera por las entidades consolidadas.

¿Es posible que un acreedor garantizado con cobertura insuficiente pueda presentar una reclamación, a título de acreedor ordinario, frente a la masa consolidada, por la parte de su crédito no cubierta por la garantía?

Por supuesto que es factible. Si el acreedor garantizado no recupera su crédito reclamado con el producto de la venta del bien que garantiza, por el saldo insoluto se convierte en un acreedor ordinario y debe formar parte de estos acreedores que tendrán derecho a cobrar de la masa consolidada.

⁵⁸ UNCITRAL. *Tercera Parte de la Guía Legislativa*. p. 59.

¿Un acreedor garantizado interno (es decir una empresa integrante del mismo grupo) podría ser tratado de distinta manera que los acreedores externos?

La respuesta es afirmativa. Al respecto, la UNCITRAL señala que en algunas legislaciones cabe la posibilidad que las garantías reales internas sean anuladas, convirtiéndose el acreedor garantizado interno en acreedor ordinario con respecto a la masa mancomunada, o bien que sus garantías sean subordinadas o modificadas de algún modo. También ofrece como posible solución la de excluir a los acreedores garantizados externos de la consolidación (como ya se vio, este sería el caso de una consolidación parcial, aunque cabe recordar que solo es aplicable bajo ciertas circunstancias como por ejemplo cuando el acreedor garantizado se haya fiado de la personalidad autónoma de cada empresa del grupo).

¿Cuál es el trato que procedería darle a una fianza para el caso de que la empresa fiadora y la empresa beneficiaria sean partícipes de un mismo grupo y sean objeto de una orden de consolidación?

Se plantea la posibilidad de que esta fianza deje de ser exigible y que el acreedor garantizado sea tratado como acreedor ordinario con respecto a la masa consolidada, salvo que el régimen de la insolvencia le reconociera otro grado de prelación.

Por último, por lo que hace al tratamiento de las garantías reales en el marco de la consolidación patrimonial, la UNCITRAL ha recomendado que el régimen de la insolvencia debiera de respetar los derechos y la prelación de un acreedor amparado por una garantía real sobre algún bien de una empresa del grupo que sea objeto de una orden de consolidación, a excepción de los siguientes supuestos:

- Cuando la deuda garantizada sea puramente interna entre empresas del grupo y haya quedado cancelada a resultas de la consolidación;

- Cuando se determine que la garantía real se obtuvo mediante un acto fraudulento en el que intervino el acreedor; o

- Cuando la operación constitutiva de la garantía real sea impugnada.

3) Cuestiones en torno a los acreedores privilegiados.-

Una vez que se haya asignado en el concurso individual el grado de prelación de los créditos privilegiados (como el de los trabajadores o los fiscales), para el caso de la consolidación patrimonial de empresas de un Grupo, cabría revisar de nuevo el orden de prelación de dichos créditos. Y aunque en principio en la consolidación patrimonial los créditos privilegiados tienden a tener una mejor posición a costa de los acreedores ordinarios del patrimonio consolidado, no obstante dichos acreedores deben de moderar sus expectativas, en virtud de que tendrán que computar entre todos ellos sus créditos privilegiados frente a una única masa de la insolvencia.

Además, los beneficios de la consolidación no serán los mismos para un acreedor privilegiado de una empresa que individualmente presenta más activos que pasivos, que para los acreedores privilegiados de otra empresa que tenga más pasivos que activos, pudiendo surgir entonces intereses contrapuestos.

Por otra parte, es deseable reconocer el orden de prelación de cada empresa deudora en particular, así como bien menciona la UNCITRAL, cuando los activos están de tal modo entrelazados que no es posible distinguir quién es el propietario de tal o cual activo, resulta muy difícil cuantificar la prelación o determinar el valor del activo disponible para saldar cada crédito privilegiado.

En el presente estudio, se considera que de adoptarse en México el régimen de consolidación patrimonial –lo cual se cree pertinente- el tratamiento de la legislación colombiana sobre estas cuestiones procesales puede servir como una especie de guía, toda vez que el derecho mexicano se rige por principios de estricto

derecho positivo y no concede a los Jueces atribuciones de equidad, como lo hacen los sistemas del *common law*; así que al igual que en Colombia, se tendrían que regular en la ley todas las cuestiones procesales y de fondo que afectarían a la figura de la consolidación patrimonial.

Es conveniente hacer mención que en México, sin embargo, viene ganando terreno lentamente el *ius naturalismo* frente al *ius positivismo*. De hecho, las reformas constitucionales de mediados del año 2011 consagran la protección ya no de garantías individuales sino de los derechos humanos en toda su extensión, dando primacía de norma constitucional incluso a los Tratados Internacionales aprobados por el Senado de la República.

De ahí, que se deberá tomar en cuenta en lo sucesivo, que el juzgador tiene facultades para lo que se conoce como “el control difuso” de la Constitución; mismo que le da la atribución de desaplicar una norma que considera atentatoria a los derechos humanos y aplicar algún principio de derecho derivado de un Tratado Internacional que tiene la fuerza equiparable a la Ley Suprema en México. Ello abre la posibilidad de que en un futuro cercano y en la medida en que los Jueces vayan asimilando este trascendente cambio en la vida jurídica de México, los Jueces puedan aplicar criterios de equidad y apartarse de la norma escrita, siempre motivando la preservación de un derecho humano ponderado.

Como bien dice el Dr. Rodolfo Luis Vigo “...transcurrimos de la ley al derecho y del positivismo al principialismo.”⁵⁹

D. FINALIDAD DE LA CONSOLIDACIÓN PATRIMONIAL.-

La aplicación de la teoría de la consolidación patrimonial está destinada a dar un trato más justo a los acreedores y a procurar la conservación global de la

⁵⁹ VIGO, Rodolfo Luis. “De la Ley al Derecho”. Editorial Porrúa. México. 2005.

empresa. No obstante, como ya se ha visto, esta medida debe de estar restringida a ciertos casos o condiciones, tales como la confusión inescindible de los activos y pasivos de varias empresas de un mismo grupo, o bien con base a la creencia de los acreedores de estar contratando con un Grupo Empresarial y no con una empresa en lo individual, por mencionar algunos supuestos. Es decir, se deberá utilizar en circunstancias específicas que justifiquen su aplicación y en casos en los que resultaría más dañoso el dejar de ordenarla.

Es menester insistir en que el simple hecho de formar parte de un Grupo Empresarial no será *per se* un motivo para decretar la consolidación, sino que deberán reunirse otras circunstancias que justifiquen la pertinencia de esta medida, que busca:

1. Impedir un daño indebido a los acreedores.
2. Procurar un reparto justo de las masas de la insolvencia, fusionadas en una sola.
3. Evitar los costos causados por la dificultad de separación de activos y pasivos de las diversas empresas partícipes de un Grupo.
4. Promover un trato justo a los acreedores, que se verán beneficiados en virtud del trato que la medida de la consolidación puede darle a los créditos intragrupales (cancelación de créditos inter- societarios respecto de empresas consolidadas).
5. Resolver los casos de confusión patrimonial (de hecho) y de abuso de las formas sociales, respetando la personalidad jurídica de las sociedades consolidadas, en buen uso del moderno derecho empresarial.⁶⁰

⁶⁰ ...ya que la solución de la consolidación permite resolver los casos de confusión patrimonial y de abuso de formas sociales con absoluto respeto al mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades involucradas. QUETGLAS, Rafael Sebastián. p.112.

En la medida que en México se siga madurando el concepto y la naturaleza jurídica que implica la actuación en los mercados de los Grupos Empresariales y sus repercusiones en el mundo del derecho, a la par de que los tribunales asimilen y apliquen el control difuso de la constitución, la protección de los derechos humanos y la ponderación de principios de derecho, pudiendo incluso desaplicar en ciertos casos el derecho positivo, se estará mejor preparados para introducir esta institución de la consolidación patrimonial en el sistema de derecho mexicano y sobre todo, de administración de justicia.

La consolidación patrimonial no es una institución jurídica que favorezca a las deudoras y empresas cuyo patrimonio se consolidan únicamente. En realidad, se pretende beneficiar a los acreedores que han confiado al desarrollo sus relaciones comerciales con un grupo empresarial y de paso probablemente permita la preservación de las deudoras.

iii. Responsables del cumplimiento de las obligaciones para con los acreedores.

En este capítulo, analizaré el tipo y grado de responsabilidad que deviene de la ley y las cuales deben obligar a las empresas que componen un grupo, al cumplimiento de obligaciones conjuntas, aun en contra de su voluntad.

No se abordará la responsabilidad contractual que se pueda desprender de la asunción de obligaciones solidarias o subsidiarias, por el otorgamiento de garantías quirografarias (aval), prendarias, hipotecarias o garantías civiles derivadas del contrato de fianza, toda vez que son del dominio general de los abogados este tipo de obligaciones y no merecen mayores comentarios en este estudio. Además de que se correría el riesgo de desviarse de su enfoque central, que es precisamente la

búsqueda de las obligaciones de las empresas que conforman un grupo y que, por actuaciones irregulares o fraudulentas de cualesquiera de ellas en perjuicio de terceros de buena fe, deben traer como consecuencia el resarcimiento obligatorio de daños y perjuicios, repitiendo, no por voluntad propia sino por disposición expresa de la ley.

Es importante mencionar que, una vez que se fueron consolidando las empresas del sector productivo y el comercial, en el siglo XIX aparece un nuevo sector que es el de servicios y el financiero, mismos que no se manifestaban en la producción ni en la comercialización de productos y bienes materiales, sino que se especializaron en una serie de bienes intangibles que a la fecha en muchos casos adquieren mayor valor que los bienes tangibles. Así, aparece en el siglo XIX la Sociedad por Acciones, naciendo con ella la factibilidad de que el capital se divida en acciones, las cuales al adquirir la calidad de títulos transferibles y en consecuencia el carácter de bienes muebles, abren la posibilidad jurídica de que circulen como bienes de capital propiciando el desarrollo de la industria. Las empresas ya no solamente actúan en el mercado de la producción y de la comercialización de bienes, sino que también fueron objeto de un mercado financiero incipiente.

Ya en el siglo XX, habiéndose organizado algunas empresas industriales en grupos, dividiendo sus funciones bajo una dirección estratégica; ésta dirección y coordinación recayó en manos de la empresa tenedora de las acciones del grupo que se denominó "*holding*", la cual además de ser tenedora de acciones y por tanto la dueña del capital, empezó a ejercer la dirección estratégica del grupo y sus empresas filiales continuaron siendo las operadoras o las que realizaban las funciones de producción o de comercialización de los bienes o productos elaborados mediante su especialización en la producción. Por otra parte, la "*holding*" tenía el tiempo y la capacidad fáctica de analizar diversos segmentos del mercado, incluyendo el financiero para diversificar su producción y encontrar nuevos

mercados, incluyendo los internacionales y buscando la forma de atraer nuevos capitales para fortalecer al grupo.

En nuestro país, la Ley General de Sociedades Mercantiles, reconoce la existencia de la sociedad por acciones a la que denomina “Sociedad Anónima” estableciendo en su numeral 111 que las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se registrarán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por dicha ley. En el caso de la ley societaria mexicana es factible entonces que las acciones sean adquiridas y poseídas tanto por personas físicas como jurídicas, existiendo únicamente la limitante de que se requiere la existencia de dos socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos (artículo 89 fracción I de la Ley General de Sociedades Mercantiles). No obstante que se denomina “sociedad anónima”, la legislación societaria mexicana no permite la existencia de acciones al portador, sino que deben ser nominativas y en el propio título accionario deberá establecerse el nombre, nacionalidad y domicilio del accionista (artículo 125 fracción I de la citada ley).

Por otra parte, las acciones representativas del capital son de libre circulación salvo pacto en contrario, pues en el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración. El consejo podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado (artículo 130 de la citada ley). De lo anterior se colige que es factible la existencia en el derecho mexicano de las empresas tenedoras de acciones o de las “*holdings*”, puesto que no existe limitante alguna para que otras empresas o personas jurídicas adquieran hasta el 99.9% de las acciones, salvo aquellos casos en que la ley de inversiones extranjeras mexicana prohíba la participación de capital extranjero.

Al no regular la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana la existencia de las “*holdings*”, sino al permitir su existencia ante la ausencia de su prohibición, tampoco regula el alcance de la responsabilidad jurídica por hechos o actos ilícitos practicados por la “*holding*” o practicados por las filiales o controladas.

Una empresa integrante de un grupo de empresas puede verse afectada por decisiones de la empresa controladora o “*holding*”, a la cual algunas legislaciones o jueces le han imputado cierta responsabilidad.

Algunos escenarios de incorrecta gestión empresarial (“*mismanagement*”), son por ejemplo: la desviación de fondos de la empresa (puede ser a manera de donaciones, daciones en pago, o en el caso de grupos empresariales traslado de fondos a la matriz, a las filiales o entre empresas hermanas) con el objeto de “esconderlos” de sus acreedores, esperando o previendo la insolvencia de la empresa; operar sin fondos suficientes para hacer frente a sus obligaciones valiéndose de su “buena imagen” corporativa o de grupo en su caso; crear nuevas sociedades sin liquidar las anteriores insolventes; no llevar una contabilidad clara y adecuada, o que la altere o falsifique para ocultar su verdadera situación financiera; el financiamiento indebido con el fondo proveniente de los impuestos retenidos; dar una falsa impresión de solvencia asumiendo riesgos, responsabilidades y deudas, así como seguir realizando actos de comercio, a sabiendas de que es de hecho insolvente o que será incapaz de hacer frente al pago de sus obligaciones.

Todos estos comportamientos indeseables de “*mismanagement*” que conllevan prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias, pueden ser incluso castigadas con penas privativas de libertad, poniendo como ejemplos los casos de las infracciones previstas en el Código Fiscal de la Federación cuando se presenta el supuesto de la financiación de la empresa con fondos de los impuestos retenidos y para la Ley Concursal mexicana, en caso de no llevar una correcta contabilidad, o falsificar o destruir u ocultar los registros contables.

Para el caso del derecho concursal mexicano, cabe hacer notar que, cuando el comerciante sea una persona moral sus administradores o funcionarios pueden ser sujetos de responsabilidad penal por sus actos u omisiones, cuando participen o ejecuten algunas de las conductas delictivas relacionadas con el concurso mercantil. Por ejemplo, en el procedimiento concursal, se establece como delito en el artículo 271 que se sancionará con pena privativa de libertad al comerciante declarado, por sentencia firme, en concurso mercantil, por cualquier acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, estableciendo como un supuesto de ley que el llevar la contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera; o la altere, falsifique o destruya, causa o agrava dolosamente el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones. Otro delito tipificado por la legislación concursal mexicana es el establecido en el numeral 272, que también prevé sanción de pena privativa de libertad cuando el comerciante no ponga a disposición del juez la información contable dentro del plazo concedido por éste último. La propia ley en su artículo 273 señala a los miembros del Consejo de administración, administradores, directores, gerentes o liquidadores, como personas quienes actuando en nombre del comerciante, se les puede hacer extensiva la responsabilidad penal pudiendo ser sujetos activos del delito.

“Artículo 273.- Cuando el Comerciante sea una persona moral, la responsabilidad penal recaerá sobre los miembros del consejo de administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores de la misma que sean autores o partícipes del delito.”

Lo anterior, permite considerar que los directores o administradores que pretendan realizar una correcta gestión empresarial o *“management”* deben identificar con toda anticipación y honradez los “focos rojos” que le indican cuándo la compañía que administra se encuentra en estado de insolvencia.

Es concluyente que, así como sucede entre las empresas hermanas y su matriz que integran un grupo, igual importancia reviste el que los directores o

administradores de dichas empresas las conduzcan en una sana dirección que garanticen su éxito en el ambiente en que se desarrollen y de manera profesional eviten a toda costa el fracaso de sus empresas, evitando con ello la afectación de intereses de terceros.

a) RESPONSABILIDAD DE LA “HOLDING” EN MATERIA FISCAL.

La legislación fiscal establece una responsabilidad solidaria de la persona o personas, cualquiera que sea el nombre con que se les designe, que tengan conferida la dirección general, la gerencia general o la administración única de las personas morales, por las contribuciones causadas o no retenidas por dichas personas morales (jurídicas) durante su gestión, así como por las que debieron pagarse o enterarse durante la misma, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la persona moral que dirigen, cuando dicha persona moral incurra en cualquiera de los siguientes supuestos:

- b) No solicite su inscripción en el registro federal de contribuyentes.
- c) Cambie su domicilio sin presentar el aviso correspondiente en los términos del Reglamento de este Código, siempre que dicho cambio se efectúe después de que se le hubiera notificado el inicio del ejercicio de las facultades de comprobación previstas en este Código y antes de que se haya notificado la resolución que se dicte con motivo de dicho ejercicio, o cuando el cambio se realice después de que se le hubiera notificado un crédito fiscal y antes de que éste se haya cubierto o hubiera quedado sin efectos.
- d) No lleve la contabilidad, la oculte o la destruya.
- e) Desocupe el local donde tenga su domicilio fiscal, sin presentar el aviso de cambio de domicilio en los términos del Reglamento de este Código.

Esto es, cuando la “*holding*” tenga conferida la dirección o la administración de sus controladas será responsable solidaria por las contribuciones causadas en los términos anteriores, responsabilidad que si bien la Ley fiscal le denomina “solidaria”, en realidad es subsidiaria, toda vez que queda limitada a la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la persona moral que dirige, cuando se dan los supuestos enunciados en líneas anteriores.

De igual manera, las tenedoras de acciones son responsables solidariamente con sus filiales cuando adquieren estas negociaciones, respecto de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas en la negociación, cuando pertenecía a otra persona, sin que la responsabilidad exceda del valor de la negociación (fracción IV del artículo 26 del Código Fiscal de la Federación). También se da el caso de la responsabilidad solidaria de las “*holdings*” cuando representan a personas no residentes en el país (filiales extranjeras) con cuya intervención efectúen actividades por las que deban pagarse contribuciones hasta por el monto de dichas contribuciones (fracción V del precitado artículo 26 del CFF). Otra responsabilidad fiscal importante nace de lo preceptuado de la fracción X del multicitado artículo 26 del CFF cuando siendo socio, socia o accionista, o habiéndolo sido, existan contribuciones que se hubieren causado cuando tenían tal calidad, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la controlada, siempre que se den los supuestos a que se refieren los incisos a), b) y c) que ya se mencionaron en líneas anteriores, sin que la responsabilidad exceda de la participación que tenían en el capital social de la sociedad controlada durante el periodo o a la fecha de que se trate.

Por su parte la Ley del Impuesto Sobre la Renta, define para los efectos de dicha ley que se considerarán sociedades controladoras las que reúnan los requisitos siguientes:

- I. Que se trate de una sociedad residente en México.

- II. Que sean propietarias de más del 50% de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma sociedad controladora.

- III. Que en ningún caso más del 50% de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades, salvo que dichas sociedades sean residentes en algún país con el que se tenga acuerdo amplio de intercambio de información. Para estos efectos, no se computarán las acciones que se coloquen entre el gran público inversionista, de conformidad con las reglas que al efecto dicte el Servicio de Administración Tributaria. La sociedad controladora que opte por considerar su resultado fiscal consolidado, deberá determinarlo conforme a lo previsto en el artículo 68 de esta Ley. Al resultado fiscal consolidado se le aplicará la tasa establecida en el artículo 10 de esta Ley, en su caso, para obtener el impuesto a pagar por la sociedad controladora en el ejercicio. Una vez ejercida la opción de consolidación, la sociedad controladora deberá continuar pagando su impuesto sobre el resultado fiscal consolidado por un periodo no menor de cinco ejercicios contados a partir de aquél en el que se empezó a ejercer la opción citada, y hasta en tanto no presente ante el Servicio de Administración Tributaria aviso para dejar de consolidar, o bien, cuando la sociedad controladora deje de cumplir alguno de los requisitos establecidos en este Capítulo, o deba desconsolidar en los términos de los artículos 70, cuarto párrafo, o 71, octavo, décimo quinto y décimo sexto párrafos, de esta Ley. El plazo anterior no se reinicia con motivo de una reestructuración corporativa.

Dicha ley regula en su numeral 65, que la sociedad controladora podrá determinar su resultado fiscal consolidado, siempre que cumpla con las demás sociedades controladas con los requisitos que marca la propia ley como son, entre otros, el contar con la conformidad escrita del representante legal de cada una de las

controladas y obtener autorización del Servicio de Administración Tributaria (SAT). Manifiestar la controladora todas las sociedades que tenga en carácter de controladas; dictaminar sus estados financieros por contador público durante los ejercicios fiscales que opten por el régimen de consolidación.

Así, la Ley Fiscal identifica claramente a las empresas controladoras, siendo aquéllas que residen en México, que son propietarias del más del 50% de las acciones con derecho a voto de otra u otras controladas, inclusive en caso de control indirecto (a través de otra controlada); y que en ningún caso más del 50% de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades, salvo que dichas sociedades sean residentes en algún país con el que se tenga acuerdo amplio de intercambio de información. Para estos efectos, no se computan las acciones que se colocan entre gran público inversionista (como las de Teléfonos de México, Sociedad Anónima Bursátil "SAB").

De tal suerte que, la ley fiscal mexicana sólo reconoce la existencia de las "holdings" por el control que ejerce sobre sus controladas mediante la tenencia accionaria y lo que pretende evitar es la evasión fiscal originando pérdidas en algunas empresas del grupo para no pagar el Impuesto Sobre la Renta y desviando las utilidades hacia otras empresas del grupo que al tener pérdidas en ejercicios fiscales anteriores amortizan las mismas y tampoco pagan el Impuesto Sobre la Renta.

Al consolidar su resultado fiscal la controladora y las controladas, entonces tributan como una unidad, como grupo en conjunto, lo que hace a la "holding" responsable solidaria en su carácter de contribuyente de las obligaciones fiscales derivadas de las operaciones de sus controladas como grupo o unidad económica.

b) CONCEPTO DE "PARTES RELACIONADAS"

Otra forma de regular el tratamiento fiscal de empresas relacionadas entre sí, de una manera diferente a la simple mayoría de la tenencia accionaria, es el concepto de “partes relacionadas”. La Ley del Impuesto Sobre la Renta considera que dos o más personas son partes relacionadas, cuando una participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra, o cuando una persona o grupo de personas participe, directa o indirectamente, en la administración, control o en el capital de dichas personas, o cuando exista vinculación entre ellas de acuerdo con la legislación aduanera. (Artículo 106 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, “LISR”).

Así, aquellos contribuyentes que sean personas jurídicas, además de las obligaciones fiscales establecidas en la LISR, se les impone la obligación de presentar, conjuntamente con la declaración del ejercicio fiscal, la información de las operaciones que realicen con partes relacionadas residentes en el extranjero, efectuadas durante el año de calendario inmediato anterior. (Artículo 86 fracción. XIII de la LISR).

Especial importancia en materia tributaria adquieren estas regulaciones, porque se trata de evitar que se transfieran las utilidades a una empresa “*holding*”, ubicada en el extranjero, principalmente en lo que se denominan “paraísos fiscales” o “territorios de baja imposición fiscal” o bien a una “*holding*” que pudiera amortizar pérdidas fiscales anteriores suyas o de alguna otra controlada, evitando con ello el pago de impuestos y dejando en consecuencia a la controlada con ingresos suficientes para subsistir, pero sin utilidades para que tampoco paguen impuestos. Esto es, se pretende evitar para efectos fiscales que las empresas controladas funcionen con ingresos indispensables para su operación y que las utilidades se transfieran a otras entidades.

La regulación fiscal en comento, establece que tratándose de personas morales que celebren operaciones con partes relacionadas, éstas deberán determinar sus ingresos acumulables y sus deducciones autorizadas, considerando

para esas operaciones los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado con o entre partes independientes en operaciones comparables (artículo 86 fracción XV y 106 de la LISR).

En caso contrario, las autoridades fiscales podrán determinar los ingresos acumulables y las deducciones autorizadas de los contribuyentes, mediante la determinación del precio o monto de la contraprestación en operaciones celebradas entre partes relacionadas, considerando, para esas operaciones, los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables, mediante la aplicación de los métodos previstos en la propia ley, ya sean éstas con personas jurídicas residentes en el país o en el extranjero.

Por su parte, la Ley Aduanera, para determinar la base gravable del impuesto general de importación y cuál es el valor en aduana de las mercancías, en sus artículos 67 y 68, también regula que estos valores no se encuentren influenciados por que se trate de partes relacionadas, considerando que existe vinculación entre personas para los efectos de esta ley, en los siguientes casos:

“Artículo 68.- (...)

- I. Si una de ellas ocupa cargos de dirección o responsabilidad en una empresa de la otra.
- II. Si están legalmente reconocidas como asociadas en negocios.
- III. Si tienen una relación de patrón y trabajador.
- IV. Si una persona tiene directa o indirectamente la propiedad, el control o la posesión del 5% o más de las acciones, partes sociales, aportaciones o títulos en circulación y con derecho a voto en ambas.
- V. Si una de ellas controla directa o indirectamente a la otra.
- VI. Si ambas personas están controladas directa o indirectamente por una tercera persona.
- VII. Si juntas controlan directa o indirectamente a una tercera persona.
- VIII. Si son de la misma familia.”

La vinculación referida no debe influir en el precio. En una venta entre personas vinculadas, la autoridad aduanera examinará las circunstancias de la venta y aceptará el valor de la transacción cuando la vinculación no haya influido en el precio, siempre y cuando se demuestre que el precio se ajustó conforme a las prácticas normales de fijación de precios seguidos por la rama de producción de que se trate o con la manera en que el vendedor ajusta los precios de venta a compradores no vinculados con él.

A su vez, debe demostrar que con el precio se alcanzan a recuperar todos los costos y se logra un beneficio congruente con los beneficios globales obtenidos por la empresa en un periodo representativo en las ventas de mercancías de la misma especie o clase. (Artículo 69 de dicha Ley Aduanera).

c) RESPONSABILIDAD DE LA “HOLDING” EN MATERIA MERCANTIL

Partiendo del principio de que la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana no reconoce, y por tanto no regula la existencia y el alcance de las obligaciones de las “*holding*”, se debe concluir que respecto de obligaciones mercantiles en general, responderá la controladora de obligaciones mercantiles contraídas por la o las controladas en aquellos casos en que por disposición expresa de la ley las controladas realicen actos mercantiles en su carácter de “dependientes” que son aquellos que la ley reputa como los que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste (artículo 309 del Código de Comercio de 1889).

Esto es, cuando las controladas realicen compras o ventas o cualesquier gestión propias del tráfico comercial en nombre y por cuenta de la “*holding*”, entonces la ley le reputa el carácter de “dependientes” y por tanto, existe la responsabilidad solidaria de la “*holding*” de responder por los actos de su controlada.

Es cierto lo anterior, que en aquéllos casos en que por convenio, contrato o por disposición expresa de la ley, la “*holding*” quede obligada solidaria o subsidiariamente con su controlada. El propio Código de Comercio referido prevé, cuando regula las providencias precautorias, que pueden dictarse ante el temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda; cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real o cuando la acción sea personal (siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene), prevé que estas disposiciones comprenden no solo al deudor (en este caso la controlada), sino también a los socios (en este caso la “*holding*”). Artículo 1168 del Código de Comercio.

d) LA RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLADORA TRATÁNDOSE DE GRUPOS FINANCIEROS

La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras tiene por objeto establecer las bases de organización y funcionamiento de los grupos financieros en México; señalando los términos bajo los cuales habrán de operar, así como la protección de los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de dichos grupos. (Artículo 1º).

Los grupos financieros estarán integrados por una controladora y por algunas de las diferentes entidades financieras que componen el Sistema Financiero Nacional como Instituciones de Banca Múltiple, Sociedades operadoras de Sociedades de Inversión, Administradoras de Fondos para el Retiro, Casas de Cambio, Instituciones de Fianzas, Instituciones de Seguros, entre otras..

En esta legislación se regula con mayor precisión que en cualesquier otra en México las obligaciones de la controladora, siempre con el interés superior de

proteger los bienes del grupo en beneficio del público. Así, el artículo 119 de la ley establece:

“Artículo 119.- La Sociedad Controladora y cada una de las entidades financieras integrantes de un Grupo Financiero suscribirán un convenio conforme al cual:

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

II. La Sociedad Controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades financieras. En el evento de que el patrimonio de la Sociedad Controladora no fuere suficiente para hacer efectivas las responsabilidades que, respecto de las entidades financieras integrantes del Grupo Financiero se presenten de manera simultánea, dichas responsabilidades se cubrirán, en primer término, respecto de la institución de crédito que, en su caso, pertenezca a dicho Grupo Financiero y, posteriormente, a prorrata respecto de las demás entidades integrantes del Grupo Financiero hasta agotar el patrimonio de la Sociedad Controladora.

Al efecto, se considerará la relación que exista entre los porcentajes que representan, en el capital de la Sociedad Controladora, su participación en el capital de las entidades financieras de que se trate.

Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entenderá que una entidad financiera perteneciente a un Grupo Financiero tiene pérdidas, cuando los activos de la entidad no sean suficientes para cubrir sus obligaciones de pago.

Las referidas responsabilidades estarán previstas expresamente en los estatutos de la Sociedad Controladora.

En el convenio citado también deberá señalarse expresamente que ninguna de las entidades financieras del Grupo Financiero responderán por las pérdidas de la Sociedad Controladora, ni por las de los demás participantes del Grupo Financiero.”

Así, como consecuencia de la crisis financiera que afectó a este país a partir del llamado “error de diciembre”, que trajo como consecuencia la devaluación del peso mexicano frente a la divisa estadounidense el 19 de diciembre de 1994 y que originó la quiebra de una gran cantidad de instituciones financieras del país obligando al gobierno federal a intervenir para garantizar los ahorros del público,

estatizando la banca que a la postre volvió a ser vendida a particulares, trajo como consecuencia la necesidad imperiosa de regular la actuación y sobre todo la responsabilidad frente a las autoridades competentes y en aras de la protección de los intereses del público ahorrador, de regular la responsabilidad de los grupos financieros que actúan en el país, principalmente de sus controladoras.

Aunque se separen las entidades financieras que formen parte de un grupo, subsistirán las responsabilidades de la controladora en tanto no queden totalmente cumplidas todas las obligaciones contraídas por las controladas o queden cubiertas las pérdidas de las mismas, y dicha controladora sólo podrá disolverse hasta que cumpla todas las obligaciones contraídas por sus controladas con anterioridad a la disolución del grupo o hasta que cubra sus pérdidas.

En consecuencia, por disposición expresa de la ley en comento, la controladora y cada una de sus controladas que componen el grupo financiero deben suscribir un convenio conforme al cual, la controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de sus controladas y dicha controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades. Se entenderá que una entidad financiera perteneciente a un grupo financiero tiene pérdidas, cuando sus activos no sean suficientes para cubrir sus obligaciones de pago.

En el convenio referido deberá señalarse expresamente que cada una de las entidades controladas no responderá por las pérdidas de la controladora, ni por las de los demás participantes del grupo.

e) RESPONSABILIDAD DE LA “HOLDING” EN MATERIA CONCURSAL

La Ley de Concursos Mercantiles mexicana establece en su artículo 4to que para efectos de esta ley se entiende como “comerciante” a la persona física o moral

que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio. Este concepto comprende al patrimonio fideicomitido cuando se afecta a la realización de actividades empresariales. Igualmente, comprende a las sociedades mercantiles controladoras y controladas a que se refiere el numeral 15 de esta ley, mismo que define como controladoras a las que reúnan los siguientes requisitos:

- I. Que se trate de una sociedad residente en México;
- II. Que sean propietarias de más del cincuenta por ciento de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora, y
- III. Que en ningún caso más de cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades.

No se considerarán acciones con derecho a voto, aquéllas que lo tengan limitado y las que en los términos de la legislación mercantil se denominen acciones de goce.

Tratándose de sociedades que no sean por acciones se considerará el valor de las partes sociales.

Se considerarán sociedades controladas aquéllas en las cuales más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad controladora. Para ello la tenencia indirecta a que se refiere este párrafo será aquélla que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora.

Como una novedad, dado que la abrogada Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos de 1943 no establecía el concurso de controladoras y controladas, parece

incompleta la regulación jurídica que hace la ley concursal mexicana acerca de los concursos acumulados de los procedimientos concursales de las sociedades controladoras y sus controladas, toda vez que la ley es omisa al establecer cuáles son los efectos y consecuencias jurídicas de acumular, aunque se lleven por cuerda separada, los procedimientos de concurso de las controladoras y sus controladas.

Esto es, dándose el supuesto legal del incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de la controladora y de su o sus controladas, en los términos del artículo 9º de la ley concursal se considera que debiera establecerse en dicha ley el grado de responsabilidad de la controladora frente a sus controladas y viceversa. Salvo el hecho evidente de que el legislador trató de evitar el dictado de sentencias contradictorias si se llevasen ambos procedimientos concursales (el de la controladora y el de la controlada) en juicios por separado, no se observa en la ley ninguna otra consecuencia para que se acumulen estos procedimientos aunque se lleven por cuerda separada.

En el supuesto de que la “*holding*” solo tenga el carácter de sociedad controladora por la tenencia accionaria mayoritaria al 50% o más de las acciones con derecho a voto, bien sea por medio de control directo o indirecto y dicha tenedora no se hubiese obligado solidariamente ni cambiariamente, ni hubiese otorgado garantías ni respondido a favor de la controlada insolvente, no deberá tramitarse el concurso de la controladora cuando su controlada solicite o le demanden la declaración del concurso. Salvo los casos expresamente establecidos en la Ley Federal para Agrupaciones Financieras, y en el caso de obligaciones solidarias en materia fiscal como ya se señaló en líneas anteriores, en ninguna otra legislación mexicana se establece la responsabilidad ilimitada solidaria o subsidiaria de la controladora y sus controladas o viceversa, razón por la cual se insiste, sólo podrán tramitarse conjuntamente los concursos de la controladora y su controlada cuando ambas se encuentren en los supuestos legales del incumplimiento generalizado de sus obligaciones.

Caso diferente es el ya mencionado en que la “*holding*” actúe como “factor” y la controlada como su “dependiente” o cuando quede acreditado con elementos objetivos que en realidad la controladora se aprovechó o resultó beneficiada con las operaciones comerciales de la controlada o que de alguna manera por directrices dictadas por la “*holding*” se originó la insolvencia de la controlada beneficiando a otras empresas del grupo o a la propia controladora, casos en los cuales sí debiera llamarse y tramitarse el concurso acumulado de la controladora y sus controladas.

También es pertinente dejar asentado que otra forma de regular la eficacia o sancionar de ineficaces los actos jurídicos efectuados por los comerciantes en perjuicio de los acreedores y en beneficio de otros de su mismo grupo empresarial, lo es la regulación que hace la ley concursal respecto de los actos considerados en fraude de acreedores. En efecto, el Capítulo VI del Título III de la Ley Concursal establece el denominado “periodo sospechoso”, para lo cual prevé que para efectos de analizar los actos que se presumen cometidos en fraude de acreedores se señala una fecha de retroacción del día doscientos setenta natural inmediato anterior a la fecha de la sentencia que declare el concurso mercantil, misma que podrá ampliarse retroactivamente una vez acreditada la necesidad de la medida ante el Juez del concurso.

Esta institución jurídica recoge la conocida en el derecho romano “acción pauliana” que reputa como actos en fraude de acreedores los cometidos por el comerciante antes de ser declarado en concurso mercantil, defraudando a sabiendas a los acreedores y beneficiando a un tercero que tenía conocimiento de este fraude, conocimiento éste último que no será necesario en los actos de carácter gratuito, como cuando el comerciante dona a terceros para quedarse insolvente en perjuicio de sus acreedores.

Esta legislación regula los efectos de actos celebrados entre partes relacionadas y menciona como tales a las siguientes en sus artículos 116 y 117, que a la letra dicen:

“Artículo 116.- En el evento de que el Comerciante sea una persona física se presumen actos en fraude de acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe, las operaciones en contra de la Masa realizadas con las personas siguientes:

- I. Su cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil, o II. Sociedades mercantiles, en las que las personas a que se refiere la fracción anterior o el propio Comerciante sean administradores o formen parte del consejo de administración, o bien conjunta o separadamente representen, directa o indirectamente, al menos el cincuenta y uno por ciento del capital suscrito y pagado, tengan poder decisorio en sus asambleas de accionistas, estén en posibilidades de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales de dichas sociedades.

Artículo 117.- En caso de Comerciantes que sean personas morales se presumen actos en fraude de acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe, las operaciones en contra de la Masa realizadas con las personas siguientes: I. Su administrador o miembros de su consejo de administración, o bien con el cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil de las personas antes mencionadas; II. Aquellas personas físicas que conjunta o separadamente representen, directa o indirectamente, al menos el cincuenta y uno por ciento del capital suscrito y pagado del Comerciante sujeto a concurso mercantil, tengan poder decisorio en sus asambleas de accionistas, estén en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales del

Comerciante sujeto a concurso; III. Aquellas personas morales en las que exista coincidencia de los administradores, miembros del consejo de administración o principales directivos con las del Comerciante sujeto a concurso mercantil, y IV. Aquellas personas morales controladas por el Comerciante, que ejerzan control sobre este último, o bien que sean controladas por la misma sociedad que controla al Comerciante.”

Cuando se resuelva la devolución a la masa de algún objeto o cantidad, deberán devolverse también sus productos líquidos o intereses correspondientes al tiempo en que se disfrutó de la cosa o dinero (Artículo 119).

f) RESPONSABILIDAD EN MATERIA PENAL DE LAS EMPRESAS INTEGRANTES DE UN GRUPO.

En México, la responsabilidad penal por delitos cometidos recae exclusivamente en las personas físicas. Aún no se legisla en este país la responsabilidad criminal de personas jurídicas y en consecuencia la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados en la ley (artículo 10 del Código Penal Federal).

Sin embargo, existe un dispositivo legal en esta materia que vale la pena comentar. El artículo 11 del Código Penal Federal establece:

“Artículo 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.” De lo anterior se colige que cuando el comportamiento del representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o

empresa, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, siempre justificando y motivando que esta medida es necesaria para la seguridad pública.”

Es decir, cuando el comportamiento del representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el Juez podrá decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, siempre justificando y motivando que esta medida es necesaria para la seguridad pública.

En el caso materia de este estudio, si una entidad a través de sus miembros o representantes comete algún ilícito tipificado por las leyes penales como delito, y se beneficia la “*holding*” o cualquiera de sus controladas y ese comportamiento atenta contra la seguridad pública, aunque no exista condena de reparación del daño patrimonial, el juez tendrá facultades para pedir la suspensión de las actividades de la agrupación o su disolución.

En el caso de responsabilidad penal por delitos cometidos por comerciantes personas jurídicas, la responsabilidad penal igualmente recaerá sobre los miembros de consejo de administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores de la misma, que sean autores o participen en el delito a cargo de la persona jurídica declarada en concurso o en quiebra.

En los casos de comisión de delitos cometidos por los socios o gerentes directores de sociedades o agrupaciones, estas últimas están obligadas a reparar el daño consistente en la sanción pecuniaria que comprendan la multa y la reparación del daño causado.

g) LOS GRUPOS EMPRESARIALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

La Ley Federal de Competencia tiene como principal objetivo el prevenir y sancionar en su caso, los actos o prácticas prohibidas por la propia ley que tengan por objeto inhibir la libre competencia de las empresas en un mercado relevante y establece un procedimiento de investigación de prácticas monopólicas aún cuando las conductas atribuidas a una empresa fueron desplegadas por lo que denomina “Grupo de Interés Económico” al que dicha empresa pertenece.

El órgano gubernamental encargado de dicho procedimiento de investigación de prácticas monopólicas es la Comisión Federal de Competencia (CFC) que debe vincular tanto al agente investigado como a la integración vertical o de cualquier otra naturaleza, como opere el aludido grupo.

Cuando se denuncia a una empresa por la realización de prácticas monopólicas y se le atribuye su calidad de parte integrante de un grupo empresarial o grupo de interés económico, corresponde a la empresa que se pretende sancionar demostrar que no forma parte del grupo de interés económico al que se atribuye la instrumentación y coordinación de las conductas consideradas prácticas monopólicas.

En muchas ocasiones no es sencillo para la CFC acreditar hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como “la mejor información disponible”, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas por lo que la prueba indirecta es idónea para acreditar estos hechos. A efecto de hacer responsable a la totalidad de las empresas integrantes de un grupo empresarial o grupo de interés económico por su responsabilidad en la realización de actos desleales que tipifican ilícitos sancionados por la ley de la materia, es esencial perfeccionar la técnica del “levantamiento del velo” de la persona jurídica o “velo corporativo” y que la autoridad competente

justifique su aplicación en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas.

El alto Tribunal de Justicia de la Nación, a través del Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito, con sede en la Ciudad de México, conoció de la controversia planteada por empresas del llamado “Sistema Coca-Cola” que fueron sancionadas por la CFC por la realización de prácticas monopólicas en perjuicio de una empresa dedicada también a la elaboración y comercialización de bebidas gaseosas de cola y que sufría las consecuencias de la restricción indebida de su participación en el mercado al no poder desplazar sus productos toda vez que los diversos establecimientos (abarroteras, tiendas de barrio, tiendas de autoservicios, restaurantes, bares, casinos, centros de espectáculos, etc.) que integran los naturales canales de distribución de su producto, se negaban a venderlos ante el temor de amenazas y represalias de sanciones económicas y aplicación de penas contractuales impuestas por el poderío económico del “Sistema Coca-Cola”.⁶¹

La defensa de las empresas sancionadas por la CFC consistió básicamente en que eran empresas independientes, personas jurídicas con personalidad jurídica propia, y que en nada debía afectarles los actos imputados a su matriz (“*holding*”) o a otras empresas, que si bien eran parte del grupo empresarial, actuaban por su cuenta y riesgo en diversas labores de publicidad, marketing, promociones, distribución, transportación, etc. de los productos del “Grupo Coca-Cola”.

Es importante que la jurisprudencia mexicana el que el H. Tribunal Colegiado precitado haya resuelto la procedencia de la aplicación de las sanciones impuestas por la CFC, utilizando básicamente el argumento toral de que todos los componentes del grupo empresarial denunciado y sancionado habían actuado de manera

⁶¹ *Todos estos conceptos fueron analizados y resueltos en el Amparo en Revisión 479/2006, promovido por la empresa “Yoli de Acapulco, S.A. de C.V.” como parte integrante del denominado “Sistema Coca-Cola” y que resolvió el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.- Registro número 21150.- Novena Época.- Tribunales Colegiados de Circuito.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo XXVIII, Octubre de 2008.- Pág. 2050.*

coordinada y sistemática, con el propósito de sacar del mercado a la competencia que representaba la empresa denunciante y que este era un caso típico en donde era menester levantar el velo corporativo y asumir la plena convicción de encontrarse ante la presencia de un grupo de interés económico, al que denominó “Sistema Coca-Cola” y que por tanto, todas las empresas componentes del grupo empresarial denunciado eran responsables de la sistemática actuación del grupo como tal en la realización de estas prácticas monopólicas.

Esta resolución judicial constituye una importante tesis al haber sido confirmada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión del 24 de Octubre de 2007⁶², por lo que al haber sido resuelto este caso en definitiva constituye un precedente importantísimo en la materia del tratamiento de los grupos empresariales.

En resumen, el más alto Tribunal de Justicia de la Nación en México, desarrolla y aplica la teoría del “levantamiento del velo corporativo” y reconoce la existencia y la actuación de los grupos empresariales que a veces de manera formal y a veces de manera velada funcionan como “grupos de interés económico” y que por tanto deben sufrir las consecuencias de la actuación de algunos de sus miembros cuando todo el grupo resulta beneficiado.

1. Ventajas y desventajas para los acreedores, respecto de la acumulación de procedimientos en el concurso mercantil de entidades controladas y controladoras.

En principio, se debe recordar que la acumulación de los procesos concursales no es sinónimo de acumulación sustancial, en virtud de que la primera se refiere únicamente al estudio paralelo de procedimientos de personas relacionadas, en este caso, de empresas integrantes del mismo grupo, sin que exista una afectación a los derechos o al patrimonio de las concursadas.

⁶² Amparo en revisión 169/2007

Por lo que nuestra legislación concursal en muchos casos solo supone la sustanciación de los concursos ante un mismo juez dependiendo del régimen de insolvencia, permitiendo que los procedimientos acumulados puedan compartir algunos elementos comunes, sin embargo, no supone la paralización de concursos ni la unificación de ellos.

La acumulación y/o la coordinación de procedimientos concursales, fungen como soluciones ajustadas al moderno derecho empresarial de Grupos, en las cuales, al mismo tiempo que se reconoce la personalidad jurídica independiente de las distintas empresas que conforman un grupo, éstas como partes relacionadas, puedan protagonizar un mismo concurso o por lo menos concursos correlacionados, dándoles un tratamiento más acorde a su realidad económico-jurídica.

Sin embargo, las ventajas de los acreedores respecto a dicha acumulación procesal son meramente procesales, ya que legalmente los ordenamientos jurídicos son insuficientes para darle a dichos acreedores las ventajas suficientes respecto del patrimonio de las entidades controladas y controladoras.

Dichas ventajas procesales son:

- La coordinación procesal de los concursos de empresas integrantes del mismo grupo, la cual, puede determinarse al designar a un único especialista de la insolvencia o bien coordinar asambleas, pero en cualquier caso, el juez debe procurar el estudio coordinado de los procedimientos.
- La existencia de un único Juez ante el cual serán tramitados los concursos vinculados, lo cual presupone el ahorro de trabajo jurisdiccional y la simplificación de trámites que redundarán en una mayor economía procesal, pero además, el hecho de que sea un solo

juez el que conozca de los diversos concursos de las diversas empresas vinculadas, lo que le permitirá allegarse de información relativa a la estructura, funcionamiento y red de vinculación de las empresas del Grupo, que le permitirá tomar en cuenta las relaciones existentes entre los concursados-relacionados y en base al conocimiento de esos vínculo tome decisiones más acertadas y más acordes a su realidad empresarial.

- La posibilidad para ciertos casos de llegar a un acuerdo conjunto en el que se previera un tratamiento unitario de las categorías de acreedores y así como en el cómputo de las mayorías.
- Permite condicionar la propuesta de convenio de reorganización a la aprobación judicial de las demás empresas insolventes del grupo.

Es decir, la acumulación procesal regulada en nuestra Ley únicamente trae consigo la coordinación procesal de concursos entre empresas integrantes de un mismo grupo, generando ventajas en cuanto a celeridad y economía procesal, sin embargo no presupone una impartición de justicia más transparente, más eficaz y más acorde a la estructura empresarial contemporánea, ya que no señala nada respecto a los límites de la personalidad jurídica de las sociedades vinculadas.

En nuestro país, la normatividad mexicana si prevé, a manera de excepción, un régimen de acumulación procesal para el caso de Grupos (refiriéndose a la Ley de Concursos Mercantiles a empresa controladoras y sus controladas). Aunque desgraciadamente la legislación nacional todavía se queda corta al contemplar lo concerniente a la personalidad jurídica de las sociedades vinculadas, que refiere en primer lugar al patrimonio de dichos grupos, que es lo más importante para los acreedores al momento en que se ven envueltos en un concurso de esta especie.

Sin dejar de lado que la mera acumulación procesal presenta varias deficiencias legales que en seguida se expondrán.

La mencionada Ley de Concursos Mercantiles señala en su numeral 15 establece que se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada, los procedimientos de concurso mercantil de:

- I. Las sociedades controladoras y sus controladas, y
- II. Dos o más sociedades controladas por una misma controladora.

Luego sigue explicando la ley concursal mexicana en el numeral antes citado, lo que se entenderá por sociedades mercantiles controladoras, a saber serán:

“Artículo 15 (...) las que reúnan los siguientes requisitos:

- I. Que se trate de una sociedad residente en México;
- II. Que sean propietarias de más del cincuenta por ciento de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora, y
- III. Que en ningún caso más de cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades. No se considerarán acciones con derecho a voto, aquéllas que lo tengan limitado y las que en los términos de la legislación mercantil se denominen acciones de goce.

Tratándose de sociedades que no sean por acciones se considerará el valor de las partes sociales.

Se considerarán sociedades controladas aquéllas en las cuales más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad controladora. Para ello la tenencia indirecta a que se refiere este párrafo será aquélla que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora.”

De lo anterior se observa que, la legislación concursal se basa en el requisito de control accionario para determinar la calidad de controladora o controlada, pudiendo ser ejercido por la controladora de manera directa o indirecta.

Por otro lado, cabe hacer varias precisiones en cuanto a esta disposición:

En primer lugar, se desprende de la lectura del numeral antes citado que si bien menciona que se acumularán los procedimientos de las controladoras y sus controladas, no hace la precisión de indicar las reglas para establecer cuál será el procedimiento principal al que se acumularán los demás vinculados; si tomará en cuenta parámetros de antigüedad del proceso o bien si en cualquier caso el de las controladas se acumularán al de la controladora.

Así, se observa que se acumularán los procesos de sociedades controladas por una misma controladora, esto quiere decir que los concursos entre hermanas podrán ser acumulados. De cualquier manera es evidente que el régimen de acumulación mexicano se basa exclusivamente en el parámetro del control accionario, dejando de lado la existencia de los grupos horizontales o por coordinación, o incluso grupos en donde exista cierto grado de control pero que no alcance el porcentaje del 50% de las acciones con derecho a voto que la ley marca como requisito de existencia del “control”, como es el caso de los llamados

“derechos de minorías” en donde por disposición estatutaria o aun por disposición legal en el caso de las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (SAPI's) o Sociedades Anónimas Bursátiles (SAB's) reguladas por la Ley de Mercado de Valores mexicana, se pueden establecer válidamente controles específicos que regulen la vida social de la sociedad sin el requisito de tener más del 50% de las acciones con derecho a voto. Encontrando en esta disposición otra laguna legal.

Por otra parte, la legislación concursal mexicana no señala cual será la tramitación que seguirá dicha acumulación, lo que llevará a utilizar el Código de Comercio como supletorio aplicando lo conducente a la acumulación de autos, el cual al efecto señala:

“Artículo 1359. La acumulación de autos solo podrá decretarse a instancia de parte legitima, salvo los casos en que, conforme a la ley, deba hacerse de oficio.

Artículo 1360. La acumulación puede pedirse en cualquier estado del juicio, antes de pronunciarse sentencia, salvo que se trate de excepciones procesales que deban hacerse valer al contestar la demanda, o que tratándose del actor bajo protesta de decir verdad manifieste no conocer, al solicitar la acumulación, no haber conocido antes de la presentación de su demanda, de la causa de la acumulación.

Artículo 1361. La acumulación deberá tramitarse en forma de incidente.”

En cuanto a tal disposición pueden surgir varios cuestionamientos:

En primer lugar, se regula que la acumulación se decretará a instancia de “parte legítima”, pero si se traslada al derecho concursal en materia de grupos, ¿quiénes podrán ser consideradas como tales? Por poner algunos ejemplos, ¿podrán ser consideradas como partes legítimas para solicitar la acumulación cualquier acreedor o sólo los acreedores comunes de dos o más sociedades integrantes de un mismo grupo? ¿Estarán legitimados para solicitarla los especialistas del concurso mercantil? o bien, ¿podrá ser decretada de oficio?

También se observa que el Código de Comercio establece que la vía idónea para tramitar la acumulación será la incidental, exclusividad que de ser aplicable a la materia concursal sería un gravísimo error puesto que en tal caso no podría ser invocada al momento de la presentación de solicitud de apertura. Es claro que una de las ventajas de la solicitud de apertura conjunta del concurso es precisamente la de tener la posibilidad de que los procedimientos sean también acumulados o coordinados en su estudio. Virtud que sería coartada por la imposición del incidente como única vía para la tramitación de la acumulación, por lo cual lo más idóneo sería dejar abiertas ambas posibilidades.

Por último, el artículo 15 de la ley concursal mexicana, tampoco precisa cuáles serán los efectos que traerá aparejada dicha acumulación, como podrían ser: la designación de un único o del mismo administrador concursal; ordenar la coordinación de audiencias; la disposición de intercambio y revelación de información relacionada; ordenar la coordinación de negociaciones para celebrar un acuerdo de reorganización; coordinar la presentación y verificación de créditos; etc., como lo harían otras legislaciones más avanzadas.

En conclusión, se está ante una ley mexicana que ha intentado hacer frente a los modelos contemporáneos de asociación empresarial, que regula acumulación procesal dentro de la Ley de Concursos Mercantiles como un avance en la tramitación de los mismos, sin embargo no refleja de manera clara las ventajas

procesales para los acreedores de los Grupo Empresariales, y mucho menos sustantivas.

Nuestra legislación concursal es deficiente al no hacer un tratamiento a profundidad de esta problemática, sin intentar aportar soluciones concretas que vayan ajustadas a un moderno derecho empresarial.

2. Propuesta.

Ante la escasa regulación jurídica que existe en México de las empresas controladoras (*holdings*) y sus controladas, es necesario que el derecho positivo identifique y eleve a la categoría de norma jurídica, aquellos elementos objetivos que permitan identificar con certeza cuándo se está ante la presencia de la actuación de un Grupo Empresarial, a efecto de limitar el indiscriminado uso de su potencial económico e influencia sobre el mercado en perjuicio de otros competidores más débiles y del consumidor final.

El reconocimiento legal de los elementos objetivos que identifiquen a un Grupo Empresarial, deberá traer como consecuencia que la ley regule en cada caso concreto, el alcance de la responsabilidad de la controladora por actos realizados por sus controladas y viceversa y de todos los componentes del grupo por actos realizados por cualquiera de sus miembros en casos de insolvencia.

Para el caso del derecho concursal mexicano, se propugna por un grado de responsabilidad solidaria en el supuesto de insolvencia provocada por la matriz o por cualquier otra empresa componente del grupo.

El acreditamiento de elementos objetivos que permitan identificar la existencia y funcionamiento de un Grupo Empresarial, tanto a la autoridad administrativa o judicial como a acreedores o terceros interesados, se facilitará con el reconocimiento legal de sus elementos objetivos, que de una manera enunciativa y no limitativa, a continuación se señalan:

1. La controladora (*holding*) es propietaria de la mayoría de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades. (Control directo).
2. La controladora (*holding*) es propietaria de la mayoría de las acciones con derecho a voto de otra sociedad, que a su vez es propietaria de la mayoría de las acciones con derecho a voto de otra u otras controladas. (Control indirecto).
3. Las empresas involucradas operan bajo la dirección unificada de una sociedad directora o holding.
4. Existe una controladora o *holding* que opera a través de otras empresas controladas.
5. Las empresas actúan en una misma actividad industrial o integran diversas etapas de un ciclo de producción, o bien actúan en diversas ramas industriales.
6. Las empresas se encuentran unidas por lazos de control o de coordinación.
7. La controladora contractualmente (casi siempre estatutariamente) se reserva el derecho y la facultad de nombrar y remover a quienes ocupan los puestos de dirección, administración y gerenciales.
8. La controladora contractualmente (casi siempre estatutariamente) se reserva el derecho de decidir unilateralmente sobre aumentos o disminuciones del capital social.
9. La controladora contractualmente (casi siempre estatutariamente) se reserva el derecho de autorizar unilateralmente la venta o enajenación de cualesquier activo, aún los intangibles, incluyendo patentes, marcas, nombres comerciales, tecnología, "*know how*", procesos productivos, cartera de clientes, relación de proveedores, etc.
10. Existe una sociedad (dominante) que ejerce control e influencia sobre las controladas (dominadas) y que se ejerce mediante acciones "persuasivas" o en su caso "disuasivas" sobre los directores, en virtud del estatus que le otorga el ser propietaria de acciones.
11. Las empresas se encuentran encausadas en la misma dirección asociándose por pactos o alianzas de cooperación o acuerdos de colaboración.
12. La consolidación de los estados financieros de las controladas con la holding, bien sea para efectos fiscales o financieros.

13. El mayor porcentaje de sus operaciones lo hacen con partes relacionadas, entendiéndose como tales las que se realicen con entidades económicas o jurídicas en donde exista identidad de personas, bien sea como socios o accionistas o bien sea en elevados cargos gerenciales que puedan influir de manera directa en la toma de decisiones y que estén unidas por parentesco en cualquier grado en línea recta ascendente o descendente, en línea colateral hasta el 4to grado y por afinidad hasta el 2do grado.
14. Otorgar a una o a varias empresas del grupo créditos o préstamos en condiciones financieras más ventajosas que las del mercado o incluso sin el cobro de intereses.
15. Otorgar garantías a terceros sin justificación aparente.
16. Condonar deudas o transferir bienes sin justificación legal alguna.
17. Participaciones cruzadas en el capital social de las empresas (los miembros de un grupo tienen prohibido contractualmente, adquirir acciones de la dominante u otorgar una garantía sobre tales acciones y tienen igualmente prohibido emitir o transferir acciones en provecho de una controlada).
18. El endeudamiento de una empresa siendo ya insolvente, permitido o facilitado por la matriz.
19. Funcionar en una pluralidad de al menos dos sujetos, bien sociedades, bien personas físicas o ambas.
20. La confusión de plantillas de trabajadores entre diferentes empresas.
21. La utilización indiscriminada de recursos financieros, materiales y humanos entre diferentes empresas.
22. Actuar de manera coordinada y sistemática con el propósito de sacar del mercado a la competencia.
23. Cualesquier otra forma de cooperación, colaboración o asociación que permita deducir de manera inequívoca que una empresa actúa en beneficio de sí misma o de otra u otras empresas o en perjuicio de sí misma o de otra u otras empresas, todo ello sin justificación alguna.

Resulta incuestionable que los estudiosos del derecho de la insolvencia deben profundizar en el análisis de la problemática jurídica que representa el concurso de empresas que forman parte de un Grupo Empresarial.

Por la actividad empresarial que realice un empresario oculto a través de la actuación del empresario aparente, el derecho mexicano debe establecer el grado de responsabilidad que nace de dicha actuación. El principio jurídico formal en cuya virtud responde quien aparece frente al exterior como titular del ejercicio del comercio, debe ser sustituido por el principio económico sustancial, en virtud del cual responde el titular efectivo de la empresa, que es quien se aprovecha de ésta y debe soportar las pérdidas de la misma. Bajo este principio y aplicado al campo del derecho concursal, si se declarase la quiebra del comerciante aparente, el empresario oculto, por consecuencia legal, debería de ser obligado de responder de las deudas insolutas y no pagadas con el patrimonio del aparente, como causante de la situación de insolvencia.

La teoría de la Confusión de Patrimonios es un mecanismo corrector del régimen de responsabilidad societaria, bajo el cual no se podría imputar responsabilidad a un socio que intencionadamente hubiere confundido su patrimonio. Cuando se confundan patrimonios de diversas personas de tal suerte que sea imposible su separación, la legislación deberá considerar al patrimonio confundido como la masa activa que debe responder a los acreedores, sin que con ello se vea afectada la personalidad jurídica de las empresas involucradas. Con esta teoría de la consolidación patrimonial se supera a la de la extensión de la quiebra o del concurso que tiene graves implicaciones, como sería el llevar a concurso o quiebra a empresas que no se ubiquen en el supuesto jurídico del estado de cesación de pagos.

La consolidación patrimonial no debe ser automática, sino que debe estar sujeta a la existencia de factores o elementos establecidos en el régimen de insolvencia.

Los actos fraudulentos cometidos por el comerciante sujeto a concurso y los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor, se puede concluir respecto de la Ley Concursal Mexicana que:

- a) Es protectora de los acreedores en contra de actos fraudulentos cometidos por el comerciante y las personas con él relacionadas que identifica la propia ley, salvo que se acredite la buena fe;
- b) Los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor no se postergan. Siguen la misma suerte que cualesquier otro crédito de acreedores terceros;
- c) Los acreedores de buena fe y que tienen un vínculo estrecho con el deudor pueden ejercer su derecho de voto (salvo cónyuge, concubina o concubinario que no serán considerados como acreedores), sin ninguna limitante, lo que no es viable bajo otras legislaciones que ya han sido analizadas que sí limitan el derecho de voto.

Se debe reformar la ley concursal mexicana para incluir como personas especialmente relacionadas o vinculadas con el concursado o quebrado a las empresas que, por cualquiera de las formas reguladas y reconocidas por la ley, resulten formar parte de un mismo Grupo Empresarial, estableciendo las consecuencias jurídicas respecto de, cuando menos, los siguientes actos:

- i) Actos realizados dentro del “periodo sospechoso”;
 - ii) La subordinación de sus créditos;
 - iii) La limitación de su derecho de voto en el convenio concursal para evitar la afectación en perjuicio de terceros;
 - iv) La necesaria de autorización judicial para la adquisición de bienes en la quiebra;
- y
- v) La prohibición para actuar como visitadores, conciliadores o síndicos.

La ley concursal mexicana prevé el concurso de las sociedades controladoras y sus controladas, estableciendo que se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada dichos procedimientos, sin regular los efectos jurídicos procesales de dicha acumulación. Esto es, no regula dicha legislación ninguno de los siguientes efectos de la acumulación procesal:

- i) La necesaria coordinación procesal;
- ii) La designación de especialistas en concursos mercantiles comunes (visitador, conciliador o síndico);
- iii) La necesaria comunicación entre especialistas concursales;
- iv) Los efectos de la acumulación frente a los acreedores involucrados;
- v) La celebración de audiencias conjuntas, que permita maximizar el valor conjunto del Grupo Empresarial.

La figura jurídica de la Consolidación Patrimonial, con absoluto respeto a la personalidad jurídica de las empresas consolidadas, pretende aglutinar activos y pasivos de empresas que por su forma de actuar en la economía, han propiciado la formación de una sola masa activa, como si pertenecieran a una única entidad. En consecuencia, deberá formarse una sola masa activa de la insolvencia que responda a los acreedores.

Con el uso de esta estructura se pretende superar los conflictos generados con la aplicación de la Teoría del Rasgamiento o Develación del Velo Corporativo. Se aplica en aquellos casos en que se ha formado una masa común de activos y pasivos, derivada de la propia actuación de las empresas involucradas y en donde se hace difícil, casi imposible, la separación de los activos y pasivos que corresponden a cada una de ellas. Se pretende beneficiar a los acreedores y en algunos casos, también en beneficio del salvamento de las deudoras propiciando su reestructuración financiera.

Se considera que la Consolidación Patrimonial o material, no es una forma de extensión de la quiebra, aunque se puede dar el caso de ciertos regímenes que extiendan la quiebra y que tal medida tenga como consecuencia la consolidación de activos y pasivos.

En la medida que en México se siga madurando el concepto y la naturaleza jurídica que implica la actuación en los mercados de los Grupos Empresariales y sus repercusiones en el mundo del derecho, a la par de que los tribunales asimilen y apliquen el control difuso de la constitución, la protección de los derechos humanos y la ponderación de principios de derecho, pudiendo incluso desaplicar en ciertos casos el derecho positivo, se estará mejor preparados para introducir esta institución de la Consolidación Patrimonial en el sistema de derecho mexicano y sobre todo de administración de justicia.

La figura jurídica de la subordinación crediticia presupone una modificación del orden de prelación entre los acreedores, que no influye en la validez o la legalidad de sus créditos. La deuda subordinada, sigue siendo deuda. Sólo pretende, en ciertos casos, que los créditos subordinados sean pagados al final y una vez cubiertos el resto de los créditos.

Por no encontrarse prevista la consolidación en el derecho concursal mexicano, se propone la adopción en México de un sistema de subordinación legal, no automático, condicionado en todos los casos a la concurrencia de conductas ventajosas, fraudulentas o ilícitas, encuadradas en los parámetros objetivos que se observen en la propia ley y que permitan al juez del proceso concursal decidir con base a un sustento legal los casos en los que procede la subordinación, cumpliendo el propósito de otorgar seguridad jurídica a todas las partes.

Se propugna por una reforma a la legislación concursal mexicana que limite el derecho a voto en los convenios de las personas relacionadas con el concursado,

con independencia de la postergación de sus créditos en los casos en que ésta sea procedente.

3. Conclusión.

Es claro que los acontecimientos políticos han influido en la creación y en la metamorfosis de los modelos empresariales.

Con el advenimiento de la economía de mercado capitalista, las empresas fueron extendiendo su influencia, ya no sólo en materias de producción de bienes o tenencia de tierra, sino al campo financiero, comercial, crediticio incluso al político.

A través del tiempo, la empresa no ha sido solamente un actor más en los modelos de organización económica, financiera, productiva o tecnológica, sino que se ha ido convirtiendo en su principal protagonista.

Por tanto, los eventos políticos, sociales y económicos, han influido enormemente en el comportamiento de las empresas que se han ajustado a las necesidades de la época. En la era contemporánea, las empresas siguen evolucionando juntamente con los acontecimientos económicos, políticos, sociales y culturales actuales e incluso provocan el cambio.

Es menester que, el Derecho avance conforme a los tiempos y no se quede rezagado en relación a los cambios que impone realidad económica, pues de lo contrario, sus instituciones quedarán obsoletas, dando origen a una serie de lagunas y vacíos legales, como es el caso del derecho mexicano en relación al actual modelo de empresa que funciona en Grupos Empresariales, imponiendo nuevas condiciones de mercado y contractuales que es necesario regular para garantizar como fin último del derecho la paz social.

Queda claro que la empresa contemporánea estructurada en Grupos, ha ido sentando sus bases desde hace varios siglos y se ha adaptado a los cambios

económicos, políticos y sociales, garantizando así su supervivencia, su crecimiento y su influencia.

Los grupos empresariales son una realidad relativamente novedosa, en el sentido de que si bien han ido forjándose desde hace siglos, en la actualidad han tomado unas dimensiones sin precedentes por su importancia en el desarrollo económico y sus nuevas y diferentes formas de organización, por lo que es necesario que los Grupos Empresariales sean regulados por el Derecho mexicano.

Si bien es cierto que, la ciencia económica es la que más ha analizado el funcionamiento de los Grupos Empresariales, es menester que el Derecho se ocupe de ellos, toda vez que utilizan estructuras jurídicas a veces complejas, que dificultan su tratamiento y regulación por el derecho positivo.

El Derecho es el único instrumento que tienen el Estado y los gobernantes para equilibrar las dispares fuerzas económicas y lograr el equilibrio de los diversos factores de la producción, los especialistas en derecho se deben involucrar en trabajos e investigaciones multidisciplinarias (contabilidad, fiscal, administración de empresas, financiera, economía, marketing, publicidad, etc.), a efecto de entender, identificar y coadyuvar a la regulación jurídica de los Grupos Empresariales en beneficio de una sana competencia que permita un equilibrado desarrollo del mercado.

La teoría de la personalidad jurídica de las empresas que conforman Grupos Empresariales no debe ser pretexto para favorecer el abuso del Derecho.

La personalidad jurídica propia de las sociedades se sigue manteniendo, sin embargo, hoy en día probablemente la pequeña empresa privada sea el único tipo de empresa organizado como sociedad independiente, ya que la mayoría de las grandes empresas están organizadas a manera de grupos.

Se considera superada la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo como una forma de eliminar el escudo que representa la conformación de la persona jurídica independiente de la personalidad de los socios, para poder imputar a éstos últimos su grado de responsabilidad personal en aquéllos comportamientos abusivos y fraudulentos en perjuicio de terceros.

Ante las dificultades fácticas y legales para acreditar en juicio la mala fe con que actúan los accionistas ocultos, resulta preferible acudir a las bondades de la teoría del *Enterprise Law* que, eliminando las dificultades del develamiento del velo corporativo, imputa responsabilidades directas a los socios y accionistas cuando actúan como un Grupo de Interés Económico o, como se les denomina en este trabajo, como un Grupo Empresarial.

Bien sea por reconocimiento expreso de la ley, por voluntad contractual o aun de *facto*, las empresas y empresarios que actúen con un sentido de unidad económica, deben ser reconocidos legalmente en México como Grupos Empresariales y darles efectos jurídicos *ad hoc*.

BIBLIOGRAFÍA

- C. MÉJAN, Luis Manuel, Concursos mercantiles: ayuda de memoria, Editorial Oxford, México 2011, pp. 483.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, Concursos Mercantiles. Doctrina, Ley, Jurisprudencia, Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 427.
- CASTILLO LARA, Eduardo, El concurso mercantil y su proceso, Editorial Oxford, México, 2007, pp. 513.
- CERVANTES MARTÍNEZ, J. Daniel, Tratado de los concursos mercantiles en México, Ángel Editor, 2002, pp. 469.

- SANROMÁN MARTÍNEZ, Luis Fernando, Concursos Mercantiles, Editorial Porrúa, México, 2010, pp. 316.
- BUCIO ESTRADA, Rodolfo y Casasa Araujo Aldo, Concursos Mercantiles, Editorial Porrúa, México, 2006, pp. 266.
- HAMDAN AMAD, Fauzi, Derecho concursal mexicano, Editorial Oxford, México, 2011, pp. 197.
- JUÁREZ HORTA, Luis Eduardo, La inconstitucionalidad de los concursos mercantiles, Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 209.
- BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, 21ª edición, México 2009, pp. 731.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Obligaciones, Editorial Porrúa, 7ª edición, México 1998, pp. 613.
- CERVANTES MARTÍNEZ, Jaime Daniel, Diccionario Jurídico en materia de Quiebras y Suspensión de Pagos, Editorial Porrúa, México 2002, pp. 234.
- ACOSTA ROMERO, Miguel, Manual de Concursos Mercantiles y Quiebras, Editorial Porrúa, México 2001, pp.134.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, Editorial Porrúa, 12ª edición, México 1994, pp.432.
- EUGENE PETIT, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Porrúa ,3ª edición, México 1986, pp.717.
- HUERTASANCHEZ NOGUERA, Miguel A. La Suspensión de Pagos, Editorial Porrúa, México 2000, pp.367.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho de Quiebras, Editorial Herrero, México 1975, pp.246.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial Cárdenas, México 1991, pp.356.
- AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil, Editorial Porrúa, México 1989, 9ª edición, pp.890.

- VIGO, Rodolfo Luis. "De la Ley al Derecho". Editorial Porrúa. México. 2005. pp.365
- UNCITRAL. Tercera Parte de la Guía Legislativa. New York 2012pp. 136.
- JENNEMANN, KAREN S. United States Bankruptcy Judge. In re LOUIS J. PEARLMAN, et al. "Second amended memorandum opinion granting substantive consolidation of the joint debtors ' estates." pp.784 United States Bankruptcy Court. Middle District of Florida. Orlando Division.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl citado por GARCÍA RENDÓN, Manuel. "Sociedades mercantiles". Editorial Oxford. 2006, pp.427
- GARCÍA VELASCO, Gonzalo. "Persona jurídica. Doctrina y legislación mexicana." Editorial Porrúa. México. Universidad Panamericana. México, 2009, pp.710.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. "Levantamiento del velo de las personas jurídicas." Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 699, Enero - Febrero 2007. Editorial Vlex. Fuente electrónica Id. vLex: VLEX-363846.
- CALVO MEIJIDE, Alberto; QUIROGA DE ABARCA, José María, BAQUERÍN ALONSO, Carlos. "Instituciones de Derecho de Empresa" Madrid: Editorial Dykinson. 1997. pp. 131.
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1984, pp.1416.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1987, pp. 580.
- HAMDAM AMAD, Fauzi, Derecho Concursal Mexicano, Editorial Oxford, México 2011, p. 24.
- 1 Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, Volumen II, Editorial Porrúa, México 2004 pp. 373.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, Editorial Porrúa, México 1994, p.64.
- Ley de Concursos Mercantiles, H. Congreso de la Unión, México, 2014.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, H. Congreso de la Unión, México, 2014.
- Código de Comercio, H. Congreso de la Unión, México, 2014.
- Ley para Regular a las Agrupaciones Financieras, H. Congreso de la Unión, México, 2014.
- Ley Federal de Competencia Económica, H. Congreso de la Unión, México, 2014.
- Código Fiscal de la Federación, H. Congreso de la Unión, México, 2014.
- Ley del Impuestos Sobre la Renta, H. Congreso de la Unión, México, 2013.
- Ley General de Sociedades Mercantiles, H. Congreso de la Unión, México, 1934.
- Código Penal Federal, H. Congreso de la Unión, México, 2014.