

**LOS GRUPOS DE EMPRESAS:  
OPERACIÓN NACIONAL O MULTINACIONAL,  
Y PROCESOS DE INSOLVENCIA EN  
MÉXICO 2000-2008**

**Tesis que para obtener el grado de Doctor en Administración  
Presenta  
Judith Saldaña Espinosa**

**Director de Tesis:  
Dr. Juan Alberto Adam Siade**

**Facultad de Contaduría y Administración  
Universidad Nacional Autónoma de México  
2008**



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.

# LOS GRUPOS DE EMPRESAS: OPERACIÓN NACIONAL O MULTINACIONAL, Y PROCESOS DE INSOLVENCIA EN MÉXICO 2000-2008

## ESQUEMA GENERAL

INTRODUCCIÓN	i
Capítulo 1. INTERÉS Y PENSAMIENTO EN EL TEMA	1
Capítulo 2. LOS CONCURSOS MERCANTILES	33
Capítulo 3. CONCURSOS MERCANTILES DE GRUPOS	37
Capítulo 4. INTERÉS INTERNACIONAL	53
Capítulo 5. EMPRESAS Y OTRAS PARTES RELACIONADAS	99
Capítulo 6. LAS EMPRESAS FÉNIX	125
Capítulo 7. HISTORIA COMPARADA DE QUIEBRAS INTERNACIONALES	137
Capítulo 8. HISTORIA COMPARADA DE QUIEBRAS NACIONALES	193
Conclusiones	209
Apéndice	221
Índice de talas e ilustraciones	239
Bibliografía	241

## ÍNDICE

	Página
<b>INTRODUCCIÓN</b>	i
Preguntas de investigación	ii
Supuesto	iii
Metodología	iii
Objetivo principal	iii
Método para cimentar la teoría	iv
Marco teórico para investigar quiebras de grupos	iv
Objetivos secundarios	v
Motivos	viii
Estructura de la tesis	viii
Principales conclusiones	x
<b>Capítulo 1. INTERÉS Y PENSAMIENTO EN EL TEMA</b>	
Marco teórico	1
Historicismo en economía	1
Siete autores	5
Teoría de Lazonick	6
Grupos de empresas 1890-1991	8
Análisis histórico comparado de 3 casos	16
Grupos de empresas en el siglo XXI	21
Japón: Nuevas prácticas comerciales y oportunidades	24
<b>Capítulo 2. LOS CONCURSOS MERCANTILES</b>	32
Objetivos	33
Procedimiento de concurso mercantil	33
Incumplimiento de pago	35
Teoría de la masa	35
La administración en la Ley de Concursos mercantiles	36
Auditoría concursal	36

### **Capítulo 3. CONCURSO MERCANTIL DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS**

Marco legal de los grupos	37
Ley para Regular las Agrupaciones Financieras	38
Grupos de empresas en la Ley de Concursos Mercantiles	43
Grupo de empresas en la teoría de sistemas	48

### **Capítulo 4. INTERÉS INTERNACIONAL**

Comisión de la O. N. U. para el Derecho Mercantil Internacional	53
Glosario	53
Grupos de sociedades	57
Procedimientos de insolvencia a grupos en el ámbito nacional	65
Procedimientos de insolvencia en el ámbito internacional	80
Visión de la legislación europea sobre la insolvencia	93
Los inversionistas internacionales	96

### **Capítulo 5. EMPRESAS Y OTRAS PARTES RELACIONADAS**

Conceptuación	99
Grupos de empresas	99
Otras partes relacionadas	101
Transacciones entre relacionadas	105
Precios de transferencia	107
Asesoría, derechos y regalías	107
Limitaciones legales de las transacciones	108
Conflicto de intereses	108
Auditoría concursal	111
Tareas de los especialistas	114
Interés mundial en las partes relacionadas	122

### **Capítulo 6. LAS EMPRESAS FÉNIX**

Intenciones y acciones	125
El mito	126
Dos empresas fénix	126
Una historia inglesa	129
Interés internacional en las empresas fénix	130
Detección. Dimensionamiento. Consecuencias económicas	131
Condiciones propicias	132
Combate	133

## **Capítulo 7. HISTORIA COMPARADA DE QUIEBRAS INTERNACIONALES**

Grupos multinacionales	139
El caso Parmalat	140
Información	140
Explicación financiera	147
Repercusiones jurídico-administrativas	151
Crisis de empresa, crisis de reglas	156
La saga de Enron	162
La noticia reciente	162
Hitos del grupo Enron	164
Fuerza de Tarea de Fraude Empresarial del Presidente	169
Explicación contable y revelación financiera	173
La auditoría del grupo Enron	177
Enmiendas legales y prácticas	178
Gobierno corporativo, Sarbanes-Oxley Act	179

## **Capítulo 8 HISTORIA COMPARADA DE QUIEBRAS NACIONALES**

Introducción	193
Equipos Electrónicos, S. A. de C. V.	194
Autopiezas, S. A. de C. V.	201

<b>CONCLUSIONES</b>	209
---------------------	-----

Apéndice	221
----------	-----

Índice de tablas e ilustraciones	239
----------------------------------	-----

Bibliografía	241
--------------	-----



## LOS GRUPOS DE EMPRESAS: OPERACIÓN NACIONAL O MULTINACIONAL, Y PROCESOS DE INSOLVENCIA EN MÉXICO, 2000-2008

### *Introducción*

En esta introducción, se define la investigación en cuanto a los planteamientos básicos para realizarla; en primer lugar el problema, las preguntas de investigación, los objetivos y las hipótesis de trabajo, así como la metodología empleada.

En el mundo nos hemos encontrado con quiebras de grupos empresariales que por sus enormes efectos de deterioro económico han provocado escándalos que no podemos ignorar.

En un principio, la problemática que intentó abordar esta tesis doctoral fue la referente a predecir y evitar en lo posible el fenómeno de la quiebra de grupos de empresas. Cuando se intentó desarrollar el estado del arte se buscó un cuerpo teórico de conocimiento acerca de la materia y lo único que se encontró fueron las preocupaciones de las autoridades en diversos países y de varios organismos internacionales respecto a lo que les ha pasado a los grupos insolventes y a sus enormes efectos en las economías domésticas y en el mercado internacional.

Se observaron y registraron los esfuerzos aislados en el ámbito internacional para aliviar, más no para prever las quiebras de los grupos empresariales, entre otras cosas, por los intereses creados tan fuertes, como los de los administradores profesionales de las organizaciones, con interés personal por encima, en muchos casos, del interés general empresarial; también los intereses de los intermediarios financieros, de las firmas calificadoras de valores, de los agentes de bolsa y de los mismos empresarios.

El problema que se observa es que todo ha sido visto y analizado después de que ocurren los desastres, cuando lo importante sería que, con base en un fundamento teórico, se pudiera construir un sistema de mecanismos eficaces de prevención y supervisión.

Una vez que se intentó desarrollar el estado del arte mencionado, tanto nacional como internacional buscando encontrar la forma de predecir y evitar el fenómeno de la insolvencia de los grupos mercantiles, se determinó que no existe un cuerpo de conocimiento relacionado con la insolvencia de los grupos de empresas que nos permita predecir y evitar el fenómeno de las quiebras.

Ante esta problemática se plantearon las siguientes preguntas de investigación:

## ***Preguntas de investigación***

### **Pregunta principal**

- ¿Cómo iniciar y cimentar una teoría de insolvencia de los grupos de empresas?

### **Preguntas secundarias**

- ¿Cuál es el estado del arte en la investigación sobre quiebras de grupos en el ámbito mundial?
- ¿Cómo establece esta investigación la validez de la teoría de insolvencia de los grupos de empresas?
- ¿Qué método emplear para integrar un cuerpo de conocimiento que nos permita prever las quiebras de los grupos empresariales?
- ¿Cómo detectar los momentos de crisis financiera y explicar los rasgos comunes de casos de grupos heterogéneos?
- ¿Cuáles son las lecciones que nos deja el pasado estudiado con metodología de la historia comparada?

## ***Objetivos de la investigación***

### **Objetivo principal**

- Determinar cómo iniciar y cimentar una teoría de insolvencia de los grupos de empresas.

### **Objetivos secundarios**

- Analizar cuál es el estado del arte en la investigación sobre quiebras de grupos en el ámbito mundial.
- Determinar la validez de la teoría de insolvencia de los grupos de empresas que propone esta tesis.
- Analizar qué método emplear para integrar un cuerpo de conocimiento que nos permita prever las quiebras de los grupos empresariales.
- Conocer cómo detectar los momentos de crisis financiera y explicar los rasgos comunes de casos heterogéneos.
- Analizar cuáles son las lecciones que nos deja el pasado estudiado con metodología de la historia comparada.

## **Supuesto**

Dado que no existe un cuerpo teórico integrado, para iniciar y cimentar una teoría de insolvencia de los grupos de empresas se requiere definir claramente lo que es un cuerpo teórico y partiendo de cero recopilar los fenómenos y estudiarlos, con el propósito de detectar factores y comportamientos organizacionales repetitivos que le den soporte a conclusiones preliminares que sean el punto de partida para la detección temprana de síntomas de malestar financiero previo a las quiebras en los grupos empresariales.

## **Metodología**

La metodología se presenta explicando los pasos que se siguieron para lograr cada objetivo y con ello dar respuesta a cada pregunta, por lo cual en este orden aparecen las explicaciones siguientes.

## **Objetivo principal**

- Determinar cómo iniciar y cimentar una teoría de insolvencia de los grupos de empresas.

Este objetivo principal fue surgiendo después de definido el tema e iniciada la búsqueda, ante la dispersión de la información y la dificultad para encontrarla, por lo cual decidimos restringir esta tesis a ser principio de una investigación más amplia que se continuará sobre las bases sólidas y organizadas que ofrece.

Contribuye al objetivo principal, la formación del cuerpo de conocimiento sobre las quiebras de los grupos de empresas, entendido como el conjunto articulado y exhaustivo de los estudios, escritos y textos especializados sobre el tema y casos de estudio, reunidos con el propósito de crear una fuente de información para los investigadores y otros interesados. Este cuerpo de conocimiento se irá enriqueciendo en un proceso de validación, depuración y acumulación que, a su vez, provoque nuevas investigaciones.

Consideramos que la existencia del cuerpo de conocimiento sobre los grupos de empresas insolventes, y sus procesos, será crítica para el desarrollo de modelos que permitan prever los problemas financieros graves, y mejorar la administración y la vigilancia de los grupos de empresas en beneficio de los inversionistas, los trabajadores y la sociedad en su conjunto.

Se busca contribuir a que los estudiosos de las finanzas, los especialistas, los estados y los organismos nacionales e internacionales, desarrollen formas de supervisión eficaces y de bajo costo que eviten los desajustes que dañan sobre todo a los pequeños inversionistas, e induzcan cambios en la corriente del individualismo a costa de la sociedad en la cual la falta de pago de las obligaciones pecuniarias deteriora la confianza social y da mal ejemplo. También se quiere dar a conocer cómo han sido administrados los grupos de empresas que han quebrado, para cimiento de la investigación futura orientada a buscar formas de desarrollarlos con finanzas sanas a corto y largo plazos. El saneamiento de los grupos de empresas con dificultades de liquidez – antes de que caigan en quiebra – es proceso privado pero de interés público.

## *Método para cimentar la teoría*

Por teoría de la insolencia de los grupos de empresas, vamos a entender <sup>1</sup> el conjunto de enunciados, reglas, conceptos, símbolos y conocimientos que permitan describir, explicar y predecir objetivamente la estructura (constitución) y comportamiento (movimientos y evolución) del fenómeno socioeconómico de los consorcios o familias de empresas, que resulten de observar, medir, registrar, analizar e interpretar las regularidades y generalizar en la forma de reglas y leyes.

Para ello, nos imbuimos en el proceso de conocer mediante rigurosa observación del objeto 'grupos de empresas', con método fenomenológico buscando su más completa descripción, explicación e interpretación. Seguimos la definición de método fenomenológico de Hessen, en cuanto a "aprender los rasgos esenciales y generales del fenómeno mediante autorreflexión de lo que vivimos" respecto a los problemas de los grupos de empresas. Buscamos "aprehender la esencia general del fenómeno concreto, sin describir el proceso ni establecer lo propio de un conocimiento determinado, sino lo esencial a su conocimiento, explicando en qué consiste su estructura general." Nos limitamos a la descripción del fenómeno, tal como lo aplica Hessen, de que "la fenomenología sólo puede mostrar la efectiva realidad de la concepción natural pero no decidir sobre su justeza ni verdad. Este método nos condujo al problema aunque sin resolverlo, lo cual postergamos para un esfuerzo posterior ya que, como dice el autor, "la descripción fenomenológica puede y debe descubrir los problemas que se presentan en el fenómeno del conocimiento y hacer que tomemos conciencia de ellos."<sup>2</sup>

La investigación inició con la intención de integrar un marco teórico, en un esfuerzo disciplinado de recopilar conocimientos pertinentes, completos y coherentes, aunque sin llegar a formar una teoría cabal, debido a algunas inconsistencias o experiencias aducidas en contrario, pero que estuvimos dispuestos a aceptar mientras se encuentra una mejor teoría. Fue así como determinamos el estado del arte, recopilando lo conocido y lo construido por otros, estableciendo conexiones de conceptos y de logros aislados, de manera que el conjunto que ofreciera esta tesis fuera congruente y útil.

En otras palabras, nuestras propuestas de cimientos para la teoría de la quiebra de grupos de empresas buscan sustentación por razones objetivas, por motivos de interés/experiencia y por antecedentes indagados, tal como pide Villoro que se expliquen las creencias para que puedan convertirse en conocimientos.<sup>3</sup> Así, nuestras ideas se fundamentan y consolidan con las aportaciones que han hecho otros investigadores, a lo largo del siglo pasado y hasta la época actual.

## *Marco teórico para investigar las quiebras de grupos*

El capítulo uno expone el marco teórico que construimos para buscar las respuestas a los interrogantes de las quiebras de grupos. Por tratarse de empresas mercantiles, emprendimos la búsqueda en el campo de la economía y seguimos la pista a los estudios interesados en las formas en que la sociedad organiza la producción, distribución, con-

---

<sup>1</sup> Siguiendo las ideas acerca de 'teoría' de Heinz Dieterich, *Nueva guía para la investigación científica* (1996).

<sup>2</sup> Hessen, Johan, *Teoría del conocimiento*, Espasa Calpe Mexicana, 15ª. edición, México 1980.

<sup>3</sup> Villoro, Luis, *Creer, saber, conocer*, Siglo XXI Editores, 16ª ed, México 2004, página 123 a 143.

sumo e intercambio de bienes/servicios pero destacando como variable importante al comportamiento humano y, como objetivo fundamental, el entender los fenómenos empresariales como resultado de dicha conducta y de los cambios e innovaciones que ha provocado en el devenir de la historia.

Caracterizamos la corriente de pensamiento del historicismo comparado, estudiando a siete autores representativos del periodo desde mediados del siglo XIX hasta el siglo XXI. Estudiamos con mayor detalle la teoría de W. Lazonick quien sigue sosteniendo que el estudio de los fenómenos económicos debe ser histórico porque los procesos internos de las empresas así como las interconexiones que establecen, están sujetos a cambio debido a: a) su propia dinámica interna; b) cambios en la política pública; y, c) el surgimiento de competencia internacional.

### **Objetivos secundarios**

- Analizar cuál es el estado del arte en la investigación sobre quiebras de grupos en el ámbito mundial.

Este objetivo fue establecido para dar respuesta a la pregunta secundaria de: ¿Cuál es el estado del arte en la investigación sobre quiebras de grupos en el ámbito mundial?

Para responderla, nos dimos a la tarea de revisar críticamente los escritos disponibles sobre el tema y de exponer con claridad los aspectos pertinentes. Después buscamos interrelacionar los puntos de vista congruentes para obtener la visión panorámica de qué ha pasado y que está pasando con las quiebras de consorcios en el mundo y qué se ha pensado acerca de ellas. El resultado final es el “marco teórico” estructurado en el capítulo 1.

Buscamos información de primera mano y encontramos que las quiebras, dada su connotación negativa y de fracaso, es un tema del que poco se habla y menos aún se escribe. Fuimos encontrando información y revisándola críticamente, a manera de acumular los escritos disponibles sobre el tema, destacar los aspectos de mayor interés e ir contrastando las ideas respecto a cada subtema. Fue de particular ayuda la información en la “red electrónica” pues es el medio idóneo para seguir a gran velocidad los acontecimientos mundiales respecto a los grupos de empresas que ocurren también velozmente; pero, sobre todo, es la información sin restricciones y sin censura de especie alguna. Finalmente, logramos interrelacionar los diferentes puntos de vista para integrar el todo congruente de los capítulos 3 al 6, los cuales dan la visión panorámica de qué ha pasado y que está pasando con las quiebras de consorcios en el mundo y qué se ha pensado acerca de ellas.

- Determinar la validez de la teoría de insolvencia de los grupos de empresas que propone esta tesis.

Comenzamos por el estudio de eventos particulares: un grupo de empresas, otros grupos de empresas, una quiebra, pocas quiebras; a sabiendas de que el árbol puede ocultar el bosque y de que es difícil reconocer la organización de un conjunto que se observa muy de cerca. Procuramos mantener objetividad y juzgar desapasionadamente

los comportamientos de los protagonistas, tanto de las personas como de las entidades mercantiles, de los gobiernos y de los organismos internacionales.

Encontramos reiteración en los comportamientos, repetición de esquemas, presencia de síntomas similares y consecuencias parecidas, en distintos grupos, distintos países y distintas culturas, que habrá que seguir investigando para llegar a la exposición de la teoría de la insolvencia de grupos de empresas con validez comprobable en investigaciones independientes.

De las dos maneras fiables de establecer la validez de una teoría científica: la de verificar una predicción en el tiempo y que el acontecimiento anunciado se produzca efectivamente en la fecha anunciada; y, la de aplicar la teoría a casos diferentes a aquéllos que se utilizaron para establecerla, optamos por la segunda.

Para esta tesis, restringimos el campo de validación a sentar bases sólidas para investigar sobre nuestro objeto de estudio que hemos definido y que resulta reconocible e inquietante para otros investigadores en el ámbito financiero, de la administración, de las relaciones industriales, etc. Además, nos hemos permitido conclusiones que no encontramos en fuente alguna de las consultadas, y hemos creado un cuerpo de conocimiento que puede ser científicamente útil ya que reunimos y correlacionamos de manera orgánica las preocupaciones y opiniones de otros sobre el mismo tema. Por último, ofrecemos nuestros resultados como avance del conocimiento en el tema, con efectos potencialmente favorables en la economía de los distintos países y en la fluidez de la economía mundial.

Entonces, para la pregunta ¿cómo establece esta investigación la validez de la teoría de insolvencia de los grupos de empresas?, tenemos la respuesta de que la historia tiene mucho que enseñarnos cuando estudiamos las quiebras ocurridas a los consorcios y nos esforzamos por confrontar los datos encontrados, buscar formas de comprobación, detectar las discrepancias e investigarlas hasta el fondo. El método consiste en el estudio de eventos particulares aunque sin perder de vista el conjunto, y de que la recopilación de hechos objetivos tiene por objeto el extraer abstracciones y tratar de mostrar lo contrario a lo que nos propusimos demostrar; esto es, que no hay repeticiones ni rasgos comunes en las conductas detectadas en los casos de quiebra estudiados. Sin embargo, ya dijimos al hablar de los objetivos, que encontramos reiteración en los comportamientos, esquemas, etc.

El campo de validación de esta tesis, quedó restringido a sentar bases sólidas para investigar sobre los problemas financieros de los grupos de empresas, que acaban repercutiendo en la administración y otras disciplinas.

- Analizar qué método emplear para integrar un cuerpo de conocimiento que nos permita prever las quiebras de los grupos empresariales.

Un método de investigación es proceder por aproximaciones sucesivas e ir avanzando hacia descripciones cada vez más finas, para lo cual se puede empezar estudiando

los epifenómenos <sup>4</sup>, las analogías (con temas de otras ciencias en que se apoya la administración) y los términos finales de las series. En la búsqueda de la respuesta, partimos de lo concreto y tratamos de ir afinando los conceptos y medidas de la diversidad de hechos de las quiebras, buscar repeticiones y definir las variables más influyentes.

El método para integrar un cuerpo de conocimiento que nos permita pronosticar las quiebras de los grupos empresariales consistirá en desarrollar un modelo que permita predecir los resultados financieros de los grupos de empresas a corto y largo plazos. De hecho, tenemos el modelo para saber si una empresa individual está o no en incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago, basado en la Ley de Concursos Mercantiles,<sup>5</sup> el cual es un tema de referencia. Está pendiente la compilación de datos para construir el modelo idóneo a los grupos de empresas y probarlo.

- Conocer cómo detectar los momentos de crisis financiera y explicar los rasgos comunes de casos heterogéneos.

Cuando los administradores no previnieron o previnieron pero sin suficiente efectividad, habrá que reconocer los malestares financieros del grupo de empresas por sus síntomas, con el doble enfoque: deductivo, a partir de los efectos de entropía en el sistema llamado grupo de empresas; e inductivo, a partir de los indicios o pequeñas señales financieras de alarma porque algo no está funcionando bien. Una vez detectado el problema, aplicar todas las acciones que lleven en dirección opuesta al modelo del 'Patrón de problema y alivio en grupos empresariales' que encontramos según esta tesis, ya que tal alivio puede ser indeseable e injusto.

La pregunta ¿cómo detectar los momentos de crisis financiera y explicar los rasgos comunes de casos heterogéneos?, está íntimamente relacionada con la anterior y dependerá del modo que se logre hacer, para tener un instrumento que permita advertir a tiempo las dificultades y contingencias. Lo ideal será tener modelos para uso interno de los administradores del grupo de empresas, pero otros más para las autoridades vigilantes y hasta para las firmas calificadoras de valores, de manera que cada uno tuviera la información apta en el momento oportuno. Asimismo, es necesaria la formulación de modelos para que los inversionistas tuvieran idea de los riesgos y efectos de sus inversiones en los diferentes grupos de empresas.

- Analizar cuáles son las lecciones que nos deja el pasado estudiado con metodología de la historia comparada.

Las quiebras de consorcios estudiadas en esta tesis mediante el método de la historia comparada, buscando abarcar el problema en su conjunto y complejidad aunque sin extraer principios generales, se comportan según el "Patrón de problema y alivio en grupos empresariales" con las etapas: problemas del entorno y/o errores de adminis-

---

<sup>4</sup> Tomo el término de la psicología, para llamar epifenómeno al fenómeno accesorio del que nos interesa estudiar, o que incidentalmente lo acompaña y, aunque no tenga influencia sobre él ni forme parte de él, da indicios de su comportamiento pues ocurre en su presencia. (Ejemplo: el sueño es epifenómeno de los eventos bioquímicos y neurológicos que ocurren).

<sup>5</sup> Capítulo 2. Saldaña Espinosa Judith, *Concursos Mercantiles*, páginas 97 a 99 del libro.

tración, abusos en empresas o en manejo de los valores, quiebras y escándalos financieros, opinión pública inquieta, nuevas reglas de institutos privados, intervención del Estado con nuevas leyes, algunos castigos y, luego, olvido... y se reinicia.<sup>6</sup>

¿Cuáles son las lecciones que nos deja el pasado estudiado con metodología de la historia comparada? Las lecciones son de distinta índole: económica, financiera, administrativa y ética. La lección principal es que las quiebras de los consorcios son, en general, susceptibles de pronóstico y prevención. Inclusive, la lección que se deriva de las empresas fénix tratadas en el capítulo seis de esta tesis, es que se pueden planear. Una vez declarada la quiebra, los comportamientos siguen, hipotéticamente, el 'Patrón de problema y alivio de grupos empresariales'.

### **Motivos**

El desarrollo económico y social de los pueblos destacados, incluye el fenómeno predominante de las empresas que operan en grupo, con diferentes formas de gestión y en diversos entornos, pero teniendo en común las fuerzas integradoras que los administradores coordinan generando enorme sinergia y ventajas de mercado. Sin embargo se ha observado que tanto mayor ha sido su ascenso y dominio, cuanto mayores pueden llegar a ser los efectos de los problemas causados por la adversidad del entorno o por los errores, limitaciones o desviación de sus administradores.

### **Estructura de la tesis**

Recopilamos en una estructura congruente, las preocupaciones en torno al tema en México y en los demás países, así como en organismos internacionales pertinentes.

El capítulo 1 se refiere al marco teórico y estado del arte en cuanto al interés que suscita este tema de actualidad. Se ocupa de la corriente de pensamiento del historicismo en economía y esboza el de siete autores en un periodo que abarca desde fines del siglo XIX hasta el 2008. Después se ocupa del trabajo específico de William Lazonick estudiando la economía con el método del historicismo comparado de 1890 a 1991, su teoría del desarrollo capitalista y el papel decisivo que han tenido los grupos de empresas para impulsarlo. Se estudia la comparación que hizo de los tres países que, en diferentes épocas, se han colocado a la cabeza de los industrializados: el Reino Unido, Estados Unidos y Japón. Aquí se profundiza en el fenómeno de los grupos en Japón, dada la forma particular en que impulsaron su desarrollo y continúan operando. Después viene la necesaria actualización de la teoría de Lazonick de 1991 hasta el siglo XXI, particularmente los aspectos de la empresa innovadora, y la triada de instituciones que sustenta el desarrollo. Cierra el capítulo con las nuevas prácticas comerciales y oportunidades que plantea el particular funcionamiento de los grupos de empresas en Japón para los inversionistas internacionales, haciendo énfasis en la actividad comercial, el ofrecimiento de reestructuración profunda con mayor apertura, la toma de decisiones, la administración de los recursos humanos y la dirección corporativa, inclinándolas más hacia el estilo occidental.

El capítulo 2 está dedicado a explicar los procedimientos de insolvencia, llamados en México de concursos mercantiles que, en un intento de modernidad fueron introducidos con la Ley de Concursos Mercantiles de mayo de 2000, que derogó la anterior Ley de

---

<sup>6</sup> Patrón de problema y alivio en grupos empresariales. Se muestra en la página x.

Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943. El contenido del libro *Concursos Mercantiles. Enfoque administrativo, financiero y contable*,<sup>7</sup> constituye el de este capítulo, pues se ocupa de: objetivos, procedimiento de concurso mercantil, incumplimiento de pago, teoría de la masa, administración en la Ley de Concursos Mercantiles y auditoría concursal.

El capítulo 3 estudia los concursos mercantiles de los grupos de empresas, empezando por el marco legal de dichos conglomerados con disposiciones dispersas en muchas leyes y sus consecuentes duplicidades y contradicciones; y, también se ocupa de la excepción que es la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la cual abarca la constitución e integración de los grupos financieros, las responsabilidades de la controladora y las filiales e instituciones del extranjero.

El capítulo 4 entra en el estudio más a fondo del interés internacional. Se revisan los trabajos y avances de la Organización de las Naciones Unidas conforme a publicaciones muy recientes que aun se mantienen en el ámbito de sus Comisiones especiales. Se tratan los grupos de sociedades en cuanto a antecedentes, naturaleza, razones para operar sociedades en grupo, enfoques jurídicos de los grupos de sociedades, la escasa o dispersa legislación respecto a ellos y, después, los procedimientos de insolvencia de grupos de sociedades en el ámbito nacional y los particularmente complejos procedimientos de insolvencia en el ámbito internacional. Se destaca también el interés en el tema de la Comunidad Económica Europea y el que tienen los inversionistas internacionales con su dinero viajando de un país a otro en función de las ganancias, los procedimientos de insolvencia y la percepción de sesgo en los procedimientos de derecho mercantil y la percepción de los de concurso mercantil.

El capítulo 5 entra en el estudio de las empresas y las otras partes relacionadas que determinan particularidades y complejidades especialmente en los procedimientos de insolvencia, en cuanto a su conceptualización, transacciones, conflicto de intereses y polémica que despiertan, y la aplicación de la auditoría concursal.

El capítulo 6 trata un tema nuevo bajo una nueva metáfora que da a entender ciertos manejos que se han presentado en muchos países, y son las *empresas fénix*. Se ocupa de las Intenciones y acciones, del mito y de la simbolización de lo que ocurre en el mínimo de dos empresas que se requieren para que se dé el mito, la que se consume y la que resurge, con sus respectivas estrategias. Menciona casos y se ocupa del interés internacional respecto a cómo detectar el fenómeno, sus consecuencias económicas y su posible combate.

El capítulo 7 está dedicado a la historia comparada de quiebras en la experiencia multinacional, estudiando casos que han resonado en los medios de comunicación globales; y el capítulo 8 hace lo propio con casos de grupos de empresas en procedimientos de concurso mercantil en México.

Como aportación adicional de esta investigación, se incluye un apéndice que servirá de base para la generación del conocimiento ya que las lagunas que encontramos en él fueron dando lugar a las preguntas en relación con los temas cruciales.

---

<sup>7</sup> Saldaña Espinosa, Judith, *Concursos Mercantiles. Enfoque administrativo, financiero y contable. Análisis y práctica*, Editorial Gasca Sicco, México, 2005, 208 pp.

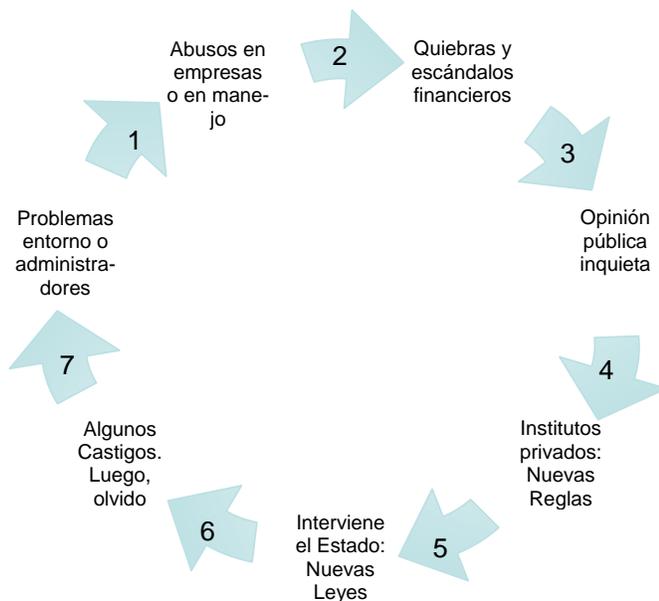
### Principales conclusiones

La conclusión principal de la tesis es la necesidad de contar con bases sólidas de teoría para el estudio sistemático de las quiebras de los grupos de empresas. Esta tesis contribuye a cimentarlas estudiando las múltiples cuestiones a que da lugar la compleja situación financiera, laboral, social y hasta política que es la quiebra de un consorcio. La formulación del problema en la pregunta “¿cómo iniciar y cimentar una teoría de insolvencia de los grupos de empresas?”, y los esfuerzos para buscar las posibles respuestas, nos llevaron a explorar campos nuevos y a reunir la información que aportamos para la integración inicial del cuerpo de conocimiento en este tema.

Al respecto, empezamos por admitir el estado imperfecto de nuestro conocimiento acerca de la quiebra de los grupos de empresas, pues disponemos de información e índices fragmentarios, y de datos numéricos no plenamente confiables. Consideramos estar en el primer paso de esta teoría, haciendo la descripción de los fenómenos y buscando apreciarlos con visión objetiva, uniforme y coherente.

La historia comparada de quiebras, limitada por ahora en cuanto a su validación, no nos dio elementos suficientes para rechazar la conjetura con la cual iniciamos esta investigación, respecto a que se dan algunas regularidades en la quiebra de los grupos de empresas, que son invariantes en el tiempo y en el espacio. La abstracción de la compleja situación de la quiebra de los grupos de empresas, a que llegamos destacando las variables pertinentes, es el “Patrón de problema y alivio en grupos empresariales” a base de etapas:

Ilust. 3 Patrón de: problema y alivio en grupos empresariales



Este diagrama es de elaboración propia, para representar gráficamente los resultados de la investigación.

En la investigación que continuará la de esta tesis, en etapa posterior, abordaremos el fenómeno remontando hacia las escalas más grandes: acumular numerosas mediciones y cifras pertinentes, buscar la distribución de los valores y tratar de acomodarlos en forma matricial. Procuraremos evitar la preocupación de los científicos respecto a que la medición perturbe al fenómeno estudiado, y el observador interfiera en su desempeño como ocurre sobre todo en las ciencias sociales. En el futuro, orientaremos el análisis de los datos hacia la validación o no de nuestra hipótesis y comprobación posterior. Trabajaremos con el doble objetivo de documentar la variabilidad de las quiebras de los grupos de empresas en un periodo largo para evaluar el impacto en la actividad humana; y también probar los diversos casos sobre regímenes completamente diferentes de lo que conocemos actualmente.

En esta tesis tratamos de establecer el marco interpretativo de la quiebra de los grupos de empresas en el mundo, combinando con espíritu generalizador los conocimientos y observaciones dispersos y nuevos que hemos recopilado, en un todo coherente. Planteamos la hipótesis de que todos los grupos de empresas tienen en común una misma estructura de base y buscaremos explicar cómo un sistema complejo sobrevive y evoluciona, y cómo ejerce efectos sobre su entorno.







## Capítulo 1

# INTERÉS Y PENSAMIENTO EN EL TEMA

### **Marco teórico**

Para buscar respuestas recurro a la teoría económica en el enfoque que estudia la manera en que la sociedad organiza la producción, distribución, consumo e intercambio de bienes y servicios, y que toma como variable clave al comportamiento humano, cambiante en respuesta a los cambios en la información disponible y en el entorno de las distintas épocas, lugares y circunstancias. Además, admite las ideas de que la mayor competencia reduce los precios al consumidor y aumenta la eficiencia de la producción; aunque también saque de la actividad mercantil a las empresas ineficientes, con el consecuente desempleo, pero buscando que los recursos sean reasignados a usos más eficientes para que, en el largo plazo, la economía sea más competitiva, los ingresos (utilidades) sean mayores y más alto el nivel de vida de la población.

Construyo el marco teórico de esta investigación sobre las ideas de mentes brillantes que desarrollaron una corriente de estudios históricos para entender los fenómenos de la economía e integraron un cuerpo de teoría y evidencia que, aunque incompleta ha contribuido a entender el mundo como es. Específicamente, es la corriente de pensamiento histórico y con enfoque en las instituciones actuantes en la economía. En la Tabla No 1 presento un resumen de dicha corriente de pensamiento y señalo los conceptos pertinentes de los siete autores más representativos.

1. Los aspectos importantes en esta corriente son el contexto histórico y las instituciones a partir del historicismo alemán que desarrolló su propia alternativa para entender la economía; el método de análisis histórico descrito por Gustav von Schmoller (1838-1917) en su libro *Outline of General Economics* (1904).<sup>8</sup>

Convencido de que la teoría económica debería encuadrarse en el análisis de las instituciones porque estas perfilan el comportamiento humano – inclusive el económico – guiado por las costumbres, tradiciones e instituciones de la sociedad.

Sostuvo que la única manera de estudiar los complejos fenómenos socioeconómicos era observar sus desarrollos históricos y estudiar los efectos causales [en oposición al estudio de teoría abstracta, universal y estática que propusieron en la economía convencional], y que la economía no podía verse en aislamiento de otros aspectos de la vida real. Sólo la investigación histórica concreta de los factores económicos, sociales, políticos y culturales, y su interrelación puede dar la comprensión completa de las condiciones económicas presentes.

Pensó que la razón y la lógica deductiva solas no podían captar la compleja realidad subyacente y descartó el concepto de economía autorregulada o regulada por el mercado y su prevaleciente armonía de intereses. Por el contrario, vio conflicto entre las

---

<sup>8</sup> “Bosquejo de Economía General” (1904) citado por Forstater Mathew en *Economics* Página 96-97.

clases sociales y creyó que esto clamaba por la intervención del estado y la reforma social, para resolverlo.

Según este autor, el desarrollo de la economía mediante las percepciones histórica y social aseguraba que la disciplina fuera pertinente y útil para resolver los complejos problemas socioeconómicos, y así los métodos de la Escuela Histórica Alemana contribuyeron al avance de la economía y la ciencia social. En dicha escuela, se creyó que la historia era la fuente clave de conocimiento acerca de las acciones humanas y las materias económicas, así como economía era específica de cada cultura, y por tanto no debía ser generalizada. Se interesó en las realidades de la economía y en cómo afectaban a los humanos, y no en los modelos matemáticos abstractos.

2. Thorstein Veblen (1857-1929) norteamericano, vivió y escribió durante la segunda revolución industrial (1871-1914), periodo caracterizado por grandes avances tecnológicos, desarrollo de la producción en masa y separación de la propiedad con respecto de la gerencia o administración de las empresas industriales. Sostuvo que la teoría económica estática no cuenta para el orden socioeconómico continuamente cambiante, y que la materia de la economía debe ser el estudio de las instituciones en su carácter evolutivo dado que su naturaleza evoluciona en el tiempo.

En su intento de identificar el QUE, el CÓMO y el POR QUÉ del cambio socioeconómico, bosquejó dos factores principales: la tecnología y las instituciones, siendo el avance tecnológico un ímpetu al cambio, en tanto que las instituciones sociales existentes pudieran ser consideradas como retrógradas en el sentido de que protegen el *status quo*. Juntas y compensadas, las fuerzas opuestas de las instituciones y de la tecnología determinaron la naturaleza del cambio socioeconómico y cultural.

El enfoque teórico de Veblen fundó el nuevo marco del análisis económico llamado Escuela de Pensamiento de la Economía Institucional o de las instituciones, con las características de: suspicacia respecto a la teoría altamente abstracta no aterrizada en la realidad, y énfasis en la pertinencia histórica y empírica.

En su análisis de la empresa distinguió entre negocio e industria, diciendo que el NEGOCIO es todo acerca del dinero y de hacer utilidades, mientras que la INDUSTRIA se distingue por la vocación del hombre por el trabajo, la 'serviciabilidad' del producto a la sociedad y la innovación.

Veblen hizo notar cómo la separación de los propietarios y de los administradores en las empresas industriales, fue en detrimento de la 'serviciabilidad' del producto hacia la comunidad. Las operaciones cotidianas de las entidades mercantiles fueron supervisadas por gerentes para quienes 'la chamba' fue carente de significado dada su habilidad para emprender y tomar a su cargo la iniciativa individual y, por tanto, fueron estorbados los instintos de la vocación del hombre por el trabajo.

3. Joseph Alois Schumpeter (1883-1950), es el gran teórico del desarrollo económico y los ciclos de los negocios, conocido por su teoría de la destrucción creativa según la cual, el efecto en los mercados de nueva y mejorada tecnología desplaza a los productos y tecnologías existentes y los vuelve obsoletos, ya que el mercado se puede cambiar con la adopción de nuevos patrones de producción y consumo.

Este autor se propuso describir las fuerzas impulsoras de los ciclos de las empresas y del desarrollo económico. Concluyó que la principal fuerza que rompe el estado estacionario de la economía, era el progreso tecnológico o la innovación, la cual

puede tener varios alcances (local, regional, nacional y global) y diversos efectos en el tiempo.

Pensó que impulsar el cambio rompía el estado estacionario de la economía, y una vez que la innovación probaba ser exitosa y se dispersaba, el sistema volvía a quedar estacionario hasta la siguiente oleada de innovación.

Vio a los empresarios como a quienes llevaban la innovación a los mercados dado su empeño de estar buscando continuamente mejores oportunidades de hacer utilidades. Dijo que sus energías creativas eran centrales para el empuje de la economía y, por lo tanto, había que considerarlos en un papel central el hacer el análisis de crecimiento económico.

Para él, la competencia digna de estudio estaba en la innovación, pues las empresas competían por lanzar nuevos productos competitivos a los mercados, mejorando la calidad de los existentes y ofreciendo nuevos servicios. Además, introducían la innovación en el sistema productivo en el que existen cinco categorías interrelacionadas, interdependientes e interactuantes, como lo indica la Tabla No 2.

Tabla 1 La innovación se da en un sistema de 5 categorías

INNOVACIÓN	Productos	Trae nuevos o mejorados bienes y servicios al mercado
	Procesos	Introduce técnicas mejoradas en los procesos de producción
	Mercados	La apertura de nuevos mercados crea nuevas oportunidades para ventas y crecimiento
	Abastecimientos	Descubrimiento de abastecimientos alternativos de los recursos naturales que apoya los requerimientos del sistema para crecimiento
	Organizativas	Incrementan la productividad y afectan la asignación de mano de obra entre sectores de la economía

Elaboración propia con base en W. Lazonick, obra citada.

4. De otro economista norteamericano, Robert Louis Heilbroner (1919-2005), autor de "Crisis of Vision in Modern Economic Thought" (1996), tomo la idea de que "la trayectoria del sistema capitalista es inseparable de a) el más amplio contexto sociopolítico dentro del cual está situada la economía; y b) los impulsos subjetivos y tendencias conductuales de agentes históricos, los cuales perfilan y son perfilados cambiando las estructuras socioeconómicas y políticas.

5. Expongo con detalle las ideas de William Lazonick, economista norteamericano, aun con vida, a las cuales dedico el resto del capítulo.

6. También amerita estudio profundo la interpretación económica neoaustriaca de Christopher L. Culp y William A. Niskanen, de la Universidad de Chicago, según la cual el mercado es proceso en constante estado de flujo, sin estados estacionarios ni cuasi estacionarios. Las expectativas acerca del estado de los negocios, actual y futuro, son siempre cambiantes como lo es el conocimiento de los actores en esos mercados. En tales expectativas, los precios de mercado cambian y funcionan como una red por la cual se comunica el conocimiento pertinente; y como un proceso de descubrimiento en

continuo movimiento que trabaja para crear la unidad y coherencia del sistema económico. Pero la velocidad de ajuste y la diseminación del conocimiento en la red de precios, dependen del alcance y escala de los mercados.

La plena fuerza de integración del mercado – dicen – se realiza cuando existen el mercado *spot* y el de futuros. La función importante de los mercados de derivados o de futuros, es propagar el conocimiento de lo que piensan que será el futuro, los participantes del mercado. Los mercados de futuros conectan e integran las expectativas respecto al futuro con las realidades del presente. El futuro es incierto pero los individuos obtienen información y conocimiento del futuro en calidad de expectativa y ajustan sus planes en concordancia. Vía el mercado de futuros, expresan sus diferentes visiones acerca del futuro, comprando y vendiendo a fecha futura. Se establece entonces una consistencia de los precios futuros con los precios *spot*, pero en constante estado de flujo.

Concluyen que la incorporación explícita de variables como el tiempo, el conocimiento y el proceso del mercado en el marco teórico de precios, es fundamental en el análisis microeconómico para explicar las estrategias de mercado y financieras de los grandes grupos de empresas.

7. Se completa el marco teórico con escritos del notable filósofo e Investigador francés, Edgar Morin, Director emérito del Centro Nacional para la Investigación Científica de Paris y Presidente de la Agencia Europea de la Cultura. De su abundante obra, cito párrafos que coinciden con los demás autores aquí citados, en que la corriente adecuada para un estudio económico es en análisis histórico comparado.

“El conocimiento especializado es una forma particular de abstracción. La especialización “abs-trae”, o sea, extrae un objeto de su contexto y de su conjunto, rechaza los lazos y las intercomunicaciones con su medio, lo inserta en un sector conceptual abstracto que es el de la disciplina compartimentada cuyas fronteras resquebrajan arbitrariamente la sistemicidad (relación de una parte con el todo) y la multidimensionalidad de los fenómenos; conduce a una abstracción matemática que opera en sí misma una escisión con lo concreto, privilegiando todo cuando es calculable y formalizable.

“La Economía, por ejemplo, que es la ciencia social matemáticamente más avanzada, es la ciencia social y humanamente más atrasada puesto que se ha abstraído de las condiciones sociales, históricas, políticas, psicológicas, ecológicas inseparables de las actividades económicas. Por eso sus expertos son cada vez más incapaces de interpretar las causas y consecuencias de las perturbaciones monetarias y bursátiles, de prever y predecir el curso económico incluso a corto plazo. El error económico se convierte, entonces en la primera consecuencia de la ciencia económica actual.”<sup>9</sup>

Todos estos autores consideran que la “perspectiva neoclásica” tiene serias limitaciones y no permite explicar el sentido de la innovación ni la actividad empresarial dinámica y compleja que requieren y ponen en práctica los grandes grupos de empresas.

---

<sup>9</sup> Morin, Edgar, *Los Siete Saberes Necesarios para la Educación del Futuro*, Edit. UNESCO, Paris, 1999. (Capítulo 3, pág 24).

Tabla No. 2

## RESUMEN DEL MARCO TEÓRICO

	<i>Autor</i>		<i>País</i>	<i>Corriente</i>	<i>Conceptos perti</i>
1	Gustav von Schmoller	1838-1917	Alemania	Historicismo alemán	Análisis de los fenómenos socioeconómicos en el contexto histórico y las instituciones.
2	Thorstein Veblen	1857-1929	U.S.A.	Economía del institucionalismo	Los factores del cambio socioeconómico y las instituciones. Estudia la evolución con énfasis en la pertinencia.
3	Joseph Alois Schumpeter	1883-1950	Austria y U.S.A.	Dinámica Económica. Competencia en innovación.	La fuerza que rompe el estado estacionario es el progreso tecnológico (la innovación) que los empresarios impulsan en los mercados.
4	Robert Louis Heilbroner	1919-2005	U.S.A.	Leyes de movimiento del sistema capitalista y sus tendencias al futuro inmanentes en el presente.	La trayectoria del capitalismo es inmanente al sistema sociopolítico y de los impulsos sociales. Los agentes históricos que perfilan las trayectorias económicas y sociales.
5	William Lazonick	Vivo	U.S.A.	Análisis histórico comparado de la organización mercantil innovadora, y la relación cambiante entre individuos y organizaciones en las economías capitalistas líderes	La organización mercantil innovadora es el motor del desarrollo capitalista en el mundo. La planeación de la actividad económica y la asignación y utilización de los recursos dependen del desarrollo y utilización de los recursos en el Estado o de la organización mercantil.
6	Christopher L. Culp y William A. Niskanen	Vivos	U.S.A.	Interpretación económica neoaustriaca o de contexto orientado al desequilibrio	El mercado es un proceso en flujo continuo y no estacionario. Las expectativas de precios son siempre cambiantes, dadas las expectativas de precios. El sistema de precios es la resultante del conocimiento de precios, y se basa en el descubrimiento que crea la unidad del sistema económico. Pero, la velocidad de la difusión del conocimiento en el mercado dependen del alcance y escala de la actividad.
7	Edgar Morin	Vivo	Francia	Desafío de la complejidad al pensamiento contemporáneo y reformador del modo de pensar.	El pensamiento complejo resuelve los problemas complejos, zacionales, sociales y políticos. El pensamiento complejo y aclara las estrategias en el mundo. El pensamiento complejo y la fragmentación del conocimiento articulan los conocimientos y promueven la solidaridad.

Elaboración propia con base en la obra escrita de los autores citados.

### **Teoría de Lazonick**

El economista William Lazonick en su libro *Business Organization and the Myth of the Market Economy*<sup>10</sup> (La organización mercantil y el mito de la economía de mercado) explica los cambios del liderazgo industrial mundial del Reino Unido a los Estados Unidos de Norteamérica y de este país a Japón, en términos de las diferencias entre las estructuras de organización de sus empresas comerciales y de las cambiantes estrategias de inversión que emplearon.

Estudia las tres economías que corresponden a las tres revoluciones industriales a nivel mundial ocurridas en el Reino Unido, en los Estados Unidos de Norteamérica y en Japón, sucesivamente líderes en la industria del siglo XX, con el objeto de destacar la importancia creciente de la coordinación planeada de las empresas para lograr y mantener una fuerte ventaja competitiva, y averiguar las características y funcionamiento de las más aptas para producir e incentivar el desarrollo futuro del capitalismo.

Demuestra que la teoría de la economía de mercado no es satisfactoria porque no explica el desarrollo económico ni concibe los resultados económicos sujetos a cambio continuo. "La economía de mercado – dice – es un mito".

### **Metodología**

Preconiza la metodología del análisis histórico comparado y sostiene que el análisis debe ser histórico porque los procesos internos de las empresas así como las interconexiones que establecen, están sujetos a cambio debido a: a) su propia dinámica interna; b) cambios en la política pública; y c) el surgimiento de competencia internacional. También, el análisis debe ser comparado porque el surgimiento de nuevas competidoras internacionales con capacidades más poderosas volvió inadecuados los sistemas y formas de innovación que antes fueron capaces de llevar a todo un país al liderazgo industrial.

Considera que la teoría adecuada del comportamiento de los grupos de empresas en la economía mundial, depende más de la descripción verbal que de modelos formales o matemáticos.

### **Teoría histórica**

El autor elabora la teoría histórica de la organización mercantil innovadora como la fuerza motora del desarrollo capitalista exitoso en el siglo XX, y la aplica al estudio comparativo de tres países líderes sucesivos: el Reino Unido, Estados Unidos de América y Japón.

La teoría de cómo se desarrollan las economías capitalistas avanzadas – dice – implica estudiar el cambio de las instituciones mercantiles mediante historia comparada. La teoría de la organización mercantil innovadora nos proporciona los fundamentos para explicar los cambios en el liderazgo de la industria internacional y en la riqueza de

---

<sup>10</sup> Lazonick, William, *Business organization and the myth of the market economy*, Ed. Cambridge University Press, N.Y. 1991, 372 pp.

naciones capitalistas, gracias a su capacidad de crear valor de diferentes maneras y en diferentes contextos sociales. La empresa innovadora que genera productos de alta calidad a más bajo costo unitario, es la esencia del proceso de desarrollo económico.

El autor contrasta su perspectiva del desarrollo capitalista exitoso con la neoclásica de los economistas de la corriente que llama principal, y la califica como el “mito de la economía de mercado”. Construye la teoría histórica de la economía capitalista, sobre las ideas de Marx, Marshall y Schumpeter y demuestra que, en la historia del pensamiento económico, los economistas obsesionados con la teoría de la empresa mercantil “en equilibrio”, no han explicado la dinámica del desarrollo capitalista.

Argumenta que para la innovación intelectual en economía, se tienen que superar las limitaciones intelectuales del mito de la economía de mercado (el apego a la metodología estática, a la ideología individualista y a la pasividad empresarial ante las fuerzas del mercado), de la teoría convencional de la empresa (que simplemente da por sentadas sus capacidades tecnológicas y administrativas, sin estudiar los cambios en dichas capacidades que son esenciales para el desarrollo), y de las teorías del costo y de la utilidad marginales.

Examina hasta dónde las nuevas perspectivas de la economía, pueden contribuir a la explicación rigurosa y pertinente de la dinámica del desarrollo capitalista y los cambios en el liderazgo industrial internacional.

La teoría de William Lazonick explica los cambios principales en el liderazgo industrial internacional que ocurrieron en el siglo XX, y cómo la capacidad organizativa de las empresas, el cambio tecnológico y la innovación, interactuaron dinámicamente para desarrollar la economía. Plantea las suposiciones fundamentales y pertinentes en un mundo de cambio organizativo, tecnológico y económico.

Estudia los papeles interrelacionados que juegan las organizaciones y los mercados en la economía capitalista, enfocándose en cómo los actores económicos individuales tratan de hacer uso de las organizaciones y los mercados para construir sus propias estrategias económicas. Cada vez es más importante la organización mercantil que actúa haciendo intercambio en los mercados, para generar desarrollo económico. Fue la capacidad organizativa la que permitió a las empresas desarrollar y utilizar nuevas tecnologías. Las economías internas resultantes capacitaron a la empresa organizativa a capturar participación grande de mercado y, por tanto, lograr crecimiento. Las economías de escala que los economistas vieron como resultado de tecnología indivisible fueron, de hecho, resultado de capacidad organizativa de la empresa para planear y coordinar tecnológicamente los procesos de producción separables.

La clave para explicar la relación entre las instituciones económicas y el desempeño económico, es la capacidad organizativa de las empresas mercantiles que van transformándose mediante la innovación. Dice que son las organizaciones mercantiles, no los mercados, las que aseguran el desarrollo y utilización de los recursos productivos. Por lo tanto, las estrategias y estructuras de las organizaciones mercantiles, determinan la calidad y cantidad de opciones de mercado que los individuos pueden tomar.

La innovación, tan importante en el desarrollo capitalista, requiere la coordinación planeada de las actividades productivas de varias empresas, por lo cual hay que enfocarse en la interacción dinámica de la organización y la tecnología para generar desarrollo. Aquí el autor se refiere al importantísimo papel desempeñado por los grupos de empresas.

El poder de innovar depende mucho del poder colectivo de varias organizaciones que actúen coordinadamente, y cita que la evolución de las instituciones económicas en Estados Unidos de América de 1900 a 1970, da soporte al argumento de la creciente importancia de la organización colectiva para el desarrollo capitalista exitoso, ya que fue la organización colectiva de las grandes corporaciones, la que formó los fundamentos institucionales en el liderazgo industrial de dicho país.

### **Los grupos de empresas en la teoría de Lazonick**

“El dominio económico, una vez alcanzado, no dura para siempre. La ortodoxia económica no explica los desplazamientos en el liderazgo industrial internacional.” En cambio, sí los explica la creciente importancia de la coordinación planeada entre varias empresas integrando un grupo de índole mercantil, para generar crecimiento económico.

En una época, la clave fue la empresa mercantil. Ahora es la “organización empresarial” o grupo de empresas mercantiles, que enlaza a varias comprometidas en actividades productivas y comerciales interrelacionadas. El acceso privilegiado a los recursos financieros, a la mano de obra y a la tecnología, es crítico para el proceso de innovación y desarrollo económico; y dicho privilegio lo pueden obtener los grupos de empresas por sí o adecuadamente coordinados con el Estado.

En cuanto al papel del Estado, el autor considera que en los tres casos estudiados aunque en diferente medida y forma, fue un facilitador y propiciador del desarrollo capitalista afectando favorablemente las variables externas a las empresas; dado que el mayor desarrollo y la utilización productiva de los recursos requiere que las empresas tengan acceso privilegiado a los recursos productivos. La mutación de las empresas aisladas y dependientes de la coordinación del mercado, a la coordinación planeada de las organizaciones mercantiles operando en grupos, ha venido a ser la característica central de la economía capitalista exitosa.

Este autor demuestra la necesidad de otra concepción de la economía capitalista que pueda influir en los cambios en el liderazgo industrial internacional y que la economía conteste las grandes cuestiones: la naturaleza y causas de la empresa innovadora en la cual es crucial la interacción dinámica de las organizaciones mercantiles para mejor responder al cambio tecnológico.

Grupos de empresas → Integración organizativa → Transformación de los costos fijos en costos unitarios bajos → satisfacción de las necesidades del mercado.

La gran lección que obtiene el autor de su estudio histórico, es que “El dominio económico logrado no dura para siempre” sino va cambiando de líder como una estafeta, dependiendo de la forma que revista el capitalismo y de la capacidad organizativa para innovar y superar los obstáculos del entorno, primero de las empresas individuales, luego de las grandes empresas integradas por “divisiones” y, más recientemente, de los grupos de empresas constituidas como entidades independientes pero actuando coordinadamente hacia fines comunes. Así, queda el esquema:

En el liderazgo del Reino Unido (1870-1920), imperó el capitalismo de los propietarios de las empresas (familiares) y la coordinación libre de las fuerzas del mercado.

En Estados Unidos de América (1920-1970), dominó el capitalismo gerencial y la coordinación planeada (de gerentes profesionales o coordinación de la gran empresa y coordinación planeada en el sector privado)

En Japón (1970-1991), imperó el Capitalismo colectivo o de coordinación planeada de las empresas y del Estado.

Las más exitosas economías capitalistas se han alejado de la coordinación de mercado hacia la “coordinación planeada” de sus actividades productivas en el nivel de la organización mercantil. En el siglo XX la riqueza de diferentes países se ha ido haciendo dependiente de la coordinación planeada que tiene lugar dentro de las organizaciones mercantiles.

Como demostró la declinación económica y pérdida del liderazgo industrial del Reino Unido, la simple amalgama vertical u horizontal de firmas u operaciones sin integración organizativa, no da como resultado la ventaja competitiva sostenida.

En Estados Unidos de América, la administración de grandes conglomerados con el avance de la integración financiera pero sin implicar la integración organizativa de las empresas u organizaciones, le hizo perder su ventaja a fines de los años setentas.

En Japón, como demostraron las ventajas estratégicas de su sistema de grupos de empresas, la integración organizativa puede ocurrir a través de unidades de distinta estructura financiera. La evolución económica de Japón demuestra cómo el *capitalismo colectivo* reemplazó al *capitalismo gerencial* en proporcionar los fundamentos institucionales para la creación de valor.

### **Conclusiones de Lazonick**

La lección aprendida de la historia comparada de las tres revoluciones industriales es que, ahora más que nunca, la innovación industrial requiere comprometer recursos a largo plazo en organizaciones mercantiles que puedan planear y coordinar el desarrollo y utilización de sus capacidades productivas como grupo.

En las economías industriales líderes, la “coordinación planeada” de la actividad económica fue reemplazando más y más a la “coordinación del mercado” en el desarrollo y utilización de los recursos productivos. En Japón, dicho reemplazo se dio fundamentalmente al nivel de la organización mercantil, y el Estado les ha dado su apoyo

La condición suficiente del desarrollo, es que la incertidumbre económica inherente en la inversión innovadora sea reducida por las políticas de educar a la mano de obra, movilizar los recursos financieros comprometidos y coordinar los esfuerzos innovadores interdependientes de las empresas. Cuando la empresa privada no puede por sí misma crear las condiciones organizativas para que ocurran la educación apropiada, movilización y coordinación, se requiere la intervención pública.

El capitalismo de los propietarios se desvaneció. El capitalismo gerencial dejó de ser competitivo. “Veremos que la socialización gradual dentro de la armazón del capitalismo no sólo es posible sino la cosa más obvia que esperar”. (A. Schumpeter). Para entender la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones capitalistas de fines del siglo XX, Hay que captar el enorme y creciente poder económico del capitalismo colectivo, y tener en cuenta que la perspectiva presentada por el autor confronta la ideología indivi-

dualista con la realidad histórica de un colectivismo creciente en la médula de la economía capitalista; así como la importancia creciente de la organización colectiva para el exitoso desarrollo capitalista.

El crecimiento de la complejidad técnica y social de las divisiones de trabajo especializado que deben ser planeadas y coordinadas para alcanzar el éxito económico han hecho críticas a las capacidades organizativas para alcanzar y sostener la ventaja competitiva.

Crecientemente, los beneficios económicos de la coordinación planeada en desarrollar y utilizar los recursos productivos han justificado los costos fijos altos de inversiones en planta y en el personal, esencia de la organización que puede cumplir el requisito de la planeación y coordinación.

¿Por qué la capacidad organizativa de los grupos de empresas se ha vuelto tan importante para el crecimiento económico sostenido en las economías capitalistas avanzadas?

Porque es la mejor estrategia para superar los obstáculos y manejar:

- 1) La incertidumbre inherente en la innovación;
- 2) La creciente importancia de los avances científicos y su aplicación a base de rupturas tecnológicas importantes;
- 3) La creciente complejidad de las actividades de investigación que llevan a nuevos procesos y productos;
- 4) La importancia de “aprender haciendo” y “aprender usando” y así generar la innovación; y,
- 5) El carácter acumulativo del avance tecnológico dentro de “las empresas, las demás organizaciones y los países”.

A continuación, se explica el concepto de la coordinación planeada que, según las ideas de Lazonick, fue reemplazando a la coordinación del mercado en la creación de valor y ésta fue descansando cada vez más en las empresas del sector privado y sus inversiones en innovación.

### ***Coordinación planeada***

Las estrategias de inversión innovadora tienden a ser estrategias de costos fijos altos dado el largo plazo a que comprometen y las complejas actividades productivas para desarrollar y poner en práctica las novedades tecnológicas. El empresario cumplirá su misión si, mediante el desarrollo y utilización de recursos productivos, puede transformar los costos fijos altos de la estrategia de inversión innovadora en costos unitarios bajos y en ventaja competitiva. Más aun, así como las inversiones requeridas para una innovación constituyen los fundamentos tecnológicos y organizativos para otras innovaciones, sólo aquellas organizaciones que hayan hecho inversiones anteriores estarán posicionadas para comprometerse en innovación continua.

Como condición necesaria, los administradores de las empresas optarán por la estrategia innovadora cuando piensen que controlan la estructura organizativa que les da la capacidad de desarrollar recursos productivos y aplicarlos para superar los obstáculos del entorno. La voluntad de enfrentar un obstáculo es condición necesaria pero no sufi-

ciente para abatirlo, brincar o transformarlo. La innovación requiere adecuada estrategia de inversión y estructura apta de organización. La transformación de los obstáculos o restricciones requiere el poder colectivo que deriva de la “capacidad organizativa”, la cual manifiesta el poder de divisiones especializadas de trabajo, planeadas y coordinadas, para alcanzar las metas de la organización. Mediante coordinación planeada, las organizaciones pueden integrar los conocimientos necesarios para desarrollar nuevos productos y procesos; acelerar el flujo de trabajo desde la compra de los insumos hasta la venta de los productos, permitiendo con ello que los costos fijos de desarrollar los nuevos productos y procesos sean transformados en costos unitarios bajos y en ventaja competitiva.

Las organizaciones mercantiles invierten en innovación cuando superan la incertidumbre de dos fuentes:

- a) incertidumbre productiva inherente a su propia capacidad para desarrollar y utilizar la nueva tecnología y
- b) incertidumbre competitiva inherente en las capacidades de sus rivales para responder.

Cada fuente de incertidumbre implica el problema cognitivo de desarrollar los recursos y el problema conductual de utilizarlos bien. Ambas son interdependientes. La capacidad de una organización mercantil para superar la incertidumbre productiva aumenta la incertidumbre competitiva para sus rivales. Que algún rival responda con su propia estrategia de inversión innovadora, depende de la incertidumbre competitiva que le creó la que ya innovó y de la incertidumbre productiva en su propia organización mercantil.

El arma eficaz para combatir la incertidumbre, es la coordinación planeada del proceso de innovación, cada vez más importante para el desarrollo capitalista exitoso, por la mayor incertidumbre productiva (complejidad creciente del cambio tecnológico que tendrá que abordar la empresa), y competitiva (amplio y ramificado conocimiento puede estar al alcance de las competidoras); por el mayor número de divisiones del trabajo más extensas con integrantes de conocimiento más especializado que debe ser integrado y sintetizado en un nuevo producto o proceso; y, la comunicación de todos los participantes en la división del trabajo especializado, y su mutua retroalimentación.

Para lo cognitivo, la coordinación planeada pone en sus puestos a los especialistas debidamente capacitados y establece las líneas de comunicación para integrarlos y acumular el conocimiento colectivo. En lo conductual, la coordinación planeada mantiene el interés de los participantes en comunicarse con los demás, compartir su conocimiento y contribuir con su pericia.

La coordinación planeada ha llevado a las empresas más dependientes de la ciencia, a superar la incertidumbre productiva instalando laboratorios de investigación propios para mejorar sus procesos, maquinaria, robótica, etc. y sus productos, y a enfocar el aprendizaje como generador de innovaciones cuando sea acumulativo, continuo y colectivo. Acumulativo, porque la empresa establezca una base de conocimientos única, en proceso continuo de enriquecimiento y accesible para que la aprovechen. Continuo, porque la acumulación de conocimiento nunca cese ni éste se disipe por interrupciones. Colectivo, porque es el conocimiento combinado e interrelacionado de los miembros de la empresa, quienes lo enriquecen y aportan sus esfuerzos para lograr las metas de la empresa, de mayor productividad en la economía capitalista, y pueden fomentar la adhesión a largo plazo.

Dado el carácter acumulativo, continuo y colectivo del aprendizaje, hay costos altos de abandonar una trayectoria de desarrollo tecnológico establecida, para adoptar otra que requiera diferentes habilidades y hacer inversiones en el nuevo aprendizaje requerido para moverse dentro de una nueva trayectoria tecnológica; además de chocar con intereses creados por lo que se vaya volviendo “tradicional”. La coordinación planeada puede “trayectoria” de la tecnología mediante transformaciones de las instituciones

La experiencia histórica de países como Estados Unidos, demuestra que el proceso de aprendizaje que resulta en cambio tecnológico, también ocurre al través de arreglos entre diversas empresas para generar el conocimiento y compartirlo, o con las universidades. Subyacente en el surgimiento del Japón al liderazgo industrial internacional ha sido un nuevo “sistema nacional de innovación” – una “red de instituciones en los sectores público y privado cuyas actividades e interacciones inician, importan, modifican y difunden nuevas tecnologías.

La coordinación planeada en el capitalismo de los gerentes con su enfoque individualista, puso a la cabeza del desarrollo industrial a los Estados Unidos de América; y luego con la nueva interpretación del capitalismo colectivo del Japón, le dio ventaja competitiva para convertirse en el líder industrial y comercial durante un cuarto de siglo.

### ***Esquema del análisis histórico comparado***

Dado que la comparación es el método de aproximar para considerar juntos y puestos en paralelo, dos o más objetos de pensamiento para determinar sus diferencias y semejanzas, un uso en la administración es expresarla en forma de tabla. Por lo tanto, para mejor visualizar el estudio comparado de las tres economías que hizo Lazonick, preparé la Tabla número 3.

### ***Grupos de Empresas en Japón hasta 1991***

Concentro la atención en los conceptos que resaltan del liderazgo del Japón durante el periodo de 1975 a 1991 y válidos hasta 1995 en que el mencionado país entró en recesión: el capitalismo colectivo, el papel del estado, el papel del sector privado y la forma en que toman decisiones de consenso o *ringi* en los grupos empresariales.

*Capitalismo colectivo.* El mismo William Lazonick dice que lo de ‘capitalismo colectivo’ es expresión contradictoria y procede a explicarla a fondo. Es la forma de capitalismo que desarrolló Japón en la posguerra y se ha extendido a otros países de Asia y que, contrariamente al individualismo que se atribuye al occidental, pone el énfasis en las relaciones de cooperación a largo plazo que dan por resultado una economía con “mercados relacionales”. Es el modelo económico japonés que se caracterizó por sustitución de importaciones, grandes corporaciones entrelazadas (*interlocked*) y protección del mercado doméstico.

En él predominan los grupos de empresas con propiedad entrelazada de sus acciones pues unas poseen acciones de otras, lo que resulta en espíritu de cooperación entre ellas, interés en el desempeño mutuo, estabilidad de la propiedad (disminuye el potencial de adquisiciones de empresas por parte de inversionistas hostiles), y la competencia amistosa. Las empresas son estimuladas hacia la excelencia pero en beneficio de otras del grupo además del propio. Resulta cuando todas las sociedades anónimas

se interrelacionan y actúan como una sola y se hacen propietarias de los recursos productivos en un mundo en el que tales recursos son propiedad de las sociedades anónimas y éstas lo son, a su vez, de los accionistas.

El capitalismo colectivo derivó de la reestructuración económica y social de Japón en la posguerra, con un programa de desarrollo económico patrocinado por los Estados Unidos y que fue exitoso. Japón tuvo tremendo crecimiento y lo adoptó permanentemente. Es la cuarta economía del mundo por su "paridad de poder de compra" y la segunda por sus tasas de mercado de valores. El capitalismo colectivo influyó en la modernización de Japón.

*Relaciones laborales.* Los trabajadores (particularmente los de las grandes empresas) se involucran con ellas de manera distinta a otros sistemas capitalistas. En retorno de su lealtad y trabajo duro, esperan mucho más de sus patrones que los occidentales: estabilidad en el trabajo de por vida, pensiones y protección social. Por una parte, hay críticas de que el sistema de cooperación colectiva y la participación y hasta dominio del trabajador en la política corporativa sean más discurso que realidad; y, por otra que los beneficios superiores a los trabajadores demandan demasiado de ellos y sus familias: Largas jornadas de trabajo disciplinado, altos niveles de tensión y la *karoshi* o "muerte por exceso de trabajo".

*Papel del Estado.* El Estado en Japón, se encargó de perfilar un ambiente que condujo a notable desarrollo económico, encargándose de:

- Proteger el mercado doméstico para permitir a las organizaciones mercantiles desarrollar y utilizar sus recursos productivos hasta el punto en que podían alcanzar ventaja competitiva y entrar a la competencia internacional.
- Mantener un ambiente macroeconómico estable, con altos niveles de empleo y relativamente pareja distribución del ingreso a través de los sectores, agrandando así el alcance del mercado japonés para sus productos.
- Crear incentivos para consumidores y empresas que compren los productos de alta tecnología.
- Limitar el número de empresas que iban a competir en las principales industrias manufactureras creando incentivos para que invirtieran en los altos costos fijos necesarios para lograr ventaja competitiva en el mundo.
- Promover la investigación y desarrollo con espíritu cooperativo y de compartir información entre las grandes empresas.
- Asegurar que las corporaciones manufactureras tengan acceso a recursos financieros poco costosos
- Proporcionar a la industria mano de obra altamente capacitada de todos los niveles: obreros, empleados y gerentes.

*Papel del sector privado.* Para el sector privado de la economía japonesa, dejaron la formulación de las estrategias de inversión y la construcción de las estructuras organizativas que llevaran adelante los trabajos productivos. Lograron proyectarlas a largo plazo y potenciarlas de gran capacidad de maniobra industrial, comercial y financiera, debido a las dos direcciones en que extendieron la 'integración organizativa': para agru-

par y coordinar puestos y personas dentro de cada empresa, y para coordinar a las empresas mismas. Entonces, se tienen cuatro factores:

- a) La Integración organizativa comprende mucho más que la coordinación planeada de las divisiones especializadas de grandes empresas (como inicialmente en E.U.A.), a muchas empresas relacionadas en un alcance muy amplio, de modo que la "coordinación planeada" abarca y conecta a múltiples unidades de control financiero;
- b) La integración organizativa desciende por la jerarquía corporativa para incluir el alta dirección, la gerencia de nivel medio y los obreros y demás trabajadores; y,
- c) La integración organizativa de largo alcance en el sector privado y el papel activista del Estado para propiciar el ambiente económico y social que conduce a la emergencia de empresas mercantiles innovadoras, representa cualitativamente un nuevo modo de organización en la evolución del capitalismo; y,
- d) El "grupo de empresas" como fundamento del capitalismo colectivo.

El origen de los grupos de empresas en el moderno Japón fueron los *zaibatsu* controlados por familias que desarrollaron la industria pesada (1900 a 1945) del hierro, acero, construcción de barcos, etc. Después de 1945, las grandes empresas cortaron el control familiar pero subsistieron los grupos de empresas mediante la distribución entrecruzada de la propiedad de las acciones, y como actores corporativos poderosos en la economía japonesa y en la mundial.

La empresa o empresas dominantes, asumen la conducción de las actividades del grupo en una coordinación planeada que puede incluir el establecimiento de nuevas empresas relacionadas. Así, los grupos disfrutaban las ventajas de la integración vertical de la producción y distribución, para la adopción de tecnología y la implantación de innovaciones en los procesos y los productos, sin el peso de burocracias inmanejables que ahogan los cambios tecnológico y organizativo. Evitan las superestructuras de organización internas, mediante convenios de subcontratación con las empresas satélites y la central puede proseguir sus nuevas estrategias de inversión con la requerida iniciativa empresarial y aprovechar las oportunidades del entorno.

El crecimiento agregando empresas al grupo, da a las centrales la oportunidad de ubicar estratégicamente las actividades intensivas de mano de obra en las más pequeñas con gerente que tenga intereses como propietario, en los resultados y productividad del proyecto y con adaptabilidad a cuestiones sindicales más flexibles que en las centrales. Las satélites pueden actuar independientemente e introducir con éxito las prácticas innovadoras que para las dominantes sería más costoso o difícil, y como las subcontrataciones son de largo plazo, terminan considerándose como partes de la estructura integrada del grupo. Con el tiempo, las satélites exitosas van adquiriendo vida propia como proveedoras de herramientas y refacciones, pero aún entonces siguen sintiéndose integradas al grupo.

La capacidad organizativa generada mediante la cooperación entre las empresas del grupo, mejora las habilidades y los resultados de la investigación cooperativa, desarrolla proyectos en común, aumenta la productividad y mejora los resultados, gracias a la toma de decisiones en forma cooperativa que ilustro en el diagrama. (Ilustración número 2).

Ilustración 2



Elaboración propia con base en W. Lazonick, Obra citada.



Tabla 3  
Esquema del análisis histórico comparado de las tres revoluciones industriales del siglo X

<i>Conceptos</i>	<i>REINO UNIDO</i>	<i>ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA</i>	<i>JAPÓN</i>
Revolución industrial	Primera (1890-1920 aprox.)	Segunda (1920-1970 aprox.)	Tercera (1970-1991 aprox.)
Fundamentos institucionales para crear valor	Capitalismo de los propietarios: Integración de la propiedad de los activos y del control gerencial.	Capitalismo de los gerentes: Separación de la propiedad de los activos y del control de la empresa, mediante inversión en estructuras gerenciales.	Capitalismo colectivo: Integración organizativa de grupos de empresas (unidades de control financiero) con una estrategia de inversión y metas comunes; integración a largo plazo del personal y cooperación del Estado para conformar el entorno social que reduce la incertidumbre de las inversiones privadas.
Respuesta al desafío	Evolución de la producción artesanal e individual a la producción colectivizada en fábricas de propiedad "cerrada", accesible sólo a ciertos grupos sociales. Los inventos. La tecnología puesta en práctica para la mecanización del trabajo.	Las capacidades organizativas de las empresas multidivisionales creadas por la coordinación gerencial, influyeron en la oferta y demanda de los insumos y productos; esto es, en las fuerzas de los mercados.	Aplican el principio de la coordinación planeada a través de las empresas, dentro de ellas y por las relaciones gobierno-empresas. Elaboran el capitalismo gerencial en un conjunto de relaciones institucionales que el autor llama "capitalismo colectivo".
Formas de Coordinación	La "coordinación del mercado" bastó en la competencia internacional. Las empresas descansaron en las relaciones de mercado para abastecerse de insumos y vender sus productos. Teoría: En la coordinación de la actividad económica, la industria reacciona ante las fuerzas espontáneas de la oferta y la demanda. El consumidor – consciente de todos los productos que pueden satisfacer sus necesidades y deseos – hace elecciones individuales en los mercados de bienes y servicios, y la agregación de todas las decisiones individuales de consumo determina la asignación de los recursos productivos de la sociedad. La innovación ocurre porque la oferta de productos es la respuesta del productor a la demanda.	Destaca la "coordinación planeada" de la división especializada del trabajo en las empresas. Su evolución apoya la creciente importancia de la organización colectiva para el desarrollo capitalista exitoso. Teoría: El desafío del mercado de consumo para la empresa innovadora, es el de crear productos que la gente quiera y ofrecérselos al precio que pueda pagar. Para ello tiene que hacer inversiones con altos costos fijos de producción y riesgo de no recuperarla, y también invertir en mercadotecnia para, finalmente, transformar los costos fijos altos en costos unitarios bajos para dar buen precio al consumidor. Así es como las organizaciones mercantiles innovadoras crean mercados de consumidores y no al revés.	La "coordinación planeada" con colectivización de intereses verticales (todas las empresas del grupo) horizontal (todos los niveles de jerarquía de organización). Se practica a través de firmas con personalidad jurídica distinta pero conglutinadas para que sus actividades sean congruentes en la persecución de las metas comunes. Decisiones de consenso en el grupo. Con independencia de la propiedad formal de los activos de las empresas, cooperan entre sí por sus intereses comunes y así restan su capacidad para desarrollar y utilizar nuevos recursos productivos. Operan en grupo pero pueden competir entre sí por el mercado. No son carteles para mantener altos precios ni crear barreras a la entrada del giro mercantil, sino comparten información técnica para desarrollarlo.
Empresas	La institución clave de la coordinación libre del mercado fue la empresa de propietario persona física	La propiedad de los activos se separó del control de la empresa, que fue pasando a gerentes profes	Las empresas integran grandes redes, cada grupo dominado por poderosas firmas industriales,

(Organizaciones o instituciones mercantiles)	y su grupo familiar que, además, eran los administradores. Empresas pequeñas, orientadas a la producción, verticalmente especializadas y restringidas en sus recursos financieros y gerenciales, operaban una sola planta especializada en reducido rango de actividades. La doctrina del <i>laissez-faire</i> les abrió mercado internacional a sus empresas.	sionales. Desempeño competitivo de la empresa en el largo plazo. La ventaja competitiva fue para las empresas manejadas por gerentes profesionales con plantas y oficinas geográficamente dispersas, pero con integración vertical de las actividades relacionadas. Leyes <i>antitrust</i> que debían proteger la viabilidad de la empresa individual (la propiedad y el control unificados) alientan la concentración de la industria y la separación de la propiedad y control, dificultando la supervivencia de las pequeñas.	comerciales y/o financieras. Al Sector Privado se le dejó: - formulación de estrategias de inversión. - construir las estructuras organizativas para realizar los planes. - Buscar resultados de desempeño superior Extensión de la estructura organizativa mediante subcontratación con filiales. La controladora siguió estrategias de inversión para innovar; contar con mano de obra satélites independientes.
Administración: construcción de las capacidades organizativas	Unificación de la propiedad de los activos y del control gerencial de la empresa. Esta identidad de propietarios y administradores, pone limitaciones financieras y administrativas al crecimiento de la empresa.	Separación de la propiedad y el control de la empresa, gracias a la inversión en estructuras gerenciales. Fragmentación de la tenencia de acciones. Delegación de autoridad en los gerentes medios. Habilidad de integrar a los técnicos en la organización y transformarlos en gerentes medios y generales en la estructura multidivisional de las empresas.	Fortalecieron la capacidad organizativa empresarial, extendiendo la integración organizativa: 1) Más allá de los límites de cada ente jurídico, para maniobrar en el mercado con grupos de empresas (unidades de control financiero independientes) relacionadas y siguiendo una estrategia común. Así ampliaron la coordinación planeada de las distintas unidades bajo control financiero, productivo, etc. 2) Más allá de las jerarquías de alta dirección y gerencia media en cada empresa, para la integración organizativa del nivel operativo, incluyendo así a los obreros en una integración duradera (de todos los niveles) con su empresa, y descargando en ellos algunas funciones gerenciales de la actividad industrial. 3) Estrategia de inversión cooperativa y comprehensiva de todas las empresas del grupo.
Papel del estado o poder nacional	En teoría, el estado era gendarme y proporcionaba los servicios públicos. En la práctica, facilitó la apertura de mercados. Organizaciones de ultramar: East India Co. Y Royal Africa Co., patrocinadas por la corona, baluartes de la política internacional y el poderío militar. Victorias en guerras le garantizaron libre comercio. Aventuras mercantiles con apoyo.	Inversión en infraestructura: comunicaciones y correo (para distribución de productos) Organizaciones públicas y fundaciones privadas planearon y coordinaron el cambio del sistema de educación (transformación masiva) para satisfacer las necesidades de personal. Educación, principalmente universitaria, para servir a las empresas.	Colaboración del Estado con las empresas para reducir la incertidumbre que enfrentaron las inversiones del sector privado, y apoyar a su desarrollo: - Protegió el mercado doméstico hasta que sus empresas se desarrollaron, utilizaron bien recursos productivos y lograron ventaja competitiva internacional. - Mantuvo estable el entorno macroeconómico, altos niveles de empleo, distribución del ingreso y nuevos patrones de demanda

			<p>mercados internos.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Organización de la industria, limitando la cantidad de empresas e incentivando las inversiones.</li> <li>- Investigación y desarrollo cooperativos</li> <li>- Mano de obra de todo tipo, esalarizada y capaz.</li> <li>- Creó ambiente social y económico propicio a la emergencia de empresas innovadoras.</li> </ul>
Tecnología e Innovación	<p>Máquinas ahorradoras de mano de obra y otras fuerzas mecánicas. Se alojaron en las fábricas.</p> <p>Industria doméstica basada en operar telares manuales, se expandió a servicio al sistema de la factoría basado en hilanderías mecanizadas.</p> <p>Fábrica como sitio predominante de la producción.</p>	<p>Las empresas han hecho investigación y desarrollo en casa y se volvieron generadoras de inventos patentables.</p>	<p>Nuevo modo de organización de los negocios: combinación de integración organizativa de largo alcance dentro del sector manufacturero privado para producción en masa de bienes duraderos y microelectrónica.</p> <p>La capacidad organizativa desarrollada por la cooperación de empresas las compromete en proyectos cooperativos de investigación y desarrollo. Comparten información técnica. Sistemas innovadores de producción flexibles. Cambios en los procesos y en los productos. Robótica. Administración eficaz de los inventarios.</p>
Estrategia innovadora		<p>La estrategia innovadora implica compromiso a largo plazo y acceso permanente a los recursos financieros para poder sostener la transformación que asegura el éxito económico: lograr que los altos costos fijos de la producción de mejor calidad y de novedades, se conviertan en costos unitarios bajos a base de eficiencia y volumen. Además, la organización mercantil tiene que recompensar a aquellos de quienes depende la estrategia para asegurar la conducta requerida para innovación continua y ventaja competitiva sostenida.</p>	<p>La economía descansa en las estrategias y estructuras de empresas privadas para producir productos de alta calidad a bajo costo unitario que les han permitido ganar el mercado mundial.</p>
Estructura	<p>Estructuras individualistas de organización industrial concentrada en regiones. Especialización vertical de las empresas y fragmentación horizontal de los sectores industriales.</p>	<p>Estructura organizativa multidivisional con acceso a recursos del mercado de valores, para inversiones de elevados costos fijos en: investigación, cambio tecnológico, plantas manufactureras intensivas en capital, volúmenes masivos y desarrollo de gerentes que llevaran la productividad a costo unitario bajo para ganar mercados. Integración hacia atrás (los abasteci-</p>	<p>Estructura organizativa multiempresarial con propiedad entrelazada de sus acciones.</p>

		<p>mientos) y hacia adelante (la distribución); prever y producir antes de la demanda.</p> <p>La "tecnoestructura" hizo crecer las empresas en multidivisiones y les dio poder para aprovechar la demanda efectiva e influenciar los volúmenes y tipos de gastos de los consumidores y del gobierno.</p> <p>Ejerció control en la sociedad industrial avanzada, e influyó en el resultante consumismo y militarismo ante la falta de otras metas sociales, políticas y culturales.</p>	
Crecimiento de las empresas	<p>Crecimiento de las empresas por amalgamación (lento proceso de unir o mezclar cosas de naturaleza distinta o contraria) como respuesta de adaptación e intentos de las firmas competidoras de combinarse para controlar los precios, dejando intacta la autonomía de las empresas y sus propietarios dentro de la estructura amalgamada</p>	<p>Expansión y diversificación de las grandes empresas con control financiero de sus divisiones conglomeradas. Adquisición o fusión con firmas que ya hubieran desarrollado capacidades singulares. Dentro de las grandes corporaciones se promovió el crecimiento económico en organizaciones distributivas (incrementan la participación de sus miembros del producto social sin que contribuyan al que se compartirá) y organizaciones circundantes (representan un número grande de personas que se identifican con los intereses de la entidad productiva como un todo).</p>	<p>Crecimiento de empresas conglomeradas.</p> <p>Estrategias de inversión cooperativa para todas las empresas del grupo.</p>
Formas de financiamiento	<p>Aún en industrias intensivas de capital, persistieron los propietarios gerentes. Mercados de capital y venta de acciones de empresas con intercambio local, manteniendo restringida la propiedad. Los gerentes propietarios controlaron a las empresas. La dificultad de separar la propiedad del control impuso restricciones financieras al crecimiento de las empresas.</p>	<p>Los gerentes financiaron con retención de utilidades, venta de acciones y colocación de bonos en el mercado de valores, las grandes inversiones en bienes de capital para grandes volúmenes de producción que les permitieran las economías de escala en estructuras organizativas integradas verticalmente.</p>	<p>Apoyo financiero mutuo de las empresas del grupo. Cuando el del grupo es un banco, mueve internamente el financiamiento como un mercado de capitales cerrado.</p>
Economías externas	<p>Los industriales descansaron en economías externas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La disponibilidad de mano de obra artesanal que se autocapacitaba, hizo innecesario desarrollar estructuras gerenciales que generarán economía interna a la empresa.</li> <li>- La capacidad organizativa residió en el control de la planta industrial por artesanos-operarios</li> </ul>	<p>Cambió el sistema educativo de los gerentes. Marcaron el auge al generar el crecimiento económico. Los gerentes de nivel medio y alto fueron la elite de dos segmentos: cuello blanco y azul. Las políticas de promoción interna integraron a los especialistas y gerentes de nivel medio en esta elite.</p> <p>La escolaridad ha creado burocracia eficaz para liderazgo. Pero la vida del laureado es corta y el</p>	

		futuro económico depende de la larga vida de una corporación exitosa.	
Fragmentación de las jerarquías en la estructura	Fragmentación de dos niveles: alto y bajo Los capitalistas propietarios no tuvieron alternativa organizativa que dejar en su lugar. Los trabajadores sacaron ventaja de las responsabilidades organizativas delegadas en la planta para formar fuertes sindicatos de artesanos especializados y enfrentar a los patrones. Dos grupos separados en la empresa: el alta dirección y los demás.	Fragmentación de los niveles gerenciales alto y medio con el personal operativo: Compromisos limitados del personal con la empresa (no a largo plazo). Los empresarios evitan los compromisos a largo plazo (costos fijos) y prefieren la flexibilidad del costo variable que representa el compromiso a corto plazo.	Integración de todos los niveles de la empresa con la dominante conduciendo la coordinación planeada de las actividades del grupo. Que disfruta las ventajas de integración vertical de producción y distribución, transferencia de tecnología, implantación de innovaciones sin que la burocracia ahogara el cambio.
Caída Declinación  ¿Qué erosionó la ventaja competitiva internacional de estos países?  Estrategia y estructuras que primero llevaron al liderazgo y luego fueron impedimentos.	La respuesta de las empresas del Reino Unido ante el surgimiento de competidoras más poderosas en E. U. A, fue con estrategias adaptadoras, las cuales permiten subsistir pero competir mal. Las instituciones del capitalismo de propietarios que fueron base del surgimiento y dominio británico, se volvieron obstáculos para la transformación institucional y centrales en la declinación económica. Los orígenes de la rigidez institucional están en la naturaleza y estructuras de la empresa que caracterizaron la elevación de UK a potencia económica. Tuvieron dificultad en transformar su ambiente social para responder al reto de los USA. El ejercicio del control de artesanos por grupos de trabajadores capacitados puso obstáculos a las empresas de producción masiva. La introducción de tecnologías que desplazaron la habilidad personal hizo menos importantes a obreros especializados.  Probó ser inadecuado para manejar las complejidades tecnológicas y los altos costos fijos concomitantes de la nueva era industrial.  Limitadas capacidades gerenciales y de capital.	Complacencia de muchas empresas dominantes con sus éxitos anteriores y dificultad para evolucionar de lo gerencial al capitalismo colectivo. (1950-1960) Se acusó a las empresas norteamericanas de manipular al consumidor y orillarlo a comprar productos inferiores a precios arbitrarios. En franca estrategia adaptadora (que utiliza los recursos productivos existentes pero no desarrolla nuevos), recurrieron a la publicidad para conformar la conducta de los clientes potenciales y mantener su participación de mercado. Dejó de funcionar cuando estos exigieron publicidad veraz y mejor calidad. Los nuevos accionistas financiaron, no nuevas inversiones en organización y tecnología, sino el retiro de los anteriores y la sucesión de los altos directivos. (1970-1980) La ideología individualista facilitó la vasta explotación de la riqueza por financieros que ejercieron su poder al través de los mercados, y se hizo manifiesta la fragilidad financiera a los niveles de empresa, hogar y Estado. Las capacidades organizativas tuvieron que responder a las metas sociales. Mero compromiso contractual de las organizaciones con los individuos (personal) y viceversa. En las crisis y ante la competencia japonesa, las estrategias acostumbradas de inversión ya no pudieron con la complejidad tecnológica y	Compromiso recíproco y de largo plazo, de las organizaciones con su personal. Fueres inversiones en innovación y capacitación de personal en el extranjero para generar las nuevas capacidades creadoras de valor futuro en sus empresas.  Emergió la capacidad organizativa superior respaldada por mayor compromiso financiero y personal de los trabajadores con las empresas.  Se comprometieron en innovar procesos de fabricación y ofrecer productos de mejor calidad (más confiables, durables y usables), precios más bajos. Entraron al mercado y compitieron proveyendo al consumidor de lo que deseaba mejor calidad a precio más bajo.  Fueron las capacidades productivas del capitalismo más colectivo del lado de la oferta, las que alteraron las opciones de calidad-precio para los consumidores y socavaron la estrategia adaptadora.

		<p>organizativa de las empresas operando en grupos, ni sostener las empresas en viabilidad económica.</p> <p>Altos salarios, mercados de trabajo estrechos y beneficios del desempleo, debilitaron el capital gerencial del proceso productivo. Conflictos: ganancias de valor mediante tecnología y producción en masa, pero menor capacidad organizativa para asegurar la cooperación de los trabajadores; y choque de intereses de los accionistas o propietarios ausentes, y los ingenieros poseedores de los conocimientos y técnicas esenciales. Uso de patentes costosas.</p>	
--	--	--	--

Elaboración propia con base en Lazonick Willian, Obra citada.

## GRUPOS DE EMPRESAS EN EL SIGLO XXI

El marco teórico que destaca la importancia de los grupos de empresas en el desarrollo económico de los países capitalistas descansa en la obra de William Lazonick de 1991 o sea que habla propiamente de lo que ocurrió en el siglo XX. Sin embargo, muchas cosas han ocurrido desde entonces; cambios en el entorno comercial mundial y en lo interno de los diferentes países, y también cambios en el comportamiento de las organizaciones mercantiles.

¿Qué ha ocurrido en el siglo XXI?

El mismo autor ha continuado publicando sus reflexiones en libros y artículos y me parece pertinente comentar uno de los más recientes, *La triada institucional y el desarrollo japonés* publicado en 2005 para ponernos al día de lo que piensa acerca de los grupos de empresas y su funcionamiento en este país <sup>11</sup> líder de la modernidad y productividad industrial hasta 1995 en que entró en recesión.

Pues, “a pesar del hecho de que en la década 1993-2003, Japón tuvo la tasa más lenta de crecimiento del producto interno bruto de las 29 naciones avanzadas de la OECD <sup>12</sup>, todavía permanece como la segunda economía más rica del mundo a comienzos del siglo XXI.” Entonces, mucho tiene que ver en su desarrollo económico que prácticamente liquidó la pobreza circunscribiéndola al 1 por ciento de la población, el “excelente espíritu de equipo de trabajo en grupo (de empresas) desplegado por todos aquellos comprometidos: el gobierno, los fabricantes y las oficinas comerciales, todos laboran en perfecto unísono con la meta común de aumentar las exportaciones a todo el mundo, asumiendo fuertes riesgos.”<sup>13</sup>

### **La empresa innovadora**

Reitera que el análisis del desarrollo económico requiere la teoría de la empresa innovadora, entendiendo por innovación la generación de productos de calidad más alta a costo más bajo que los previamente disponibles como fundamento del desarrollo económico y, no obstante el papel del estado en inversiones generadoras de nuevo conocimiento, la economía moderna finalmente descansa en las empresas mercantiles como las generadoras de la innovación. Ésta tiene tres condiciones: incertidumbre de los resultados, esfuerzo colectivo y aprendizaje acumulativo.

¿Cómo lo hacen?

Las empresas resuelven y superan las tres condiciones, comprometiéndose en tres actividades respectivamente: *estrategia*, *organización*, y *finanzas*. En estrategia, la empresa escoge los productos que quiere fabricar y los procesos adecuados para hacerlo. En organización, desarrolla y utiliza los recursos productivos con la meta de generar productos que los compradores quieran a precios que puedan pagar. En finanzas, sos-

---

<sup>11</sup> Lazonick, William, *The Institutional Triad and Japanese Development*, del 22 de junio de 2005, University of Massachusetts, Lowell e INSEAD, <http://faculty.insead.edu/lazonick>.

<sup>12</sup> Organization for Economic Cooperation and Development (Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo)

<sup>13</sup> Northcote Parkinson C *et alii*, *Los increíbles japoneses*, Ed. Diana, México 1989, página 42

tiene los procesos de producción en los cuales invierte hasta que vende los productos y obtiene los retornos financieros.

Tabla 4 Teoría de la empresa innovadora		
<i>Condiciones de la innovación para el desarrollo</i>	<i>Actividad empresarial requerida para la innovación</i>	<i>Triada de instituciones japonesas que garantizan el resultado</i>
Incertidumbre de los resultados	Control estratégico de los recursos	Tenencia de acciones estable
Esfuerzo colectivo	Integración organizativa	Empleo permanente
Aprendizaje acumulativo	Compromiso financiero	Préstamos del banco del grupo

Elaboración propia con base en W. Lazonick, obra citada.

La incertidumbre de los resultados se contrarresta mediante el *control estratégico* de la asignación de recursos, por parte de concededores de las condiciones tecnológicas, de mercado, y competitivas del giro industrial. El esfuerzo colectivo de numerosas personas con diferentes responsabilidades jerárquicas y capacidades funcionales se coordina mediante la *integración organizativa* dándoles a las personas los incentivos para que aporten sus habilidades y esfuerzos a los procesos productivos. La inversión en aprendizaje acumulativo y demás, requiere *compromiso financiero* que asegure los recursos para financiar la operación hasta que logre vender y cobrar sus productos novedosos.

### **La triada de instituciones**

A partir de los años 1950 la triada de instituciones que evolucionaron en Japón para apoyar las tres actividades descritas de la empresa innovadora, son: la tenencia de acciones estable, el empleo permanente y el financiamiento mediante préstamos obtenidos del banco integrante del grupo de empresas. Son tres características estructurales del funcionamiento en grupo de empresas.

*Tenencia de acciones estable.* Aseguró el control estratégico por parte de los gerentes comprometidos con el crecimiento de las mismas y del grupo, y quienes entendían las condiciones tecnológicas, de mercado y competitivas, para asignar los recursos a las inversiones en productos y procesos con potencial innovador, en vez de repartirlos en dividendos como hubieran presionado los accionistas “foráneos” en caso de haberlos. Abarca la “*antei kabunishi*” o *tenencia tranquila de acciones* que por lo mismo no son puestas en venta e incluye la “*Kabushiki mochiai*” o propiedad de acciones mutua o cruzada del grupo de empresas *keiretsu*.

*Empleo permanente.* Relación de trabajo con el asalariado de cualquier nivel desde su ingreso hasta la edad de retiro obligatorio, principalmente en las grandes empresas del grupo, que integra al individuo en la organización y facilita la lealtad y adhesión para producir mejor calidad a menor costo. La inversión en capacitación es siempre recuperable por la vía de mejor desempeño en el trabajo.

*Préstamos del banco del grupo.* Aseguró el compromiso financiero de contar con los recursos necesarios para los proyectos de innovación y expansión. Fue el sistema fi-

nanciero de los grupos de empresas que incluyen a un banco muchas veces respaldado por el Bank of Japan para hacer los préstamos industriales que financiaron aventuras altamente inciertas. El banco relacionado tomó a su cargo el apoyo al crecimiento del grupo mediante el financiamiento de largo plazo a la empresa que lo requiere, asumiendo riesgos mayores de lo que haría un banco ajeno, con altas razones de capital contable de 3:1 o 4:1 durante el periodo de crecimiento veloz que se permitieron los bancos relacionados, las compañías industriales japonesas no habrían podido con las inversiones en organización y tecnología necesarias para competir en la industria automovilística, electrónica, máquinas-herramientas, naviera y el acero.

No hay contratos escritos que enlacen a las compañías para mantener la tenencia de acciones estable, el empleo permanente ni financiarse con el banco relacionado, sino son prácticas que evolucionaron con el tiempo y que reflejan la conciencia de los individuos respecto a su comunidad y a sus intereses dependientes del desempeño económico colectivo. Quienes pertenecen a la comunidad de negocios, aceptan las reglas no escritas y mantienen las relaciones estables de empresas con empresas, banco con las empresas, y la extienden a proveedores, compradores, financieros, empleados y competidores

La interacción de esta triada de instituciones subsistió en la notable transformación que se dio en la época del crecimiento veloz (1950 a 1970), durante la crisis del petróleo (mediados de los 1970), y el auge de las exportaciones o "Burbuja económica" de fines de los 1980, y en la "Década Perdida" (1990s). Ya iniciado el nuevo siglo, la triada institucional todavía gobierna el sistema japonés de asignación corporativa de los recursos productivos.

Hay muchos críticos del sistema, sobre todo en los E.U.A. Piensan que el sistema ya dio lo suyo y debe cambiar y dar entrada a la inversión extranjera en condiciones adecuadas a la compensación vía dividendos. Está para reforzar esto, la "nueva economía" de los E.U.A. en auge como la número uno en el nuevo siglo.

### **Conclusiones**

A pesar de las predicciones en sentido contrario después que estalló la Burbuja Económica y de la Década Perdida, las instituciones de la tenencia de acciones estable, el empleo permanente y los préstamos del banco relacionado, han persistido hasta el presente. Y continuarán evolucionando pero sin dejar de funcionar en la relación triádica que sostiene el desarrollo económico del Japón, el cual dependerá de cómo sean reformadas para que respondan mejor a los cambios en lo tecnológico, en el mercado y en la competencia internacional.

Para reformarlas, sea al través de la práctica de los negocios o por legislación del Estado, tiene que ser sin perder de vista el gran apoyo que dan al proceso de innovación.

¿Cómo pueden estas instituciones ser reformadas para promover el crecimiento económico estable y equitativo en las nuevas condiciones de la competencia mundial?

Para el Japón no será fácil abandonar la estructura cerrada de la propiedad de las empresas y los grupos, para evolucionar a la ideología de maximización del "valor para el accionista" al estilo de los E.U.A. dada la sensación de pérdida de control de las decisiones.

En la Tabla 1 hecha por W. Lazonick, aparecen los datos de cómo ha disminuido la tenencia de acciones estable, de las compañías japonesas listadas en la Bolsa de Valores de Tokio, del 71.8 en 1992 al 56.3 en 2004, y como ha aumentado la propiedad de sus acciones en manos de extranjeros, del 6 por ciento en 1992 al 21.8 en 2004.

Tabla 5. Tenencia de acciones de las Compañías Japonesas Listadas en el Mercado de Valores									
Porcentaje del total									
Año	Tenencia de acciones estable	Instituciones Financieras	Bancos Comerciales	Trust banks	Seguros Vida	Otras Financieras	Empresas Corporativas	Individuos y otros	Extranjeros
1992	71.8	42.8	15.6	9.7	12.2	5.3	29.0	21.8	6.0
1993	71.4	42.9	15.6	9.9	12.4	5.0	28.5	21.9	6.3
1994	70.6	42.3	15.4	10.0	12.1	4.8	28.3	21.3	7.7
1995	70.5	42.8	15.4	10.6	12.0	4.8	27.7	21.1	8.1
1996	68.3	41.1	15.1	10.3	11.1	4.6	27.2	20.9	10.5
1997	67.5	41.9	15.1	11.2	11.1	4.5	25.6	20.4	11.9
1998	66.7	42.1	14.8	12.4	10.6	4.4	24.6	19.7	13.4
1999	66.2	41.0	13.7	13.5	9.9	4.0	25.2	19.5	14.1
2000	62.5	36.5	11.3	13.6	8.1	3.7	26.0	18.8	18.6
2001	60.9	39.1	10.1	17.4	8.2	3.4	21.8	20.1	18.8
2002	61.2	39.4	8.7	19.9	7.5	3.4	21.8	20.4	18.3
2003	60.6	39.1	7.7	21.4	6.7	3.3	21.5	21.5	17.7
2004	56.3	34.5	5.9	19.6	5.7	3.3	21.8	21.7	21.8

El Gobierno tiene acciones que varían del 0.1% (2000) al 0.3% (1992-1996) del total.

Fuente: Tokyo Stock Exchange 2005, 60.

### “Nuevas prácticas comerciales y oportunidades en la economía japonesa”

Este es el título de la página que en Internet tiene JETRO,<sup>14</sup> la Organización de Comercio Exterior de Japón, para invitar a los extranjeros a invertir en Japón, dadas las circunstancias de que:

“La globalización y la desregulación están creando nuevas oportunidades de comercio internacional entre empresas japonesas y del resto del mundo, y

los hábitos tradicionales japoneses están abriéndose a prácticas nada habituales en otros tiempos, como

- la formación de asociaciones comerciales fuera de los grupos corporativos tradicionales,

<sup>14</sup> De la buena relación de los grupos de empresas con el Estado Japonés y del respaldo que éste les da, se derivaron instituciones como la gubernamental Japan External Trade Organization, [www.jetro.go.jp](http://www.jetro.go.jp) que trabaja para promover el comercio y la inversión mutuos entre Japón y el resto del mundo. Establecida en 1958 para promover las exportaciones japonesas, en el siglo XXI cambió su objetivo al de promover la inversión extranjera directa en Japón y ayudar a las pequeñas y medianas empresas japonesas a maximizar su potencial global de exportaciones.

- la reducción del peso de la antigüedad como factor de promoción y la remuneración; y,
- una extensa divulgación de la información corporativa.

Estos cambios, también están abriendo las puertas a nuevas vías de entrada para el comercio internacional.”

Por lo visto, el espíritu innovador del Japón está haciendo cosas para reformar las instituciones tradicionales que ya se estudiaron en este capítulo, y lo pone de manifiesto en el documento electrónico citado, en el cual pasa revista a la transformación de la economía japonesa contrastando las prácticas tradicionales y las últimas tendencias, así como las nuevas oportunidades para las empresas extranjeras.

Busca, por lo tanto, “incrementar la inversión y la actividad comercial entre las empresas extranjeras y sus análogas japonesas, así como a un mayor conocimiento, a escala internacional, de la realidad económica del Japón.”

El contenido se resume en la tabla intitulada “Cambios en los sistemas de gestión japoneses e impacto sobre las empresas extranjeras” y cuya primera columna enuncia los “cambios en el entorno comercial” debidos a la globalización, la recesión japonesa, la tecnología de la información, la desregulación y la reestructuración financiera. Estos provocan, a su vez, cambios en el comportamiento de los grupos de empresas para la **mayor eficacia corporativa**, en cuanto a: 1. más actividad comercial fuera del *keiretsu*; 2. reestructuración; 3. apertura; 4. decisiones más rápidas; 5. nuevas estrategias de personal; 6. internacionalizar la dirección; y, 7. relaciones con los inversionistas.

El impacto que ofrecen para las empresas extranjeras es de “nuevas oportunidades comerciales” que se puedan reflejar en actividades comerciales, ritmo de desarrollo, evaluación de los socios, fusiones y adquisiciones, inversión en acciones del mercado japonés y contrataciones. La tabla número \_\_\_\_ además de clara y concisa me parece muy convincente y denota claridad de ideas por parte de JETRO y de los dirigentes de empresas japoneses por lo cual considero que pueden tener éxito y recuperar el liderazgo industrial del mundo que perdieron hace diez años.

Tabla 6. Cambios en los sistemas de gestión japoneses e impacto sobre las empresas extranjeras		
Cambios en el entorno comercial	Cambios en el comportamiento corporativo	Impacto sobre las empresas extranjeras
<p><i>Globalización económica y de mercados</i>            * El incremento de la competencia ha aumentado la necesidad de reducir costes y mejorar la eficacia.            * La cooperación comercial internacional exige una gestión acorde con las normas de la globalidad</p> <p><i>10 años de recesión</i>            * Necesidad de una mayor eficacia para afrontar la caída de precios inmobiliarios y acciones y el recorte de gastos.</p> <p><i>Revolución de la tecnología de la información</i>            * Unos medios de comunicación más rápidos exigen una toma de decisiones también más rápida.</p> <p><i>Desregulación</i>            * Las empresas japonesas de sectores industriales</p>	<p><i>Mayor eficacia corporativa</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>Más actividad comercial fuera de los grupos <i>keiretsu</i></li> <li>Reestructuración profunda</li> <li>Apertura en industria protegida (adaptación de las empresas de sectores industriales antes protegidos)</li> <li>Toma de decisiones más rápida</li> <li>Nuevas estrategias de recursos humanos</li> </ol>	<p><i>Nuevas oportunidades comerciales</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>* Más y más amplias oportunidades para actividades comerciales</li> <li>* Desarrollo comercial a un mayor ritmo</li> <li>* Evaluación más precisa de los socios japoneses</li> <li>* Mejores oportunidades para fusiones y adquisiciones (M&amp;A) con empresas japonesas</li> <li>* Mayor disponibilidad de accio-</li> </ul>

<p>antes sujetos a regulaciones deben revisar sus estrategias y métodos para sobrevivir en un entorno de competitividad creciente.</p> <p><i>Reestructuración financiera</i></p> <p>* La creciente competitividad obliga a las empresas a lograr una mayor eficacia.</p> <p>* Los inversores están desplazándose de la financiación indirecta (bancos) a la directa (mercados de acciones y capital)</p>	<p><i>Información corporativa más transparente</i></p> <p>6. Dirección corporativa más internacional</p> <p>7. Relaciones más activas con inversores</p>	<p>nes en el mercado de valores japonés</p> <p>* Incremento del atractivo para empresas extranjeras al efectuar contrataciones</p>
<p>Fuente: <a href="http://www.jetro.go.jp">www.jetro.go.jp</a></p>		

La explicación de este cuadro resulta interesante porque las “prácticas tradicionales” permiten ir corroborando lo ya dicho del estilo japonés en la administración a base de grupos, y al explicar la “última tendencia” captamos cuáles son los esfuerzos innovadores que están haciendo o al menos intentando para salir al paso de las críticas de que han sido objeto por sus competidores internacionales y superar la recesión y recuperar su posición de liderazgo.

¿Cómo piensan lograr la mayor eficacia corporativa? Pues, plantean siete cambios al comportamiento corporativo, explicados en los párrafos siguientes.

#### 1. Más actividad comercial fuera de los grupos corporativos

Prácticas tradicionales.- Las empresas de un *keiretsu* (grupo corporativo), desarrollaban sus actividades dentro de su propio grupo. Si la empresa matriz ampliaba sus actividades en el extranjero, las filiales la acompañaban para respaldo y como reflejo de las muy estrechas relaciones establecidas en los *keiretsu*. Por otra parte, la propiedad cruzada de acciones entre empresas de diferentes sectores industriales, permitía a las instituciones financieras japonesas, crear grandes grupos corporativos en cuyo seno se efectuaba gran variedad de actividades mercantiles. Los pequeños y medianos fabricantes sólo tenían actividades comerciales dentro de las fronteras del *keiretsu* al que pertenecían.

Crítica recibida.- Muchas empresas extranjeras consideraron que este tipo de comercio corporativo era una dificultad para entrar en el mercado japonés.

Últimas tendencias:

Fusiones y adquisiciones (M&A) fuera del propio *keiretsu*. Como respuesta a la prolongada recesión que vive Japón, sus empresas se han visto forzadas a reestructurar sus actividades comerciales a través de sistemas más racionales y han empezado a establecer relaciones comerciales fuera de su *keiretsu*.

Actividades comerciales con empresas no pertenecientes al propio *keiretsu*. Han empezado a realizarlas más allá de las fronteras de los grupos corporativos y están generando oportunidades comerciales para las empresas grandes o pequeñas que, ya eliminadas las fronteras de los *keiretsu*, pueden mantener relaciones comerciales con un espectro mucho mayor de empresas y abastecerse con proveedores de materiales que no forman parte de su *keiretsu*.

Sistemas conjuntos de gestión electrónica estableciendo relaciones de asociación estratégica fuera de la estructura filial del *keiretsu*, en redes de gestión informatizada y mercados electrónicos en Internet. Han abierto páginas de comercio electrónico.

Abastecedora conjunta. En la industria de construcción, 5 empresas de distinto *keiretsu* crearon la red "construction-ec.com" para conseguir una mayor eficacia, mediante la gestión conjunta. Antes, cada *keiretsu* tenía su abastecedora de suministros reutilizables (andamiajes y casetas) con la consiguiente paralización de los elementos de apoyo a la construcción en los periodos inactivos. Ahora los consiguen por la red cuando los necesitan.

¿Qué significan estos cambios para el inversionista extranjero? Mas oportunidades de ser proveedor de las empresas japonesas, más actividades comerciales con manufactureras más pequeñas y mejor acceso a las empresas japonesas.

## 2. Reestructuración profunda

Prácticas tradicionales.- Antes de la recesión económica (de 1995 en adelante), las empresas japonesas se concentraban en incrementar la cuota de mercado, el volumen de operaciones y las ventas y ni pensaban en suprimir las actividades no lucrativas pues esperaban que la economía japonesa continuara creciendo.

Últimas tendencias:

Dar prioridad a las actividades básicas. Tras el desplome de más de 10 años, los directivos de las corporaciones japonesas admitieron haber sobredimensionado la diversificación de éstas y necesitar mayor eficacia, por lo cual dieron la prioridad a las razones financieras de rentabilidad y al flujo de efectivo, y empezaron a concentrar sus esfuerzos en los sectores más rentables, abandonando los negocios no lucrativos o incompatibles mediante retiros de capital, liquidaciones y fusiones.

Más fusiones y adquisiciones (M&A) en Japón: entre empresas extranjeras, entre empresas japonesas, de empresas extranjeras sobre japonesas y de japonesas sobre extranjeras. Los directivos de las corporaciones japonesas, otrora escépticos sobre las alianzas con empresas extranjeras, han cambiado sus puntos de vista y aceptado que los inversionistas extranjeros alcancen la titularidad de empresas japonesas (33 operaciones de M&A con extranjeros en 1995, 175 operaciones en 2000, 158 en 2001, y 1653 en 2002).

También, la formación del mercado de "*private equity*" para adquisiciones orientadas a la inversión como consecuencia de la desregulación, las reformas estructurales y el descenso de los precios de las acciones y valores inmobiliarios. Este mercado atrajo a inversionistas extranjeros y animó a comprar acciones a las compañías de seguros, las de carteras de valores y a las principales empresas comerciales.

¿Qué significan estos cambios para los inversionistas extranjeros? Mayor facilidad para introducirse en el mercado japonés a través de fusiones y adquisiciones, y mayor facilidad para participar en las reestructuraciones corporativas.

## 3. Apertura en industrias protegidas

Prácticas tradicionales.- En el pasado, el Gobierno japonés trabajó para garantizar el crecimiento y el desarrollo de los sectores industriales clave del país, como las telecomunicaciones, protegiéndolos y ofreciéndoles un entorno prácticamente monopolista.

Crítica recibida.- La protección reglamentaria, persistió incluso después de que la economía se desarrolló y se alcanzó el objetivo, impidiendo la entrada al mercado de

nuevas empresas. Esto contribuyó a preservar la ineficaz cultura de gestión japonesa y a declive de la competitividad internacional.

Últimas tendencias.- Desregulación y reforma administrativa en varios sectores industriales para estimular la economía japonesa y mejorar su competitividad internacional. La exposición a la competitividad intensa los ha impulsado a mejorar su eficacia mediante la ampliación de las redes de proveedores en búsqueda de mejor calidad y precios más bajos. Algunas empresas están ampliando el ámbito de actividades en mercados exteriores o extendiéndolas a nuevos campos o negocios. El Acuerdo sobre Servicios de Comunicaciones Básicas de la Organización Mundial del Comercio condujo a la supresión de restricciones a las inversiones extranjeras en los operadores de telecomunicaciones de Japón y disparó una oleada de inversiones extranjeras.

¿Qué significa este cambio para los inversionistas? Hacer alianzas con empresas japonesas que se trasladan al extranjero, entrar a sectores industriales desreglados y suministrar a grandes empresas del Japón.

#### 4. Toma de decisiones más rápida

Prácticas tradicionales.- En las empresas, la aprobación de una propuesta debía ser considerada por todas las secciones implicadas (*toma de decisiones circular*). La propuesta para una acción importante, debía someterse a un proceso de evaluación vertical en todos los estamentos implicados, desde los más bajos, antes de pasar a aprobación de las instancias superiores, política que impide la rápida toma de decisiones.

Crítica recibida.- Lentitud de la toma de decisiones en las empresas japonesas, porque sus estructuras rígidas y de múltiples estamentos no otorgan a sus ejecutivos la autoridad necesaria.

Últimas tendencias:

Muchas corporaciones están reestructurando su organización para acelerar el proceso de toma de decisiones como estrategia de supervivencia y para conseguir mayor eficacia, como lo siguiente:

Extensión de la práctica de transferencia de activos "*spin-off*".- Procedimiento de reorganización creando divisiones incubadas "*spin-off*" a modo de entidades virtualmente independientes en el seno de la empresa matriz, concediéndoles mayor poder y autoridad para tomar decisiones. Cada entidad se constituye como un centro independiente ("*profit center*") de utilidades, responsable de su balance contable y de su rendimiento. La modificación del Código de Comercio de 2001 simplificó los procedimientos legales para la transferencia de unidades internas en la forma de empresas incubadas ("*spin-off*").

Simplificación de las estructuras verticales.- Un número creciente de empresas está reduciendo su estructura vertical en la cantidad de estamentos implicados para que las decisiones tengan mayor eficacia. Otras empresas están reajustando sus estructuras de alta dirección como Asahi Breweries Ltd. que redujo los miembros de su junta directiva de 40 a 9.

Gestión basada en tecnología de la información.- Las empresas japonesas han adoptado esta nueva forma de gestión: uso de computadoras personales y de la Internet, digitalización de documentación interna y creación de sitios *web* corporativos. Ya la tecnología de la información está incorporándose a operaciones en el núcleo de la gestión

como marketing, logística y planificación. A partir de 2002, el Código de Comercio permite a las empresas utilizar Internet para notificar las asambleas generales a los accionistas y para que éstos emitan sus votos sobre los asuntos corporativos. Se prevé que la aplicación de la tecnología de la información en la gestión de las corporaciones japonesas, será más elaborada y diversificada.

¿Qué significa este cambio para los inversionistas? Mayores expediciones comerciales con las empresas existentes y nueva oferta de empresas “*spin-off*” para mayor flexibilidad comercial.

##### 5. Nuevas estrategias en recursos humanos.

Prácticas tradicionales.- Las empresas japonesas, en especial las grandes, remuneraban tradicionalmente a sus empleados en función de su antigüedad o edad. Poco después de la Segunda Guerra Mundial, cuando la pirámide demográfica era relativamente joven los costos del personal, comparativamente bajos, fueron uno de los factores del éxito de la economía japonesa. Otra práctica tradicional de las empresas grandes era el empleo de por vida con la consiguiente estabilidad que atrajo a los licenciados del más alto nivel.

Críticas recibidas.- Estas tradiciones unidas al estigma que representaba el cambio de trabajo, dificultó a las empresas extranjeras la captación de personal con alta formación, experiencia y conocimientos técnicos valiosos. Las empresas extranjeras en comparación con las japonesas, tienen mejores nivel tecnológico y capacidad de planificación, ofrecen mayores perspectivas de desarrollo, permiten tomar decisiones con más independencia y conceden más poder de acción.

Últimas tendencias:

Diversificación de las condiciones de empleo.- El empleo de por vida permitió a la empresa acumular conocimientos y tener la fuerte lealtad de sus empleados. Aunque como resultado de la prolongada recesión, las empresas ya no ofrecen contratos laborales de por vida, los ofrecen de larga duración a personal clave. Además, buscan formas para reducir los crecientes costos del personal; ponen en práctica programas de jubilación anticipada y hacen cada vez mayor uso de los contratos a tiempo parcial y de los empleados temporales.

Cambios en el sistema de remuneración para pagar según los méritos.- Con el objetivo de retener a los empleados con un buen rendimiento, las empresas japonesas están introduciendo sistemas de remuneración basados en méritos, para lo cual están definiendo y clarificando las responsabilidades individuales y remunerando en función del nivel de rendimiento. Según el Centro de Productividad para el Desarrollo Socioeconómico de Japón (2001), el 60 % de las empresas que cotizaban en bolsa remuneraban ya por méritos a los directivos, y el 30 % también a personal no directivo.

Planes de opción a acciones.- La modificación al Código de Comercio de Japón (1997) permitió a las empresas ofrecer planes de opción a acciones a sus empleados y en porcentaje de acciones sin techo, lo que facilitó a las empresas de capital de riesgo y a las extranjeras recién llegadas al Japón, utilizar sus acciones para atraer a personal calificado.

Cambio de actitud respecto a la movilidad laboral.- A medida que ha cambiado el entorno de contratación laboral, también lo han hecho las actitudes hacia el empleo. Lo

jóvenes ya no valoran necesariamente la estabilidad cuando eligen la empresa en que van a trabajar, sino están más interesados en poner en práctica sus conocimientos y adquirir capacidades especiales, por lo cual han dejado de rehuir a las empresas extranjeras y de considerarlas empleadores inestables, aceptando ahora la remuneración según su rendimiento.

Expansión del mercado de formación para adultos.- Los cambios a la remuneración según el rendimiento y el incremento de la movilidad laboral, han acrecentado la necesidad de la educación y la formación de adultos. Crece el número de japoneses interesados en graduarse en el extranjero y también la demanda de educación a distancia (aprendizaje electrónico) por ser más accesible y permitir a los estudiantes trabajar mientras estudian.

¿Qué significan estos cambios para el inversionista extranjero? Mayor facilidad para incorporar personal altamente calificado y mayores oportunidades en el mercado de educación para adultos.

## 6. Nuevos sistemas de dirección corporativa

Prácticas tradicionales.- Los consejos de administración de las empresas japonesas compuestos tradicionalmente por "gente de la casa", podían ver debilitada su capacidad de supervisión estricta y moderna a los directivos de las propias empresas. Mientras los directores extranjeros en empresas norteamericanas eran el 50%, en Japón eran sólo el 5% (1999).

Las empresas japonesas tenían sistemas de contabilidad que daban preferencia a los informes no consolidados, dificultándose así la dilucidación del estado real del grupo corporativo. La evaluación de activos basada en la contabilidad de costos, también ocultaba la situación financiera de los grupos corporativos, ya que las pérdidas no se reflejaban en los balances de situación o se contrarrestaban como beneficios ocultos. Al no ofrecer una imagen fidedigna de la situación de las empresas, el sistema retardó la introducción de una gestión basada en el valor para los accionistas.

Últimas tendencias:

Introducción de directivos y ejecutivos extranjeros.- Las empresas japonesas, han empezado a contratar directivos y ejecutivos extranjeros, para acrecentar la transparencia de sus corporaciones e incrementar su potencial de conseguir fondos directamente del mercado. Varias empresas han incorporado a personas de otras nacionalidades en su consejo de administración. Con los cambios hechos al Código de Comercio, la duración de los directivos en el cargo, se redujo de dos años a uno y ahora están sujetos a supervisión más estricta por parte de los accionistas. En el futuro, se incrementará aún más la transparencia en las corporaciones japonesas.

Reorganización de los consejos de administración.- Se ha diferenciado entre miembros del consejo de administración y ejecutivos y se han nombrado como consejeros a directivos externos y a extranjeros, para mayor transparencia.

Evaluación más exacta del valor de las empresas.- Entraron en vigor nuevas normas de contabilidad basadas en las internacionales y dirigidas principalmente a empresas que cotizan en bolsa (marzo de 2000). Por su parte, las empresas (especialmente las que forman parte de grandes grupos corporativos) están centrando el interés en sus accionistas, quienes poseen acciones cruzadas de los grupos. La creciente transparen-

cia de la información referida a la gestión empresarial, es el resultado de haber introducido la contabilidad consolidada, la contabilidad ajustada al valor de mercado (valor específico en un determinado momento) para los productos financieros y los saldos del flujo de efectivo, todo lo cual ha contribuido a que sea más fácil justipreciar el valor total de las empresas japonesas como potenciales socios comerciales.

¿Qué significan estos cambios para el inversionista extranjero? Mayor transparencia y, por consiguiente, menor riesgo en las inversiones; y, evaluación más exacta de las empresas japonesas como potenciales socios de inversión o comerciales.

## 7. Relaciones más activas con los inversionistas

Prácticas tradicionales.- Muchas empresas líderes mantuvieron la estabilidad financiera, gracias a las acciones cruzadas con instituciones financieras, bancos, compañías de valores y de seguros. Así, las empresas aseguraron accionistas estables y acomodarse con ellos mediante acuerdos financieros, incrementar los activos ocultos y mantener los precios de las acciones a los niveles deseados. Sin embargo, al mismo tiempo, las estructuras de recursos presentaban falta de liquidez, independientemente de los cambios experimentados en su rentabilidad real o valor intrínseco. Las empresas operaron en forma estable y evitaron las adquisiciones por inversionistas hostiles y lograron éxito en su interés de aumentar sus cuotas de participación de mercado y mayor volumen de ventas, en detrimento del mejor rendimiento de las inversiones. No se inquietaban por obtener más utilidades ni por desvelar información a los accionistas, ya que se trataba de grandes empresas e instituciones financieras. Además, obtenían los recursos a través de préstamos bancarios por lo que no tenían que acudir al mercado de capitales.

Últimas tendencias:

Eliminar las participaciones cruzadas.- Con motivo de la contabilidad ajustada al valor de mercado, muchas empresas japonesas han visto y experimentado pérdidas de valoración en sus tenencias cruzadas de acciones, tanto en las filiales que cotizan en Bolsa como en las que no, dado que estas adquisiciones de acciones obedecían a razones distintas de la especulación. Como resultado, las empresas están movilizándose para deshacerse de la tenencia cruzada de acciones.

Mejores y más amplias relaciones con los inversionistas.- La liberación de las acciones cruzadas que siguió al "big bang" financiero japonés ha contribuido a diversificar la base de accionistas en Japón y a que los extranjeros puedan comprarlas. Por otra parte, cada día más empresas acuden directamente al mercado para obtener capital, lo que ha contribuido a que aumenten su transparencia y desvelen más información a los accionistas y potenciales inversionistas. Las relaciones con los inversionistas, antes con las empresas del grupo y las instituciones, se han ampliado a individuos en sesiones informativas sobre el grupo y por la Internet, para japoneses y extranjeros. El mercado de valores japonés, bastante estancado hasta 2002 está en gran actividad.

¿Qué significan estos cambios para los inversionistas extranjeros? Más oportunidades para invertir en acciones japonesas y también para entrar en el mercado japonés adquiriendo acciones de las empresas con las que deseen relacionar a sus empresas extranjeras.







## CAPÍTULO 2. LOS CONCURSOS MERCANTILES

### *El concurso mercantil*

El concurso mercantil es la opción judicial para tratar de resolver la problemática de las empresas que, por falta de liquidez, incumplen de manera generalizada el pago de sus obligaciones. Es un fenómeno económico y jurídico que interesa a los particulares que intervienen pero también al Estado que quiere conservar las empresas para que contribuyan al beneficio del conglomerado social con su operación.<sup>15</sup>

### *Administración estratégica*

Se ocupa de lo importante para la organización, sea empresa, institución pública u otra. Consiste en la previsión de los objetivos y la planeación de las tareas indelegables, la ejecución de los planes y la reacción ante las emergencias, el control de lo realizado a la luz de los objetivos previstos, y la retroalimentación para el aprendizaje de la propia organización y el mejoramiento de los planes, subsiguientes, en un proceso continuo que debe enriquecerse cada ciclo completado y ascendente en espiral.

### *Objetivos del concurso mercantil*

Los objetivos son las declaraciones de los valores específicos que pretende alcanzar una organización mediante un plan, programa o procedimiento. Los objetivos deben ser claros, concretos y deseablemente mensurables pues tienen la múltiple función de justificar la existencia del ente, y ser el faro guiador de su acción y la base de comparación para evaluarla después de realizada.

Los objetivos según la Ley de Concursos Mercantiles se resumen en la ilustración número 3.

### *Procedimiento*

El procedimiento de concurso mercantil es una situación social en cuyo ámbito judicial actúa un grupo de personas en circunstancias particulares dentro de las formalidades del marco legal de la ley especial y sus supletorias, como las que rigen la comunicación. La estructura de comunicación formal consiste de dos cadenas (primaria y secundaria) alrededor de un centro receptor, regulador y difusor que es el Juez. En la cadena primaria se comunican el Comerciante, los acreedores (y sus interventores) los especialistas y el IFECOM.<sup>16</sup> En la cadena secundaria están los demás personajes e instituciones que intervienen o son afectados o convocados.

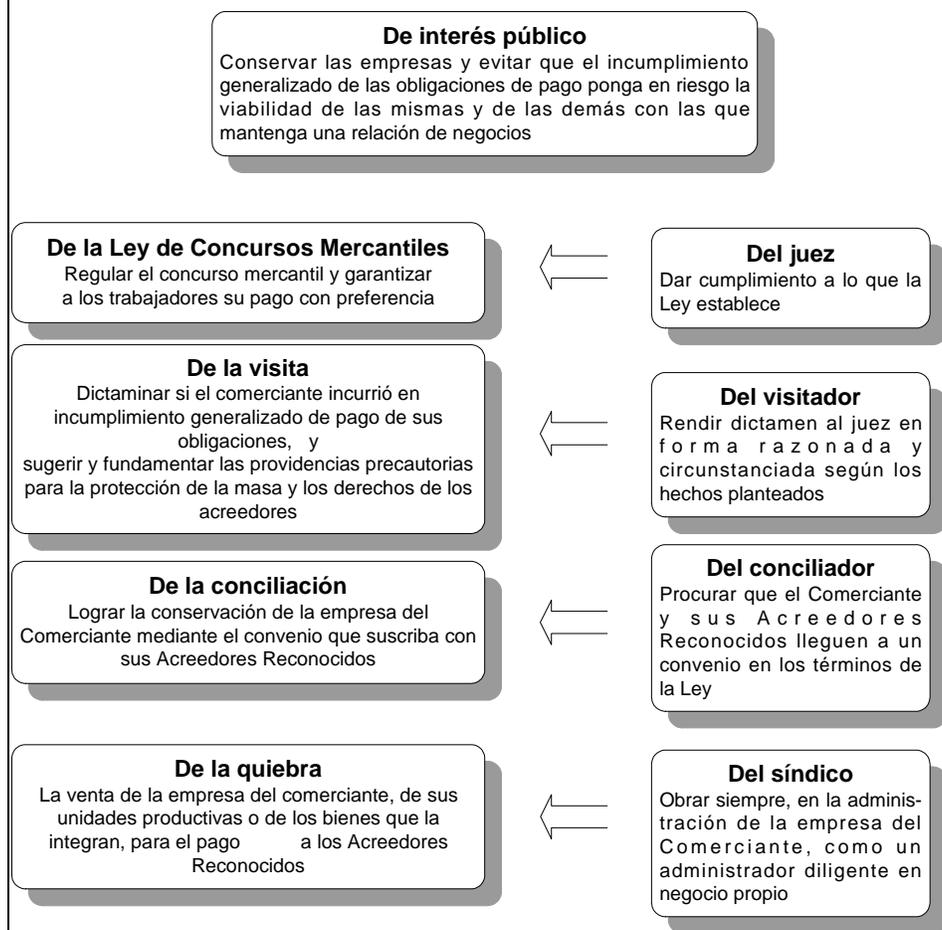
---

<sup>15</sup> El desarrollo de los temas de este capítulo, está en Saldaña Espinosa, Judith, *Concursos Mercantiles. Enfoque administrativo, financiero y contable*, Editorial Gasca Sicco, México 2005, 208 páginas.

<sup>16</sup> Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.

Ilustración 3

## OBJETIVOS



### Órganos del concurso mercantil

La Ley llama “órganos del concurso mercantil” a dos clases de personas que hace participar en el procedimiento con la idea de poner en práctica el enfoque multidisciplinario que requiere la solución de los problemas de las empresas con dificultades financieras, y les señala objetivos específicos. Dispone lo relativo a los especialistas que intervienen para dar apoyo al juez con sus dictámenes e informes en el papel de visitador, conciliador o síndico. Menciona a los interventores que pueden nombrar los acreedores reconocidos para que representen sus intereses en el juicio.

La fuente citada contiene la descripción de los tres especialistas, - visitador, conciliador y síndico – en cuanto al objetivo, conductos de comunicación, funciones, facultades generales y específicas, obligaciones generales y durante el procedimiento, responsabilidades, requisitos para desempeñar el cargo y perfil del mismo.

### *Incumplimiento de pago*

El incumplimiento de pago por parte de una empresa deudora de otro u otras, así como los demás aspectos del crédito, se dan en el campo de la administración financiera, rama de la administración de empresas.

El análisis financiero es la técnica de la administración financiera que consiste en la selección, evaluación e interpretación de datos financieros y demás información pertinente para hacer el diagnóstico de la salud financiera, tendencias, expectativas y viabilidad de las empresas, a fin de tomar decisiones de inversión y todas las relativas a la obtención y uso productivo de los recursos monetarios.

La ley define el incumplimiento de pago de la empresa del Comerciante, mediante fórmulas de las razones financieras: la importancia relativa del incumplimiento y la razón de liquidez a corto plazo. Tiene además un artículo en donde aplica criterios no financieros para la presunción del incumplimiento, dados por la conducta del comerciante juzgada por sus formas de manifestación: el incumplimiento comercial, el ocultamiento, el engaño, el incumplimiento legal y la conducta incorrecta.

### *Teoría de la masa*

Acercas del concurso mercantil – fenómeno económico, jurídico, administrativo y social – pueden formularse varias teorías que contribuyan a su visión y explicación sistemáticas, que asistan a la comprensión y al juicio, y que sirvan como marco de decisión y guía de acción a los interesados. La teoría de la masa comprende, los conceptos, las fórmulas, la masa inicial y sus cambios; la información, la valuación y la taxonomía de la masa; la información, la valuación y la taxonomía de las obligaciones pecuniarias que recaen sobre la masa; la taxonomía de la insolvencia; el sistema contable, las reglas respecto a la información financiera y las cuotas concursales; y, el balance y los inventarios de la concursada.

La masa (M) es la porción del patrimonio del comerciante declarado en concurso mercantil, integrada por sus bienes y derechos que le pertenezcan o tenga en su poder, con excepción de los expresamente excluidos por la Ley, sobre la cual los acreedores reconocidos y los demás que tengan derecho, pueden hacer efectivos sus créditos, total o parcialmente según alcance para su grado y prelación.<sup>17</sup>

La insolvencia es la incapacidad de satisfacer las obligaciones pecuniarias por insuficiencia de la masa. Y se está en quiebra.

El documento para presentar la situación financiera y legal de la masa, a fechas determinadas, es el *Balance de la empresa en concurso mercantil* con tres partes: bienes y derechos, deudas y diferencia negativa, según la tabla 7.

---

<sup>17</sup> Artículo 4 de la LCM.

Tabla 7		
Balance de la empresa en concurso mercantil (A fechas determinadas)		
1ª parte:	los bienes y derechos que integran la masa	sin gravamen ni cortapisas (o sean los disponibles y vendibles inmediatamente)
		Con gravamen, embargo, litigio, acción separatoria, etc. que tienen restricciones y requieren soluciones previas a su posible disposición o venta.
2ª. parte	los pasivos reconocidos por el Juez	En la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación
		En sentencia posterior de cualquier instancia o laudo
3ª parte	La diferencia	La diferencia de la masa menos los pasivos reconocidos, con signo negativo porque estos últimos sean superiores a aquellos, es la descapitalización que denota la quiebra de la empresa.
Elaboración personal con base en Saldaña Espinosa Judith, obra citada.		

### *Administración en la LCM*

La Ley de Concursos Mercantiles, en su enfoque multidisciplinario, otorga importancia a la administración para lograr el objetivo de rescatar las empresas viables con problemas de iliquidez, o bien, de liquidar en las mejores condiciones posibles a las inviables. En su contexto, el término administración tiene siete acepciones, como: disciplina o materia, como persona o ente conductor, como cargo que ocupan algunos dependientes, como actividad en las empresas, como figura jurídica o contrato y como actividad pública.

### *Auditoría concursal*

Los especialistas de concursos mercantiles asisten a la autoridad judicial en sus resoluciones, pues siendo conocedores de las cuestiones empresariales, apoyan las decisiones administrativas, industriales, comerciales, económicas y financieras necesarias para la rehabilitación de las empresas viables o para la liquidación de las fallidas. Dado que deben proporcionar información confiable y demostrable, aplican la *auditoría concursal* y mediante tal técnica, obtienen evidencia suficiente y demostrable.

La auditoría concursal requiere su teoría con conceptos, campos de aplicación en cada una de las tres especialidades de visita, conciliación y quiebra, sus postulados y normas de los especialistas para obtener el registro y conservarlo, y para actuar en el procedimiento de concurso mercantil.

## Capítulo 3

# CONCURSO MERCANTIL DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

### *Marco legal de los grupos*

En el derecho mexicano existen pocas leyes que reconozcan la agrupación de sociedades con un fin social común. Se encuentran parcialmente reguladas en diversas leyes, de las cuales cito la Ley de Instituciones de Crédito, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, Ley del Impuesto sobre la Renta y su Reglamento, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y la Ley de Concursos Mercantiles.

La Ley de Instituciones de Crédito, pone limitaciones al consejo de administración que apruebe operaciones con empresas integrantes del grupo financiero al que pertenezca la propia institución; pone también la limitación al liquidador de una institución de banca múltiple de que no haya sido auditor externo de otras del grupo financiero; si la institución que va a ser liquidada forma parte de un grupo financiero debe informar al director general y al presidente del consejo de administración de la sociedad controladora; el administrador cautelar designado por el IPAB no debe haber sido auditor de alguna empresa del mismo grupo financiero al que va; algunas obligaciones de la banca múltiple que pertenezca a un grupo financiero, como el índice mínimo de capitalización y, si hay incumplimiento, el plan de restauración del capital; diversas disposiciones para las filiales de instituciones financieras del exterior; limitaciones respecto a las operaciones crediticias de las instituciones nacionales de crédito a personas físicas o morales que pertenezcan a un grupo de intereses comunes; y, limita las operaciones con personas relacionadas, sean físicas o morales que por sus nexos patrimoniales o de responsabilidad, constituyan riesgos comunes.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, dice que cuando no formen parte de grupos financieros podrán invertir en el capital social de otro intermediario o entidad financiera.

La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, prohíbe enajenar los derechos de crédito de un contrato de factoraje financiero a empresas vinculadas o integradas con la misma que lo celebró.

La Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros establece requisitos para nombrar los consejeros independientes y el contralor normativo como el de que no hayan trabajado con asesores o consultores de las empresas del grupo financiero, y lo considera también para definir a las personas relacionadas, prohibiciones a estas instituciones de invertir en otras del grupo económico, escisiones, etc.

La Ley del Impuesto sobre la Renta y su Reglamento, también tocan el tema. La primera incluye a las “sociedades controladoras de grupos financieros” entre las que integran el sistema financiero,<sup>18</sup> y considera grupo “el conjunto de sociedades cuyas acciones con derecho a voto representativas del capital social sean propiedad directa o indi-

---

<sup>18</sup> Artículo 8° de la Ley del Impuesto sobre la Renta

recta de las mismas personas en por lo menos el 51%. Para estos efectos, no se computarán las acciones que se consideran colocadas entre el gran público inversionista...” y dispone como calcular el impuesto en la enajenación de acciones del grupo a costo fiscal u otro; el régimen de consolidación fiscal entre controladora y controladas, las reestructuración de sociedades.<sup>19</sup>

Otro efecto de la multiplicidad de leyes sobre grupos de empresas, es la reproducción de los mismos conceptos o similares, en varias de ellas. Por ejemplo, las definiciones de *Filial*, *Institución Financiera del Exterior* y *Sociedad Controladora Filial*; en la Ley de Instituciones de Crédito artículo 45A, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito artículo 45 Bis 1, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros artículo 33A, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas artículo 15A, etc.

De lo visto hasta aquí, se puede concluir que el marco jurídico de los grupos de empresas en México, está esparcido en muchas leyes, sobre los diferentes aspectos a que cada una está orientada. La excepción propiamente, está en la siguiente ley, única específicamente dedicada a grupos de empresas con un propósito comprensivo pero, como su nombre indica, del sector financiero.

### **Ley para Regular las Agrupaciones Financieras**

Publicada en 1990 y reformada en 2006, esta ley es una muestra de que en México ha habido reacciones que corresponden a la preocupación mundial respecto a los grupos de empresas, aunque en ámbitos delimitados, como es el caso de la ley especial acerca de los grupos de sociedades específicos para que el sistema financiero “contribuya al sano crecimiento de la economía nacional”.<sup>20</sup> Es la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (*sic*); dado que las leyes son para regular, hubiera bastado llamarla Ley de Agrupaciones Financieras.

Esta ley, tiene por objeto “regular las bases de organización y funcionamiento de los grupos financieros; establecer los términos bajo los cuales habrán de operar, así como la protección de los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de dichos grupos” y, respecto a las empresas en lo individual, advierte que “Cada entidad financiera integrante de los grupos se registrará por lo dispuesto en las respectivas leyes que le sean aplicables”.<sup>21</sup>

La Ley cubre temas fundamentales de los grupos de empresas financieras en cinco títulos: I. De las Disposiciones Preliminares; II. De la Constitución e Integración de los Grupos; III. De las sociedades controladoras y De las filiales de instituciones financieras del exterior; IV: De la Protección de los Bienes del Público; y, V. De las Disposiciones Generales. A continuación comento sólo los aspectos más importantes en cuanto a formas de control en los grupos de empresas.

---

<sup>19</sup> Artículo 26 fracción X, 64 al 78 y 190 de la ley del Impuesto sobre la Renta.

<sup>20</sup> Artículo 2º de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, publicada en DOF 18 de julio de 1990, última reforma DOF 18 de julio de 2006.

<sup>21</sup> Artículos 1º y 4º *Ibidem*.

## *Constitución e integración de los grupos financieros*

*Autorización.* Se requiere autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) para: a) La constitución y funcionamiento de los grupos financieros, que será intransmisible o denegada discrecionalmente; b) La incorporación de una nueva sociedad a un grupo ya constituido, la fusión de dos o más grupos, la fusión de dos o más entidades de un mismo grupo o de una entidad financiera con cualquier sociedad; c) La separación de alguno o algunos de los integrantes o la disolución del grupo; d) Los estatutos y el convenio de responsabilidades de la controladora y las empresas del grupo. La misma SHCP podrá revocar la autorización si la controladora o alguna de las demás integrantes del grupo incumplen esta ley; e).<sup>22</sup>

*Integración.* Estarán integrados por una sociedad controladora y por los tipos de entidades financieras que la ley enumera, consistiendo el grupo financiero mínimo de dos entidades financieras del mismo o de diferente tipo, pero que no sean sólo dos sociedades financieras de objeto múltiple.<sup>23</sup>

Las entidades del grupo podrán: I. Actuar de manera conjunta frente al público, ofrecer servicios complementarios y ostentarse como integrantes de su grupo; II. Usar denominación que las identifique frente al público como integrantes de un mismo grupo; III. Realizar sus operaciones propias (excepto recibir del público depósitos de dinero) a través de las oficinas y sucursales de las empresas del grupo, pero nunca usar para eso las oficinas de la controladora.

*Supervisión.* La propia SHCP, al autorizar la incorporación o la fusión, cuidará en todo tiempo la adecuada protección de los intereses de quienes tuvieren celebradas operaciones con las respectivas entidades financieras, y establece mecanismos de supervisión por conducto de comisiones con objetivo específico.

*Sociedad controladora.* La sociedad controladora debe tener el control de las asambleas generales de accionistas y de la administración de todas las integrantes de su grupo. Será propietaria de acciones con derecho a voto que representen al menos el 51 % del capital pagado de cada entidad del grupo. Podrá nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración de cada integrante.<sup>24</sup> Su duración será indefinida, y su domicilio social se encontrará en territorio nacional.

*Objeto de la controladora.* Tendrá por objeto adquirir y administrar acciones emitidas por las integrantes del grupo y nunca podrá celebrar operaciones que sean propias de las entidades financieras de su grupo.

*Acciones e inversiones.* Establece las series de acciones que deben formar el capital social de la controladora, los derechos que otorgan y los porcentajes factibles de negociación y tenencia, y señala que se obtiene el control de la sociedad controladora cuando: se adquiera el 31% o más de sus acciones, se tenga el control de la asamblea general de accionistas, se pueda nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración o, por cualquier otro medio, se controle a la sociedad controladora.<sup>25</sup> También define a los inversionistas institucionales y las condiciones para invertir en las acciones de los grupos financieros.

---

<sup>22</sup> Artículos 6º, 10, 11, 12 y 17 *Ibíd.*

<sup>23</sup> Artículo 7º *Ibíd.*

<sup>24</sup> Artículo 15 *Ibíd.*

<sup>25</sup> Artículo 20 *Ibíd.*

### *Responsabilidades fundamentales de la Controladora.*

Para protección de los bienes del público, la ley obliga a que la controladora y cada una de las entidades del grupo, suscriban un convenio <sup>26</sup> en el que se definen las responsabilidades de la controladora, en función de un verdadero concepto integrador, solidario y garante del grupo respecto a obligaciones y a pérdidas. Así:

I. La controladora responde subsidiaria e ilimitadamente de que las entidades financieras integrantes del grupo, cumplan las obligaciones a su cargo por las actividades que les son propias conforme a las disposiciones aplicables a cada tipo de empresa, tanto las contraídas ya como parte del grupo como las contraídas con anterioridad a que fuera integrada al mismo, y

II. La controladora responde ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de las entidades de la agrupación. Si su patrimonio fuere insuficiente para hacer efectivas las responsabilidades que, de las entidades financieras integrantes del grupo se presenten de manera simultánea, las cubrirá en primer término, respecto de la institución de crédito que, en su caso, pertenezca a dicho grupo y, posteriormente, a prorrata respecto de las demás entidades integrantes del grupo hasta agotar el patrimonio de la controladora. La base de cálculo es la relación que exista entre los porcentajes que representan, en el capital de la controladora, su participación en el capital de las entidades en falta. <sup>27</sup>

También para protección de los intereses del público ahorrador, Cuando entre las integrantes de la agrupación haya instituciones de banca múltiple, el convenio debe estipular que:

I. La sociedad controladora responde por las pérdidas de las instituciones de banca múltiple integrantes del grupo financiero;

II: El IPAB determina el importe preliminar de dichas pérdidas a cargo de la institución de banca múltiple cuando decide su saneamiento, <sup>28</sup> y notifica a la sociedad controladora el importe preliminar de las pérdidas para que constituya una reserva con cargo a su capital.

III. La controladora garantiza al IPAB el pago de las pérdidas preliminares a cargo de la institución de banca múltiple de su grupo, que haya determinado y cubierto mediante el saneamiento de la institución; y luego le garantiza y paga los importes definitivos o le entrega la titularidad de acciones.

IV. La sociedad controladora queda sujeta a un programa especial de supervisión de la Comisión de SHCP que la supervise, la cual puede intervenirla con carácter de gerencia, y no podrá pagar dividendos ni transferir beneficios patrimoniales a los accionistas. Cuando la Comisión supervisora detecta irregularidades de la controladora, dicta medidas para que regularice su situación y, si no lo hace, toma su administración por medio de un interventor-gerente.

El aspecto positivo de todo esto, es la fijación de responsabilidades a la sociedad controladora; sin embargo, si tuviera como único activo las acciones de sus sociedades

---

<sup>26</sup> Artículo 17 *Ibidem*. Este convenio debe ser aprobado por la SHCP e inscrito en el Registro Público de Comercio junto con los estatutos.

<sup>27</sup> Artículo 28 de la Ley que Regula las Agrupaciones Financieras.

<sup>28</sup> Artículo 122 bis de la Ley de Instituciones de Crédito.

controladas y éstas llegaran a perder valor por las dificultades financieras y aun quiebra que pudieren sufrir, dicho activo perdería valor y podría ser débil garantía de las responsabilidades.

Las entidades financieras se pueden separar del grupo, pero antes deben dejar “totalmente” cumplidas “todas” las obligaciones que haya contraído cada una de ellas y deben dejar cubiertas las pérdidas. La sociedad controladora responde con su patrimonio de que así sea.

Pueden desaparecer por resolución de la institución de banca múltiple cuando la SHCP revoque la autorización o el IPAB determine la disolución y liquidación o el Comité de Estabilidad Financiera resuelva que la institución puede caer en problemas y determine el método de resolución.<sup>29</sup>

Además, la controladora sólo puede ser disuelta una vez cumplidas todas las obligaciones contraídas por cada una de las entidades financieras con anterioridad a la disolución del grupo, y cubiertas las pérdidas si las hay. En el supuesto caso de que la SHCP revoque la autorización del grupo, las responsabilidades solidaria e ilimitadas de la controladora, subsisten hasta que quedan totalmente cumplidas todas y cada una de las obligaciones contraídas por cada entidad del grupo y cubiertas las pérdidas.<sup>30</sup>

*Otras responsabilidades de la controladora.* Publicar en el DOF las autorizaciones de la SHCP y la revocación. Informar datos de los accionistas a la Comisión Nacional que la supervise. Debe comprobar que sus consejeros, director general y funcionarios de los dos niveles inmediatos inferiores, no sean partes relacionadas.

Abstenerse de inscribir transmisiones violatorias de acciones e informarlas a la SHCP para que sancione a quienes contravengan y determine en su caso, que se vendan a la propia controladora las acciones que excedan los límites, al 50% del menor de los valores siguientes:

I. El valor en libros según el último estado financiero aprobado y revisado por el consejo de administración de la controladora y revisado por la Comisión pertinente, o

II. El valor de mercado.

La controladora debe entregar el beneficio que se obtenga al Gobierno Federal, y mantener las acciones reembolsadas en tesorería para colocarlas en el plazo de 6 meses. De no hacerlo, reducirá su capital por el monto de las acciones y las extinguirá.<sup>31</sup>

*Inversión restringida.* El capital pagado y las reservas de capital se invierten en: I. Acciones emitidas por las demás integrantes del grupo. En otras sólo por incorporación o fusión; II. Inmuebles, mobiliario y equipo indispensables para su objeto; III. Valores del Gobierno Federal, instrumentos de captación bancaria y otras inversiones que autorice la SHCP; Y, IV: Títulos de cuando menos el 51% del capital ordinario de entidades financieras del exterior, previa autorización de la SHCP.<sup>32</sup>

*Pasivos de la controladora.* Sólo podrá contraer pasivos directos o contingentes y dar en garantía sus propiedades cuando se trate del convenio de responsabilidades, de las operaciones con el FOBAPROA o con el fondo de protección y garantía de la Ley del

---

<sup>29</sup> Artículo 29 Bis 6 de la Ley de Instituciones de Crédito.

<sup>30</sup> Artículo 11 último párrafo, *Ibíd.*

<sup>31</sup> Artículos 13, 17 y 26 Bis; 11, 12 y 20; y, Art. 21 *Ibíd.*

<sup>32</sup> Artículo 23

Mercado de Valores y, previa autorización del Banco de México, en la emisión de obligaciones subordinadas de conversión forzosa a títulos representativos de su capital y de obtención de créditos a corto plazo, en tanto se realiza la colocación de acciones con motivo de incorporación o fusión.<sup>33</sup>

*Consejo de administración.* De 5 a 15 consejeros propietarios y su respectivo suplente, el 25% o más, independientes, o sean personas ajenas a la administración de la controladora y las entidades del grupo. Reuniones ordinarias al menos trimestralmente y extraordinarias cuando convoque el Presidente, al menos el 25% de los consejeros o cualquiera de los comisarios. *Quorum* mínimo del 51% de consejeros con al menos uno independiente. El Presidente tiene voto de calidad en caso de empate. La mayoría deben ser mexicanos o extranjeros residentes en territorio nacional.

*Conflicto de intereses.* Los consejeros están obligados a abstenerse de participar en la deliberación y votación de cualquier asunto que implique un conflicto de interés y a la confidencialidad.<sup>34</sup>

*Personas relacionadas.* No podrán ser consejeros ni consejeros independientes quienes sean personas relacionadas conforme las define la propia ley.<sup>35</sup>

*Funcionarios de la controladora.* El director general y los de las dos jerarquías inmediatas inferiores, deben tener: elegibilidad crediticia y honorabilidad, residentes en territorio mexicano, con 5 años de servicios en puestos de alto nivel en materia financiera o administrativo y no tener los impedimentos señalados para los consejeros.

La Comisión que supervise a la controladora, podrá determinar la remoción o suspensión o inhabilitación de los miembros del consejo de administración, directores generales, comisarios, directores y gerentes y funcionarios que puedan obligar con su firma a la sociedad, y vetarlos cuando les falte calidad técnica o moral o requisitos, o incurran en infracciones a esta ley y sus reglas de la SHCP.<sup>36</sup> También podrá remover o suspender a los auditores externos de la controladora o vetarlos cuando cometan infracciones.

#### *Filiales de instituciones financieras del exterior*

*Filial.* La sociedad mexicana autorizada para organizarse y operar conforme a esta Ley como entidad financiera (artículo 7) y que pertenezca a un grupo. Las filiales podrán realizar las mismas operaciones que las sociedades controladoras a menos que haya restricción en el tratado internacional.<sup>37</sup>

*Institución financiera del exterior.* La entidad financiera constituida en un país con el que México haya celebrado un tratado o acuerdo internacional que permita establecer filiales en territorio nacional.

*Sociedad controladora filial.* Es la sociedad mexicana autorizada para constituirse y funcionar como sociedad controladora de un grupo financiero en México y en cuyo capital participe una institución financiera del exterior. Se registrará por los tratados o acuerdos internacionales correspondientes, esta Ley y sus reglas. Las entidades financieras en cuyo capital participe una Sociedad Controladora Filial se registrarán por las disposiciones

---

<sup>33</sup> Artículo 23 y 28 *Ibidem*.

<sup>34</sup> Artículos 24 y 25 *Ibidem*.

<sup>35</sup> Artículo 24

<sup>36</sup> Artículo 27 *Ibidem*.

<sup>37</sup> Artículos 27-A a 27-Ñ.

aplicables a las Filiales de Instituciones Financieras del Exterior. Su capital social estará integrado por acciones de la serie 'F' de cuando menos el 51% del mismo. El 49% restante del capital social serán acciones 'F', 'B' o ambas.<sup>38</sup>

*Autorización.* Para constituir una sociedad controladora filial y operar como grupo financiero, la institución financiera del exterior requiere autorización intransmisible de la SHCP, así como las series de acciones que integren su capital social

*Partes relacionadas.* No pueden ser consejeros independientes quienes sean personas relacionadas en los términos que la propia ley define.

*Protección de los bienes del público.* Se debe establecer la previsión en los estatutos de la controladora y convenio firmado por ésta y sus entidades financieras del grupo, por la cual la controladora responderá:

- subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones de las demás del grupo, anteriores o posteriores a haberlo formado.
- ilimitadamente por las pérdidas (A – P) de todas y cada una del grupo. Si su patrimonio no alcanzare, por la totalidad de la institución de crédito y a prorrata por las demás, con base en su participación en el capital.
- las demás entidades del grupo no responden por las pérdidas de la controladora ni de otras del grupo.

La controladora deberá garantizar al IPAB el pago de las pérdidas de la institución de banca múltiple que éste determine, y ratifique un tercero contratado por el IPAB. La controladora deberá cubrir la pérdida en 60 días al IPAB o a la institución en liquidación, y cualquier pérdida posterior a la determinación. Estará sujeta a supervisión especial de la Comisión correspondiente, la que podrá declarar su intervención, por la razón indicada o por incumplimientos o irregularidades.

La controladora no podrá pagar dividendos ni transferencia de beneficios patrimoniales a los accionistas.

*Contabilidad.* La del grupo está sujeta a las reglas de la Comisión y sus visitas.

*Inversiones.* Las entidades financieras del grupo pueden invertir en acciones de otras entidades financieras hasta el 1 por ciento del capital pagado de la emisora y nunca en las de entidades de su mismo grupo ni en el capital de personas morales que sean accionistas de la controladora o de otras del grupo. Pueden invertir en el exterior previa autorización de la SHCP. Tampoco pueden financiar la adquisición de acciones de su controladora ni de otra del grupo ni recibir éstas en garantía.

## **Grupos de empresas en la Ley de Concursos Mercantiles**

Una de las novedades de la Ley de Concursos Mercantiles, es que incorporó “disposiciones legales relativas al concurso mercantil de sociedades controladoras y controladas, que no se encontraban en la Ley vigente, la de Quiebras y Suspensión de Pagos”.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Conceptos que están definidos en varias leyes, según ya dije.

<sup>39</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, 23 de noviembre de 1999.

La Ley de Concursos Mercantiles se ocupa de los grupos de empresas llamándolas sociedades mercantiles controladoras o controladas, en los siguientes aspectos del concurso mercantil, específicamente: definición del comerciante, de sociedad controladora y de la controlada; la acumulación de procedimientos, la visita, la definición de partes relacionadas, sus ofertas, la presunción de fraude a acreedores, las sucursales extranjeras y los procedimientos extranjeros.

*Son Comerciantes.* La definición de Comerciante comprende a las sociedades mercantiles controladoras o controladas, por lo tanto, son susceptibles de ser declaradas en concurso mercantil cuando incumplan generalizadamente en el pago de sus obligaciones.<sup>40</sup>

*Sociedad controladora.* La Ley establece tres requisitos para considerar que una sociedad mercantil es controladora: independencia, domicilio social y tenencia de sociedades controladas directamente o a través de otra u otras.

Entiende por sociedad mercantil controladora la que sea independiente, en el sentido de que no esté subordinada a otra por razones de propiedad, porque en ningún caso más del 50 % de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades; que sea residente en México porque su domicilio social (y en caso de irrealidad de éste, el lugar donde tenga la administración principal la empresa) esté en nuestro país; y, que sea propietaria de más del 50 % de las acciones con derecho a voto (acciones comunes)<sup>41</sup> de otra u otras sociedades controladas, bien sea directamente o por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora.

*Sociedad controlada.* Considera sociedad controlada a aquélla en la cual más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad controladora. La tenencia indirecta es la que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora.

En cuanto a su forma de constitución legal, la controladora y la controlada pueden ser anónimas (S. A.) o de responsabilidad limitada<sup>42</sup> (S. de R. L.), pues la LCM dice

---

<sup>40</sup> Artículo 4º fracción II de la Ley de Concursos Mercantiles.

<sup>41</sup> En Diario Oficial del 27 de diciembre de 2007 se publicó la corrección al artículo 15 de la LCM, agregándole la negación inicial para que se consideren con derecho a voto sólo las acciones comunes de las controladas: “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.”

<sup>42</sup> La S de R L “es la que se constituye entre socios que sólo están obligados al pago de sus aportaciones, pero las partes sociales no pueden estar representadas por títulos negociables y sólo se pueden ceder en los casos y requisitos de ley.” Artículo 58 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM).

que “tratándose de sociedades que no sean por acciones se considerará el valor de las partes sociales”.<sup>43</sup>

*Acumulación de procedimientos.* La regla general es que no se acumulen los procedimientos de concurso mercantil de dos o más comerciantes, con la excepción de 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.”<sup>44</sup>

La no acumulación de procedimientos y la posibilidad de acumular los de las empresas del mismo grupo pero llevarlos por cuerda separada, tiene que ver con el concepto jurídico de la personalidad.

Una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es que “la incorporación de una institución de crédito a un grupo financiero no provoca la extinción de la personalidad”,<sup>45</sup> y explica que “la incorporación de una institución de crédito a un grupo financiero no genera la extinción de la misma como persona moral con autonomía jurídica respecto de la del propio grupo ya que el ente incorporado no pierde su personalidad por cuanto que conserva, aunque limitado a la supervisión de la controladora, su patrimonio y asimismo, mantiene su denominación sin alterar el tipo de sociedad originalmente elegido...” Podemos generalizarla a las empresas mercantiles diciendo que su incorporación en grupos no extingue la personalidad de las integrantes; antes bien, mantiene intacta la de cada una de ellas.

Aun integrada a un grupo mercantil, cada empresa conserva su personalidad, esto es, su aptitud inalterable para ser sujeta de derechos y obligaciones así como su capacidad para entrar a juicio como actora o demandada. La capacidad de las personas morales o sociedades, se rige por las normas legales generales o especiales, y por las de sus estatutos. La sociedad o ente moral, es la pluralidad de personas legalmente articuladas que tiene características como el patrimonio, como la suma de bienes y riquezas que le pertenecen, o conjunto de derechos y obligaciones que le corresponden en calidad de titular único.

La acumulación de los procedimientos de concurso mercantil tiene como consecuencia que los de las empresas que pertenezcan a un mismo grupo sean turnados para su atención al mismo Juez evitando que, en asuntos interrelacionados, pudiere haber resoluciones contradictorias y propiciando que las que tome estén más ricamente informadas. La mera acumulación, supondría en la práctica mexicana, abrir un solo expediente para todas las empresas no siendo factible, por ejemplo, cuando la solicitud o la demanda para ton presentadas en diferentes fechas o, en su inicio y hasta que se aclaró la relación, hubieren tenido un ritmo de avance distinto. La “cuerda separada” se refiere, entonces, a establecer un expediente para cada empresa y llevar el procedimiento en forma individual pero tomar en cuenta todos los relacionados al momento de dictar las diferentes sentencias que establece la Ley.

Por otro lado, “se dispuso la no acumulación de los litigios arbitrales o judiciales entre el Comerciante<sup>46</sup> y terceros”. Esto es, los demás litigios que venga arrastrando la em-

---

<sup>43</sup> “El capital social... se divide en partes sociales, que pueden ser de valor y categoría desiguales...” Artículo 62 Ley General de Sociedades Mercantiles.

<sup>44</sup> Artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles (LCM).

<sup>45</sup> Novena época, TCC, SJF Gaceta Tomo VI, noviembre 1997, página 499, Tesis XII.2o. 24 (A) Civil.

<sup>46</sup> El Comerciante es la empresa en procedimiento de concurso mercantil, sea singular o pertenezca a un grupo.

presa como actora o demandada en materia civil, mercantil, laboral, etc., continúan el propio curso que ya traían en los respectivos tribunales pero, “para protección de los intereses de la masa, se atribuye al conciliador o al síndico, según sea el caso, el derecho de participar en dichos litigios”. El Juez del concurso mercantil toma en cuenta la resolución final cuando la parte interesada le presenta la sentencia o laudo correspondiente: si establece créditos a cargo del comerciante, tiene efectos de reconocimiento, graduación y pago; si establece derechos a favor del comerciante, se incorporan en beneficio de la masa; o bien, puede servir al tercero para iniciar un incidente de separación de bienes a que tenga derecho. Entre otras ventajas, “esta solución, también respeta las estipulaciones de selección de foro y de resolución de controversias libremente convenidas entre las partes antes de la constitución del estado de concurso.”<sup>47</sup>

*Visita.* Cuando la solicitante o la demandada de concurso mercantil sean una sociedad mercantil controladora o controlada, el visitador debe asentar este hecho en su dictamen que elabora y presenta al juzgado en el formato LV-1/40 y del que es parte integrante la Sección 10 “Información complementaria para efectos de posible acumulación”.<sup>48</sup>

*Partes relacionadas.* Las partes relacionadas con una persona moral en concurso mercantil, son las empresas que pertenezcan al mismo grupo y las que tengan a las mismas personas en la administración de alto nivel. Así, tenemos el caso de que, en los procedimientos de personas morales (sociedades mercantiles) se presumen actos en fraude de acreedores, las operaciones en contra de la Masa realizadas, a partir de la fecha de retroacción, con: Las personas morales que sean sus controladas, con las que ejerzan control sobre ella (su controladora) o con las controladas por la misma sociedad controladora; y, con las personas morales en las que tenga coincidencia de los administradores, miembros del consejo de administración o principales directivos.

*Ofertas de partes relacionadas.* El procedimiento general para enajenar el activo (bienes y derechos que integran la masa) de la empresa declarada en quiebra, es la subasta pública; el síndico publica la convocatoria y cualquier interesado en participar puede presentar posturas al juez. Sin embargo, cuando el síndico considere que mediante un procedimiento distinto, puede obtener mayor valor por cualquier bien o conjunto de bienes de la masa, solicita al juez su autorización.

En cualquiera de ambos procedimientos de venta, los postores u oferentes deben manifestar sus vínculos familiares o patrimoniales con el comerciante, sus administradores u otras personas relacionadas directamente con las operaciones del comerciante. Quien presente una postura u oferta en representación de otra persona, deberá manifestar adicionalmente los vínculos correspondientes de la persona a quien representa. El síndico asiste al Juez informándole quiénes son los titulares del capital social y en qué porcentaje, y los datos para identificar a sus administradores y personas que puedan obligarlo con su firma.<sup>49</sup>

Es tan importante la manifestación de posibles vínculos de parte relacionada, que la omisión o falsedad es causa de nulidad de cualquier adjudicación hecha a la postura de que se trate; la subasta se tendrá como no realizada sin perjuicio de las responsabilidades que resulten. El ser parte relacionada, no impide comprar la masa pero

---

<sup>47</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, 23 de noviembre de 1999.

<sup>48</sup> Artículo 30 de la LCM.

<sup>49</sup> Artículo 202 de la LCM.

hay la regla especial de que una vez presentadas las posturas no podrán mejorarlas ni participar en las pujas.

*Presunción de fraude.* 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:

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.<sup>50</sup>

Con formato: Numeración y viñetas

*Sucursales extranjeras.* Las sucursales de empresas extranjeras también son Comerciante y podrán ser declaradas en concurso mercantil, pero comprendiendo exclusivamente los bienes y derechos localizados y exigibles en el territorio nacional, y a los acreedores por operaciones realizadas con dichas sucursales.<sup>51</sup>

*Procedimiento extranjero.* La Ley de Concursos Mercantiles, admite la cooperación en los procedimientos internacionales de insolvencia por parte de los tribunales del país, a lo cual dedica su Título Décimo Segundo “De la cooperación en los procedimientos internacionales”, que contiene: disposiciones generales, del acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales mexicanos, del reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables, de la cooperación con tribunales y representantes extranjeros y de los procedimientos paralelos.<sup>52</sup> Estos temas directamente vinculados con los procedimientos de insolvencia de los grupos de empresas transfronterizos, fueron incorporados entre las novedades de la Ley de Concursos Mercantiles y siguen el espíritu de la *Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza* (1997) de la CNUDMI o más conocida por las siglas en inglés de la comisión que la preparó, UNCITRAL, y que ha estado impulsando la Organización de Naciones Unidas.

Los términos importantes y su definición, aplicables al concepto “Comerciante” sea persona física, empresa singular o empresas que pertenezcan a grupos transfronterizos, son:

*Procedimiento Extranjero.* El procedimiento colectivo, judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa al concurso mercantil, quiebra o insolvencia del Comerciante y en virtud del cual sus bienes y negocios queden sujetos al control o a la supervisión del Tribunal Extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;

*Procedimiento Extranjero Principal.* El Procedimiento Extranjero que se siga en el Estado donde el Comerciante tenga el centro de sus principales intereses;

*Procedimiento Extranjero no Principal.* El Procedimiento Extranjero que se siga en un Estado donde el Comerciante tenga un establecimiento, entendiendo como tal, “todo

---

<sup>50</sup> Artículo 116 de la LCM.

<sup>51</sup> Artículo 16 de la LCM.

<sup>52</sup> Artículos 278 al 310 de la LCM.

lugar de operaciones en el que ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios;”

*Representante Extranjero.* La persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del Comerciante o para actuar como representante del Procedimiento Extranjero;

*Tribunal Extranjero.* La autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un Procedimiento Extranjero.<sup>53</sup>

## EL GRUPO DE EMPRESAS EN LA TEORÍA DE SISTEMAS

Hay dos métodos de estudiar los fenómenos, distintos pero complementarios: a) el enfoque analítico que considera los componentes del sistema y la naturaleza de las interacciones y sus causas; y b) el sistémico que se interesa primero por los efectos de las interacciones, la percepción global del fenómeno en tanto sistema, y la explicación del conjunto integrando la noción de duración.

En su etapa más avanzada, el enfoque sistémico recurre a la simulación empleando simultáneamente grupos de variables, lo cual permite actuar sobre la complejidad modificando diferentes grupos de variables a la vez, y observar los impactos de estas modificaciones sobre el comportamiento del sistema en su conjunto. La validación de los hechos se obtiene por: la prueba experimental en el marco de una teoría; o bien, comparando el funcionamiento de un modelo con la realidad. Aspiramos llegar a este nivel en el curso de investigación posterior del fenómeno de los grupos de empresas, pues la simulación nos ayudará a entender a fondo la emergencia de la complejidad que lleva a los grupos de empresas al éxito o en algunos casos al fracaso.

El grupo de empresas es un sistema complejo del ámbito económico que tiene el objetivo de generar y conservar riqueza para sus componentes internos y para su entorno. Reúne las cinco características de los sistemas complejos.<sup>54</sup>

Tabla Núm. 8
Características del sistema complejo
1. Constituido por agentes o nodos
2. Estructura de relaciones entre los agentes o nodos
3. Varios niveles jerárquicos entrelazados
4. Flujos internos de energía, información y recursos, con disipación de parte de la energía.
5. Comportamiento evolutivo con tendencias opuestas, hacia la organización o hacia la entropía

### 1. Agentes

<sup>53</sup> Artículo 279 fracciones I a VI, de la Ley de concursos Mercantiles.

<sup>54</sup> Sigo parcialmente el pensamiento de Joël de Rosnay, 2020 *Les Scénarios du futur*, Paris, 2007, página 32.

Los agentes son las empresas individuales de distintos tamaños y especialidades que tienen un objetivo común, y cuyo funcionamiento produce la sinergia necesaria para que los resultados del grupo estén muy por encima de la suma de los resultados que producirían las integrantes si funcionaran aisladamente.

## 2. Estructura de relaciones

Se establecen numerosas relaciones entre las empresas: de poder y autoridad, patrimoniales, económicas y culturales (el lenguaje, los símbolos, la comunicación).

## 3. Jerarquía

Entre las componentes del grupo, se va estableciendo la jerarquía debido a las cadenas de propiedad de las acciones o partes del capital, y a los tipos de decisiones que cada empresa pueda tomar en lo administrativo y financiero, sobre su propio patrimonio o sobre el de las demás.

La empresa controladora encabeza al grupo; tiene filiales de relación directa y filiales de sus filiales que son controladas a través de empresas intermediarias.

Los niveles de la jerarquía se aprecian en complejidad decreciente cuando son estudiados desde el enfoque analítico, y en complejidad creciente cuando lo son desde el enfoque sistémico. Los niveles jerárquicos forman redes de interdependencia y comunicación entre los agentes del sistema que interactúan.

## 4. Flujos internos

El sistema de empresas puede tener o no una estructura formal, ya que la permanencia del sistema resulta de otras tres condiciones: el equilibrio de fuerzas entre las empresas relacionadas; los flujos de energía, información y recursos que las atraviesan; y, la disipación de energía para mantener el equilibrio del sistema en el tiempo.

A diferencia de los sistemas simples que evolucionan linealmente, el de empresas se comporta en forma dinámica y evoluciona hacia mayor complejidad cuando tiene las capacidades de reproducción que le permiten generalizarse, o hacia la entropía y descomposición cuando en él predomina el desgaste y la pérdida de energía.

Está irrigado por los flujos de la energía, la información y los recursos y, desde el interior de su estructura disipadora de estos flujos, va realizando acciones con efectos sobre el entorno y sobre sí mismo, a veces de organización y residualmente de desorden o entropía.

## 5. Comportamiento evolutivo

Los efectos combinados de las acciones que realizan los agentes en relación y dependencia recíproca, permiten la regulación del sistema y su evolución en tres direcciones posibles:

- 1) *El desorden*. La entropía es la medida del desorden que altera al sistema y, que, de no ser contrarrestado, lo lleva a su destrucción. La entropía se retroalimenta a sí misma, la desorganización se acrecienta y el sistema entra en riesgo.
- 2) *El statu quo*. La capacidad de auto-organización del sistema puede contrarrestar el aumento del desorden y cuando logra compensarlo, recupera la estabilidad y queda en el equilibrio transitorio del *statu quo*.

- 3) *El mejoramiento*. Cuando la generación de organización y orden dinámico es más rápida que la de entropía, el sistema sobrevive, la complejidad se acrecienta y el sistema evoluciona.

### *¿Cómo emerge la complejidad?*

Ocurre un evento, sobreviene la ruptura y luego los 'efectos de umbral' hacen emerger propiedades nuevas por autocatálisis (el sistema se acelera a sí mismo excluyendo a los demás) y autoselección (el sistema se acelera drenando en su beneficio la energía e información de otros sistemas) excluyendo a los demás.

*Efectos de umbral*. El umbral es el punto de inicio o nivel inferior de intensidad más baja, a la cual se puede percibir un estímulo o puede producir un efecto dado. Ciertas estructuras evolucionan de tal suerte que, en un momento dado, la emergencia de propiedades nuevas provoca un salto cuántico en el tiempo. Algo totalmente nuevo aparece e introduce la dimensión temporal en la emergencia de la complejidad.

¿Cómo estudiar la emergencia de la complejidad a partir de lo simple? ¿Cómo la simplicidad puede generar la complejidad?

Las estructuras fractales (del latín *fractus*, quebrado, fraccionado) permiten explicar como, pasando de nivel jerárquico a otro, la complejidad crece y entonces, lo simple repetido muchas veces genera la complejidad y da lugar a la "teoría del caos determinista": la complejidad puede nacer de las interacciones caóticas entre agentes o elementos y estas interacciones generan el orden a partir del desorden. Se pueden generar estructuras fractales a partir de elementos muy simples, y la dinámica de los sistemas puede conducir a 'efectos de umbral' ocasionando la emergencia de propiedades nuevas. Los elementos simples pueden generar estructuras de gran complejidad.

Nuestras hipótesis son que todos los grupos de empresas tienen en común una misma estructura de base y como sistema complejo sobreviven, evolucionan y ejercen efectos sobre la naturaleza. Para tener una base de su posterior explicación, cabe mencionar los aspectos básicos de la supervivencia de los sistemas complejos en biología para la posterior búsqueda de la analogía con los grupos de empresas:

- a) La estructura ramificada (o arborescente) debe poder introducir la energía y la información en un volumen determinado.
- b) El tamaño de la ramita del fractal es invariante cualquiera que sea el organismo que la porta. Sea una abeja o una ballena, el tamaño de las células es invariante en pocos micrones.
- c) Los flujos de energía y de materia son optimizados notablemente por los flujos de información. El sistema debe ser el más eficaz posible. La tasa de "gasto de energía/contribución al mantenimiento de la estructura" es débil.
- d) El tiempo influye en los 'efectos de umbral' y en las nuevas propiedades que emergen en las estructuras fractales que se reencuentran en el tiempo hasta crear la fractalización del tiempo.
- e) Se descubren progresivamente nuevas estructuras.

Los grupos de empresas son más complejos que cada empresa que los integra y las propiedades clave de la supervivencia del sistema complejo, son:

- a) La complejidad no está programada en cada empresa aislada ni en los individuos, sino nace de la dinámica de las interacciones de las constituyentes del grupo (con sus propiedades, deudas y operaciones) y los seres humanos (con su lenguaje, sus fuerzas e influencia, sus sentimientos, conflictos e intereses).
- b) El individuo pudiera conocer el plan de construcción del conjunto o la estructura en la que participa, pero suele actuar sin considerarla.
- c) La complejidad emerge de las interacciones de las empresas (reguladas o influenciadas por las leyes, los valores y la moral).
- d) De los grupos de empresas organizados conscientemente, emergen las propiedades nuevas, distintas a las de sus constituyentes.

Los sistemas complejos exigen la dirección que da el objetivo común, la finalidad compartida y la regulación de la conducta, condiciones no dadas de antemano sino que se van construyendo al paso y a medida que se vaya aprendiendo de los fracasos. La supervivencia de los grupos de empresas no depende sólo del azar, sino también del conocimiento acumulado, de las capacidades de previsión e innovación y de coordinar la acción colectiva. Buscaremos las homologías entre los sistemas complejos de diferentes ámbitos sin perder de vista las diferencias, para aumentar el conocimiento del sistema que nos interesa, el grupo de empresas.

El ser humano, en relación con las diferentes redes técnicas y sociales que construye – los grupos de empresas entre ellas – participa de la emergencia de un nivel de complejidad superior a todo, ignorando adónde lo conducirá. Al estudiar la evolución humana, pareciera que no tiene plan alguno. Marcha a tientas. Hace camino al andar y es verosímil que la emergencia de propiedades nuevas nos iluminará sobre lo bien fundadas que sean nuestras elecciones colectivas. ¿Hemos errado o tenido razón? Falta en todo caso que tomemos posición sobre las finalidades colectivas, responsables de nuestro futuro como especie.

Las mismas reglas de ensamblaje son aplicadas para construir estructuras de complejidad más y más grande en distintos ámbitos. Los módulos se combinan y recombinan en ensambles de construcción del nivel superior. Las grandes funciones de las organizaciones humanas o del ecosistema se apoyan en los mismos tipos de estructuras: redes de comunicación, ciclos energéticos, circulación de información y de materia, interfaces, rizados de retroalimentación reguladora, etc.



## Capítulo 4

# INTERÉS INTERNACIONAL

### COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

La operación de las empresas en grupos es un tema de actualidad y gran preocupación a nivel mundial, principalmente en lo relativo a la insolvencia, esto es, al incumplimiento de las obligaciones de pago, la reorganización con reestructuración de deudas y, en su defecto, la quiebra de empresas, por las consecuencias de daños a terceros que pudieren tener.

La Organización de las Naciones Unidas formó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y, dentro de ésta, el Grupo de Trabajo V (Régimen de insolvencia) mismo que, en su 31º periodo de sesiones celebradas en Viena en diciembre de 2006, emitió el documento *Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia*,<sup>55</sup> en calidad de primera recopilación resultante de las consultas hechas a los países miembros.

Dado su reciente y valioso contenido para el tema de las ‘empresas relacionadas’, a continuación introduzco en primer término el glosario y la paráfrasis de tres aspectos del documento: los grupos de sociedades, los procedimientos de insolvencia a los grupos de sociedades en su ámbito nacional; y, los procedimientos de insolvencia a los grupos de empresas en el ámbito internacional.

## GLOSARIO

Este glosario incluye las precisiones terminológicas que ha hecho la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para orientar a los interesados en el tema y facilitar la interpretación uniforme de los temas que ha tocado en sus documentos respecto de los grupos de sociedades.

*Capital.* Es el patrimonio resultante de las aportaciones financieras a una empresa, ya sea en forma de activos financieros o de participaciones en su capital social.

*Centro de los principales intereses.* Es el lugar donde se ejercen las funciones de administración central del grupo; esto es, donde se adoptan las decisiones en materia de

---

<sup>55</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de Insolvencia). Documento de distribución limitada A/CN.9/WG.V/WP.74 y sus addenda 1 y 2, del 4 de octubre de 2006.

política, gestión y financiamiento. Es el lugar donde la deudora lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por tanto, puede ser averiguado por terceros. Se presume que el centro de los principales intereses de la deudora es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social o su residencia habitual si se trata de persona física.

*Consolidación patrimonial.* Consiste en mancomunar los activos y pasivos de dos o más empresas pertenecientes a un grupo, a fin de crear una masa única de insolvencia en beneficio de los acreedores de las empresas cuyos patrimonios se consolidan.

*Control.* Control es el poder que permite a alguien mantener una posición estratégica en una organización empresarial y dominar, directa o indirectamente, con su capacidad para decidir las políticas financieras y de operaciones.

Control es el poder asociado al mantenimiento de una posición estratégica en el seno de un grupo de empresas y que permite a quien lo ejerce dominar directa o indirectamente los órganos con capacidad decisoria; para ello no bastará con disponer de cierta medida de control o de influencia. El control que efectivamente se ejerza puede también nacer de un acuerdo contractual en el que se haya previsto un grado de dominio suficiente.

Una sociedad controla a otra sociedad cuando:

- 1) Posea directa o indirectamente un porcentaje de capital que le confiera mayoría de los derechos de voto en las asambleas de accionistas;
- 2) Disponga de la mayoría de los derechos de voto, en virtud de un acuerdo firmado con otras sociedades o accionistas, que no sea contrario al interés de la controlada;
- 3) Controle de hecho las decisiones en las asambleas de accionistas, con los derechos de voto que tenga. Se presume que una sociedad ejerce este control cuando disponga directa o indirectamente de derechos de voto por más del 40% y ningún otro accionista posea directa o indirectamente, un porcentaje superior al suyo.
- 4) Posea minoría de acciones con derecho a voto pero tenga el poder de ejercer influencia decisiva en la empresa controlada; gracias a condiciones estipuladas en: contratos de dirección o gestión, convenios de crédito, convenios fiduciarios de voto, convenios de licencia o de franquicias u otros.

*Coordinación procesal.* Consiste en la administración coordinada de dos o más procedimientos de insolvencia separados o abiertos en forma individual, contra dos o más empresas de un grupo. Cada una sigue siendo entidad separada y distinta, con su propio activo y pasivo, preservándose así la integridad de cada empresa del grupo.

*Cuentas consolidadas.* Las cuentas consolidadas son los estados financieros que presentan las cifras contables globales y los resultados integrados de una tenedora de acciones y sus filiales, de modo que refleja al grupo de sociedades como si fuera entidad económica única.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Naciones Unidas, Documento de distribución limitada A/CN.9/WG.V/WP.74

*Directivos virtuales y de facto.* El director virtual es la persona cuyas órdenes o indicaciones determinan la conducta del personal directivo de una empresa. Una empresa puede ser directora virtual de otra.

El director de facto puede ser un accionista o un ejecutivo de una sociedad controladora que en la práctica desempeña funciones directivas o considera tenerlas sin ocupar oficialmente un cargo de dirección.

*Empresa.* Toda entidad, cualquiera que sea su forma jurídica, que ejerza una actividad económica, incluidas aquellas que sean propiedad de una sola persona o de una familia, o que revistan la forma de sociedad colectiva o de mera asociación.

*Filial.* La filial es una empresa que pertenece a otra principal que forma parte del mismo grupo de sociedades o es, a su vez, dominada o controlada por otra principal. Suele ser constituida conforme a las leyes del lugar donde tiene su domicilio social. Una principal posee a una filial cuando tiene más de la mitad de su capital.

Empresa filial es toda empresa propiedad de otra del mismo grupo o que esté controlada por ella. Esta empresa se constituye con arreglo al derecho positivo del país en donde está establecida.

*Grupo de sociedades.* El grupo de sociedades es la configuración de varias empresas ligadas por una red común de participaciones en el capital social y, a la vez, sujetas a control unificado o a una capacidad de controlar.

Los rasgos distintivos que en la práctica convierten a diversas empresas en un grupo de sociedades, son: los vínculos de dirección y gestión, estrechos y comunes, que forman una red interconectada de complejas participaciones recíprocas en el capital social; y, que por conducto de sus órganos de gestión, cada una tiene en cuenta las necesidades y los intereses de las demás.

El grupo de sociedades es un conjunto de empresas compuesto por una empresa matriz, sus filiales y las entidades en las que la empresa matriz o sus filiales tengan un derecho de participación, así como las empresas vinculadas entre sí por una relación en el sentido de las cuentas consolidadas, o relativa a la supervisión suplementaria de las entidades de crédito, compañías de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero.<sup>57</sup>

Grupo de empresas es el que está formado por dos o más empresas, estén o no constituidas en sociedad mercantil, que se encuentren vinculadas entre sí a través de su capital o de alguna forma de control.<sup>58</sup>

*Mancomunidad.* La mancomunidad del patrimonio conforme a derecho procesal o “administración conjunta”, consiste en combinar diferentes procedimientos de insolvencia o en mancomunar el patrimonio de entidades con personalidad jurídica independiente, con fines administrativos de facilitar las cuestiones procesales y ahorrar gastos; pero el activo y el pasivo de los deudores siguen siendo independientes y diferenciados, y los derechos sustantivos de los acreedores no se ven menoscabados.

---

<sup>57</sup> La CNUDMI tomó estas definiciones de Directivas de la CEE y de su Parlamento.

<sup>58</sup> Definición acordada en reunión del 8 marzo 2008 en Nueva York

La mancomunidad del patrimonio conforme a derecho sustantivo, consiste en que el tribunal que lleve el proceso de insolvencia contra empresas de un mismo grupo, en circunstancias procedentes, soslaye la personalidad jurídica independiente de cada una y ordene la mancomunidad de todos los activos y pasivos a fin de tratarlos como posesión de una sola entidad que hubiera contraído las deudas. Así, se crea una sola masa en beneficio general de los acreedores de todas las entidades cuyo patrimonio fue mancomunado.

*Mandamiento de aportación.* Orden judicial a una empresa solvente de un grupo con empresas insolventes, de que aporte capital para cubrir parte o la totalidad de las deudas de las insolventes sometidas a proceso judicial de insolvencia.

*Mandamiento de mancomunidad de bienes.* Orden judicial de conjuntar o combinar en una sola "masa" de un procedimiento de concurso mercantil, el activo y el pasivo del grupo de sociedades deudoras, en beneficio general de los acreedores no garantizados.

*Parte relacionada.* Sociedad allegada o afiliada con personalidad jurídica propia, o persona allegada de un deudor, es: 1) la que ejerce o ha ejercido algún tipo de control sobre el negocio del deudor; o, 2) es un pariente, socio o filial del deudor.

*Partidas no consignadas en el balance general.* Las partidas no consignadas en el balance general denotan un crédito o una deuda o una actividad financiera que no quedan reflejados en el balance general. Ejemplo de actividades financieras no consignadas son las operaciones correspondientes a empresas conjuntas, los consorcios de investigación y desarrollo, y arrendamientos simples (en vez de la adquisición de bienes de capital) en que el bien se consigna en el balance general del arrendador, y el arrendatario da cuenta únicamente de los gastos por el uso del bien.

*Precios de transferencia.* La fijación de los precios de transferencia interna (entre empresas del mismo grupo), es la atribución de determinados valores a los bienes y servicios que son intercambiados en el seno de un grupo de sociedades. Digamos que la empresa fabricante le vende a la de comercialización o a una filial en el extranjero. Los precios de transferencia interna que fijen, incidirán en la distribución de las utilidades entre las empresas del grupo. Por ejemplo, puede ser ventajoso fijar los precios de tal forma que, al contabilizarlos, la mayor parte de las utilidades quede en la residente del país con más bajos impuestos.

*Relación entre las sociedades principal y filial.* La relación entre principal y filial se establece cuando una sociedad mercantil goza de posición estratégica en el órgano de gobierno de otra, que le da participación en las facultades decisiones o poder para influir directa o indirectamente en su actividad mercantil. Los factores que la corroboran son:

- 1) Participación mayoritaria en su capital
- 2) Posesión de capital suficiente para darle mayoría de votos
- 3) Poder de elegir a la mayoría del consejo de administración y de supervisión; y,
- 4) Mantenimiento de relaciones financieras, personales, contractuales o de otra índole, que dan a una sociedad la posición estratégica de control sobre la otra.

*Sociedad matriz.* También se la conoce como tenedora de acciones, sociedad de cartera, sociedad de valores, empresa principal o controladora. Es la empresa que directa o indirectamente posee un número de acciones de otra empresa, con derecho a voto, suficientes para controlar su dirección y actividad mercantil, elegir a los integrantes de su consejo de administración e influir en las decisiones que tome. En general, no produce mercancías ni presta servicios al público cuando su única finalidad es poseer acciones de otras empresas o ser su propietaria única o mayoritaria.

Empresa matriz es toda empresa que controle directa o indirectamente la administración y las operaciones de otra empresa, influyendo en su junta directiva o eligiendo a sus miembros. Suele no producir bienes ni prestar servicios cuando fue constituida sólo para posea las acciones de otras empresas o sea su propietaria.

*Sucursal.* La sucursal es una unidad de una entidad más grande (como una empresa multinacional) que, por lo tanto, que es como una extensión de su empresa matriz y, por lo tanto, no se ha constituido como persona jurídica independiente en el país donde se ha establecido y desarrolla sus actividades.

## GRUPOS DE SOCIEDADES

### **Antecedentes**

Sociedad es la entidad que propicia la certidumbre en la organización de la actividad mercantil dadas cuatro características: personalidad jurídica propia distinta de las personas físicas que la componen, adquirida en trámites legales; capacidad para adquirir derechos, contraer obligaciones y responsabilidades como la de responder por las deudas que contraiga; horizonte de larga vida independiente de la de los accionistas; y, la de limitar la responsabilidad de estos a sus aportaciones de capital.

Hay tendencia creciente hacia el funcionamiento de las sociedades mercantiles “en grupos” con distintas formas de vinculación y de organización económica, pero todas sustentadas en la identidad societaria única y la legitimación de la propiedad de las acciones de una sociedad por otra. La vinculación entre ellas se traduce en alguna forma de control directo o indirecto, o de propiedad entrelazada de las empresas del grupo, aunque no siempre sea patente la dimensión ni la complejidad de éste. Se trata, pues de *empresas relacionadas*.

En la actualidad sólo las empresas privadas pequeñas o de propiedad familiar, operan como independientes en tanto que los grupos son omnipresentes en las economías nacionales, desarrolladas o no, y como conglomerados transnacionales que proyectan la imagen de entidad empresarial única aunque sigan preservando la personalidad jurídica de cada integrante.

### **Naturaleza de los grupos de sociedades**

*Estructura de organización.* La estructura del grupo de sociedades puede ser sencilla o muy compleja y con nombres específicos variados para cada una, a veces dependiendo del tipo de red que formen sus relaciones. Puede ser vertical u horizontal. La

estructura vertical o jerárquica consiste de sucesivos niveles con una controladora (a veces más) y varias controladas funcionando en distintas etapas de un proceso de producción o de distribución (son más frecuentes en Europa y, en Corea, los *chaebol* suelen estar bajo control de una o pocas familias). La estructura horizontal está constituida por grupos de empresas ligadas por complejos esquemas de propiedad entrecruzada, que funcionan en el mismo nivel del proceso de producción o de distribución, o en varios sectores económicos afines o complementarios (son más frecuentes en Estados Unidos). En Japón, los *keiretsu* están estructurados vertical y/u horizontalmente, y operan en diversos sectores y giros industriales alrededor de un banco. En China, los grupos son multiindustriales y enlazados con el Estado.

*Vinculación.* La forma de vinculación también es variada: las alianzas de empresas, las juntas directivas con miembros en común, las alianzas de propietarios, el intercambio de información, las empresas conjuntas y los carteles.

*Autonomía y control.* El grado de autonomía y control es asimismo variado, en un espectro que va desde la relativa autonomía hasta el control centralizado:

- i) Las integrantes del grupo pueden ser autónomas para fijar sus objetivos, desempeñar sus actividades mercantiles y administrar sus finanzas. O bien,
- ii) Estar el grupo dirigido por una empresa insignia que centraliza las decisiones estratégicas y presupuestarias y deja a las demás poca o nula discrecionalidad en el seno del grupo. Ejerce un control estricto a base de asignar el capital social y el crédito desde el centro, fijar los objetivos y las metas del rendimiento, dictar las políticas financieras y de explotación, designar a los directivos y supervisarlas constantemente.
- iii) Otra forma de control sin ingerencia directa en la operación de las controladas, es a base de una empresa controladora o tenedora de acciones.
- iv) Los grupos más grandes pueden funcionar como un mercado de capitales delimitado con posibilidades de regular los costos financieros, teniendo en su seno sus propios bancos o realizando préstamos recíprocos entre las empresas del grupo para fortalecer o recortar el capital de trabajo o absorber deudas a corto plazo o vencidas y el movimiento de los dividendos entre las aglutinadas.
- v) A veces, los lazos de parentesco conectan a las empresas, creando un denso tejido entre los familiares y los cargos directivos que ejercen en ellas, manteniendo así el control en manos de una o pocas familias (Corea e India).
- vi) El ejercicio simultáneo de cargos en las juntas directivas de todas las empresas del grupo, puede determinar el rumbo y mantener la cohesión.
- vii) En algunos países el Estado ejerce el control cuando existe estrecha relación entre los grupos empresariales y los poderes públicos y sus políticas de acceso al capital, al crédito y a las divisas, y del grado de competencia nacional. Así, las políticas públicas encauzan el funcionamiento de los grupos de sociedades, dándoles trato preferente.

*Integración.* Los factores ya mencionados de estructura vertical u horizontal, forma de vinculación y la autonomía y control entre ellas, determinan la fuerza de integración de las empresas en un grupo laxo o en uno estrechamente integrado, pues de ello depende la organización económica del grupo.

*Estructura legal.* El grupo consiste de personas jurídicas distintas, con estatutos y patrimonio propios, con capacidad legal para litigar y ser objeto de litigios, poseer y traspasar bienes, celebrar contratos y pagar impuestos. Si bien cada sociedad es una entidad independiente, la conducción se realiza en función de un plan general en cuanto a líneas de productos, etc. y, si así conviene al mismo, tratan a las filiales que son de su entera propiedad como sucursales propias.

Tabla Núm. 9	
Naturaleza de los grupos de sociedades	
Estructura	Integración vertical Integración horizontal
Vinculación	Alianzas de empresas, juntas directivas con miembros en común, alianzas de propietarios, intercambio de información, empresas conjuntas y carteles
Autonomía y control	Centralismo o relativa independencia para: gestión de los recursos humanos, orientación de las políticas, las operaciones y el presupuesto. Financiamiento y garantías de préstamos de las filiales
Integración	Grupo laxo Grupo estrechamente integrado
Estructura legal	Componentes con personalidad jurídica, patrimonio y estatutos propios; y, conducción hacia fines comunes.

Elaboración propia con base en este texto.

### *Integrantes del consorcio*

Los grupos de sociedades constan de varios tipos de entidades: para fines especiales, empresas conjuntas, fideicomisos extraterritoriales y contragarantías.

*Entidades para fines especiales.* Son constituidas como “vehículos para fines especiales” y tienen reputación de ser entidades “con riesgo remoto de quiebra”. Suelen ser propiedad total o casi total de la controladora y las crea para: alcanzar objetivos específicos o temporales, circunscribir riesgos financieros o aprovechar condiciones de desgravación fiscal. El fin específico puede ser:

a) el financiamiento y adquisición de determinados bienes de capital como aeronaves o buques, con lo cual la controladora u otra controlada pueden tener acceso al uso de tales bienes sin tener que incluir en su propio balance ni las partidas de activo ni los pasivos correspondientes (serían “partidas no consignadas en el balance general” de la controladora sino de la filial). Debido a la condición de persona jurídica independiente, propietaria de ciertos activos fijos y con pasivos originados y determinados por la adquisición de los mismos, en general, las obligaciones que emite o contrae la empresa controlada son seguras, aun en el caso de insolvencia de su controladora.

b) La bursatilización de activos financieros, diversos tipos de préstamos, la cobranza de cartas de crédito, los arrendamientos financieros, el arriendo de bienes de capital y las hipotecas. La entidad para fines especiales compra los activos y luego emite pagarés, obligaciones y otros valores. El beneficio para la controladora es que en su balance no figuran estos activos, aumenta su liquidez; disminuye el riesgo inherente a la variabilidad de los tipos de interés y los de cambio, no está expuesta a las fechas de vencimiento de los pasivos, y refleja utilidades incrementadas.

c) Mejor situación de competencia para asegurar los derechos de propiedad intelectual y de nueva tecnología, en manos de una entidad jurídicamente independiente que no tiene que acatar los acuerdos de licencias en uso ni las restricciones de contratos firmados con anterioridad.

*Empresas conjuntas.* En este arreglo contractual o consorcio, dos o más empresas persiguen de consuno un objetivo comercial. Se crean una o más personas jurídicas a las que los socios aportan capital y comparten los beneficios, gastos y el control del consorcio. Las dedican a la ejecución puntual de un proyecto específico y temporal, o establecen una relación permanente. Son comunes en la operación internacional como medio para transferir y controlar la tecnología y para ganar el mercado de otro país. Beneficios: repartir gastos y riesgos; facilitar el acceso a recursos financieros; crear economías de escala, sacar ventaja de las dimensiones de la empresa, y posibilitar el acceso a tecnologías modernas, a nuevos clientes y a prácticas de dirección innovadoras. Útiles para lograr objetivos de competitividad y estratégicos, influir en la evolución estructural de un ramo industrial, anticiparse a los competidores, crear unidades competitivas más sólidas y facilitar la transferencia de conocimientos y tecnología, así como diversificar la actividad comercial.

*Fideicomisos extraterritoriales.* Una sociedad constituida con arreglo a las leyes de un país (fideicomitente), establece otra en otro país conforme a las leyes locales (fiduciaria) y le transfiere bienes a fin de que los administre en beneficio de una persona o de una o varias empresas (beneficiarios), con diversas condiciones para la transmisión de los derechos y la propiedad de los bienes transferidos. Esto puede obedecer a razones tributarias o para protección de los bienes.

*Contragarantías.* Una forma de financiamiento de los grupos de empresas, consiste en que varias o todas las del grupo, respondan de las obligaciones contraídas por una o más de ellas. Las contragarantías atenúan los requisitos para obtener préstamos, como los contables y de auditoría, pues basta que los cumpla la contragarante que responda por la financiada.

### ***Razones para operar sociedades en grupo***

La integración y operación en grupos da las ventajas de que la unión puede crear la fuerza pero con todas las implicaciones de pérdida de independencia, sometimiento, sujeción, desgaste y necesidad de coordinación. Los factores determinantes de la constitución, funcionamiento y evolución que han tenido los grupos de sociedades mercantiles en el mundo son de variada índole: estratégico-empresariales, económicos, jurídicos, geográficos, fiscales y contables.

1) Factores estratégico empresariales.- Reducir el riesgo mercantil, maximizar los beneficios financieros, permitir la diversificación y dividir las actividades entre empresas especializadas con administración propia. Expandirse y lograr más participación de mercado pero preservando la empresa adquirida y dejándola funcionar como entidad independiente para beneficiarse de su nombre comercial, su clientela y su imagen. Adquirir nuevos conocimientos técnicos o de gestión. Constituir la empresa para explotar una licencia o concesión. Simplificar la venta parcial de una empresa en operación para lo cual, en vez de vender activos sueltos, constituyen otra con la parte de activos, líneas y operaciones que se quieren vender, y entonces venden sus acciones. Estrategia de crecimiento a base de filiales.

2) Factores económicos.- Constituir una filial para atraer capital e invertirlo tan sólo en una parte de la actividad comercial del grupo, sin perder el control general. Dar una garantía restringida a los bienes de una empresa, en respaldo de una deuda o proyecto de financiamiento. Al efecto, le traspasan los bienes indispensables para ese fin específico y, de paso, aseguran al prestamista que gozará de máxima prelación sobre la totalidad de los bienes, pero sólo los de la garante. Constituir una empresa para un proyecto determinado y obtener financiamiento adicional imponiendo la carga de las garantías a los bienes de esa empresa en particular.

3) Factores jurídicos.- Reducir los riesgos de responsabilidad jurídica delimitando los que pudieran derivar de cuestiones ambientales o de otra índole, a determinadas empresas del grupo, aligerando así a las demás. Simplificar el cumplimiento de reglamentos y requisitos de operación, concentrando las operaciones reguladas en una sola empresa. Los grupos multinacionales, constituyen filiales para acatar las leyes nacionales que exijan que la actividad mercantil la realicen sociedades independientes con capital social mínimo y otras exigencias al capital extranjero, reglamentos laborales y de empleo. Aprovechar ventajas económicas para el fomento de la industria o mecanismos que no requieren aportaciones de capital social, y cumplir con la reglamentación impositiva a la inversión extranjera.

4) Factores geográficos.- Los imperativos geográficos pueden ser la necesidad de adquirir materias primas o la vender productos por conducto de filiales radicadas en distintos lugares.

5) Factores fiscales.- Los factores fiscales repercuten en la circulación del dinero en el seno del grupo de sociedades y estimulan su formación para aligerar la carga fiscal o su consolidación pagando un solo impuesto por todas y no por separado. En las leyes fiscales se ha venido dando importancia a la unidad económica de las entidades mercantiles conexas. Las exenciones fiscales aplicables a los dividendos entre empresas del grupo; la desgravación del grupo y las disposiciones para combatir la evasión fiscal. Exenciones fiscales a los dividendos que la empresa reparte entre los accionistas residentes, dividendos entre empresas del grupo. Las deducciones fiscales en caso de impuestos pagados en el extranjero por utilidades de la filial, y de los impuestos extranjeros que gravan directamente el dividendo. Desgravación conjunta cuando las empresas conexas se tratan como unidad fiscal indivisible y presentan cuentas consolidadas. Las pérdidas de una filial pueden compensarse con los ingresos de otra y, en general compensar las pérdidas con las ganancias de las empresas del grupo.

Otro factor fiscal son los precios de transferencia ya que repercuten en las utilidades de las empresas del grupo. Las políticas de fijación de precios entre empresas del grupo y las leyes impositivas pueden determinar la distribución de las partidas de activo y de pasivo en el grupo. Las diferencias entre tarifas impositivas aplicables a los grupos mercantiles en distintos países, las exenciones en algunos países (tarifas de impuesto reducidas sobre beneficios del sector industrial o ingresos de servicios financieros).

La repatriación de las utilidades de una filial extranjera, los envíos para pagar un préstamo a la controladora, o reembolso de parte de su capital; si los intereses sobre un préstamo tomado para sufragar la adquisición de una filial pueden compensarse contra sus beneficios; cuando las pérdidas y ganancias de las filiales pueden compensarse en la declaración fiscal consolidada. Dividir los ingresos de las empresas para aprovechar la desgravación fiscal, las cifras tope de desgravación o tasas tributarias progresivas.

6) Factores contables.- Aprovechar ventajas por las diferencias entre métodos contables, delimitación de los ejercicios fiscales, métodos de amortización, métodos de valoración de inventarios y deducciones por impuestos pagados en el exterior, disociar actividades mercantiles que juntas causan impuestos, tratamiento favorable a ciertas actividades (fusiones, liquidaciones, donaciones o legados entre miembros de una familia). Los requisitos contables determinan el tipo de estructura de los grupos empresariales. Crear filial de representación para administrar determinados aspectos de la actividad y evitar que la controladora tenga que presentar cuentas comerciales muy detalladas de la filial que sólo es una representación a la que pertenecen todos los bienes.

La desventaja de la operación mediante grupos de empresas, está en que los beneficios de su actividad mercantil pueden resultar ilusorios.

### ***Enfoques jurídicos de los grupos de sociedades***

La existencia de los grupos de sociedades y la importancia de las relaciones entre ellas van teniendo cada vez más reconocimiento, tanto en la legislación como en las resoluciones judiciales de los diferentes países. Sin embargo, en ningún país existe un código coherente que las rija directa e íntegramente, sino hay variedad de situaciones:

a) En los países cuya legislación reconoce a estos grupos, no hay ley mercantil ni empresarial que regule explícitamente su funcionamiento, sino disposiciones dispersas en otras leyes que rigen los impuestos, la contabilidad, la competencia, las fusiones y cuestiones de otra índole.

b) Es raro encontrar legislación que trate del régimen aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia.

c) Las leyes que regulan algunos aspectos de los grupos de sociedades, los abordan con criterios dispares de una ley a otra del mismo país. Por ejemplo, cabe que el término “grupo” denote realidades distintas a efectos legales diferentes, aunque tal vez tengan elementos comunes; y el término “control” es definido en sentido más lato o más restringido según la finalidad de cada ley.

d) La mayoría de las leyes evitan precisar lo que se entiende por “grupo de sociedades” y recurren a conceptos comunes para establecer cuáles serán las relaciones entre las entidades constitutivas que bastarán para configurarlas como grupo para propósitos específicos como: la extensión de la responsabilidad, los aspectos contables, los fiscales y demás.

e) Los conceptos comunes se encuentran en la legislación y en muchas decisiones judiciales relacionadas con los grupos de sociedades de diversos países, y suelen denotar aspectos como la propiedad y el control o la influencia que se ejerce tanto directa como indirectamente, aunque en algunos ejemplos se regula únicamente el ejercicio directo de la propiedad, del control o de la influencia.

#### ***Propiedad***

f) En algunos casos, la propiedad se define por referencia a una relación formalizada entre las empresas, como la que existe entre una sociedad controladora y sus filiales o entre una sociedad matriz y sus sucursales. A su vez esta relación viene determinada por un criterio de forma, consistente en la titularidad directa o indirecta de un porcentaje concreto de capital social o de derechos de voto, que oscila del 5% hasta más del 80%.

Cuando se fijan porcentajes bajos suelen sumar otros factores que denotan el control. En algunos casos, los porcentajes sirven de presunción rebatible de la propiedad; los porcentajes más altos, en cambio, establecen una presunción absoluta.

#### *Control*

g) En otros ejemplos de lo que constituye un grupo de sociedades, se emplea un criterio más funcional centrado en la caracterización del control jurídico-económico o dominio o influencia decisiva, que en esta nota llamamos "control", término que por otra parte suele definirse. El concepto radica principalmente en el control efectivo o la capacidad de controlar, directa o indirectamente, la política financiera y de operaciones y el proceso de adopción de decisiones del grupo.

h) Cuando en la definición se menciona la capacidad de control se hace referencia al potencial pasivo de control, más que a un control efectivamente ejercido. El control puede obtenerse por la propiedad de bienes o mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control. Lo que realmente cuenta no es tanto la forma jurídica estricta de la relación entre las entidades (como la que hay entre la sociedad matriz y las sucursales), sino las características de esa relación.

#### *Influencia*

i) El indicativo de que una sociedad controla a otra cabe destacar la capacidad de la primera con respecto a la segunda de: dominar la composición de la junta directiva o del consejo de administración; nombrar o destituir a todos o a la mayoría de los directivos o miembros del consejo de administración; controlar la mayoría de los votos en las reuniones del consejo de administración; y, contar con la mayoría de votos en la asamblea de accionistas, o de regular la emisión de votos, independientemente de que la capacidad de la sociedad emane de la titularidad de acciones o de las de opciones sobre acciones.

Las fuentes para analizar todos estos factores de la influencia de una sociedad sobre otra pueden ser: su acta constitutiva, su participación en el capital social, las decisiones estratégicas sustantivas, sus acuerdos internos y externos en materia de gestión y dirección, los detalles de sus cuentas bancarias así como su manejo y firmantes autorizados, y la información sobre sus directivos y empleados.

### ***Legislación de los grupos de sociedades***

Para legislar los grupos de sociedades los países siguen dos criterios (o la combinación de ambos): el de entidades jurídicas independientes y el de la entidad económica única.

*Entidades jurídicas independientes.* El criterio jurídico predominante, es que cada empresa del grupo es una entidad independiente debido a: su personalidad jurídica propia, la responsabilidad limitada de sus accionistas y los deberes específicos de sus directivos. La personalidad jurídica propia supone que: a) la sociedad tiene sus propios derechos y deberes, independientemente de quien la controle o posea, o de que participe en las actividades de un grupo; b) la obligación de pagar las deudas que contrae es sólo suya y éstas no pueden saldarse con cargo a los bienes del grupo; c) los contratos que concierte con personas ajenas al grupo no atañen automáticamente a la controla-

dora; y, d) ésta no puede tener en cuenta las utilidades no repartidas de otras empresas del grupo, al calcular las suyas. Por responsabilidad limitada se entiende que las deudas y obligaciones de la sociedad no recaen en los socios y las pérdidas que estos pudieran sufrir no podrán exceder al capital que hayan aportado a la sociedad al comprar sus acciones.

*Entidad económica única.* El otro criterio jurídico se centra en la integración económica de las empresas del grupo, al cual conciben como “entidad económica única” que desarrolla su actividad mercantil con miras a favorecer los intereses del conjunto o los del cuerpo empresarial dominante, por encima de los individuales de las integrantes. El conjunto funciona así: a) las operaciones de préstamo afectan a todo el grupo; b) éste utiliza sus mecanismos de tesorería para compensar los saldos acreedores y deudores entre las empresas; c) se puede permitir, como parte de la estructura y estrategia financiera global del grupo, que las integrantes operen con déficit o subcapitalizadas; d) las partidas de activo y de pasivo se desplazan de diversas maneras entre las empresas del grupo; y, e) se otorgan préstamos o garantías o conciertan algún otro arreglo financiero, entre las empresas del grupo en condiciones preferentes.

*Excepciones.* Algunos países que siguen el criterio del “grupo como un conjunto de entidades jurídicas independientes” hacen, sin embargo, excepciones. Australia no lo aplica en: a) la unificación de las cuentas de una sociedad del grupo con las de toda entidad controlada; b) las operaciones con empresas conexas [se prohíbe a toda empresa pública otorgar a una conexas todo tipo de beneficios financieros en préstamos, garantías e indemnizaciones internas, la condonación de deudas o el traspaso de bienes, salvo que los accionistas hayan aprobado la operación o que se haya dispuesto de algún otro modo la dispensa de la prohibición]; c) las participaciones cruzadas en capital social [se prohíbe a toda empresa adquirir las acciones de su empresa dominante o constituir garantía sobre ellas, o emitir acciones destinadas a una empresa dominada o traspasárselas]; y, d) el ejercicio de la actividad mercantil en situación de insolvencia [la empresa controladora de una filial que contrate deudas en eventual situación de insolvencia, podrá ser declarada responsable de dichas deudas].

*Tipos de grupos.* Otros países han introducido por vía legislativa o judicial el criterio de la entidad económica única pero aplicable sólo en determinadas situaciones. Han establecido distintas categorías de grupos de sociedades que pueden actuar como entidad económica única a cambio de otorgar mayor protección a los acreedores y accionistas minoritarios. Por ejemplo, Alemania distingue tres categorías y les aplica principios armonizados concernientes a la gestión y la responsabilidad empresarial: a) los grupos integrados; b) los grupos constituidos por vía contractual; y, c) los grupos *de facto*.

a) *Grupo integrado.* La integración completa de una filial con su controladora [la sociedad que tiene participación en sus acciones], se produce cuando lo aprueba un determinado porcentaje de votos de los accionistas de la controladora. Ésta asume mancomunada y solidariamente la responsabilidad por las deudas y obligaciones de la filial, a cambio del poder limitado de dirigirla.

b) *Grupo por contrato.* Dos empresas, por votación determinada de sus respectivos accionistas, celebran un contrato que otorga a una la facultad de dirigir a la otra, en una gestión acorde con los intereses de la primera o del grupo en su conjunto. A cambio de este derecho de control otorgado, los acreedores y los accionistas minoritarios de la controlada reciben mayor protección.

c) *Grupo de facto*. Se gesta cuando una empresa de un grupo ejerce, directa o indirectamente, influencia sobre otra, aunque sin formalizar la relación. La sociedad dominante va a estar interviniendo en la actividad mercantil de la controlada.

Nueva Zelanda, país que tiene el concepto de la entidad económica única en su legislación de sociedades mercantiles, prevé que los directivos de las filiales (de propiedad total o parcial) promuevan los intereses de la controladora en vez de los de la filial, y existen procedimientos simplificados de fusión de grupos y leyes que prevén los mandamientos de aportación y mancomunidad.

En Estados Unidos de América, la legislación que regula la actividad mercantil de los grupos de sociedades utiliza cada vez más el concepto de entidad económica única para evitar que socaven o soslayen otras leyes mercantiles. Por su parte, los tribunales coadyuvan a esta tendencia introduciendo selectivamente el concepto de entidad económica única al aplicar la legislación,<sup>59</sup> y así impedir determinadas operaciones entre las empresas de un grupo, respaldar las garantías íntegras e impulsar la mancomunidad. Tienen también la facultad de cambiar la prelación de los créditos en el proceso de quiebra de una integrante grupal, bien determinando que los préstamos entre relacionadas se traten como capital social y no como deudas, o bien que los préstamos internos concedidos a la entidad en quiebra se coloquen después de los créditos de acreedores externos.

#### PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA A GRUPOS DE SOCIEDADES EN SU ÁMBITO NACIONAL <sup>60</sup>

Los grupos de sociedades pueden reducir el riesgo de insolvencia de una o más de sus integrantes, otorgando contragarantías, celebrando contratos de indemnización y otros arreglos; e incluso cuando el riesgo se vuelve problema, la controladora puede impedir que las demás entren a proceso de insolvencia, aportándoles fondos o subordinando los créditos internos a las obligaciones externas. Esto, si el grupo es conocido como tal y haya interés en conservar su reputación y capacidad crediticia.

Ahora bien, si las dificultades financieras de una o más o de todas las empresas del grupo las conducen a la insolvencia, surgirán problemas por el simple hecho de que cada una tiene existencia y personalidad jurídica propias. Dado que en la gran mayoría de países, ni su ley de insolvencia (concurso mercantiles) ni la de sociedades mercantiles rigen específicamente la reorganización ni la quiebra de los grupos, cada empresa va a ser tratada como entidad independiente y se van a administrar por separado sus respectivos procedimientos de insolvencia.

Cuando una empresa dirigió o controló la actividad mercantil de otra, las demás del grupo pudieren verse perjudicadas al ser excluidas del procedimiento judicial. O bien, puede que no haya forma de utilizar los fondos de una empresa para saldar las obligaciones de la gran deudora del grupo (salvo cuando ésta sea accionista o acreedora de la otra empresa), pese a la estrecha vinculación entre ellas y al hecho de que la contro-

---

<sup>59</sup> La ley de insolvencia o concursos mercantiles, entre otras.

<sup>60</sup> Documento de distribución limitada: Naciones Unidas A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 del 4 de octubre de 2006.

ladora hubiere participado en la gestión de la deudora y contribuido a que contrajera las obligaciones. Además, puede ser difícil desentrañar las circunstancias particulares de las transacciones con un grupo, para determinar con cuál empresa trataban ciertos acreedores o las operaciones financieras que realizaron.

Los países con leyes de insolvencia que prevén y regulan la de grupos de sociedades, las centran en las circunstancias en que procedería mancomunarse la masa del grupo para pagar a los acreedores.

En suma, se carece de orientaciones generales para abordar la insolvencia de un grupo de sociedades y, particulares de las circunstancias en que habrían de recibir un tratamiento distinto del que se da a la persona jurídica única, y si ello sería procedente.

### ***Apertura del procedimiento***

El criterio para iniciar un procedimiento de insolvencia es crucial para determinar a las deudoras que entrarán al régimen y podrán acogerse a su protección, y quién podrá presentar la solicitud de apertura (la deudora, los acreedores u otras partes interesadas). La Guía Legislativa de la CNUDMI señala la conveniencia de que: el criterio sea transparente y seguro, haya flexibilidad a la hora de elegir los tipos de procedimiento de insolvencia existentes y se den facilidades para recurrir a ellos.

Cabe examinar si lo que establece la Guía Legislativa puede aplicarse con propiedad a los grupos de sociedades:

- 1) ¿Cuál criterio de insolvencia se utilizará y a quién se aplicará en el contexto de un grupo de sociedades? y,
- 2) ¿Quién puede solicitar el procedimiento de insolvencia para las empresas de un grupo o para el grupo en su conjunto, y cuáles factores tomar en cuenta?

#### 1) Criterios para la apertura del procedimiento

Muchas leyes de la materia exigen que un deudor haya caído en la insolvencia (como quiera que la definan) para iniciar el procedimiento, con lo cual habría que abrirlo sólo a las empresas del grupo caídas en insolvencia. Sin embargo, les falta definir el tratamiento de algunas obligaciones: las deudas internas (entre las empresas) del grupo y las que pudieren nacer de una contragarantía.

En los grupos de estructura laxa y bienes sin conexión, la insolvencia de algunas de sus empresas tal vez no afecte a las demás y vayan bien los procedimientos individuales de insolvencia. Por el contrario, cuando la estructura del grupo está integrada con interdependencia estrecha de las componentes, y sus bienes y deudas están ligados, la insolvencia de una puede poner en dificultades financieras a otras o al grupo. Aquí, la posibilidad de un procedimiento judicial que tratara al grupo en su conjunto para solucionar las dificultades, evitaría las dudas acerca de la empresa deudora contra la cual iniciar, la apertura escalonada de procedimientos de insolvencia individuales, etc.

La clave en cuanto al régimen aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia, sería determinar el grado de integración económica y organizativa de sus componentes para dar distinto tratamiento a los grupos fuertemente integrados del que se diera a los otros con alto grado de independencia interna.

¿Cuál es el grado de integración económica y organizativa del grupo de sociedades?

¿Hasta qué punto sería procedente, en un procedimiento de insolvencia, dar tratamiento distinto a los grupos de sociedades dependiendo de su grado de integración?

¿En qué sería distinto el tratamiento? El tratamiento distinto podría consistir en:

a) disponer que entraran al procedimiento de insolvencia todas las empresas del grupo, inclusive las que no hubieren caído en ella, porque esa medida redundaría en un mayor beneficio del grupo en su conjunto ¿Cuál beneficio?

b) determinar si procedería que un tribunal, en ejercicio de su discrecionalidad, ordenara agrupar o fusionar las solicitudes de apertura contra más de una empresa insolvente de un grupo para facilitar la administración conjunta de todos los procedimientos.

## 2) Personas habilitadas para solicitar la apertura del procedimiento

La Guía Legislativa recomienda como principio general del régimen de insolvencia, que los acreedores y los propios deudores tengan derecho a solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia, pero no hace referencia concreta a los grupos de sociedades y, por lo tanto, hay las siguientes interrogantes:

a) ¿Procedería que una sociedad controladora presentara solicitud de apertura contra una o más de las empresas integrantes de su grupo?

b) ¿Podría cualquier empresa del grupo solicitar la apertura de procedimiento a todas las sociedades del mismo, inclusive a la controladora?

c) ¿Podría el síndico designado para administrar el patrimonio de una de las empresas insolventes del grupo, presentar la solicitud respecto de otra? Concretamente, ¿Podría el síndico de la controladora solicitar la apertura del procedimiento contra una controlada?

d) ¿Podrían los acreedores presentar la solicitud de apertura de un procedimiento tanto de reorganización como de liquidación contra un grupo de sociedades? Podría ser que, debido a la compleja estructura del grupo, un acreedor tuviera dificultad para determinar la empresa específica que es su deudora y a la cual debió demandar (especialmente si creía estar tratando con el grupo como entidad económica única); y para reunir las pruebas necesarias para la apertura del procedimiento.

e) ¿Algunos elementos del orden público exigirían la posible intervención de un órgano regulador? ¿Cuál? ¿La comisión del mercado de valores o de sociedades mercantiles?

f) ¿Tendrían las autoridades públicas derecho a entablar como entidades acreedoras un procedimiento de insolvencia? En algunos países las autoridades públicas y otras reglamentarias, gozan de facultades más amplias para, en el régimen de insolvencia y aun sin ser acreedor, clausurar la actividad de una empresa por razones de interés público. En este supuesto, no siempre es preciso demostrar la falta de liquidez de una empresa para que cierta autoridad pueda poner término a sus operaciones cuando compruebe que realiza actividades fraudulentas o delictivas, o infrinja gravemente obligaciones reglamentarias. La Guía Legislativa sugiere que, dado que esa facultad puede dar pie a abusos cuando el caso no tenga relación con la insolvencia y cuando se definen las razones de interés público con criterios muy amplios, es muy conveniente que

las autoridades sólo puedan ejercer esa facultad en circunstancias muy limitadas y únicamente como último recurso cuando no haya otras leyes que permitan resolver el caso. Entre esas circunstancias limitadas cabría prever el recurso a los poderes del régimen de la insolvencia en combinación con la ejecución de otras leyes, como las relativas al lavado de dinero o a la insolvencia. Las recomendaciones de la Guía Legislativa no mencionan específicamente a las autoridades reguladoras entre las partes habilitadas para solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia.

Como regla general, los regímenes de insolvencia respetan la personalidad jurídica de cada empresa integrante de un grupo y requieren la presentación de una solicitud de apertura del procedimiento por cada entidad insolvente. Sin embargo, hay algunas excepciones limitadas conforme a las cuales es posible hacer extensiva una única solicitud a otras empresas del grupo cuando:

a) todas las partes interesadas accedan a que dos o más empresas del grupo entren al procedimiento (Sudáfrica);

b) la relación entre las empresas establezca un grado considerable de interdependencia o control; o de bienes mezclados; por el carácter ficticio del grupo; por la unidad de identidad o por otras características análogas que no se derivan necesariamente de la relación jurídica entre las empresas. (Sudáfrica, España, Francia, Argentina, México, Estados Unidos de América).

La administración conjunta del procedimiento en una mancomunidad procesal o administrativa, no menoscaba los derechos sustantivos de cada empresa deudora ni su responsabilidad frente a sus propios acreedores. El nombramiento de un solo representante para todos los procesos, facilitaría la administración conjunta.

#### *Efectos de la apertura*

La Guía Legislativa de la CNUDMI es minuciosa para la apertura del procedimiento de insolvencia a un deudor comercial y sus bienes. Sin embargo, no contiene supuestos de insolvencia para las empresas que trabajan en grupo. Los efectos que cabría examinar en este contexto son:

1º) El nombramiento de un solo especialista que se haga cargo de administrar a todas las empresas relacionadas que entren al concurso mercantil.

Ésta es práctica arraigada en algunos países y en algunos casos de insolvencia transfronteriza en la Unión Europea. A un solo especialista le sería más fácil resolver de forma coordinada las situaciones de las empresas insolventes del grupo. Para prevenir todo riesgo de conflicto, cabría exigir que el especialista se mantuviera en estrecho contacto con el tribunal y arreglara cualquier conflicto que surgiera, sensatamente y con apego a la ley.

1º) ¿De qué facultades complementarias dotar a los especialistas de concursos mercantiles para facilitarles la coordinación de los distintos procedimientos?

Deberían quedar habilitados para: intercambiar y divulgar información; proponer y negociar planes coordinados de reorganización (salvo que fuera posible elaborar un único plan para todo el grupo); ejercer sus poderes de anulación, etc.

1º “) ¿El especialista nombrado para administrar la insolvencia de la controladora, tendría facultades que privaran sobre las de los especialistas a cargo de las filiales?

2º) ¿Cómo habrían de tratarse ciertas situaciones potencialmente conflictivas? Como las originadas por las contragarantías o las deudas entre empresas del mismo grupo, o todo comportamiento doloso de una empresa del grupo que afectara a las demás.

3º) ¿Se requeriría alguna normativa especial o complementaria, tratándose de un grupo de sociedades, en los países en que se autoriza a los directivos a permanecer en sus cargos (con supervisión o sin ella) tras la apertura de un procedimiento de insolvencia?

4º) ¿Sería apropiado aplicar a un grupo de sociedades la normativa que regula la paralización o la suspensión de las actuaciones, tal como se hace cuando se trata de una sola deudora?

5º) ¿Qué normatividad rige la utilización o disposición de bienes de las empresas del grupo afectadas tras la apertura del procedimiento de insolvencia? ¿Habría que prever disposiciones especiales, en particular para la utilización de dinero en efectivo?

6º) ¿Se requeriría alguna normatividad especial que regulara el financiamiento posterior a la apertura del procedimiento, fuere para el grupo de sociedades o para alguna o algunas de sus integrantes?

Esta cuestión es particularmente importante cuando el grupo de sociedades opera internacionalmente. La Guía Legislativa reconoce que el hecho de que la empresa deudora siga funcionando después de abierto el procedimiento de insolvencia, es fundamental para la reorganización y también es importante en caso de liquidación cuando vaya a ser vendida como negocio en marcha. Para seguir funcionando, la empresa deudora debe tener acceso al financiamiento que le permita seguir sufragando los bienes y servicios esenciales, incluidos costos como: los de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de los activos y otros gastos de explotación, y los costos para conservar el valor de los bienes. Sin embargo, hay leyes de insolvencia que restringen la aportación de nuevos fondos o no regulan expresamente la obtención de financiamiento complementario ni la prelación para su reembolso. La Guía hace recomendaciones con la finalidad de promover la obtención de crédito para mantener en marcha la empresa deudora, o asegurar su supervivencia, garantizar la debida protección de los acreedores que otorgaron el financiamiento posterior a la apertura y velar por la adecuada protección de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por el crédito obtenido después de la apertura del procedimiento.

#### *Tipo de procedimiento para los grupos de empresas*

Muchas leyes de insolvencia prevén la reorganización y la liquidación como mecanismos para resolver las dificultades financieras de un deudor. Estos mecanismos son insuficientes cuando se trata de grupos de sociedades, por lo cual, a reserva de que se hagan las adaptaciones legales con toda formalidad, los juzgadores han hecho adaptaciones a las peculiaridades que presentan los procedimientos de insolvencia de grupos de sociedades.

Los grupos de sociedades plantean particularidades y posibilidades que requieren legislación y estudio específicos.

### ***Rescate o reorganización de dos o más empresas de un grupo***

Cuando se inician procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo, independientemente de que puedan o no administrarse conjuntamente, cabe plantearse si la reorganización de las empresas deudoras podrá efectuarse con arreglo a un plan único y, de ser esto posible, qué reformas y adiciones habría que hacer al capítulo relativo a la reorganización de las leyes de insolvencia para determinar cuestiones tan fundamentales como:

- las partes habilitadas para proponer el plan o participar en su elaboración;
- la naturaleza y el contenido del plan;
- las salvaguardias relativas al plan;
- las convocatorias y celebración de juntas de acreedores para examinar el plan;
- el régimen aplicable a los créditos de los acreedores,
- la clasificación de las categorías de acreedores;
- los mecanismos de voto aplicables y la aprobación del plan;
- las objeciones a la aprobación del plan (o su confirmación cuando proceda); y,
- las modalidades de ejecución del plan.

En todo plan único de reorganización habrán de tenerse en cuenta los diversos intereses de los distintos grupos de acreedores, compaginar también los derechos de esos distintos grupos de acreedores a la hora de la aprobación del plan y asegurar que si el plan es rechazado por los acreedores de una filial no quede rechazada la aplicación del plan, siempre y cuando existan salvaguardias análogas a las enumeradas en la recomendación 152 de la Guía Legislativa. En esas salvaguardias cabría prever que los acreedores cobraran con arreglo al plan un valor que fuera al menos equivalente al que habrían recibido en un procedimiento de liquidación y comparativamente justo respecto de la prelación que les corresponde frente a los acreedores de otras empresas del grupo.

Las leyes de insolvencia no tratan estas cuestiones. Sin embargo, en la práctica de algunos países, los procedimientos de insolvencia de las empresas de un grupo se administran conjuntamente y las negociaciones dan lugar a planes consensuados de reorganización tratando a las diversas empresas como entidad única, aun cuando el tribunal respectivo nunca acuerde conforme a normas de derecho sustantivo, la mancomunidad de los patrimonios.

### ***Vías de recurso***

Debido a la naturaleza de los grupos de sociedades y a la forma en que funcionan, es posible que exista una compleja red de operaciones financieras entre sus integrantes y que los acreedores, en vez de tratar con una empresa determinada, tal vez lo hayan hecho con distintas empresas o incluso con el grupo como entidad económica única.

Desentrañar la propiedad del activo y las obligadas del pasivo, y determinar quiénes son los acreedores de cada empresa del grupo puede requerir una indagación judicial compleja y costosa. Sin embargo, dado el criterio de “entidad independiente”, los acreedores de cada empresa deben acudir precisamente a ella para obtener el pago de la deuda y, cuando se haya iniciado un procedimiento de insolvencia contra una o más empresas del grupo, por lo general será necesario esclarecer a quién pertenece el activo y el pasivo de la masa de las entidades insolventes.

Cuando se consigue la disociación conforme al principio de la entidad independiente, el acreedor podrá cobrar sus créditos únicamente con cargo a los bienes de la entidad insolvente. Cuando la disociación es imposible o se justifica tratar al grupo como entidad económica única, algunas leyes prevén la posibilidad de soslayar el criterio de entidad independiente. Ha sido costumbre instituir las vías de recurso que lo posibilitan para subsanar lo que se ha percibido como funcionamiento ineficiente e injusto, en ciertos casos, del tradicional criterio de entidad independiente:

1. la extensión de la responsabilidad por las deudas externas a las empresas solventes del grupo, a los directivos y a los accionistas;
2. el dictado de mandamientos de aportación;
3. el dictado de mandamientos de combinación o mancomunidad del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo;
4. la mancomunidad sustantiva parcial;
5. la anulación de operaciones en periodo de retroactividad; y,
6. la subordinación de los créditos internos.

Estas vías de recurso están previstas en pocas leyes, no tienen gran alcance y rigen únicamente en circunstancias restringidas por dos razones. La primera, es el hecho de que podrían redundar en perjuicio de los acreedores que se vieran obligados a participar en una distribución *part passu* con los acreedores de otra entidad con menos solvencia. La segunda es que la vía de extensión de la responsabilidad podría “descorrer” o “levantar el velo del secreto empresarial”, con lo cual los accionistas que, en general, no asumen responsabilidad por la actividad mercantil de la sociedad, pueden pasar a ser responsables de determinadas actividades.

No sucede así con las demás vías de recurso examinadas en la presente nota, aunque en algunas circunstancias podrían tener un efecto aparentemente similar.

### 1. Extensión de la responsabilidad

La extensión de la responsabilidad por deudas externas y a veces por los actos de la empresa insolvente del grupo, a sus empresas solventes y a los directivos pertinentes, es un recurso al que los acreedores pueden acogerse, caso por caso y en función de la vinculación que cada uno tenga con la deudora.

Muchas leyes reconocen circunstancias de excepción a la responsabilidad limitada, por lo cual las empresas conexas y algunos directivos pueden ser corresponsables de las deudas y actos de una empresa insolvente del grupo. Algunas leyes con criterio estricto circunscriben rigurosamente tales circunstancias; otras, menos restrictivas, dan discrecionalidad a los tribunales para que evalúen las circunstancias de cada caso en

función de directrices concretas. El fundamento para extender la responsabilidad de la entidad insolvente, son las relaciones de propiedad y control entre ésta y las demás integrantes del grupo. También es determinante la actitud de las empresas conexas hacia los acreedores de la insolvente.

Cabe extender la responsabilidad en casos como los siguientes:

- i) Aprovechamiento impropio o abuso de una empresa del grupo (la tenedora de acciones u otra) del control que ejerce sobre una filial, para mantenerla en funcionamiento deficitario en provecho de la tenedora de acciones.
- ii) Conducta fraudulenta del accionista dominante, consistente en: desviar partidas del activo de la filial; aumentar su pasivo de forma dolosa; o, administrar la filial con intención de defraudar a los acreedores;
- iii) Explotación de una filial como agente, fideicomisario o socia de la controladora
- iv) Administración del grupo o de una filial, de manera que pudiera redundar en perjuicio de ciertas categorías de acreedores, como inducir a sus trabajadores a actos que les acarreen responsabilidad.
- v) Fragmentación artificiosa de una empresa en varias entidades a efecto de salvaguardarla de eventuales responsabilidades; el incumplimiento de la obligación de tratar a las empresas del grupo como entidades jurídicas independientes, lo que incluye quebrantar el principio de la responsabilidad limitada de las filiales o confundir los bienes personales y empresariales; la situación en que la estructura de un grupo empresarial es puramente ficticia, por ejemplo, cuando la forma societaria no es sino un artilugio para eludir obligaciones legislativas o contractuales.
- vi) Infracapitalización de la sociedad por debajo del capital requerido para ejercer su actividad mercantil, sea desde la constitución de la sociedad o se deba a reembolsos posteriores a los accionistas o a que estos hayan extraído más beneficios de los susceptibles de reparto.
- vii) Falseamiento de la verdadera naturaleza del grupo de sociedades; los acreedores creen que tratan con una sola entidad económica y no con la empresa de un grupo.
- viii) Ejecución de actos dolosos; cuando una empresa integrante del grupo debe indemnizar a otra por las pérdidas o daños ocasionados por un acto fraudulento, el incumplimiento de una obligación o cualquier forma de acto doloso que infligió daños personales o ecológicos.
- ix) Ejercicio improcedente de la actividad mercantil; los directivos de la empresa no supervisan si está en condiciones de seguir operando normalmente habida cuenta de su situación financiera; o incumplen su obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en el plazo establecido; o permitir que una empresa del grupo contraiga deudas o inducir a hacerlo cuando sea insolvente o cuando ello pudiera hacerla caer en la insolvencia, etc.; y
- x) Inobservancia de requisitos reglamentarios, como la obligación de que la filial lleve al corriente sus registros contables.

En general, el mero hecho de que una sociedad controladora domine o controle a una filial, o que tengan alguna forma de integración económica estrecha en el seno del grupo, no se considera motivo suficiente para dejar de tener en cuenta y respetar la personalidad jurídica de cada empresa.

Los casos en que la responsabilidad puede hacerse extensiva a la sociedad tenedora de acciones o a cualquier otra empresa que controle a una filial insolvente, comprende la responsabilidad personal de los miembros del consejo de administración de la sociedad dominante (directivos de facto o directivos virtuales). Los directivos de una empresa tienen ciertos deberes para con ella, pero los directivos de la integrante de un grupo tienen que compaginar esos deberes con los intereses comerciales y financieros generales del grupo, y hacerlos prosperar pudiera entrañar el sacrificio de los intereses individuales de las empresas del grupo.

Los factores para determinar si los directivos de una sociedad dominante han de ser personalmente responsables de las deudas y actos de una empresa controlada insolvente son:

- si tuvo participación activa en la dirección de la entidad controlada;
- si incurrió en negligencia grave o fraude en la gestión de la empresa insolvente;
- si incumplieron sus deberes de protección y diligencia o si abusaron de su autoridad; y
- si el desempeño de los directivos de la controlada guarda relación directa con la insolvencia en que cayó.

Hay leyes de diversos países según las cuales:

- Se puede imputar responsabilidad penal a los directivos, siendo la principal dificultad para extenderles la responsabilidad, el probar la comisión del acto y demostrar que la sociedad tenedora actuaba como director de facto o director virtual de la controlada.
- Las sociedades controladoras aceptan la responsabilidad por las deudas de las filiales contraídas por contrato, en particular, con acreedores bancarios o por contragarantías voluntarias.
- Dadas diversas formas de integración de los grupos de sociedades, la sociedad principal puede ser considerada solidariamente responsable frente a los acreedores de las empresas del grupo, por obligaciones contraídas antes y después de haber formalizado la integración.

## 2. Mandamientos de aportación.

Otra vía de recurso es el mandamiento de aportación, orden judicial a una empresa solvente de un grupo con empresas insolventes, de que aporte capital para cubrir parte o la totalidad de las deudas de las insolventes en proceso de liquidación. En la Ley de Sociedades Mercantiles de un país, se hicieron reformas para regular los mandamientos de aportación en el caso de sociedades conexas (o relacionadas). No es preciso que la conexas sea la principal o sociedad tenedora de acciones de la filial sometida a liquidación. Se permite a un liquidador, acreedor o accionista de la empresa en liquidación, que solicite el mandamiento de aportación pero el pago ha de ser efectuado al li-

quidador. Para dictarlo, el tribunal debe tener en cuenta ciertas circunstancias: el grado en que la conexa participó en la dirección y gestión de la empresa en liquidación; el comportamiento de la conexa hacia los acreedores de la que está en liquidación (aunque el hecho de que el acreedor invoque la existencia de vinculación entre las empresas no es causa suficiente para dictar el mandamiento); hasta qué punto las circunstancias que precipitaron la liquidación son atribuibles a los actos de la conexa y alguna otra cuestión que el tribunal estime conveniente.

No suele recurrirse a la vía del mandamiento de aportación, debido a: la dificultad de conciliar los intereses de los dos grupos de acreedores no garantizados que hayan tratado con las dos empresas en forma independiente; la improcedencia de un mandamiento de aportación que ponga en riesgo la solvencia de la conexa; y a que afecta directa o indirectamente a los acreedores de la conexa y llevarla al incumplimiento de sus propias obligaciones.

### 3. Mancomunidad del patrimonio conforme a derecho sustantivo

La mancomunidad del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo es otra vía de recurso. En procedimientos de insolvencia que se administren conjuntamente, el activo y el pasivo de las empresas deudoras siguen siendo independientes y diferenciados, sin que los derechos sustantivos de los acreedores se vean menoscabados. En cambio, en la mancomunidad del patrimonio, el tribunal que lleva los procedimientos de insolvencia de las empresas de un grupo, prescindiendo de la personalidad jurídica propia de cada una (en circunstancias procedentes), ordena la mancomunidad o combinación de sus activos y pasivos a fin de tratarlos como una sola masa de insolvencia, en beneficio de todos los acreedores de las entidades en cuestión. Además, la mancomunidad puede hacerse extensiva a empresas solventes que pertenezcan al mismo grupo y a particulares relacionados como el accionista mayoritario.

Problemas de esta vía de recurso:

- Es rara en las leyes de insolvencia y, cuando está prevista, pocos recurren a ella. Algunos tribunales la han aplicado a grupos con un grado de integración tan alto que resultaba difícil diferenciar el activo y el pasivo de cada empresa.
- Pasa por alto la personalidad jurídica propia e independiente de las empresas
- Resulta inicua para los acreedores que se ven obligados a compartir la masa que les corresponde, para distribuirla con los de otra empresa menos solvente, aun cuando pudiera haber ahorro en gastos del procedimiento.
- Podría permitir que los acreedores más fuertes e importantes, aprovecharan bienes a los que no tienen acceso ni, con rigor jurídico deberían tenerlo.
- Probabilidad de que una vez dictado, induzca a los acreedores que se oponen a solicitar su revisión, con las consiguientes prolongación del procedimiento de insolvencia, incertidumbre e imprevisibilidad jurídicas.
- Dado que los créditos internos desaparecen como consecuencia de la mancomunidad, los acreedores con garantías reales perderían sus derechos.

Ante todos estos problemas, han propuesto que el recurso a la mancomunidad se ejerza únicamente cuando los acreedores estén de acuerdo y bajo estricta supervisión judicial. Pocos países lo tienen y en ellos se han dictado pocos mandamientos.

En los países en que los tribunales han dictado algún mandamiento de mancomunidad, consideraron elementos como los siguientes:

- existencia de estados financieros consolidados
- unidad de intereses y propiedad entre las entidades
- grado de dificultad para diferenciar el activo y el pasivo de cada empresa
- gastos generales, contables, de gestión y gastos afines que compartan las empresas del grupo
- existencia de préstamos y contragarantías sobre los préstamos entre las empresas del grupo
- bienes traspasados o que los fondos hayan circulado de una entidad a otra soslayando los requisitos formales del caso
- suficiencia de capital
- mezcla de bienes o de operaciones comerciales,
- personal directivo o de gestión compartido
- establecimientos en la misma ubicación
- tratos fraudulentos con acreedores; y
- si la mancomunidad facilitaría una reorganización o resguardaría los intereses de los acreedores.

De todos estos factores, algunos tribunales han centrado su análisis en dos: si los acreedores trataron con las empresas como entidad única y les concedieron el crédito sin tener en cuenta la personalidad jurídica de cada una, y si los negocios del grupo están tan entrelazados que la mancomunidad redundará en provecho de todos los acreedores.

La legislación sobre esto es escasa y son pocas las solicitudes de mandamiento, pero se conocen casos:

- Sin contar con legislación específica, se llevó a cabo la mancomunidad voluntaria con fundamento en otras leyes que regulan los acuerdos internos de contragarantía, las propuestas de acuerdo y concordatos entre los acreedores y las empresas en liquidación.
- Los tribunales dictan mandamientos de mancomunidad si hay consentimiento de las partes.
- La controladora solicitó la mancomunidad y los acreedores de la filial en mejor situación financiera, se opusieron. La transacción final consistió en pagar a los acreedores de la filial contrarios a la mancomunidad, una cuantía mayor a la de los no garantizados de la controladora.
- Se dictó debido a: entrelazamiento de la gestión (reuniones conjuntas de los consejos directivos de las empresas del grupo, utilización de una sola cuenta

bancaria, afectar operaciones comerciales por conducto de la empresa que más conviniera.

- El personal de las empresas trató a los acreedores como si pertenecieran a una sola entidad, les creó confusión y diluyó los límites jurídicos de las empresas. El tribunal concluyó que la liquidez de cada empresa repercutía en las demás y si se llevaban procedimientos separados aumentaría las costas y prolongaría la litis en detrimento de los acreedores.
- Tomó en cuenta los derechos concurrentes de acreedores y accionistas y sostuvo que, en casos de insolvencia los derechos de los acreedores tenían prelación sobre los de accionistas y manejar por separado llevaría a que los accionistas se beneficiaran de las empresas con utilidades en detrimento de los accionistas de las insolventes, y los derechos concurrentes de los accionistas de las empresas en mejor situación que las insolventes.
- También hay los derechos concurrentes de los acreedores garantizados y los no garantizados.
- Los mandamientos de mancomunidad tienen repercusiones fiscales (cuando el régimen tributario toma en cuenta la fuente concreta de todo reembolso a los accionistas después de las distribuciones de fondos a los acreedores).

#### 4. Mancomunidad sustantiva parcial

Hay tribunales que pueden dictar un mandamiento de alcance limitado por el que se eximen de la misma los créditos de determinados acreedores no garantizados que se saldan con cargo a bienes concretos de una de las empresas en liquidación (cuando sea justo). La mancomunidad es parcial cuando el mandamiento se aplica únicamente a los acreedores no garantizados (los garantizados se han amparado en el principio de entidad única), se circunscribe al capital social neto de las empresas solventes del grupo de modo que los derechos de sus acreedores no se vean menoscabados, se considera a la controladora sólo responsable del patrimonio social neto negativo de la empresa insolvente del grupo sin perjudicar así el activo de las empresas del grupo y la mancomunidad se circunscribe a los activos y pasivos que están entremezclados dejando fuera los bienes cuya propiedad está claramente establecida.

#### 5. Anulación de operaciones en fecha de retroacción

Muchas leyes de insolvencia contienen disposiciones de aplicación retroactiva, a partir de una determinada fecha y que se aplican durante el periodo de sospecha. Su propósito es invalidar toda operación anterior en la que haya intervenido el deudor insolvente o que tenga ciertos efectos para los bienes del deudor, concretamente que reduzcan el valor neto de su patrimonio o que violen el principio de la igualdad con que debe tratarse a todos los acreedores de una misma categoría. Los tipos de operaciones a los que se aplican esas disposiciones son:

- las operaciones encaminadas a frustrar los objetivos de los acreedores a crearles obstáculos o a demorar sus actividades,

- las operaciones sin contravalor suficiente, las operaciones preferentes y las operaciones con personas allegadas.

Varias dificultades entraña la demostración de los elementos subjetivos implícitos en los requisitos para la anulación (por Ej., la intención del deudor al efectuar la operación y los conocimientos subjetivos que hubiera tenido la otra parte. Sería aun más difícil probar ese tipo de elementos tratándose de grupos de sociedades.

Las disposiciones de anulación y los tipos de operaciones a las que se aplican, revisiten importancia en el contexto de la insolvencia de una o más empresas de un grupo. Así, pueden afectar a:

- concretamente las operaciones realizadas entre las empresas del grupo, como los préstamos y el traspaso de bienes y las garantías, así como a las hipotecas o garantías de terceros constituidas a favor de prestamistas externos.
- Los pagos efectuados por una empresa a un acreedor de una empresa conexas, y una garantía o una hipoteca constituida por una empresa del grupo en respaldo de un préstamo otorgado por una parte ajena al grupo a otra empresa integrante de éste, si los beneficios a favor del garante o del deudor hipotecario son superados por el perjuicio dimanante de la operación.
- Anulables son las operaciones internas consistentes en préstamos, traspasos de bienes o hipotecas de terceros realizados por una empresa antes de ser sometida a liquidación pero sin haber reportado ningún beneficio directo ni indirecto, si dichas operaciones entrañaran el incumplimiento del deber fiduciario por parte de un directivo de una empresa del grupo y el conocimiento real o inferido de ese hecho por la otra empresa del grupo.

La cuestión que cabe examinar respecto de esos tipos de operaciones es: ¿Cómo habrán de tratarse en un procedimiento de insolvencia de un grupo de sociedades?

Habría que determinar por ejemplo: ¿Deberían aplicarse en el contexto de los grupos de sociedades, las disposiciones de anulación previstas para la entidad independiente deudora? O bien, ¿Convendría disponer de un régimen de mayor alcance que abarcara otras categorías diferentes de operaciones? Además, ¿En el supuesto de operaciones dentro de un grupo de sociedades, sería pertinente utilizar como criterio de anulación que la operación objetable aportó beneficios a la sociedad controladora que normalmente no se hubieren otorgado entre empresas independientes?

## 6. Subordinación de los créditos internos

Cuando la mancomunidad no resultare apropiada, podría optarse por el recurso de la subordinación de los créditos entre las empresas del grupo con respecto a los de terceros, cuando personas relacionadas (el accionista mayoritario o una persona allegada a él) obren de manera que permita inferir que no merecen tener prelación sobre los acreedores externos que hayan actuado de buena fe.

Algunas leyes prevén la subordinación de las deudas de la empresa conexas a las de los acreedores externos. Según la ley de un país, sus tribunales podrán revisar los arreglos financieros entre empresas de un grupo para determinar si ciertos fondos que se hayan entregado a una de las empresas deberán tratarse como aportaciones de capital) lo que permite subordinarlos a los créditos de los acreedores), y no como préstamos internos,

o si las deudas de una empresa en liquidación perteneciente al grupo, que haya contraído conforme a un acuerdo de préstamo interno deberán subordinarse a los derechos de los acreedores externos de dicha empresa. Por ejemplo, los créditos de una sociedad controladora que fuera acreedora garantizada de una empresa controlada en proceso de liquidación podrían subordinarse a los de los acreedores no garantizados de la empresa controlada ajenos al grupo o incluso a los de sus accionistas minoritarios. Los factores determinantes de la subordinación pueden ser:

- el grado de capitalización de la empresa controlada,
- el nivel de participación de la sociedad matriz en la dirección y gestión de la controlada o el hecho de que la sociedad controladora haya tratado de manipular las operaciones internas en provecho propio y a expensas de los acreedores externos, o el hecho de que la sociedad controladora haya obrado de forma inequitativa en perjuicio de los acreedores y accionistas de la empresa controlada.

En un país sin ley que autorice la subordinación, los tribunales pueden anteponer a los derechos prioritarios de los acreedores internos los de los acreedores externos no garantizados si estiman que ha habido enriquecimiento injusto. En otro país, la empresa acreedora del grupo puede acceder voluntariamente a subordinar sus créditos a los de los acreedores externos.

***Cuestiones por examinar: tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia nacional.***

El análisis que precede, indica los aspectos del tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia, que abordan las legislaciones de insolvencia aplicables en el ámbito nacional. Se hacen las observaciones de que:

- 1) La atención se ha centrado en las circunstancias en que cabe revisar el criterio de que cada empresa tiene personalidad jurídica propia e independiente, una vez abierto el procedimiento de insolvencia.
- 2) Pocas leyes regulan explícitamente cuestiones como la apertura del procedimiento contra una o más empresas de un grupo de sociedades, o los efectos de tal apertura.
- 3) Las leyes de insolvencia que regulan esas cuestiones en el contexto de la empresa independiente, no son adecuadas para tratar la insolvencia de una o más empresas de un grupo de sociedades.

Están en discusión los temas que cabría incluir en las modificaciones de las leyes para el tratamiento idóneo y transparente de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia. Al examinar esas posibilidades, surgen diversas hipótesis de trabajo y la preocupación de que las reformas que vayan a proponer y las recomendaciones que haga la Comisión, no vayan a obstaculizar ni influir en la incidencia ni en la creciente complejidad estructural de los grupos de sociedades, ni generar inseguridad jurídica o interferir en las operaciones comerciales que se concierten con los grupos de sociedades (con frecuencia al margen de la existencia o de la ausencia de una normativa aplicable a la posible insolvencia de todo un grupo o de alguna de las empresas que lo integren). Tampoco se debe propiciar la idea de que la legislación pudiera ser refugio de manejos dudosos o deshonestos.

Los temas que se planteó para estudio el Grupo de Trabajo V de la ONU, incluye los temas:

- a) Definir qué se entenderá por “grupo de sociedades”.
- b) Las formas de iniciar el procedimiento de insolvencia a una o más empresas de un grupo, examinando:
  - i) Las circunstancias en que procedería iniciar un procedimiento contra todas o algunas de las empresas de un grupo de sociedades y el criterio aplicable para iniciarlo, en particular a cuáles integrantes del grupo, sólo a las incumplidas o al conjunto buscando otros motivos,
  - ii) La personalidad acreditada para solicitar la apertura del procedimiento;
  - iii) Los efectos de iniciarlo y en qué deberían diferir de los que se aplican ya a la empresa individual que cae en incumplimiento, señalando medidas precautorias en materia de utilización y disposición de bienes.
- c) Las vías de recurso disponibles en el procedimiento de insolvencia contra un grupo de sociedades:
  - i) Los recursos de procedimiento por los que se determinaría, por ejemplo, nombrar un especialista (conciliador o síndico) para administrar el patrimonio de cada empresa insolvente del grupo, o que uno solo administrara conjuntamente los patrimonios de las empresas del grupo en insolvencia.
  - ii) Los recursos jurídicos de fondo que podrían interponerse contra las empresas solventes de un grupo de sociedades con empresas en concurso mercantil, y si podrían adoptarse medidas contra ellas; si tendrían que renunciar a la protección legal de la responsabilidad limitada que les permite su calidad de entidades con personalidad jurídica propia e independiente; si dos o más empresas de un grupo podrían ser consideradas responsables de las deudas de una de ellas a favor de terceros; si sería apropiado facilitar la mancomunidad sustantiva del activo y el pasivo de las empresas del grupo, la imposición de mandamientos de aportación y la subordinación de créditos; y
  - iii) Las medidas de amparo de otra índole que podrían ser aplicables en tratándose de un grupo de sociedades en situación de insolvencia.
- d) La cooperación entre los diversos tribunales y especialistas que llevarían juicios de insolvencia para varias empresas de un grupo, en particular cuando se nombran a distintos especialistas en distintos procedimientos;
- e) Otras cuestiones propias de los grupos de sociedades que pudieran requerir disposiciones especiales, como:
  - i) Las facultades de un especialista de la insolvencia nombrado para administrar el patrimonio de la sociedad controladora de un grupo y, concretamente, la de orientar las medidas que debe adoptar respecto a la filial insolvente.
  - ii) Cuáles recomendaciones hacer para que los países mejores complementando o reformando su legislación, respecto a las posibilidades de financiamiento de las empresas en concurso mercantil ya declarado, que pertenezcan a un grupo de sociedades;

- iii) Disposiciones de anulación de transacciones entre las empresas del grupo por ser partes relacionadas, dentro o fuera del periodo de retroacción.
- iv) Disposiciones especiales en el caso de los grupos de sociedades cuyos directivos puedan ser partes relacionadas; y
- v) Si se requieren disposiciones especiales para los grupos de empresas, en lo que atañe a la negociación, aprobación y ejecución de un plan de reorganización.

## PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA DE GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

### ***Propósitos, temas y problemas***

“En los modelos que se han creado a nivel internacional para resolver las cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza nunca se ha abordado satisfactoriamente el tema de los grupos de sociedades.” Aquí el estudio hecho por la CNUDMI se está refiriendo a la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, preparada por ella misma, la CNUDMI la cual plantea algunos aspectos internacionales pero exclusivamente para la empresa individual, no en grupos. Fue la razón por la cual formó el Grupo de Trabajo V que preparó este documento sobre algunos temas relacionados con el tratamiento de los grupos de sociedades en el contexto transfronterizo.<sup>61</sup>

*Propósitos.* 1) Evitar el choque con el criterio tradicional de entidad jurídica independiente para reglamentar las sociedades y sus efectos jurídicos en situaciones de insolvencia; y, 2) facilitar la apertura de un procedimiento de insolvencia contra un grupo de sociedades o contra algunas de sus empresas en un contexto transfronterizo, a modo de coadyuvar al objetivo de obtener el máximo valor posible de la masa en beneficio de los acreedores. 3) Hay necesidad de tomar conocimiento de las soluciones creativas que se hayan encontrado.

*Temas.* Los temas relacionados con el tratamiento de los grupos de sociedades en el contexto transfronterizo son:

1) La apertura del procedimiento de insolvencia contra las empresas constitutivas de un grupo radicadas en países distintos, en donde hay que: a) definir la competencia para admitir el procedimiento de insolvencia con base en algún criterio, bien sea el Centro de los principales intereses; o la presencia y ubicación de los establecimientos y los bienes; b) Resolver el conflicto de leyes respecto a la insolvencia de los grupos de sociedades y falta estipular las medidas que podrían adoptarse al respecto; c) Requisitos que debe reunir la empresa deudora para solicitar la apertura del procedimiento; c) Normas que rijan los efectos de la apertura del procedimiento, entre ellas las precautorias, las facultades del especialista de concursos mercantiles en relación con la anulación de operaciones dudosas en el periodo de retroacción y las aplicables a la negociación, aprobación y ejecución de un convenio con su plan de reorganización; y d) distintos tipos de procedimientos posibles.

2) La administración del procedimiento, en cuanto a: a) la obtención de financiamiento para rescatar la empresa, en fecha posterior a la declaración del concurso mercantil

---

<sup>61</sup> Documento de distribución limitada: Naciones Unidas A/CN.9WG.V/WP.74/Add. 2 del 4 de octubre de 2006.

(autorización del financiamiento, prelación del pago del financiamiento, constitución de garantías reales y efectos por el cambio de etapa de la conciliación a la quiebra); b) reconocimiento de procedimientos extranjeros; c) cooperación entre los tribunales y otras autoridades; y d) procedimientos de reorganización (conciliación) de la empresa, bien estructurados, decidiendo si permitir que el deudor conserve el control de la empresa en concurso mercantil, o no permitirlo.

*Problemas.* Mantener presentes los que se consideran como prioridad en los distintos países:

a) Pocas leyes de insolvencia reconocen al grupo de sociedades como tal y prevén normas generales que rijan su tratamiento en el contexto nacional; ninguna trata específicamente la situación de insolvencia transfronteriza para grupos de sociedades.

b) Debido a la ubicuidad de los grupos de sociedades en el ámbito mercantil contemporáneo, en los últimos años ha venido aumentando sostenidamente el número de procesos de insolvencia de los grupos de sociedades multinacionales.

c) Los problemas que plantea la insolvencia de los grupos de sociedades en el contexto nacional se multiplican cuando una o más deudoras pertenecen a un grupo multinacional, porque cada una es considerada como entidad jurídica por sí misma en distintos países, contra las que deben incoarse procedimientos por separado.

d) El hecho de que haya procedimientos paralelos en distintos países contra empresas vinculadas entre sí, dificulta la conformación de un plan general, habida cuenta de la disparidad de regímenes de la insolvencia y de los mecanismos previstos, en los casos en que estos existan, para coordinar las distintas actuaciones. Se tropieza con problemas al diligenciar actuaciones paralelas.

e) Habida cuenta de la situación imperante en el ámbito internacional en materia de insolvencia de los grupos de sociedades, y al no haber una mayor convergencia de las leyes de insolvencia (en lo interno) y, en particular, de la normativa que regula el tratamiento de los grupos de sociedades, cabe investigar cómo se podría facilitar la administración de los casos de insolvencia transfronteriza.

f) Facilitar la reorganización y rescate de las empresas facilitando diversas formas de financiamiento de las ya declaradas en concurso mercantil.

### ***Competencia para abrir el procedimiento***

La empresa deudora debe tener vinculación con determinado país para que pueda sujetarse a su régimen de insolvencia, ser nacional o residente y ejercer su actividad económica por medio de una estructura jurídica inscrita o constituida en él, teniendo allí: 1) el centro de sus principales intereses; o, 2) establecimientos o propiedades (bienes y derechos).

*1. Centro de los principales intereses.* Es el lugar donde la deudora lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por tanto, pueda ser averiguado por terceros. Se presume que el centro de los principales intereses de la deudora es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social o su residencia habitual si se trata de persona física.

Ha habido resolución de tribunal europeo de que existe una competencia jurisdiccional propia para cada deudora que constituya una entidad jurídicamente distinta. Los elementos que pudieren desvirtuar la presunción del domicilio (sin que se hay determinado si son pertinentes) son:

- grado de independencia de la filial respecto de la adopción de decisiones en materia de financiación, gestión y política;
- los arreglos financieros entre la controladora y la filial (los concernientes a la capitalización, la ubicación de las cuentas bancarias y los servicios contables);
- la división de responsabilidades respecto del suministro de documentación técnica y jurídica, y la firma de contratos;
- el lugar en que se llevaba a cabo el diseño, la comercialización, la fijación de precios y la entrega de productos, y la ejecución de las funciones administrativas.

Algunos tribunales, con criterio práctico, han acumulado los procedimientos de insolvencia de algún grupo de sociedades, para sustanciarlos en el país donde se había abierto el procedimiento de la controladora. Con la administración de los procedimientos en un solo país se lograron resultados más satisfactorios gracias a la mejor coordinación de las actuaciones y al nombramiento de un solo especialista de concursos mercantiles para todas las del grupo. Pero esto sólo se puede hacer cuando haya suficientes elementos de juicio para determinar que el centro de los principales intereses de todas las empresas del grupo está en el mismo país. De no ser posible, se inician procedimientos en distintos países.

2. *Establecimiento o bienes.* El procedimiento que se inicie en el país en que la deudora tenga un establecimiento secundario, se debería limitar a la liquidación de sus bienes situados en el territorio de dicho país. Si bien el procedimiento no se abre con el criterio del lugar donde haya bienes, la Comisión de la ONU reconoce la necesidad de iniciar un procedimiento con arreglo a una norma de derecho interno para administrar los bienes del deudor, siempre y cuando ya se haya iniciado el procedimiento principal en otro país.

### **Conflicto de leyes**

Se plantea conflicto de leyes cuando el procedimiento de insolvencia concierne a partes o bienes situados en diferentes países. Si bien el procedimiento suele regirse por la ley del país en el que se inicia *lex fori concursus*, muchos hacen excepciones.

Hay conflicto de leyes en el caso de las empresas multinacionales para determinar la responsabilidad de la controladora respecto a una filial. ¿Cuál ley aplicar? Si se aplica la del país de la filial, es un criterio opuesto a la unificación de los procesos a empresas del grupo y deja a los acreedores de las filiales en situación de desigualdad, dependiendo de su ubicación. En cambio, si la responsabilidad se basara en la legislación del país de la controladora, se ampliaría la jurisdicción del tribunal, y habría que ver si lo aceptarían los demás países. Esto se evitaría si la controladora asumiera voluntariamente corresponsabilizarse de las deudas de las filiales extranjeras. Están por ser determinadas las medidas aconsejables al respecto.

### ***Obtención de financiamiento posterior a la apertura del procedimiento***

Se podría facilitar la reorganización permitiendo diversas formas de financiamiento posterior a la empresa o empresas ya declaradas en concurso mercantil.

Se considera que hay necesidad de hacerlo pero es compleja su reglamentación y puesta en práctica. Algunos restringen la aportación de nuevos fondos en caso de insolvencia, otros no abordan expresamente la cuestión de nuevos créditos ni el grado de prelación para reembolsarlos. Los factores estructurales que dificultan la obtención de este financiamiento son:

- falta de un marco legal que lo prevea y autorice
- responsabilidad personal en que incurriría el especialista de concursos mercantiles o el personal directivo o de gestión de la empresa deudora por contraer las deudas que tal financiación entrañaría;
- la aplicación de disposiciones que pudieren anular las operaciones refinanciación celebradas.
- los problemas inherentes a otorgar prelación a los créditos concedidos después de la apertura del procedimiento, y
- los casos en que otorgados y obtenidos estos financiamientos por parte de las concursadas, no se lograran reorganizar y rescatar, y transitaran a la etapa de quiebra y liquidación, lo cual repercutiría negativamente en pérdidas para los acreedores que facilitaron los recursos. La existencia de este tipo de impedimentos estructurales en los casos de procedimientos nacionales de insolvencia, generan incertidumbre en cuanto a obtener y proteger ese tipo de financiación en los de insolvencia transfronteriza. Las leyes de los países difieren en la prelación que otorgan a estos financiamientos y en las formas de respaldarlos con garantías reales.
- Otros problemas respecto a la posible financiación para rescatar las empresas que pertenezcan a un grupo, son los concernientes al derecho aplicable a cada una o al conjunto, y otra empresa del grupo podría servirse del financiamiento obtenido por otra; y, de ser así, en qué circunstancias y condiciones. Habría que determinar si una empresa solvente del grupo podría recibir dinero en préstamo y utilizarlo para rescatar a una empresa insolvente. En los casos de insolvencia transfronteriza habría que legislar respecto a los protocolos de comunicación entre los tribunales que atiendan los casos transfronterizos.

En síntesis, los temas pendientes sobre casos transfronterizos, son:

1. Autorización de financiamiento posterior a la apertura del procedimiento, o sea ya que la empresa del grupo fue declarada en concurso mercantil.

Al respecto, habría que exigir la aprobación del tribunal o de los acreedores para que se pudieran obtener los créditos en los casos del ámbito nacional. Resolver el mismo tema para el proceso de insolvencia de un grupo de sociedades con controladora y filiales en diferentes países, sujetas a distinta legislación y a procedimientos judiciales individuales. Estudiar los distintos casos: financiamiento para la empresa que se pretende rescatar; financiamiento que obtenga la empresa controladora en su país y lo entregue

para el rescate de una filial en otro país; aprobación necesaria del tribunal o el consentimiento de los acreedores en el país de la controladora, o en el de la filial, o en ambos; definir qué tribunal tendría que aprobar el financiamiento obtenido en un país que tendrá efectos en otro; decir cómo se podrían reconocer en un país los mandamientos dictados en otro, que afectaren el financiamiento de empresas declaradas en concurso mercantil, para su rescate, tomando en cuenta que diferentes países exigen diferentes tipos de autorización para contraer diferentes tipos de deudas.

En caso de ser necesario, el especialista de concursos mercantiles tendría que pedir y obtener autorizaciones para que el grupo o la empresa contrajeran una deuda no garantizada para buscar su rescate. Establecer quizá que la deuda con garantías o prelación requiera autorización del tribunal y consentimiento de los acreedores, en particular cuando su grado y prelación sea mejor al de los créditos anteriores al concurso. Establecer cuál especialista sería responsable del trámite, el de la filial que lo necesita o el de la controladora cuya solvencia puede respaldarlo y obtenerlo, o el personal directivo de las empresas.

## 2. Prolación del financiamiento posterior a la apertura del procedimiento

La ley de insolvencia debe establecer el grado y prelación de los préstamos obtenidos para empresas ya declaradas en concurso mercantil, y que sean reembolsados antes de los créditos de los acreedores no garantizados o incluso de los garantizados. Definir en lo transfronterizo, a cuáles créditos de cuáles acreedores correspondería esa prelación, y de qué forma afectarían los diferentes grados de prelación que puedan otorgar los países de que se trate, los intereses de los acreedores de las diversas empresas del grupo, de las insolventes y de las solventes.

## 3. Constitución de garantías reales para obtener financiamiento con el propósito de rescatar a la empresa ya declarada en concurso mercantil.

Habría que permitir que se constituya garantía real para rembolsar el financiamiento posterior a la apertura, sobre bienes no gravados, o sobre bienes gravados pero sin prelación frente a los derechos de los acreedores reconocidos. Además habría que señalar el trámite para obtener y reconocer ese financiamiento y poder otorgarle cierto grado de prelación frente a los créditos garantizados anteriores al concurso mercantil.

En lo transfronterizo definir cuál sería el tribunal que aprobaría un préstamo en tales condiciones, con posible garantía de bienes ubicados en país distintos al del acreedor que vaya a facilitar el dinero. Y si podría autorizar la constitución de una garantía real aun con la oposición de los acreedores garantizados reconocidos, y en cuáles circunstancias.

## 4. Cambio de etapas

Cuando el procedimiento pasa de la etapa de reorganización (conciliación) a la de liquidación (quiebra) se recomienda seguir reconociendo la prelación otorgada al financiamiento en la primera. Está por ser definido cómo abordar esto en una situación de insolvencia transfronteriza.

### ***Reconocimiento de procedimientos extranjeros***

La posibilidad de que el procedimiento judicial de insolvencia respecto de empresas de un grupo ubicadas en distintos países se administre coordinadamente, depende de que los tribunales de un país reconozcan los procedimientos extranjeros y de las leyes de su país le permitan cooperar y coordinar su acción con el de otro u otros países.

En los países que lleguen a reconocer y admitir los procedimientos de insolvencia transfronterizos, la solución sería que reconocieran como principal el procedimiento iniciado en el país en que el deudor tenga el centro de sus principales intereses y, como secundario, el iniciado en el país en que la deudora tenga un establecimiento. Después, habría que facultar a los tribunales y a los especialistas de concursos mercantiles (de los procedimientos que tienen relación y están radicados en distintos países, para que se comuniquen y cooperen.

Mientras los países no los adopten, se remitirían a las leyes nacionales con la consecuente comunicación y coordinación lenta, costosa y hasta imposible. Ya se ha visto en casos internacionales, a los tribunales y a los especialistas en concursos mercantiles, buscar la coordinación y armonización, buscando salidas o formas dentro de casos particulares, y tropezando con muchos problemas. Han buscado y negociado acuerdos y buscado la autorización específica de protocolos para:

- la solución de controversias derivadas de las diferentes leyes aplicables en los procedimientos transfronterizos concurrentes o paralelos
- la creación de un marco jurídico para la sustanciación de la causa y
- la coordinación para administrar los bienes de la masa situados en diferentes países.

### ***Cooperación entre los tribunales y otras autoridades***

En los países con legislación avanzada (aunque sólo para procedimientos de empresa individual y no de grupos), los tribunales están habilitados para comunicarse directamente y cooperar con sus homólogos extranjeros en determinadas esferas desde el comienzo de los procedimientos y, a veces, sin que sea necesaria una orden dictada de reconocimiento del procedimiento extranjero. También suelen autorizar la cooperación entre el tribunal de un país (que haya adoptado la Ley Modelo del CNUDI) y el especialista de concursos mercantiles o de tribunales extranjeros. Los síndicos pueden tener obligaciones de información y cooperación recíprocas con ciertos países. Es determinante la capacidad y disposición de los tribunales y de los especialistas para cooperar y comunicarse entre sí a efectos de llevar en forma coordinada los procedimientos principal y secundarios.

### ***Recomendaciones preliminares***

Para mejorar el marco jurídico de los diversos países, el Grupo V de las O. N. U. recomienda a sus países miembros:

- a) Promover la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI
- b) Implantar o reformar su marco jurídico para que regule específicamente los procesos de insolvencia de los grupos de empresas, en el ámbito nacional, y que

establezca las posibilidades de comunicación, coordinación y posible unificación de los procedimientos de distintas empresas del grupo ubicadas en distintos países.

- c) Un mecanismo del que tal vez cabría servirse para abordar los problemas de los grupos de sociedades, es el Reglamento del Consejo Europeo, el cual se aplica directamente a los estados miembros, para velar porque el procedimiento principal abierto en un país, sea automáticamente reconocido en los demás. Desde luego, la aplicación del reglamento implica que los países miembros renuncian a cierto grado de soberanía, para facilitar la administración de los procedimientos transnacionales.
- d) Aplicar enfoque distinto a países que no pertenezcan a organismos regionales como la Comunidad Económica Europea.
- e) Introducir en la legislación, en la medida de lo posible, los conceptos: centro de los principales intereses del grupo de empresas, mancomunidad sustantiva de los patrimonios de las empresas, y administración conjunta de los procedimientos judiciales.

*1. Centro de los principales intereses del grupo de sociedades.* Definido diciendo que "es el lugar donde se ejercen las funciones de administración central del grupo, esto es, donde se adoptan las decisiones en materia de política, gestión y financiamiento", este concepto sería una solución particularmente buena, cuando haya gran integración de las empresas constitutivas y el grupo al que pertenezcan actúe como entidad única.

Este centro determinaría el lugar donde demandar el procedimiento de insolvencia principal contra un grupo de sociedades o contra una o más de sus integrantes, y la ley aplicable a la apertura y administración del procedimiento. En cuanto a la integración del grupo, cabría determinar el grado para considerarla estrecha. Los acreedores tendrían que investigar las vinculaciones de la empresa con la que hubieran tratado para determinar si pertenece o no a un grupo y, en caso afirmativo, abrir un procedimiento principal contra la filial insolvente, en el país en que se halle el centro de los principales intereses del grupo, independientemente de que la sociedad controladora u otras filiales registradas en ese lugar fueran también objeto de procedimientos de insolvencia. Podría ser necesario incluso, iniciar otro procedimiento en el país de la filial insolvente a fin de asegurar el acceso a sus bienes para que respalden o paguen las deudas. Otro criterio sería considerar que el centro de los principales intereses del grupo es el país donde está la sociedad controladora. Así, todas las filiales tendrían el mismo centro y el tribunal competente no tendría qué ver con el lugar de constitución ni con el domicilio social de cada filial.

*2. Mancomunidad sustantiva.* Cuando un grupo esté estrechamente integrado y no sea fácil distinguir el activo y el pasivo de cada empresa, la mancomunidad sustantiva transfronteriza facilitaría la administración de los procedimientos concernientes al grupo, sobre todo contando con la anuencia de las partes. Sin embargo, plantea algunos problemas como son: definir el régimen de insolvencia que ha de aplicar; la posibilidad de que en una situación transfronteriza los tribunales suspendan la aplicación de normas que se aplicarían en un caso interno (nacional) de insolvencia; las reglas de anulación que procedería aplicar; y, la negociación, aprobación y ejecución del plan de reorganización o rescate de la empresa.

3. *Administración conjunta.* Adoptar medidas que facilitaran la utilización más amplia de la administración conjunta de los procesos legales, como adoptar la Ley Modelo para contar con el marco legal de la comunicación y la cooperación transfronterizas y la utilización de protocolos transfronterizos y de otros mecanismos encaminados a abordar los problemas administrativos y procesales entre países.

Tabla 10 Procedimientos de insolvencia de grupos de empresas multinacionales. Temas pendientes
a) Definir qué se entiende por “grupo de sociedades”
b) Diferencia entre la aplicación internacional y los procedimientos nacionales.
c) Criterios para definir el sitio donde llevar un único procedimiento de insolvencia.
d) Vías de recurso del procedimiento internacional: administración conjunta de un solo procedimiento que abarque varios países o de procedimientos radicados en varios países, así como la mancomunidad de los patrimonios.
e) Financiamiento de las empresas ya declaradas en concurso mercantil.

Elaboración propia con base en el material ya citado.

### ***Nuevas consideraciones***

A continuación sintetizo el informe de la reunión de 2008<sup>62</sup> en la cual se reiteró: 1) la necesidad de que los países legislen sobre el concurso mercantil para grupos de empresas; y, 2) que dicha legislación regule el concurso mercantil contemplando al menos, los siguientes aspectos:

- A. Inicio conjunto del proceso judicial de insolvencia: solicitud conjunta de las empresas insolventes de un mismo grupo, o demanda conjunta de los acreedores.
- B. Coordinación procesal en caso de que se abran o se hayan abierto dos o más procesos a empresas pertenecientes a un mismo grupo.
- C. Financiamiento de las empresas ya declaradas en concurso mercantil, para rescatarlas.
- D. Impugnación judicial de operaciones entre partes relacionadas
- E. Consolidación de los patrimonios
- F. Los especialistas
- G. Reestructuración financiera. Un único plan para todas las empresas del grupo.

#### **1) Necesidad de que legislen el concurso mercantil de grupos.**

El problema mundial es la carencia de legislación específica y compilada, de los procedimientos de concurso mercantil de los grupos de empresas.

<sup>62</sup> Informe del Grupo de Trabajo V de Régimen de Insolvencia, de la 34ª. reunión en Nueva York, marzo 2008.

En México, la Ley de Sociedades Mercantiles regula las diferentes formas de organizar y operar una empresa como sociedad individual e independiente. Sólo la Ley de Asociaciones Financieras se ocupa de los grupos de empresas en dicho giro. Las disposiciones acerca de variados aspectos de los grupos de empresas, están dispersas en diferentes leyes mercantiles y fiscales, y las va uno encontrando bajo diversos nombres: grupos de empresas, partes relacionadas, agrupación financiera, etc. Por su parte, la Ley de Concursos Mercantiles alude a los grupos de empresas, pero da por sentada la personalidad jurídica individual de las personas morales, y da a la autoridad judicial la posibilidad de relacionar los procedimientos pero dispone que se lleven por cuerda separada.

Los procedimientos judiciales más complejos del mundo, han sido y son los de insolvencia de grupos multinacionales. Las dificultades en los distintos países son:

- a) Jurisdicción delimitada de los tribunales
- b) Necesidad de comunicación entre los tribunales de diversas jurisdicciones nacionales e internacionales.
- c) Legislación diferente en cada país.
- d) Aplicación al grupo de empresas, sin considerar jurídicamente que se trata de un ente económico único, de las disposiciones hechas para la empresa individual
- e) Aplicación de leyes y decretos hechos al vapor o casi con dedicatoria
- f) Empresas del mismo grupo domiciliadas en varios países.
- g) Masa de bienes y derechos, dispersa en varios países y bajo formas jurídicas diferentes. Fideicomisos (activos de las empresas bajo régimen de fideicomiso).
- h) Definir si todo el grupo debería entrar en insolvencia o abrir sólo procedimiento a las empresas insolventes del grupo y que las demás continúan en marcha.
- i) Variada estructuración de los grupos por variado tipo de relación entre las empresas: jurídica o de facto, formal o informal.
- j) Cada empresa tiene existencia y personalidad jurídica propias, debe ser tratada como entidad independiente y, como su patrimonio es propio, se la administra por separado en su procedimiento de insolvencia.
- k) Transacciones entre partes relacionadas. Para determinar las empresas del grupo que deben entrar a procedimiento de insolvencia, falta definir el tratamiento de las deudas internas del grupo, las que pudieren nacer de una contragarantía, y la cuantificación y responsabilidad por pasivos contingentes comunes.
- l) Garantías, contragarantías y avales entre las empresas.
- m) Contabilidad, información financiera individual de cada empresa y consolidada del grupo.
- n) Discrepancia de la estructura jurídica del grupo con su estructura operativa, financiera y contable.
- o) Dificultad para desentrañar las operaciones de un acreedor con varias empresas de un grupo o de los financiamientos conjuntos; o las operaciones entre ellas o las copropiedades, o el uso y destino de los bienes de la masa.

- p) Falta de respaldo legal para mancomunar las masas de varias empresas, oposición de los acreedores de cada una de ellas, ni siendo controladora y controladas, aunque existan antecedentes, como en México algunas resoluciones de juicios laborales.
- q) Se carece de orientaciones generales acerca de la forma de abordar la cuestión de la insolvencia de un grupo de empresas y, de las circunstancias en que habrían de recibir un tratamiento distinto del que se da a la empresa individual, y si sería legal.

la Núm. 11	ASPECTOS MÍNIMOS RECOMENDADOS POR LA CNUDMI, PARA LEGISLAR LA INSOLVENCIA DE GRUPOS DE EMPRESAS NACIONALES Y TRANSNACIONALES	
<i>Tema de la CNUDMI</i>	<i>Finalidad de legislarlo</i>	<i>Contenido de las leyes</i>
A. Procedimiento conjunto de presentación de solicitud de insolvencia.	Facilitar el examen coordinado de las solicitudes de abrir procedimiento, dirigidas contra 2 o más empresas de un grupo.  Mejorar la eficiencia y economía del procedimiento de concurso mercantil.	Presentación conjunta de una sola solicitud de ser declaradas en concurso mercantil más empresas pertenecientes a un mismo grupo mercantil en dificultades financieras.  - Dos o más empresas de un grupo, con tal que cada una de ellas esté en las condiciones de incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago.  - Uno o más acreedores de dos o más empresas de un grupo, en la presunción de que están en incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago.
B. Coordinación procesal	Facilitar la coordinación de los procedimientos en provecho de los acreedores y de los deudores, sin dejar de respetar la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo, y  Promover la eficiencia procesal y financiera de las actuaciones y evitar toda duplicidad innecesaria.	Permitir que el Tribunal decida la coordinación o conjunción de los procesos judiciales mercantiles, en cualquier momento posterior a la solicitud de ser declaradas en concurso mercantil, y en respuesta a la solicitud que le hagan:  - La empresa de un grupo que haya solicitado ser declarada en concurso mercantil por alguna de las empresas del grupo que ya se encuentra en concurso mercantil; - El especialista en funciones dentro del procedimiento de una empresa perteneciente a un grupo; - El acreedor de la empresa perteneciente a un grupo, que la demandó para que la declare en concurso mercantil, o alguno otro que presente pruebas de ser su acreedor.  Definir en la ley:  - El tribunal que sentenciará la sustanciación coordinada de los procedimientos. - Que dicho tribunal podrá celebrar audiencias simultáneas para conocer de una solicitud de coordinación procesal, y notificar el mandamiento a los acreedores de todas las empresas con obligación de pagar (de todas las empresas que pertenecen al mismo grupo). - El contenido de la notificación: momento y lugar para solicitar el reconocimiento de la deuda, el momento de pago, los requisitos formales, consecuencias de no presentar la solicitud de reconocimiento de crédito, documentos probatorios, paralización de los efectos de otros juicios, y sobre la coordinación procesal importante para los acreedores. - Que el tribunal podrá modificar o revocar la orden de coordinación que haya dictado, y que los actos y decisiones adoptados mientras duró la coordinación procesal no serán afectados por la revocación.
C. Financiamiento preferencial de la empresa de un grupo en concurso mercantil.	Mantener la empresa en marcha, garantizar su supervivencia, preservar o aumentar el valor de la masa. Ofrecer expectativas de recuperación de estos nuevos créditos.  Garantizar la debida protección de los acreedores por este financiamiento.  Velar la adecuada protección de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de fondos después de declarado el concurso mercantil.	Dar facilidades e incentivos para que las empresas de un grupo declaradas en concurso mercantil, puedan obtener créditos y otorgar garantías con bienes o bienes de otras empresas del grupo, concursadas o no, o avales de terceros. Preferencia de los créditos así obtenidos: especificar el orden y prelación de estos créditos. Conformidad del especialista designado en las empresas que den garantías por otros créditos.  Garantías reales en respaldo de este financiamiento. Las garantías reales podrán ser otorgadas por la empresa de un grupo sujeta a procedimiento, para respaldar un crédito otorgado por el mismo grupo ya declarada en concurso mercantil.  Fianza u otro aval otorgable para garantizar el financiamiento.- Una empresa de un grupo declarada en concurso mercantil, podrá ser fiadora o avalar el pago del financiamiento recibido por el mismo grupo también declarada en concurso mercantil, con tal de que:  - el especialista de la garante dé su consentimiento, convencido de que los acreedores no serán afectados adversamente por la fianza o aval otorgado, o - el tribunal a cuya jurisdicción esté sujeto la garante, determine que sus acreedores no serán adversamente afectados por la fianza o aval otorgados para respaldar el crédito dado a la empresa.
D. Procedimiento de impugnación, e	a) Reconstituir la integridad de la masa y garantizar el trato equitativo a los acreedores;  b) Dar seguridad jurídica a terceros	Operaciones impugnables.- Especificar que al examinar si debe o no ser anulada una operación impugnada que se haya concertado entre partes relacionadas en el contexto de un grupo mercantil, el tribunal podrá tomar en consideración las circunstancias del grupo en el que se haya producido la operación.  - El grado de integración de las empresas del grupo que haya intervenido en la operación.

<p>ugnación cial de opera- es entre par- elacionadas.</p>	<p>interesados de que las operaciones efectuadas antes del procedimiento de concurso, en las que intervino la deudora o que hayan afectado a sus bienes, puedan ser consideradas perjudiciales y anulables;</p> <p><i>c)</i> Hacer posible la apertura de un incidente para anular toda operación de esa índole; y</p> <p><i>d)</i> Facilitar la recuperación de bienes, en poder de personas que participaron en la operación anulada.</p>	<p>lidad de la operación y si gracias a ella las empresas del grupo obtuvieron más ven- malmente se otorgarían a partes no relacionadas.</p> <p>Elementos para obtener la anulación y excepciones alegables.- Manera de impugna- curso del procedimiento de insolvencia, operaciones en que intervengan empresas</p> <p>Son impugnables las operaciones realizadas dentro del periodo de retroacción, que valor de la masa o violado el principio del trato equitativo a los acreedores. Será an- <i>a)</i> Operación amañada, que impidió, demoró u obstaculizó a los acreedores existen- cobro de sus créditos, o dejó bienes fuera de su alcance o perjudicó de algún modo <i>b)</i> Operación infravalorada, por la que el deudor transmitió derechos reales sobre s- obligación o transmitió en donación y en la que recibió valor inferior al debido o in- <i>c)</i> Operación preferente, en que intervinieron los acreedores y alguno obtuvo propo- mayor a su cuota de la masa prorrateada o percibió beneficios indebidos.</p>
<p>E. solidación imomial al o parcial)</p>	<p><i>a)</i> Respetar la personalidad jurí- dica independiente de cada em- presa del grupo. <i>b)</i> Legalizar la consolidación de masas en los procedimientos de insolvencia. <i>c)</i> Especificar las circunstancias limitadas en que se podrá conso- lidar. <i>d)</i> Criterios objetivos y trámites para transparentar la consolida- ción de los patrimonios en masa única.</p>	<p>Respetar la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo, pero habilitar de consolidar las masas de las empresas en concurso mercantil y especificar las cir- limitadas en que se hará. Especificar los criterios objetivos y trámites para la consolidación de los patrimonios una masa única. El tribunal podrá decidir que se lleven juntos los procedimientos de insolvencia, co- una sola entidad, mancomunando los activos y pasivos en una masa única, pero só- <i>a)</i> Los bienes de las empresas estén de tal modo entremezclados que no sea posible piedad individual de ellos sin incurrir en gastos o retrasos indebidos, o <i>b)</i> La consolidación patrimonial sea el remedio para rectificar las actividades frau- ficticias o sin justificación comercial, en que hayan intervenido dos o más empresa <i>c)</i> El grupo actuó como si hubiera sido una sola empresa o indujo en terceros a neg- como si fuera una sola empresa, o les ocultaron su personalidad jurídica propia. Consolidación patrimonial parcial.- El tribunal podrá dictar una consolidación par- determinados bienes o créditos del patrimonio consolidado. Podrán presentar la petición de consolidación patrimonial: el especialista a cargo d cualquier empresa del grupo o cualquier acreedor de cualquiera de las empresas de mercantil. La fecha de retroacción indica a partir de cuándo se pueden revisar operaciones decreta la consolidación patrimonial al admitir la solicitud o demanda, será una inicie el periodo, pero si se decreta con posterioridad, la fecha de retroacción se- - la misma para todas las empresas del grupo a las que sea aplicable la consolidaci- función de la primera solicitud o demanda presentada. - distinta fecha para cada empresa aunque se consolide su patrimonio. Indicar el tribunal que podrá modificar la orden de consolidación patrimonial total Tratamiento de las garantías reales en el marco de la consolidación patrimonial.- R y la prelación de todo acreedor con garantía constituida sobre algún bien de una en- tenga orden de consolidación, a no ser que: <i>a)</i> el crédito garantizado sea debido por alguna otra empresa del grupo y debe ser p la consolidación patrimonial, <i>b)</i> El tribunal determine que la garantía fue obtenida fraudulentamente.</p>
<p>F. especialistas</p>	<p>Facilitar la coordinación de los procedimientos que se hayan abierto a dos o más empresas de un grupo, y Alentar, si se nombraron dos o más especialistas, la cooperación entre ellos para evitar duplicida- des, facilitar el flujo de informa- ción sobre la situación financiera y comercial del grupo, y reducir</p>	<p>Cuando se determine que redundará en beneficio de la administración de las masas presas de un grupo, el tribunal podrá nombrar un único especialista. Conflicto de intereses.- Medidas para dirimir todo conflicto de intereses que pudie de dos o más empresas de un grupo, en el supuesto de que se nombre un único esp especialistas adicionales uno en cada empresa para que cada masa tenga su propio espe Cooperación entre especialistas.- Si se abrieron procedimientos separados de dos o grupo, los especialistas deben cooperar entre ellos. Formas de cooperación dentro del derecho: intercambio reinformación, acuerdos e des, responsabilidades, funciones; y con miras a proponer planes de reestructuraci-</p>

	gastos.	ciamientos obtenidos, preservación de la masa, disposición de los bienes, venta, ap cimiento de créditos y plan de pago a los acreedores en caso de quiebra.
G. estructuración in solo plan.		Un único plan de reestructura para todas las empresas del mismo grupo, sea aprob res de cada empresa en concurso mercantil, en el marco de los procedimientos abie en el plan empresas del grupo que no estén en concurso, sin menoscabo de sus acc conforme a derecho.

nte: Elaboración propia con base en los documentos de la CNUDMI citados.

## VISIÓN DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA SOBRE LA INSOLVENCIA

El Dr. Christoph G. Paulus<sup>63</sup> se propuso responder a la pregunta ¿En qué dirección van a ser orientadas las leyes nacionales sobre insolvencia y su aplicación práctica, en los países europeos de ahora al 2012?

Dice que en la Comunidad Económica Europea hay gran preocupación por el tema de la insolvencia de las empresas, y sus estados miembros buscan hacer reformas con han introducido reformas o van a introducirlas con énfasis en los elementos comunes de las leyes de insolvencia de cada país. Están en el intento de modernizar su legislación, de lograr un enfoque europeo de los procedimientos de insolvencia, y de llegar a la integración de la legislación mercantil a nivel supranacional.

### *Efecto unificador de la Regulación*

Requirió largo tiempo lograr la unidad en cuanto a la ley europea sobre insolvencia. En extraño contraste con el acuerdo habido para la ley de procedimientos civiles, la evolución de la Regulación de Insolvencia Europea<sup>64</sup> tomó 40 años, aunque existieron algunos modelos precedentes de acuerdos regionales con respecto a la ley de insolvencia transfronteriza.

En 1933, los países escandinavos firmaron la “Convención Nórdica de Quiebras”<sup>65</sup> y desde entonces, los procedimientos de insolvencia con activos localizados en más de un estado miembro, son negociados de manera tranquila y eficaz. Los esfuerzos europeos han sido ejemplo para la regionalización de las leyes y para la posible existencia de un modelo de ley que trasponga las fronteras, con el propósito de lograr la cooperación más eficiente de la insolvencia transfronteriza, y sacar de ello algunas lecciones.

### *Peculiaridades hacia la unificación*

La *regionalización* es la primera peculiaridad propiciatoria. Los países vecinos parecen buenos candidatos para los intentos de cooperación, aunque la vecindad no da garantía de buenos resultados.

Por el contrario, el lenguaje común aunque parezca ayudar y ser ventajoso para la comunicación, no lo es para la uniformidad legal y ni siquiera para la celebración de tratados. Países con lengua común se enemistan y, en cambio, el TLC, el africano Ohada y la CEE tienen diferentes lenguas.

Lo básico, lo indispensable para que haya mercados comunes es la realización práctica de transacciones y la resultante la confianza mutua en dicho mercado. Los países con fuerte comercio entre ellos están mejor dispuestos a tenerse confianza y a ir construyendo alguna normatividad común. En la experiencia europea, la confianza mutua parece ser la peculiaridad más importante del éxito o fracaso de cualquier intento de armonizar la insolvencia transfronteriza.

---

<sup>63</sup> El Dr. Christoph G. Paulus, LL. M. (Berkeley), - profesor de derecho en la Universidad Humboldt de Berlín, de derecho romano, derecho civil y legislación sobre insolvencia – presentó el manuscrito en que se basan estas ideas, en el II Congreso Nacional de Derecho Concursal en Guadalajara, México, mayo de 2008.

<sup>64</sup> European Insolvency Regulation (EIR).

<sup>65</sup> Nordic Bankruptcy Convention.

Es cierto que la legislación europea está lejos del reconocimiento inmediato, casi automático, de cualquier procedimiento de insolvencia en alguno de los estados miembros, pero hay aceptación tácita del tratamiento que le dé la legislación local. Ya ha habido casos como la aceptación dramática por parte del Tribunal Supremo en Madrid en 1999 (tres años antes de que la Regulación Europea entrara en vigor), que declaró un procedimiento de insolvencia alemán ejecutable en España.

Sin embargo, no hay que sobreestimar la importancia de la confianza en la legislación europea EIR, pues considera numerosas excepciones a la aplicabilidad general de la ley (artículo 4 EIR) y sujeta numerosos temas a la aplicabilidad de la ley doméstica (artículos 5 al 15 EIR).

En conclusión, las experiencias con la Regulación Europea de Insolvencia en los pasados seis años, es que hay un elemento de confianza mutua pero dentro de un proceso de aprendizaje, mejoramiento y fortalecimiento por parte de los practicantes y de los académicos del derecho.

### *Grupos de empresas*

Aunque nos sorprenda, fueron los abogados ingleses del sistema *Common Law*, quienes dieron a sus contrapartes continentales, la lección de cómo interpretar la ley escrita, pues descubrieron la flexibilidad del concepto “centro de principal interés”<sup>66</sup> y lo incorporaron a los casos de insolvencia de empresas pertenecientes a grupos. En comparación, la legislación europea quedó en déficit dado su enfoque en la insolvencia de la empresa como ente individual, a pesar de que las operaciones que trascienden fronteras generalmente son realizadas por grupos de empresas y, por lo tanto, la inmensa mayoría de los procedimientos de insolvencia, se refieren a grupos de empresas.

Los ingleses refieren el “centro de principal interés” a los grupos de empresas, entendiendo por tal el sitio donde sea ejecutada la función de “cabeza de oficina”,<sup>67</sup> aun cuando la controladora no esté registrada ahí. Esta interpretación combinada con el estudio del auto-interés dificultó su adhesión a la ley del continente. Después de un tiempo, países como Alemania, Italia, Hungría y Francia siguieron el ejemplo inglés y adoptaron el concepto, cuando la función de cabeza de oficina está asignada a la empresa controladora de manera que ésta sea reconocible por los terceros. No lo aplicaron en el caso de Eurofood, pero demostraron haberlo aprendido cuando basados en esta interpretación, concentraron el caso de Eurotunnel en Francia.

¿A qué se puede prestar la variabilidad de las leyes de insolvencia?

A que las empresas, particularmente las que pertenezcan a grupos, hagan maniobras para llevar su procedimiento de insolvencia, en el país en el que perciban algunas conveniencias. Dos empresas alemanas mudaron de país; esto es, transfirieron su “centro de principal interés” de Alemania al Reino Unido, antes de presentar su solicitud de concurso mercantil, porque el marco legal les pareció más adecuado a sus circunstancias y ventajoso que la ley de insolvencia alemana, aunque con disgusto para sus acreedores. Esto tiene que ver con el derecho fundamental de la libertad de establecimiento en Europa – aunque con el ojo puesto en la legislación de insolvencia y el nuevo entorno. También ya se dio el caso de que una empresa controladora establecida en

---

<sup>66</sup> Por su acrónimo “comi” (*centre of main interest*).

<sup>67</sup> Cabeza de oficina, *head office function*

Luxemburgo, transfirió la función de su cabeza de oficina a Colonia antes de que sus afiliadas solicitaran el procedimiento de insolvencia en Luxemburgo. Estos casos se colocan en la línea limítrofe entre la libertad de establecimiento admisible y las conveniencias particulares que se pueden derivar de las leyes diferentes.

La Ley Mercantil está unificada en la Comunidad Económica Europea, pero por lo que hace a la legislación de insolvencia, se ha iniciado una competencia entre las de cada país miembro, ejerciendo presión sobre los respectivos legisladores para mejorar, modernizar o reformar sus leyes, si quieren evitar que sus empresas se vayan a otro país a buscar mejores atractivos. En Alemania, el Ministro de Justicia reaccionó a la mudanza de las dos empresas que fueron rumbo al Reino Unido, organizando un grupo de expertos para encontrar soluciones, mejoras, y recomendaciones respecto a las desventajas que pudiera tener la ley alemana. También hay esfuerzos de reforma en Italia, Francia, Holanda, Grecia y la República Checa para mejorar su legislación con el ojo puesto en las leyes de los demás países y con propósito unificador.

#### *Intentos unificadores que han influido en la C. E. E.*

La crónica de los esfuerzos internacionales por cuanto se refiere a la legislación de insolvencia en Europa, es la siguiente:

1) En 1999, el Fondo Monetario Internacional publicó "Orderly & Effective Insolvency Legislation", con sus principios para establecer el mínimo común denominador de la legislación de insolvencia en los países desarrollados, y el cual ha orientado hacia la unificación de los contenidos de ley en varios países, con algún apoyo en la poderosa condicionalidad de las instituciones de Bretton Woods.

2) En 2001 aparecieron los "Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems" del Banco Mundial, que los usa como base de comparación para su ROSC (Reports on the Observance of Standards and Codes).

3) Naciones Unidas sacó primero su Ley Modelo de insolvencia a través de su Comisión UNCITRAL, y luego la "Legislative Guide on Insolvency Law". Libre de la presión económica y financiera de cualquier condicionalidad, este documento ha influido en los distintos países. La UNCITRAL está metida ahora en redactar guías para la legislación de la insolvencia de los grupos de empresas.

4) En la orientación unificadora también participan el European Bank for Reconstruction and Development y el Asian Development Bank, reforzando la idea de rescatar a las empresas en dificultad financiera y no meramente liquidarla.

Como se ve, ha habido distintas tácticas: la presión económica y política de entidades multilaterales o internacionales, la difusión de textos que sirvan como modelo de leyes, congresos internacionales en los que se establecen de facto o declaración algunos compromisos de modificar las leyes, etc. Los principales activos de las empresas ya no parecen ser las cuentas por cobrar, los muebles y los inmuebles sino también los intangibles como el crédito mercantil, el *know how*, el carisma o la lista de clientes, bienes valiosos en la economía de servicios, con fuerte dependencia del buen nombre de las personas o las empresas. Por lo tanto, la liquidación de la empresa y su desaparición supone la gran pérdida de este tipo de intangibles a menos que se reactive su valor ayudando al empresario para que se mantenga en los negocios a bases de reorganizar la empresa y reestructurar sus deudas.

### *Futuro de la ley de insolvencia europea*

La tendencia observada de márgenes cada vez más estrechos dentro de los cuales se va dando la competencia para mejorar las leyes nacionales de los países de la C. E. E., hace prever que continuará y como cada país buscará establecer lo mejor para mantener a sus empresas dentro de su legislación, se irá integrando un cuerpo de normas mínimas con el efecto final de que las leyes de insolvencia converjan a puntos comunes o de armonización creciente.

Es probable que tal convergencia tenga efecto en las propuestas de quienes redactarán el informe acerca de las experiencias prácticas con la legislación europea, en el año 2012. Dicho informe tomará en consideración las sentencias dictadas en los juicios que se celebren hasta entonces en la European Court of Justice. Por lo tanto, se espera la recomendación de indiferencia respecto al país donde iniciar el proceso de insolvencia

Se dedicará atención al problema de la insolvencia de los grupos de empresas y el “centro del principal interés” dependerá de elementos objetivos que sean reconocibles por los terceros, y determinará la competencia del tribunal que juzgará los procesos de insolvencia de los grupos de empresas.

Habrà alguna clarificación respecto a la jurisdicción de los tribunales en materias indirectamente relacionadas con la insolvencia como son los juicios mercantiles con acciones de prevención, evitación o abstención y la ejecución de las sentencias. Aunque ya se aclaran los conceptos de juicio principal y juicios secundarios, están pendientes las cuestiones de los juicios relacionados.

Se superarán deficiencias y limitaciones. Por ejemplo, los artículos 5 a 15 de la European Insolvency Regulation mina el principio de universalidad estableciendo que se aplique la ley de otra jurisdicción, distinta de la que gobierna al procedimiento principal. En particular, el artículo 15 establece que la admisión de un procedimiento de insolvencia está regulada por la ley donde este juicio se abrió y no por la del país donde se haya abierto el principal procedimiento de insolvencia. Prevemos que dicho artículo desaparecerá.

Para que, como consecuencia del informe que se hará en el 2012, haya una ley de insolvencia europea, se necesita el esfuerzo común de muchos expertos que trabajen en los principios o conceptos comunes de las leyes de insolvencia de todos los estados miembros. Así, se contará con legislación adecuada para los grupos de empresas y para los procesos de insolvencia transfronteriza.

### ***Los inversionistas internacionales***

El costo del capital en los diferentes países tiene que ver con la ley de la oferta y la demanda de los recursos financieros, pero también con la percepción que tienen los inversionistas internacionales de los riesgos y probabilidad de recuperación de los recursos prestados o invertidos en forma directa.

En sondeo de opinión conversando con inversionistas extranjeros y una casa calificadora y colocadora de valores en Estados Unidos, el primer trimestre de 2007, nos permitió conocer esa percepción.

### *Así perciben los procedimientos de insolvencia*

En la mayoría de países, los procesos judiciales de quiebra de las empresas se enfocaban a la liquidación del colateral y sólo en apariencia estaban orientados a que el acreedor recuperara los recursos prestados, volviéndose remedio inequitativo, unas veces desde la perspectiva del acreedor y otras, desde la del deudor.

En años recientes, algunos países han revisado o introducido su legislación de insolvencia (concursos mercantiles) de las empresas, sin estar preparados para los avances y crecimiento de la práctica mercantil en el comercio global. Sin embargo, han tratado de adoptar reglas para preservar las empresas mediante procedimientos de reestructuración financiera.

La Ley de Concursos Mercantiles mexicana establece en su procedimiento dos posibilidades: la reestructuración financiera con suspensión de pagos, o la quiebra y venta de la empresa para pagar a sus acreedores.

La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943 era aplicada literal y tendenciosamente a favor de la empresa deudora, por lo que resultó insatisfactoria para los acreedores que no recuperaban los créditos otorgados.

### *Percepción de sesgo en los procedimientos de insolvencia*

Varios entes proporcionaron dinero o aportaron bienes o esfuerzo a la empresa deudora en apuro financiero, y se ven afectados cuando no recuperan lo que esperaban: acreedores garantizados o no garantizados, proveedores, autoridades fiscales, accionistas, trabajadores, etc. Los procesos judiciales en diversos países pueden, por diferentes circunstancias, sesgarse y favorecer sólo a alguno o algunos (como las reclamaciones excesivas o fuera de equilibrio, de los trabajadores o del fisco, por ejemplo) en detrimento de los demás acreedores y de la posibilidad de reestructurar deudas de empresas viables que en dichos procedimientos dejaron de serlo.

Hay la conjetura de que hubo propietarios de empresas que aprovecharon los huecos y presiones para continuar operando el negocio en su propio beneficio sin esforzarse en ayudar a resolver la problemática financiera. Para los acreedores sólo quedaba la larga espera y la baja recuperación.

Una importante diferencia del procedimiento del *Chapter 11* en los Estados Unidos, es el propósito de preservar el valor de la empresa pero retirando a su anterior administrador y poniéndola bajo un *trustee* o administrador independiente,<sup>68</sup> dispuesto a buscar el arreglo con los acreedores con menores pérdidas y manteniendo una estructura de capital y pasivos que dé expectativa de recuperación financiera.

### *Percepción del concurso mercantil*

Los procedimientos de concurso mercantil según la Ley de 2000 representan mejoramiento sobre el anterior régimen (el de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos) que los principales problemas fueron larguísima duración y falta de efectos legales en los responsables. Aun existen procesos iniciados según dicha ley y sin vislumbre de terminación.

---

<sup>68</sup> En México, es el síndico.

Desde la perspectiva del inversionista internacional, los elementos positivos del procedimiento de concurso mercantil son: la delimitación de los plazos o términos hacen que el deudor se preste a negociaciones con los acreedores. Las restricciones o delimitaciones a los periodos de tiempo, presionan al deudor a sentarse a negociar, el ámbito federal del procedimiento y la designación de los especialistas por parte de una institución neutral.

Por otro lado, los inversionistas internacionales ven con recelo que los plazos establecidos por la ley puedan ser maleables, los puntos de inicio del conteo son móviles o aunque sean fijos, su inicio depende de eventos en los que influyen las partes, falta de experiencia internacional de los especialistas para lidiar con la complejidad de las reestructuraciones que trascienden las fronteras.

En comparación con lo que ocurre en otros países, falta transparencia a los procedimientos por usos, costumbres o disposiciones legales, como es el secreto de quién está en procedimiento de concurso que puede disponer la autoridad, el expediente inaccesible para todos los afectados, como serían los compradores extranjeros de obligaciones hipotecarias de la empresa en concurso e incertidumbre del acreedor para prever su ubicación en el orden y prelación del pago de créditos, ventajas de los acreedores con prioridad y los garantizados sobre los comunes que suelen ser numerosos.

Hay incertidumbre, inconsistencias y dificultades para los tenedores de obligaciones hipotecarias, instrumentos de los mercados de capital internacionales, dado su anonimato y dispersión. Se tiende a reconocer como acreedor al representante común y no a los individuos que metieron su dinero, pudiendo estar a la defensiva de su responsabilidad y en segundo lugar de los intereses de sus representados.

También hay incertidumbre en cuanto al concurso mercantil de los grupos de empresas y de empresas que pertenecen a un grupo económico; efectos para los acreedores de la reestructuración de la controladora o de las afiliadas o de todas; o de empresas relacionadas formando de hecho un solo negocio pero sin ligas de propiedad. Asimismo, hay la inquietud respecto del tratamiento de las cuentas por cobrar y las cuentas por pagar entre las empresas del grupo, a la par de otras obligaciones de la concursada y los derechos de votación del convenio y posible influencia del grupo de empresas en cuanto al convenio.

## Capítulo 5

# EMPRESAS Y OTRAS PARTES RELACIONADAS

### *Conceptuación*

En el campo de lo concursal, tal como en el financiero, el fiscal y otros más, reviste importancia la cuestión de las “partes relacionadas” por los posibles efectos que las transacciones que celebren puedan tener en los resultados financieros y en las conclusiones a que lleguen y decisiones que vayan tomando quienes intervienen en el procedimiento concursal. En el desarrollo de este tema, me ocupé primero de las empresas relacionadas y después de las otras partes relacionadas tales como las personas físicas y, dentro de cada una de estas dos subdivisiones, del objetivo, las definiciones y el trabajo de los especialistas de concursos mercantiles.

De las empresas relacionadas, es interesante su funcionamiento y las consecuencias financieras a la hora en que alguna o varias del grupo son declaradas en concurso mercantil. El objetivo es culminar esta reflexión con los métodos de investigación en la auditoría concursal y recomendar la completa y correcta información a la Autoridad Judicial en los preliminares de la visita de verificación y en las etapas de conciliación y de quiebra.

Delimito el ámbito de estudio de este capítulo, partiendo de la conceptualización de los grupos de empresas y otras partes relacionadas y luego revisando las transacciones entre dichas entidades económicas y sus posibles consecuencias como conflictos de intereses. La disciplina para vigilar y contrarrestarlos, es la auditoría concursal que expongo aquí tanto en su aspecto teórico como del procedimiento aplicable por parte de los especialistas, y después describo las tareas del visitador, del conciliador y del síndico en sus respectivas etapas de intervención. Terminó el capítulo comentando el interés mundial que existe sobre este tema, las cuestiones planteadas por entes internacionales y las posibles respuestas del procedimiento de concurso mercantil mexicano.

### ***Grupos de empresas***

Los grupos de empresas nacen en el contexto de un plan estratégico que determina la conveniencia de explotar una o más actividades económicas, creando otras empresas o adquiriendo una parte importante del capital de algunas existentes, y haciéndolas funcionar en un conglomerado de la controladora y sus controladas, bien en forma directa o indirectamente al través de otras controladas, con el fin de obtener: mejor apalancamiento financiero, las ventajas de la especialización, las economías de operación, las economías de escala, la flexibilidad en la conducción de las empresas en consorcio, la distribución del riesgo mediante diversificación de giros, el potencial de crecimiento, las cuestiones fiscales, etc.

El término consorcio (del latín *cum*, con y *sors*, *sortis*, suerte; correr la misma suerte) denota al grupo de empresas que se juntan y de alguna forma combinan sus respecti-

vos patrimonios para actuar unidas hacia la misma finalidad de proporcionar productos o servicios más eficientemente, bajo ciertas reglas comunes pero conservando su personalidad e independencia jurídicas. Dado que retienen su *status* legal separado, el control del consorcio sobre cada una se limita a las actividades del esfuerzo conjunto. Entonces, es lógico que las empresas integrantes de un consorcio realicen entre sí múltiples transacciones, puesto que para eso fueron vinculadas.

En algún momento de dificultad económica pudiera alguna incurrir en el incumplimiento generalizado del pago de sus obligaciones y ser declarada en concurso mercantil. Estaríamos ante una posible desinversión y consecuente liquidación por cualquier vía, de alguna o algunas empresas del grupo.

Desde este punto de vista grupal, la Ley<sup>69</sup> reconoce dos tipos de empresas relacionadas: las *sociedades controladoras* y sus *controladas*. Dispone 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.”

Con un criterio diferente – el de matriz y sucursales – reconoce la existencia de *sucursales de empresas extranjeras en territorio nacional* y establece que podrán ser declaradas en concurso mercantil por los bienes y derechos localizados y exigibles en el territorio nacional y los acreedores por operaciones realizadas con dichas sucursales.<sup>70</sup>

Por último, también reconoce la posibilidad de que el Comerciante tenga un *establecimiento* en el extranjero que pudiera ser sometido a un procedimiento similar al concurso mercantil, al cual llama “procedimiento extranjero no principal” y regula al respecto en su Título Décimo Segundo “De la cooperación en los procedimientos internacionales.”<sup>71</sup>

#### *Definiciones*

La sociedad controladora cumple tres requisitos:

- I) Residente en México
- II) Propietaria de más del 50% de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas, sea directamente o por conducto de otras sociedades que tenga bajo su control.
- III) Que nunca más del 50% de sus acciones con derecho a voto, sean propiedad de otra u otras sociedades.

Son acciones con derecho a voto: las comunes, las que lo tienen limitado y las acciones de goce. Lo mismo es aplicable a las partes sociales de las sociedades de personas.

En contraste, la sociedad controlada lo es porque más del 50% de sus acciones con derecho a voto son propiedad de una sociedad controladora en forma directa y/o indirecta por medio de otras controladas.

La sucursal de empresa extranjera es la establecida en territorio nacional para realizar las operaciones conformes a la legislación mexicana que disponga su matriz extran-

---

<sup>69</sup> Artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles.

<sup>70</sup> Artículo 16 ibídem.

<sup>71</sup> Artículos 278 y 279 fracciones III y VI ibídem.

jera, y su domicilio será el lugar donde se encuentre su establecimiento principal en dicho territorio.

El establecimiento es todo lugar (extranjero) de operaciones en el que el Comerciante ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

Estas definiciones son las que están obligados a tomar en cuenta los especialistas de concursos mercantiles, cuando realizan tareas de auditoría concursal e informan los resultados de sus revisiones en los formatos de Ley, destacando la existencia de *empresas relacionadas* y las transacciones realizadas entre ellas que hayan derivado en saldos de naturaleza deudora o acreedora en la contabilidad de la empresa solicitante o demandada de concurso mercantil.

Resumo: el criterio con que la ley define a las empresas relacionadas que operan en grupo, es el control que ejercen entre ellas, entendiendo como tal el poder del voto en las decisiones estratégicas de los accionistas en asamblea. Tal criterio es limitado pero absolutamente objetivo: la mayoría proporcional de más del 50% de los votos.

Su limitación estriba en que aún sin rebasar tal porcentaje, es posible ejercer control sobre una empresa (cuando el resto de las acciones esté disperso o cuando los accionistas hagan coaliciones); y aún sin ser tenedor de acciones (como el control de hecho que padecen las empresas con un solo cliente o con un cliente desproporcionadamente importante o con un proveedor clave o monopolístico). Desde luego, es preferible la objetividad cuantificada que el abarcar mucho ambiguamente, y aprecio los esfuerzos hechos para que la Ley de Concursos Mercantiles defina mediante números.

Una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación da razones respecto al porcentaje de tenencia de acciones para el control de las empresas: “Se entiende por grupo el conjunto de sociedades cuyas acciones con derecho a voto sean propiedad directa o indirecta de las mismas personas en por lo menos el 51 por ciento... Sólo cuando se tenga directa o indirectamente ese porcentaje se logra una verdadera integración financiera y organizacional de las empresas que conforman el grupo, lo que permite que la sociedad o sociedades que posean ese control accionario puedan influir directamente sobre las decisiones, el manejo y el control administrativo de las empresas que integran al grupo, y se evita que estas últimas tomen decisiones que pudieran dañar o perjudicar la consecución de sus intereses”.<sup>72</sup>

### ***Otras partes relacionadas***

Además de la existencia y/u operación en consorcio, hay otras fuentes de influencia o control en las empresas por parte de personas físicas ligadas con su administración, sea por vínculos familiares o patrimoniales, para quienes la Ley establece trato especial, y también las personas morales en las que tengan influencia tales personas físicas o la administración de la empresa.

La Ley de Concursos Mercantiles establece dos tipos de vínculos para reconocer a las partes relacionadas: familiares y patrimoniales. Son vínculos familiares los del cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el 4º grado, parientes por afinidad hasta el 2º grado y parientes por parentesco civil. En cuanto a los

---

<sup>72</sup> Novena época, 2ª. Sala, SJF Gaceta Tomo XXI, abril de 2005, p.743, Tesis 2ª. XXXIX/2005. Constitucional. Registro IUS 178639.

vínculos patrimoniales la Ley los define de diferente manera para dos propósitos distintos: presumir el fraude de acreedores<sup>73</sup> y limitar la postura y oferta para comprar la empresa quebrada.<sup>74</sup> A continuación entro en detalles.

Del comerciante persona física en concurso mercantil, son partes relacionadas las siguientes:<sup>75</sup>

I. Personas físicas con vínculo familiar

- a. su cónyuge, concubina o concubinario;
- b. parientes por consanguinidad hasta el 4º grado (todos los que están en la línea familiar del comerciante hasta sus primos hermanos, tatarabuelos y tataranietos);
- c. parientes por afinidad hasta el 2º grado (todos los que están en la línea familiar del cónyuge del comerciante hasta sus abuelos, hermanos y nietos) ;
- d. parientes por parentesco civil (hijos adoptivos y padres adoptivos del comerciante); y,

II. Personas morales con vínculo patrimonial

- a. sociedades mercantiles, en las que las mencionadas personas o el propio Comerciante sean administradores o formen parte del consejo de administración; o bien,
- b. conjunta o separadamente representen, directa o indirectamente, al menos el 51 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.

Del comerciante persona moral en concurso mercantil, son partes relacionadas (para efectos de la presunción del fraude a acreedores<sup>76</sup> las siguientes personas físicas (incisos I y II) y personas morales (incisos III y IV):

- I. Su administrador, los miembros de su consejo de administración y sus respectivos: cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el 4º grado, parientes por afinidad hasta el 2º grado y parientes por parentesco civil.
- II. Sus accionistas que en forma conjunta o separada, directa o indirecta, representen al menos el 51 por ciento del capital suscrito y pagado, tengan poder decisorio en las asambleas, puedan nombrar a la mayoría de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales del Comerciante sujeto a concurso;
- III. Las personas morales con las que coincidan los administradores, miembros del consejo de administración o principales directivos.
- IV. Las empresas del grupo del Comerciante. Esto es, sus controladas, su controladora y otras controladas por su misma controladora.

Remito al lector a la *Tabla 1* para, de un solo vistazo, abarcar estas definiciones que da la Ley al propósito de configurar el fraude de acreedores, en cuanto al tipo de persona,

---

<sup>73</sup> Artículo 117 de la Ley de Concursos Mercantiles.

<sup>74</sup> Artículo 202 ibídem.

<sup>75</sup> Artículo 116 ibídem.

<sup>76</sup> Artículo 117 de la Ley de Concursos Mercantiles.

Tabla 12

**PARTES RELACIONADAS**

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 “partes relacionadas del Comerciante”

<i>Comerciante en concurso mercantil</i>	<i>Tipo de vínculo</i>	<i>Vínculo derivado de:</i>	<i>Partes relacionadas del Comerciante</i>
Comerciante persona física	Familiar	Matrimonio Concubinato Parentesco por consanguinidad hasta 4º grado (todos los de la línea familiar del Comerciante hasta...) Parentesco por afinidad hasta el 2º grado (todos los de la línea familiar del cónyuge del Comerciante hasta...) Parentesco civil (adopción)	Cónyuge. Concubina/concubinario. Hasta primos hermanos, tatarabuelos y tataranietos. Hasta abuelos, hermanos y nietos. Padres/hijos adoptivos (*)
	Patrimonial	Que el propio Comerciante o sus partes relacionadas sean administradores o miembros del consejo de administración de las otras sociedades. Que el propio comerciante o sus partes relacionadas: Sean accionistas con al menos 51% del capital suscrito y pagado. Tengan poder decisorio en asambleas de accionistas. Puedan nombrar la mayoría del órgano de Admón. Tengan facultades de decisiones fundamentales.	Otras sociedades mercantiles en que influya el Comerciante y/o sus 5 partes relacionadas.
Comerciante persona moral (una sociedad mercantil)	Familiar	Los intereses que tienen en la propia empresa concursada.	Su administrador, los miembros del órgano de administración y/o sus respectivas 5 partes relacionadas. (Ver *)
	Patrimonial	Que representen al menos 51% del capital suscrito y pagado del comerciante concursado. Tengan poder decisorio en asambleas de accionistas. Puedan nombrar la mayoría del órgano de Admón. Tengan facultades de decisiones fundamentales.	Sus accionistas y otras personas físicas que influyan en la empresa del Comerciante.
		Coincidencia de los administradores, miembros del órgano de administración o principales directivos. Empresas que formen parte del mismo grupo empresarial: las controladas por la del Comerciante o su controladora y todas las controladas por ésta.	Otras sociedades mercantiles coincidentes. Las empresas del mismo grupo.

Fuente: Elaboración propia con base en los artículos 116 y 117 de la Ley de Concursos Mercantiles.

física o moral, que sea el comerciante en concurso mercantil, el tipo de vínculo, familiar o patrimonial, la razón de la cual se deriva y la enunciación de las partes relacionadas.

Por otra parte, para fines de la postura y oferta de comprar la empresa en quiebra o sus bienes la ley <sup>77</sup> plantea los mismos vínculos familiares ya descritos; pero en cuanto a los patrimoniales, considera suficiente el 5 por ciento del capital para establecer vínculo entre el comerciante y las siguientes personas o partes relacionadas:

- I. Los titulares de al menos 5 por ciento de su capital social (accionistas);
- II. Aquéllas que efectivamente controlen a las personas morales que detenten al menos el 5 por ciento de su capital social;

<sup>77</sup> Artículo 202 ibídem.

- III. Las personas morales en que sus administradores o las personas señaladas en las fracciones anteriores sean titulares, conjunta o separadamente, de al menos 5 por ciento del capital social;
- IV. Aquéllas que puedan obligarlo con su firma (apoderados);
- V. Aquéllas en las que participe, directa o indirectamente, en por lo menos 5 por ciento de su capital social;
- VI. Los administradores y personas que puedan obligar con su firma a las personas señaladas en la fracción anterior, y
- VII. Cualesquiera otras personas que, por estar relacionadas directamente con las operaciones del Comerciante, tengan acceso a información privilegiada o confidencial sobre la empresa del mismo.

La *Tabla 2* expresa esquemáticamente los dos tipos de vínculo, las razones de donde se derivan y en la última columna indica el nombre de los parientes y el de las partes relacionadas con vínculo patrimonial, como son: los accionistas de la empresa quebrada tanto personas físicas como morales, sus apoderados, otras sociedades en que el comerciante sea accionista y los enterados de información privilegiada de la quebrada.

Tabla 13 <b>PARTES RELACIONADAS</b>		
Pueden presentar posturas pero deben manifestar sus vínculos familiares o patrimoniales con el Comerciante y, una vez presentadas, no podrán mejorarlas ni participar en las pujas.		
<i>Tipo de vínculo</i>	<i>Vínculo derivado de:</i>	<i>Partes relacionadas del Comerciante</i>
Familiar	Matrimonio Concubinato Parentesco por consanguinidad hasta 4º grado (todos los de la línea familiar del Comerciante hasta...) Parentesco por afinidad hasta el 2º grado (todos los de la línea familiar del cónyuge del Comerciante hasta...) Parentesco civil (adopción)	Cónyuge. Concubina/concubinario. Hasta primos hermanos, tatarabuelos y tataranietos. Hasta abuelos, hermanos y nietos del cónyuge). Padres/hijos adoptivos (*)
	Que son personas relacionadas directamente con las operaciones del Comerciante y tienen intereses en la empresa concursada.	Sus administradores, gerentes, directores, apoderados o miembros del consejo de administración y/o sus respectivas 5 partes relacionadas (Ver *)
Patrimonial	Que sean titulares de al menos 5% de su capital social.	Los accionistas personas físicas de la quebrada.
	Que efectivamente controlen a las personas morales que detenten al menos el 5% del capital social	Otras sociedades mercantiles accionistas de la quebrada y las personas que las controlen
	Que sus administradores o accionistas sean titulares, conjunta o separadamente, de al menos 5% del capital social.	
	Aquellas que puedan obligarlo con su firma.	Apoderados de la quebrada
	Aquellas en las que tenga, directa o indirectamente, por lo menos 5 % del capital social.	Otras sociedades mercantiles en que el Comerciante sea accionista, así como sus administradores y apoderados.
	Los administradores y apoderados de las personas señaladas en la fracción anterior.	
Cualesquiera otras personas que tengan acceso a información privilegiada o confidencial sobre la empresa del Comerciante.	Los enterados de información privilegiada de la quebrada.	

Fuente: Artículo 202 de la Ley de Concursos Mercantiles.

En rigor, estas son las partes relacionadas para efectos de los concursos mercantiles pero, no está de más buscar cómo las consideran otras leyes. Por ejemplo, respecto a la posible incompatibilidad de intereses personales y corporativos de los administradores, la Ley General de Sociedades Mercantiles les impone obligaciones: “El Administrador que en cualquiera operación tenga un interés opuesto al de la sociedad, deberá manifestarlo a los demás Administradores y abstenerse de toda deliberación y resolución. El Administrador que contravenga esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad.” En otro artículo, establece impedimento para ser comisarios a quienes tengan vínculo familiar (los parientes consanguíneos de los administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales hasta el cuarto y los afines dentro del segundo; y a quienes tengan vínculo patrimonial porque sean empleados de: I. la dicha sociedad; II. las sociedades accionistas por más del 25 por ciento del capital social de dicha sociedad; y, III. las sociedades en que dicha sociedad sea accionista con más del 50 por ciento.<sup>78</sup>

Por su parte, la Ley del Impuesto sobre la Renta<sup>79</sup> tiene sus propios conceptos en el capítulo “De las empresas multinacionales” según los cuales, son partes relacionadas:

1) “dos o más personas... 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 capital de dichas personas”;

2) “de las asociaciones en participación... sus integrantes, así como las personas que conforme a este párrafo se consideren partes relacionadas de dicho integrante”;

3) “de un establecimiento permanente... la casa matriz u otros establecimientos permanentes de la misma, así como las personas señaladas en el párrafo anterior y sus establecimientos permanentes”; y la presunción de que

4) “salvo prueba en contrario, las operaciones entre residentes en México y sociedades o entidades sujetas a regímenes fiscales preferentes, son entre partes relacionadas en las que los precios y montos de las contraprestaciones no se pactan conforme a los que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables.”

### ***Transacciones entre relacionadas***

Una transacción es el evento, suceso o condición resultante de las acciones que realizan las empresas relacionadas y cuya consecuencia es un asiento o registro en la respectiva contabilidad de cada una. A continuación me ocupo primero de las transacciones rutinarias y luego de las eventuales o de carácter excepcional.

Las transacciones entre empresas relacionadas suelen ser onerosas, pero algunas pudieren ser gratuitas para la receptora/beneficiaria cuando, por alguna razón, convienen que los costos inevitables graviten sobre la economía de otra empresa del grupo.

¿Qué transacciones pueden ser onerosas o gratuitas?

- La transferencia de bienes: dinero, mercancías, activos fijos para su uso o explotación, etc.
- La transferencia de derechos: uso de patentes, de marcas, de licencias, etc.

---

<sup>78</sup> Artículos 156 y 165 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

<sup>79</sup> Artículo 215 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

- La transferencia de tecnología: asistencia técnica,
- La prestación de servicios: asesoría, mano de obra directa o indirecta, etc.

¿Qué transacciones implican necesariamente movimiento de dinero?

- El pago de regalías
- La compraventa de activos fijos: una vende a otra los que ha estado explotando y desecha por renovación o por cancelación de líneas de producción,
- El arrendamiento: de bienes muebles o de inmuebles
- El financiamiento: préstamos, otorgamiento de avales, respaldo con garantías, pago de intereses.

¿Qué es lo inquietante de las empresas relacionadas?

Lo inquietante de las empresas relacionadas es la existencia de intereses económicos o de poder, que pudieran darles ventajas en detrimento de terceros o ser contrarios a las ideas de igualdad o de equidad predominantes, o ser canales para cambiar de lugar el dinero o para simulaciones, y caer en la problemática del conflicto de intereses.

La experiencia nos dice que las partes relacionadas, cuando las hay, pueden intervenir en las transacciones rutinarias como las que acabo de mencionar, pero también pueden aparecer en las transacciones excepcionales como las siguientes:

- Variaciones del capital de la empresa, tales como aumentos o disminuciones de capital, capitalización de pérdidas de años anteriores, etc. ¿Por qué? Porque son protagonizadas por los accionistas, algunos ejerciendo su derecho del tanto y otros no, y por la influencia que pudieren tener en la administración de la empresa o porque la encabezen o sean parte de la misma.

- Transacciones realizadas o registradas cerca de las fechas de cierre contable, sobre todo las cuantiosas. ¿Por qué? Porque ya determinados los resultados o la situación financiera de la empresa al cierre, pueden ser alterados mediante estas transacciones para hacerlos lucir mejor o con algún otro propósito no explícito.

- Variaciones a las inversiones en bienes de capital de la empresa; esto es, las altas o bajas al activo fijo por ampliaciones o reducciones importantes, como nuevas plantas, compras de maquinaria nueva o usada, comodatos recibidos y comodatos otorgados, etc.

- Operaciones con opciones de alto impacto financiero en la empresa, sea favorable o desfavorable, como arrendamientos financieros con opción de propiedad, ventas con compromiso de recompra, cambios de las garantías otorgadas en contratos, transferencia de créditos, etc.

- Operaciones que se reviertan o que impliquen el compromiso de hacerlo como, grandes ventas que se cancelen o sufran devoluciones, contratos que se incumplan, penalizaciones que se incurran o que originen derechos para la empresa, etc.

Esto no significa que las transacciones descritas impliquen necesariamente intereses contrapuestos, sino simplemente la recomendación de detectarlas y revisarlas. De hecho, hay estados financieros que las expresan o deben hacerlo como el Estado de Variaciones del Capital Contable y el Estado de Origen y Aplicación de Recursos.

Distintas leyes en su respectivo ámbito, se ocupan de definir los intereses contrapuestos y establecen obligaciones de informar las transacciones a fin de conocer las

ventajas y contrarrestarlas. Cito como ejemplos los precios de transferencia y los pagos por asistencia técnica y regalías.

#### *Precios de transferencia.*

Ya mencioné la “transferencia” de bienes, de derechos, de tecnología, etc., como una de las transacciones frecuentes entre las empresas relacionadas. Pues bien, en el ámbito fiscal preocupan los precios de transferencia y se quiere que sean los mismos que en las transacciones comunes, es decir, entre empresas no relacionadas. Así, el interés fiscal se contrapone al interés de los inversionistas de operar en grupos de empresas por beneficios en precios, y el costo de evitar que lo hagan a precios excesivos es anular el incentivo de que transfieran con preferencias de precios a la baja.

La medida eficaz para desalentar los grupos de empresas, consiste en que, quienes celebren operaciones con partes relacionadas (sean empresas o fideicomisos, residentes en nuestro país o en el extranjero), están obligados a determinar sus ingresos acumulables y sus deducciones autorizadas, a los precios y montos a los que las hubieran realizado con cualesquiera otras empresas independientes en operaciones comparables. La eficacia está en que lo hace el causante o, en caso contrario, lo hacen las autoridades fiscales aplicando alguno de varios métodos: de precio comparable, de precio de reventa, de costo adicionado, de partición de utilidades, residual de partición de utilidades y de márgenes transaccionales de utilidad de operación.<sup>80</sup> Además, junto con la declaración del ejercicio y por el mismo periodo, los causantes deben informar las operaciones que realicen con partes relacionadas residentes en el extranjero; la omisión o errores es infracción que se castiga con multa de cuatro ceros significativos.<sup>81</sup> ¿Cuál método de precios de transferencia aplicar? Las autoridades fiscales resuelven las consultas de interesados que les presenten la información, datos y documentación necesarios.<sup>82</sup>

#### *Asesoría, derechos y regalías*

Es tal la variedad de operaciones entre partes relacionadas que desde el punto de vista fiscal pueden causar desasosiego, resultar dudosas o indeseables, que la Ley del Impuesto sobre la Renta ha extremado la precisión de los requisitos para considerar deducibles los gastos inherentes a dichas transacciones. Por ejemplo, para que los gastos de la asistencia técnica, la transferencia de tecnología y las regalías sean deducibles: a) hay que comprobar ante las autoridades fiscales que quien proporciona los conocimientos, cuenta con elementos técnicos propios para ello; b) que se preste en forma directa y no a través de terceros (excepto pagos a residentes en México y pacto en contrato de la prestación por un tercero autorizado); y, c) que sean servicios efectivamente llevados a cabo, no simple posibilidad de obtenerlos.<sup>83</sup>

Estos son los requisitos para que los gastos por asistencia técnica, transferencia de tecnología y regalías, sean deducciones autorizadas. Pero en otra parte, la misma Ley hace énfasis en que “no son deducibles las remesas que efectúe” la empresa mexicana a la matriz u otro establecimiento del extranjero, aún cuando las hagan a título de regalías, honorarios, derechos (de utilizar patentes u otros), comisiones por servicios o ges-

---

<sup>80</sup> Artículos 215 y 216 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

<sup>81</sup> Artículos 81 fracción XVII y 82 fracción XVII del Código Fiscal de la Federación.

<sup>82</sup> Artículo 34-A del Código Fiscal de la Federación.

<sup>83</sup> Artículo 31 fracción XI de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

tiones, intereses, etc.<sup>84</sup> Por lo visto, las meras remesas no son deducibles (¿quién podría pensar en deducirlas?) pero sí los gastos que satisfagan los requisitos fiscales.

### **Limitaciones legales a las transacciones**

Las transacciones del Comerciante en concurso mercantil con las otras partes relacionadas, se ven limitadas por una serie de medidas basadas en presunciones con las cuales la Ley busca limitar los efectos de la contraposición de intereses con los de los acreedores del concursado:

Se presumen actos en fraude de acreedores, salvo prueba de buena fe, las operaciones en contra de la masa que hayan realizado a partir de la fecha de retroacción, el comerciante en concurso mercantil y las personas físicas y morales ya definidas como otras partes relacionadas.<sup>85</sup>

Se presume, salvo prueba en contrario, que los créditos que el cónyuge, concubina o concubinario tengan en contra del comerciante en concurso mercantil, se constituyeron por contratos onerosos o por pagos de deudas del comerciante, efectuados con sus propios bienes, por lo cual dichas partes relacionadas no pueden ser reconocidas como acreedoras.<sup>86</sup>

Se presume que pertenecen al Comerciante, los bienes adquiridos por su cónyuge (en matrimonio con separación de bienes), concubina o concubinario, en los dos años anteriores a la fecha de retroacción de la sentencia de concurso mercantil y, por lo tanto, tienen que entregarlos al síndico si se declara la quiebra, salvo que demuestren que fueron adquiridos con medios de su exclusiva pertenencia.<sup>87</sup>

Se presume que todos los bienes (o exclusivamente los productos de los bienes, si es el caso), adquiridos por la sociedad conyugal en los dos años anteriores a la fecha de retroacción de la sentencia de concurso mercantil, estarán comprendidos en la masa, salvo si el cónyuge pide la terminación de la sociedad conyugal y la reivindicación de los que le corresponden.<sup>88</sup>

Se presume la contraposición de intereses en cuanto a la presentación de posturas u ofertas al Juez en las subastas o venta directa de la empresa declarada en quiebra, por lo cual las empresas y otras partes relacionadas con la concursada podrán presentar posturas pero, una vez presentadas no podrán mejorarlas ni participar en las pujas.<sup>89</sup>

### **Conflicto de intereses. Polémica**

En el caso de que el desenlace de un procedimiento de concurso mercantil sea un convenio para la reestructuración financiera de la empresa concursada, éste será eficaz cuando lo suscriban el Comerciante y la mayoría de sus Acreedores Reconocidos con garantía real (excluidos los créditos laborales y los fiscales que la tuvieren) sea hipotecaria o prendaria, con privilegio especial y los comunes. Dicha mayoría se calcula a razón de más del 50% del monto reconocido en UDIs a estos cuatro grados de Acreedo-

---

<sup>84</sup> Artículo 30 3er. párrafo de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

<sup>85</sup> Artículos 116 y 117 de la Ley de Concursos Mercantiles.

<sup>86</sup> Artículo 126 de la Ley de Concursos Mercantiles.

<sup>87</sup> Artículo 187 de la Ley de Concursos Mercantiles.

<sup>88</sup> Artículo 188 ibídem.

<sup>89</sup> Artículo 202 ibídem.

res.<sup>90</sup> En otras palabras, de los catorce grados que se infieren de la gradación de los créditos a favor de los acreedores reconocidos, sólo firman el convenio los que tengan créditos calificados en los grados 8, 9, 13 y 14 (Ver la *Tabla 3*).

<b>Grados para el Reconocimiento de Créditos por parte de la Autoridad Judicial</b>		
<i>Grado</i>	<i>Descripción *</i>	<i>Firmas para eficacia del convenio</i>
1	Sueldos y salarios e indemnizaciones (Art 224 fr I)	<i>No firman</i>
2	Crédito del IMMS (Art. 287 al 289 LSS)	
3	Gastos de administración de la masa (Art 224 fr II)	
4	Gastos necesarios para la masa (Art 224 fr III)	
5	Gastos de litigio defensa de la masa (Art 224 fr IV)	
6	Gastos de entierro del comerciante (Art 218 fr I)	
7	Gastos de enfermedad (Art 218 fr II)	
8	Acreedores con garantía hipotecaria (Art 219 fr I)	Más del 50% del monto reconocido en UDIs
9	Acreedores con garantía prendaria (Art 219 fr II)	Más del 50% del monto reconocido en UDIs
10	Créditos fiscales con garantía real (Art 221 y 219)	<i>No firman</i>
11	Créditos fiscales sin garantía (Art 221)	
12	Otras obligaciones laborales (Art 221)	
13	Acreedores con privilegio especial (Art 220)	Más del 50% del monto reconocido en UDIs
14	Acreedores comunes (Art 222)	Más del 50% del monto reconocido en UDIs

\* Fuente: Leyes de Concursos Mercantiles y Ley del Seguro Social

Lo cuestionable está en que estos cuatro grupos de acreedores pueden incluir saldos a cargo de la empresa concursada y a favor de empresas relacionadas (del mismo grupo mercantil), y se plantea la duda de si el voto que emiten respecto a las condiciones del convenio es un caso de intereses contrapuestos en detrimento de otros acreedores.

La Ley de Concursos Mercantiles no dice que las partes relacionadas no voten en el convenio y esto, en la práctica, se interpreta como que pueden hacerlo, aunque la *Exposición de motivos*, al ocuparse de la obligatoriedad del convenio, manifieste alguna intención de no permitirlo cuando dice: “De este grupo de referencia se excluyen quienes tengan vínculos familiares o patrimoniales relevantes con el comerciante”. En fin, votan.

### **¿Hay intereses contrapuestos?**

Revisemos dos opiniones contrarias. Por un lado, se afirma que hay intereses en conflicto y las empresas relacionadas no deberían votar en el convenio que busca rescatar a la empresa concursada. Por el otro, está la de considerar prudente y correcto el texto legal y admitir que las empresas relacionadas pueden ser legítimas acreedoras, dispuestas a hacer lo necesario a favor de la concursada para sacarla a flote y preservarla como fuente de empleo y riqueza económica futura.

Según la primera opinión, hay intereses contrapuestos y las partes relacionadas no deberían votar en el convenio, viendo riesgoso el que pudieran ser mayoría de SPE dorres en número y/o en cuantía de adeudos, y formar bloques o coaliciones que plantearan grandes quitas en perjuicio de otros acreedores. La Ley – dicen a manera de ejemplo – se esmera en acotar a las partes relacionadas, tanto personas físicas

<sup>90</sup> Artículo Artículos 156 y 157 ibídem.

como morales, que participan en las subastas o en las ventas directas que haga el síndico de la empresa quebrada. Se los permite, pero dispone que los postores u oferentes manifiesten “sus vínculos familiares o patrimoniales con el Comerciante, sus administradores u otras personas relacionadas directamente con las operaciones del Comerciante”, bien sea que presenten sus posturas u ofertas al Juez personalmente o por conducto de representante. Y les impone – como ya dije – la limitación de que una vez presentadas, no podrán mejorarlas ni participar en las pujas de la subasta; por lo tanto, su interés en vencer tiene que manifestarse ofreciendo desde el principio precios competitivos.

Por último, la sanción aplicable a la omisión o falsedad en los vínculos manifestados, es la nulidad de la adjudicación a su postura “sin perjuicio de las responsabilidades que resulten”, declarando no realizada la subasta.<sup>91</sup> Resumiendo, esta opinión asimila la participación en el convenio con la compra de la empresa y considera que deberían tener restricciones semejantes para contrarrestar el conflicto de intereses.

¿Habría que excluir a las partes relacionadas del convenio? ¿Tienen restricciones para ir a la subasta y no para votar el convenio? ¿Cuando los créditos a su favor representan la mayoría de adeudos, pueden convenir quitas excesivas en menoscabo de los demás acreedores? ¿Qué piensan los acreedores de esas empresas que hacen quitas dadas?

La segunda posición es la de la ley vigente que, al no prohibir la participación de las partes relacionadas en la firma del convenio entre la empresa concursada y sus acreedores, deja la posibilidad abierta y ni pone requisitos expresos ni acentúa la necesidad de revelar los vínculos. Vacilo en determinar si es una carencia de especificaciones o un exceso de literalidad en la lectura de la ley, pero las interpretaciones dan lugar a los recursos de revisión, revocación, etc. de las leyes supletorias de la de Concursos Mercantiles y a prolongación del procedimiento judicial.

En consecuencia, mejor me ocupo de cómo alcanzar el propósito de la ley buscando su aplicación en un equilibrio de intereses y el mayor respeto posible al “principio del estricto cumplimiento de los contratos libremente convenidos” y de la buena fe de las partes en el concurso mercantil.

Tiene calidad de acreedor todo aquel que haya proporcionado crédito o recursos a la empresa concursada y, a cambio, ésta haya contraído la obligación de transferirle recursos o prestarle servicios, la cual siga pendiente por no haber vencido el plazo o no haber ocurrido el evento detonador de la exigibilidad o por incumplimiento del pago. Y tal calidad de acreedor la pueden tener las partes no relacionadas y las relacionadas del Comerciante y de su empresa en concurso mercantil. La Ley, hablando de derechos y obligaciones, acaba por definir las restricciones que delimitan el campo de solución de los problemas y las posibilidades de acción de las personas. Puede mejorarse, puede irse adaptando a las nuevas situaciones pero no ocurre con frecuencia; y más conviene hacer lo mejor que se pueda en las circunstancias y procurar que prevalezca el espíritu de la ley y vaya logrando sus propósitos.

En el ámbito de acción del IFECOM, para evitar abusos podemos fortalecer, por mediación de los especialistas de concursos mercantiles designados a los procedimientos, tres aspectos informativos que son materia de la auditoría concursal: 1) los vínculos del

---

<sup>91</sup> Artículo 202 de la Ley de Concursos Mercantiles.

acreedor o del deudor con el comerciante; 2) la autenticidad del adeudo; y, 3) los actos en fraude de acreedores.

### **Auditoría concursal**

Ya sabemos que “la auditoría concursal es la técnica que aplican los especialistas de concursos mercantiles para obtener evidencia suficiente y demostrable que les permita emitir un dictamen, opinión o proporcionar información confiable acerca de determinados aspectos financieros de una empresa ya declarada en procedimiento de concurso mercantil o en los preliminares por solicitud o demanda, asumiendo la correlativa responsabilidad y conforme a la ley de la materia, a fin de asistir al Juez de la causa en sus resoluciones”.<sup>92</sup>

Lo interesante aquí es que la auditoría concursal sirva al propósito de que los SPEcialistas en concursos mercantiles detecten, revelen y opinen acerca de las “partes relacionadas” en los procedimientos de concurso mercantil, como parte de sus tareas de ley, a fin de que los destinatarios de la información, particularmente el Juez, tomen buenas decisiones.

Algunos auditores externos son categóricos respecto a que las transacciones con partes relacionadas son un área mercantil vulnerable: “Otro tópico estrechamente relacionado (con los fraudes) es el de las transacciones entre partes relacionadas. El auditor debe realizar procedimientos para identificar las partes relacionadas (reveladas o no por la empresa). Una vez identificadas, no debe ver las transacciones con benignidad; siempre implican un conflicto de intereses. El auditor consciente de ellos, tiene que revisar y ver si la sustancia de las transacciones difiere de la forma; en cuyo caso, debe evaluar seriamente si conviene cambiar la presentación financiera para que la revelación sea suficiente... y declarar si la sustancia económica de las transacciones y eventos está adecuadamente presentada”.<sup>93</sup>

Este recelo tiene como antecedentes los procesos judiciales ocurridos en los Estados Unidos de América desde 1969 a la fecha, en los que se han visto involucradas empresas relacionadas, como el de *United States vs. Simon* en que el auditor externo de una empresa fue acusado de violación de las leyes de valores por certificar un documento que sabía era falso y multado por la inadecuada revelación mediante una nota al pie que hizo de la transacción siguiente: La empresa Continental Vending Machine Corp., le prestó una fuerte suma de dinero a su afiliada Valley Commercial Corp. con la garantía colateral de sus propias acciones, la que a su vez le prestó los fondos a un accionista y ejecutivo influyente en ambas. En la contabilidad de la primera, fue registrada la cuenta por cobrar a la segunda y mostrada en el Balance General como un activo con una oscura nota al pie explicando las circunstancias. La Continental no pudo cobrar el préstamo a su relacionada Valley y al poco tiempo fue a la quiebra.

---

<sup>92</sup> Saldaña Espinosa J., *Concursos Mercantiles. Enfoque administrativo, financiero y contable*, pág. 170.

<sup>93</sup> Douglas R. Carmichael, Chief Auditor PCAOB, AICPA Conference, *El Profesionalismo es primordial*, Diciembre 12 de 2003, [www.pcaobus.org](http://www.pcaobus.org)

Las organizaciones de contadores públicos en los Estados Unidos de América ven, desde el enfoque de la auditoría de estados financieros, los siguientes riesgos en las transacciones de las partes relacionadas:<sup>94</sup>

“3. El riesgo de que la entidad (empresa a quien se auditen sus estados financieros) no identifique y contabilice adecuadamente o no revele los vínculos y transacciones con partes relacionadas, puede ser alto debido a que: (a) Las partes relacionadas pueden operar mediante una extensa y compleja gama de relaciones y estructuras, y entrar en transacciones complejas; (b) Las transacciones entre partes relacionadas pueden ser informales, por ejemplo, en las entidades más pequeñas puede haber relaciones y transacciones con familiares de los administradores, que no estén completamente documentadas o formalmente aprobadas; (c) Los sistemas de información pueden no estar diseñados para identificar o resumir las transacciones y saldos relevantes entre una entidad y sus partes relacionadas; y, (d) Las transacciones con partes relacionadas pudieran haber seguido un curso distinto al normal de los negocios; por ejemplo, algunas transacciones con partes relacionadas pueden ser celebradas sin intercambio compensatorio. Como resultado, los vínculos con las partes relacionadas pueden dar mayor oportunidad a la colusión, el encubrimiento o la manipulación, resultando en un riesgo mayor de fraude.”

Las empresas que pertenecen a un grupo realizan transacciones entre ellas cotidianamente, pues para eso fueron creadas y estructuradas en grupo. Entonces, al SPEcialista de concursos mercantiles no le sorprende que las haya, pero tiene que entenderlas y explicar la naturaleza y las consecuencias financieras de las transacciones entre partes relacionadas, cómo influyeron en el camino de la empresa hacia el incumplimiento de pago o hacia la quiebra y opinar al respecto. Debe ser capaz de descubrir el disimulo de operaciones con partes relacionadas como si no lo fueren, el conflicto de intereses que puedan plantear con los de otros acreedores e informar lo necesario para evitar decisiones erróneas de los destinatarios de su trabajo.

Los antecedentes mencionados sirven como alerta respecto al cuidado que deben tener los especialistas que intervengan en los procedimientos judiciales de concurso mercantil que revisan la contabilidad de las empresas para los fines específicos de opinar respecto a: el visitador, al incumplimiento generalizado de pago; el conciliador, al reconocimiento de créditos; y, el síndico, al dictamen de la contabilidad, del inventario de la Masa y del balance con que asume la administración de la empresa.

#### *Objetivos de la revisión*

Los especialistas son auxiliares del Juez que lleva el procedimiento de concurso mercantil y como tales, tienen que informarle los aspectos que expresamente dispone la Ley de Concursos Mercantiles ya mencionados, así como hacerle conocer cualquier otro relevante como el tema de las partes relacionadas.

El visitador, el conciliador y el síndico en la respectiva fase o etapa del proceso en que cada uno realiza labores de auditoría concursal para cumplir con sus obligaciones

---

<sup>94</sup> Boletín ISA 550 *Partes Relacionadas*, emitido por el Comité de Normas Internacionales de Auditoría y Aseguramiento (IAASB), para consulta el 30 de abril de 2006.

de Ley, tienen que investigar y revelar los vínculos de los acreedores que sean partes relacionadas con el comerciante, comprobar la autenticidad del adeudo y advertir presumibles actos en fraude de acreedores.

### **Procedimiento de auditoría concursal**

Cuando alguna o algunas de las empresas de un grupo presenta solicitud de ser declarada en concurso mercantil, son particularmente interesantes las cuentas a cargo o a favor de empresas relacionadas, tanto por lo que la integración de su saldo refleja a la fecha de presentación, como por la historia que narre el análisis de los movimientos contables, quizá revelando las causas que la llevaron al incumplimiento generalizado de pagos.

Tabla 15

#### **“PARTES RELACIONADAS” Procedimiento de auditoría concursal**

Este procedimiento de auditoría tiene por objeto que el especialista en turno – sea visitador, conciliador o síndico – obtenga evidencia suficiente y adecuada para: identificar a las partes relacionadas, determinar la autenticidad de la transacción y saldo, emitir un juicio y comunicar sus hallazgos:

##### **1. Identificar a las partes relacionadas.**

- a. Inquirir al comerciante y a sus directivos. ¿Existen partes relacionadas? ¿Hay saldos a favor o en contra de partes relacionadas? ¿Cuál fue el propósito de vincular las empresas en un consorcio? ¿Se logró?
- b. Revisión documental
  - i. Revisar el acta constitutiva de la sociedad y los libros de actas subsecuentes que modifiquen el capital social.
  - ii. Revisar el Libro Especial de los Socios <sup>95</sup> o el Registro de Acciones que debe contener el nombre, nacionalidad, domicilio del accionista, acciones que le pertenecen, transmisión de acciones, etc.
- c. Hacer la lista de partes relacionadas por vínculos familiares y por vínculos patrimoniales, anotando el nombre y vínculo y la cuantificación del vínculo en valores absolutos y en porcentajes: de acciones con respecto al capital social, del crédito con respecto al pasivo total, de la deuda con respecto al total de cuentas por cobrar, etc.
- d. Representar gráficamente la pirámide del consorcio (las empresas y sus relaciones).
- e. Investigar y explicar la naturaleza y alcance de las relaciones y juzgar sus posibles efectos en los compromisos entre las empresas o personas. ¿Afectan el valor de los activos de la empresa concursada? ¿Han tenido algún peso en la determinación de sus deudas y en cómo han sido garantizadas?

<sup>95</sup> El artículo 73 de la Ley General de Sociedades Mercantiles lo llama Libro Especial de los Socios cuando se trata de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, y el artículo 128 de la misma, lo llama Registro de Acciones en caso de que sea una Sociedad Anónima.

f. Integrar los saldos a favor de partes relacionadas, identificando las operaciones de cargo y/o de abono que los forman.

**2. Determinar la autenticidad de la transacción y el saldo:**

a. Ver la naturaleza del adeudo: deudor (a favor del Comerciante como cuenta por cobrar) o acreedor (obligación de pago del comerciante).

b. Revisar el correcto registro de las transacciones en el libro diario, en el mayor y en las cuentas corrientes. El registro contable de las transacciones que una empresa realiza con cada una de sus relacionadas, se refleja en la respectiva "cuenta corriente" sujeta, como su nombre lo implica, a liquidaciones periódicas y con saldo que unas veces es deudor y otras es acreedor pues, dependiendo de las operaciones mutuas que celebren, van intercambiando el rol de deudora a acreedora.

c. Comprobar que estén debidamente soportadas por documentos probatorios. Examinar y dejar constancia en sus papeles de trabajo de los contratos, facturas, depósitos bancarios, entradas/salidas del almacén, pólizas de seguro, títulos de crédito, etc. ¿Qué implicaciones tienen las evidencias recabadas? ¿Cuáles son los hechos? ¿Cuáles pudieran ser las intenciones?

d. Estudiar los efectos financieros provocados por las transacciones realizadas, tanto en la situación financiera como en los resultados.

e. ¿Dónde buscar indicios de los riesgos por operaciones con partes relacionadas de la empresa declarada en concurso mercantil? Particularmente en las transacciones anormales o no rutinarias en cuanto a inusuales precios, tasas de interés, garantías, plazos, razones comerciales de realizarlas y procedimientos contables. Así como en las transacciones recurrentes que se suspendieron y en las de cuantía notable con determinados clientes o proveedores. Poner atención a las muy onerosas y también a las gratuitas, a las recurrentes y a los cambios abruptos, y a las realizadas cerca de los cierres contables.

**3. Emitir su juicio:** justificar el saldo a favor de las partes relacionadas cuando a su criterio sea legítimo o rechazarlo cuando no lo sea o cuando no le haya sido proporcionada la información necesaria y no haya podido recabar evidencia suficiente.

**4. Comunicar** los hallazgos a la Autoridad Judicial. ¿Se advierten o pueden presumir posibles actos en fraude de acreedores?<sup>96</sup>

Elaboración propia

### **Tareas de los especialistas**

Una vez expuestos los propósitos de la auditoría concursal en los concursos mercantiles, paso a estudiar las actividades y empeños de cada tipo de especialista, en su respectivo momento de intervención. A continuación expongo las tareas del visitador, enmarcadas en el Procedimiento de auditoría ya descrito y en la preparación de su dictamen.

### **Visitador**

---

<sup>96</sup> Artículos 112 a 119 de la Ley de Concursos Mercantiles.

El visitador puede poner en práctica los puntos 1 y 2 del “Procedimiento de auditoría de partes relacionadas en caso de concurso mercantil”, con las facultades que le otorga la ley<sup>97</sup> y con la colaboración esperada del Comerciante<sup>98</sup>. La evidencia así recabada le permitirá formarse un juicio según el punto 3 y, conforme al punto 4, lo comunicará en su dictamen con los nombres, saldos, transacciones importantes, etc. hechas por el Comerciante con partes relacionadas que, cuando sean empresas del consorcio esto es, “Cuando se trate de una sociedad mercantil controladora o controlada el visitador deberá asentar este hecho en su dictamen”.<sup>99</sup>

¿Cómo informa el visitador?

Informa en el “Dictamen del Visitador” formato LV-1/40 del IFECOM asentando en las secciones 10 y 11 Subsección 1 los datos investigados; en las secciones 12 y 4 los saldos a favor o en contra de partes relacionadas que haya encontrado documentalmente sustentados y justificados; y en la Sección 8 “Acta de visita” toda la información obtenida durante la visita acerca de los saldos y transacciones con partes relacionadas, los haya incluido o no en sus cómputos para determinar el posible incumplimiento de sus obligaciones de la empresa (para la tarea dispone de la “Tecnología del Visitador”).

Repito y entro en detalles a continuación:

Primeramente, en el formato “LV-1/40 Sección 10 Información complementaria para efectos de posible acumulación” de los procedimientos judiciales, el visitador anota la denominación o razón social de la controladora y de la controlada complementadas con la leyenda “Empresa relacionada”, la forma de la relación, la integración de la tenencia accionaria, la cantidad de acciones con derecho a voto y el porcentaje que representan del capital social, así como la participación de la controladora en la controlada, tanto directa como indirecta.

En el formato “LV-1/40 Sección 11 Subsección 1 Otros casos” el visitador anota – si el comerciante tiene patrimonio fideicomitido afecto a la realización de actividades empresariales – los datos del fideicomitente, el objeto del fideicomiso, los bienes afectados, las condiciones especiales, etc. Si el comerciante es sucursal de empresa extranjera, señala en el mismo formato el domicilio del establecimiento principal en territorio nacional, los bienes localizados y los derechos exigibles también en el territorio nacional y a los acreedores por operaciones realizadas con la sucursal.

Concluidas sus pruebas de auditoría y convencido por los documentos examinados, de la realidad de los saldos a cargo del Comerciante y a favor de sus partes relacionadas, en el formato “LV-1/40 Sección 12 Lista individual de acreedores con el total de obligaciones de pago del comerciante, vencidas y no vencidas”, anota el nombre y domicilio de acreedor, luego la leyenda “Parte relacionada” y la cuantía total del adeudo a su favor.

Si, por contra, las transacciones entre las partes relacionadas produjeron saldo a favor del comerciante, el visitador, enterado de que hay deudores relacionados y convencido del respaldo documental que revisó, da la noticia en el casillero de “Observaciones” que tiene el formato “LV-1/40 Sección 4, anotando el nombre seguido de la leyenda “Empresa relacionada” o “Parte relacionada” (si es persona física) y el saldo o cuantía

---

<sup>97</sup> Artículo 34 ibídem.

<sup>98</sup> Artículo 35 ibídem.

<sup>99</sup> Artículo 30 ibídem.

total que le adeuda al comerciante. Ya sabemos que el objeto de este formato es el de calcular el “Total de activos para hacer frente a por lo menos el 80% de las obligaciones de pago del Comerciante vencidas a la fecha en que se presentó la demanda o solicitud” y que son activos convertibles en dinero a corto plazo pero, repito, lo aprovechamos para informar las deudas de partes relacionadas cualquiera que sea el vencimiento.

El espacio en que el visitador puede explayarse, es el formato “LV-1/40 Sección 8 Acta de Visita”, ya que ahí caben en forma circunstanciada los hechos u omisiones que hubiere conocido respecto a las partes relacionadas y relativos al objeto de la visita, así como el tratamiento dado en su dictamen. (Ver la *Tabla 4*)

Partes relacionadas en caso de concurso mercantil			
Actividades del visitador al practicar el Procedimiento de Auditoría			
<i>El objetivo es comunicar:</i>	<i>Clave del formato</i>	<i>Nombre del formato</i>	<i>El visitador anota:</i>
Datos de las empresas Relacionadas	LV-1/140 Sección 10	“Información complementaria para efectos de posible acumulación”	todo lo relativo a la situación de sociedad controladora o controlada y de otras controladas junto con ella.
Datos de otras partes relacionadas	LV-1/140 Sección 11 Subsección 1	“Otros casos”	todo lo relativo a si el Comerciante visitado es o tiene fideicomisos o es sucursal de empresa extranjera.
El saldo acreedor, a favor de las partes relacionadas, debidamente justificado.	LV-1/40 Sección 12	“Lista individual de acreedores, con el total de obligaciones de pago del comerciante, vencidas y no vencidas”	la indicación de que es “Empresa relacionada” o “Parte relacionada” con el Comerciante, después del domicilio de quien lo sea.
El saldo deudor, en contra de las partes relacionadas, debidamente justificado.	LV-1/40 Sección 4	“ <u>Total de activos</u> para hacer frente a por lo menos el 80% de las obligaciones de pago del comerciante vencidas a la fecha en que se presentó la demanda o solicitud”	en el casillero de “Observaciones”, el nombre y saldos en contra de partes relacionadas (y, por tanto, a favor de la empresa en concurso mercantil).
Que hay partes relacionadas e identificarlas.	LV-1/40 Sección 8	Acta de visita	toda la información que conozca de las transacciones con partes relacionadas, y la constancia de las razones y justificaciones, cuando no incluya algún saldo contable en las relaciones ni en los cálculos de su Dictamen.

Elaboración propia.

### **Conciliador**

Tres obligaciones del conciliador tienen que ver con las “partes relacionadas” de la empresa declarada en concurso mercantil: el reconocimiento de créditos, la proposición del convenio y la vigilancia de las operaciones y la contabilidad. En la primera, le recomienda al Juez que reconozca los saldos o que no los reconozca después de haber atendi-

do, entre otras cosas, las solicitudes de los acreedores y las transmisiones de titularidad. En la segunda, presume que de las partes relacionadas y sus saldos, pudiere depender el rescate financiero de la empresa y, basado en lo que resulte de las pruebas de auditoría concursal por él aplicadas, toma en cuenta las deudas pertinentes y desecha las demás al preparar el convenio entre el Comerciante y sus Acreedores Reconocidos. Cumple la tercera manteniéndose alerta respecto a las transacciones con las partes relacionadas y los registros contables que realice el Comerciante de ellas.

#### *Reconocimiento de adeudos*

El conciliador audita los pasivos del Comerciante para proponer al Juez de la causa cuáles deudas reconocer y cuáles desconocer. Se vale de la “Tecnología del conciliador” y mediante el análisis de los documentos comprobatorios de las transacciones – contratos, facturas, endosos, talones de embarque, pólizas de seguro, recibos, etc. – va decidiendo en cuál de las listas incluir cada saldo a cargo del comerciante, sugiriendo así al Juez que lo reconozca o no.

Prepara primero la “lista provisional” – en plazo no mayor de 30 días – y luego la “lista definitiva” en el término de los diez días siguientes. Lo de provisional no vaya a entenderse como “hecha a la ligera”, pues el calificativo se refiere a que el esmerado contenido de la lista tiene validez temporal sólo por estar sujeto a posibles objeciones del Comerciante y de los acreedores de éste; y, una vez agotado el plazo para su inconformidad, el conciliador las toma en cuenta o no, dependiendo de las pruebas que le aportaron y las razones esgrimidas, y presenta la “lista definitiva.”

Al revisar cada saldo a cargo del comerciante y dependiendo de lo que haya podido verificar, el conciliador queda ante la disyuntiva de proponer al Juez que lo reconozca o que no lo reconozca. Para los primero, incluye en el formato LC-5/121 Sección 1 el nombre del acreedor y la cuantía del crédito en la moneda en que debe ser reconocido y en UDIs. Formula igualmente el formato LC-5/121 Sección 1 Subsección 1 “Acreedor de la lista provisional cuyo crédito se propone reconocer” rico en detalles de la transacción e indica, entre las características del crédito, la de ser entre partes relacionadas. Además, en el formato LC-5/121 Sección 1 Subsección 2 expresa las razones y causas de tal propuesta y aclara que se trata de una empresa o parte relacionada indicando la naturaleza de la relación que tiene con el comerciante.

Por el contrario, para proponerle que no lo reconozca, incluye los datos del acreedor en el formato LC-5/121 Sección 2 y hace la aclaración de que se trata de una empresa o parte relacionada y la naturaleza de la relación que tiene con el comerciante en el formato LC-5/121 Sección 2 Subsección 1 junto con las razones y causas de tal propuesta. Por otro lado, cuando recomiende reconocer cantidades distintas a las registradas por el Comerciante o a las solicitadas por el acreedor, tiene que anotar la justificación de las diferencias en el ya mencionado formato LC-5/121 Sección 1 Subsección 2.

Concluido el plazo legal para objeciones del Comerciante y de sus acreedores, y después de revisar las recibidas, incluir las procedentes y apartar las improcedentes, está en condiciones de preparar (utilizando la Tecnología el Conciliador) las listas definitivas en el formato CC-2/130 y sus respectivas secciones y subsecciones.

En resumen, el conciliador incluye en los respectivos formatos los saldos de partes relacionadas recomendando reconocer los que haya encontrado debidamente justificados y sustentados, y proponiendo no reconocer los que considere insuficientemente respaldados por documentos y otros indicios.

### *Transmisión de créditos*

Los acreedores alimentan información al conciliador, discrecionalmente en la “Solicitud de reconocimiento de crédito” (formato LC-3/125), y obligatoriamente (para el acreedor al igual que el adquirente) en el aviso de “Transmisión de titularidad de crédito” (formato LC-4/144) para hacer público tal hecho. Ambos documentos son objeto de la comprobación que hace el conciliador en su auditoría concursal y forman parte de su presentación al Juez.

El cambio de acreedor tiene que ser revelado. La transmisión de algún crédito opera una vez iniciado el concurso mercantil, y pudiera simplificar el convenio cuando un interesado comprara los créditos pequeños disminuyendo así el número de acreedores; o aumentar las comprobaciones del conciliador, sobre todo cuando la transmisión ocurra entre partes interesadas dado que, junto con la deuda, se transmiten los derechos de votar el convenio.

Tabla 17

<b>Actividades especiales para proponer el reconocimiento o no reconocimiento De créditos con partes relacionadas, que hace el conciliador</b>		
<i>Clave del formato</i>	<i>Título</i>	<i>El conciliador hace lo siguiente:</i>
LC-5/121 Sección 1	Lista provisional de créditos a cargo del Comerciante.	Incluye los créditos de <b>partes relacionadas</b> que recomienda reconocer.
LC-5/121 Sección 1 Subsección 1	Acreedor de la lista provisional cuyo crédito se propone reconocer.	Indica la “característica” de que es una transacción entre <b>partes relacionadas</b> .
LC-5/121 Sección 1 Subsección 2	Lista provisional de razones y causas de la propuesta de reconocimiento. Justificación de diferencias con lo registrado por el Comerciante o lo solicitado por el acreedor.	Indica que se trata de una transacción entre <b>partes relacionadas</b> y justifica lo pertinente.
LC-5/121 Sección 2	Lista provisional de solicitudes de reconocimiento de créditos a cargo del Comerciante que se propone NO reconocer.	Incluye los créditos de <b>partes relacionadas</b> que recomienda no reconocer.
LC-5/121 Sección 2 Subsección 1	Lista provisional de razones y causas por las que se propone NO reconocer créditos.	Indica que se trata de una transacción entre <b>partes relacionadas</b> y justifica lo pertinente.
CC-2/130 Sección 1	Lista definitiva de reconocimiento de créditos a cargo del Comerciante.	Incluye los créditos de <b>partes relacionadas</b> que recomienda reconocer.
CC-2/130 Sección 1 Subsección 1	Acreedor de la lista definitiva cuyo crédito se propone reconocer.	Indica la “característica” de que es una transacción entre <b>partes relacionadas</b> .
CC-2/130 Sección 1 Subsección 2	Razones y causas de la propuesta de reconocimiento definitivo de crédito. Justificación de diferencias con lo registrado por el Comerciante o lo solicitado por el acreedor. En caso de objeción (es), su descripción y consideraciones.	Indica que se trata de una transacción entre <b>partes relacionadas</b> y justifica lo pertinente.
CC-2/130 Sección 2	Lista definitiva de solicitudes de reconocimiento de créditos a cargo del Comerciante que se propone NO reconocer.	Incluye los créditos de <b>partes relacionadas</b> que recomienda no reconocer.
CC-2/130 Sección 2 Subsección 1	Lista definitiva de razones y causas por las que se propone NO reconocer créditos. En caso de objeción (es), descripción y consideraciones.	Indica que se trata de una transacción entre <b>partes relacionadas</b> y justifica lo pertinente.

Elaboración propia.

Un tema de la revisión del conciliador es la procedencia y legalidad de la transmisión de los créditos, para lo cual comprueba que sea operación permitida; esto es, que no caiga en las hipótesis ni de las operaciones prohibidas ni de las limitadas ni de las preocupantes. Al propósito, la “operación preocupante” es: “la operación, actividad, conducta o comportamiento de los directivos, funcionarios, empleados y apoderados respectivos en las Entidades que por sus características, pudieran contravenir o vulnerar la aplicación de lo dispuesto en la Ley...” (Segunda Resolución fracción XI respecto a los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito y 124 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular, Marzo 2004).

Así, dependiendo de la naturaleza y objeto de la concursada y de los acreedores que intervengan en la transmisión del crédito, el conciliador verifica que, por ejemplo, no caiga en las prohibiciones a: las instituciones de crédito (Título Quinto de la Ley de Instituciones de Crédito, artículos 103 a 116), los grupos financieros (XVIII Regla general para su constitución y funcionamiento), los almacenes generales de depósito (Art. 23

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito), las arrendadoras financieras (Art. 38 LGOAAC), las uniones de crédito (Art. 45 LGOAAC), el factoraje financiero (Art. 45T LGOAAC), las casas de cambio (Art. 87A LGOAAC), etc. En caso de que detectara alguna falta, informaría a la Autoridad Judicial.

### *Vigilancia*

Las actividades de vigilancia del conciliador se refieren también a los efectos que las partes relacionadas pueden tener en la empresa concursada, particularmente la vigilancia de las operaciones que realice el comerciante y de la contabilidad, para el fin de protección de la Masa y contra posibles fraudes a los acreedores.<sup>100</sup>

### **Síndico**

Bien por solicitud expresa del Comerciante, por haber transcurrido el término para la conciliación y sus prórrogas sin haber encontrado una fórmula aceptable para todos de rescatar la empresa; o bien, porque el conciliador haya solicitado la declaración de quiebra, el Juez haberla concedido y nadie presentar apelaciones que la retrasen, llega el procedimiento a la etapa de quiebra y la masa es entregada al síndico para que venda los activos y pague a los acreedores reconocidos en sentencia según su orden y prelación.<sup>101</sup>

En el ínterin, el síndico sustituye al comerciante en la administración de la masa y asume las obligaciones y responsabilidades inherentes<sup>102</sup> y las explícitas en el marco legal aplicable a la empresa como, por ejemplo, la de “llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado”, conservar la correspondencia,<sup>103</sup> etc.

Como una tarea de auditoria concursal, investiga documentalmente – o comprueba lo ya investigado por los anteriores especialistas – las partes relacionadas en las escrituras de la empresa concursada, la constitutiva y las actas de las asambleas de accionistas que la modifiquen, los nombramientos del órgano colegiado de administración, de los administradores y de los apoderados, y la designación de quienes han llevado la firma social,<sup>104</sup> las ventas de inmuebles realizadas en la historia de la empresa, los contratos con asesores y consultores, las reparticiones de utilidades, las nóminas, las demandas de naturaleza laboral terminadas o en proceso, y los documentos públicos disponibles.

En su rol de administrador, el síndico entra en contacto con las partes relacionadas de la empresa, sea para cobrarles los saldos a cargo de las que sean deudoras, o para pagarles las cuotas concursales que les correspondan en su orden y prelación a las que sean acreedoras, o para atender las posturas u ofertas de quienes muestren interés en adquirir bienes y/o derechos de la masa, etc.

---

<sup>100</sup> Artículo 75 de la Ley de Concursos Mercantiles.

<sup>101</sup> Artículo 167 de la Ley de Concursos Mercantiles.

<sup>102</sup> Artículos 171 al 196 ibídem.

<sup>103</sup> Artículos 33 y 47 del Código de Comercio.

<sup>104</sup> Artículo 6º fracción IX de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

## *Enajenación de la Masa*

En cuanto a la enajenación de la masa, el síndico procura obtener el mayor producto posible, sea mediante subasta pública <sup>105</sup> u otro procedimiento que solicite al Juez y le sea autorizado.<sup>106</sup> En ambos casos, la ley exige la revelación de las partes relacionadas y puntualiza cómo hacerlo en formatos del IFECOM que menciono más adelante, informando con quién existe relación y la naturaleza del vínculo, inclusive cuando se haga por interpósita persona:

“Artículo 202.- Al presentar las posturas u ofertas al juez en términos del presente artículo o del artículo 205 de esta Ley, los postores u oferentes deberán manifestar, bajo protesta de decir verdad, sus vínculos familiares o patrimoniales con el Comerciante, sus administradores u otras personas relacionadas directamente con las operaciones del Comerciante. Quien presente una postura u oferta en representación de otra persona, deberá manifestar adicionalmente los vínculos correspondientes de la persona a quien representa...”

El mismo artículo establece la sanción para el incumplimiento, deliberado o no, según ya mencioné al hablar de los intereses contrapuestos:

“La omisión o falsedad en esta manifestación será causa de nulidad de cualquier adjudicación que resulte de la aceptación de la postura de que se trate, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten. En este caso la subasta se tendrá como no realizada...”

Por su parte, el síndico está obligado a contribuir a la revelación y vigilar el carácter definitivo de las posturas presentadas por partes relacionadas en cuanto a que no pueden mejorarlas ni participar en las pujas:

“...Para efectos de este artículo, en caso de que el Comerciante sea persona moral, antes de proceder a la enajenación del activo, el síndico deberá dar a conocer al juez quiénes son los titulares del capital social, y en qué porcentaje e identificar a sus administradores y personas que puedan obligarlo con su firma...”

Como vemos en la venta de la masa, el legislador aceptó que las partes relacionadas pudieran ser adquirentes de los bienes y derechos que la conforman, pero estableció tratamiento diferente con los propósitos de evitar ventajas injustas y de que el síndico obtenga el mayor producto posible.

Los interesados en las subastas, sean o no partes relacionadas, tienen a su disposición los formatos en que pueden cumplir estos requisitos, “LS-12/201 Postura para subasta” y “LS-13/207 Oferta para compra de bienes remanentes”, en la página del Instituto en Internet, con la facilidad de llenarlos directamente desde su computadora personal e imprimirlos, para luego firmarlos y entregarlos al Juez de la causa por conducto de la “Oficina de Correspondencia Común” que corresponda al Juzgado de Distrito.

La ley permite al síndico otra forma de enajenación en la que también hay inquietud respecto a quién sea el comprador pues, pienso, pudiera tratarse de una parte relacionada. El síndico puede vender bajo su responsabilidad, bienes de la Masa que requieran la inmediata enajenación porque no puedan conservarse sin que se deterioren o corrompan, o estén expuestos a grave disminución en su precio o cuya conservación sea demasiado costosa en comparación a su valor. La obligación correlativa es que a los

---

<sup>105</sup> Artículo 198 de la Ley de Concursos Mercantiles.

<sup>106</sup> Artículo 205 *ibídem*.

tres días informe “la descripción de los bienes..., sus precios y condiciones de venta, y la justificación de la urgencia de la venta y de la identidad del comprador.” (Art. 208 LCM).

Ya sabemos que la identidad del comprador es el conjunto de rasgos propios de la persona física o de la persona moral que compró los bienes referidos. El síndico los caracteriza en su informe para que la Autoridad Judicial y las partes del procedimiento sepan quién compró los bienes.

## INTERÉS MUNDIAL EN PARTES RELACIONADAS

Hay amplio interés en las partes relacionadas y en los efectos financieros de su operación, dada la internacionalización de las actividades económicas, el amplísima operación de las empresas transnacionales, la puesta en boga de la producción a base de maquila y la simulación e interpretaciones a que pueden prestarse las transacciones entre ellas.

Por otro lado, están los problemas de resonancia mundial que han suscitado algunos grupos corporativos y, particularmente, sus procesos de quiebra. Así, las *related parties* ocupan y preocupan tanto a los empresarios como a los profesionales que les prestan servicios, a sus respectivas agrupaciones y a los bancos.

Así, después del rebumbio por la quiebra de empresas tan grandes y famosas como ENRON, siguió la publicación por parte del IAASB (Consejo de Normas Internacionales de Auditoría y Seguros) del Boletín “ISA 550 Related parties” (Normas Internacionales de Auditoría – Partes relacionadas). Estamos, entonces, ante un tema de interés mundial. A continuación y con base en la legislación mexicana vigente y el contenido de este capítulo, contesto algunas de las preguntas que se han planteado en reuniones internacionales.

*Concepto de grupo corporativo:*

*¿Qué significa grupo corporativo?*

El término consorcio denota al grupo de empresas que, de alguna forma, combinan sus respectivos patrimonios para actuar unidas hacia una misma finalidad, bajo ciertas reglas comunes pero conservando su personalidad e independencia jurídicas.

Las empresas del grupo tienen algunas personas físicas en común con el propósito inicial de que todas mantengan su alineación respecto a los objetivos comunes, y quienes pueden tener calidad de accionistas o de miembros de su consejo de administración o de administradores o de apoderados o de consultores.

Otras veces la sucesiva propiedad de las acciones establece los eslabones de una cadena de empresas. O bien una empresa mantiene inversión fuerte en las acciones de las restantes del grupo. O, en forma más compleja, una empresa mantiene la propiedad de acciones de otras que a su vez la mantienen de otras más, en forma piramidal. Es decir, son variadas las formas de buscar y mantener influencia sobre las decisiones de otras empresas.

*¿Qué se debe entender por control de una sociedad?*

La Ley de Concursos Mercantiles mexicana establece las limitaciones que una sociedad mexicana puede imponer a las decisiones de negocios de otras, a base de la tenencia de acciones con derecho a voto, que son aquellas que lo tengan limitado y las acciones de goce.

*¿La regla de “mayor que el 50% del capital” es aplicable a todas las situaciones?*

La respuesta es afirmativa en el caso de México.

La ley mencionada entiende por sociedad mercantil controladora, la residente en México y que, además: I. Sea propietaria de más del 50 por ciento de las acciones con derecho a voto de otras u otras sociedades controladas, en forma directa o por conducto de otras sociedades controladas suyas; y, II. En ningún caso, más del 50 por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades (o sea que no la controle otra).

Por su parte, son sociedades controladas aquéllas en las cuales más del 50 por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, en forma directa, indirecta (por conducto de otra u otras controladas suyas) o ambas, de una controladora.<sup>107</sup>

*¿Qué pasa con las “joint ventures”, los “trusts” u otros vehículos similares?*

En México no se trata de entes con personalidad jurídica única sino son resultado de contratos celebrados entre empresas. Para que opere el juicio de concurso mercantil, tiene que mediar la solicitud de cada una de las empresas firmantes de dichos contratos o ser demandada por algún acreedor, y serán juicios separados a menos que se cumpliera la condición de “control” por la vía de la tenencia de acciones.

## *2. Insolvencia del grupo corporativo:*

*¿Cuándo podemos decir que un grupo corporativo se ha vuelto insolvente?*

En México, lo podemos mencionar a la vista de los estados financieros consolidados del grupo corporativo, pero cada empresa debe solicitar o ser demandada para que se inicie el procedimiento judicial de concurso mercantil.

*¿Debería la insolvencia de una empresa disparar el concurso mercantil de las demás?*

En México, el procedimiento de concurso mercantil de una empresa no dispara el de las demás de su grupo.

Sin embargo, la declaración de concurso mercantil de una sociedad determina que los socios ilimitadamente responsables sean considerados para todos los efectos en concurso mercantil. El procedimiento se podrá iniciar conjuntamente en contra de la sociedad y en contra de los socios; los relativos a estos se acumularán al de la sociedad pero se llevarán por cuerda separada.<sup>108</sup>

*¿Cuál debería ser el criterio para iniciar los procedimientos?*

La Ley de Concursos Mercantiles mexicana establece como criterio para iniciar los procedimientos judiciales de concurso mercantil, bien la solicitud del propio Comercian-

---

<sup>107</sup> Artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles.

<sup>108</sup> Artículo 14 de la Ley de Concursos Mercantiles.

te persona física o persona moral, o la demanda en su contra que entable alguno de sus acreedores.

*¿Debemos siempre descorrer el velo corporativo?*

En el procedimiento de concurso mercantil el velo que conviene descorrer, es el de la existencia de partes relacionadas, a fin de llevar el procedimiento en forma transparente y que los involucrados puedan ir tomando decisiones correctas.

*3. Punto de vista de los acreedores:*

*Los acreedores ven al grupo como una unidad. Quieren incluir tantos activos como sea posible en la Masa. No quieren perder sus colaterales.*

Los deseos de los acreedores son respetables pero la ley mexicana define la Masa del ente jurídico al que reconoce personalidad, y a ella se limitan las posibilidades de cobro de los acreedores.

Aunque los acreedores consideren que el grupo empresarial es una unidad y quisieran acumular en la masa por repartir el mayor número de activos de cuantas empresas quisieran no van a obtener la sentencia, a menos que cada empresa califique puesto que sus juicios van por “cuerda separada”. Cada entidad jurídica tiene una operación si no independiente, al menos jurídicamente separada, por lo que no tendría por que ser involucrada en el fracaso ni problemas financieros de las demás del grupo.

*Por otro lado, si una de las compañías tiene operación independiente, ¿Por qué debería ser involucrada en el fracaso o problemas de otras compañías pertenecientes al grupo?*

En lo económico, el desastre financiero de una empresa pudiera arrastrar a la debacle a las demás de su grupo corporativo, y en cuanto a que alguna caiga en mala reputación contaminará a todas las que sean asociadas con ella. Sin embargo, en lo jurídico es diferente: cuando alguna empresa mexicana entra en procedimiento de concurso mercantil, no arrastra a nadie más.

*4. Aspectos prácticos:*

*¿Deben ser los mismos representantes de la insolvencia?*

El IFECOM procura seguir la regla de designar al mismo especialista – sea visitador, conciliador o síndico – a los procedimientos de empresas relacionadas como controladora y controladas o controladas por la misma controladora.

El IFECOM va realizando las designaciones según vayan siendo sentenciadas las etapas del procedimiento judicial de cada empresa. La experiencia ha sido de buenos resultados prácticos al realizar la visita de inspección; ha sido positiva para entablar las negociaciones por el conjunto de empresas en la etapa de conciliación; y, ha redundado en congruencia de las soluciones y enajenaciones durante la etapa de quiebra. Hago notar que las consolidaciones de cifras son extralibros.

## Capítulo 6

# LAS EMPRESAS FÉNIX

Del extranjero nos llegó la expresión 'empresa fénix' para llamar a la que entra en quiebra y resurge como negocio con nueva identidad, pero en un proceso no muy claro. No alude a las quiebras resultantes de presiones o sorpresas del entorno económico, ni de errores de empresarios o administradores de buena fe a quienes las circunstancias adversas llevaron a la necesidad de reestructurar las deudas y quizá también reconstruir la empresa, y entró en procedimiento de concurso mercantil.

### ***Intenciones y acciones***

Esto es, no atribuyen el nombre de 'empresa fénix' a todos los nuevos negocios surgidos de la desaparición de otras empresas, sino lo hacen dependiendo de cómo fue realizado el proceso de integración de sus activos, de dónde provinieron, a quién fueron comprados, cómo y en qué precio. Lo que pasa es que hay prácticas de negocios legales y claras, y otras no tanto.

En los momentos críticos puede surgir la pregunta: ¿Cómo obtener el máximo provecho de los activos de una empresa poco productiva o menos productiva que las competidoras o ya improductiva? Pues, cerrando la poco productiva o improductiva, y transfiriendo sus activos tangibles e intangibles a una nueva empresa a precio conveniente (el valor de mercado o uno inferior o nulo).

La cosa se complica cuando la empresa tiene deudas porque los acreedores esperan ser pagados con los recursos que genera en su ciclo normal de operaciones, en el cual los activos que posee son factores productivos puesto que para eso los adquirió y si prescinde de ellos se paraliza. O también puede haber acreedores garantizados con prendas o hipotecas y la vía legítima para sacar los bienes de la empresa es el pago previo de las deudas, generalmente concertadas a largo plazo pero con cláusula de vencimiento inmediato total en caso de incumplimiento de pago.

Entonces, los acreedores limitan las posibilidades de acción. Aunque, pudiera ser que con su consentimiento, el Comerciante de la empresa en dificultades o sus directivos tuvieran después éxito en rehabilitar el negocio o compraran a la sindicatura algunos bienes de la quebrada para otro negocio dedicado al mismo giro o uno similar. Aquí no habría 'empresa fénix' pues, las que llamen así, participan en transferencias de activos por vías sinuosas u ocultas, y el éxito de la nueva utilización que se les diera tendría que ser a costa de la empresa fracasada y en detrimento de sus acreedores.

Para decirlo dramáticamente, la fénix es la empresa nueva que surge (o la no nueva que se beneficia) de las cenizas de una quebrada o liquidada con daño para otros, principalmente sus acreedores. Y es que, a veces, la realidad plantea situaciones discor-

dantes con las hipótesis de las leyes o las expectativas éticas: la competencia perfecta no existe en mercado alguno, los seres humanos sufren momentos de debilidad, los especialistas son falibles, las quiebras implican contenido fuertemente emocional, las distracciones evitan la percepción de manejos indebidos, la imaginación se cuele por los huecos de las leyes y hasta la ambición o el anhelo de salvar un negocio fallido pero personalmente apreciado, pudiera hacer tolerables los medios heterodoxos de rescatar la productividad de bienes y derechos.

Por si acaso, vale ocuparnos de los fenómenos económicos que preocupan en varios países, como son las empresas fénix.

### **El mito**

Con esto de la 'empresa fénix' estamos ante el mito del resurgimiento, dando un nuevo uso metafórico a *Fénix*, el nombre griego del ave mitológica que cada milenio (o medio



milenio según algunos) construía un nido de maderas aromáticas que, en realidad, era su pira funeraria puesto que le prendía fuego y se precipitaba en él para ser consumida hasta quedar en cenizas; sin embargo, de ellas surgía y saltaba un ave Fénix joven, renovada y lista para sus siguientes mil años de vida.

Así van cambiando los usos, y del mito de la autoinmolación para renacer como fenómeno de resurrección, fórmula de supervivencia y símbolo de la fuerza interior que desafía la mortalidad, estamos ahora ante un uso algo peyorativo dado el origen dudoso de los recursos con que empieza a operar la empresa joven.

Ilustración 4

Ave Fénix, ilustración en el "Bestiario Aberdeen" [www.en.wikipedia.org](http://www.en.wikipedia.org)

### **Dos empresas fénix**

Después de haber esbozado los antecedentes, así como las intenciones y acciones que dan origen a las "empresas fénix", vale reflexionar acerca de lo que les ocurre a las que intervienen en el proceso mítico: la que se consume y la que resurge.

Las empresas desaparecen como entes jurídicos cuando ocurren las condiciones previstas en su acta constitutiva o en asambleas de accionistas para su extinción, cuando cumplen sus objetivos o cuando no los pueden cumplir por haber caído en una operación irremediablemente improductiva. En tales casos, entran en liquidación y disolución, o se transforman por varias vías como la fusión con otra u otras sociedades, la escisión

en dos o más sociedades, o la consunción de sus activos para facilitar el surgimiento de una de las llamadas “empresa fénix”.

Para simplificar la explicación, supondré que se consume una sola empresa para dar vida a otra singular, a sabiendas de que pudieran ser varias las que se consumen y múltiples las que pudieren surgir.

### ***La empresa fénix que se consume***

- 1) Es la empresa con varios años de existencia y operación que entra en declive. Sus indicadores financieros se tornan desfavorables. Va empequeñeciendo la diferencia entre los ingresos y los costos.
- 2) Empieza a producir insatisfacción en sus administradores, perplejos al no saber cómo remediar el declive de la empresa. La insatisfacción alcanza a sus accionistas que esperan mejor remuneración o, al menos, alguna para sus inversiones.
- 3) La insatisfacción es doble cuando los roles de administrador y de propietario recaen en las mismas personas, como es el caso de las empresas familiares.
- 4) Surgen problemas de liquidez; incumplimiento de los pagos a los acreedores primero, y después dificultad de pago de los gastos para mantener el nivel de operación.
- 5) Viene la descapitalización y empieza a operar con el capital mínimo pagado que permitan sus estatutos.
- 6) Ocurren cambios principalmente en dos aspectos de la administración de la empresa que va a sucumbir: la estrategia de pagos selectivos de las obligaciones; y, la erosión de los activos de la empresa en sus distintos rubros.

### **Estrategia de pagos selectivos**

- 7) Táctica de elusión: realiza un “cabeceo” de toda índole para eludir el cumplimiento de las obligaciones o retrasarlo.
- 8) Estrategia de pagos selectivos: realiza el “pago selectivo de los pasivos”; esto es, va efectuando los pagos según convenga a su situación y propósitos de resurgir a los negocios mediante una nueva empresa.
- 9) Efectúa pagos preferentes, cubriendo obligaciones por adeudos importantes a los principales acreedores o a los acreedores clave para conservar la buena relación y que continúen surtiendo a la empresa nueva hacia la cual están yendo los activos.
- 10) Deja de pagar los pasivos cuyo incumplimiento no tendrá efectos en la operación de la empresa nueva.
- 11) Deja de cumplir las obligaciones onerosas o con altos intereses moratorios o recargos y actualizaciones como los impuestos. La empresa se consume entre estos pasivos que ya no cumple y no van a tener repercusión en el funcionamiento de la nueva. La fallida se queda con algunos activos para responder sólo a parte de tales obligaciones.

### Estrategia de erosión de los activos:

- 12) Ocurren operaciones inusitadas con los activos de la empresa en vías de extinción, respecto a garantías: se otorgan nuevas garantías, se renegocian créditos ampliando las garantías o constituyendo fideicomisos en garantía, avalúos de activos, etc.
- 13) Sufre bajas notables de activos, inclusive de activos con vida útil futura o no totalmente depreciados en la contabilidad. A veces, hay mudanza de los activos de una empresa a las instalaciones de otra, sin documentación apropiada.
- 14) Sufre bajas de los activos cruciales para su operación, muchas veces vendidos a una empresa recientemente creada y a precios que no son precisamente los del mercado.
- 15) En caso de hacer recuentos físicos de los bienes de capital, se van a detectar faltantes más o menos importantes, inexplicables o dados de baja por deterioro, obsolescencia, "canibalismo" de partes o refacciones, etc.
- 16) Fenómeno de erosión. Al irse agotando, consumiendo o desapareciendo los bienes de la empresa, llegará el momento en que serán insuficientes para cubrir las obligaciones, en una situación financiera que podría desalentar a los acreedores a demandar el procedimiento de concurso mercantil.
- 17) Inminente suspensión de las operaciones al irse agravando los indicadores de la empresa, al llegar a: a) Elevado incumplimiento de pago cuando las obligaciones de pago vencidas con respecto a las totales, son del 51 % o más; y b) Iliquidez de los activos que pueden hacer frente a tan solo al 50 % o menos de las obligaciones vencidas.

### Desenlace: la quiebra

- 18) La empresa entra en concurso mercantil y llega a la quiebra. Los acreedores, se enfilan según su orden y prelación y cobran: primero los trabajadores, luego las deudas con la seguridad social, los gastos contra la masa y por su mantenimiento, los especialistas, los acreedores que tengan garantía real, los fiscales y los comunes. Y queda liberada la responsabilidad de los pasivos.

### ***La empresa fénix que resurge***

Conforme a la nueva metáfora del mito del ave Fénix, de las cenizas de una empresa resurge otra, la nueva, que entra en operación fortalecida y con perspectivas de éxito.

- 1) Es la empresa nueva (aunque no necesariamente) que beneficia su operación con los activos y experiencia de la que se extingue.
- 2) Suele formarse con capital nominal superior al pagado.

- 3) Opera en el mismo giro o en uno cercano, similar o complementario a aquel de la que se consumió. Ostenta casi la misma denominación social o una evocadora de la que usó la desaparecida.
- 4) Muestra coincidencia de fechas con la otra o, al menos, cercanía de fechas: inicio de operaciones de la nueva con cese de las otras, avituallamiento de la renacida con bajas de activos en la otra, etc.
- 5) Se dan varias coincidencias entre la “empresa fénix” que surge y la que está en vías de extinción, tales como coincidencia de nombres de los propietarios (nombres o denominación de los accionistas), de los administradores, de los consultores, etc., así como nueva oportunidad de empleo para los extrabajadores o exempleados de la que se extingue, particularmente los especializados y los técnicos.
- 6) Es beneficiaria de los bienes tangibles de la otra, y aun de los intangibles como es el caso de heredar la buena reputación técnica o tecnológica que tenía la otra empresa, sus patentes y derechos, sus cabezales de periódicos o nombres reputados de revistas, etc. que le fueron transferidos por la extinguida a valores convenientes (no a los precios de mercado) o en contratos favorables, de fideicomiso o de comodato, etc.
- 7) Inicia sus operaciones en este nuevo ciclo de vida, libre de pasivos onerosos o gravosos y en plena salud financiera.

Explican el fenómeno fénix diciendo que no todos los negocios legítimos tienen éxito en el primer intento; uno de cada tres fracasan por diversas razones internas o del entorno y a pesar de muchos intentos de superar las dificultades. La empresa fénix permite volver a empezar con los recursos productivos del negocio fallido, sobrevivir y ofrecer continuidad a los trabajadores y a los proveedores.

Respecto a las empresas Fénix, encontramos noticias del desasosiego que despierta la desaparición de unas empresas en forma espontánea o por quiebra, y el resurgimiento de otras con algunas coincidencias inquietantes en el ámbito de los negocios.

### ***Una historia inglesa***

En el artículo El Vuelo del Fénix, el escocés Francis Shennan <sup>109</sup> se inquieta por la empresas que acumulan deudas y frustran a sus acreedores cuando las disuelven liberándose de las cargas crediticias y, luego, se embarcan en un negocio similar; y esto a pesar de leyes que abren caminos de solución a las empresas con deudas y buscan disuadir conductas inapropiadas.

De vez en cuando, aparecen “guías” publicadas por asociaciones o despachos de profesionales, con recomendaciones respecto a qué hacer en caso de ser acreedor de empresas que, en un momento dado, sufran iliquidez. Por ejemplo la que anunció en 2002 la Federación Británica de Industrias de Imprenta (BPIF) en colaboración con el despacho de cobranza Información e Investigación de Crédito (ICSM de Surrey, United Kingdom) y publicaron un año después bajo el título “Guía de los Acreedores respecto a

---

<sup>109</sup> Shennan, Francis, *Flight of the Phoenix* (resurgence of failed limited liability companies)” CA Magazine, Scotland 102n. 1103 (junio 1998)

la Insolvencia”, con el propósito expreso de “atajar a las empresas Fénix que cuestan a la industria de imprenta unos 520 millones de libras anuales”.

El subtítulo de la guía disponible en la Internet,<sup>110</sup> es “Cómo detectar procedimientos irregulares – y qué hacer acerca de ellos” en una campaña antifénix “para limitar la capacidad de práctica fraudulenta... que prive a los acreedores de la recuperación máxima en caso de un deudor en insolvencia.” Ya sabemos que el término inglés “insolvency”, se refiere a los procedimientos judiciales para los deudores que pierden la capacidad financiera de pagar sus obligaciones y que en México son los procedimientos de concurso mercantil.

Dicen que en Inglaterra, “dentro del giro industrial de la imprenta (sorprende) la facilidad con que algunas compañías se despojan de sus obligaciones de pago y reemergen virtualmente ilesas para continuar sus actividades comerciales... y hasta hay quienes repiten el proceso de desaparecer una empresa y hacer aparecer otra, en periodos relativamente cortos, de no más de un bienio.”

Al parecer, lastiman particularmente, las ventajas que la empresa fénix logra sobre sus competidoras, a saber:

“Para empezar, puede haber adquirido su planta (y a veces incluido un saludable almacén de materiales) a precio muy bajo, lo que le permite reducir los márgenes por debajo de lo que otros pueden manejar. Con frecuencia logró rescatar incólume el ‘crédito mercantil’ y la cartera de clientes que luego va a impulsar el despegue de la empresa fénix.

“Algunos de sus proveedores han sufrido pérdidas y sus respectivos clientes terminan pagándolas por la vía de precios más altos o dichos proveedores tienen que arreglárselas luego con sus propios márgenes (de ganancias).

“Luego, de nuevo, los directores de la nueva compañía, habiendo descubierto cuán fácil es evitar a los acreedores, pueden enviarse en una deliberada política para repetir el ejercicio cuantas veces sea practicable.”

Luego la guía define los procedimientos de insolvencia en el país, y explica los posibles para las asociaciones de personas físicas y los que hay para las personas morales. Éstas últimas tienen cinco opciones: 1. Poner en administración; 2. Acuerdo voluntario; 3. Sindicatura; 4. Liquidación; y 5. Disolución.

Después de narrar experiencias, la guía termina recomendando: combatir la propia apatía, aislar (algo así como aplicar la “ley del hielo”) a las empresas que conozcamos como resurgidas al estilo del ave fénix, y engendrar una ética de advertir a las demás empresas (“darles el pitazo”) respecto a los riesgos que se pueden correr con alguna ‘fénix’.

### ***Interés Internacional en las empresas fénix***

El tema despierta interés en el mundo. La Asociación Internacional de Órganos Reguladores de Insolvencia (IAIR) con sede en Canberra, Australia, realizó una encuesta de opinión que contestaron 13 de sus países miembros, preguntándoles la experiencia de su país en:

---

<sup>110</sup> En [www.icsmcredit.com](http://www.icsmcredit.com) del despacho Information & Credit Search Management Limited

- a. ¿Qué tan grande es el problema de las compañías fénix y cuál es su impacto?
- b. ¿Qué condiciones legales, reguladoras u otras, apoyan la formación de compañías fénix?
- c. ¿Qué medidas existen para contrarrestar la actividad fénix y qué tan exitosas son?

Prepararon un informe de las respuestas colectivas (2004), e hicieron sugerencias “para asistir a sus miembros en desarrollar soluciones y estrategias para cercenar en el futuro los efectos insidiosos del síndrome fénix y mejorar la integridad del ambiente de negocios”.<sup>111</sup> A continuación parafraseo algunas partes de este *Informe de la Regulación de las de las Compañías Fénix* que se relacionan con nuestro tema de las dificultades de las empresas por la pérdida de liquidez y luego su posible insolvencia y las correspondientes consecuencias.

### **DetECCIÓN**

La Autoridad gubernamental tiene dificultad para detectar a las empresas fénix y tratar sus aspectos indeseables. Depende de que le proporcionen información las autoridades fiscales, los deudores, los acreedores y los trabajadores. La investigación implica tiempo y gastos para reunir los elementos necesarios y promover alguna acción. A veces las partes involucradas se benefician de lagunas en la ley y del retraso con que llegan a ser identificadas y quizá sancionadas.

A menos que se instrumenten medidas eficaces para detener los abusos, el resultado de las prácticas fénix es que:

1. No se finca responsabilidad individual a los directivos ni se les hace responsables de la quiebra.
2. Los acreedores sufren las consecuencias financieras de la falta de cobro y, como consecuencia, algunos pueden a su vez caer en estado de insolvencia.
3. Se distorsiona el mercado en que se cotizan las acciones de la empresa fallida, ya que la fénix sufraga costos inferiores a los de mercado y, por tanto, está en condiciones de aprovecharse de indebida ventaja comercial.

### **Dimensionamiento**

No se sabe qué tan grande es el problema ni su impacto. Los países tienen carencias:

1. En general la legislación no contempla la actividad fénix.
2. No hay estadísticas confiables de la incidencia de las empresas fénix, aunque si las hay de empresas concursadas o en quiebra y de cuestiones fiscales.
3. Son variados los giros donde se observa el fenómeno.

### **Consecuencias económicas**

Opinan que las consecuencias económicas de la actividad de las empresas fénix, son:

---

<sup>111</sup> IAIR, International Association of Insolvency Regulators, *The Regulation of Phoenix Companies Report*, Octubre 29 de 2004, coordinado por Paul Appleby de Irlanda.

1. Pérdidas económicas para los acreedores de la empresa fallida. Entre los adeudos incobrables pueden estar las obligaciones fiscales que crecen con rapidez, las deudas a instituciones de crédito que suelen tener garantías reales o avales de los directivos,
2. Distorsiones competitivas y competencia desleal para las empresas legales; incremento en los riesgos del giro como negocio; desgaste de la confianza en el mercado e incitación a que otros emprendan acciones deshonestas para mantener su competitividad.
3. Otros acreedores, los consumidores, pueden resentir pérdidas por falta de cobro de deudas ya establecidas y también porque dejan de recibir pedidos de la empresa que desaparece; o sea que pierden a su cliente.
4. Los regímenes donde la autoridad destina recursos financieros suficientes, en general vigila las leyes de insolvencia y de prácticas corporativas, y tiene un control relativo del problema.

### ***Condiciones propicias al fenómeno fénix***

La opinión resultante es que las condiciones legales, regulatorias u otras que pudieren contribuir a la formación de las empresas fénix, son:

1. Bajos estándares de los directores o gerentes. Algunos países prohíben el ser director de una compañía al inhabilitado o al quebrado que incumplió sus obligaciones de pago. No hay inhabilitación para el director de una empresa que se vio involucrada con otra insolvente.
2. Insuficientes requisitos para constituir sociedades, respecto a investigación de antecedentes, en lo civil, penal y fiscal. Sin embargo, cualquier freno en tratar de evitar la formación de una empresa fénix lo es también para la actividad económica y la formación de nuevas empresas de buena fe.
3. Dificultad para comprobar participación en actividades fénix. La quiebra de una empresa puede dejar crédito fiscal sin saldar.
4. Falta de acciones por parte de los acreedores: de los fatalistas que se conforman y dejan de reclamar, de los que perciben la actividad fénix en etapa temprana y alcanzan a cobrar, o son del grupo de acreedores indispensables para continuar la actividad mercantil de cualquier nueva empresa que se forme, de las instituciones de crédito que tienen sus créditos protegidos con garantías reales o personales. La autoridad fiscal puede o no tener protegida su base de contribuyentes y tener procedimientos para promover acción legal en juicios de insolvencia.
5. Baja tasa de recuperación de créditos por la vía legal y motivos económicos como los costos del litigio, honorarios de abogados, duración de los juicios, pocas posibilidades de recuperación, bienes insuficientes de la deudora, baja preferencia de los créditos pues los acreedores garantizados por bienes o por la ley tienen preferencia sobre los comunes, etc.

6. Desempeño de los especialistas de juicios concursales en cuanto a sus deberes legales y profesionales o falta de incentivos económicos. En algunos regímenes no es obligatorio que la empresa insolvente se someta a un proceso legal.
7. Falta de detección de las actividades de las empresas fénix y de seguimiento de las partes responsables. Costos de las investigaciones pertinentes, colusiones, falta de vigilancia de los precios de venta de los activos de la fallida, Este supuesto tiene más probabilidades de presentarse en países sin régimen legal eficiente y supervisión del mismo.
8. Falta de difusión de la actividad fénix y de formas de frenarla. Falta de información contable adecuadamente revelada y legislación para el ejercicio oportuno de acciones legales.
9. Capacidad de las autoridades reguladoras para sancionar la actividad fénix que implica tiempo, recursos y capacidades de investigación.

De las respuestas obtenidas, concluyen que la atención de los órganos reguladores se debe centrar en: 1º) distinguir entre las reestructuras de negocios genuinas y aquellos que llevan a cabo actividad fénix mediante prácticas desleales; y. 2º) combatir esta última forma de reestructuras. Por tanto, el objetivo principal de los reguladores debe ser, en la medida de lo posible, crear las condiciones para detectar de la actividad fénix y poner en alerta a las empresas de buena fe.

### ***Combate a las empresas fénix***

Debido a la imposibilidad de definir adecuadamente a las empresas fénix, ningún país informó que cuente con una disposición civil o penal específica para las personas o compañías involucradas en la operación de una empresa fénix.

Las disposiciones para prevenir y controlar el síndrome fénix son generalmente las establecidas en la legislación de insolvencia y que aplican a toda sociedad.

Las recomendaciones derivadas de la encuesta de opinión son algunas practicable y otras no o pudieran tener efectos contraproducentes:

- 1) Investigación que hagan las autoridades, los especialistas de concursos mercantiles u otros actores.- La detección de la actividad fénix se realiza en la práctica mediante la investigación de los negocios y operaciones de una empresa insolvente que haga el especialista de concursos mercantiles, en relación con los términos en que se transfirieron de una a otra compañía ciertos bienes, sus activos, el personal o sus almacenes. A falta del especialista designado, asignar esta labor al órgano regulador de insolvencia o al regulador de las prácticas corporativas.
- 2) Investigación de presunta actividad fénix.- Se trata de contar con información oportuna acerca de presunta actividad fénix, con el fin de que los actores pertinentes – los acreedores, los especialistas, la autoridad reguladora de insolvencia o la autoridad reguladora de prácticas corporativas – estén en posibilidad de determinar la reacción que proceda. La legislación de algunos países dispone la

obligación de proveer y compartir información entre los actores clave del sector económico,

- 3) Acciones legales de carácter civil.- Las leyes de los países consultados prevén algunas figuras jurídicas que se traducen en acciones legales susceptibles de ser promovidas por el especialista de concursos mercantiles o por los acreedores de una empresa, y que entrañan responsabilidad para su director o administrador:
  - a. Actos en fraude de acreedores
  - b. Comercio fraudulento, imprudencial o en circunstancias de insolvencia.
  - c. Medidas precautorias o decisiones judiciales que tiendan a reintegrar a la masa los activos de la compañía.
  - d. Incumplimiento del director o administrador, de sus deberes u obligaciones y hasta malversación.
  - e. Tomar declaración bajo juramento a los administradores acerca de ciertos hechos.

Empero, cuando los activos de la empresa ya fueron agotados, no quedan fondos para que el especialista inicie acciones legales ni expectativa de recuperación para que lo hagan los acreedores. Además, puede ser complicado recabar las pruebas de los ilícitos.

- 4) Prohibición de vender los bienes de una empresa quebrada a sus accionistas o administradores.- En muchos países se prohíbe la venta de la empresa a sus anteriores administradores o a terceros relacionados, sin el consentimiento de los acreedores. No obstante, cuando el mercado es muy limitado, los especialistas no tienen más opción que vender los activos a los dueños anteriores.
- 5) Inhabilitación del director.- Varios países tienen la medida disuasiva de prohibir a los directivos de una empresa fallida que, durante un periodo, manejen alguna otra.
- 6) Acciones penales.- Aunque se encuentren tipificadas conductas asimilables a las del fenómeno fénix, es difícil acusar o querellarse de los involucrados, o hacerlo sin posibles consecuencias negativas, debido a la carga de la prueba, a los recursos necesarios para la averiguación y el traslape de disposiciones de diferentes leyes penales, fiscales, de sociedades y de concursos mercantiles.
- 7) Revelación e identificación pública de las partes sancionadas.- Algunos países publican la información relativa a los administradores inhabilitados. Otros, ponen a disposición de cualquier acreedor, los datos de toda empresa insolvente.
- 8) Otras medidas preventivas que informaron:
  - a. Requisitos mínimos para la capitalización de las sociedades.
  - b. Restricciones para reutilizar el nombre de la empresa fallida o sus variantes.

- c. Obligación del director de presentar el dictamen anual de solvencia de la empresa, y de informar a la autoridad competente, dentro de plazo determinado, el dictamen de insolvencia.
- d. Cotejo de las listas de personas inhabilitadas contra los nombres de los directivos de empresas en operación.
- e. Corresponsabilidad personal de los adeudos de la empresa fallida, por parte de quien la administró.
- f. Consolidación de estados financieros y corresponsabilidad de la controladora, respecto de las deudas de las empresas controladas.
- g. Restricciones a los directivos inhabilitados.
- h. Obligación a los especialistas de investigar a las empresas insolventes e informar.
- i. Dotación de fondos suficientes a los especialistas con el fin de que puedan investigar a las empresas sin activos.
- j. Facultar al órgano regulador de insolvencia para liquidar empresas.
- k. Participación activa del público en la denuncia de conductas irregulares cometidas por sociedades.

Los países que informaron tener controlado el fenómeno de las compañías fénix, lo atribuyen a un régimen adecuado de inhabilitaciones y a la existencia de órganos reguladores respetados y con recursos suficientes.



## Capítulo 7

### HISTORIA COMPARADA DE QUIEBRAS INTERNACIONALES

La tendencia a la especialización es la característica importante en la evolución de las ciencias, incluidas las sociales como la historia económica. Se trata de una escisión que, desde el punto de vista metodológico tiene el efecto positivo en las disciplinas sociales de que obliga a definir con mayor precisión los objetivos de estudio, los instrumentos de análisis y la posibilidad de someter las hipótesis de trabajo a ensayos empíricos. Sin embargo, limita las miras y lleva a conclusiones de aplicación limitada, por lo cual es necesario complementarla con una especie de diálogo interdisciplinario.

Para el estudio de algunas quiebras, en este capítulo aplicaremos la historia empresarial, en el sentido de tres autores: Chandler, respecto al interés en la cambiante morfología de las grandes empresas en el largo plazo; Schumpeter, en cuanto al estudio de los cambios en la organización económica de las empresas y de los grupos de empresas como parte y reflejo de las transformaciones económicas, sociales y administrativas en su conjunto; y Lazonick, por tratarse de visión histórica comparada aunque, como ha dicho, "la relación entre la teoría económica de la empresa en perspectiva histórica y la práctica de administrarla, todavía dejen qué desear."<sup>112</sup>

Adelanto que la conclusión de este trabajo, es incorporar en la teoría de la empresa y su funcionamiento, que la quiebra de los grupos de empresas implica la resolución de problemas mucho más complejos y se presta más a manipulaciones, desvíos y encubrimientos, que el mismo proceso eliminatorio de la empresa individual; y, también que dicho proceso de quiebra tiene puntos de semejanza en los grupos de empresas de las diversas latitudes.

Poco se han estudiado las quiebras de los grupos de empresas en México y, para hacer afirmaciones contundentes y mejorar la elaboración teórica, hace falta acumular el suficiente acervo de monografías que sean reconstrucción detallada y meditada de los procesos ocurridos, para que su análisis comparado permita discutir las hipótesis acerca de la extinción de las empresas y, respecto a las quiebras, refuerce la idea de que lo coincidente tiene mucho mayor peso que las diferencias o pruebe lo contrario.

Parece evidente la relación entre las nuevas maneras de organización económico-administrativa por la aparición de los grupos de empresas, y los procesos generales de modernización del País, con los consiguientes cambios en la legislación. En esta investigación, se observa que primero se da la innovación en las formas de operar las empresas y luego se da el cambio en el marco legal, y se deja pendiente la respuesta de quién ha sido el impulsor más importante del desarrollo económico de México: los gran-

---

<sup>112</sup> Lazonick, William 1997.

des grupos de empresas o las numerosas empresas medianas y pequeñas (unidades productivas de tipo familiar o muy personal).

Hay muchas preguntas qué responder y hasta qué plantear, y que rebasan al alcance de esta tesis, por lo que deben ser objeto de investigación futura. Este es sólo un primer acercamiento al problema de la quiebra de los grupos de empresas, para desentrañar los factores determinantes y discurrir formas de preverlos y prevenirlos.

Las relaciones o vínculos entre las empresas que integran un grupo, nos revela la complejidad del problema. Las transacciones que realizan con el exterior, pero sobre todo, entre ellas, nos dan a conocer la red imbricada en que pueden quedar enmarañadas – con reflejo directo en lo contable y en lo financiero –, y la relación entre el marco económico-jurídico y su desempeño como grupo o, al revés, su papel en la formación de oligopolios o monopolios.

Factores de los grupos hipotéticamente diferentes a los de la empresa individual, son: más operarios, más necesidades de capital para más inversiones, mayor escala de operaciones y, por tanto, más integración vertical y horizontal hacia delante y hacia atrás y, al menos como grupo, más fuerza actuante sobre los parámetros de la economía nacional.

¿Qué explica la formación de los grupos de empresas?

Unos grupos surgen por un proceso gradual de crecimiento, evolución e innovaciones organizativas internas; y otros nacen grandes y adoptando modos organizativos complejos tomados de su exterior junto con un capital grande, proveniente del extranjero o nacional y, en este caso, del sector público o del privado.

La formación de los grupos de empresas es primero espontánea y luego legal. El gobierno establece toda nueva reglamentación de las actividades económicas que reduce riesgos y estimula la inversión, pero la nueva normatividad no nace exclusivamente de la acción legislativa del gobierno, sino como consecuencia de la misma formación y práctica de nuevas empresas, y de presiones sociales para remediar las situaciones indeseables que vayan surgiendo. Las mismas empresas van señalando los derroteros de nueva legislación y estableciendo las bases de su operación dando lugar a situaciones que, “aunque sea después del niño ahogado” como nos enseñan los casos más sonados de quiebra, conviene legislar. A manera de ejemplos, cito la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras publicada en 1990 y la legislación respecto a los procesos de insolvencia y quiebra de los grupos de empresas, que todavía no han redactado.

¿Qué factores explican las crisis de los grupos de empresas? ¿Cuáles determinan primero los problemas de iliquidez, luego los de insolvencia y, finalmente, el desenlace en bancarrota?

En calidad de hipótesis, un primer factor explicativo sería la falta de innovaciones institucionales; esto es, la no modificación de las leyes ni los reglamentos ni las instituciones convertidas, con el paso del tiempo y el cambio social, en obstáculos al desarrollo de las empresas.

El siguiente factor en importancia, es la falta de innovación tecnológica de las propias empresas y los correlativos cambios en la organización y en la escala de operaciones, como respuesta pronta a los cambios en la demanda de sus productos o servicios. El problema se hace punzante cuando la tecnología rebasa a los productos/servicios y a los procesos de las empresas. Se vuelven costosas, obsoletas y gravosas, y como sus

administradores ya no saben qué hacer ni es tiempo ya de hacerlo, la salida es la quiebra... o, en ciertos casos, la subvención con recursos succionados de alguna fuente inagotable y pasiva.

Otro factor es la disfuncionalidad de las empresas por desequilibrio de las fuerzas que las componen (la del capital, la de los trabajadores y sindical, la gerencial y la fiscal). Cuando alguna de las fuerzas obtiene una porción desproporcionada (perdón por el pleonasma) de los resultados de la empresa, rompe el equilibrio que descansa en el acuerdo y esfuerzo conjuntos, la saca de la espiral de crecimiento y la apunta con rumbo a la desaparición.

Todos los sistemas sociales (la empresa es uno de ellos), tienen las funciones básicas de mantener sus pautas, adaptarse a los cambios del entorno, integrar sus diversas actividades y moverse hacia la obtención de sus objetivos. A su vez, la procura de los objetivos implica: definirlos, trazar una estrategia, aplicar equilibradamente los medios de acción y coordinar los esfuerzos colectivos (de las cuatro fuerzas). Cualquier falla en ese proceso impide o demora el logro de los objetivos del ente social, y es una disfunción.

En este capítulo, se estudian primero los grupos multinacionales con base en las respectivas monografías del grupo de empresas internacional Parmalat Società per Azioni, con sede principal en Parma, Italia; y, del también Internacional grupo de empresas encabezado por la reconocida como la empresa más innovadora en su apogeo, Enron Corporation con cuartel general en Houston, Texas, Estados Unidos de América, estudiados con base en información pública. Después están los casos de grupos de empresas mexicanos que por estar en procedimiento de concurso mercantil que tiene carácter reservado, no estoy en condiciones de proporcionar ni el nombre ni las cifras financieras. Así, son casos reales con nombres y cifras ficticias.

### ***Grupos multinacionales***

Las declaraciones de insolvencia y los procesos de quiebra de mayor grado de complejidad son los de grupos de empresas multinacionales, por razones de diversa índole, tanto jurídicas como financieras, de información y materiales. Existe un mercado internacional más no una jurisdicción internacional para los grupos de empresas, sino cada país tiene su propio sistema legislativo que, en la inmensa mayoría no contemplan los problemas específicos que plantean y, además, cada tribunal tiene su ámbito territorial.

Por eso resulta tan interesante la problemática y las decisiones que, sobre la marcha tienen que ir tomando tanto los respectivos gobiernos como los tribunales y los especialistas de concurso mercantil.

En fechas recientes ha habido sonados casos, con sus particularidades y repercusiones económicas transfronterizas, como el de Parmalat y otros que aquí se estudian con base en la bibliografía disponible que se cita. También se revisan dos tipos de repercusiones jurídico-administrativas del caso Parmalat como son las decisiones del gobierno italiano plasmadas en legislación de urgencia a partir de 2003 y la jurisdicción de los tribunales en procesos de grupos de empresas transnacionales; después se estudian algunos aspectos del caso Enron-Andersen y, por último, el punto de vista de los inversionistas internacionales.

## El caso Parmalat

*La noticia.*

El 25 de julio de 2007 se publicó la noticia: “Un juez italiano acusó al fundador de Parmalat S.p.A., Calisto Tanzi y a otros ejecutivos de la compañía por su papel en la mayor bancarrota registrada en una corporación europea.”<sup>113</sup> Y la noticia da algunos datos:

“El juez lleva en Parma proceso a más de veinte personas, entre ellas al fundador Calisto Tanzi y al exdirector financiero Fausto Tonna, con cargos de bancarrota fraudulenta y asociación para delinquir, y fijó el juicio para el 14 de marzo del 2008. Parmalat se anunció en quiebra en diciembre del 2003 al no poder pagar la porción de su deuda que venció, y reveló su carga morosa de 14.000 millones de euros, ocho veces mayor de lo informado anteriormente.

“Los abogados de Tanzi culparon a varios bancos internacionales de causar la caída del gigante de los productos lácteos. Más de 30,000 inversionistas en bonos perdieron sus ahorros con la quiebra y se han unido al proceso como partes civiles – con la expectativa de solicitar indemnizaciones además de la provisión de compensaciones contenida en la acusación imputada a los bancos por Parmalat.

“Luego de dos años de reorganización, la nueva Parmalat liderada por Enrico Bondi, trata de recuperar miles de millones de euros de los bancos. En junio, un juez en Milán encausó a Citigroup Inc., UBS AG, Deutsche Bank AG y Morgan Stanley, por no tomar medidas que habrían prevenido los delitos que derivaron en el colapso de la empresa.

“Además, 13 empleados bancarios fueron acusados de declaraciones falsas para apoyar los bonos de Parmalat en el mercado en relación con cinco ventas de bonos por más de mil 600 millones de euros, la última a mediados del 2003, poco antes de comenzar el escándalo financiero de Parmalat. Los bancos negaron los actos indebidos que se les imputan.”

### **La otra historia**

Las quiebras de los grupos de empresas en el mundo ofrecen diversos aspectos dignos de estudio y, también, una historia oficial y otra que a veces se vislumbra, se reconstruye a partir de datos sueltos y puede llegar a conocerse después de varios años. Para el tema, es interesante “*La Historia detrás de la Quiebra de Parmalat*”<sup>114</sup> pues nos entera de las maniobras que hicieron los administradores de este grupo de empresas.

El aspecto más inquietante de la quiebra de Parmalat, fueron sus deudas por emisiones de bonos (obligaciones hipotecarias) dado el enorme número de acreedores y su pulverización en varios países. Son las deudas que golpean directamente al público constituido por muchos pequeños inversionistas y afectan, por tanto, la opinión pública y pueden convertir un asunto mercantil y legal en político. Tan es así que el Ministro de Finanzas Giulio Tremonti advirtió el 22 de diciembre de 2003 que “la quiebra de Parmalat tenía el riesgo de llevar a la insolvencia corporativa general” en Italia, si ocurría una estampida de los tenedores de los bonos corporativos.

Los operadores financieros en Europa, se pusieron nerviosos por la enorme suma de papel financiero fraudulento que se volvió humo, y las investigaciones penales atrajeron

---

<sup>113</sup> Periódico El Universal, 25 de Julio de 2007, México.

<sup>114</sup> Celani, Claudio, *The Story behind Parmalat's Bankruptcy*, Executive Intelligence Review, enero 16 de 2004, [www.larouchepub.com](http://www.larouchepub.com)

los reflectores sobre posibles tratos turbios de grandes bancos internacionales y sus efectos en paraísos fiscales como las Islas Caimán. Se especula si los convenios fueron utilizados para financiar asuntos políticos, ilegales o esfuerzos especulativos de alto riesgo, y si el colapso de Parmalat podría exponer la completa subestructura dudosa del sistema financiero global, con consecuencias imprevisibles en lo financiero y en lo político.

### *Antecedentes*

La quiebra de Parmalat es la más grande en la historia europea pues representó el 1.5% del PIB italiano. La empresa de alimentos más grande de Italia con control del 50% del mercado de leche y productos lácteos, y la cuarta más grande de Europa, de pronto dejó al descubierto que no existía su liquidez de 4 billones de euros y que se habían evaporado 8 millones de euros de bonos vendidos a pequeños inversionistas.

Tras la fachada de Parmalat, empresa agroindustrial con 34,000 empleados, se oculta un gigantesco esquema especulativo financiero para atraer el dinero de los inversionistas y succionarlo por una red de 260 entidades especulativas internacionales de ultramar, donde desaparecieron 8 millones de euros. La receptora final fue la empresa Bonlat, con base en las Islas Caimán, y la cual invirtió \$6.9 billones en *interest swaps*, las operaciones derivadas de más alto riesgo.

Al paso de los años, se ha ido diciendo que Parmalat fue herramienta de los bancos que inventaron, construyeron y administraron el esquema especulativo. La lista de los que investigaron los fiscales en Parma y Milán incluyó a: Bank of America, Citicorp, J.P. Morgan, Deutsche Bank, Banco Santander, ABN; y sigue con todos los bancos italianos más grandes: Capitalia (Roma), S. Paolo-IMI (Turín), Intesa-BCI (Milán), Unicredito (Génova-Milán), Monte dei Paschi (Siena), y otros.

### *¿Cómo fue?*

Hacia 1997, Parmalat inició una campaña de adquisiciones internacionales financiadas con deuda, especialmente en Norte y Sudamérica, y pronto llegó a ser el tercer fabricante de galletas en Estados Unidos. Pero tales adquisiciones, en vez de utilidades, desde 2001 empezaron a traerle números rojos. Perdiendo dinero en sus actividades productivas, la compañía se fue desviando hacia el mundo de altos vueltos de los derivados y otras empresas especulativas.

El fundador y presidente de Parmalat, Calisto Tanzi, comprometió a la firma en empresas exóticas, como la agencia de turismo Parmatour, y el club de fútbol Parma con Parmacalcio. Enormes sumas fueron destinadas a ellas con pérdida desde el principio. Parmatour fue cerrada con pérdidas de 2 billones de euros ¿Una agencia de turismo?

Las pérdidas de Parmacalcio fueron fuertes y se alude a la conexión del "Cartel de Medellín" por la compra sobrevaluada de jugadores colombianos. Mientras acumulaba pérdidas y deudas con bancos, Parmalat construyó una red de empresas de mail-box en ultramar, que utilizó para encubrir pérdidas en un juego de espejo que las hizo aparecer como activos o liquidez, mientras la principal comenzó a emitir bonos para recolectar dinero, con la garantía de la supuesta liquidez de empresas de ultramar.

Los más grandes colocadores de bonos fueron Bank of America, Citicorp, y J.P. Morgan y socios europeos, ofreciéndolos como papel financiero confiable, cuando sabían o deberían haber sabido que no valían. Se dice que Bank of America participó como

socio en algunas adquisiciones y que Citicorp construyó el sistema contable fraudulento. Sorprende el nombre de algunas filiales, como la ultramarina de mail-box utilizada para canalizar la liquidez proveniente de las ventas de bonos, *Buconero*, que significa “agujero negro”

El fondo South Alaskan Miners' Pension Fund demandó en los Estados Unidos a Parmalat, sus auditores, Bank of America y Citicorp. Según uno de sus abogados, “el fraude fue principalmente instrumentado en Nueva York, con intervención de la firma de abogados Zini y de Citibank. Citigroup creó instrumentos como ‘Buconero’ para ayudar a que Parmalat falseara su balance general y ocultara su situación financiera real.” A través del despacho Zini de Nueva York se vendieron empresas del grupo Parmalat a ciudadanos norteamericanos de apellido italiano, con dinero proveniente de otras entidades de Parmalat, para luego ser recompradas por la misma. La transacción sirvió sólo para crear “liquidez” en los libros, gracias a la cual, Parmalat pudo mantenerse emitiendo bonos. Los implicados (Calisto Tanzi, Fausto Tonna y Luciano Spilingardi) declararon a los fiscales de Parma que el sistema de bonos fraudulento “fue idea de los bancos” y Tonna falseó los balances generales de Parmalat para dar respaldo a las emisiones.

Según recuerda Spilingardi, en sesión del consejo presentaron una de las últimas emisiones, de 150 millones de euros, como petición explícita del Deutsche Bank, listo para suscribirla. Dice haber expresado su perplejidad porque la anterior emisión de bonos, de 600 millones de euros, había fracasado en la primavera de 2003 haciendo caer las acciones de Parmalat el 10% en un solo día, pero la petición fue aceptada y esa última emisión se encaminó al agujero negro de las Islas Caimán.

Al incumplimiento generalizado de Parmalat en diciembre de 2003, el gerente financiero de Parmalat ya no era Tonna, sino lo habían reemplazado con Alberto Ferraris, quien vino del Citibank; y, en junio de 2003, antes de la última emisión de bonos llegó como miembro del consejo Luca Sala, antes gerente de alto nivel del Bank of America.

La crisis de Parmalat finalmente estalló el 8 de diciembre, cuando no pagó la emisión de 150 millones de euros porque – dijo su administración - su cliente, el fondo especulativo Epicurum, no había pagado sus facturas. Según dijeron, Parmalat había ganado un contrato de derivados con Epicurum apostando contra el dólar; pero pronto se descubrió que Epicurum era propiedad de empresas con el mismo domicilio que algunas de Parmalat en ultramar. O sea, Epicurum era otra del grupo.

El 9 de diciembre, se esparció el rumor de iliquidez de Parmalat. La calificadora Standard & Poor's degradó los bonos de Parmalat a valor cero, y sus acciones cayeron el 40%. El 12 de diciembre, la administración de Parmalat encontró el dinero para pagar el bono vencido, pero el 19 de diciembre el Bank of America anunció que no existía la cuenta de \$3.9 billones que le reclamaba Parmalat. El fin: revelaron la quiebra y las acciones de Parmalat cayeron otro 66%.

## *Riesgo del sistema financiero*

El 23 de diciembre de 2003, el gobierno Italiano publicó medidas de emergencia que permitieron los procedimientos rápidos de quiebra de Parmalat para proteger su actividad industrial, nóminas, vendedores, etc., de las reclamaciones de los acreedores.<sup>115</sup> Enrico Bondi fue designado para que presentara el plan de reorganización el 20 de enero siguiente.

Para algunos,<sup>116</sup> “la quiebra de Parmalat como la de Cirio, Enron, y LTCM, no son aisladas en un sistema en funcionamiento”, sino la evidencia de quiebra del sistema financiero completo”. Después de acentuar el papel de la especulación con los derivados en Parmalat, dijeron que Citigroup y Bank of America, realizan enormes operaciones con derivados.” Como no es sólo una empresa en problemas sino todo el sistema financiero, “la solución debe ser global en una reorganización financiera mundial, un Nuevo Bretton Woods.”

El gobierno italiano está consciente de las dimensiones sistémicas de la crisis, al menos en lo que concierne al mercado italiano de bonos. La insolvencia corporativa general demuestra el riesgo de lo que pasaría si el mercado demandara el pago de sus inversiones en bonos corporativos. Al parecer, revisará la legislación vigente en cuanto a la protección a los inversionistas.

Se trata de la tercera insolvencia grande que golpea a los inversionistas italianos en un año: la insolvencia argentina de 12 billones de euros en bonos con 450,000 tenedores italianos; luego la quiebra de Cirio, otra empresa de alimentos, con 1.2 billones de euros en bonos de 40,000 familias tenedoras y, ahora, Parmalat dañando a 100,000 tenedores de bonos y a Capitalia, el principal acreedor italiano, con pérdida del 40% desde el 4 de diciembre.

Se cuestionó el papel de los bancos, italianos e internacionales, que atrajeron a clientes hacia inversiones de alto riesgo, un tanto inconscientes y quienes ni supieron cómo fue invertido el dinero ni qué pasó con él.

En el caso de los bonos argentinos, las organizaciones de consumidores demandaron a los bancos, porque no informaron a los clientes, tal como está prescrito por ley, que la inversión era de alto riesgo. En el caso de Cirio, se criticó que los bancos se precipitaron para colocar los bonos entre sus clientes. El papel de los bancos y de su supervisor, el Banco de Italia, fue tema de críticas en el sentido de que éste, como banca central – opina Claudio Celan – debió ejercer control sobre el sistema bancario, pero él mismo es sujeto de control por los bancos que son sus accionistas. Italia sigue el sistema de banca central bajo la reglamentación convenida en Bretton Woods. Esto cambió primero en 1979, cuando la desregulación liberó al banco central de la obligación de comprar la deuda del gobierno, y en 1992 cuando los accionistas más grandes del Banco de Italia fueron privatizados: Banca Commerciale (ahora Intesa-BCI), Credito Italiano (ahora Unicredito), IMI (ahora S. Paolo-IMI), y Banca Nazionale del Lavoro. O sea que los principales acreedores de Parmalat y colocadores de sus bonos son los controladores del Banco de Italia.

---

<sup>115</sup> Posteriormente en este capítulo se resume el contenido de la publicación en la Gazzetta Ufficiale del 24 de diciembre de 2003.

<sup>116</sup> Paolo Raimondi, cabeza del movimiento italiano LaRouche, citado por Claudio Celani.

¿Se puede cambiar? Podrían introducirse representantes locales del gobierno en los consejos de las Banking Foundations que controlan los bancos italianos y buscar que financien, por ejemplo, inversiones en infraestructura. Algo se hará para vigilar las relaciones entre las empresas y los bancos.

Cerramos la historia con que Parmalat México (que tenía el 7% del mercado nacional principalmente con leche deslactosada), fue vendida en julio de 2004 al grupo industrial de lácteos Lala, con lo cual adquirió la propiedad de los activos, entre ellos del equipo de producción, y la licencia para operar la marca en el país, y elevó su participación del mercado nacional al 40%. Las principales empresas que lo forman son: Grupo Industrial Lala, Lala Torreón, Lala Monterrey, Lala México, Lala Acapulco, Lala Mazatlán, Lala Mexilac, Ultralala, Lala Derivados Lácteos, Envases Elopak, Tecnopak de La Laguna y Fundación Grupo Lala.

### Reflexiones

1. *Acciones gubernamentales.* El gobierno italiano publicó el decreto con las *Medidas urgentes para la reestructuración industrial de grandes empresas en estado de insolvencia*,<sup>117</sup> para el rescate de grandes empresas en dificultades financieras. El efecto inmediato, fue la rápida declaración de quiebra de Parmalat (el 23 de diciembre de 2003, sólo dos semanas después de que estalló el escándalo) y, gracias a la consiguiente suspensión de pagos, protegerla de las acciones individuales de los acreedores. La Comunidad Económica Europea no vio con buenos ojos el rescate de quebradas a costa de los gobiernos europeos, pero los objetivos justificaron: 1) Salvaguardar la planta laboral italiana; 2) Preservar la actividad industrial de la empresa en Italia; y, 3) Comenzar negociaciones con los acreedores para reestructurar la deuda en una acción de rescate patriótico para proteger a los nacionales (empleados, lecheros y accionistas) más que a los acreedores y al grupo corporativo.

El efecto a mediano plazo fue que la nueva ley permite al Gobierno Italiano intervenir sin demora las empresas en insolvencia con 500 o más trabajadores y deudas no inferiores a 300 millones de euros; esto es, los grandes grupos. Total, salvó a Parmalat, nombró a Enrico Bondi director general para rescatarla, y ahí sigue en operación protegida de sus acreedores.

Las acciones gubernamentales fueron básicamente modificaciones a las leyes y creación de comisiones investigadoras. Respecto a lo primero, publicó nueva legislación sobre corporaciones, la Ley para proteger a los ahorradores del 25 de febrero de 2004, y la Redefinición de las atribuciones de la autoridad bursátil para que, temprano en el futuro se dé cuenta de los desaguizados financieros de las empresas de suscripción pública. En cuanto a lo segundo, creó la Commissione Parlamentare di Inchiesta sul Dissesto Finanziario del Gruppo Parmalat.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> Decreto del Presidente Berlusconi, *Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza*, del 23 diciembre 2003 y convertido en ley el 18 febrero 2004.

<sup>118</sup> Comisión Parlamentaria de Investigación del Desequilibrio Financiero del Grupo Parmalat. C. 4589 y C.4651, del 17 de marzo de 2004, [www.legxy.camera.it](http://www.legxy.camera.it).

2. *Órganos de vigilancia.* ¿Se pueden prevenir los fraudes como éste? Buscan hacerlo mediante la acción correctiva de mejorar los instrumentos de supervisión de las autoridades financieras nacionales y la agregación de instancias de vigilancia.

Los organismos de vigilancia y de control financiero, como los bancos y las autoridades del mercado de valores actuaron como si tuvieran todo bajo control, dando la idea de seguridad y estabilidad, en una situación supuestamente “maquillada” y de disimulo ante las estrategias heterodoxas con que el empresario apoyó la expansión del grupo. Los agentes de bolsa encantados de negociar acciones que les dejaban pingües comisiones por su intermediación.

3. *Las calificadoras de valores.* A la Standard & Poor's, agencia de *rating* norteamericana con oficina en Milán, se la considera responsable de no haber descalificado los títulos de Parmalat, a pesar de la mala situación financiera del grupo. ¿Si no la conocía, qué clase de calificadora era? ¿Alguien en ella conocía las condiciones reales del grupo y aplazó deliberadamente la descalificación del título? ¿Por qué lo mantuvieron? La suspicacia es que hubo connivencia. Dijeron que la información que recibían de Parmalat era falsa y se consideran víctimas del engaño. Parmalat le pagaba 200,000 euros por la valuación y publicación de sus valores. El tono en que los recomendaron fue: “La estable perspectiva de Parmalat se basa en su sólido desempeño operativo y sobre un adecuado papel financiero. Las previsiones dejan pensar entre otras cosas, que Parmalat mejorará gradualmente su gestión financiera.” Ya al final, dijeron: “La promesa de equilibrar en modo significativo la estructura financiera deja un punto interrogativo a la luz de las recientes emisiones de obligaciones. Se ha hablado de actitud superficial de las calificadoras, de los analistas financieros, los banqueros, los demás intermediarios y hasta de los socios de Tanzi que relajaron la supervisión contable ante la impresionante expansión del grupo.

4. *Auditor externo y asesores contables, de auditoría y financieros.* Dos despachos de los más grandes y conocidos, con la oficina matriz en Estados Unidos, estuvieron involucrados y con miembros acusados o detenidos declarando: Grant Thornton que auditaba 17 filiales de las cuales una, al menos, domiciliada en las Islas Caimán y, además era su firma consultora, de la cual detuvieron a los ejecutivos Lorenzo Penca y Mauricio Bianchi, y a los contadores Gianfranco Bocchi y Claudio Pessima. El otro despacho de auditores que vio dañado su prestigio fue Deloitte & Touche. Las acusaciones fueron:

- Especulación abusiva
- Falsa información contable, y
- Obstaculizar a la autoridad vigilante del mercado accionario

5. Dentro de la estructura de las empresas, adoptaron lo que se conoce como “el fortalecimiento de la estructura del gobierno corporativo.” Y que consiste, esencialmente en la agregación del comité de auditoría.

6. *Las partes relacionadas.*- El grupo creció primero aglutinando empresas italianas y luego comprando muchas en el extranjero. Parmalat pagó precios excesivos propiciando un intercambio de favores con expectativas de ganancia futura. Luego no recuperó las inversiones y se sintió obligado a especular con lo que se metió en una espiral de transacciones para ir salvando el día a día. También, realizó un número excesivo de operaciones con las empresas relacionadas que fueron enredando el ovillo.

Creó todo un tinglado de obligaciones, créditos y acciones, más el trabajo de sofisticada ingeniería financiera sustentada en las sociedades instrumentales con residencia en paraíso fiscal. Esta imbricada estrategia consistió en armar una red de préstamos entre las filiales del grupo, amparadas en la letra de las falsificaciones contables que hizo difícil su detección. En los libros era empresa sana pero en la realidad una bomba de tiempo.

La legislación requiere ser actualizada y reformada. Imperiosa necesidad de modernizar la forma de hacer negocios con empresas en grupos: estructura corporativa. Dejar la forma tradicional de hacer negocios y entrar a nueva forma más transparente de conducir los grupos de empresas.

Dependerá de lo que hagan todos, las autoridades pero también los inversionistas, que los accionistas sean verdaderos participantes en las asambleas, que se involucren, averigüen.

7. *Las motivaciones.*- Tanzi convirtió a su empresa en grupo transnacional para no perder el control total evitando a los demás accionistas, más que por expandir sus horizontes comerciales. Buscaba garantizar la solidez del poder familiar al interior del grupo por medio de amortizaciones infladas, inventarios irreales y balances inventados. Tenía que hacerlo fuera de Italia por su idea y necesidad de mantener el control.

¿Qué falló? Hipotéticamente, la auditoría interna y la externa. El consejo de administración de la empresa con Tanzi a la cabeza, aprobaron las normas de gobierno corporativo (PRADA en italiano) pero resultó ineficaz. No trascendió cómo revisaban los despachos de auditores de renombre internacional, el comité interno de auditoría, etc. del grupo empresarial, que las decisiones que se tomaban concordaran con la normatividad y con los resultados satisfactorios de su puesta en práctica

Las prácticas de especulación financiera y maquillaje de la contabilidad databan de 1989, cuando sufrieron un bache financiero del que la empresa logró salir. Al parecer, ahí aprendieron que la manipulación contable era recurso inagotable para superar las dificultades; y de las manipulaciones contables menores pasaron a la estrategia financiera agresiva de constituir filiales y sociedades instrumentales como Bonlat creada, según dijeron, a sugerencia de los auditores externos Grant Thornton con oficina central en Estados Unidos, para ocultar los boquetes financieros del grupo. Explicaron que la ley italiana señalaba un máximo de 9 años para mantener al mismo auditor externo, por lo cual el despacho al que se le vencían tuvo motivación para ayudarles a formar la nueva sociedad y mantener los lazos en calidad de auditor externo de las filiales. En cuanto a la controladora, la estafeta de auditor externo pasó a Deloitte & Touche. Por parte de la administración, hubo ocultamiento de información financiera por largo tiempo. Luego, Bonlat aglutinó a varias sociedades afiliadas meramente instrumentales. Las transacciones entre partes relacionadas y los movimientos de dinero y bienes tardaron tiempo en quedar al descubierto.

8. *Los riesgos macroeconómicos.*- Italia, uno de los selectos países que integran el Grupo de los Siete, sufrió en el momento, pérdida de confianza de los inversionistas y alguna fuga lenta de capitales (fueron 6 las quiebras grandes en el año). De momento, perdió el 1% de su PIB que representaba Parmalat, con manejo familiar pero más parecida a los grandes corporativos de Estados Unidos: 197 filiales en 30 países, 40,000 trabajadores y muchos ganaderos como abastecedores.

9. *Los frentes litigiosos.*- Hubo tres frentes de pleitos legales en Italia: los acreedores demandaron a Parmalat, el nuevo administrador general (Enrico Bondi) demandó a bancos y consultores para recuperar más de 10,000 millones de dólares; y el gobierno y los accionistas demandaron a los bancos por no haber informado el riesgo de los bonos y colusión en la desaparición de 14,000 millones de euros. En Estados Unidos, la SEC reguladora del mercado de valores, demandó a Parmalat por engañar a los inversionistas: el grupo colocó 1,500 millones de dólares en bonos desde 1998.

### Explicación financiera

La ruina de Parmalat tiene causas financieras profundas que ponen en evidencia algunos vicios estructurales, errores y engaños, y en el que se vieron envueltos muchos bancos italianos y extranjeros. En realidad, los fraudes solo fueron el velo que encubrió una situación de desequilibrio creciente y, por lo tanto, los enredos tuvieron que ir siendo cada vez más intrincados.

Con base en las cifras de la *Relación del Comisario Extraordinario sobre las causas de insolvencia de Parmalat Finanziaria SpA y sociedades controladas objeto de la propuesta de convenio del 21 de junio de 2004*,<sup>119</sup> que dicho comisario extraordinario, Enrico Bondi, preparó en cumplimiento de sus obligaciones al estar sometida la mencionada controladora a la administración extraordinaria, la explicación de lo que ocurrió en Parmalat se resume en siete puntos:<sup>120</sup>

- 1) Siempre fue un grupo de empresas financieramente frágil.
- 2) La cotización en bolsa fue utilizada para resolver los problemas del accionista mayoritario.
- 3) La cotización en Bolsa produjo explosión de las deudas en vez de servir a la recolección de capital de riesgo.
- 4) Inflaron el valor del activo mediante manipulaciones contables.
- 5) Los intereses y las comisiones absorbieron casi la mitad de los recursos financieros recibidos.
- 6) Las manipulaciones contables ocultaron pasivos y mostraron activos inexistentes.
- 7) El plan de reestructuración aceptado por los inversionistas, requerirá años y buena fortuna para que recuperen parte de lo que pagaron por los bonos.

A continuación se explica cada uno de estos siete aspectos financieros, dada la importancia que tienen para la comprensión completa del proceso de insolvencia a que fue sometida la empresa madre y sus controladas.

---

<sup>119</sup> Parmalat Finanziaria SpA in amministrazione straordinaria, Prime sette pagine della Relazione del Commissario straordinario sulle cause di insolvenza di Parmalat Finanziaria SpA e società controllate oggetto della proposta di concordato del 21 giugno 2004.

<sup>120</sup> Onado, Marco, *Nel Maelstrom della frode finanziaria*, 18 de diciembre de 2006, [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info)

**1) Las Parmalat siempre fueron empresas financieramente frágiles, víctimas de una contradicción incurable en la cabeza de su accionista mayoritario, Calisto Tanzi, quien concebía planes de crecimiento más y más ambiciosos, pero era refractario a la idea de meterle capital propio a los proyectos.**

Del negocio pueblerino en 1962 (unos 100 mil euros) a la multinacional presente en 139 países en 2003 (unos 7,5 mil millones), Parmalat creció el 44 por ciento anual en la primera veintena de años y el 21 por ciento en la segunda.

La ampliación de la base productiva mediante la adquisición de empresas en todos los continentes, determinó el crecimiento de los ingresos del consorcio. De 1990 a 2003, el grupo hizo inversiones de 5.4 miles de millones de euros, de los cuales 4 fueron en esas adquisiciones, algunas con errores tácticos (en países extranjeros que pronto revelaron carecer de prospectiva comercial adecuada), inevitables en una dinámica tan intensa dirigida por una sola persona. Más graves fueron los errores estratégicos de invertir en sectores que atraen el consenso y apoyo políticos, como la TV y el fútbol, pero son devoradores de recursos; y, el más grave fue haberlo hecho a base de endeudamiento tan fuerte que produjo el desequilibrio estructural del consorcio. El crecimiento del pasivo fue del 42 por ciento anual de 1990 a 2003

De 1990 a 2003, las operaciones sobre el capital llevaron a la caja de Parmalat sólo 416 millones de euros, o sea el 7.7 por ciento de las inversiones realizadas o el 3 por ciento del crecimiento de la deuda total. Según la reconstrucción de cifras hecha en 2004, la gestión proveyó recursos de mil millones de euros.

**2) La cotización en Bolsa fue utilizada solo para resolver los problemas financieros del accionista mayoritario.**

Antecedentes: El excesivo endeudamiento acumulado en los primeros veinte años de la empresa, la llevó a un plan de resaneamiento asistido por los bancos y a cotizar en la Bolsa. Así, salió avante y se sostuvo gracias al apoyo de la banca y quizá porque el sistema crediticio dependía de los partidos políticos. Tanzi logró el sostén financiero que tanto necesitaba aunque, para sobrevivir, desde entonces se puso al cuello la trailla de la cual ya nunca pudo liberarse. En 1989 un grupo de bancos se organizó en mancomunidad para el empréstito que llevó nuevos recursos al grupo en dificultades y puso las premisas para que entrara en la Bolsa:

- I. realizaron la cotización confiriendo Parmalat a una sociedad financiera ya cotizada, prácticamente una caja vacía, y así se evitó la colocación pública y la redacción de un prospecto informativo para los ahorradores;
- II. la consecuencia fue que la sociedad cotizada (redenominada Parmalat Finanziaria) tuvo como único activo a una sociedad operativa, como las clásicas "cajas chinas";
- III. La cotización previó un aumento de capital de 600 mil millones, pero a la caja de las sociedades sólo llegaron unos 300 mil millones, porque la sociedad operativa vino cedida por Tanzi a un precio que le permitió, exactamente, embolsarse con la mano izquierda los medios que proporcionó a la empresa con la mano derecha en ocasión del aumento de capital.

Con esta triple cabriola quedó hecho el juego. La crisis financiera fue superada (al menos en apariencia) y Parmalat Finanziaria quedó controlada al 51 por ciento, por una

sociedad (Coloniale) de la familia Tanzi, de la cual Calisto retuvo el 51,8 por ciento. "La operación... permitió a la familia Tanzi, sustancialmente sin desembolso de dinero, y con los únicos 300 mil millones recolectados en el mercado: i) obtener el dinero necesario para la recapitalización de Parmalat; ii) adquirir la Parmalat poniéndola bajo el control de la sociedad cotizada, que cambió su denominación a Parmalat Finanziaria; iii) mantener el control de la misma sociedad cotizada"(Pág. 49).

Este nuevo orden y la premisa de una ulterior expansión sin freno, siempre basada en el endeudamiento, estimularon las ambiciones de Tanzi y de 1990 a 1994 quintuplicó el endeudamiento (tasa de crecimiento anual del 53 por ciento) y después más aceleradamente hasta aumentar la deuda a 7.7 mil millones a fines de 1998. ¿Qué sucedió en este periodo?

Simplemente Tanzi entró a una especie de vórtice, "entraron a escena varias instituciones de crédito internacionales que siguieron la expansión del grupo como consejeros en el ámbito de las operaciones de adquisición, y/o de 'lead manager' de las emisiones de obligaciones". Fueron estos bancos los que concibieron "una serie de operaciones de financiamiento con formulas y cláusulas innovadoras" e incitaron al grupo "a poner en práctica una serie de operaciones de altas finanzas estructuradas y de original ingenio".<sup>121</sup>

### **3) La cotización en Bolsa fue la plataforma de lanzamiento para la explosión de las deudas, no la forma de recolectar capital de riesgo y encauzarlo al negocio.**

La gestión proporcionó recursos de 1 mil millones aproximadamente. El endeudamiento creció 13.2 mil millones. El motivo es uno solo: todo aumento de capital habría constreñido a Tanzi a meter mano al portafolio si quería mantener el solo la mayoría absoluta del grupo. De hecho, la palanca accionaria concedida por el juego de las cajas chinas le habría permitido desembolsar solo el 25 por ciento de los nuevos recursos, pero también esto era juzgado evidentemente excesivo. ¿Por qué tirar fuera un solo euro, cuando había tantos bancos allá afuera prontos a organizar operaciones siempre más complejas?

Algún obrero escribió en un muro: "¿Me hace pasar ocho horas diarias en este infierno y pretende que también trabaje?". El lema de Tanzi podría ser: "¿soy un emprendedor lleno de ideas y de capacidad realizadora, y pretende que también ponga el dinero?"

De hecho, los dineros vendrán de los bancos pero, sobre todo de los ahorradores, porque luego el endeudamiento proviene del mercado de las obligaciones.

### **4) El valor del activo fue inflado mediante manipulaciones contables, que se remontan al año 1990.**

Un endeudamiento que crece exponencialmente no es compatible con un negocio con retornos totales modestos, como los del sector de la leche. Par hacer cuadrar las cuentas, Parmalat recurrió a todos los trucos posibles. Algunos sencillos consistían en usar la misma factura para obtener dos financiamientos. Dice Bondi:<sup>122</sup> "un mismo documento venía siendo financiado varias veces; tales finanzas, impropriamente obtenidas, contribuyeron a mantener con vida artificialmente al grupo".

---

<sup>121</sup> Páginas 61 y 59.

<sup>122</sup> Página 5.

La actividad de falsificación contable se vuelve frenética a partir de fines de los años noventa, porque el agujero que hay que cubrir se va haciendo más y más grande y el vórtice se arrastra en abismos siempre más profundos:<sup>123</sup> "Tonna, el director financiero, decidía las modalidades técnicas con las que se venían ocultando las pérdidas. El sistema funcionaba así: Las sociedades industriales inscribían al activo del balance créditos (en realidad inexigibles) que venían girados a la sociedad del grupo en ultramar. En consecuencia, estas financieras veían aumentar sus deudas, que resultaban compensadas de modo muy simple, casi banal: inventando de sana plantilla de los puestos activos. O bien, cuentas bancarias, títulos de crédito, bonos y todo aquello que la ardiente imaginación de los falsarios lograba inventar".

*Abyssus vocat abyssum*, habría dicho Poe. Los de Parmalat inventan también el modo de ocultar los débitos. ¿Cómo? <sup>124</sup> "Recurriendo al viejo truco *back to back*. En la práctica, una financiera exterior del grupo abría un depósito en un banco. Este último servía sólo para garantizar un empréstito de igual entidad donado por el mismo instituto a otra sociedad del grupo. Es decir, el depósito era vinculado, pero el vínculo no venía señalado en el balance".

Malagutti: <sup>125</sup> "el elenco de las técnicas de falsificación contable podría proseguir todavía largo pero no añadiría mucho a la narración. Y cita un simple dato evidenciado en el análisis de Price Waterhouse Coopers: el 30 septiembre 2003 las deudas verdaderas del grupo eran de 14.3 mil millones, más del doble respecto a los 6.4 indicados en la relación a la misma fecha que presentó la sociedad, y fue la última firmada por Tanzi".

##### **5) El vórtice de los financiamientos y de las falsificaciones, hizo que los intereses y las comisiones absorbieran casi la mitad de los recursos financieros.**

¿Cómo emplearon los 14.2 mil millones de euros que obtuvo el grupo de 1990 a 2003?

Las inversiones en capital físico fueron solo 11 por ciento del total y junto con las adquisiciones llegan al 38 por ciento. Casi el 40 por ciento fue para pagar intereses: 2.8 mil millones al sistema bancario y 2.5 a los obligacionistas (sin embargo, al momento del desastre, estos se encontraban con una cuota muy superior del endeudamiento total).

Bondi glosa: <sup>126</sup> "En definitiva, el grupo se ha demostrado como un verdadero devorador de caja porque creció por línea externa, no redituable, cargado de distracciones imponentes y obsesionado en tratar de ocultar su estado de insolvencia, en operaciones financieras de grandes dimensiones y siempre más costosas". En resumen, una producción de deudas por medio de deudas que enriquecieron sólo al sistema financiero internacional.

Las salidas no documentadas de 2.3 mil millones de euros, representan el 16 por ciento del total y púdicamente Bondi las llama "distracciones". En realidad son los fondos sistemática y paulatinamente sustraídos a la empresa y a los accionistas minoritarios.

---

<sup>123</sup> Página 143.

<sup>124</sup> Página 146.

<sup>125</sup> Página 148.

<sup>126</sup> Página 4.

## **6) Las manipulaciones contables ocultaron pasivos y mostraron activos inexistentes.**

Desde 2002, el mercado fue poniéndose nervioso acerca de la situación financiera del grupo: ¿por qué una sociedad con un endeudamiento tan elevado tenía liquidez enorme? Hubo indicios de la dificultad del grupo para hacer frente a los compromisos de rembolsar los bonos que se vencían y de liquidar presuntas inversiones.

Epílogo: el 18 de diciembre el Bank of America comunicó que el depósito de 4.9 mil millones de dólares que una sociedad del grupo ubicada en las Islas Caimán pretendía tener depositados en la sucursal de Nueva York, no existía y el documento exhibido era falso.

Ponen a la sociedad en administración extraordinaria y pocas semanas después Enrico Bondi comunica cifras que hacen temblar. El verdadero valor del activo es poco más de 2.3 mil millones de euros; el capital de trabajo es negativo; lo que queda lo absorben los créditos privilegiados como los de los trabajadores. El patrimonio neto negativo (activos menos deudas) es de 13 mil millones.

El importe de las obligaciones en circulación roza los 7 mil millones (una parte detenida en bancos por efecto de operaciones de colocación privada) mientras la exposición del sistema bancario (gran parte bancos internacionales) es algo superior a los 3 mil millones. Por lo tanto, el peso mayor del desastre está en el sistema bancario internacional, los inversionistas privados y los institucionales.

## **7) El plan de reestructuración comporta graves sacrificios para todos los inversionistas. No obstante el relanzamiento productivo, quienes suscribieron obligaciones de Parmalat todavía están lejos de recuperar su capital.**

Los accionistas minoritarios perdieron todo. A los acreedores (ahorradores privados y bancos) Bondi propone un plan de reestructuración doloroso, un gran cambio de deuda a acciones que prevén un abatimiento drástico del valor de recuperación (en promedio un quinto del valor del crédito). La aprobación del plan por parte de los acreedores permite la cotización en Bolsa en el 2005 y acelera los eventos. El valor del título, en un tiempo superior a 3 euros respecto a 1 euro de valor inicial, significa que los porcentuales de recuperación se han triplicado pero todavía están lejos del valor de la inversión inicial.

### **Repercusiones jurídico-administrativas del caso Parmalat**

Vale la pena analizar dos temas jurídicos con fuerte repercusión en la administración de las empresas en quiebra integrantes de grupos y en la posibilidad de recuperar recursos por parte de los acreedores, son:

- A. Las “Medidas urgentes para la reestructuración industrial de grandes empresas en estado de insolvencia” por decreto emitido el 23 de diciembre de 2003, publicado al día siguiente y convertido en ley con algunas correcciones el 18 de febrero de 2004 y publicada el día 20; y
- B. La jurisdicción de los tribunales en procesos de grupos de empresas transnacionales.

## **Medidas legislativas urgentes**

La falta de liquidez de Parmalat salió a la luz pública el 9 de diciembre de 2003 y pronto, el siguiente día 23, el Presidente de la República emanó un decreto-ley con el título de *Medidas urgentes para la reestructuración industrial de las grandes empresas en estado de insolvencia* y con la siguiente motivación: “Ante la extraordinaria necesidad y urgencia de adoptar medidas integradoras y correctivas de la normativa vigente en materia de administración extraordinaria de las grandes empresas en estado de insolvencia, al fin de acelerar la definición de los procedimientos relativos, asegurando la continuación ordenada de la actividad industrial sin dispersión del encauzamiento, tutelando a los acreedores y garantizando el desarrollo regular del mercado.”<sup>127</sup>

Este decreto fue convertido en ley con modificaciones de refinamiento que han dado lugar a la correspondiente ley vigente complementaria de la inicial respecto a la insolvencia, de 1999. Para entender cabalmente el caso de la empresa estudiada, destaco los aspectos importantes de sus once artículos.

“Decreto-ley del 23 de diciembre de 2003, n. 347, convertido con modificaciones en la Ley el 18 de febrero de 2004, n. 39 – que trae medidas urgentes para la reestructuración industrial de grandes empresas en estado de insolvencia.”<sup>128</sup>

**Artículo 1. Requisitos para la admisión.-** Es aplicable a las empresas sujetas a las disposiciones sobre quiebra en estado de insolvencia, que intenten valerse del procedimiento de reestructuración económica y financiera<sup>129</sup> la condición de que tengan, singularmente o como grupo de empresas constituido, al menos un año de antigüedad y, además:

- a) no menos de 500 trabajadores con al menos un año de antigüedad; y,
- b) Deudas, incluidas las derivadas de garantías otorgadas, con monto total no inferior de 300 millones de euros.

**Artículo 2. Admisión inmediata a la administración extraordinaria.-** Dichas empresas pueden solicitar al Ministro de las Actividades Productivas, con instancia motivada y acompañada de adecuada documentación, presentando contextual recurso para la declaración del estado de insolvencia al tribunal del lugar en que tenga la sede principal, la admisión al procedimiento de administración extraordinaria, tramite la reestructuración económica y financiera de la cual habla el artículo 1.

Con decreto propio y evaluados los requisitos, el Ministro de las Actividades Productivas provee la admisión inmediata de la empresa al procedimiento de administración extraordinaria, nombra al comisario extraordinario (de conformidad con los criterios fijados por él mismo), desposee al deudor y confía al comisario extraordinario la gestión de la empresa y la administración de los bienes del empresario insolvente. Comunica inmediatamente el decreto al tribunal competente.

**Artículo 3. Funciones del comisario extraordinario.** Son las siguientes:

---

<sup>127</sup> Gazzetta Ufficiale de la Repubblica italiana del 24 diciembre 2003 número 347, convertido con modificaciones en Ley el 18 de febrero de 2004, n. 39, [www.gazzette.comune.jesi.an.it](http://www.gazzette.comune.jesi.an.it)

<sup>128</sup> Texto actualizado al 29-1-2005 con modificaciones de: Decreto-ley del 3 mayo 2004, n. 119, convertido con modificaciones en la Ley del 5 de julio 2004, n. 166; y el Decreto-ley del 29 noviembre 2004, n. 281, convertido en la Ley del 28 enero 2005, n. 6.

<sup>129</sup> Artículo 27,2,) del Decreto Legislativo del 8 julio 1999, n. 270.

1) Hasta la declaración del estado de insolvencia, administrar la empresa realizando todo acto útil a la comprobación del estado de insolvencia.

1 bis) El juez, antes de la autorización del programa de reestructuración, puede autorizarle el pago a los acreedores anteriores, cuando sea necesario para evitar un grave perjuicio a la continuación de la actividad de la empresa o a la consistencia patrimonial de la misma.

2) Entregar al tribunal una relación dotada de documentos y de la información indicada en el artículo 5 del D.L. 270, en el término de 60 días prorrogables una sola vez hasta por 60 días.

3) Pedir al Ministro de las Actividades Productivas, cuando ocurran las condiciones (del artículo 81 del decreto del D.L. 270), la admisión al procedimiento de administración extraordinaria de otra empresa del grupo, presentando recurso contextual para la declaración del estado de insolvencia al tribunal que declaró la de la empresa.

3 bis) Los procedimientos relativos a las empresas del grupo pueden actuarse unitariamente a aquella relativa a la que encabeza el grupo, o bien en vía autónoma a través de un programa de reestructuración o uno de cesión.

**Artículo 4. Comprobación del estado de insolvencia y programa de reestructuración.-** 1) El tribunal dicta sentencia en 15 días, declara el estado de insolvencia de la empresa y asume que se provea todo (Art 8,1,a,d,e) La sentencia determina, con referencia a la fecha del decreto de admisión al procedimiento de administración extraordinaria, los efectos (D.L. 270).

1 bis) Si el tribunal rechaza y no declara el estado de insolvencia por falta de alguno de los requisitos del artículo 1, cesarán los efectos del decreto, quedando a salvo los de los actos legalmente realizados por los órganos del procedimiento.

2 y 3) El comisario extraordinario (en 180 días y posible prórroga de hasta 90 días), presenta al Ministro de las Actividades Productivas, el programa (Art. 54 del decreto legislativo 270) considerando específicamente (Art 4) la posición de los pequeños ahorradores personas físicas que hayan invertido en obligaciones emitidas o garantizadas por la empresa en administración extraordinaria. Contextualmente, presenta al juez la relación con descripción detallada de la causa de insolvencia, el estado analítico y estimativo de la actividad y el elenco de los acreedores con el nombre, los respectivos créditos y la causa de prelación.

2bis) Publica en medio masivo un extracto de la relación y del programa advirtiendo que el empresario insolvente, los acreedores y cualquier otro interesado tienen facultad de ver y obtener copia.

4) Si el Ministro no autoriza la ejecución del programa de reestructuración y no es posible adoptar el programa de cesión de los conjuntos de la empresa el tribunal, después de escuchar al comisario extraordinario, dispone que el procedimiento de administración extraordinaria se convierta en quiebra.

4 bis) El comisario extraordinario tiene 60 días para presentar el programa de cesión (ya que no se autorizó el de reestructuración). Si el programa de cesión es autorizado, la prosecución del ejercicio de la empresa puede durar no más de 2 años.

Artículo 4 bis. **Convenio.**- 1) En el programa de reestructuración, el comisario extraordinario puede prever la satisfacción de los acreedores mediante un convenio que detalle las condiciones y las eventuales garantías:

- a) Subdivisión de los acreedores en clases según la posición jurídica y los intereses económicos homogéneos.
- b) Tratamiento diferenciado de los acreedores pertenecientes a clases diversas
- c) Reestructuración de las deudas y satisfacción de los acreedores mediante cualquier forma técnica o jurídica, mediante la adjudicación, fusión u otra operación societaria; en particular; la atribución a los acreedores o a alguna categoría de ellos, o a la sociedad en que participen, de acciones o cuotas, o bien de obligaciones, también convertibles en acciones u otros instrumentos financieros y títulos de deuda.

c bis) La atribución a un encargado de la actividad de las empresas interesadas en la propuesta del convenio. Podrán constituirse como encargados también los acreedores o sociedad en que participen, o sociedad constituida por el comisario extraordinario, cuyas acciones serán atribuidas a los acreedores por efecto del convenio. Podrán ser transferidas al encargado, las acciones revocatorias aprobadas por el comisario extraordinario hasta la fecha de publicación de la sentencia aprobadora del convenio.

1 bis) La presentación de la propuesta de convenio comporta la interrupción de las operaciones de comprobación del pasivo. Antes de la presentación, el comisario extraordinario puede pedir al juez que disponga la suspensión de las operaciones de verificación del estado pasivo, si concreta la posibilidad de proponer el convenio.

2) La propuesta de convenio puede ser única para más sociedades del grupo sometidas al procedimiento de administración extraordinaria, quedando firme la autonomía de las respectivas masas activas y pasivas, con lo cual pueden conseguir tratamientos diferenciados hasta los acreedores de la misma clase, según las condiciones patrimoniales de cada sociedad.

3) Si la propuesta de convenio prevé diversas clases de acreedores, debe ser autorizada por el Ministro de las Actividades Productivas previa valoración de los criterios con que las definieron.

4) En caso de que el programa sea autorizado por el Ministro de las Actividades Productivas, el comisario extraordinario tiene 3 días para entregarlo al tribunal.

5) Se publica la propuesta de convenio, el término fijado por el juez para que el empresario insolvente, los acreedores y cualquier otro interesado hagan por escrito sus observaciones sobre el elenco de los acreedores, los importes indicados y la relativa causa de prelación. Los sujetos que no figuren en el elenco de acreedores pueden pedir que se admitan sus créditos, presentando los documentos.

6) El juez, con apoyo del comisario extraordinario, forma los elencos de los acreedores admitidos, los admitidos con reserva y los excluidos, indicando los relativos importes y las causas de prelación. En el caso de instrumentos financieros que no permitan la individualización nominativa de los propietarios legitimados, se anotan en el elenco los créditos por el importe conjunto de cada categoría de instrumento financiero. Los elencos de los acreedores admitidos, los admitidos con reserva y los exclu-

dos, se depositan en el tribunal para que el juez los declare ejecutables. Les da vista a los acreedores y al empresario insolvente. Los acreedores excluidos en todo o en parte y los admitidos con reserva pueden oponerse presentando recurso al juez. Los admitidos pueden impugnar la admisión de otros acreedores. El juez sentencia y puede ordenar reservas de dinero con destino a deudas específicas y la intransferibilidad de las acciones relativas a las inconformidades. Los titulares de las mismas pueden ejercitar los derechos de opción y participar en las asambleas societarias, pero no disponer de los títulos.

7 y 8) El juez llama a los acreedores admitidos y a los admitidos con reserva, para que asistan a legitimarse y a votar la propuesta de convenio. Éste se aprueba con el voto favorable de la mayoría de los créditos admitidos al mismo. Si hay diversas clases de acreedores, se aprueba con el voto favorable de la mayoría de cada clase. Los que no voten se consideran favorables a la aprobación.

9) El juez dicta sentencia según el resultado de la votación. Los acreedores de las clases que disientan son satisfechos mediante el convenio en medida no inferior a las otras alternativas.

10) Se publica la sentencia que aprueba o rechaza el convenio; es provisionalmente ejecutable y produce efectos para todos los acreedores por título, hecho, razón o causa anterior a la apertura del procedimiento de administración extraordinaria. En caso de convenio con un encargado, se le hace inmediata transferencia de los bienes determinados en el convenio del activo de las sociedades. El comisario extraordinario o, en el caso de convenio por asunción (encargo), el encargado, se responsabilizan de la ejecución del convenio bajo vigilancia y control del comité de supervisión y del Ministro de las Actividades Productivas. Pueden impugnar la sentencia: el emprendedor insolvente, los acreedores y el comisario extraordinario, pero no suspende la eficacia ejecutiva.

11) La sentencia que aprueba el convenio, cierra el procedimiento de administración extraordinaria.

11 bis) Si la sentencia rechaza el convenio, el comisario extraordinario puede presentar al Ministro de las Actividades Productivas un programa de cesión de los bienes de la empresa. Si éste lo autoriza, su realización debe durar hasta dos años. Si el programa de cesión no es oportunamente presentado al Ministro o éste no lo autoriza, el tribunal, escuchando al comisario extraordinario, dispone la conversión del procedimiento de administración extraordinaria en quiebra. Quedan en todo caso a salvo los efectos de los actos legales de los órganos del procedimiento.

#### **Art. 4 bis.bis.– Comprobación del pasivo**

1) Hacer la comprobación del pasivo, con criterios de máxima celeridad y rapidez, según el artículo 53 del decreto legislativo n. 270.

2) En el caso de que se autorice la presentación de una propuesta de convenio, aplicar el artículo 4-bis, y también en caso de faltar la aprobación del convenio.

#### **Art. 5 – Operaciones necesarias para la salvaguardia del grupo**

1) El Ministro de las Actividades Productivas, después de la declaración del estado de insolvencia, puede autorizar operaciones de cesión y de utilización de bienes, de

fábrica o de ramos de fábricas de la empresa a petición del comisario extraordinario, en caso de que sean finalizadas la reestructuración de la empresa o del grupo.

2) Hasta la autorización del programa (artículo 4), el comisario extraordinario pide al Ministro de las Actividades Productivas la autorización para el cumplimiento de las operaciones o de las categorías de operaciones necesarias para salvaguardar la continuidad de la actividad hacendaria de las empresas del grupo.

2-bis) La autorización no es necesaria para los actos que no salgan de la administración ordinaria o cuyo valor individual sea inferior a 250.000 euros.

#### **Art. 6 – Acciones revocatorias**

1) El comisario extraordinario puede proponer las acciones revocatorias previstas (artículos 49 y 91 del decreto legislativo n. 270) también en el caso de autorización de la ejecución del programa de reestructuración, a condición de que se traduzcan en ventaja para los acreedores.

1 bis) En el caso de que la satisfacción de los acreedores sea a través de un convenio, se aplica el artículo 4-bis,1,c-bis). Los términos establecidos en las disposiciones, se cuentan a partir de la fecha del decreto (artículo 2). Tal disposición se aplica también en todos los casos de conversión del procedimiento en quiebra.

**Art. 7 – Pacto del Ministerio de la Política Agrícola y Forestal.-** En el caso de las empresas que operan la producción, primera transformación y comercialización en los sectores conexos a los productos agrícolas, el Ministro de las Actividades Productivas autoriza la ejecución del programa de reestructuración de acuerdo con el Ministro de las Políticas Agrícolas y Forestales.

#### ***Crisis de empresa, crisis de reglas***

Algunos estudiosos opinaron que la crisis del grupo de empresas Parmalat fue, en realidad, una crisis de las leyes mercantiles y de insolvencia, que hizo necesaria la publicación inmediata del decreto más tarde convertido en ley y a la cual llamaron 'ley fotografía'.<sup>130</sup> Regulada con el decreto legislativo del 30 julio 1999, n. 270, existía en abstracto la imposibilidad de evitar la venta de la empresa y realizar su reestructuración basada en acuerdos individuales con los miles de acreedores y las enormes deudas de millones de euros.

El escándalo de Parmalat estalló el 18 diciembre 2003, cuando Bank of America comunicó que no existía la enorme cantidad en efectivo que la empresa decía tener ahí depositada. Que se iniciara el procedimiento de insolvencia era inminente, y la forma prevista en la ley correspondiente tomaría meses para satisfacer las formalidades, definir la masa susceptible de venta, encontrar al comprador que podría ser de la empresa o empresas como entes en operación o como unidades productivas o como bienes sueltos, eso lo irían diciendo las circunstancias. Los acreedores serían pagados con el dinero que se lograra reunir, en su momento procesal y en su orden y prelación.

¡Ah, pero parte importante de la deuda eran las emisiones de bonos adquiridas por inversionistas grandes y muchos, muchísimos pequeños!

---

<sup>130</sup> L Stanghellini, L., *Crisis d'Aziende, crisis de regole*, LaVoce.info, 2004.

Al parecer, dice L. Stanghellini, en las primeras horas, ya recuperados de la sorpresa, vino la toma de conciencia de que el caso Parmalat era demasiado grande para las reglas vigentes (en 2003) y, si no se disponían algunas nuevas, el desastre empresarial podría convertirse en desastre económico para el país. Era indispensable afrontar la situación y dar seguridad al mercado nacional y al internacional, a los acreedores, proveedores y consumidores, de que el grupo Parmalat continuaría con vida, no interrumpiría sus actividades, y la renovación sería dirigida por un gerente de buena reputación, ya desplazados los miembros de la familia Tanzi.

Por esto, el 23 diciembre el gobierno emanó el decreto-ley que, en esencia, consentía saltar la fase de observaciones en vista de una reestructuración y reforzó el control ministerial del procedimiento. El decreto no constituía *per se* una ayuda del Estado, ni preveía futuras concesiones, pero su contenido es tan interesante que en la sección anterior incluí el texto completo de sus siete artículos.

#### *Comentarios a la ley-fotografía*

En los meses sucesivos, y también con la contribución de la oposición de izquierda, el Parlamento adecuó varias veces la normativa especial para Parmalat, hasta dar vida a una suerte de ley-fotografía que se convirtió prontamente en ley del Estado. La celeridad con que salió el decreto y luego sus modificaciones, en circunstancias dificultosas, un tanto inorgánica pero, por primera vez se consintió que el comisario extraordinario:

(a) Efectuara una reestructuración financiera y no sólo la reestructuración industrial. La implicación fundamental de esta novedad fue que la venta de los bienes de Parmalat dejó de ser la única posibilidad de las empresas en procedimiento de insolvencia, en cuanto se hacía posible transferir la empresa y el resto del patrimonio directamente a los acreedores, con el objeto de recuperar para ellos (no para los accionistas) un valor más alto;

(b) Hiciera a los acreedores una oferta diferenciada, según sus características específicas. Se hizo, de hecho, posible subdividirlos en varias "clases", con características e intereses homogéneos, construyendo para ellos un vestido a la medida y maximizando así el resultado del conjunto (total).

Dicho en pocas palabras, con base en la nueva ley de insolvencia, Parmalat propuso un convenio a sus acreedores, que en octubre de 2005 trasformó en accionistas (libres de vender y de monetizar un valor de las acciones superior a las expectativas). (3)

Entre tanto, se reformó, de marzo 2005 a enero 2006, la normatividad para las demás empresas. La reforma de la ley de insolvencia de 1970 operó con decidida modernización, haciendo posible aplicar a todas las empresas en crisis, alguna de las novedades brotadas de la experiencia de Parmalat. (4)

#### *Reflexiones*

Las reglas sobre la crisis de esta empresa fueron importantísimas para el sistema económico italiano pues establecieron y gobiernan la transición del control de la empresa pasándolo de los accionistas a los acreedores y aseguran, en lo posible, la satisfacción de estos al incurrir en costos más bajos del crédito y promover posibilidades más amplias de inversión. (5)

La experiencia que adquirió Italia con el caso del grupo Parmalat fue pieza clave para el desarrollo de la normatividad, pero éste es quizá el único aspecto positivo de la vicisitud pues no es deseable ni debe repetirse algo tan grave.

Primero, en pro de la eficiencia del procedimiento, le atribuyeron grandes poderes al Ministro de las Actividades Productivas, con la correspondiente disminución de transparencia y de controles sobre las demás tareas de los órganos del procedimiento judicial;

Segundo, poco o ningún poder se dejó a los acreedores de Parmalat; sólo el de aprobar un paquete de cláusulas (el convenio entre ellos y varias empresas del grupo) en condiciones de "tómelo o déjelo". Fueron tratados como los pacientes que necesitan una intervención quirúrgica y sólo pueden decidir SI o NO pero, sin poder darle consejos al cirujano en la sala de operaciones, sólo les queda esperar que sea competente.

Así fue en la solución aplicada a Parmalat. La vicisitud se manejó bien bajo varios aspectos y los resultados fueron aceptables en cuanto a defender la economía nacional de los efectos nocivos del desastre financiero de uno de los grupos de empresas más grandes. Pero de esto no se ha buscado derivar un modelo que se quiera ver reproducido pues no en todos los caso ha funcionado (ver Volareweb).

Tercero, la nueva normatividad (después de las reformas rápidas y sus revisiones), continúa reservando a las crisis de las grandes empresas (con 200 o más empleados) un tratamiento preferencial aunque menos transparente y respetuoso de los mecanismos del mercado.

Cuarto, con la reforma del 2004 se amplió desmesuradamente la categoría de los pequeños empresarios no sujetos a la ley de insolvencia o concursos mercantiles de Italia, dejando a la mitad de las empresas italianas fuera de las disposiciones de la quiebra y de la tutela de la ley de dicha ley que, al no serles aplicable, no van a poder recurrir a sus hipótesis en caso de atravesar por dificultades de pago ni tendrán la oportunidad de reestructurarse. Los pequeños empresarios son ahora aquellos que facturan hasta 200 mil euros anuales y tienen inversiones hasta de 300 mil euros. La nueva ley de quiebras, más eficiente para los acreedores y menos punitiva para los empresarios, se aplicará a poco más del la mitad de las empresas registradas.

La eficiencia y la transparencia no son recursos escasos pero necesitan ser racionalizados para mejor servir a la economía y a la sociedad. La experiencia con Parmalat nos ha proporcionado muchos puntos interesantes, pero con el deseo de archivarlos para siempre como la historia de un caso único que no vuelva a repetirse. Se necesita ahora racionalizar la normatividad y aplicarla, también con las debidas adaptaciones, a todas las grandes, medianas y pequeñas empresas. Pero hay pocas esperanzas de que así sea porque la clase política parece tener otros temas de mayor interés.

### ***Jurisdicción de los tribunales***

La declaración de insolvencia en cadena derivada de la crisis del Grupo Parmalat,<sup>131</sup> acicatea la necesidad de predecir la insolvencia de las empresas de un grupo y prever el posible desenlace, así como los riesgos implícitos para las empresas con las cuales

---

<sup>131</sup> Espinilla, Ángel, *Los procedimientos de insolvencia y los grupos multinacionales: reflexiones a la luz del caso Parmalat*, AECA69 Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, Octubre-diciembre 2004.

hizo negocios y para la economía del país. La crisis del grupo tuvo enorme impacto en la economía italiana y traspasó sus fronteras. A la declaración de Parmalat en estado de insolvencia, hecha por el Tribunal de Parma (27 de diciembre de 2003) le sucedieron inmediatamente más de diez sociedades con sede en Italia, cuatro en Holanda, dos en Luxemburgo, dos en Alemania y una en Irlanda. Total >19

Surgen dudas respecto a la forma del proceso judicial: ¿Cómo se da la insolvencia de las empresas de un grupo multinacional? ¿Dónde abrir el procedimiento de insolvencia a una o a más, o a todas las empresas de tal grupo?

Por tanto, es interesante analizar los aspectos jurídicos siguientes:

- 1) la determinación de la sede de la sociedad filial concursada,
- 2) la protección de los acreedores de la sociedad filial extranjera, y
- 3) las consecuencias que se derivan de la calificación a la sociedad filial extranjera concursada, como un mero instrumento interpuesto.

Los problemas que se abordan son:

La condición expansiva de las crisis empresariales cuando las empresas operan en grupos, y la oportunidad de adelantar el concurso para evitar que la situación económica sea irreversible.

Las leyes de insolvencia guardan perturbador silencio sobre los operadores más importantes de la práctica comercial: los grupos de sociedades multinacionales.

Riesgo de los grupos de empresas: La posible insolvencia de la “sociedad matriz que no pudiera atender sus obligaciones, ocultando la crisis global del grupo.

#### *Determinación de la sede de la sociedad filial concursada*

¿Dónde abrir el procedimiento de insolvencia, en el caso de los grupos de sociedades multinacionales?

Cayó en incumplimiento de pagos Eurofood, con sede en Dublín y constituida conforme al derecho irlandés, con capital suscrito totalmente por Parmalat, S.p.a.

En la sentencia del 19 febrero 2004, el Tribunal analizó su competencia judicial internacional para declarar la quiebra de esta filial extranjera del grupo. Lo positivo de la sentencia es que alcanza a comprender cuál es la sede de la filial dentro de lo previsto por la ley; pero lo negativo es que dicha filial es asimilada, sin pleno fundamento, a una sociedad ficticia.

#### *Principios jurídicos:*

Principio 1. Cada sociedad tiene autonomía jurídica o personalidad propia. Aunque los activos de las empresas en grupo, se integran para la realización de una empresa mayor, no dejan de ser propiedad de las respectivas sociedades y de ser administrados por sus propios órganos.

Principio 2. La sede de la sociedad filial concursada (en este caso Eurofood) según la legislación de Insolvencia vigente en Italia, es el centro de los intereses principales, o sea el lugar desde el cual la deudora lleva a cabo, de manera habitual y reconocible por terceros, la administración de sus actividades económicas.

En el caso de la filial Eurofood el centro de los intereses principales vendría determinado por: el lugar desde el que operaban sus administradores y que resulte reconocible por terceros, exigencia difícil de probar dada su connotación sociológica y que los terceros son una colectividad. Por tanto, hay que valorar este requisito a la luz de las circunstancias concretas de cada caso, como lo hizo el Tribunal de Parma. Analizó la identidad de los terceros, esperando de ellos un grado mínimo de diligencia y competencia técnica dada su calificación de inversionistas profesionales, instituciones y bancos que conocían la posibilidad de dirigirse contra la empresa matriz; y también los motivos que les llevaron a contratar con la empresa filial. Sostuvo que ningún inversionista perspicaz hubiera esperado que Eurofood, una caja vacía, asumiera las obligaciones que surgirían, de no haber estado garantizadas por Parmalat.

Para la calificación de la sociedad filial extranjera concursada como ficticia, se tiene un principio:

Principio 3. Un procedimiento judicial para cada sociedad mercantil, válido tanto en Italia como en Irlanda; sin embargo, la conclusión fue otra.

El Tribunal partió de este principio pero, en el caso concreto, concluyó que, sobre la competencia en función de cada persona jurídica una matriz y otra filial, había que estar a la apertura del concurso hecha en Italia, sede de la matriz, por la naturaleza fáctica del procedimiento y el enfoque práctico de la legislación de insolvencia.

Esta interpretación a la luz de las circunstancias del caso, hace evidentes las disfunciones material, orgánica y espacial de la personalidad jurídica:

- Si el juzgado competente es el del lugar desde donde se administran las actividades de la sociedad deudora, tal base competencial quedaría vacía de contenido cuando no hubiera actividad alguna que administrar, porque la sociedad se mostrara inerte (o casi inerte).

- El verdadero dirigente de la sociedad mercantil no es quien la administra formalmente, sino que puede existir un dirigente de facto.

Ambas hipótesis conducirían a una disfunción espacial, de modo que la sociedad no se administraría desde el lugar en el que esté domiciliada.

Dadas las disfunciones, el Tribunal concluyó que Parmalat se mostraba activa en la administración y a su filial Eurofood le faltaba autonomía empresarial. Además distinguió que en el consejo de administración de Eurofood había dos tipos de administradores: los directores no ejecutivos (irlandeses que asumían labores propias de contabilidad, auditoría y asistencia legal) y los directores ejecutivos (trabajadores italianos del grupo Parmalat que realizaban las operaciones más importantes de la sociedad). Además, Eurofood sin oficinas ni empleados en Irlanda, tenía su domicilio en la oficina de uno de sus administradores.

Este argumento de la sentencia no es del todo satisfactorio: la repetida alusión a la nacionalidad no es acorde con la *ratio iuris* de la norma comunitaria europea, ya que lo verdaderamente relevante sería determinar desde qué lugar habían operado los administradores ejecutivos. Un aspecto oscuro de la sentencia es el alcance del requisito de que "el centro de intereses debe ser identificado por los terceros", valorado a la luz de los hechos. Al respecto, el planteamiento inicial de la sentencia es acorde con la lógica de la legislación de insolvencia, pero su desarrollo no tan afortunado, ya que debe ser reconocible el lugar desde el que se administran los intereses, pero previa y necesaria-

mente ha de ser identificable la persona que los administra. El matiz no es gratuito en el marco de los grupos y en este caso particular. La sentencia asevera que Eurofood tenía un frágil velo jurídico tras el que se ocultaba la empresa matriz, circunstancia fácilmente perceptible *ex post* y desde un prisma intragrupal que facilitó el informe que dio el administrador temporal designado por la administración italiana; pero, también debió reparar en si esta dinámica interna era perceptible por terceros.

La sentencia debió detenerse en la distinción de directores ejecutivos y no ejecutivos y en la consideración de si Parmalat como administradora de facto, era reconocible por terceros. En cuanto a estos, debió determinar si eran conscientes de que los directores ejecutivos eran empleados de Parmalat que operaban desde la matriz en Italia y que participaban en las reuniones del consejo aunque fuera a distancia (por teléfono, etc.). También, había que analizar si los terceros podían comprobar que la sociedad Eurofood no cumplía más que una función auxiliar y asistencial del grupo, destinando a él sus recursos. No había que probar simplemente que Parmalat garantizaba las operaciones de su filial, sino que tal circunstancia conducía a la conclusión de que la sociedad italiana era la verdadera entidad legal con la que se contrataba.

El tribunal supera el silencio del Reglamento de Insolvencia sobre los grupos de sociedades, interpretando la ubicación del centro de intereses principales; mas deja al descubierto una de las mayores inconsistencias de la norma comunitaria europea: y es que el sistema del Reglamento de Insolvencia prevé la posibilidad de que establecimientos de la deudora únicamente afecten los bienes sitos en el foro. Es cierto que en cuestiones de crédito, una sociedad filial no es un mero establecimiento de su controladora, pues considerada en sí misma es la propia deudora de los créditos que obtiene. Sin embargo, la respuesta no es tan diáfana cuando se percibe el abuso de la personalidad jurídica y la sentencia dictada en Parma es clara muestra de ello: el tribunal haciendo suyo el informe del administrador provisional, califica a la sociedad irlandesa como una sucursal de la italiana, dado su carácter meramente instrumental. Esta calificación hace que, ceñidos a la más estricta literalidad, pueda abrirse inmediatamente un procedimiento territorial en Irlanda. Adviértase entonces que el tribunal solo tiene que probar que la sociedad se administra desde Italia, pasando por alto en dónde se encuentran los bienes de la filial, si es que los hay, y es que de encontrarse en Irlanda, la apertura de un concurso en el territorio de dicho estado acapararía todos los activos o masa del concurso y vaciaría de contenido el principal abierto en Italia.

Esta confusión se origina porque el reglamento de insolvencia parte de las empresas controladas como foros secundarios - tales como sucursales, oficinas o delegaciones - en el sentido de que presuponen y dependen de una administración y un establecimiento principales. No parecería referirse pues a todas aquellas conexiones que no responden a esta naturaleza secundaria como el lugar de constitución de la sociedad, o la explotación, fábrica o factoría más importantes.

### **Noticias posteriores**

Bajo el título de “Reconocimiento Mutuo de Procedimientos de Insolvencia que Traspasan las Fronteras”, en la más reciente Asamblea y Congreso Anuales de la IAIR<sup>132</sup> se informó que en mayo de 2006, la Corte de Justicia de la Comunidad Europea emitió un

---

<sup>132</sup> La IAIR, la International Association of Insolvency Regulators, celebró su asamblea y congreso anuales en Bangkok, Tailandia, septiembre de 2007.

juicio importante sobre ciertas cuestiones legales que le refirió la Suprema Corte de Irlanda relacionadas con el reconocimiento mutuo de los procedimientos de insolvencia transfronterizos bajo la Council Regulation No. 1346/2000 del 29 de mayo de 2000.

La Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea confirmó que cuando una compañía paterna y su subsidiaria estén constituidas en dos diferentes Estados Miembros de la Comunidad Económica Europea, se debe presumir que el “*centro de intereses principales*” está localizado en el Estado Miembro en el cual la subsidiaria haya sido constituida, a menos que existan factores “*objetivos y susceptibles de averiguación por parte de terceros*” para refutar claramente esa presunción. Además hizo la observación de que “*el mero hecho de que las opciones económicas de una compañía sean o puedan ser controladas por la compañía paterna desde otro Estado Miembro no es suficiente para refutar esa presunción.*”

“En el caso del grupo multinacional de la industria alimentaria, Parmalat SpA y su subsidiaria registrada en Irlanda, Eurofood IFSC Ltd., surgido de la crisis financiera de Parmalat a fines de 2003, la conclusión de los procedimientos fue que la ventilación del procedimiento de Eurofood debería realizarse conforme a la ley irlandesa y no a la italiana.”

Esta información de septiembre de 2007 es contraria a lo que hizo el juez italiano en el 2004, y es una muestra de las interpretaciones diversas a que dan lugar los huecos que tiene la legislación mercantil en general y la de insolvencia en particular, en todos los países.

## La saga de Enron

### *La noticia reciente*

El primero de marzo de 2007 Enron Corporation cambió legalmente de denominación a Enron Creditors Recovery Corporation, pero continuó operando bajo el nombre de Enron Corp. en el procedimiento judicial de insolvencia que solicitó el 2 de diciembre de 2001 en el *Chapter 11* Reorganización.<sup>133</sup> Así dio inicio el procedimiento de quiebra más grande de la historia.<sup>134</sup> De diciembre a junio de 2003, también presentaron solicitud, 143 de sus empresas afiliadas – no todas – para reorganizar sus finanzas bajo vigilancia de un tribunal que detiene un tiempo las acciones y reclamaciones de los acreedores.

El 2 de abril de 2007 Enron Creditors Recovery Corp. anunció su 15ª distribución a sus acreedores garantizados y comunes, y sus compañías afiliadas deudoras, por aproximadamente \$1,869,700,000, en efectivo \$1,698,000,000 y 8.171,979 acciones de

---

<sup>133</sup> El *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* permite la reorganización según leyes de E.U., a las empresas viables que intentan permanecer en los negocios pues gracias a la suspensión de pagos de las deudas, les da tiempo para buscar su curso de recuperación y permite a los directores retener algún control del proceso. Un tribunal supervisa la reorganización de las obligaciones contractuales y de deuda e interviene para que sean aliviadas y la empresa quede en condiciones de reanudar sus operaciones con perspectiva de resultados satisfactorios. Los acreedores suelen recuperar más de sus créditos mediante este *Chapter 11* que con el *Chapter 7* Liquidación.

<sup>134</sup> Hasta esa fecha, porque luego vino la quiebra de WorldCom, la mucho más grande del mundo.

Portland General Electric Company valuadas en \$171,700,000. Desde noviembre de 2004, ha regresado a los acreedores unos \$11,479.000,000 en distribuciones semestrales (abril y octubre) y en distribuciones “catch-up” bimestrales.

Enron está en proceso de liquidación para reconocer los créditos, vender los activos remanentes y continuar los litigios, entre otros, las demandas que presentó con reclamaciones millonarias contra Citigroup y Deutsche Bank AG.<sup>3</sup>

Sí, es Enron, la gigantesca comercializadora de energía; la que durante 6 años consecutivos, de 1996 a 2001, fue declarada por la revista *Fortune* “la empresa más grande innovadora”; la séptima más grande en ingresos de Estados Unidos; la mimada de Wall Street cuyas acciones de US\$1 llegaron a cotizarse en US\$90, aunque luego, en pocos días, se desplomaron a menos de un dólar.

*Lo que se supo en enero de 2002*

Se supo que Enron caía y había empezado la movilización de autoridades públicas, privadas, académicas y de la práctica:

El Departamento de Justicia de E.U. abrió investigación a Enron Corp.,<sup>135</sup> por posibles fraudes, por las empresas de propósito específico cuyas transacciones quedaron fuera del balance general o por posible ocultamiento de información o engaño a los inversionistas.

Cuatro comités del Congreso empezaron a investigar a los dirigentes de la empresa y al despacho de auditores externos Arthur Andersen LLP; los investigadores del Senado pidieron documentos y el representante del despacho declaró que “un número significativo pero indeterminado” de documentos relacionados con Enron, habían sido destruidos.

El Departamento del Trabajo examinó la manera en que Enron había manejado los planes de retiro sus trabajadores y de la Casa Blanca salieron órdenes de revisar las reglas de las pensiones que pudieran poner en riesgo a los trabajadores de otras compañías y a los jubilados.

La *Securities and Exchange Commission* abrió una investigación respecto a las empresas para propósitos específicos del grupo Enron.

Los institutos de la contaduría pública, se activaron para evitar que las empresas se “cayeran y ahogaran en el pozo” de la quiebra después de aplicaciones heterodoxas de las reglas de la profesión. El *Financial Accounting Standards Board* sometió a escrutinio los volúmenes de principios, normas y reglas, de contabilidad y de auditoría para enmendar los susceptibles de ocultar información financiera incómoda.

La reputación de Enron fue de empresa agresiva, innovadora, exitosa y pródiga que sabía generar utilidades y, sobre todo, gastarlas. Fue pródiga en los salarios y gratificaciones a sus empleados aunque, al final, a 20,000 les obstaculizó unos días el vender las acciones de Enron que antes les había dado y en las que habían invertido sus fondos de pensiones. También fue generosa con sus ejecutivos premiándolos con acciones que, en el apogeo de su precio, vendieron en mil millones de dólares. Asimismo se prodigó en contribuciones para campañas y otras actividades políticas, con dinero propio y cooperación de su personal. Gastó en instalaciones impresionantes como la torre

<sup>135</sup> [www.cnn.com/U.S.](http://www.cnn.com/U.S.) del 2 de abril de 2007 y del 13 de enero de 2002, respectivamente.

de cristal de 40 pisos en Houston, indispensables para la imagen que quería proyectar. Adquirió empresas, las vendió, organizó otras 200 y, aunque ganó mucho, perdió más.

### **Hitos del Grupo Enron**

*Cambios en el entorno.* 1984-1985 Nuevos reglamentos permitieron la especialización de las empresas de energía en productoras, comercializadoras o meras transportadoras de gas, y fueron creando un sistema de mercado de precios para el gas natural, con precios *spot* y volatilidad en los de transacción, y luego sistemas de mercado con valores para variadas mercancías.

*Surgimiento 1985-1986.* InterNorth de Nebraska se fusionó con la de menor tamaño Houston Natural Gas dirigida por Keneth Lay y surgió Enron. Cuatro meses después ya la dirigía Keneth Lay y mudó su matriz a Houston, creció como comercializadora y transportadora, operaba gasoductos de 64,000 millas y abastecía gas natural y petróleo a mayoristas.

*Primer problema* 1987. Enron sufrió pérdida de \$85 millones de dólares (MD) que en 1993 reconoció que había sido de \$142 a \$190 MD. Dos ejecutivos se declararon culpables de fraude y datos falsos en devolución de impuestos, y uno fue a prisión.

*Ampliación de giro* 1988. Se amplió con "GasBank" ofreciendo servicios de financiamiento y de administración de riesgo. Intermedia en compraventa al mayoreo de gas natural a precios estipulados y protegía los vaivenes de precios con acuerdos financieros en contratos especiales y de derivados. Su consultor de negocios era McKinsey & Co.

*Mercado de valores* 1990. Fortaleció el mercado de valores de gas natural, negociando futuros y opciones en el NY Mercantil Exchange y mediante instrumentos financieros como las opciones y los *swaps* en su empresa Enron Capital & Trade Resources. Llamó del despacho McKinsey & Co. y contrató a Jeffrey Skilling como 'segundo de a bordo'; y, del medio bancario contrató a Andrew Fastow para encabezar la función financiera.

*Cambios contables* 1991. Adoptó la práctica contable de *mark-to-market*<sup>136</sup> para informar los ingresos y valorar los activos financieros al costo de reemplazo (valuación al precio de mercado justo o conocido).

*Estrategia de crecimiento* 1992. Extender su red de energía en el mundo y: gasoductos de gas y petróleo, electricidad, negociación de valores, servicios financieros y administración de riesgo. El grupo corporativo creció de formas variadas aprovechando las coyunturas; constituyó, adquirió, fusionó y vendió empresas; y también hizo alianzas con empresas externas.

En su expansión internacional, en 1993 empezó a operar la planta de electricidad Teeside en Reino Unido; y, firmó convenio para construir la enorme planta eléctrica de gas Dabhol, en la India, cuya construcción inició en 1995. En 1994 era la más grande comercializadora de electricidad en Estados Unidos y, en 1995, de gas y electricidad en Europa.

En 1996, adquirió en Estados Unidos la Portland General Corp., empresa de electricidad. Su filial Enron Renewable Energy Corp. abasteció energía eléctrica de origen

---

<sup>136</sup> Mark-to-market.

eólico. En 1997 empezó la construcción de otra estación eléctrica, Sutton Bridge, Reino Unido.

*Estrategia de diversificación a partir de 1993.* La CFTC<sup>137</sup>, presidida por la esposa de un senador, promovió y logró reformas que liberaron de supervisión los *swaps* de energía y favorecieron la activación de los mercados de derivados basados en mercancías del giro; luego renunció a su puesto público e ingresó al Consejo de Administración de Enron. Siguieron creándose oportunidades de mercado al liberar la transmisión al mayoreo de corriente eléctrica.

En pleno auge, Enron Energy Services, distribuyó energía eléctrica al mayoreo y servicios de administración de riesgo a usuarios comerciales e industriales; y Northern Natural Gas, el gasoducto de Enron, incrementó la capacidad de contratar la red de transportación a 350,000 millones de pies cúbicos al día. En 1998 hizo su primer trato con General Cable.

En 1999 la Enron Energy Services obtuvo el contrato para abastecer al estadio de béisbol de la ciudad y, por otras razones, el New Houston Astros cambió de nombre a Enron Field.

En realidad, su actividad delirante fue el alza del valor de las acciones en la bolsa. Por ejemplo, invirtió en Rythms Net Connections, proveedora de servicios de la red a suscriptores y las acciones que salieron al público en 21 dólares, se cotizaron a 69 dólares al caer la tarde. En agosto de 2000, las acciones de Enron con valor nominal de un dólar se cotizaron a 90.56 dólares.

*Riesgo y coberturas.* El gas natural no fue la fuente de ingresos que proyectó a Enron, mientras se negoció en el mercado físico *spot* y para entrega inmediata. Su éxito en el entorno de la desregulación y con la volatilidad de precios fue en el mercado de derivados con base en el gas natural. Enron ofreció soluciones de administración de riesgo mediante contratos en que los clientes podrían controlar su riesgo-precio comprando gas a precio fijado el día de la operación y para entrega futura. Y también contratos de opción que daban a los clientes el derecho (pero no la obligación) de comprar o vender gas a precio fijado en el futuro. Los clientes podían obtener información y expresar sus propias expectativas comprando o vendiendo al futuro. Con precios de contado y futuros crearon un mercado más coherente del gas natural que, aunque no eliminaron el riesgo ni la incertidumbre daban oportunidad a los clientes de ajustar sus expectativas y planes, y administrar su riesgo.

Para operar en este mercado de derivados del gas natural, Enron estableció el Gasbank que intermedió las compras, ventas y entregas de gas entrando luego en largo plazo, entrega futura a precio fijo y contratos de administración de riesgo. Enron entró a este mercado por los dos lados, comprando y vendiendo a precio prefijado y flotante y propiciando intercambios. Proporcionó liquidez a ese mercado y derivó ganancias de los diferenciales entre precios de compra y oferta. Creía no estar expuesto a los riesgos de precio buscando posiciones compensatorias en el gran número de contratos que operaban y aprovechando el conocimiento que tenía de la oferta y demanda de gas y de la operación de los gasoductos. La división de Enron Gasbank se volvió Enron Gas Services y después Enron Capital & Trade Resources. Después, sus directivos buscaron repetir la experiencia en otros mercados y, por tanto, usando como base de los negocios

---

<sup>137</sup> Commodity Futures Trading Commission. Comisión para Negociar Futuros con base en Mercaderías.

otras mercancías. Enron entró al mercado de derivados OTC <sup>138</sup> e hizo paquetes de productos y servicios combinando la entrega de combustibles con la administración de riesgo en la volatilidad de los precios. En 1997 negoció su primera operación derivada con base en el clima y luego se puso a negociar operaciones con *commodities* como la hulla, pulpa, papel, plásticos, metales y banda ancha.

*Cambios estructurales desde 1993.* Constituyó la primera empresa de propósito especial <sup>139</sup> del grupo, JEDI, y la alió con el sistema de pensiones CalPERS <sup>140</sup> para hacer inversiones conjuntas en la energía de 1993 a 1997, año en que Enron constituyó la filial Chewco Investments para comprar la parte de CalPERS en su filial JEDI. Inició la práctica viciada de que Chewco fuera manejada por un empleado de Enron, en vez de encargarla a un independiente. Desde 1997, dejó de cumplir requisitos de las empresas para propósitos especiales, afiliadas pero con carácter independiente. Aunque Chewco no cumplió que el 3 por ciento de su capital fuera independiente, mantuvo sus transacciones fuera de la contabilidad y los estados financieros del grupo.

En 1998 mezcló aceite y agua en el sentido de que adquirió Wessex Water en el Reino Unido y constituyó Azurix para manejar todo lo del agua en Europa. Se salió del sector de electricidad residencial de California, después de varios problemas.

En 1999 constituyó Enron Broadband Services para invertir en la banda ancha; Enron Intelligent Network para explotar aplicaciones en Internet; lanzó EnronOnline, como plataforma en la red para transacciones con sus variados *commodities* que a los dos años eran 6,000 diarias. Constituyó las afiliadas LJM1 y LJM2 con su director de finanzas (CFO) Andrew Fastow como socio, conflicto de intereses y uso para ocultar pérdidas y fracasos.

En 2000 lanza EnronCredit.com para compraventa de riesgo de crédito a las empresas para que se protejan en sus transacciones de valores en tiempo real. Crea las cuatro afiliadas Raptor I, Raptor II, etc., para proteger las inversiones de Enron pero terminó ocultando pérdidas en ellas. Celebró convenio de 20 años con Blockbuster para el servicio de video-a-la-demanda a través de Internet; terminó el trato 8 meses después. Lanza la New Power Co. para surtir electricidad a negocios pequeños y residencias.

*El declive, agosto 2000.* Conflictos y pérdidas en la planta Dabhol de la India. Pobres resultados de Azurix, el precio de las acciones de Azurix se desplomó. Enron tuvo problemas enormes en los negocios intensivos de capital y pérdidas en relación con tan grandes inversiones como hizo. Por lo tanto, inició la estrategia de vender los activos internacionales para recoger dinero y encauzarlo a nuevos proyectos. Los ejecutivos de Enron venden sus acciones de Enron obtenidas como bonos y estímulos. De octubre de 1998 a octubre de 2001 30 ejecutivos vendieron 20.7 millones de acciones propias en 1,191 millones de dólares.

Febrero 2001, Kenneth Lay queda sólo como presidente de Enron y designa a Jeff Skilling ejecutivo en jefe (CEO).

---

<sup>138</sup> OTC, *over the counter*, "sobre el mostrador" porque no son negociables en las bolsas de valores.

<sup>139</sup> SPE special purpose entity, afiliada que se crea para una actividad específica y por ello se tenía la expectativa de que representaban riesgo bajo.

<sup>140</sup> CalPERS, California Public Employees' Retirement System, sistema de pensiones de los empleados públicos de California.

Marzo 2001. La revista Fortune deja de alabar a Enron, se pregunta “¿Está Enron sobrevaluado?” y plantea la duda de cómo gana su dinero.

Abril 2001. Los analistas de Wall Street dejan de recomendar a Enron y en entrevista a Skilling uno pide explicación de los estados financieros y le contesta con un insulto. Le empiezan a achacar la crisis eléctrica de mayo 2000 en California.

Agosto 2001. Skilling renuncia y Kenneth Lay reasume como CEO.

Octubre 2001. Enron reporta pérdida de \$638 millones en estados financieros del tercer trimestre. La SEC <sup>141</sup> empieza a investigar las transacciones con partes relacionadas después que Enron corrige sus utilidades de 1997 a 2001 disminuyéndolas en \$586 millones, reporta omisiones de \$1.2 mil millones que disminuyen el capital contable de los accionistas y la carga de la deuda aumenta en \$2.6 mil millones cuando considera las operaciones con las afiliadas SPE que estuvieron fuera del balance general de Enron. Despide a Andrew Fastow, el artífice de las filiales tipo empresas SPE y nombra un comité para que las investigue, mismo que informa en el *Powers Report* de febrero 2002, que hubo algunas deficiencias del Consejo de Administración y del director de Enron. El despacho del auditor externo destruye documentos relacionados en Enron.

Noviembre 2001. A 600 empleados en puestos “críticos” para las operaciones de la empresa, les dan bonos por \$100 millones. Anuncian que el grupo Dynegy comprará Enron pero se echa para atrás. La acción de Enron de un dólar que llegó a cotizarse en más de 90, ahora vale menos de un dólar en el mercado. Despide a 4000 empleados.

Diciembre 2001. Enron Corp. presentó ante el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos en Nueva York, la solicitud de reorganización según el Chapter 11.<sup>142</sup> De entonces hasta junio de 2003 lo hicieron 143 empresas afiliadas. Colectivamente, hicieron la moción de entrar a un orden conjuntamente administrado y consolidado para propósitos administrativos.

A diferencia del *Chapter 7* para la liquidación de la empresa, el *Chapter 11* da a las empresas un periodo de tiempo para reorganizarse y escapar de la bancarrota; les permite reestructurar sus finanzas bajo la vigilancia de un tribunal y detiene las acciones de los acreedores, para buscar un posible arreglo con las deudoras o, en su defecto, desembocar en la liquidación de las empresas. El Chapter 11 da a las solicitantes tiempo para determinar su principal curso de liquidación, permitiendo a los directores retener algún control de dicho proceso. Una vez que la compañía plantee la petición de liquidación bajo el Chapter 7 del Código Federal de Quiebras, un tribunal nombra al síndico para que complete el proceso de liquidación, sin consentimiento de los administradores de la compañía.

Enero 2002. Iniciaron investigaciones penales de lo ocurrido en Enron: el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, el Buró Federal de Investigaciones,<sup>143</sup> el Servicio de Impuestos Internos,<sup>144</sup> la Comisión de Bolsa y Valores,<sup>145</sup> y la Fuerza de Tarea de Fraude Empresarial del Presidente Bush, creada en julio de 2002 para investigar alegatos de fraude y corrupción en empresas de los Estados Unidos.<sup>146</sup>

---

<sup>141</sup> SEC, Security Exchange Commission, Comisión de Intercambio de Valores.

<sup>142</sup> Título 11 del Código Federal de Quiebras de Estados Unidos.

<sup>143</sup> FBI, Federal Bureau of Investigation.

<sup>144</sup> IRS, Internal Revenue Service.

<sup>145</sup> SEC, Securities Exchange Commission.

<sup>146</sup> The President's Corporate Fraud Task Force, a septiembre de 2006, tenía logradadas 1063 condenas; de 167 presidentes y directores generales de empresas y 36 directores financieros.

El once de enero, el Tribunal de Quiebras de Estados Unidos en Nueva York aprobó la oferta de UBS Warburg LLC por el negocio de comercialización de gas natural y electricidad a mayoristas, de Enron Corporation, a cambio de un tercio de las ganancias futuras.<sup>147</sup> Kenneth Lay renunció a sus cargos de presidente y CEO de Enron. Termina la relación con su auditor externo y consultor Arthur Andersen y con sus abogados Vinson & Elkins. El anterior vicepresidente de Enron, Cliff Baxter fue encontrado muerto de un tiro en su auto.

Febrero y marzo 2002. Varios ejecutivos de Enron fueron presentados al Congreso pero en general no testificaron. El auditor externo de Enron, Arthur Andersen, fue acusado de destruir documentos relacionados con Enron y más tarde fue condenado y multado. Su reputación sufrió, trasladaron los negocios a otros despachos, cesó a 7,000 y el nombre desapareció del rol de grandes consultores multinacionales.

Andrew Fastow, ex director de finanzas acusado en 2002 de conspiración, fraude y otros cargos, habló y cooperó con evidencia de los malos manejos. En enero de 2004 se confesó culpable y en 2006 fue sentenciado por dos cargos de conspiración para cometer fraude de valores y fraude telegráfico, a 6 años de prisión y la confiscación de 23.8 millones de dólares. Admitió que: 1) él y otros gerentes superiores de Enron conspiraron para manipular fraudulentamente los resultados financieros informados públicamente; 2) mediante ardid se enriqueció a costa de la empresa y sus accionistas; 3) conspiró con gerentes superiores para las transacciones indebidas con las entidades LJM bajo su control; 4) participó en transacciones de usufructo personal para enriquecimiento propio y de terceros, como la "transacción de Southampton" por la cual Enron adquirió la entidad LJM Swap Sub LP controlada por Fastow, en 30 millones de dólares; 5) violó su deber de lealtad y servicios honestos hacia los accionistas de Enron.<sup>148</sup>

Lea Fastow, extesorera adjunta de Enron y esposa de Andrew Fastow, se declaró culpable de solicitar devoluciones de impuestos improcedentes en relación con las ganancias que la pareja obtuvo de Enron, y fue sentenciada a un año de cárcel, arresto domiciliario y luego libertad condicional.

Kenneth Lay fue acusado y quedó pasmado pues quizá se consideraba en la categoría de los siempre protegidos por los poderosos.

Febrero 19 2004

Jeffrey Skilling (COO, chief executive officer) fue acusado de 30 cargos, entre ellos conspiración, fraude con valores y mal uso de información privilegiada, y condenado a 24 años. Dirigió el esquema complejo que dio a los accionistas y al público inversionista, la falsa apariencia de fuerza financiera y seguridad, cuando Enron ya iba en caída. De 1999 a 2001, engañaron al público inversionista, a la SEC, a las calificadoras del crédito y a otros acerca de las utilidades de Enron. Parecía que Enron seguía creciendo a tasa saludable, predecible y consistente con las expectativas de los analistas, que tenía buen apalancamiento financiero con deudas manejables, que era exitosa y con adecuado flujo de efectivo. Como era muy bien calificada para invertir en ella, el precio de sus acciones subió y subió pero inflado artificialmente. Sentencia máxima probable para Skilling, 325 años en prisión y multas millonarias. Para Causey un máximo de 265 años y multas.

<sup>147</sup> Publicado en Hart's Petroleum Finance Week del lunes 28 de enero de 2002.

<sup>148</sup> [www.usdoj.gov](http://www.usdoj.gov) Página del United States Department of Justice. Departamento de Justicia de Estados Unidos, el 26 septiembre 2006.

La investigación del colapso de Enron la dirigió Enron Task Force, grupo de procuradores federales supervisados por el Justice Department y agentes del FBI y de IRS Criminal Investigations Division, y con apoyo de la Securities and Exchange Commission. Enron Task Force es parte del President Corporate Fraud Task Force, creada en julio 2002 para investigar alegatos de fraude y corrupción en las empresas americanas.

2006. Lay y Skilling fueron sentenciados culpables de conspiración, fraude genérico y otros cargos. Tres meses después, Kenneth Lay murió de ataque al corazón en su casa de campo en Aspen, Colorado. Su condena fue después anulada al considerar el juez que su muerte le había quitado la oportunidad de apelar.

Otros exejecutivos de Enron condenados: Causey, Dispain y Delainey. Richard Causey, exdirector de contabilidad de Enron, fue sentenciado a cinco años y medio por su papel en el fraude masivo, después de que se declaró culpable de hacer estados financieros falsos de Enron y admitió que “se hizo de la vista gorda” respecto a las prácticas contables fraudulentas que ocultaron las agobiantes deudas y la llevaron al colapso.

Causey se declaró culpable de fraude con títulos valor; reconoció haber conspirado con miembros del directorio de Enron para realizar declaraciones falsas y engañosas en las presentaciones de Enron a la Comisión de Títulos y Cambio [Securities & Exchange Commission (SEC)], así como en llamadas con analistas, sobre la situación financiera de Enron, las cuales no reflejaban de manera justa y precisa el desempeño financiero real de la compañía, según era de su conocimiento. Causey también reconoció haber participado con otros miembros del directorio en esfuerzos realizados para utilizar las presentaciones y declaraciones públicas de Enron para engañar al público inversor, al realizar declaraciones falsas y engañosas y omitir hechos sobre la verdadera naturaleza del desempeño de Enron. Como parte del acuerdo, Causey acuerda entregar 1.25 millones de dólares al gobierno y desistir de cualquier reclamo de indemnización diferida a Enron. [www.usoj.gov](http://www.usoj.gov)

Timothy Despain fue sentenciado el 15 de septiembre de 2006 a cuatro años de libertad condicional y multado por 10,000 dólares por un cargo de conspiración para cometer fraude con valores. 3) David Delainey fue sentenciado el 18 de septiembre de 2006 a 30 meses de prisión por un cargo de abuso de información privilegiada. (Página del Departamento de Justicia)

### **Fuerza de Tarea de Fraude Empresarial, del Presidente <sup>149</sup>**

Bajo la autoridad del Fiscal General (Departamento de Estado), se estableció la fuerza de tarea para investigar y someter a proceso los delitos financieros, recuperar los recursos de dichos delitos y asegurar castigo justo y eficaz de los perpetradores. La preside el Subfiscal General y la integran el Asistente del Fiscal General División Criminal, el Asistente del Fiscal General División Impuestos, el Director del FBI, los Fiscales de siete estados, y quien diga al Fiscal General. Se pueden agregar el Secretario del Tesoro y el Presidente de cada Comisión: de Bolsa y Valores (Securities and Exchange Commission), de Comercialización de Futuros sobre Mercancías (Commodities Futures Tra-

---

<sup>149</sup> Decreto del Ejecutivo 13271 del 9 de julio de 2002, Establecimiento de la Corporate Fraud Task Force. dependiendo del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

ding Commission), Federal Reguladora de Energía (Federal Energy Regulatory Commission) y Federal de Comunicaciones (Federal Communications Commission).

### *Funciones*

1) Dar dirección a la investigación y prosecución de los casos de fraude con valores, fraude por correo y telégrafo, lavado de dinero, fraude de impuestos basado en dichos delitos, y otros delitos financieros cometidos por las entidades comerciales y los delitos financieros relacionados que cometan las entidades comerciales y los directores, ejecutivos, consultores profesionales, y empleados. Además,

2) Hacer recomendaciones al Presidente, a través del Fiscal General respecto a: a) la asignación de recursos para investigar los casos, recuperar los recursos y castigar a los culpables en los casos notables; b) acciones para mejorar la colaboración entre las dependencias federales, entre las federales, estatales y locales; cambios en las reglas, reglamentos o políticas para mejorar la investigación eficaz y el castigo de los crímenes financieros; y recomendaciones al Congreso respecto a las medidas que el Presidente pueda juzgar necesarias con respecto a los casos notables.

### *Antecedentes*

Julio 9 2002. Se anunció que el Presidente tuvo la iniciativa de crear la Fuerza de Tarea de Fraude Corporativo que se ocupe de la responsabilidad en las empresas y ayude a determinar los delitos en las corporaciones que tendrán penas de cárcel para los individuos y entidades que violen la confianza pública, minen el sistema de libre empresa y pongan en riesgo las pensiones de los trabajadores.

Julio 22 de 2002. El Departamento de Justicia exigió un Examinador independiente en el procedimiento de quiebra de WorldCom, el más grande de la historia, para dar transparencia al proceso y resaltar la responsabilidad, aumentar la confianza del público, preservar el valor de la masa y proteger a los acreedores y accionistas, y a los trabajadores cuyos fondos de pensión estén invertidos en acciones de WorldCom.

Julio 24 de 2002. El subfiscal general anunció que cinco exejecutivos de Adelphia Communications fueron arrestados por los cargos de fraudes con valores, telegráfico y bancario con motivo del proceso de quiebra ante el Southern District de Nueva York y la investigación del Fiscal General y del Servicio de Inspección Postal de Estados Unidos.

Se trata de: John Rigas, fundador, presidente del consejo de administración y Director General de Adelphia; Timothy Rigas vicepresidente ejecutivo, director de Finanzas, de Contabilidad y Tesorero; a su hijo John Rigas y a su hermano Michael Rigas, vicepresidente ejecutivo de operaciones, secretario y miembro del consejo de administración de Adelphia; James Brown, vicepresidente de finanzas donde preparaban los estados financieros; y, Michael Mulcahy, director de reportes internos, supervisor de los flujos de efectivo y registro de los gastos del grupo de empresas y de la familia Rigas.

Malintencionadamente proporcionaban información falsa a los inversionistas y “estados financieros maquillados” al público para mantener elevado el precio de las acciones. Adelphia creció mucho gracias a la estrategia agresiva de adquisiciones en los años 1990. Desde 1999 el grupo obtuvo préstamos de \$2.28 mil millones que ocultaron al público y a la SEC. Falsearon los resultados de operación creando honorarios de administración de millones, transacciones con afiliadas e inexistentes suscriptores de

cable e Internet. Fraude enorme con valores, engaño a bancos y daño a los accionistas mediante variadas trampas y registro contable heterodoxo.

### *Resultados al quinquenio*

El informe que presentó la Fuerza de Tarea de Fraude Empresarial con motivo de su quinto aniversario da un panorama de lo acontecido en los casos más sonados en que intervino, y los resultados que obtuvo para restaurar la confianza del público e inversionistas en las empresas combatiendo los delitos financieros y vigilando el castigo de quienes faltaron. De julio de 2002 a julio de 2007, fueron 1,236 casos con convictos y la gama de delitos fue: engaños en la contabilidad, fraude con valores, aprovechamiento de información privilegiada, manipulación de mercados, fraude telegráfico, obstrucción de la justicia, estados financieros falsos, lavado de dinero, violaciones a prácticas empresariales en el extranjero, retroacción de fechas en opción de acciones, conspiración, etc.

*Los 23 casos que incluye el informe, son:*<sup>150</sup>

**Enron Corporation:** Fueron acusados 36; de los cuales 27 ejecutivos de la empresa y, de los cuales 18 resultaron culpables.

**Enterasys Network Systems, Inc.** Ocho ejecutivos, comprendidos el presidente y el CEO, se declararon o resultaron culpables de inflar artificialmente las utilidades para aumentar o mantener el precio de mercado de las acciones con pérdidas para los accionistas de \$1.3 mil millones.

**Qwest Communications International, Inc.** El CEO fue condenado por mal uso de información privilegiada acerca de la situación financiera, en su venta de \$100 millones de acciones de la empresa. El Director Financiero también culpable.

**AEP Energy Services, Inc.** Subsidiaria de propiedad total de American Electric Power, Inc., entró en convenio de prosecución diferida en el mercado de gas natural y mediante manipulaciones y falsos reportes financieros alteraron los índices del mercado. Pagaron multa de \$30 millones y \$21 millones a la Federal Energy Regulatory Commission.

**PNC ICLC Corporation.** Los ejecutivos de esta subsidiaria de PNC Financial Services Group, Inc. el banco tenedor de acciones/controlador más grande, fueron acusados de conspiración para violar las leyes de valores, por transferencia fraudulenta de \$762 millones en préstamos difíciles e inversiones de capital desde la PNC ICLC a entidades fuera del balance general.

**Cendant Corp.** El presidente y vicepresidente del grupo fueron sentenciados a 12 ½ y 10 años respectivamente por conspiración y fraude con valores por el esquema inadecuado de contabilidad durante 10 años y pérdida de capitalización de mercado de \$14 mil millones en un día. Fueron condenados a restituir \$3.2 mil millones.

**Mercury Finance Company.** Sus altos ejecutivos fueron condenados por esquema fraudulento de contabilidad para inflar los ingresos y bajar el valor de las tratadas y los cargos tramposos. La capitalización de mercado disminuyó \$2 mil millones en un día al publicar el fraude. El CEO, el tesorero y el contador se declararon culpables y tuvieron condenas de 10 años, 20 meses y 12 meses. El Director de Finanzas admitió la culpa pero murió antes de recibir sentencia.

---

<sup>150</sup> Información obtenida de la página del Departamento de Justicia de Estados Unidos [www.usdoj.gov](http://www.usdoj.gov)

**Hollinger International, Inc.** Cuatro ejecutivos de esta controladora de periódicos, incluidos CEO, COO, CFO, vicepresidente ejecutivo y el consultor fueron culpables de cargos de un esquema para defraudar a la empresa malversando fondos con convenios de no competir como parte de la venta de los grupos de periódicos.

**Homestore.com, Inc.** Once ejecutivos y empleados de esta empresa de Internet fueron condenados por el complejo esquema contable para inflar los ingresos. La empresa se auto pagó millones de dólares en fingidos "tratos de ida y vuelta" para lograr las expectativas trimestrales de ingresos. Sentencia de 15 años al CEO y \$13 millones de multa y restitución.

**Adelphia Communications Corp.** CEO and CFO fueron condenados por fraude dada su participación en complejo fraude en los estados financieros y esquema de desfallo contra los acreedores y los accionistas, a 15 y 20 años de prisión.

**WorldCom.** El CEO fue condenado por conspiración, fraude de valores y presentar estados financieros falsos a la SEC, y sentenciado a 25 años de cárcel.

**Refco.** Empresa de corretaje de mercancías, cuyo CEO, CFO y propietario de la mitad de la empresa, fueron condenados por el esquema para ocultar pérdidas masivas y sostener el valor de la empresa. El daño al público inversionista fue de \$2 mil millones.

**Impath, Inc.** El presidente y COO de esta empresa de biotecnología fue condenado por el fraude en la contabilidad que causó declinación de la capitalización de la empresa en el mercado de \$260 millones. Sentenciado a 42 meses de prisión y pago de \$50 millones en restitución y \$1.2 millones de pérdida.

**Monster Worldwide, Inc.** El consultor general de servicios de reclutamiento se confesó culpable del esquema para retrotraer fraudulentamente la fecha de las opciones y acciones de empleados, aparentando que habían sido negociadas en fechas en que el precio de las acciones de la Monster había sido bajo.

**Imclone Systems, Inc.** El CEO fue acusado de conspiración y obstrucción a las investigaciones federales sobre los manejos de valores. Se declaró culpable de mal uso de información privilegiada y fue sentenciado a 7 años.

**Bayou Hedge Funds.** Tres principales se declararon culpables de fraude y conspiración para la substancial y prolongada presentación incorrecta del valor de los activos y de los fondos, habiéndoles confiado los inversionistas \$450 millones.

**Prudential Securities.** Tres de la oficina de Boston se declararon culpables de un convenio de prosecución diferida. Pagó \$600 millones en penalización y restitución en conexión con un esquema de "market timing". Empleando depósitos de entrada-y-salida, y retiros de fondos mutualistas, incrementó las ganancias de los inversionistas, siguiendo el alza y la baja de los mercados extranjeros con horario varias horas adelante de los mercados americanos.

**Network Associates Inc.** El CFO fue condenado por fraude en valores y otros cargos, refrenando un esquema de reconocimiento de ingresos que los sobrevaluó en más de \$470 millones. .

**DVI.** El CFO de esta compañía financiera de actividades médicas, fue sentenciado a 30 meses de cárcel por defraudación a las empresas y bancos DVI de \$50 millones mediante el uso de libros de contabilidad apócrifos y el doble juego de activos.

**Beacon Rock Capital.** Primer delito de prosecución de un esquema de tiempos del mercado (timing scheme) con fondo de cobertura. Los de la empresa y su corredor de valores se confesaron culpables de defraudar los fondos mutualistas y a sus accionistas por \$2.4 millones. Utilizaron múltiples nombres y números de cuenta, y operaciones estructuradas para evitar que los detectaran e hicieron falsas declaraciones a los fondos mutualistas al dar órdenes a los negociadores, respecto al momento del mercado.

**Comverse Technology, Inc.** El CFO se declaró culpable de fraude por la retroacción de fechas de las concesiones de opción y por otorgar concesiones de opción a empleados ficticios, de 1998 a 2006. El consultor general también fue condenado por participar en el esquema de retroacción de la fecha. El CEO fue detenido en Namibia y se solicitó su extradición.

**Dynegy.** Tres ejecutivos de esta empresa de energía fueron condenados por idear y mantener un esquema de contabilidad que registro los avances de \$300 millones de préstamos, como ingresos de las operaciones en vez de cómo deuda.

**El Paso Corporation.** Cuatro negociadores de esta empresa de energía y seis de su subsidiaria Merchant Energy, fueron condenados por registro inadecuado e información falsa para reportar operaciones con gas natural.

### Explicación contable y revelación financiera

Según trascendió, los problemas contables y de revelación en los estados financieros de Enron, no estuvieron en sus operaciones de transportación y distribución de energéticos ni en sus transacciones con derivados, sino en las realizadas con sus partes relacionadas o empresas dentro del gran grupo, particularmente con las entidades para propósitos específicos (SPE).

“Conforme se han ido aclarando los escándalos contables, “el problema es con la aplicación de las normas, no con las normas mismas, pues aun las mejores resultan ineficaces si los auditores no verifican y dan testimonio de que las empresas las aplican correctamente.”<sup>151</sup>

SPE es una entidad económica creada para realizar un propósito específico, actividad preestablecida o serie de transacciones directamente relacionadas con dicho propósito, el cual debe ser válido en los negocios como, por ejemplo: aislar activos de las actividades para proteger los intereses de acreedores, o para asignar el riesgo entre los participantes, etc. La SPE se maneja como inversión y sus estados financieros deben consolidarse con los de su controladora, a menos que: a) un independiente con respecto al grupo de empresas, invierta en capital de riesgo por lo menos el 3 por ciento de los activos, durante toda la vida de la SPE; y b) ejerza el control de la SPE.

Los principales trucos con la contabilidad o interpretaciones heterodoxas de las reglas, se describen a continuación.<sup>152</sup>

#### *Reconocimiento de ingresos*

---

<sup>151</sup> Brazelton J y Ammons J, *Enron and Beyond*, página 101.

<sup>152</sup> Brazelton J. y Ammons J. *Enron and Beyond*, páginas 100 a 121

La contabilidad financiera sigue la base de valores devengados: las ganancias se registran conforme vayan siendo ganadas en el transcurso del tiempo. Sin embargo, Enron dio el aval de un préstamo a una de sus SPE a cambio de \$10 millones de honorarios. En vez de irlos registrando como ganados a lo largo del plazo del contrato, los consideró "honorarios por reestructuración de deuda" y los aplicó a resultados en un solo asiento.

Enron y Jedi (su afiliada tipo SPE) convinieron que ésta le pagaría honorarios anuales por administración pero en vez del registro mensual durante todo el año, en el tercer mes Enron lo consideró "pago exigido" y lo abonó completo a resultados. No hubiera tenido repercusión si al cierre del ejercicio se hubieran consolidado los respectivos estados financieros compensándose los saldos entre partes relacionadas, pues Jedi no tenía el 3 por ciento de capital de riesgo proveniente de un inversionista independiente. Pero no se hizo.

#### *Reconocimiento de ganancias*

La empresa no debe registrar la apreciación de sus propias acciones como ganancia, sino hasta hacerla efectiva al venderlas por encima de su valor nominal. Enron le vendió acciones a una de sus SPE al valor de mercado (más alto que el nominal) y registró la diferencia como utilidad. Enron registró algunas SPE como inversión por el 'método del capital contable' que le permitió registrar su participación en los resultados de la SPE, por lo cual, logró registrar indirectamente los millones de apreciación de sus propias acciones. El auditor externo opinó que ni las ganancias ni las pérdidas de las acciones de Enron que poseía su SPE, deberían ya ser registradas en el estado de resultados de Enron, lo cual resultó muy conveniente un año después que las acciones bajaron de valor y las utilidades quedaron infladas por atender la indicación del auditor externo de ya no registrar los cambios en el valor de las acciones. Empresa y auditor omitieron aplicar retroactivamente la decisión y cancelar todas las ganancias implícitas en haber registrado las acciones a su valor de mercado.

Las afiliadas SPE que no tuvieran un inversionista independiente con aportación del 3 por ciento de su capital de riesgo y que la controlara, tenían que haber sido consolidadas con los ingresos y costos de Enron, con lo cual las transacciones entre ellas se habrían eliminado, neutralizado los efectos en los resultados y presentado al público cifras consolidadas correctas.

Enron constituyó la SPE Braveheart para registrar ingresos por el contrato que celebró con Blockbuster para distribuir cine por la red y que fracasó seis meses después. Para capitalizar su SPE, obtuvo \$116 de fondos garantizados del banco canadiense CIBC y \$9 millones de dos entidades supuestamente independientes para el 3 por ciento de capital de riesgo; y luego le vendió el supuesto negocio con Blockbuster en el valor estimado de \$126 millones, menos los costos que le aplicó, dieron en libros \$111 millones de utilidad ficción.

#### *Compensación de pérdidas*

Las normas requerían que las inversiones en acciones de otras empresas se "marcaran" al valor justo o de mercado, con las pérdidas y ganancias no realizadas debidamente reconocidas antes de determinar la utilidad neta. Enron vendió acciones suyas a una SPE, la cual vendió a Enron opciones en inversiones con riesgo de declinación. La pérdida en las inversiones fue compensada con las ganancias de las opciones. La SPE

pagó por su obligación en las opciones con las acciones de Enron; con lo cual, Enron trasladó sus pérdidas reales a la SPE.

De nuevo, dicha SPE carecía del inversionista independiente que hubiera aportado el 3 por ciento de capital de riesgo porque no habían podido encontrar a alguien dispuesto. El Director de Finanzas arregló todo para que los inversionistas de la SPE recuperaran su inversión original más ganancia sustanciosa antes de que la SPE entrara en transacciones de cobertura. Las pérdidas y las ganancias de la SPE debían quedar consolidadas antes que las transacciones ínter empresas hubieran sido eliminadas como si nunca existieran. La pérdida en las inversiones no fue compensada ni la SPE consolidada con Enron.

### *Ingeniería financiera con afiliadas*

Enron constituyó más de doscientas afiliadas del tipo SPE, esto es, para propósitos especiales, y las denominó en series para más fácil identificación y evocación. De la serie de la guerra de las galaxias fueron JEDI, CHEWCO; de la serie de aves fueron Whiting, Raptor; de la serie de iniciales familiares fueron LJM1, LJM2, etc.; y fueron domiciliadas en distintos lugares, incluidas las Islas Cayman.

Con las afiliadas realizó variedad de transacciones como la compraventa de activos. Les vendió activos para sacarlos de sus libros antes del cierre del ejercicio y se los recompró después del cierre del ejercicio. También ocultó pérdidas, pasivos y malas noticias en sus muchas afiliadas SPE. Su cultura intensa de negociaciones y de hacer tratos, encontró en la contabilidad de las SPE la herramienta idónea para la ingeniería financiera 'al gusto', generando ganancias cuando se necesitaban y ocultando activos que se volvían engorrosos. Sacaron jugo de las afiliadas SPE como herramientas de ingeniería financiera para la manipular registros e informes financieros.

La ingeniería financiera puede dar a los grupos de empresas, estructuras *ad hoc* para sus propósitos de crecimiento y globalización y para que vayan alcanzando sus propias metas y contribuyan a las del grupo. Pero también tientan a los gerentes poco escrupulosos a manipular las utilidades y, consecuentemente, elevar sin sustentación el valor de mercado de las acciones. Las estructuras financieras complejas deben contar con la aprobación explícita en actas, del consejo de administración.

Al parecer, la ingeniería financiera y sus ingenios despiertan el ingenio de los débiles morales hacia los artificios que muestran ganancias engañosas, los aficionan a la turbiedad de las acciones y de sus consecuencias, y a la manipulación que aparenta complejidad en lo que realmente es enredo de intereses personales. La falta de transparencia en que caen estas acciones, dan la oportunidad de ocultar a los inversionistas, pasivos desmesurados y utilidades precarias.

Desde luego, es difícil engañar a los inversionistas despiertos, que aprenden su mercado de valores, que dominan el análisis financiero, que son suspicaces ante la desmesura en el crecimiento de utilidades y flujos de dinero, y que toman con reserva las recomendaciones de las casas calificadoras de valores y de los agentes de bolsa e inversiones, pues saben que no son neutrales sino partes tan profundamente interesadas que sus ingresos dependen de cada compra de valores que les haga.

El inversionista típico no es así, sino un ser humano que tiende a confiar y prefiere considerar honestos y conocedores a los profesionales del mercado de valores. El problema no está en los inversionistas y menos en los inversionistas en pequeño, sino en los trastocados valores de los actores del mercado de valores, que tienen a la competitividad por el dinero y todo lo que puede adquirir, como prioridad indiscutible.

Existen varios tipos de control para evitar los desaguisados de las quiebras resultantes del engaño, específicamente cuatro tipos de control: 1) el control de tipo policíaco a base de espionaje, sospecha y vigilancia personal y directa, con castigos para quienes sean descubiertos en falta; 2) el control burocrático a base de reglas y órdenes dictadas del superior al subordinado; e informes verbales y reportes escritos del subordinado al superior, acerca de todo lo que hace, cómo lo hace, por qué lo hace, quién está enterado, etc., que sobrecarga el trabajo de las personas y en donde se premia con la conservación del puesto, el apego a los procedimientos, a la autoridad y al superior; 3) el control a base de metas y estándares, más técnicamente ejercido a base de diálogo entre superior y subordinados y de estados comparativos y estudios estadísticos, que premia a quienes mejor realizan y obtienen los resultados esperados y prefijados; y, por último, 4) el control por vocación, el control que practican las personas honorables y respetuosas del derecho ajeno que pueden enseñar los superiores a los subordinados, mejor llamado el autocontrol de los dignos que encuentran su premio en la satisfacción de hacer lo mejor que pueden para contribuir a los buenos propósitos, de quienes consideran más importante llevar la frente en alto aunque sea a pie, que no en automóvil ni avión ni yate malhabidos, o bienhabidos pero en detrimento de alguien más.

En lo contable, existen reglas para registrar las transacciones; en lo administrativo existen procedimientos de control, en lo auditable existen técnicas y pruebas para juzgar la razonabilidad, pero son limitados para monitorear y revelar el desempeño de los astutos en ocultar deuda, enmascarar activos y registrar en libros ganancias todavía no realizadas, sobre todo en casos de complicidad. Las reglas de contabilidad, las técnicas de control y las habilidades de análisis financiero, son eficaces cuando se trata de personas con autocontrol, precisamente el descrito en el inciso 4)

Tabla 18

Resumen de técnicas contables y de presentación en los estados financieros para engañar	
Transacciones de ida y vuelta, y de lavado	Son aquellas sin contraparte real. Enron hizo varios negocios consigo misma, para inflar sus utilidades y el valor de sus activos, sin generar beneficios económicos tangibles.
Contabilidad de marcar-al-mercado	Enron aplicó inadecuadamente el útil y bien aceptado principio de hacer ciertas transacciones de energía abierta a sus valores de mercado corrientes para crear falsos resultados contables y reflejar utilidades.
Registro de utilidades sin flujo de efectivo	Reconocimiento de utilidades.- Registró en libros la utilidad de las negociaciones al cerrar los tratos, en vez de esperar a que las utilidades calculadas y provocadas se convirtieran en reales.
Entidades para propósitos especiales (SPE)	Entidades para propósitos especiales.- Enron utilizó ciertas entidades para propósitos especiales, impropiedades para facilitar negociaciones impropias de lavado y contabilidad de "marcar-al-mercado". Parece que usó estos tipos de estructuras en fuera de sus actividades de energía para ocultar parte de su endeudamiento, inflar los valores de los activos y las utilidades y mejorar las cifras de su balance. Establecidas para celebrar transacciones con Enron. A continuación se explican las transacciones de derivados, las otras (como ocultamiento de pérdidas y pseudoprotección de riesgos), y la venta de activos.
Transacciones con derivados con sus SPE. Utilidades sin flujo de efectivo.	Enron hace una transacción con derivados del clima a 2 años, fija el precio y lo registra en su contabilidad y en la de la filial SPE. Como la operación no es líquida, no es fácil detectar la ficción del valor de mercado asignado, y menos si fue la única de su tipo, porque no hubo marco de referencia y querer creer que sea correcto. Luego no consolida para que no se compensen los saldos y se pierdan los efectos de las utilidades creadas.
Elaboración propia.	

### La auditoría del grupo Enron

Los estados financieros del grupo Enron fueron auditados, las auditorías fueron realizadas de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas<sup>153</sup> y los auditores dieron constancia de que los estados financieros fueron presentados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y ofrecían revelación adecuada.

Los papeles de trabajo de la auditoría son huella y testimonio de las revisiones del auditor, del cuidado puesto en ellas, de posibles desacuerdos entre los revisores y de sus opiniones acerca del riesgo de incorrecta revelación debida a fraude; y, debe conservarlos el tiempo suficiente para satisfacer requisitos e investigaciones legales. El Grupo de Normas Profesionales del despacho Andersen se defendió diciendo que envió correo electrónico al socio responsable de la auditoría de Enron, con su desacuerdo respecto a "la propiedad de ciertas prácticas contables seguidas por Enron para ciertas entidades de propósito especial (SPE)," a pesar de lo cual, el despacho emitió su dictamen sin salvedad ni advertencia. Luego el despacho destruyó papeles relacionados con Enron y su abogado que envió a sus auditores el recordatorio de la política de

<sup>153</sup> GAAS Generally Accepted Auditing Standards establecidas por el Consejo de Normas de Auditoría del Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados, y GAAP Generally Accepted Auditing Principles, vigentes en esa época, pues en la actualidad mucho ha cambiado.

hacerlo, se confesó culpable de ‘destruir documentos para impedir una investigación oficial.’

Las transacciones con partes relacionadas deben ser reveladas en las notas de los estados financieros que se auditen. Pero no en los de Enron cuyos asientos de contabilidad diseñó “para lograr resultados favorables en los estados financieros y no objetivos económicos de *bona fide* ni para transferir riesgo... Enron podía haber mantenido los activos y las deudas fuera de su balance general, pero no siguió todas las reglas y terminó ocultando pérdidas”. Hizo ventas de activos a partes relacionadas y transacciones de cobertura de riesgo que inflaron las utilidades, pero “las revelaciones fueron obtusas, no comunicaron la esencia de las transacciones completa ni claramente, ni transmitieron la sustancia de lo que estaba pasando entre Enron y sus afiliadas.”<sup>154</sup>

En Enron había comité de auditoría acerca del cual se plantearon dudas durante la investigación: falló en el ejercicio de sus deberes de supervisión; dudosa independencia financiera de sus miembros con respecto a la empresa; y, su falta comprensión de las tácticas complejas fuera del balance general de Enron. En cuanto al auditor externo, “no cumplió con su responsabilidad profesional en conexión con sus auditorías de los estados financieros de Enron; ni con su obligación de llamar la atención del Consejo de Administración ni del Comité de Auditoría, sobre las preocupaciones de los controles internos en las transacciones con partes relacionadas.”<sup>155</sup>

Hay la obligación de informar a la SEC, acerca de las empresas que cotizan en bolsa: el acto ilegal que tenga efecto importante en los estados financieros, al cual los altos directivos ni el consejo de administración pongan remedio, y haga que se aparten de las normas de auditoría o debiliten el compromiso. En breve, el auditor está obligado a identificar las transacciones con partes relacionadas, importantes, y cuidar que las revelen en los estados financieros

El otro tema de la auditoría, la independencia como habilidad de mantener actitud mental objetiva e imparcial para opinar sobre los estados financieros, hubo el problema de los elevadísimos honorarios anuales e iguales que pagaba Enron a su auditor externo por servicios de auditoría y de consultoría.

### **Enmiendas legales y prácticas**

La consecuencia prevista de los problemas con los grupos de empresas, son nuevas disposiciones legales, nuevos organismos reguladores, nuevos nombres, etc. En julio 30 de 2002 se dio carácter de ley a la Sarbanes-Oxley Act y crearon el Public Company Accounting Oversight Board como agencia de contabilidad independiente para supervisar a los despachos de auditores, y ser supervisada por la SEC y financiada con honorarios que cobran a las empresas cotizadas en bolsa que contratan los servicios obligatorios del auditor externo.

En 1978, a consecuencia de varios escándalos en Estados Unidos por los pagos ilegales de empresas americanas para obtener contratos en el extranjero, el presidente de la SEC, Harold Williams, narró en su discurso-exhortación una obra de teatro en tres actos. En el primero, hay escándalos y abusos y el público empieza a pensar que el gobierno debería hacer algo. En el segundo, siguen los escándalos empresariales y el

---

<sup>154</sup> Brazelton J y Ammons J., *Enron and Beyond* páginas 130 y 131.

<sup>155</sup> Report of Investigation by the Special Investigative Committee, febrero 2002 citado por Brazelton / Ammons.

Congreso muestra interés. En el tercero el desenlace es la expedición de la ley para meter al orden a los administradores de empresas. ¿Cuál es el título de la obra? Williams dijo que era “Ley Federal de los Negocios”, pero en 2002 se supo que era Sarbanes-Oxley Act.

“La separación de la propiedad y del control produce una condición donde los intereses de los propietarios y de los gerentes se volvieron divergentes.” Surge el concepto de gobierno corporativo que es la relación de la empresa con una sola de sus fuerzas constitutivas, los accionistas a fin de refrenar que los gerentes eludan sus responsabilidades, caigan en cálculos erróneos o juicios equivocados, o persigan intereses personales a costa de los accionistas.

“La corporación pública grande y su integración en grupos de empresas, se convirtió en el siglo XX, en la institución dominante del mundo moderno. Conforme la riqueza de innumerables individuos fue concentrada en enormes agregados, el control sobre esa riqueza cambio de las manos de los propietarios a las de los administradores profesionales, capaces de dar dirección a las nuevas empresas grupales...Sin embargo, la separación de la propiedad y del control es un arma de doble filo; pues por un lado la administración profesional da lugar al crecimiento de las empresas pero requiere ser vigilada.”<sup>156</sup>

### **Gobierno corporativo, Sarbanes-Oxley Act**

---

<sup>156</sup> Culp y Niskanen, Art de Hans y Kramer, página 55.

Tabla 19

GOBIERNO CORPORATIVO DESPUÉS DE 2000

<p>Origen del tema</p>	<p>La separación extrema entre la propiedad de las empresas por parte de sus accionistas y el control de las mismas por parte de sus administradores, ha llevado a una estructura de control ineficaz según dos síntomas: el impacto de deterioro en los accionistas y acreedores y demás compradores de los valores que emitieron; y, el temor e inseguridad en el mercado de valores.</p> <p>Los administradores abusivos y sin control, provocaron escándalos por la forma de administrar las corporaciones y correcciones a sus estados financieros publicados, en detrimento de los accionistas y de terceros, que: Implican sumas enormes de dinero; impactan a las empresas en distintos giros y países; y, perjudican directamente a terceros e indirectamente a las empresas de buena fe.</p>
<p>Consecuencias</p>	<p>La reacción de los legisladores, en la forma de nuevo marco legal para las empresas en E.U., promulgó en 2002 la Sarbanes-Oxley Act con el fin de “proteger a los inversionistas mejorando la precisión y confiabilidad de las revelaciones acerca de las corporaciones...”</p> <p>Las leyes más importantes sobre mercados de valores y protección a los compradores son dos: la que creó la Securities and Exchange Commission (SEC) en 1930, después del “crack” tremendo, para regular a las empresas de suscripción pública registradas en las bolsas de valores de E.U.; y la Sarbanes-Oxley Act en 2002.</p>
<p>Sarbanes-Oxley Act 2002, promulgada el 31 de enero 2002 y que enmienda la Securities Exchange Act (Ley de la Bolsa de Valores) de 1934</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>I. Public Company Accountig Oversight Board (Consejo Supervisor de la Contabilidad de Empresas de Suscripción Pública)</li> <li>II. Independencia del auditor</li> <li>III. Responsabilidad corporativa</li> <li>IV. Mejores revelaciones financieras</li> <li>V. Conflictos de intereses de los analistas</li> <li>VI. Recursos y autoridad de la Comisión y Bolsa de Valores</li> <li>VII. Estudios e informes</li> <li>VIII. Responsabilidad del delito de fraude y corporativo</li> <li>IX. Agravación de las penas por delitos “de cuello blanco”</li> <li>X. Devoluciones de impuestos a las empresas</li> <li>XI. Responsabilidad y fraude corporativo</li> </ol>
<p>Elaboración propia con base en el texto de esta ley (Act)</p>	

Tabla 20

Contenido de la Sarbanes-Oxley Act	
Gobierno corporativo y responsabilidad	<p>Guía para la membresía y actividades del Comité de Auditoría.</p> <p>Procedimientos para denunciar y protección</p> <p>Certificación trimestral y anual del CEO, CFO de todos los informes y estados financieros.</p> <p>Reglas para tratos de los enterados</p> <p>Delito de cambiar, ocultar o destruir información con la intención de esconder o desfigurar esa información en un procedimiento oficial</p>
Reglas para los auditores externos y su supervisión	<p>Nuevo ente público supervisor: Consejo Supervisor de la Contabilidad de Compañías Públicas (PCAOB).</p> <p>Registro obligatorio de las firmas de auditores externos.</p> <p>Normas para las firmas de auditores externos: auditoría, control de calidad, ética e independencia.</p> <p>Inspección de que los auditores externos cumplan la ley SOA.</p> <p>Auditores externos, deben evaluar e informar el control interno de sus auditadas.</p>
Terceros	<p>Reglas para que los abogados informen evidencia de violaciones materiales a la ley de valores y responsabilidad fiduciaria al CEO y comité de auditoría.</p> <p>Exige revelación de cualquier conflicto potencial de intereses cuando el analista recomienda los valores emitidos.</p>
Elaboración propia con base en el texto de la ley (Act)	

SARBANES-OAXLEY, TÍTULO IV. MEJORES REVELACIONES FINANCIERAS

Medios de revelación	<p>Los estados financieros. Las notas de los estados financieros.</p> <p>1) Una firma de auditores externos que evalúe el control interno de la empresa</p> <p>2) Los administradores de la empresa que revelen los resultados de la valuación del control interno y certifiquen que no han hecho declaraciones falsas ni engañosas.</p>
Actuantes	<p>La SOA exige que los administradores de la empresa realicen la valuación anual del control interno e informen sobre la eficacia y la precisión de los balances e información que publiquen. Señala los requisitos de la valuación y que los administradores certifiquen su propia conducta.</p> <p>1950 Norma de ejecución del trabajo de auditoría externa (para dictaminar los estados financieros): <i>Estudio y evaluación del control interno</i> de los Institutos de Contadores Públicos (ICP)</p>
Antes de la ley SOA 2002: Reglas y esquemas del control interno	<p>Normas de información del trabajo de auditoría en boletines específicos de los ICP: <i>Estudio y Evaluación del Control Interno</i> (número 3050), <i>Evidencia Comprobatoria</i> (número 3060), <i>Consideraciones sobre Fraude que Deben Hacerse en una Auditoría de Estados Financieros</i> (número 3070), <i>Opinión sobre el Control Interno Contable</i> (número 4100), etc.</p> <p>1985 Treadway Commission integrada para estudiar los factores que llevan a informar mediante estados financieros fraudulentos. Publicó en 1987 el <i>Integrated Framework for Internal Control</i> (Estructura integrada para Control Interno).</p>
Conclusión en el caso de Enron y demás quiebras fraudulentas.	<p>Toda la mencionada literatura contenida en manuales de cientos de páginas que emiten los mencionados Institutos y en E.U. el FASB, no impidieron los fraudes y disimulos contables de los grandes grupos de empresas que han quebrado de 1972 a 2002 en el mundo, con estados financieros multimillonarios auditados por contadores independientes y con dictamen limpio:</p> <p>En Estados Unidos: JP/US – DAIWA, WorldCom, Enron; en Italia, Parmalat; en HK, Jardine Fleming; En Australia, National Australia Bank, en UK Barings y BCCI, en Francia Crédit Lyonnais, etc.).</p> <p>El análisis histórico comparado nos permite concluir que los Estados Financieros de los grupos de empresas implican riesgos y que el lector externo puede llegar a conclusiones incorrectas de las operaciones y resultados.</p>
Recomendación	<p>Sería más útil para los inversionistas e interesados externos en los estados financieros de los grupos de empresas, que el dictamen del auditor externo consistiera en la actual Carta de Declaraciones de la Administración (que obtiene sólo para incorporarla a sus papeles de trabajo como resguardo de acuerdo con lo prescrito en el Boletín de los ICP: <i>Declaraciones de la administración</i>, número 3080), y respecto de la cual el auditor externo estableciera dos zonas de riesgo: a) La de bajo riesgo consistente en las declaraciones de los administradores que revisó y de las cuales se constituye en co responsable; y, b) la zona de alto riesgo que serían las declaraciones de los administradores que no revisó porque no estuvieron en alcance de su auditoría y, por tanto, los lectores externos sabrían que dependen exclusivamente de los administradores, su ética, sentido de responsabilidad, etc. y si las creen tendrían conciencia de que sería bajo su riesgo.</p>

Elaboración propia.

Tabla 22

**SARBANES-OXLEY ACT DE 2002**

Promulgada el 31 de enero 2002, que enmienda la Securities Exchange Act (Ley de Bolsa de Valores) de 1934.

**RESUMEN DEL TÍTULO IV – MEJORES REVELACIONES FINANCIERAS,  
PARA DESTACAR SUS IMPACTOS IMPORTANTES EN LO FINANCIERO**

**Sec 401. REVELACIONES EN LOS ESTADOS FINANCIEROS PERIÓDICOS**

<p>a) REVELACIONES REQUERIDAS.- A la Sec 13 de la Ley de Bolsa de Valores de 1934 se agregan al final, los incisos i) j):</p>	<p>(i) PRECISIÓN DE LOS INFORMES FINANCIEROS.- Todo informe financiero que contenga estados financieros preparados según los PCGA reflejará todos los ajustes de corrección material que hayan sido identificados por una FCPR de acuerdo con los PCGA y las reglas y reglamentos de la SEC</p> <p>j) TRANSACCIONES FUERA DEL BALANCE GENERAL.- En plazo máximo de 180 días (desde 31 enero 2002) la SEC emitirá las reglas finales para que todo informe financiero trimestral o anual requerido por la SEC revelará todas las cosas fuera del balance general: transacciones importantes, convenios, obligaciones (incluidas las contingentes), y otras relaciones del emisor con entidades no consolidadas u otras personas que puedan tener un efecto importante actual o futuro en la condición financiera, cambios en la condición financiera, resultados de operaciones, liquidez, gastos de capital, recursos de capital o componente significativos de ingresos o gastos.</p>	
<p>b) REGLAS DE LA SEC EN LAS CIFRAS PRO FORMA.- En plazo máximo de 180 días la SEC emitirá reglas para que la información financiera pro forma incluida en cualquier informe periódico u otro, se presente de manera que:</p>	<p>1) No contenga declaración falsa de un hecho importante u omita declarar un hecho importante necesario que haga engañosa la información financiera pro forma, a la luz de las circunstancias en que se presente;</p> <p>2) La reconcilie con la condición financiera y los resultados de las operaciones del emisor según los PCGA.</p>	
<p>c) ESTUDIO E INFORMACIÓN SOBRE LAS ENTIDADES DE PROPÓSITO ESPECIAL</p>	<p>1) ESTUDIO REQUERIDO.- La SEC en plazo de un año de adoptadas las reglas de revelación de las transacciones fuera del balance general (Sec 13 j) complete un estudio de expedientes de los emisores y sus revelaciones para determinar:</p>	<p>A) El alcance de las transacciones fuera del balance general, incluyendo activos, pasivos, contratos de arrendamiento, pérdidas y el uso de entidades de propósito especial; y</p> <p>B) Si los PCGA dan como resultado estados financieros de los emisores que reflejen los aspectos económicos de dichas transacciones fuera del balance general, a los inversionistas de manera transparente.</p> <p>A) La cuantía o una estimación de la cuantía de las transacciones fuera del balance incluyendo activos, pasivos, contratos de arrendamiento, y pérdidas de y el uso de entidades para propósitos especiales, emisores presentando informes periódicos para seguir la Sec 13 o 15 de la Ley de Bolsa de Valores de 1934;</p> <p>B) El alcance con que han usado las entidades para propósitos</p>

	<p>2) INFORME Y RECOMENDACIONES.- En plazo máximo de 6 meses de completado el estudio, la SEC someterá un informe al Presidente, al Comité de Bancos, al Senado, a la Cámara de Representantes.</p>	<p>especiales, para facilitar las transacciones fuera del balance gral.;</p> <p>C) Si los PCGA o las reglas de la SEC dan como resultado estados financieros de los emisores que reflejan los aspectos económicos de dichas transacciones a los inversionistas de manera transparente;</p> <p>D) Si los PCGA dan como resultado la consolidación de entidades de propósitos especiales patrocinadas por un emisor en los casos en que el emisor tenga la mayoría de los riesgos y recompensas de la entidad de propósito especial;</p> <p>E) Cualesquiera recomendaciones de la SEC para mejorar la transparencia y calidad de información de las transacciones fuera del balance general en los estados financieros y revelaciones requeridas para ser incluidas en expediente por un emisor con la SEC</p>
--	---	--

<p><i>Sec 402. CONFLICTO RESALTADO DE PROVISIONES DE INTERÉS</i></p>		
<p>a) PROHIBICIÓN DE PRÉSTAMOS PERSONALES A LOS EJECUTIVOS Agregar al final (de Sec 13) k) PROHIBICIÓN DE PRÉSTAMOS PERSONALES A LOS EJECUTIVOS.</p>	<p>1) EN GENERAL.- Será ilegal que cualquier emisor directa o indirectamente, o a través de cualquier subsidiaria, extienda o mantenga crédito, para convenir para la extensión de crédito, o para renovar una extensión de crédito, en la forma de un préstamo personal para cualquier director o ejecutivo o equivalente del emisor. La extensión de crédito mantenida por el emisor en la fecha de promulgación de esta subsección no estará sujeta a sus provisiones supuesto que no haya modificación importante a cualquier término de dicha extensión de crédito o a cualquier renovación de cualquier extensión de crédito en o después de esa fecha de promulgación.</p> <p>2) LIMITACIÓN.- Esto no incluye préstamos para construir y mejorar la casa, crédito al consumidor, plan de crédito, tarjeta de débito, créditos a empleados de corredores de bolsa, no préstamos que se usen para comprar acciones de ese emisor que sea:</p> <p>3) REGLA DE CONSTRUCCIÓN DE CIERTOS PRÉSTAMOS.- El punto (1) no se aplica a préstamo hecho o mantenido por una institución depositaria asegurada, si está sujeto a las restricciones de préstamos a los de casa de la Ley de la Reserva Federal.</p>	<p>A) Hecho o proporcionado en el curso ordinario del negocio de crédito al consumidor de dicho emisor;</p> <p>B) De un tipo que sea generalmente hecho disponible por dicho emisor al público; y</p> <p>C) Hecho por dicho emisor en términos del mercado, o términos que no sean más favorables que aquellos ofrecidos por el emisor al público en general para dichas extensiones de crédito.</p>

<i>Sec 403. REVELACIONES DE TRANSACCIONES QUE INVOLUCRAN A LA ADMINISTRACIÓN Y A LOS PRINCIPALES ACCIONISTAS</i>	
<p>a) Se enmienda la Ley de Bolsa de Valores en su Sec 16. DIRECTORES, EJECUTIVOS Y PRINCIPALES ACCIONISTAS.-</p> <p>a) Revelaciones requeridas:</p>	<p>1) DIRECTORES, EJECUTIVOS Y PRINCIPALES ACCIONISTAS.- Toda persona que sea directa o indirectamente el propietario beneficiario de más del 10% de cualquier clase de cualquier valor de capital (que no sea exento) que esté registrado según la Sec 12, o que sea director o ejecutivo del emisor de dicho valor, registrará las declaraciones aquí requeridas en la SEC y en la Bolsa de Valores en que esté registrado (si es el caso).</p>
	<p>2) PLAZO PARA REGISTRAR LAS DECLARACIONES:</p>
	<p>3) CONTENIDO DE LAS DECLARACIONES.- Una declaración metida a registro:</p>
	<p>4) REGISTRO ELECTRÓNICO Y DISPONIBILIDAD.- Un año después de la promulgación,</p>
	<p>A) Al momento de registrar dicho valor en una bolsa nacional de valores o en la fecha de registrar la declaración de la Sec 12 (g)</p> <p>B) 10 días después de que de que se convierta en dicho propietario beneficiario, director o ejecutivo.</p> <p>C) Si hubo cambio en dicha propiedad o si dicha persona habrá comprado o vendido un convenio de canje basado en valores, antes de concluir el segundo día hábil posterior a la transacción o, si esto no es factible, al momento que establezca la SEC en regla.</p> <p>A) Según incisos A) o B) contendrá la declaración de la cuantía de todos los valores de capital de dicho emisor del cual la persona que solicita el registro, sea propietaria beneficiaria.</p> <p>B) Según inciso C) indicará la propiedad por la persona solicitando el registro a la fecha del mismo, cualesquiera cambios en dicha propiedad, y tales compras y ventas de los convenios de canje basado en valores que hayan ocurrido desde el registro más reciente.</p> <p>A) La declaración del inciso C) podrá ser vía electrónica.</p> <p>B) La SEC proporcionará la declaración en Internet.</p> <p>C) El emisor que tenga página proporcionará esa declaración al día hábil siguiente.</p>

<i>Sec 404. VALORACIÓN DE LOS CONTROLES INTERNOS.</i>	
<p>a) REGLAS REQUERIDAS.- La SEC prescribirá reglas exigiendo que todo informe anual (Sec 13a o 15d contenga un informe del control interno que:</p>	<p>1) Declare la responsabilidad de la administración de establecer y mantener una estructura y procedimientos de control interno adecuados para los estados financieros; y</p> <p>2) Contenga la declaración, como al final del más reciente ejercicio fiscal del emisor, de la eficacia de la estructura y procedimientos de control interno del emisor para los informes financieros.</p>
<p>b) EVALUACIÓN E INFORMACIÓN DEL CONTROL INTERNO.- Con respecto a la declaración del inciso a), toda FCPR que prepare o emita el dictamen de auditoría para el emisor atestiguará e informará la declaración hecha por la administración del emisor. La testificación hecha será acorde a las normas de compromisos testificación emitidas o adoptadas por el PCAOB. Dicha testificación no estará sujeta a compromiso separado.</p>	

<i>Sec 405. EXCEPCIÓN</i>		
Nada de las secciones 401, 402 o 404, las enmiendas hechas a ellas ni las reglas de la SEC bajo cuyas secciones se aplicarán a cualquier compañía inversora registrada bajo la Sec 8 de la Ley de Cías de Inversión. De 1940.		
<i>Sec 406 CÓDIGO DE ÉTICA PARA EJECUTIVOS FINANCIEROS DE ALTO NIVEL</i>		
a) REVELACIÓN DEL CÓDIGO DE ÉTICA.- La SEC emitirá las reglas para requerir a cada emisor, junto con los informes periódicos exigidos en Sec 13a o 15d de la SEA si dicho emisor ha adoptado el código de ética para ejecutivos financieros de alto nivel (y si no, explicar la razón), aplicable a su ejecutivo financiero principal y contralor o principal ejecutivo contable, o similares.		
b) CAMBIOS EN CÓDIGOS DE ÉTICA.- La SEC revisará sus reglamentos concernientes a asuntos que requieran pronta revelación en Forma 8-K para exigir la revelación inmediata, por medio de meter a registro dicha forma, diseminación por la Internet u otro medio electrónico, por cualquier emisor de cualquier cambio o renuncia del código de ética para ejecutivos financieros de alto nivel.		
c) DEFINICIÓN.- “Código de ética” significad dichas normas que sean razonablemente necesarias para promover:	1) Conducta honesta y ética, incluyendo el manejo ético de conflictos de intereses reales o aparentes entre las relaciones personales y profesionales;	
	2) Revelación completa, justa, precisa, oportuna y comprensible en los informes periódicos requeridos que meta en registro el emisor;	
	3) Cumplimiento con las reglas y reglamentos gubernamentales aplicables.	
d) FECHA PARA HACER LAS REGLAS.- La SEC :	1) Propondrá reglas para instrumentar esta sección, en plazo de 90 días	
	2) Emisión final de las reglas para instrumentar esta sección en 180 días.	
<i>Sec 407. REVELACIÓN DE EXPERTO FINANCIERO DEL COMITÉ DE AUDITORÍA</i>		
a) REGLAS PARA DEFINIR AL EXPERTO FINANCIERO.- La SEC emitirá las reglas necesarias o adecuadas al interés público y consistente con la protección de los inversionistas, para exigir que cada emisor, junto con los informes periódicos de Sec 13a y 15d de SEA revele si su comité de auditoría incluye como miembro por lo menos a un experto financiero en los términos que ella defina. Si no lo incluye explicar las razones.		
b) CONSIDERACIONES.- La definición de experto financiero considerará que la persona tenga, gracias a la educación y experiencia como contador público o auditor o principal ejecutivo financiero, contralor o principal ejecutivo contable de un emisor, o desde un puesto con el desempeño de funciones similares:	1) La comprensión de los PCGA y estados financieros;	
	2) Experiencia en	A) La preparación o auditoría de estados financieros de emisores generalmente comparables; y
		B) La aplicación de dichos principios en conexión con la contabilidad de estimaciones, acumulaciones (de gastos por pagar) y reservas
	3) Experiencia con controles internos de contabilidad; y	
4) Comprensión de las funciones del comité de auditoría.		
c) PLAZOS PARA LAS REGLAS.- La SEC	1) Propondrá las reglas para instrumentar esta sección, en 90 días	
	2) Emitirá las reglas finales en 180 días.	

<i>Sec 408. REVISIÓN RESALTADA DE LAS REVELACIONES PERIÓDICAS POR LOS EMISORES.</i>	
a) REVISIÓN REGULAR Y SISTEMÁTICA.- La SEC revisará las revelaciones hechas por los emisores según Sec 13a de SEA (incluyendo informes sometidos a registro en la forma 10-K) y que tengan una clase de valores listados en una bolsa nacional de valores o comercializados en una instalación de cotización automatizada de una asociación nacional de valores, de manera regular y sistemática para la protección de los inversionistas. Incluirá la revisión de un estado financiero del emisor.	
b) CRITERIOS DE LA REVISIÓN.- Para programar estas revisiones, la SEC considerará entre otros factores:	1) Emisores que han emitido redeclaraciones importantes de resultados financieros
	2) Emisores con la experiencia de volatilidad significativa en su precio por acción comparado con otros emisores
	3) Emisores con la capitalización más grande del mercado.
	4) Compañías emergentes con disparidades en las razones de precio a ganancias
	5) Emisores cuyas operaciones afecten significativamente cualquier sector importante de la economía; y
	6) Cualesquiera otros factores que la SEC considere pertinentes.
c) PERIODO MÍNIMO DE REVISIÓN.- En ningún caso se requerirá al emisor someter a registro informes 13a y 15d menos frecuentemente que una vez cada 3 años.	
<i>SEC 409. PLAZO REAL DE REVELACIONES DEL EMISOR</i>	
La Sec 13 de la SEA se enmienda agregando al final:	1) PLAZO REAL DE REVELACIONES DEL EMISOR.- Todo emisor que informe bajo la Sec 13 a y 15d revelará al público de manera rápida y actual dicha información adicional concerniente a los cambios importantes en la condición financiera u operaciones del emisor, en inglés llano, pudiendo incluir tendencia e información cualitativa y presentaciones gráficas, según la SEC determine, por regla, sea necesario o útil para la protección de los inversionistas y en el interés público.
<p>Sec : Sección de la Ley Sarbanes-Oxley Act (SOA)  FCPR: Firma de contadores públicos registrados.  PCGA: Principios de contabilidad generalmente aceptados.  SEC: Security and Exchange Commission (Comisión de Valores y Bolsa).  SEA: Securities Exchange Act (Ley de Bolsa de Valores de 1934). SEA  PCAOB: Public Company Accounting Oversight Board (Consejo Supervisor de la Contabilidad de las Compañías de Suscripción Pública).</p> <p>Fuente: Elaboración propia con base en la ley (Act).</p>	

## Protección a inversionistas y mercados

Nada parecía detener el crecimiento de Enron en innovación para inventar operaciones y crear mercados, en agresividad para hacer negocios y obtener créditos, en la cotización de sus acciones y en la magnífica calificación que les daban las casas especializadas con recomendación directa a los inversionistas de meter su dinero en tan realizadas y prometedoras acciones.

### *Los Vigilantes de las empresas*

Las organizaciones vigilantes de Enron y de los prestadores de servicios a su alrededor, eran: La Comisión de la Bolsa y Valores (SEC), la Bolsa de Valores de Nueva York (NYSE), la Asociación Nacional de Corredores de Valores (NASD), el Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados. También realizan algún tipo de revisión, o se espera que la realicen, los bancos, las casas calificadoras del crédito, las calificadoras de las acciones y los analistas de valores.

La Sarbanes-Oxley Act 2002 busca mejorar la vigilancia en lo interno de la empresa, y para la vigilancia desde el exterior se han reformado las reglas de los entes mencionados en el párrafo anterior. Se han esmerado en reglas para preservar la independencia de criterio y opinión de los distintos entes que revolotean alrededor de las emisoras de acciones y de obligaciones hipotecarias o bonos, cuando su dependencia económica es total de las comisiones que reciben por su intermediación o de los honorarios e iguales que cobran a las empresas emisoras y a las colocadoras y a las otorgadoras de crédito. Estar en medio y cobrar tan sólo por estar en medio y por cada transacción de ida o de vuelta, es la gran clave de por qué la intermediación nada tiene que ver con la imparcialidad ni con la neutralidad.

Por oleadas, se intensifica el interés de proteger a los inversionistas y de procurar mercados de valores que los sirvan en vez de atraparlos y que alienten la formación de capitales proporcionando un campo de juego en el que todos puedan perseguir la fortuna. El problema de los entes, personas físicas o morales, que aconsejan, sugieren o califican, es que sus estudios pueden estar mal hechos, sus opiniones ser infundadas y su apreciaciones incorrectas. Si son de buena fe pero cometen errores y mal aconsejan, el daño es el mismo que si su mala fe los lleva a recomendar con insidia porque estén pagados o gratificados para ello.

Los malos se salen con la suya cuando los buenos no hacen su trabajo.

### *Antes y durante Enron: NASD*

La venta de bonos justo antes del colapso de Enron costaron millones a los compradores. NASD hizo cargos de fraude a H&R Block Financial Advisors por la venta de bonos de Enron Corporation, de millones de dólares, después de que sus finanzas habían empezado a colapsar, y a bajar la calificación de sus valores.<sup>157</sup>

Durante las cinco semanas que antecedieron a la solicitud de Enron de iniciar su procedimiento de insolvencia, del 29 de octubre al 27 de noviembre de 2001, 200 corredores de H&R Block Financial Advisors recomendaron a sus clientes que compraran los bonos de Enron, sin revelarles los serios riesgos que corrían, habiendo logrado vender

---

<sup>157</sup> [www.nasd.com](http://www.nasd.com)

más de \$16 millones de dólares a más de 800 clientes en 40 estados. La casa H&R Block obtuvo utilidades de \$500,000 dólares y pagó a sus corredores incentivos más altos que los acostumbrados.

Un mes después, el valor de los bonos cayó en picada y los clientes de H&R Block perdieron su inversión. “Este es el caso especialmente difícil de cientos de pequeños inversionistas que creyeron que sus corredores de H&R Block les daban consejo justo y honesto respecto a las inversiones,” dijo la vicepresidente de la NASD. “Pero los corredores de H&R Block traicionaron esa confianza vendiéndoles los altamente riesgosos bonos de Enron, callando información que conocían, o deberían haber conocido, de los serios problemas financieros de la empresa.”

NASD responsabilizó a los corredores de H&R Block de no revelar los riesgos de invertir en los bonos: la baja de calificación del crédito de Enron y que los bonos estaban desacreditados y en riesgo de bajas adicionales; que Enron había modificado las cifras de sus estados financieros de cuatro años corrigiendo errores contables de más de \$552 millones; que Enron había revelado en la solicitud que presentó a la Securities & Exchange Commission, que sus problemas financieros amenazaban su continuidad como negocio en marcha; que la SEC había iniciado una investigación de sus empresas filiales, y que la propia H&R Block había retirado otro valor de Enron, de su lista de empresas aprobadas.

Según la NASD, algunos corredores de H&R Block afirmaron a los clientes que la inversión en bonos de Enron estaba a salvo, que era una compañía grande que no fallaría y que su calificación del crédito era más alta que nunca. NASD consideró que H&R Block violó sus reglas porque no estableció y mantuvo un sistema adecuado de supervisión de las ventas de bonos por sus corredores registrados.

#### *Después de Enron: FINRA*

La Autoridad Reguladora de la Industria Financiera,<sup>158</sup> es la reguladora no gubernamental de las corredurías de valores en los U.S. Supervisa a 5,100 firmas de corretaje, con 173,000 oficinas y 669,000 corredores (representantes de valores) registrados.

Creada en julio 2007 mediante la consolidación de la NASD y la reglamentación de membresía, coacción y funciones de arbitraje, de la New York Stock Exchange. Los objetivos de FINRA son la protección del inversionista y la integridad del mercado mediante reglamentación eficaz y eficiente, y servicios basados en tecnología. Se considera más apta que su antecesora, para la complejidad y competitividad de los mercados de capitales globales de la actualidad.

FINRA toca todos los aspectos del negocio de valores: desde el registro y la capacitación de los corredores, examen de las firmas de corretaje de valores; reglas y su aplicación así como la de las leyes federales sobre valores; informando y educando la inversión del público; proporcionando reportes comerciales y otros instrumentos de la industria; y administrando el foro más grande de resolución de disputas entre los inversionistas y las firmas registradas. También hace la regulación del mercado bajo contrato, para el NASDAQ Stock Market, la American Stock Exchange, la International Securities Exchange y la Chicago Climate Exchange.

---

<sup>158</sup> FINRA, Financial Industry Regulatory Authority, [www.finra.org](http://www.finra.org)

Considera que la protección del inversionista empieza con su educación, la cual imparte por la Internet, los medios y los foros públicos, con la idea de ayudar a que los inversionistas construyan su conocimiento financiero y proporcionarles las herramientas esenciales para entender mejor los mercados, y los principios básicos para ahorrar e invertir. La Fundación para la Educación del Inversionista FINRA es la más grande dedicada a educarlo, con programas educacionales y presupuesto para hacerlo.

Además, FINRA considera que en el paso veloz y economía global compleja de la actualidad, es un abogado confiable para los inversionistas, que busca mantener los mercados justos, asegurar al inversionista la posibilidad de elección y proactivamente dirigir los temas reguladores emergentes antes de que lastimen a los inversionistas o los mercados, y no después, como ha sido históricamente.

### *Legislación posterior*

Como un valor sobreentendido de decoro mínimo después de los escándalos, surgen nuevas leyes. Respecto a la aplicable a las empresas que cotizan en bolsa, Tiffany y Peterson, dicen que:

“Después de una serie de pasmosos escándalos financieros, el Congreso de E. U. recientemente sacó la Sarbanes-Oxley Act, ley que exige a los administradores de alto nivel de las empresas cuyas acciones se negocian entre el público, que certifiquen la exactitud de sus estados financieros y asuman la responsabilidad de los controles internos financieros. Si dejan de hacerlo es susceptible que vayan a la cárcel. Los ejecutivos del más alto nivel ya no pueden decir que realmente no saben qué está pasando en la empresa que administran; ahora son responsables de cada número que aparezca en los estados financieros de la empresa a su cargo.”<sup>159</sup>

### *Reacción de los profesionales*

*Contaduría y Administración*<sup>160</sup> dedicó un “Número especial sobre el caso Enron” por considerar que “la profesión contable tiene un compromiso con la sociedad, la cual ha depositado su confianza en la firma que avala o no la información contenida en los estados financieros”, y que en “los casos Enron y Worldcom, entre otros, hubo distorsión de la información financiera avalada por auditores que no le respondieron a la sociedad.”

Del panel que convocaron, Alfredo Adam Adam<sup>161</sup> destacó las reflexiones siguientes: 1. Las firmas de contadores públicos deben reconsiderar la contratación de más de un servicio con un solo cliente para evitar el conflicto de intereses; 2. En la prestación de servicios de auditoría de estados financieros para empresas que cotizan en bolsa, incluir la auditoría de desempeño y responder a los inversionistas ‘hasta dónde las acciones de la empresa estuvieron orientadas al cumplimiento de los objetivos, qué tanto se respetaron los programas fijados, y cuál fue la eficiencia institucional; 3. Pensar en los seguros por responsabilidad profesional; 4. Fijar formas adecuadas de registro contable y de información de operaciones y figuras especiales (pago con acciones a los ejecutivos, empresas con propósitos especiales, operaciones de derivados), y reforzar

---

<sup>159</sup> Tiffany, Paul & Peterson, Steven, *Business Plans for Dummies*, Wiley Publishing, 2ª ed., New Jersey 2005, página 35.

<sup>160</sup> Fue el número 207 octubre-diciembre de 2002, de *Contaduría y Administración*, revista que edita la Facultad de Contaduría y Administración, U. N. A. M.

<sup>161</sup> *Ibidem*, página 6.

la revisión de auditoría; 5. Problema ético subyacente en la conducta de los ejecutivos de la empresa y de los socios de firmas de contadores.

Arturo Díaz Alonso abordó la formación ética de los contadores públicos, a partir de la figura paradójica de “utilizar las sombras del caso Enron para hacer un poco de luz en este tema.”<sup>162</sup> Señaló que no se puede ser auditor y asesor de la empresa al mismo tiempo pues aunque la ley lo permita la razón, no. Acentuó la necesidad de fundamento científico de la empresa y su administración, y de construir tecnologías basadas en investigaciones desprejuiciadas. Otros destacados maestros de la Facultad, dejaron constancia de sus opiniones y de que el mayor problema del caso Enron en los negocios fue la pérdida de credibilidad en la información de las empresas.

---

<sup>162</sup> *Ibidem*, página 7



## Capítulo 8

### HISTORIA COMPARADA DE QUIEBRAS NACIONALES

Las nociones de ley y de teoría tienen sentido en la administración, pero no el mismo en las ciencias sociales que en las naturales.

En relación con los grupos de empresas, recopilamos y examinamos hechos que se dan en diferentes niveles: la empresa individual perteneciente a un grupo, las relaciones bilaterales en el grupo de empresa y las multilaterales. El entorno económico y social influye en las variaciones de comportamiento de unas empresas con otras o de un grupo de empresas a otro; no dirige sus mutaciones pero aumenta la probabilidad de que aparezcan por razón de su valor adaptativo a las nuevas condiciones que se vayan presentando.

Fueron surgiendo cuestiones a cada paso de la investigación pero las fuimos apartando para mantener la concentración en la pregunta central. Habrá que investigar posteriormente: ¿Qué relación hay entre el valor adaptativo de los cambios que realizan las empresas y la generación de dicho cambio? ¿En qué medida interviene el entorno en las variaciones de comportamiento de unas empresas? ¿Hay algún principio de selección natural según el cual sólo sobreviven los grupos de empresas mejor adaptados?

Es difícil y diríamos que hasta inconveniente, que las organizaciones socioeconómicas ajustaran su comportamiento a leyes inmutables, pues llevan en sí mismas su historia de aciertos y errores y sus maneras de responder a los desafíos del entorno, y es variable dada su heterogeneidad y sus asimetrías.

En administración podemos hablar de explicaciones y de buenas o malas prácticas en las empresas y hasta de generalizaciones, pero no de leyes universales que deban cumplirse invariablemente y que, en caso de aparecer una excepción haya que explicarla exhaustivamente, puesto que no se esperan generalizaciones sin excepción.

Nuestro acercamiento a las empresas en grupos empezó cuando tratamos de entender la inquietud que despiertan las “partes relacionadas” y los distintos comportamientos de las empresas en grupo cuando hay recursos a su alcance y cuando escasean. En condiciones favorables es fácil ser buen estratega, pero cuando hay escasez y racionamiento, sólo los grandes capitanes sacan la flota adelante, después de cambios, reacomodos, desplazamientos e innovaciones.

Los grupos de empresas resultaron sumamente interesantes. Son un fenómeno complejo resultante de fuerzas en equilibrio que pueden demostrar fuerza y dominio pero, en caso de alteración de dicho equilibrio, puede haber diversidad de posibilidades y de problemas.

**EQUIPOS ELECTRÓNICOS, S. A. de C. V.**

Se trata de un concurso mercantil iniciado por solicitud, con etapas de conciliación y quiebra.

En 2003, el apoderado general para pleitos y cobranzas de la empresa Equipos Electrónicos, S. A. de C. V., presentó solicitud de concurso mercantil, con el propósito explícito de “lograr la conservación de la empresa” y pidió la declaración de apertura de la etapa de conciliación.

Proporcionó como domicilio social, el de sus oficinas y la administración principal en el D. F., y también el de bodegas de mercancías en los estados de México, Jalisco y Nuevo León.

#### *Antecedentes*

En 1988 constituyeron la empresa Equipos Electrónicos, S. A. de C. V. con capital mexicano para la compraventa, importación y exportación de equipos electrónicos.

Incrementaron el capital social de la empresa en 1991 y en 1993. Fueron abriendo sucursales en el país y para 1992 ya tenía 10 en distintas ciudades de México y 4 en países extranjeros. En 1998, los socios ampliaron el objeto social a: investigación, desarrollo, asesoría técnica a empresas, implantación de tecnología y servicios de mantenimiento. La empresa adoptó la estrategia de crecimiento: invirtió en sucursales, incrementó la producción, contrató créditos, mejoró tecnología, diversificó sistemas de ingeniería, creció su equipo de ventas, invirtió en publicidad, calidad, capacitación, fabricación y modernización de aparatos de cómputo, infraestructura, equipo e instalaciones, y logró ir saliendo adelante con buenos porcentajes de utilidades.

Precisamente, ante la creciente demanda de equipos de computación por parte de las familias, de las empresas pequeñas y medianas y de las instituciones educativas y de investigación, reinvirtió constantemente en el negocio y fue creciendo su nómina hasta 500 empleados, cosechando beneficios económicos y constituyendo afiliadas, aunque nunca salió de su esquema de empresa familiar alrededor de un pensante y creativo: su fundador.

Llegó a tener la cuarta parte del mercado de equipos electrónicos y, entre sus innovaciones, estuvo la plataforma de comunicaciones para recibir y surtir pedidos en forma automática y el soporte técnico a sus clientes en red de “línea de emergencia”. Recibió premios y reconocimientos a sus innovaciones, como el “Premio al Éxito Innovador Versión México” y el de Empresa Mediana de Latinoamérica otorgado por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONU DI).

Sin embargo, con el advenimiento del nuevo siglo, algo pasó y la empresa empezó a resentir problemas y a ver lo mucho que iban creciendo sus pasivos por abastecimiento de equipos electrónicos que le otorgaban sus proveedores con base en la trayectoria de años anteriores, la espectacularidad de la empresa en las ferias comerciales, los reconocimientos de adeudos y varias reestructuras financieras.

En 2002 fue convocaron la asamblea de accionistas para la revisión profunda de los estados financieros de 1999, 2000 y 2001. Entre otras decisiones, fueron revocados los poderes del fundador y nombrado nuevo consejo de administración.

### *Hechos que motivaron la solicitud*

En sesión celebrada el primer trimestre de 2003 y con base en los estados financieros al cierre de 2002, el Gerente General informó los problemas económicos y financieros graves que estaba padeciendo la empresa, aunados – dijo – “al bajo o nulo crecimiento económico del país, que ha provocado severa crisis en el mercado y disminución de las operaciones relacionadas con los equipos de cómputo.” Continuó diciendo: “Desde su fundación fue superando las crisis que la política económica y social de nuestro país generó, y se mantuvo como una de las más importantes empresas en su ramo. Confío en la política económica del país con la intención de contribuir a su desarrollo.” Atribuyeron sus problemas a las crisis de la economía desde 1997, alzas fuertes en las tasas, devaluación teniendo deudas en dólares americanos, presiones bancarias reclamando sus créditos, política económica recesiva, etc. También dijeron que los fabricantes extranjeros, una vez aprendido y conocido el mercado nacional, fueron prescindiendo de los intermediarios y vendiendo directamente a los consumidores nacionales, por lo cual la empresa perdió su mercado.

En 2002 la empresa tuvo pérdida de \$22 millones que, sumados a la arrastrada de 1999 a 2001, acumuló la pérdida de \$ 200 millones.

Los accionistas acordaron que se solicitara el concurso mercantil “para lograr mediante este procedimiento judicial, el reajuste y saneamiento de su economía.” El apoderado presentó escrito con la solicitud de que la empresa fuera declarada en concurso mercantil y se dictaran medidas precautorias, entre ellas, la suspensión de cualquier procedimiento administrativo o judicial de ejecución en contra de los bienes y derechos de la empresa, o que tuviera por objeto el aseguramiento de los mismos.

### *Preliminares del concurso mercantil*

En 2003, la solicitud de concurso mercantil fue admitida por un Juez de Distrito, quien solicitó la designación de visitador, especialista que realizó su auditoría especial y emitió dictamen de que “revisó la información que le fue presentada por el Comerciante señalada en la orden de visita por el periodo marcado en la misma, y manifestó que el Comerciante incurrió en las hipótesis de las dos fracciones del artículo 10 de la Ley de Concursos Mercantiles, según las cifras financieras a la fecha en que presentaron la solicitud.

#### CIFRAS FINANCIERAS DEL DICTAMEN DEL VISITADOR

<i>Fracción del Art. 10</i>	<i>Fórmulas</i>	<i>Razón financiera</i>	<i>Indicador</i>
I. Importancia relativa del incumplimiento de pagos	Obligaciones de pago con por lo menos 30 días de vencidas / Total de obligaciones de pago a cargo del Comerciante.	$\frac{\$250.000,000}{\$250.000,000}$	100 %
II. Razón de liquidez a corto plazo	Total de activos líquidos / Total de obligaciones de pago vencidas	$\frac{\$125,000}{\$250.000.000}$	0.05 %

NOTA.- Cantidad de acreedores distintos a quienes les incumplió pagos: 100

Durante la visita de inspección, el visitador observó que la empresa ya había suspendido operaciones y conservaba el personal mínimo. Según los datos de su dictamen, todas las obligaciones habían vencido desde meses atrás y los activos solamente podían pagar 5 centavos de cada peso de deuda. ¿Cómo pudieron los accionistas esperar del procedimiento de concurso mercantil, “el reajuste y saneamiento de la economía de la empresa”? Probablemente mediante aportaciones o algún apoyo de las demás empresas del grupo.

#### *Procedimiento de concurso mercantil*

Con base en el dictamen y demás elementos a su alcance, el Juez de Distrito declaró a la empresa en concurso mercantil, dio por iniciada la etapa de conciliación, fue designado el conciliador y, como está previsto, la empresa quedó en manos de sus mismos administradores bajo la vigilancia de dicho especialista. (2003)

El conciliador preparó y propuso al Juez de Distrito la lista de reconocimiento de créditos que, con observaciones y cambios menores, sirvió de base para la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos (2004). En ésta se reconocieron deudas a 100 acreedores, ninguna laboral ni bancaria, la de carácter fiscal por \$1 millón, y las demás a favor de acreedores comerciales; por cierto, uno solo, Proveedor Internacional México, S. A. de C. V., con deuda de \$150 millones (60 % del pasivo). Pronto, dicho proveedor, y por su lado el conciliador designado, presentaron incidentes pidiendo se ampliara el periodo de retroacción previsto en la ley de 270 días naturales antes de la fecha de la sentencia de concurso mercantil, a 6 años a fin de someter a escrutinio la contabilidad de la empresa por todo este lapso pues se observaron algunas irregularidades y la quiebra no parecía fortuita sino planeada.

El Juez consideró pertinentes las peticiones y dictó sentencia incidental llevando el inicio de la retroacción a partir de 1997. Esta sentencia, como las del procedimiento de concurso mercantil y todas las incidentales, fueron combatidas con los recursos (de revocación, de revisión, amparos) de las leyes supletorias de la de Concursos Mercantiles, y tomaba tiempo que las sentencias adquirieran firmeza procesal.

Posteriormente, la principal acreedora solicitó y obtuvo su derecho de nombrar un interventor para que representara sus intereses y vigilara la actuación de los administradores de la concursada y de los especialistas. Con base en los estados comparativos que los financieros aportados por la concursada, se fueron detectando discrepancias y variaciones notables y la concursada fue requerida de exhibir registros y documentación comprobatoria de transacciones y de declarar si los que aportaba el acreedor coincidían con lo registrado y archivado por ella.

La conciliación no llegó a convenio entre las partes litigiosas pues nunca hubo ocasión propicia de que se sentaran en pláticas negociadoras ni disposición de los accionistas a aportación alguna. La cuota concursal del pago de 5 centavos por cada peso de deuda, resultó inadmisibles para los acreedores. Transcurrido el plazo de 185 días y una prórroga que solicitó el Comerciante con anuencia de los acreedores y el conciliador, fue dictada la sentencia de quiebra y, tanto la administración como la masa, fueron entregadas al síndico designado; ésta última mediante inventario ante el secretario del juzgado.

Equipos Electrónicos, S. A. de C. V.

Balance General

Activos líquidos	125,000	Pasivo vencido	250.000,000
Cartera por cobrar a clientes	100,000	Insolvencia (incluidas pérdidas acumuladas de \$200 millones)	- 234.775,000
Activos fijos	15.000,000		
Activo total (masa)	15.225,000	Pasivo y descapitalización	15.225,000

El síndico vendió los bienes en 3 millones de pesos pues su fuerte contenido tecnológico que los hizo prácticamente obsoletos, les anuló el valor de salvamento.

Ya antes y, con base en los datos e irregularidades resultantes del análisis de la documentación contable, el acreedor reconocido Proveedor Internacional México, S. A. de C. V. presentó en la vía penal del fuero común (juicio aparte al de concurso mercantil) su querrela en contra de los accionistas y del consejo de administración de la concursada por la probable comisión del delito previsto en el artículo 271 de la LCM. El M. P. solicitó información del procedimiento y fueron enviadas copias (2008) al área especializada en investigar las operaciones con recursos de procedencia ilícita y de falsificación.

*Investigación de la contabilidad*

Como se dijo, a partir de la preparación de estados financieros comparativos de la empresa, se calcularon las variaciones y orientó la investigación hacia las llamativas, revisando balanzas de comprobación, registros contables y documentos que fueron requeridos en el procedimiento. Llamó la atención el cambio de auditor externo en el lapso investigado.

Los principales hallazgos de la investigación de los registros y comprobantes, fueron:

- Operaciones entre las partes relacionadas (filiales)
- Disminución de activos / abandono de la reexpresión de valores
- Gastos desproporcionados en relación con los ingresos declinantes

*Operaciones entre las partes relacionadas.* Desde 1999 realizaron muchas operaciones con sus filiales, que tuvieron efectos en las cuentas por cobrar y cancelación posterior de las cuentas por incobrables. Celebraron préstamos entre las empresas del grupo, con contratos en donde el deudor y el acreedor firmantes eran el mismo sujeto y estaban fechados siempre en el mes de diciembre de los cuatro distintos años. Posteriormente, algunos contratos se cancelaban, otros se pagaban en una dirección y luego había devoluciones en la opuesta. Las tres cuartas partes de las cuentas por cobrar, figuraron a cargo de empresas del grupo durante tres años, no coincidieron con las dictaminadas en los estados financieros, y desaparecieron el cuarto año en que hubo deducciones fiscales fuertes. La reserva para cuentas incobrables mantuvo saldo estable dos años, se multiplicó por 12 veces en el tercero y volvió al estable en el cuarto año, después de haber cancelado cuentas vencidas y no vencidas por "imposibilidad de cobro" (100 millones). Aparentemente, cancelaron cuentas sin suficientes elementos de

que las deudoras no podían pagar, fallecimiento de los deudores, etc., sin acciones judiciales, sin determinar si las deudoras tenían bienes embargables, y sin elementos de prescripción de la deuda pues una parte no había vencido.

*Disminución de activos y abandono de la reexpresión de valores.* La empresa practicó durante varios años la reexpresión del valor de sus activos fijos, actualizándolo con base en los índices de inflación, de 1998 a 2000. En 2001 canceló la cuantía reexpresada y en 2002 realizó la dación en pago de un inmueble (su valor representaba la mitad de los activos), y vendió los demás a sus valores históricos, o sea a bajo precio para los compradores relacionados. Un particular (no comerciante puesto que la factura no desglosó el IVA) compró una docena de vehículos. El activo fijo quedó con el saldo ya citado de \$ 15 millones.

*Gastos desproporcionados en relación con los ingresos.* Su filial prestadora de servicios, les proporcionaba el personal operativo que, con la declinación llegó a representar el 40 por ciento del gasto. ¿Cómo les facturaba? Ya en pleno declive canceló los servicios y contrató directamente al poco personal necesario. Los gastos de venta soportaban fuertes cargas por rentas pagadas hasta el 2001 que desaparecieron en el último año, el cual, por otro lado, tuvo la fuerte carga por la cancelación de las cuentas por cobrar. Los ingresos en caída libre y los gastos en ascenso.

### *Vía penal*

Como se dijo antes, el acreedor presentó en la vía penal querrela en contra de los accionistas y del consejo de administración, por la probable comisión del delito previsto en el artículo 271 de la LCM, pues la quiebra no parecía fortuita sino un plan para tratar de defraudar a los acreedores. El esquema de pensamiento de la querrela fue:

En fin, dicen que secaron a la empresa principal y que las empresas filiales siguen trabajando. Dicen que no fueron causas fortuitas. La Ley de Concursos Mercantiles tiene su capítulo de "Aspectos penales del concurso mercantil" (artículos 271 al 277). Algún penalista ha dicho que es redundante pues bastaría remitir el asunto al Código Penal; sin embargo, la mayoría opina que es muy útil su inclusión. La pena por conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones, es de 1 a 9 años de prisión según la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores y su número.

Hay diversas opiniones respecto del artículo 276 de la LCM que señala que es competencia del juez concursal y no del juez penal, el conocer sobre la reparación del daño derivada de la comisión de los delitos definidos en la LCM, pues pudiere plantear algunas dificultades prácticas.

Respecto de la posible libertad bajo fianza de los indiciados en este tipo de investigaciones, hay la opinión de que la garantía del inculpado a obtener la libertad provisional debe interpretarse armónicamente con la garantía de la víctima u ofendido a obtener la reparación del daño causado por el delito. Por lo tanto, se dice que el Juez penal, al fijar el monto de la caución para ser procesado en libertad provisional, debería contemplar los daños y perjuicios causados al ofendido, además de la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; la base es que el derecho a la reparación del daño del ofendido está protegido en el apartado relativo a las garantías del inculpado, al condicionar su libertad provisional al otorgamiento de una caución en la que se contemplen los aspectos mencionados.

El texto del artículo 276, en tal caso, pudiera contravenir la interpretación y aplicación armónica y equilibrada que debería hacerse del derecho del inculpado a la libertad provisional y del ofendido a la reparación del daño según el espíritu del artículo Constitucional; y el juez penal sería el competente para conocer de la reparación del daño ocasionada con motivo de la comisión de un delito, a la vista de la reparación del daño y reconociendo el derecho del ofendido de obtener la reparación del daño, debiendo quedar garantizado al fijar el monto de la caución que es un acto procesal del juez penal.

El problema es que el comerciante cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, mediante cualquier acto o conducta dirigidos hacia tales fines. Además, la causación o agravación del incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones han de ser para reputarse típicas, expresamente dolosas: cuando el comerciante lleve su contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera o la altere, falsifique o destruya, tales hechos son suficientes para procesarlo penalmente, salvo que pruebe en contrario.

Los delitos establecidos por la LCM son perseguibles a instancia de parte agraviada, en los términos del artículo 275. Es más, la víctima puede otorgar el perdón cuando el sujeto activo le repara el daño, por la existencia misma de la reparación del daño.

<i>Vía penal</i>		
<i>Elementos</i>		<i>Fundamento Ley Conc. Merc.</i>
Sujeto activo	Comerciante persona moral: miembros del consejo de administración, administradores, directores, gerentes o liquidadores que sean autores o partícipes del delito.	Art. 4º fr. II Art. 271 Art. 273
Sujeto pasivo	Cualquier acreedor reconocido que resienta un perjuicio patrimonial	
Conducta típica	Causar o agravar el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones	Art. 271
Presunción	Que el comerciante lleve la contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera, la altere, falsifique o destruya.	Art 271
Requisitos para denunciar	Sentencia de concurso mercantil firme; y, Querrela del acreedor ofendido	Art. 275
Delito	Dolo. No es delito grave y admite el perdón. Implica conocimiento del hecho típico y aceptación del resultado	Art. 275
Bien jurídico tutelado	Patrimonio del acreedor deteriorado por transgresión dolosa	
Castigo	De 1 a 9 años de prisión, dependiendo de la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores y su número	Art 271
Reparación del daño	Materia del juez de concurso mercantil; al juez penal no corresponde este tema.	Art. 276

En la administración, diríamos que estamos ante la problemática de la división del trabajo por la especialización y de la atribución de funciones específicas a puestos públicos distintos originadas precisamente por la especialización. Los ámbitos de actuación, las esferas de competencia y las responsabilidades que se derivan de la actuación o de la no actuación, plantean dudas y la oportunidad de refugiarse en la omisión para librar responsabilidades y cargas de trabajo adicionales, y la existencia de zonas de nadie. Lo vemos ocurrir en las empresas en que la división del trabajo y las líneas de autoridad prevalecen sobre el espíritu de colaboración y cooperación para el logro del objetivo global.

La denunciante nombró su perito que opinó a su favor y, por su parte, la demandada nombró a su perito que opinó a su favor; ante la usual contradicción, el Juez nombró a su perito que pareció coincidir con la opinión del perito de la denunciante, y se presumió que hubo operaciones fraudulentas: la cesación de pagos a los acreedores, posible fraude y presunción de operaciones fraudulentas en que se dilapidaron los bienes antes de 2003.

En fin, dicen que secaron a la empresa principal y que las empresas filiales siguen trabajando. Dicen que no fueron causas fortuitas. La Ley de Concursos Mercantiles tiene su capítulo de "Aspectos penales del concurso mercantil" (artículos 271 al 277). Algún penalista ha dicho que es redundante pues bastaría remitir el asunto al Código Penal; sin embargo, la mayoría opina que es muy útil su inclusión. La pena por conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones, es de 1 a 9 años de prisión según la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores y su número.

Hay diversas opiniones respecto del artículo 276 de la LCM que señala que es competencia del juez concursal (no del juez penal) el conocer sobre la reparación del daño derivada de la comisión de los delitos definidos en la LCM, pues pudiere plantear algunas dificultades prácticas.

Respecto de la posible libertad bajo fianza de los indiciados en este tipo de investigaciones, hay la opinión de que la garantía del inculpado a obtener la libertad provisional debe interpretarse armónicamente con la garantía de la víctima u ofendido a obtener la reparación del daño causado por el delito. Por lo tanto, se dice que el Juez penal, al fijar el monto de la caución para ser procesado en libertad provisional, debería contemplar los daños y perjuicios causados al ofendido, además de la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; la base es que el derecho a la reparación del daño del ofendido está protegido en el apartado relativo a las garantías del inculpado, al condicionar su libertad provisional al otorgamiento de una caución en la que se contemplen los aspectos mencionados.

El texto del artículo 276, en tal caso, pudiera contravenir la interpretación y aplicación armónica y equilibrada que debería hacerse del derecho del inculpado a la libertad provisional y del ofendido a la reparación del daño según el espíritu del artículo Constitucional; y el juez penal sería el competente para conocer de la reparación del daño ocasionada con motivo de la comisión de un delito, a la vista de la reparación del daño y reconociendo el derecho del ofendido de obtener la reparación del daño, debiendo quedar garantizado al fijar el monto de la caución que es un acto procesal del juez penal.

El problema es que el comerciante cause o agrave el incumplimiento generalizado en

el pago de sus obligaciones, mediante cualquier acto o conducta dirigidos hacia tales fines. Además, la causación o agravación del incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones han de ser para reputarse típicas, expresamente dolosas: cuando el comerciante lleve su contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera o la altere, falsifique o destruya, tales hechos son suficientes para procesarlo penalmente, salvo que pruebe en contrario.

Los delitos establecidos por la LCM son perseguibles a instancia de parte agraviada, en los términos del artículo 275. Es más, la víctima puede otorgar el perdón cuando el sujeto activo le repara el daño, por la existencia misma de la reparación del daño.

En la administración, diríamos que estamos ante la problemática de la división del trabajo por la especialización y de la atribución de funciones específicas a puestos públicos distintos originadas precisamente por la especialización. Los ámbitos de actuación, las esferas de competencia y las responsabilidades que se derivan de la actuación o de la no actuación, plantean dudas y la oportunidad de refugiarse en la omisión para librar responsabilidades y cargas de trabajo adicionales, y la existencia de zonas de nadie. Lo vemos ocurrir en las empresas en que la división del trabajo y las líneas de autoridad prevalecen sobre el espíritu de colaboración y cooperación para el logro del objetivo global.

Nota.- Las cifras son ficticias y esta empresa pertenece a un grupo de relacionadas.

## **AUTOPIEZAS, S. A. DE C. V.**

La empresa fue constituida en la primera mitad de la década de los 1990s, con el objeto social de fabricar, estampar y ensamblar piezas metálicas para la industria automotriz terminal y operar en maquila o compraventa nacional e internacional.

Empresa de tipo familiar, con el accionista importante designado como gerente general. Su nómina había llegado a tener más de 1,000 trabajadores en su planta ubicada en un estado norteño.

Su mercado fue siempre reducido en cuanto al número de armadoras de vehículos en el país y que hayan sido sus clientes: uno permanente (Armadora A, S. A. de C. V.) y tres más eventuales. Durante una década, la relación con su cliente permanente fue de gran interdependencia, pues representaba el 40 por ciento de sus ventas; y, por su parte, Autopiezas, S. A. de C. V. era su proveedor único de más de 200 piezas de serie y especiales para el armado de los vehículos, para cuya precisa fabricación había recibido en comodato varios cientos de troqueles y herramental. Por la otra parte, la falta de piezas fabricadas por ésta podría parar a la armadora, cuando menos los tres meses necesarios para que retirara los troqueles y el herramental, y reubicara con otro fabricante el proceso de producción hasta alcanzar los volúmenes diarios requeridos por sus programas. Además, durante tal cambio indeseable, sería inevitable el paro total o parcial de otros proveedores de la Armadora A, S. A. en varios estados de la República,

que trabajan total o parcialmente para ella dando lugar a severas repercusiones en cadena sobre la solvencia económica de todas las implicadas en los procesos de producción de vehículos. Autopiezas, S. A. de C. V. trabajaba con sus clientes atendiendo pedidos para entrega según el método de *"just in time and spot"*

Empezó operando en un terreno rentado y con el tiempo celebró contrato de cesión de derechos y obtuvo certificado parcelario con la perspectiva de obtener la escritura final dos años después, sin haberla logrado.

Al final de la primera década de operaciones y buen entendimiento con su cliente permanente, empezaron las discordancias y efectos nocivos en los resultados y la situación financiera del fabricante de piezas.

#### *Datos financieros*

A continuación se hacen algunos comentarios a los estados financieros de 1998 a 2002 de Autopiezas, S. A. de C. V.

El resultado por posición monetaria reflejó la erosión de la inflación sobre las partidas monetarias.

Una deuda fuerte con el proveedor extranjero de maquinaria que Autopiezas, S. A. de C. V. importó para estar a tono con los planes de producción de sus clientes y que, eventualmente se vieron frustrados. El financiamiento obtenido a mediano plazo generaba intereses que no fueron pagados. Al final de la década, dada la falta de liquidez, omitió pagos y la autoridad fiscal intervino la tesorería de la empresa para liquidar impuestos de años anteriores determinados por revisiones efectuadas a sus registros, retirando semanalmente un porcentaje de la cobranza.

Al final del octavo año de existencia, empezó a incumplir algunas cláusulas de contratos por créditos bancarios obtenidos, con el efecto de que dos años después los pasivos a largo plazo se fueron volviendo inmediatamente exigibles.

El estado de variaciones en el capital contable al cierre del noveno año, reflejaba pérdida total resultante de la pérdida neta más el efecto acumulado inicial por el ISR diferido que se llevó directamente al capital contable. El capital social al cierre se componía de fijo y variable de \$ 217 más actualización de \$38 haciendo un total de \$255. En esa fecha aprobaron aumento de capital de \$45 pero exhibieron sólo \$10 y el resto lo iban a exhibir en el siguiente año.

Pérdida neta del año 2000 \$16,940 y 2001 (7,936) pero utilidad fiscal por partidas no deducibles 2000 \$64,987 y 2001 \$18,360. Amortizó pérdidas fiscales de ejercicios anteriores \$64,987 y \$4,680, lo cual generó beneficio de ISR por \$22,745 y \$1,638 que se presentan en el estado de resultados como partida extraordinaria.

#### *Causas del incumplimiento de pagos*

Desde el punto de vista de los administradores de la empresa, los motivos que llevaron a la empresa a sus dificultades de pago fueron preponderantemente atribuibles al entorno económico.

En 1999, en plena época de auge y expansión del mercado automotriz y en consonancia con los planes de su cliente permanente, la Armadora A, S. A. de C. V., tomaron la decisión de expandir la planta productiva adquiriendo tres nuevas líneas de prensas de mayor capacidad que las instaladas, con el objeto de ampliar la gama de productos

que le surtían. La compleja instalación requirió dos años (2000 a 2002) y la fuerte inversión de 40 millones de dólares. La perspectiva era aumentar las ventas a 50 millones de dólares anuales para llegar a 100 millones de dólares para fines del 2002.

La instalación se realizó conforme al programa pero no así las ventas, atribuyéndolo a la baja generalizada de la actividad económica en la industria del ramo (en la venta mundial de autos nuevos) nacional e internacional, a partir de 2000. Las ventas del año siguiente resultaron 25% menores a lo proyectado (2001) y las del subsiguiente cayeron al 35% con respecto al presupuesto.

La consecuencia de baja tan sensible en las ventas proyectadas al inicio del programa de expansión y la necesidad de continuar pagando los gastos de operación de la fábrica y los créditos contratados para financiar el programa de expansión, determinaron la incosteabilidad de amortizar las nuevas líneas de manufactura que, por falta de pedidos permanecían inactivas o con actividad mínima que no permitía recuperar su costo. Se redujo sensiblemente el flujo neto de dinero y día con día fue siendo más difícil el pagar. Las deudas crecieron y se hicieron exigibles, y varios acreedores demandaron a la empresa por la vía mercantil. La falta de los pedidos esperados y convenidos con la clientela, llevó a la iliquidez.

#### *Solicitud del procedimiento de concurso mercantil*

Los administradores de la empresa dijeron que consideraban que mediante el proceso de conciliación se podría arreglar con los acreedores para conservar la empresa y salvar la fuente de empleo. Además, que esperaban dar la confianza a sus clientes de que les continuará suministrando las piezas de rutina y las críticas para el ensamble final de autos que producen bajo el sistema de "justo a tiempo"; y, que los 200 acreedores que tiene podrán ser tratados con equidad para que sufran el menor daño posible en la recuperación parcial de sus créditos.

Por lo tanto, el representante legal presentó la solicitud de ser declarada en concurso mercantil, conforme a los requisitos establecidos en el artículo 20 de la Ley de Concursos Mercantiles y pidiendo que de inmediato le fueran decretadas medidas cautelares consistentes en: a) prohibición de ejecución de mandamiento de embargo contra los bienes y derechos de la empresa; y, b) prohibición de que ésta haga pago de los adeudos contraídos con anterioridad a la fecha de admisión, salvo los indispensables para su operación ordinaria.<sup>163</sup>

El Juez no las dictó porque la empresa todavía no estaba en concurso mercantil, y sin perjuicio de que durante la visita de verificación a solicitud del visitador o de oficio, las mismas se decretaren. El juez admitió a trámite la solicitud y pidió al IFECOM que designara al visitador.

#### *Visita*

El visitador fue designado y, a su vez, nombró a sus auxiliares. El juez ordenó la práctica de la visita de verificación, y el dictamen fue que la empresa estaba en incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, con base en los siguientes datos:

---

<sup>163</sup> Ver artículos 25, 26, 30 y 37 de la LCM.

<i>Referencia</i>	<i>Dictamen del visitador</i>	<i>Millones \$</i>
1	Obligaciones de pago con al menos 30 días de vencidas a 363 acreedores distintos	750
2	Obligaciones de pago con menos de 30 días de vencidas	50
A = 1+2	Total de obligaciones de pago vencidas	800
3	Obligaciones de pago no vencidas	300
B = A+3	Total de obligaciones de pago	1,100
4	Total de activos para hacer frente a por lo menos 80% de las obligaciones de pago vencidas	80
1 / B	Porcentaje de obligaciones de pago con por lo menos 30 días de vencidas / Total de obligaciones de pago vencidas y no vencidas	68 %
4 / A	Porcentaje de Total de activos para hacer frente / Total obligaciones de pago vencidas	10 %

DICTAMEN DEL VISITADOR: Revisé la información que me fue presentada por el Comerciante señalada en la orden de visita por el periodo marcado en la misma. Manifiesto que de acuerdo con la solicitud, el Comerciante incurrió en las hipótesis de la fracción I y II del artículo 10 de la LCM y está en incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago.

Antes de transcurridos tres meses de la solicitud, el Juez había dictado la sentencia declarando a Autopiezas, S. A. de C. V. en concurso mercantil; las medidas precautorias de que durante la conciliación fuera suspendido todo mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos de la concursada; y, la fecha de retroacción en el día 270 anterior a la fecha de dicha sentencia.

### *Conciliación*

Abierta la etapa de conciliación en la sentencia de concurso mercantil, el IFECOM designó al conciliador y éste a sus ayudantes y el juez ordenó a la concursada pusiera a disposición del conciliador los libros, registros y demás documentos de su empresa; y los recursos necesarios para la publicación de la sentencia. También, que permitiera al conciliador la realización de sus actividades. Se suspendió el pago de los adeudos contraídos antes de la sentencia, salvo los indispensables para la operación ordinaria de la empresa.

El conciliador registró en los Registros Públicos de la Propiedad y del Comercio la sentencia de concurso mercantil y publicó un extracto de la misma. Treinta 30 días después presentó la lista provisional de créditos al Juez. Hubo objeciones de acreedores nacionales y extranjeros que, una vez investigadas por el conciliador, produjeron en algunos casos modificaciones y 10 días después presentó la lista definitiva de créditos indicando el monto que recomendaba reconocer, en pesos, en moneda extranjera (en su caso) y en UDIs. El Juez dictó la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos de 300 acreedores: 2 bancos nacionales (52 millones UDIs); 1 banco extranjero (12 millones UDIs), 1 proveedor de maquinaria extranjero que tiene pagarés firmados por la empresa (12 millones de UDIs), adeudos fiscales (\$400 millones, 124 millones de UDIs), 1 empresa relacionada en Norteamérica que le provee piezas troqueladas y herramientas (3 millones de UDIs), etc.

Seis meses después, se presentó la lista definitiva de créditos y el Juez dictó la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Varios acreedores apelaron esta sentencia y, por su parte, la empresa concursada también la apeló. Los recursos no fueron resueltos pero se ordenó la reposición de la visita de verificación para que abarcara desde diez años atrás y no sólo los cinco años que abarcó. La visita de verificación es una auditoría especial a una fecha dada (la admisión de la solicitud del comerciante en el juzgado). Se ordenó reponer el procedimiento desde la visita pero se dejó subsistente la sentencia de concurso mercantil e insubsistente la de reconocimiento, graduación y prelación.

El visitador repitió la auditoría y emitió nuevo dictamen con cifras semejantes e igual opinión de que la empresa estaba en incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago, aunque encontró los elementos para reconocer un crédito más a cargo de la empresa y a favor de acreedor extranjero.

La conciliación se prolongó porque fueron solicitadas las dos prórrogas de 90 días cada una, la primera por el especialista y la segunda por los acreedores y la concursada, ante las posibilidades que aumentaban y disminuían de celebrar convenio; pero también hubo retrasos e imprevistos y la iniciativa de presentar convenios por canales distintos al conciliador: un acreedor bancario preparó un contrato de fideicomiso irrevocable de administración y custodia que, diciendo era derivado de pláticas conciliatorias, lo presentó al juicio. El representante de la concursada presentó otro texto de convenio que tuvo dificultad para lograr las mayorías necesarias de acreedores pero finalmente se completaron y luego el conciliador presentó el resumen de ley.

La etapa de conciliación duró más días que los 185 previstos y sus dos posibles prórrogas por variadas razones, entre ellas los medios de defensa previstos en la ley de la materia y en las demás leyes aplicables, que utilizaron las partes implicando cada uno un trámite procesal en el mismo o diferente tribunal, reposición del procedimiento, quejas de la concursada contra el especialista, causa de fuerza mayor, etc.

Los conatos de convenio parecían lograrse y luego fracasaban, llevando la empresa al filo de la quiebra. Finalmente hubo sentencia de aprobación del convenio y consecuente terminación del concurso mercantil y de las funciones del conciliador.

### *Reincidencia*

Dos años después de terminado el concurso mercantil por convenio, la firma Consultores ABC presentó, en su carácter de acreedora, demanda de declarar en concurso mercantil a Autopiezas, S. A. de C. V. por servicios prestados desde 5 años antes de \$ 140 millones, según contrato. A la concursada se le requiere de pago por el incumplimiento del convenio.

En el ínter de dos años, la empresa no pagó a sus proveedores ni estos ejercieron sus derechos sobre las garantías, quienes las tenían de carácter real.

### *Nuevo procedimiento de concurso mercantil*

La demanda fue admitida por la autoridad, quien ordenó la visita de verificación, y recibió el dictamen en el sentido de que la empresa estaba en las hipótesis de incumplimiento generalizado de pago.

Referencia	Dictamen del visitador	Millones \$
1	Obligaciones de pago con al menos 30 días de vencidas a 363 acreedores distintos	1,176
2	Obligaciones de pago con menos de 30 días de vencidas	15
A = 1+2	Total de obligaciones de pago vencidas	1,190
3	Obligaciones de pago no vencidas	449
B = A+3	Total de obligaciones de pago	1,639
4	Total de activos para hacer frente a por lo menos 80% de las obligaciones de pago vencidas	162
1 / B	Porcentaje de obligaciones de pago con por lo menos 30 días de vencidas / Total de obligaciones de pago vencidas y no vencidas	72 %
4 / A	Porcentaje de Total de activos para hacer frente / Total obligaciones de pago vencidas	14 %

DICTAMEN DEL VISITADOR: Revisé la información que me fue presentada por el Comerciante señalada en la orden de visita por el periodo marcado en la misma. Manifiesto que de acuerdo con la solicitud, el Comerciante incurrió en las hipótesis de la fracción I y II del artículo 10 de la LCM y está en incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago.

En consecuencia, cuatro meses después la empresa fue declarada en concurso mercantil. Inició la etapa de conciliación y el conciliador designado preparó la lista provisional y la definitiva de reconocimiento de créditos por 500 millones de UDIs, y concluyó 185 días después sin visos de convenio. La empresa fue declarada en estado de quiebra y designado el síndico para que vendiera los bienes y derechos de la masa y pagara a los acreedores reconocidos en su orden y prelación.

Autopiezas, S. A. de C. V.  
Balance General en los ejercicios que se indican

	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Activo:</b>					
Bancos	11	9	12	2	-3
Cuentas por cobrar	81	101	127	208	83
Cliente grande	27	54	23	15	
Otros clientes	49	42	72	160	71
Partes relacionadas	5	5	32	33	12
Almacenes	79	83	132	105	52
Inmuebles, maq y eq	416	669	693	950	870
<b>Activo total</b>	<u>587</u>	<u>752</u>	<u>964</u>	<u>1265</u>	<u>1002</u>
<b>Pasivo corto plazo</b>	259	307	468	458	680
Préstamos	17	115	106	62	139
Proveedores	182	121	266	87	303
Impuestos x pagar	60	71	96	309	238
Pasivo largo plazo	104	134	155	397	326
Préstamos	104	134	102	342	310
Impuesto Rta diferid			53	55	16
<b>Capital social</b>	133	164	178	255	259
Utilid acum y Rvas.	85	91	147	163	155
Resultado ejercicio	6	224	56	311	16
341	-8	410	-418	-4	
<b>Pasivo y capital</b>	<u>587</u>	<u>752</u>	<u>964</u>	<u>1265</u>	<u>1002</u>

Autopiezas, S. A. de C. V.  
Estado de Resultados de los ejercicios que se indican

	1998	1999	2000	2001	2002
	<i>Mill.</i>	<i>Mill.</i>	<i>Mill.</i>	<i>Mill.</i>	<i>Mill.</i>
Ventas netas	490	570	710	700	620
Costo de ventas	-315	-440	-610	-660	-705
<b>Utilidad / Pérdida bruta</b>	<u>175</u>	<u>130</u>	<u>100</u>	<u>40</u>	<u>-85</u>
Gastos de operación	-125	-50	-50	-56	-210
<b>Utilidad / Pérdida de operación</b>	<u>50</u>	<u>80</u>	<u>50</u>	<u>-16</u>	<u>-295</u>
Intereses	-14	-14	-26	-31	-58
Utilid posición monetaria	30	20	27	30	37
Utilidad/Pérdida cambiaria	-59	17	-1	9	-78
Otros productos/gastos	-1	-47	-34	0	-24
Utilidad del ejercicio	6	56	16		
<b>Pérdida del ejercicio</b>	<u>6</u>	<u>56</u>	<u>16</u>	<u>-8</u>	<u>-418</u>



## *CONCLUSIONES*

Las conclusiones se presentan en relación con cada objetivo de la investigación con lo que, al mismo tiempo, se da respuesta a las preguntas que guiaron el trabajo.

### ***Objetivo principal***

- **Determinar cómo iniciar y cimentar una teoría de insolvencia de los grupos de empresas.**

Aunque pareciera pretencioso, en un principio se tomó un tema de actualidad preocupante para transformarlo en tema científico: la quiebra de los grupos de empresas.

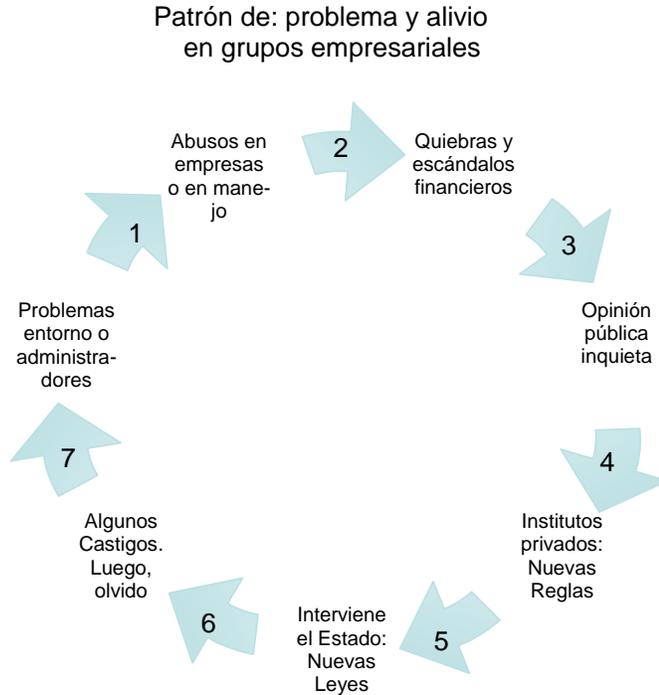
La conclusión principal de la tesis es la necesidad de contar con bases sólidas de teoría para el estudio sistemático de las quiebras de los grupos de empresas. Esta tesis contribuye a cimentarlas estudiando las múltiples cuestiones a que da lugar la compleja situación financiera, laboral, social y hasta política que es la quiebra de un consorcio. La formulación del problema en la pregunta “¿cómo iniciar y cimentar una teoría de insolvencia de los grupos de empresas?”, y los esfuerzos para buscar las posibles respuestas, nos llevaron a explorar campos nuevos y a reunir la información que aportamos para la integración inicial del cuerpo de conocimiento en este tema.

La historia comparada de quiebras, limitada por ahora en cuanto a su validación, no nos dio elementos suficientes para rechazar la conjetura con la cual iniciamos esta investigación, respecto a que se dan algunas regularidades en la quiebra de los grupos de empresas, que son invariantes en el tiempo y en el espacio. La abstracción de la compleja situación de la quiebra de los grupos de empresas, a que llegamos destacando las variables pertinentes, es el “Patrón de problema y alivio en grupos empresariales” a base de etapas.”

En esta tesis tratamos de establecer el marco interpretativo de la quiebra de los grupos de empresas en el mundo, combinando con espíritu generalizador los conocimientos y observaciones dispersos y nuevos que hemos recopilado, en un todo coherente. Como una de las conclusiones planteamos la hipótesis de que todos los grupos de empresas tienen en común una misma estructura de base y buscaremos explicar cómo un sistema complejo sobrevive y evoluciona, y cómo ejerce efectos sobre su entorno, lo que dará soporte a la teoría que aspiramos.

Nos hemos esforzado por atacar el problema en su conjunto y en toda su complejidad y dado lo difícil que es extraer principios generales, sintetizamos la variedad de pensamientos en la imagen del “Patrón de problema y alivio en grupos empresariales”, con las etapas: problemas del entorno, errores de los administradores, abusos en las empresas o en el manejo de valores, escándalos financieros y quiebras, opinión pública inquieta, nuevas reglas de los institutos privados aplicables principalmente por sus

miembros, intervención del Estado con nuevas leyes, algunos castigos y, luego, olvido... y se reinicia.



Fuente: elaboración propia con los resultados de la investigación.

La información disponible sobre las quiebras y que hemos recopilado, no nos lleva todavía a establecer principios o leyes, sino sólo a hacer generalizaciones y distinguir que hay quiebras por causas fortuitas, por errores de los administradores, y quiebras que dan lugar a suspicacia por posible engaño.

No es propósito de este trabajo promover mayor legislación ni más cuerpos de vigilancia que se agregaran a los ya existentes, sino que los empresarios y los estudiosos de la administración y los profesionales de la insolvencia y de los concursos mercantiles, encuentren lecciones útiles para evitar los errores y fracasos económicos, y para seguir investigando.

### **Objetivos secundarios**

- **Analizar cuál es el estado del arte en la investigación sobre quiebras de grupos en el ámbito mundial.**

Empezamos por admitir el estado imperfecto de nuestro conocimiento acerca de la quiebra de los grupos de empresas, pues disponemos de información e indicadores

fragmentarios, y de datos numéricos no plenamente confiables. Consideramos estar en el primer paso de esta teoría, haciendo la descripción de los fenómenos y buscando apreciarlos con visión objetiva, uniforme y coherente.

Buscamos llamar la atención de los investigadores hacia este campo de estudio que en México tiene bibliografía de una treintena de títulos en lo jurídico, pero sólo dos en lo administrativo, financiero y contable.

Desde el año dos mil cinco, los organismos y entes internacionales empezaron a manifestar inquietud respecto a los procesos de concurso mercantil de los grupos de empresas, en el ámbito de jurisdicción nacional y los que operan internacionalmente. La conclusión preliminar fue que es imposible encontrar una solución satisfactoria para todos los países.

Si bien la existencia de grupos de sociedades y la importancia de las relaciones entre sus integrantes se reconocen cada vez más, tanto en la legislación como en las resoluciones judiciales, no existe un solo código coherente de normas que rijan directamente esas relaciones de modo completo. En algunos países en que los grupos de sociedades están reconocidos en la legislación, no hay leyes de orden comercial o empresarial que regulen explícitamente su funcionamiento, sino aparecen en disposiciones de otras leyes que rigen los impuestos, la contabilidad empresarial, la competencia, las fusiones y cuestiones de otra índole. Es muy raro encontrar legislación que trate del régimen aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia. Además, al comparar las leyes en que sí se regulan algunos aspectos de un grupo de sociedades, las distintas cuestiones se abordan con criterios dispares no sólo de un país a otro sino también de una ley a otra de un mismo país. Así pues, cabe que el término “grupo” denote realidades distintas a efectos diferentes, aunque tal vez haya elementos comunes; cuando se utiliza un concepto particular para definirlo, como el de “control”, por ejemplo, el concepto se define en sentido más lato o más restringido, como ya se señaló, según la finalidad de la legislación.

Aunque en la mayoría de las leyes del mundo sobre insolvencia, se evita precisar lo que se entiende por “grupo de empresas”, se recurre a varios conceptos comunes para establecer cuáles serán las relaciones entre las entidades constitutivas que bastarán para configurarlas como grupo con fines específicos, como la extensión de la responsabilidad, los fines contables, la fiscalidad y demás. Esos conceptos comunes se encuentran en la legislación y en muchas decisiones judiciales relacionadas con los grupos de empresas de diversos países y suelen denotar aspectos como la propiedad y el control o la influencia que se ejerce tanto directa como indirectamente, aunque en algunos ejemplos se regula únicamente el ejercicio directo de la propiedad, del control o de la influencia.

En algunos casos, la propiedad se define por referencia a una relación formalizada entre las empresas, como la que existe entre una sociedad de cartera y sus filiales. A su vez esta relación viene determinada por un criterio de forma, consistente en la titularidad directa o indirecta de un porcentaje concreto de capital social o de derechos de voto. Los porcentajes sirven de presunción rebatible de la propiedad y, los más altos, establecen una presunción absoluta.

Lo que realmente cuenta no es tanto la forma jurídica estricta de la relación entre las entidades, como la relación entre la sociedad matriz y las filiales, sino las características de esa relación. Un criterio más funcional del grupo de empresas, lo centra en el control

jurídico-económico, en el dominio o influencia decisiva que se llama “control”. Se refiere a la capacidad de controlar, directa o indirectamente, la política financiera, el proceso de tomar decisiones y las operaciones del grupo. La capacidad de control hace referencia a la potencial pasividad de aceptar el control, y no a quien efectivamente lo ejerza.

El control se obtiene por la propiedad de bienes, la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la empresa dominante la capacidad de controlar. Puede ser entonces que el dominio venga de la titularidad de acciones o de las de opciones sobre acciones, y tenga la mayoría de los votos en las sesiones del consejo directivo o de la asamblea de accionistas, pero puede ser por otras razones. Una sociedad controla a otra cuando domina la composición del consejo de administración, o puede nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del consejo de administración o de sus directivos, o predomina en las decisiones estratégicas, o en los acuerdos internos y externos en materia de gestión y dirección; o administre y tenga firma en las cuentas bancarias; o custodie la información sobre el personal o razones de parentesco.

- **Determinar la validez de la teoría de insolvencia de los grupos de empresas que propone esta tesis.**

De las dos maneras fiables de establecer la validez de una teoría científica: la de verificar una predicción en el tiempo de que el acontecimiento anunciado se produzca efectivamente en la fecha anunciada; y la de aplicar la teoría a casos diferentes a aquéllos que se utilizaron para establecerla, optamos por la segunda.

Con base en la historia comparada de quiebras nacionales, concluimos que las nociones de ley y de teoría tienen sentido en la administración, pero dado su carácter de ciencia social no es el mismo que en las ciencias naturales.

También, con base en dicha historia, en administración podemos hablar de explicaciones y de buenas o malas prácticas en las empresas y hasta de generalizaciones, pero no de leyes universales que deban cumplirse invariablemente y que, en caso de aparecer una excepción haya que explicarla exhaustivamente, puesto que no se espera que dichas generalizaciones sean sin excepción.

Por teoría de la insolvencia de los grupos de empresas, vamos a entender <sup>164</sup> el conjunto de enunciados, reglas, conceptos, símbolos y conocimientos que permitan describir, explicar y predecir objetivamente la estructura (constitución) y comportamiento (movimientos y evolución) del fenómeno socioeconómico de los consorcios o familias de empresas, que resulten de observar, medir, registrar, analizar e interpretar las regularidades y generalizar en la forma de reglas y leyes.

Para ello, nos imbuimos en el proceso de conocer mediante rigurosa observación del objeto ‘grupos de empresas’, con método fenomenológico buscando su más completa descripción, explicación e interpretación. Seguimos la definición de método fenomenológico de Hessen, en cuanto a “aprender los rasgos esenciales y generales del fenómeno mediante autorreflexión de lo que vivimos” respecto a los problemas de los grupos de empresas. Buscamos “aprehender la esencia general del fenómeno concreto, sin

---

<sup>164</sup> Siguiendo las ideas acerca de ‘teoría’ de Heinz Dieterich, *Nueva guía para la investigación científica* (1996).

describir el proceso ni establecer lo propio de un conocimiento determinado, sino lo esencial a su conocimiento, explicando en qué consiste su estructura general." Nos limitamos a la descripción del fenómeno, tal como lo aplica Hessen, de que "la fenomenología sólo puede mostrar la efectiva realidad de la concepción natural pero no decidir sobre su justeza ni verdad. Este método nos condujo al problema aunque sin resolverlo, lo cual postergamos para un esfuerzo posterior ya que, como dice el autor, "la descripción fenomenológica puede y debe descubrir los problemas que se presentan en el fenómeno del conocimiento y hacer que tomemos conciencia de ellos."<sup>165</sup>

La investigación inició con la intención de integrar un marco teórico, en un esfuerzo disciplinado de recopilar conocimientos pertinentes, completos y coherentes, aunque sin llegar a formar una teoría cabal, debido a algunas inconsistencias o experiencias aducidas en contrario, pero que estuvimos dispuestos a aceptar mientras se encuentra una mejor teoría. Fue así como determinamos el estado del arte, recopilando lo conocido y lo construido por otros, estableciendo conexiones de conceptos y de logros aislados, de manera que fuera congruente y útil el conjunto que ofreciera esta tesis.

En otras palabras, nuestras propuestas de cimientos para la teoría de la quiebra de grupos de empresas buscan sustentación por razones objetivas, por motivos de interés y experiencia, y por antecedentes indagados, tal como pide Villoro que se expliquen las creencias para que puedan convertirse en conocimientos.<sup>166</sup> Así, nuestras ideas se fundamentan y consolidan con las aportaciones que han hecho otros investigadores, a lo largo del siglo pasado y hasta la época actual.

Comenzamos por el estudio de eventos particulares: un grupo de empresas, otros grupos de empresas, una quiebra, pocas quiebras; a sabiendas de que el árbol puede ocultar el bosque y de que es difícil reconocer la organización de un conjunto que se observa muy de cerca. Procuramos mantener objetividad y juzgar desapasionadamente los comportamientos de los protagonistas, tanto de las personas como de las entidades mercantiles, de los gobiernos y de los organismos internacionales.

Encontramos reiteración en los comportamientos, repetición de esquemas, presencia de síntomas similares y consecuencias parecidas, en distintos grupos, distintos países y distintas culturas, que habrá que seguir investigando para llegar a la exposición de la teoría de la insolvencia de grupos de empresas con validez comprobable en investigaciones independientes.

Para esta tesis, restringimos el campo de validación a sentar bases sólidas para investigar sobre nuestro objeto de estudio que hemos definido y que resulta reconocible e inquietante para otros investigadores en el ámbito financiero, de la administración, de las relaciones industriales, etc. Además, nos hemos permitido conclusiones que no encontramos en fuente alguna de las consultadas, y hemos creado un cuerpo de conocimiento que puede ser científicamente útil ya que reunimos y correlacionamos de manera orgánica las preocupaciones y opiniones de otros sobre el mismo tema. Por último, ofrecemos nuestros resultados como avance del conocimiento en el tema, con efectos potencialmente favorables en la economía de los distintos países y en la fluidez de la economía mundial.

---

<sup>165</sup> Hessen, Johan, *Teoría del conocimiento*, Espasa Calpe Mexicana, 15ª. edición, México 1980.

<sup>166</sup> Villoro, Luis, *Crear, saber, conocer*, Siglo XXI Editores, 16ª ed, México 2004, página 123 a 143.

Entonces, para la pregunta ¿cómo establece esta investigación la validez de la teoría de insolvencia de los grupos de empresas?, tenemos la respuesta de que la historia tiene mucho que enseñarnos cuando estudiamos las quiebras ocurridas a los consorcios y nos esforzamos por confrontar los datos encontrados, buscar formas de comprobación, detectar las discrepancias e investigarlas hasta el fondo. El método consiste en el estudio de eventos particulares aunque sin perder de vista el conjunto, y de que la recopilación de hechos objetivos tiene por objeto el extraer abstracciones y tratar de mostrar lo contrario a lo que nos propusimos demostrar; esto es, que no hay repeticiones ni rasgos comunes en las conductas detectadas en los casos de quiebra estudiados. Sin embargo, ya dijimos al hablar de los objetivos, que encontramos reiteración en los comportamientos, esquemas, etc.

El campo de validación de esta tesis, quedó restringido a sentar bases sólidas para investigar sobre los problemas financieros de los grupos de empresas, que acaban repercutiendo en la administración y otras disciplinas.

- **Analizar qué método emplear para integrar un cuerpo de conocimiento que nos permita prever las quiebras de los grupos empresariales.**

Con base en la historia comparada de quiebras internacionales, la expansión de la crisis empresarial de unas sociedades del grupo a otras por su vinculación empresarial, es uno de los hechos económicos que deberían tener en cuenta las leyes de insolvencia o concurso mercantil, como riesgo inminente de la crisis financiera y posterior insolvencia de una o más empresas del grupo. A partir de esto, los tribunales competentes para declarar en concurso a una sociedad filial serían los del Estado desde el que operen sus respectivos administradores de derecho, de forma reconocible por terceros diligentes. Sin embargo, la individualización del foro competencial en función de cada sociedad filial, cede cuando no goza de una mínima autonomía empresarial bien porque la sociedad se muestre totalmente inerte o porque exista un dirigente de facto, siempre que dichas disfunciones se proyecten *ad extra*, esto es, hacia los terceros. Sin embargo, ello no supone sin más la calificación de la sociedad filial como un mero establecimiento secundario, pues entonces, a partir de la literalidad del Reglamento de insolvencia se justificaría la competencia de los tribunales del estado donde se encontrase dicho establecimiento (en el caso, Irlanda), con el riesgo de dejar sin activos al procedimiento principal (el abierto en Italia).

Por tratarse de empresas mercantiles, emprendimos la búsqueda en el campo de la economía y seguimos la pista a los estudios interesados en las formas en que la sociedad organiza la producción, distribución, consumo e intercambio de bienes/servicios pero destacando como variable importante al comportamiento humano y, como objetivo fundamental, el entender los fenómenos empresariales como resultado de dicha conducta y de los cambios e innovaciones que ha provocado en el devenir de la historia.

Caracterizamos la corriente de pensamiento del historicismo comparado, estudiando a siete autores representativos del periodo desde mediados del siglo XIX hasta el siglo XXI. Estudiamos con mayor detalle la teoría de William Lazonick quien sigue sosteniendo que el estudio de los fenómenos económicos debe ser histórico porque los procesos internos de las empresas así como las interconexiones que establecen, están sujetos a

cambio debido a: a) su propia dinámica interna; b) cambios en la política pública; y, c) el surgimiento de competencia internacional.

- **Conocer cómo detectar los momentos de crisis financiera y explicar los rasgos comunes de casos heterogéneos.**

Hemos querido entender los sistemas llamados grupos de empresas en sus momentos de crisis financiera; y explicar los rasgos comunes en casos heterogéneos en cuanto a giro de las empresas, tamaño, país o países de operación y otras características. Sacar lecciones del pasado que hemos estudiado con metodología de la historia comparada, explicar los casos presentes e investigar técnicas para pronosticar los que vayan a ocurrir.

Una consecuencia de nuestra investigación fue que entendimos el funcionamiento de los grupos de empresas y su caída en quiebra, estableciendo la relación entre las transacciones que realizaron, las posibles causas y sus efectos combinados en el tiempo. Los grupos de empresas son sistemas complejos que evolucionan bajo los efectos combinados de numerosos factores. Son sistemas heterogéneos y varían en sus propiedades fundamentales: tamaño, capacidad económica, cohesión de las empresas, nivel de control entre ellas (autoridad-acatamiento), y cuyo comportamiento requiere de las variadas disciplinas que estudian a la empresa.

Para estudiar el sistema complejo de los grupos de empresas, consideramos sus objetivos, las funciones, las empresas integrantes, la evolución al crecimiento y al éxito y luego los tropiezos financieros y la caída, desde una perspectiva de conjunto para evitar las conclusiones reduccionistas que explican las diversas consecuencias en función de causas únicas que luego es muy difícil hacer converger hacia un resultado cercano a la realidad económica de las quiebras.

Los grupos de empresas funcionan en México y en el mundo, y mientras son exitosos provocan admiración y obtienen menciones especiales de revistas financieras, de agrupaciones profesionales y de gobiernos. Pero cuando entran en dificultades, éstas son enormes y de efectos multiplicativos; resaltan las carencias, las fallas, las omisiones, las imprevisiones y las contradicciones. El colmo de la complejidad, lo vemos cuando el consorcio entra en dificultades financieras, primero de iliquidez y finalmente de insolvencia que llevan a la quiebra a una empresa del grupo o a muchas empresas del grupo.

Entonces vemos surgir concepciones legislativas nuevas o reformas urgentes y a las autoridades judiciales de diferentes países que, ante la insuficiente o restrictiva legislación, dirimen las cuestiones y van construyendo soluciones acordes al mundo empresarial moderno, y en las quiebras internacionales van allanando las dificultades de comunicación y de ejecución.

Con base en la historia comparada de quiebras internacionales, se examinaron las causas, circunstancias y efectos de la declaración de quiebra de grupos grandes de empresas, que poco antes habían sido recomendados por las firmas de analistas, de calificadores y de intermediarios para que la gente invirtiera en sus valores. La quiebra de estos grandes grupos sigue sorprendiendo. Como una ironía fantástica, primero lucieron poderosos, admirados y luego cayeron. La apreciación que sus dirigentes llega-

ron a ganar y su colapso final no fueron, sin embargo, hechos incongruentes sino fenómenos encadenados.

Debemos ver completa la vida de los consorcios en relación con las leyes para apreciar la manera en que condujeron sus asuntos. Los hitos de su crecimiento a partir de una empresa pueblerina hasta llegar a ser el gran grupo poderoso en su giro, tiene muchas facetas, y directa y profunda resonancia en el grupo social.

Su amplio éxito que aprovechó a muchos y su resonado fracaso que dolió a muchos más, fueron consecuencia de acciones deliberadas y extremas para establecer, mantener y desafiar los límites de las libertades del marco jurídico en el entorno de economías superindustrializadas y hasta líderes en el mundo, el Grupo de los Siete.

Y así se da la evolución:

*Comienzo.* En el comienzo, una empresa modesta fue obteniendo éxito por algún factor positivo preponderante.

*Transformación.* Luego vinieron los cambios que impulsaron su crecimiento: la fusión con otra empresa, la adquisición de competidoras o complementarias y la creación de filiales que fueron favoreciendo la expansión territorial y creando fama.

*Patrocinio.* El grupo llamó la atención de los detentadores de recursos y fueron proporcionándoselos. Se acercaron los líderes de opinión sobre inversiones y empezaron a recomendarla y los intermediarios empezaron a ganar dinero, no gracias a los buenos resultados del grupo corporativo sino al volumen de transacciones con las acciones y otros valores (los medios se volvieron fines). También los consultores financieros, legales, contables y de auditoría, avalaron el desarrollo del grupo aunque no desinteresadamente.

*Vorágine.* El grupo se fue endeudando, luego empezaron los colaterales para aliviar los predicamentos, se ampliaron las garantías, y se redujeron las opciones para sostener el equilibrio y hubo que recurrir a las más complicadas. Sus relaciones rebasaron el ámbito económico y sus ejecutivos se aventuraron en los ámbitos social y político y adoptaron mecenazgos preferentemente de deportes aunque también del arte y de la educación formal. El fundador del consorcio se sintió obligado a sostener la imagen o sea las apariencias, y la espiral empezó a adquirir velocidad y autonomía, vida propia. El problema ya no fue de formas sino de velocidad superior a la capacidad de los frenos y se volvió vertiginosa.

*Garantías.* Se empezaron a otorgar más garantías y a “cruzarlas” como el paso definitivo hacia el colapso. Hay que ver el otorgamiento y la cesión de bienes en garantía, como un tipo de insolvencia puesto que se cede el control de los activos aceptando y declarando su destino de ser vendidos para pagar a los acreedores o, mejor dicho, para que se cobren.

*Colapso.* Enredados en las ficciones y apariencias y ya abandonados al vértigo, sobrevino el desenlace y les fue difícil aceptar lo inevitable. Empezaron a tocar piso ante la constatación del abandono por parte de (en su orden) patrocinadores, intermediarios, asesores, pedigüños y amigos. Hubo que afrontar: la confesión de las acciones equivocadas o perversas, la renuncia al puesto, la quiebra de las empresas, la intervención de autoridades financieras, fiscales y penales, en ese orden. Integración de comisiones investigadoras, cambios a las leyes, declaraciones, noticias. Soluciones acalladoras,

conformidad de los pequeños inversionistas con su mala suerte. Callamiento de la opinión pública y olvido paulatino por parte de la comunidad.

- **Analizar cuáles son las lecciones que nos deja el pasado estudiado con metodología de la historia comparada.**

En la investigación que continuará la de esta tesis, en etapa posterior, abordaremos el fenómeno remontando hacia las escalas más grandes: acumular numerosas mediciones y cifras pertinentes, buscar la distribución de los valores y tratar de acomodarlos en forma matricial. Procuraremos evitar la preocupación de los científicos respecto a que la medición perturbe al fenómeno estudiado, y el observador interfiera en su desempeño como ocurre sobre todo en las ciencias sociales. En el futuro, orientaremos el análisis de los datos hacia la validación o no de nuestra hipótesis y comprobación posterior. Trabajaremos con el doble objetivo de documentar la variabilidad de las quiebras de los grupos de empresas en un periodo largo para evaluar el impacto en la actividad humana; y también probar los diversos casos sobre regímenes completamente diferentes de lo que conocemos actualmente.

Expresamos nuestros hallazgos y conclusiones, siendo la inmediata que: los grupos de empresas son el principal impulsor del desarrollo de las economías capitalistas o de libre empresa, y serán quienes dominen el mercado nacional y el mundial.

Administrar los grupos de empresas implica decisiones informadas y resolución de problemas más complejos que cuando se trata de la empresa singular. Hay diferencias en la estrategia y operación de unas y otra, con resultados distintos en la economía.

Los grupos de empresas establecen redes de relaciones y transferencias que producen sinergia pero pueden ser tentadoras para sacar provecho mediante maniobras de beneficio inmediato pero con efectos dañinos a terceros en el mediano plazo, y hasta a la propia empresa y su grupo.

Los inversionistas, los gobiernos y algunos entes mundiales, se preocupan por los riesgos implícitos en la operación de los grupos de empresas. Pueden tener efectos monopólicos, dominar el mercado y fijar los precios a su conveniencia y de quienes los rodean o sirven. Tenemos el ejemplo de los grupos petroleros. "Si quieren rebajar fuertemente el precio del petróleo y la gasolina, el camino es romper los monopolios petroleros."<sup>167</sup>

Será necesario hacer vigorosa y honestamente ejecutables las leyes antimonopolio para contrarrestar los efectos en los precios y el dominio del mercado, por parte de los conglomerados gigantescos de empresas redituables que absorbieron a sus competidoras mediante adquisiciones o fusiones.

El riesgo con mayor impacto social y hasta político está en el financiamiento de los grupos de empresas mediante la emisión de bonos u obligaciones hipotecarias, que cuando resultan impagables dañan a miles de pequeños inversionistas y desbordan las fronteras nacionales.

---

<sup>167</sup> Culp y Niskanen, página 203 quienes hacen esta cita como precedente de la escisión que sufrió la Standard Oil en 16 empresas el año 1911.

Los procedimientos de insolvencia o concurso mercantil son una opción para resolver los problemas de las empresas que caen en falta de liquidez. La Ley de Concursos Mercantiles superó en múltiples aspectos a su antecesora, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, pero aun tiene algunos que convendría mejorar o complementar

La Ley de Concursos Mercantiles se ocupa del tema de las partes relacionadas, y lo ha resuelto de una manera funcional, aunque hay polémica en algunos aspectos y se requieren algunas reformas para que abarque y regule las diversas situaciones.

Cuando una empresa recurre al procedimiento de concurso mercantil siendo viable, se pueden lograr convenios en los que las partes pierdan lo menos posible, y establezcan la reestructuración y rescate la empresa.

Lamentablemente, a las leyes de insolvencia o de concursos mercantiles, les falta ocuparse con mayor orientación y especificidad de la problemática de la iliquidez, insolvencia, conciliación y quiebra de los grupos de empresas. También es el caso de la Ley de Concursos Mercantiles sin que se demerite con ello el gran avance que representó con respecto a su antecesora la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Pese a que los grupos de empresas son parte importante de la realidad económica actual, tanto la legislación mercantil en general como la de los concursos mercantiles en particular, se centran en la figura de la sociedad mercantil individual. Así ocurre en México (con la sola excepción de una ley financiera), y en el resto del mundo. Se preguntaría uno cómo se sobrevive en tal carencia de legislación específica.

Pues, se sobrevive manejando la complejidad de localizar las disposiciones aplicables en decenas de leyes de variada índole; de vivir al pendiente de reformas a las mismas, parciales y frecuentes; de interpretar a partir de lo individual, su proyección a la colectividad de empresas que operan en grupo; y, en breves palabras, de ir haciendo camino al andar.

Se están haciendo esfuerzos y se ha iniciado el estudio de la insolvencia de los grupos de empresas en el plano internacional, pero en nuestro país transcurrirán varios años para alcanzar la madurez social y política que requiere la actualización provechosa de las leyes al ritmo de la dinámica de la vida social.

El tema de la insolvencia y sus repercusiones es campo de estudio necesario y fértil para la mejor administración y supervisión de los grupos de empresas, y el impulso al desarrollo económico generador del empleo en un país de sostenido crecimiento poblacional.

Aspiramos a contribuir a que la administración sea una manera de pensar el mundo de los negocios y de encontrar formas de que los conocimientos sobre los grupos de empresas y sus problemas financieros, contribuyan a la resolución de los problemas acuciantes de la humanidad.

De las respuestas obtenidas en este estudio no se identificó ninguna "gran idea" que ayude a eliminar el problema de las empresas fénix, ni se percibe la necesidad de conferir más facultades legales a entidad alguna. El fenómeno de las empresas fénix está más relacionado con circunstancias particulares del mercado, con dificultades para poner en práctica y realizar las medidas ya plasmadas en alguna ley, y con exceso de tramitología.

Lo más alentador del estudio es que en algunos regímenes, el problema de las empresas fénix ha sido resuelto o aminorado con las medidas que ponen en práctica los órganos reguladores de insolvencia.

El filósofo Fernando Savater,<sup>168</sup> siempre con comentarios chispeantes, dice que:

“Hay un antiguo dicho que asegura que si robas un poco te dirán *robaperras* o ratero y, si lo haces en gran escala, te llamarán gran financiero. Es verdad que en ocasiones no es fácil establecer el límite entre lo que es un robo real y aquello que son operaciones económicamente audaces. Los financieros que conocen mejor los entresijos del sistema llevan a cabo operaciones que, sin estar estrictamente por fuera de la ley, rozan lo ilegal. En ocasiones se pasa en una misma operación de lo legal a algo menos legal o a lo francamente ilegal. Existen paraísos fiscales, esos lugares que son como espacios en blanco, donde pareciera que están suspendidas leyes que en otros lados tienen plena vigencia. Hay toda una parafernalia de especuladores que se mueven y se enriquecen al utilizar sistemas que, si bien no son delictivos en el sentido literal del término, equivalen a robar a efectos morales. Hay que distinguir qué es la legalidad y la moralidad de los comportamientos, sobre todo en situaciones de penuria y escasez.”

Y más adelante, agrega que:

“El robo de las ideas es una acción mucho más sutil que el sustraer objetos físicos, como también ocurre con los fraudes especulativos y financieros.”<sup>169</sup>

oooooooo

---

<sup>168</sup> Savater, Fernando, *Los Diez Mandamientos en el Siglo XXI (Tradición y actualidad del legado de Moisés)*, Editorial Debate, México 2004, página 130.

<sup>169</sup> Savater, Fernando, *Ibidem*, página 135.



## APÉNDICE

### **CUESTIONAMIENTO PARA INVESTIGACIÓN FUTURA EN CUANTO A LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS**

#### *Introducción*

“Lo difícil en ciencia no es encontrar las respuestas correctas, sino plantear las preguntas en forma correcta.” Einstein <sup>170</sup>

En el transcurso de esta investigación fueron surgiendo interrogantes. Es natural, pues el proceso de investigación con su propósito de generar conocimiento nunca concluye y es parte de la esencia humana el querer conocer y saber más. Cuando la humanidad llegara a saberlo todo, nada quedaría por investigar.

Cada hallazgo nos fue planteando nuevas preguntas en el proceso continuo del querer saber más acerca de la posible teoría de la insolvencia de los grupos de empresas, en las dos dimensiones de amplitud y profundidad. Fue así que surgieron muchas dudas concretas que fuimos plasmando por escrito en forma de las preguntas que podrán ser utilizadas en investigación posterior, por parte de nosotros mismos o de algún otro investigador interesado en el tema.

Partimos de ideas aisladas para sentar las bases de la teoría de insolvencia de los grupos de empresas, y otros podrán tomar estas ideas para seguir construyéndola. Tomamos ideas de otros y construimos bases que otros podrán aprovechar y acrecentar. Dichas preguntas están clasificadas por tipo de problema como sigue:

- 1) Necesidad de conocer los grupos de empresas
- 2) Problema conceptual
- 3) Problema de variedad y de complejidad
- 4) Problema de insolvencia del grupo
- 5) Problemas para los acreedores
- 6) Problemas para los tribunales
- 7) Problemas por las empresas fénix
- 8) Problemas del procedimiento judicial del concurso mercantil
- 9) Problemas de estrategia, contabilidad y de finanzas

---

<sup>170</sup> Cita de Heinz Dieterich, *Nueva guía para la investigación científica*, Ed. Planeta Mexicana, 1996, página 77

Como ya adelantamos en la introducción al explicar la estructura de este trabajo de tesis, el apéndice se ofrece como apoyo a la futura generación de conocimiento, pues las lagunas que fuimos encontrando dieron lugar a cada pregunta.

## **1. Problema porque hay necesidad**

¿Por qué es interesante estudiar los grupos de empresas?

Porque hay necesidad de legislación, preferentemente en un cuerpo de leyes específico, tanto para su operación en marcha como para los procedimientos de concurso mercantil.

También hay necesidad de legislar específicamente el concurso mercantil para grupos de empresas.

¿Qué aspectos del procedimiento de concurso mercantil son los más acuciantes por falta de legislación?

- Inicio del proceso: solicitud del comerciante (conjunta de las empresas del grupo) o demanda de los acreedores (a todas las implicadas).
- Coordinación procesal en caso de dos o más procesos iniciados a las empresas de un grupo
- Financiamiento factible para rescatar las empresas ya declaradas en concurso mercantil; su gradación y prelación
- Fecha de retroactividad y posibilidad de impugnar las operaciones entre partes relacionadas
- Consolidación patrimonial de las empresas de un grupo para integrar “masa” común de la cual pagar a los acreedores de la quebrada o quebradas
- Designación de un especialista en todos los procesos de empresas del mismo grupo; o coordinación de todos los designados.
- Rescate. Un único plan de reestructuración financiera para todas las empresas del grupo.

Necesidad de legislar el concurso mercantil para grupos

Problema mundial: Carencia de legislación específica y compilada, para los procedimientos de concurso mercantil de los grupos de empresas.

En México, la Ley de Sociedades Mercantiles regula las diferentes formas de organizar y operar una empresa como sociedad individual e independiente. Sólo la Ley de Asociaciones Financieras se ocupa de los grupos de empresas en dicho giro. Las disposiciones acerca de variados aspectos de los grupos de empresas, están dispersas en diferentes leyes mercantiles y fiscales, y las va uno encontrando bajo diversos nombres: grupos de empresas, partes relacionadas, agrupación financiera, etc. Por su parte, la Ley de Concursos Mercantiles alude a los grupos de empresas, pero da por sentada la

personalidad jurídica individual de las personas morales, y da la posibilidad de relacionar los procedimientos pero se llevan por cuerda separada.

Los procedimientos judiciales más complejos del mundo, han sido las quiebras de grupos multinacionales, por dificultades como las siguientes:

- r) Jurisdicción delimitada de los tribunales
- s) Comunicación de los tribunales de diversas jurisdicciones nacionales e internacionales.
- t) Legislación diferente en cada país.
- u) Aplicación al grupo de empresas, sin considerarlo jurídicamente como la entidad económica única que es, de las disposiciones hechas para la empresa individual
- v) Aplicación de leyes y decretos hechos al vapor, casi con dedicatoria
- w) Empresas del grupo domiciliadas en varios países.
- x) Masa de bienes y derechos, dispersa en varios países y bajo formas jurídicas diferentes. Fideicomisos.
- y) Definir al grupo y si todo debería entrar en insolvencia o sólo abrir procedimiento a las empresas que sean insolventes, y las demás continúan en marcha.
- z) Variada estructuración de los grupos por variado tipo de relación entre las empresas: jurídica o de facto, formal o informal.
- aa) Cada empresa tiene existencia y personalidad jurídica propias, debe ser tratada como entidad independiente y, como su patrimonio es propio, se la administra por separado en su procedimiento de insolvencia.
- bb) Transacciones entre partes relacionadas. Para determinar las empresas del grupo a las que haya que iniciar procedimiento, falta definir el tratamiento de las deudas internas del grupo, las que pudieren nacer de una contragarantía y la cuantificación y responsabilidad por pasivos contingentes comunes.
- cc) Garantías, contragarantías y avales entre las empresas del grupo.
- dd) Contabilidad, información financiera por cada empresa y consolidada.
- ee) Discrepancia de la estructura jurídica del grupo con su estructura operativa, financiera y contable.
- ff) Dificultad para desentrañar las operaciones de un acreedor con varias empresas de un grupo o de los financiamientos conjuntos; o las operaciones entre ellas o las copropiedades, o el uso y destino de los bienes de la masa.
- gg) Falta de respaldo legal para mancomunar las masas de varias empresas, oposición de los acreedores de cada una de ellas, ni siendo controladora y controladas, aunque existan antecedentes, como en México algunas resoluciones de juicios laborales.
- hh) Se carece de orientaciones generales acerca de la forma de abordar la cuestión de la insolvencia de un grupo de empresas y, de las circunstancias en que habrían de recibir un tratamiento distinto del que se da a la empresa individual, y si sería legal.

Aunque menos que los multinacionales, también son complejos los procedimientos de grupos cuyas empresas están domiciliadas en el mismo país.

## **2. Problema conceptual**

¿De cuántas formas se llama al mismo fenómeno y qué significan?

Grupo de empresas, grupo de sociedades, grupo de negocios, agrupación mercantil, grupo corporativo, consorcio, conglomerado mercantil, etc. En esta tesis, he optado por usar “grupo de empresas.”

¿Qué significa “grupo de empresas”?

¿Cuál es la diferencia específica de los demás grupos?

Es un conjunto de entidades económicas interrelacionadas, interdependientes e interactuantes dado que persiguen un objetivo económico que les es común

Pueden estar interrelacionadas de hecho o de derecho.

Su interdependencia se manifiesta en formas de poder y de control económico o personal.

Interactúan y los efectos de lo que hace una empresa del grupo afectan a otra u otras del mismo.

¿Por qué se organizan las empresas en grupo transfronterizo?

Las empresas en su expansión territorial, tienen que ubicar algunas extensiones de su estructura en distintos países, y en ello tienen gran importancia las leyes nacionales y las facilidades que dan, como la simplicidad de los mecanismos de constitución, los gastos de constitución de la persona jurídica y el régimen fiscal para transferencias, regalías, etc. Es una forma de expansión pero también de distribución del riesgo.

¿Qué es el control económico de una empresa?

Es el que obtiene una empresa de otra por poseer una determinada cantidad de acciones o participación de su propiedad que le permite tomar las decisiones; por ejemplo, más del 50% del capital.

## **3. Problema de variedad y de complejidad**

¿En qué formas se constituyen los grupos de empresas?

¿De cuántas formas operan los grupos de empresas?

¿Cómo caracterizar el espectro de niveles de complejidad de las estructuras corporativas?

¿Cómo caracterizar el grado de integración del grupo de empresas?

¿Dan lugar las alianzas (*joint ventures*) a considerarlas como un grupo de empresas?

¿Hay que considerar dentro del grupo a los fideicomisos (*trusts*) que tengan constituidos sus empresas integrantes?

#### **4. Problema de insolvencia del grupo de empresas**

¿Cuándo se vuelve insolvente un grupo de empresas?

¿Debería la insolvencia de una empresa disparar el concurso mercantil de las demás de su grupo?

¿Iremos a establecer una norma general por ley, o se debería conceder al juez (a la autoridad que decida) si una compañía dentro de un grupo debe sumarse a la situación de insolvencia?

¿Qué efectos financieros tienen los colaterales?

¿Por qué si una de las compañías tiene operación independiente, debería ser involucrada en el fracaso o problemas de otras compañías pertenecientes al grupo?

#### **5. Problemas para los acreedores**

¿En qué situación están los acreedores con respecto al grupo de empresas?

¿Qué es más conveniente para los acreedores, la mancomunidad de las propiedades del grupo o la independencia de los activos de cada empresa?

¿Pueden los acreedores ver al grupo como unidad económica y esperar que se integren los activos en una sola masa?

¿Activos destinados a fideicomisos?

#### **6. Problemas para los tribunales**

¿Qué problemas tienen en los procedimientos dentro del ámbito nacional?

¿Qué problemas específicos tienen en los procedimientos transfronterizos?

¿Cómo coordinar los apoyos técnicos para la autoridad judicial?

¿Un especialista de concursos mercantiles (conciliador en la etapa de conciliación y síndico en la etapa de quiebra) para todos los procedimientos de varias empresas del grupo o un especialista para cada uno?

¿Cómo coordinar a varios especialistas, en varios países?

¿Cómo zanjar que la contabilidad en los casos transfronterizos, obedece a distintas normas en diferentes jurisdicciones?

¿Qué necesitan los jueces para facilitar la comunicación en los casos de procedimientos de insolvencia transfronterizos?

¿Qué son los protocolos? ¿Qué ventajas tienen y cuándo deben ser usados? ¿Efectos de los protocolos, autorizaciones requeridas para establecerlos, negociación y aprobación, salvaguardias por incluir en los protocolos, problemas posibles y medios de solución?

¿Cuál debe ser el contenido de un protocolo?

Declaraciones y antecedentes

Definición de términos

Cláusulas sobre cooperación (cómo se maneja la protección de los activos, el reconocimiento de acreedores preferenciales, etc.)

Comunicaciones

Respeto a la independencia de los jueces de cada país involucrado.

¿Qué formas de cooperación hay?

Maneras como los jueces de un país pueden establecer comunicación con los tribunales de otros países en los casos de juicios de insolvencia que afectan a empresas o a grupos corporativos que trascienden fronteras y se ubican en varios países.

¿Cómo debería ser la cooperación judicial; esto es, entre los tribunales de los países involucrados?

- ¿Quién debe interactuar con el juez?
- ¿Cómo comunicar la información?
- ¿Cómo administrar y supervisar los activos del deudor?
- ¿Cómo definir el centro principal de negocios del grupo de empresas?
- ¿Administración conjunta de los procedimientos
- ¿Financiamientos para las empresas declaradas en concurso mercantil?
- ¿Planes separados o un solo plan de reestructuración colectiva?

¿Cuáles posibles reformas legales?

Las leyes protegen los derechos a los acreedores que tienen garantía real sobre inmuebles, pero poco uso en el caso de garantías mobiliarias. Se requiere mejoramiento de los registros públicos de la propiedad, modernizados y hacerlos operativos para que registraran también las garantías mobiliarias.

¿Cuáles programas de desarrollo son necesarios?

¿Qué formas imaginar de cooperación judicial?

- La comunicación judicial internacional, ha funcionado mucho mejor en materia de derecho familiar que en el derecho concursal. Lo han manejado mediante tratados internacionales.
- El uso de tratados o convenciones internacionales parece ser el camino más adecuado
- Formas: cartas de solicitud de cooperación, uso de protocolos por ley y la comunicación directa entre los tribunales.

- El juez que reciba del extranjero petición de colaboración, debe cuidar: 1) ¿Hay una convención internacional que lo rige?; 2) ¿Cómo son tratados los ciudadanos de este país, deudores y acreedores, en el país que me solicita colaboración?

¿Qué obstáculos hay?

Brecha económica entre los países donde están la empresa controladora y las afiliadas. Formalidades de la Ley escrita, especialmente en países de tradición jurídica romano-francesa como México.

Las economías emergentes se involucran en la economía global del flujo de capitales. Los sistemas de insolvencia juegan importante papel para dar confianza a los inversionistas internacionales y apoyar sistemas de gobierno corporativo en las empresas.

- Surgen problemas cuando la controladora está domiciliada en un país mientras la operación y los activos se encuentran en otros.
- Problemas con la designación de un especialista en una jurisdicción y la posibilidad de actuar en otra.

### **7. Problemas por las 'empresas fénix'**

¿Qué es una empresa fénix?

¿Son legales las empresas fénix?

¿Por qué crear una empresa fénix?

¿Por qué tienen mala reputación las empresas fénix?

¿Debo tratar con una empresa fénix?

¿Qué se puede hacer con quienes abusan del sistema?

¿Cómo puedo ayudar a este proceso?

¿Qué tan grande es el problema de las empresas fénix y cuál es su impacto?

¿Qué condiciones legales, regulatorias u otras contribuyen a la formación de las empresas fénix?

¿Qué medidas adoptar para contrarrestar la actividad fénix y qué tan exitosas son?

¿De que forma pueden ayudar los acreedores a que los administradores sin escrúpulos ya no constituyan ni administren nuevas empresas, para daño de posteriores acreedores?

Los países tienen carencias:

- En general la legislación no contempla la actividad de las fénix.
- No hay estadísticas confiables de la incidencia de las empresas fénix, pero si las hay de empresas concursadas o en quiebra y de cuestiones fiscales.
- Los giros donde se observa el fenómeno son:
  - o Construcción (de vivienda y extracción de materiales)
  - o Transportes (servicios de vehículos y mudanzas)
  - o Turismo, restaurantes, hoteles y bares.
  - o Industria textil y del vestido.

## **8. Problemas del procedimiento judicial de concurso mercantil**

*Número de procedimientos de concurso mercantil ¿Cuántos?*

¿Es mejor un procedimiento de concurso mercantil para cada empresa de un grupo o uno conjunto para todas las que lo solicitaran o fueran demandadas?

¿Sería ideal un solo procedimiento de concurso mercantil para el grupo completo de empresas? ¿Sobre todo para los grupos muy integrados o de relaciones imbricadas?

¿Implicaría el procedimiento único, una sola masa con todos los bienes y derechos de todas las empresas del grupo?

¿Una sola lista de créditos reconocidos, en orden y prelación, de todos los acreedores de todas las empresas?

¿Sería común el destino de las empresas del grupo? ¿Una sola sentencia?

¿Sería funcional para grupos poco integrados, con operaciones conjuntas ocasionales o pocos intereses en común?

¿Sería viable tener dos tipos de procedimiento para dos tipos de grupos de empresas?

¿A los grupos sumamente integrados, encauzarlos a un procedimiento único y obligatorio para todas las empresas del grupo, y a los grupos formados por empresas con relativa independencia, tratarlas separadamente?

¿Solucionaría un solo procedimiento, las dificultades de las empresas deudoras (siendo unas insolventes y otras solventes) y de los acreedores?

¿Procedería que un tribunal en ejercicio de su discrecionalidad, ordenara agrupar o fusionar la admisión de solicitudes contra más de una empresa insolvente de un grupo para facilitar la administración conjunta de todos los procedimientos?

La relación entre las empresas sea:

- a. grado considerable de interdependencia o control
- b. mezcla de los bienes de las empresas
- c. carácter ficticio de la relación o del grupo
- d. por la unidad de identidad.

### *Inicio del procedimiento para empresas del mismo grupo*

¿Quién debe dar inicio al procedimiento judicial para dos o más empresas del mismo grupo?

¿Solicitud de la controladora en nombre de sus controladas, o solicitud conjunta de todas y cada una de las empresas del grupo?

¿Solicitudes en escalonamiento? ¿Qué solicite cada empresa que vaya cayendo en incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago, con la indicación de que pertenece a un grupo y el ordinal de la solicitud, para ir las turnando al mismo tribunal?

¿Demanda del acreedor de una empresa que pertenece a un grupo, o demanda de un acreedor en el que sean deudoras o garantes varias empresas del grupo, o demanda del acreedor de una empresa del grupo que creyó estar negociando con el grupo?

¿Demanda de varios acreedores contra una o varias empresas del grupo?

¿Demanda de una autoridad penal contra una empresa o contra el grupo en su conjunto?

¿Procedería que la controladora iniciara el procedimiento judicial contra una o más integrantes de su grupo?

¿Podría una empresa del grupo solicitar el procedimiento para todas las del grupo, incluida la controladora?

¿Podría el síndico de una empresa en concurso mercantil, solicitar que se declare también a otra del grupo? ¿Podría el síndico de una controladora solicitar que entren a proceso las controladas del grupo?

¿Podrían los organismos públicos, en el caso de procedimientos especiales a grupos de empresas, o los organismos financieros como la Comisión Nacional de Valores, la Comisión Nacional Bancaria, etc, hacer la solicitud?

### *¿Cuándo?*

¿Solicitar el procedimiento cuando caiga en incumplimiento generalizado de pagos la primera empresa del grupo o esperar hasta que caigan todas?

¿Cómo calificar el grado de integración económica y organizativa del grupo de empresas?

¿Los bienes y deudas están estrechamente ligados y con alto grado de interdependencia de sus componentes?

### *Declaración de concurso mercantil ¿Cuáles?*

¿Por una empresa insolvente, declarar en concurso mercantil a todas las del grupo? Si se declara a una sola habría un solo procedimiento.

¿El incumplimiento generalizado de pago de una empresa, pone en dificultades financieras a alguna de las demás o al grupo en su conjunto?

### *Tratamiento de los saldos entre las partes relacionadas*

¿Tomar en cuenta las deudas contraídas entre las empresas del grupo o ignorarlas?

¿Hacer compensación de saldos?

¿Consolidar los estados financieros de las empresas para determinar si son o no insolventes o aplicar el cálculo individual?

### *Reestructuración financiera en la etapa de conciliación*

¿Qué puede ser más conveniente, reorganizar las finanzas de cada empresa en concurso mercantil de un grupo como ente individual, o un plan único que comprenda a todas las que estén declaradas en concurso mercantil, o un plan único para todas las del grupo, quebradas y sanas, estén o no en concurso mercantil?

¿Cuáles son las opciones o modos en que el procedimiento afecta a la deudora y a sus bienes?

1. Unificar todos los procedimientos y llevar el concurso mercantil de varias empresas de un grupo, en un solo procedimiento.
2. Llevar los procedimientos por cuerda separada pero coordinados en el mismo tribunal y con el mismo especialista a cargo.
3. Llevar procedimientos independientes cada uno siguiendo su propio destino.
4. ¿Es conveniente que las empresas del grupo se administren conjuntamente y, las negociaciones den lugar a planes consensuados de reestructuración financiera, en los que las distintas empresas sean tratadas como entidad única, aunque en la realidad nunca se integre formalmente la mancomunidad de sus patrimonios porque no lo permitan las normas de derecho positivo?
5. ¿Independientemente de que los procedimientos puedan unificarse o coordinarse, la reorganización de las empresas deudoras podrá efectuarse con arreglo a un plan único, buscando su adaptación y apego a derecho aunque no haya disposiciones jurídicas específicas para hacerlo?
6. ¿Hay que respetar la personalidad legal de cada empresa, y que se presente una solicitud o demanda por cada empresa insolvente? ¿Sólo hacer extensivo el proceso de concurso mercantil a otras empresas del grupo, cuando todas ellas accedan expresamente, como partes interesadas?
7. ¿Cómo hacerlo? ¿Con mancomunidad procesal o administrativa?

### *Mancomunidad de los patrimonios*

¿Qué perjuicio podría acarrear a los acreedores la mancomunidad de patrimonios de las diversas empresas de un grupo formando una sola "masa"?

¿Qué es más conveniente para los acreedores, el procedimiento específico para cada empresa deudora o un solo procedimiento con una sola masa resultante de mancomunar el patrimonio de todas las empresas del grupo?

¿Qué marco legal se requiere para que los acreedores participen en una distribución de la masa, con los acreedores de otra entidad con menos solvencia?

¿Qué protección requieren los acreedores?

¿Cómo hacer válida la posibilidad de mancomunar o acumular la masa de todas las empresas del mismo grupo que estén en concurso mercantil?

¿Qué inconvenientes tiene?

No prevista en la legislación mexicana.

Pasa por alto la personalidad jurídica propia e independiente de las empresas.

Puede resultar inicua para los acreedores que se vean obligados a compartir la masa que les corresponde, y que ésta sea distribuida también a los acreedores de otra empresa menos solvente, aun cuando pudiera haber ahorro en gastos del procedimiento. Pudiera ser que los acreedores más fuertes e importantes, se aprovecharan de bienes a los que no tienen acceso ni, con rigor jurídico deberían tenerlo. Probabilidad de que una vez dictado, induzca a los acreedores que se oponen a solicitar su revisión, con las consiguientes prolongación del procedimiento de insolvencia, incertidumbre e imprevisibilidad jurídicas. Dado que los créditos internos desaparecen como consecuencia de combinar los patrimonios, los acreedores con garantías reales perderían sus derechos.

¿Cómo realizar la mancomunidad de bienes?

Tener presente que la Ley de Concursos Mercantiles regula todas las cuestiones de la “masa” en el contexto de la empresa independiente, pero pudieran ser inadecuadas para tratar la insolvencia de las empresas de un grupo.

¿Se podría ejercer la combinación de bienes únicamente cuando los acreedores estuvieren de acuerdo y bajo supervisión judicial?

Revisar el criterio de que cada empresa tiene personalidad jurídica propia e independiente, una vez abierto el procedimiento de insolvencia.

Revisar cómo fueron admitidos los procedimientos contra una o más empresas de un grupo de sociedades, y cuáles son los efectos.

### *Tratamiento de los grupos de empresas en un procedimiento nacional*

¿Qué comprende el procedimiento para el caso de insolvencia de una o más empresas de un grupo?

¿En qué circunstancias procedería iniciar un procedimiento contra todas las empresas de un grupo?

¿Qué criterio aplicar para iniciar el procedimiento a las empresas del grupo que no estén en insolvencia pero que deberían incluirse en el procedimiento por otros motivos?

¿Quién debe solicitar o demandar el procedimiento?

¿Cuáles son los efectos de la apertura? ¿En qué deberían diferir de los de la empresa individual?

¿Cuáles serían las decisiones en materia de utilización y disposición de bienes?

¿Cuáles serían las vías de recurso disponibles en un procedimiento de insolvencia contra un grupo de empresas?

¿Cabría o no nombrar a un especialista de concursos mercantiles para administrar el patrimonio de cada empresa insolvente del grupo, o sería apropiado que uno solo administrara conjuntamente las distintas masas de insolvencia?

¿Podrían interponerse recursos contra las empresas solventes de un grupo? ¿Podrían adoptarse medidas de amparo contra ellas? ¿Podría renunciarse a la protección inherente de la responsabilidad limitada de entidades independientes? ¿Dos o más empresas de un grupo pueden ser consideradas responsables de las deudas a favor de terceros de una de ellas? ¿Sería apropiado facilitar la mancomunidad sustantiva del activo y el pasivo de las empresas del grupo, la imposición de mandamientos de aportación y la subordinación de créditos?

¿Qué medidas de amparo serían adecuadas tratándose de un grupo de sociedades en situación de insolvencia?

¿Cómo podría buscarse la cooperación entre los tribunales y los especialistas de concursos mercantiles en el caso de un grupo de empresas, en particular cuando se nombran distintos especialistas para atender a cada una?

¿Qué facultades especiales requeriría el especialista de concursos mercantiles (síndico) que administrara el patrimonio de la sociedad controladora del grupo y, cuáles medidas adoptaría la controlada insolvente?

¿Cuáles serían las reglas para financiar el rescate de las empresas declaradas en concurso mercantil, pertenecientes a un grupo?

¿Cómo operar la compensación de adeudos en el caso de los grupos de empresas?

¿Cómo juzgar las operaciones de las concursadas, inclusive las efectuadas entre empresas del grupo?

¿Cómo vigilar las transacciones en el caso de que, durante la etapa de conciliación, los administradores sigan en sus cargos?

¿Qué disposiciones adicionales se requieren respecto a la reestructuración de la deuda de los grupos de empresas? ¿Cómo hacer la negociación, aprobación y ejecución del plan de reestructura financiera?

### *Procedimiento de grupos de empresas en lo internacional*

Los procedimientos de concurso mercantil de los grupos de empresas presentan problemas imprevistos en las leyes, que se multiplican cuando las deudoras pertenecen a un grupo multinacional, porque cada una es una entidad jurídica en sí misma, con domicilio en distinto país, contra las que deben incoarse procedimientos por separado.

¿Cuál es la tendencia de quiebras de los grupos de empresas?

Debido a la ubicuidad de los grupos de empresas en el ámbito mercantil contemporáneo, en los últimos años ha ido aumentando el número de casos de insolvencia con alcance multinacional.

¿Prevén las leyes mexicanas los problemas de la insolvencia de los grupos de empresas con procesos transfronterizos?

¿Qué dificultades hay para coordinar los procedimientos paralelos de insolvencia que se puedan llevar en distintos países contra empresas vinculadas?

¿Qué posibilidades hay de conformar un solo plan general?

¿Cómo superar la disparidad de regímenes de la legislación y la variedad de recursos procedimentales de cada país?

¿Cómo coordinar las distintas actuaciones y superar los problemas de diligenciar actuaciones judiciales paralelas?

¿Qué se puede hacer para facilitar la administración judicial de los casos de insolvencia transfronteriza?

¿Cómo facilitar la reestructuración de las deudas? ¿Permitir el financiamiento de las concursadas y su preferente grado y prelación, o no permitirlo?

¿Qué conflictos surgen cuando el procedimiento de insolvencia concierne a partes o bienes situados en diferentes países?

¿Si el procedimiento se rige por la legislación del país en el que se inicia, podrían hacerse excepciones?

¿Puede haber conflicto de leyes en el caso de las empresas multinacionales? ¿Cómo determinar la responsabilidad de la controladora respecto a una filial insolvente? ¿Cuál ley aplicar? ¿Aplicar a la filial la legislación del país donde opera? ¿Aunque sea un criterio opuesto a la unidad del grupo de empresa? ¿Dejar a los acreedores de las filiales en situación de desigualdad, dependiendo de su ubicación en distintos países?

¿Sería factible, si la responsabilidad se basara en la legislación del país de la controladora, ampliar la jurisdicción del tribunal? ¿Lo aceptarían los otros países? ¿Sentirían afectada su soberanía? ¿Se evita esto si la controladora asume voluntariamente las deudas de las filiales extranjeras?

¿Qué medidas adoptar al respecto?

¿Qué autorizaciones exigir (del tribunal o los acreedores) para obtener créditos después de iniciado el procedimiento (como en el nacional o interno)? ¿Cómo hacerlo con la controladora y las filiales en diferentes países y sujetas a distintas leyes de insolvencia y a procedimientos separados?

¿Cómo manejar el financiamiento que alguna de ellas pudiere obtener?

¿Podría la controladora obtener financiamiento en su país y suministrarlo a la filial de otro país?

¿Se debería solicitar la aprobación del tribunal o el consentimiento de los acreedores en el país de la controladora, en el de la filial o en ambos?

¿Podría un tribunal aprobar un financiamiento que tendrá efectos en otro país?

¿Se podrán reconocer en un país los mandamientos dictados en otro, aunque en cada país se exijan, por ejemplo, diferentes tipos de autorización para contraer diferentes tipos de deudas?

¿Tendría el especialista de concursos mercantiles que pedir autorización para contraer una deuda no garantizada para rescatar a la deudora?

¿Qué garantías y prelación requeriría autorización del tribunal y consentimiento de los acreedores?

¿Cuál especialista tramitarlo, el designado en la filial que lo necesita o el de la controladora? ¿Quién sería responsable, el especialista de la controladora o el de la filial, o los administradores de las empresas?

¿Qué grado y prelación dar a los préstamos obtenidos para rescatar a las concursadas?

¿En lo transfronterizo, a cuáles créditos de cuáles acreedores correspondería esa prelación?

¿De qué forma afectarán los diferentes grados de prelación que puedan otorgar los dos países de que se trate a la cuestión de la autorización para obtener nuevo financiamiento?

¿Permitir que se constituya garantía real sobre bienes no gravados o sobre bienes gravados pero sin prelación frente a los derechos de los acreedores reconocidos?

¿Podría un tribunal autorizar un préstamo con garantía de bienes en otro país para rescatar a las empresas?

¿Podría el tribunal autorizar la constitución de una garantía real aun con la oposición de los acreedores garantizados reconocidos? ¿En qué circunstancias?

¿Qué medidas facilitarían la administración conjunta de los procesos de concurso mercantil?

¿Qué marco legal hace falta para la comunicación y la cooperación transfronterizas y la utilización de protocolos transfronterizos y de otros mecanismos encaminados a abordar los problemas administrativos y procesales entre países?

¿Cómo determinar el grado de integración del grupo?

¿Cómo reconocer un grupo fuertemente integrado o en grado estrecho?

¿Tendrían los acreedores que investigar las vinculaciones de la empresa con la que trataron y a la que le otorgaron crédito para determinar si pertenece o no a un grupo y si la cohesión de dicho grupo es fuerte o no?

¿Habría que abrir un procedimiento principal contra una filial insolvente, en el país en que se halle el centro de los principales intereses del grupo, independientemente de que la sociedad controladora y las demás filiales registradas en ese lugar fueran o no objeto del procedimiento de insolvencia?

¿Sería necesario iniciar otro procedimiento en el país de la filial insolvente a fin de asegurar el acceso a sus bienes?

¿Sería mejor considerar que el centro de los principales intereses del grupo es el país donde está la sociedad controladora? Así, todas las filiales tendrían el mismo centro y

el tribunal competente no tendría qué ver con el lugar de constitución ni con el domicilio social de la filial.

¿Qué ventajas se obtendrían de introducir los conceptos: centro de los principales intereses del grupo de empresas, mancomunidad de patrimonios y administración conjunta de los procedimientos judiciales?

*¿Cómo conocer y definir el Centro de los principales intereses del grupo de empresas?*

Es el lugar donde la administración central del grupo ejerce sus funciones, donde se adoptan las decisiones de políticas, gestión y financiamiento. Adoptar en la ley este concepto sería una solución para los grupos con gran integración de las empresas constitutivas y que actuaran básicamente como entidad única.

Por ley, el grupo de empresas tendría que declarar su centro y determinaría el lugar (ciudad y país) en donde demandar el procedimiento de concurso mercantil contra el grupo o contra una o más de sus integrantes, y la ley aplicable.

¿Podría verse limitada la eficacia de los fideicomisos extraterritoriales si el régimen de insolvencia del país del fideicomitente (la empresa que transfirió los bienes), anula los actos de transferencia a la otra sociedad (fiduciaria)? ¿Esta anulación de operaciones podría constituir un daño a los acreedores? ¿Podría calificarse como fraude a los acreedores?

¿Por qué es difícil en algunos países hacer efectivas las contragarantías en los procedimientos de quiebra y liquidación? ¿Qué ha ocurrido cuando las contragarantías se han anulado?

La constitución y formalización de las contragarantías integran al grupo de empresas en una entidad única, pues unas responden por otras y las empresas quedan entrelazadas por responsabilidad mutua. En muchos sentidos, quedan formando una entidad jurídica única, por lo cual las contragarantías vienen a representar una forma de aportación o mancomunación voluntaria de patrimonios en el caso de que una o más de las empresas fueran objeto de un procedimiento de quiebra, mientras la contragarantía siga en vigor.

¿Qué tratamiento dar a las cuentas corrientes entre las partes relacionadas, esto es a los saldos deudores y a los acreedores entre las empresas del grupo? ¿Tomarlos en cuenta o eliminarlos para calcular si la empresa está o no en insolvencia?

¿Qué tratamiento dar a las contragarantías dadas u otorgadas entre las empresas del grupo y a terceros?

¿En un caso así, los acreedores podrían remitirse al balance consolidado de las empresas en vez de fundar sus expectativas de cobro en los estados financieros individuales de las que suscribieron la contragarantía?

Los grupos de empresas consolidan sus estados financieros para dar información útil a la toma de decisiones de sus administradores. ¿Por qué no consolidar sus procedimientos de concurso mercantil?

¿Qué posibilidades de éxito tendría una nueva normativa internacional de que los grupos presentasen informes financieros consolidados? ¿Cuáles serían los criterios pa-

ra que los grupos de empresas pasen de presentar sus balances unificados conforme a un criterio que hace hincapié en el fondo de las operaciones, a presentarlos conforme a otro criterio en el que la forma jurídica ha de predominar sobre el fondo?

Fueron las estructuras contables con partidas no consignadas en el balance general que posibilitaron las quiebras de Enron y WorldCom; de ahí que se exija claridad en la presentación de los estados financieros.

En la práctica contable no es indispensable la estructura jurídica que tengan los consorcios; los contadores consolidan balances de sucursales o de filiales. Hay riesgo de malentendidos por la presentación de estados consolidados. En los que los hechos predominen sobre la forma jurídica y ésta sobre el fondo. Fueron las estructuras contables con partidas no consignadas en el balance general las que posibilitaron las quiebras de Enron y WorldCom; de ahí que se debe exigir claridad en la presentación de los estados financieros.

### ***Problemas de estrategia, contabilidad y de finanzas***

¿Qué tenía Enron que fuera valioso: sus activos, sus acciones, su capacidad de crédito?

¿Cómo registrar en contabilidad las opciones para comprar acciones dadas como estímulo a los ejecutivos de la empresa?

¿Cómo juzgar el valor de las acciones cotizadas en bolsa de la empresa? ¿Por su utilidad generada o por la expectativa de utilidades futuras?

¿Es válido que las empresas o los analistas anuncien utilidades estimadas?

¿Cómo registrar las transacciones con las demás empresas del grupo? ¿Cuáles normas recomendar para las transacciones con partes relacionadas?

¿Cuál es la estrategia para retener al personal en el grupo de empresas? ¿Qué importancia tiene lo económico? ¿Existen otros factores además de la remuneración?

¿Qué son las entidades para propósitos específicos? ¿Qué tan válida es su existencia?

¿Qué papel tienen las entidades para propósitos específicos en los grupos de empresas? ¿Qué ventajas ofrecen utilizadas correctamente?

¿Qué es la consolidación de estados financieros? ¿Cuándo se pueden consolidar? ¿Cuándo se deben consolidar?

¿A qué maniobras se puede prestar la consolidación o la no consolidación?

¿Cuál es el papel del auditor externo en los problemas de los grupos de empresas? ¿Cuál es el papel del auditor interno?

¿Ha funcionado el código de ética de los contadores públicos? ¿Nota fallas o lagunas?

¿Qué conflicto de intereses plantea el desempeño del auditor externo de la empresa como su consultor?

¿Cómo realizar el ocultamiento de información financiera?

¿Se incurre en delito de fraude ocultando información? ¿Y maquillándola? ¿Y distorsionándola?

¿Qué obligaciones de revelación atribuir al auditor externo para considerar que su trabajo es útil para los inversionistas?

¿Cuáles diferencias hay en la estrategia y operación de los grupos de empresas con respecto a la empresa individual? ¿Cuáles son los resultados y efectos en la economía?

¿Cuáles son las repercusiones de las diferencias con respecto al juicio de concurso mercantil?

¿En qué medida los grupos de empresas contribuyen al surgimiento del fenómeno fenómeno fé-nix?

¿Qué repercusiones tienen estos problemas en el costo y disponibilidad del crédito?  
¿Cuáles repercusiones tienen en el desarrollo económico?



## ÍNDICE DE TABLAS

<i>Número</i>		<i>Página</i>
1	La innovación. Sistema de 5 categorías	3
2	Resumen del marco teórico	5
3	Análisis histórico comparado de 3 revoluciones	16
4	Teoría de la empresa innovadora	22
5	Tenencia de acciones japonesas	24
6	Cambios en sistemas de gestión japoneses	25
7	Balance de la empresa en concurso mercantil	36
8	Características del sistema complejo	48
9	Naturaleza de los grupos de sociedades	59
10	Procedimientos de insolvencia. Temas pendientes	87
11	Aspectos mínimos según la CNUDMI	90
12	Partes relacionadas. Actos de fraude	103
13	Partes relacionadas. Posturas de compra	104
14	Grados de reconocimiento de los créditos	109
15	Partes relacionadas. Auditoría concursal	113
16	Actividades del visitador	116
17	Actividades del conciliador. Reconocimiento	119
18	Resumen de técnicas y presentación financiera que engañan	177
19	Gobierno corporativo después de 2000	180
20	Contenido de la Sarbanes-Oxley Act	181
21	Mejores revelaciones financieras	183
22	Sarbanes-Oxley Act de 2002	185

## ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

<i>Número</i>		<i>Página</i>
1	Patrón de problema y alivio, en los grupos empresariales	x, 210
2	Evolución. Toma de decisiones cooperativa en los grupos de empresas	15
3	Objetivos en la Ley de Concursos Mercantiles	34
4	Ave Fénix	126

## INDICE TEMÁTICO

- Administración en la Ley de Concursos Mercantiles, 36
- Administración estratégica, 33
- Aprendizaje de la organización, 11
- Auditoría concursal, 36, 111
  - tareas de los especialistas, 114
  
- Cambio, 2, 3
- Capacidad organizativa, 7, 10, 11, 14
- Comerciante, 44
- Comisión de las N. U. para el Derecho Mercantil Internacional, 53
- Concursos mercantiles, 33
- Conflicto de intereses, 42, 108, 109,
- Controlada, Sociedad, 44, 100
- Controladora, 38-43, 44, 100,
- Coordinación planeada, 7, 10-12,
- Crisis financiera, 215
- Cuerpo de conocimiento, 214
  
- Estado del arte, 210,
- Empresa, 6, 7
- Empresas Fénix, 125-135
  
- Filiales, 42,
- Fraude,
  - presunción de, 46
  - actos en fraude de acreedores 103
  
- Glosario de N. U. 53-60
- Grupos de empresas, 7, 12
  - En Europa, 94
  - en Japón, 12
  - en Reino Unido, 12,
  - en E. U., 12,
  - en el siglo XXI, 21,
  - en la Ley de Conc. Mercantiles, 43
  - en la teoría de sistemas, 48
  - factores para operar en grupo, 60
  - legislación, 63
  - marco legal, 37
  - enfoques jurídicos, 62
  - partes relacionadas, 99
- Grupos multinacionales, 139

Historia comparada,  
de quiebras internacionales, 137  
de quiebras nacionales, 193  
lecciones que deja, 217  
Historicismo, Análisis comparativo, 16,

Incumplimiento de pago, 35  
Innovación, 3, 6, 7, 10, 21,  
Insolvencia,  
legislación de la, 90  
visión europea, 93  
Inversionistas internacionales, 96

Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, 38

Marco teórico, 5  
Mercado de futuros, 4  
Modelo, Ver patrón

Objetivos del concurso mercantil, 33, 34  
Órganos del concurso mercantil, 34,  
tareas de auditoría concursal 14  
visitador, 114  
conciliador, 116  
síndico, 120

Partes relacionadas,  
en la Ley de Concursos Mercantiles, 46,  
conceptuación, 99  
interés mundial, 122  
transacciones entre, 105  
limitaciones legales, 108  
Patrón de problema y alivio en grupos empresariales, x, 210  
Procedimiento de concurso mercantil, 33  
Procedimiento extranjero, 47  
Procedimientos, Acumulación de, 44  
Procedimientos de insolvencia, 65  
apertura, 66, 81  
conflicto de leyes, 82  
en el ámbito nacional, 65, 78  
jurisdicción de los tribunales, 158  
rescate o reorganización, 70  
vías de recurso, 70  
en el ámbito internacional, 80  
multinacional, 80

Razones para operar en grupo de empresas, 60  
Repercusiones de quiebras, 151,  
Revolución industrial, 2, 6

Sarbanes-Oxley Act, 179  
Sistemas de gestión, 25

Tecnología, 2, 7  
Teoría de la destrucción creativa, 2  
Teoría económica, 1  
Teoría del historicismo comparado, 2, 4, 5, 11  
Teoría histórica, 6  
Teoría de insolvencia, 209,  
Teoría de la masa, 35  
Teoría de sistemas, 48  
Toma de decisiones cooperativa, 15

## BIBLIOGRAFÍA

### General

AECA69 Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, Volumen XXXIII No. 123, Octubre-diciembre 2004, Madrid.

Altman, Daniel, *Neoeconomy* (George Bush's Revolutionary Gamble with America's Future), Public Affairs, Perseus Books Group, U.S.A. 2004.

Basave Kunhardt, Jorge 2000; *Empresas mexicanas ante la globalización*; México; IIEc-UNAM/Miguel Ángel Porrúa

Basave Kunhardt, Jorge 2001 *Un siglo de grupos empresariales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas.

Batra, Ravi, *The New Golden Age* (The Coming Revolution against Political Corruption and Economic Chaos), Ed. Palgrave Macmillan, New York 2007.

Canton, James, *The Extreme Future* (The Top Trends that will Reshape the World for the Next 5, 10 & 20 years), Ed. Dutton – Penguin Group, U.S.A. 2006.

Ferrer, Aldo, *Historia de la Globalización II* (La Revolución Industrial y el Segundo orden Mundial), Fondo de Cultura Económica, México 1999.

Forstater, Mathew, *Economics*, Ed. Elwin Street Ltd A&C Black Publ. Ltd., London, 2007.

Hessen, Johan, *Teoría del conocimiento*, Espasa Calpe Mexicana, 15a. ed, México 1980.

Heinz, Dieterich, *Nueva guía para la investigación científica*, Ed. Planeta Mexicana, México 1996.

Lazonick, William, *Business Organization and the Myth of the Market Economy*, 1991, Cambridge University Press, N.Y. 1991.

Lazonick, William, *The Institutional Triad and Japanese Development*, Junio 22 2005, University of Massachusetts, Lowell e INSEAD, <http://faculty.insead.edu/lazonick>.

Paulus, Christoph G., *A vision of the European Insolvency Law*, presentación en el II Congreso Nacional de Derecho Concursal, Guadalajara 2008.

Peres, Wilson (Coordinador), *Grandes empresas y grupos industriales latinoamericanos*, Siglo XXI Editores, 1ª ed, México, 1998.

Peres, Wilson & Stumpo, Giovanni, *Pequeñas y medianas empresas industriales en América Latina y el Caribe*, Siglo XXI Editores, 1ª ed México 2002.

Price Waterhouse Coopers, *Economic crime: people, culture and controls (The 4<sup>th</sup> biennial globe economic crime survey)* Impreso 2007.

Rosnay, Joël de, 2020: *Les Scénarios du Futur*, (Comprendre le monde qui vient), Ed. Des Idées et des Hommes, Paris 2007.

Saldaña Espinosa, Judith, *Concursos Mercantiles. Enfoque administrativo, financiero y contable*, Ed. Gasca Sicco, México 2005.

Tiffany, Paul & Peterson, Steven, *Business plans for Dummies*, Wiley Publishing, 2ª. edición, New Jersey, 2005.

Villoro, Luis, *Crear, saber, conocer*, Siglo XXI editores, 16a. ed, México 2004.

*Bibliografía de la Organización de las Naciones Unidas:*

UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, United Nations, New York, 2005

CNUDMI, *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia*, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, 446 pp.

Ley modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo V (Régimen de Insolvencia). Sus documentos de distribución limitada siguientes:

Documento A/CN.9/WG.V/WP.70 (Partes I y II) del 30 septiembre 2003.

Documento A/CN.9/WG.V/WP.71 del 12 enero 2004.

Documento A/CN.9/WG.V/WP.74 y sus addenda 1 y 2, del 4 de octubre de 2006.

Documento A/CN.9/WG.V/WP.76 y sus addenda 1 y 2

Documento A/CN.9/WG.V/WP.78 y su addenda 1,

Informes del Grupo de Trabajo V (Régimen de Insolvencia), de sus sesiones:

31ª A/CN.9/618, 32ª A/CN.9/622 y 33ª A/CN.9/643 en Viena noviembre 2007, y papeles de trabajo de su 34ª reunión en Nueva York marzo 2008.

*Bibliografía respecto a Parmalat S.p.A.:*

Celani, Claudio, The Story behind Parmalat's Bankruptcy, Executive Intelligence Review, enero 16 de 2004, [www.larouchepub.com](http://www.larouchepub.com)

Decreto del Presidente Berlusconi. Misure urgenti per la ristrutturazioni industriali di grandi imprese in stato di insolvenza, 23 diciembre 2003.

Legislación italiana y decretos legislativos en [www.legxy.camera.it](http://www.legxy.camera.it)

Gazzetta Ufficiale de la Repubblica Italiana.

Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, 2004.

*Bibliografía respecto a Enron Corp.:*

Adam Adam, Alfredo, *Panel de reflexión y análisis sobre el caso Enron-Andersen y también Enron –Andersen, un caso para análisis y reflexión*, Contaduría y Administración, No. 207 octubre-diciembre 2002, Facultad de Contaduría y Administración, U.N.A.M.

Brazelton, Julia K. & Ammons, Janice L. *et alii*, *Enron and Beyond*, (Technical Analysis Accounting, Corporate Governance and Securities Issues), CCH Inc, Chicago 2002.

Bryce, Robert, *Pipe Dreams* (Greed, Ego and the Death of Enron), Ed. PublicAffairs, Perseus, New York 2002.

Cruver, Brian, *Anatomy of Greed* (The Unshredded Truth from an Enron Insider), Carroll & Graf Publishers, New York 2002.

Culp, Christopher L. & Niskanen, William A. *et alii*, of Cato Institute, *Corporate Aftershock* (The Public Policy Lessons from the Collapse of Enron and Other Major Corporations), Ed. John Wiley & Sons, New Jersey, 2003.

Díaz Alonso, Arturo, *Formación ética de los contadores públicos ante el caso Enron-Andersen*, Contaduría y Administración, No. 207 octubre-diciembre 2002, Facultad de Contaduría y Administración, U.N.A.M.

Fox, Loren, *Enron* (The Rise and Fall), ED. John Wiley & Sons, New Jersey, 2003.

Fusaro, Peter C. & Miller, Ross M., *What Went Wrong at Enron* (Everyone's Guide to the Largest Bankruptcy in U.S. History), Ed. John Wiley & Sons, New Jersey 2002.

McLean, Bethany & Elkind, Peter, *The Smartest Guys in The Room* (The Amazing Rise and Scandalous Fall of Enron), Ed. Portfolio of Penguin Group, U.S.A. 2003.

Swartz, Mimi & Watkins, Sherron, *Power Failure* (The Inside Story of the Collapse of Enron), Ed. Currency of Doubleday, New York 2003.