

Consideraciones de orden práctico en torno a la calificación de “comerciante” —con un breve apunte comparatista con los términos *Piercing the Corporate Veil* (levantamiento del velo corporativo) y grupo empresarial— y de “insolvencia”, de la Ley de Concursos Mercantiles (LCM)*

*Practical considerations on the classification as a “mercantil” —with a brief point of comparison to the terms *Piercing the Corporate Veil* and the bussines group— and “insolvency”, in the Law of Commercial Bankruptcies (Ley de Concursos Mercantiles, LCM)*

Carlos Felipe Dávalos M.**

RDP

RESUMEN

En el presente artículo el autor realiza un análisis —con base en argumentos surgidos en su práctica profesional— sobre la forma en que un Comerciante adjudica tal término, a diferentes personas y entidades, de conformidad con la Ley de Concursos Mercantiles (LCM); convirtiéndolo así, en el principal destinatario de la precitada LCM. El autor compara dicha definición de “Comerciante” con otros conceptos del derecho estadounidense y del derecho bursátil mexicano; por considerar que tienen múltiples elementos comunes. Posteriormente, ubica al “Comerciante” como un ente “concurable” y las circunstancias de insolvencia que presenta la LCM. El objetivo del trabajo es racionalizar en qué momento, y qué entes deben recibir sentencia que las declare en concurso mercantil.

* El presente artículo refleja, consistentemente, los mismos argumentos que se contienen en uno de los apartados del segundo capítulo (Las Partes del Proceso Concursal), de la segunda edición del texto *Introducción a la Ley de Concursos Mercantiles*, de mi autoría, que está programado para darse a la estampa durante el segundo semestre de 2011.

** Doctor en derecho por la Universidad de Aix-Marseille III. Abogado postulante. Profesor de Derecho mercantil en el ITAM.

PALABRAS CLAVE: calificación; comerciante; concursos mercantiles; LCM; derecho bursátil; sociedades mercantiles; *piercing the corporate veil*; velo corporativo; grupo empresarial; insolvencia.

ABSTRACT

In the article at hand the author performs an analysis —based in arguments arising from his professional practice— on the manner in which the term “Merchant” is assigned to different persons and entities pursuant to the Law of Commercial Bankruptcies (LCM); thus, it becomes the principal addressee of the aforesaid LCM. The author compares the said definition of “Merchant” to other United States legal concepts and to the Mexican securities law because he considers that they have multiple elements in common. Subsequently, he defines the “Merchant” as an entity “subject to bankruptcy” and the circumstances of insolvency set forth in the LCM. The objective of the work is to determine the rational moment for, and which entities should receive, a judgment declaring them to be in commercial bankruptcy.

KEY WORDS: classification, merchant; commercial bankruptcies; LCM; securities law; corporations; *piercing the corporate veil*; corporate veil; business group; insolvency.

Sumario

1. La definición de comerciante como método de ubicación de los entes concursables
 - A. *Definición legal de “comerciante” individual y colectivo*
 - B. *Definición legal de los conceptos asimilables al de “comerciante” (fideicomiso empresarial y sociedades controladoras)*
2. Primera opinión
El concepto Piercing the Corporate Veil del derecho estadounidense (levantamiento del velo societario)
3. Segunda opinión: alcance práctico del tema
 - A. *Sucursales de empresas extranjeras*
 - B. *El caso de los grupos empresariales en el marco legal del derecho bursátil*
4. La definición legal de insolvencia
 - A. *Definición genérica de insolvencia*
 - B. *¿Cuándo se considerará estrictamente, en derecho, que hay insolvencia?*

- C. Comerciante “auto” concursado (iuris et e iure)
- D. Comerciante concursado a demanda de otro (iuris et e iure)
- E. Comerciante concursado por haber sido probada por otro la presunción de su insolvencia, y aquél no la desvirtúa (iuris tantum)

5. Las otras maneras en que un comerciante puede ser declarado en concurso mercantil

- A. Casos en los que no se requiere visita
- B. Caso que requiere de visita. Los socios ilimitadamente responsables

En las siguientes páginas se analiza la forma en que un comerciante, tal como la LCM adjudica tal término a diferentes personas y entidades, se convierte en el principal destinatario de la LCM; hecho lo anterior, se propone un contraste de dicha definición —“comerciante”— con otros conceptos del derecho estadounidense y el derecho bursátil mexicano, por considerar que tienen múltiples elementos comunes; posteriormente se ubica al Comerciante como un ente “conkursable”, cuando sus circunstancias surten la definición de insolvencia, ya fehaciente, ya presumida y no desvirtuada, que la LCM establece. Lo anterior, con el propósito de racionalizar los entes que deben recibir sentencia declarando su concurso mercantil, y en qué momento. En todo caso, los argumentos vertidos en este ensayo surgen de las complicaciones enfrentadas por su autor en la práctica profesional, y no en la especulación científica.

1. La definición de comerciante como método de ubicación de los entes concursables

Para los efectos de la LCM, la calificación de “comerciante” es necesaria en la medida en la que sólo los comerciantes son susceptibles de sujetarse a concurso mercantil.¹

A. Definición legal de “comerciante” individual y colectivo

En primer lugar, en el contexto de la LCM, “Comerciante” es i) la persona física, y ii) la persona moral, que tenga tal carácter de acuerdo con el Có-

¹ Véase el párrafo 27 de la Exposición de Motivos de la LCM.

digo de Comercio (CC), el que señala que lo son, respectivamente, los individuos capaces, que hagan del comercio su ocupación ordinaria, y todas las sociedades mercantiles (artículo 3o. del CC).² Otros entes calificados como comerciantes se analizan más adelante.

a. “Comerciante” individual

En el caso de las personas físicas, tal carácter se prueba con todo documento idóneo y pertinente, pero usualmente con los siguientes:

- Mediante documentos (facturas, remisiones, certificaciones de personalidad en actos notariados, etcétera) que prueben su ejercicio cotidiano del comercio.
- Mediante su registro en el Registro Público de Comercio.
- Pero en defecto de ambos medios de prueba, estimamos que la forma idónea es la información que proporcione la autoridad hacendaria en el sentido de que en el padrón fiscal, el comerciante esté dado de alta con una actividad comercial o asimilable al ejercicio del comercio y, en su caso, aun en defecto de dicha información, mediante documentos que acrediten que el individuo está efectivamente registrado como comerciante en el padrón fiscal, estatal, municipal o el que fuera.

² Cabe recordar que el Código de Bonaparte (septiembre de 1807) —que en el texto respectivo continúa vigente— establece, en su artículo 1o., que: “Son comerciantes aquéllos que realizan actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual” (*Sont commercants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*). En la inteligencia de que la constitución de una sociedad mercantil, y todos los que ésta realice una vez constituida, son en ese mismo derecho, actos de comercio. Lo anterior, a diferencia, por ejemplo, del derecho español, que exigía la inscripción en el registro público de comercio para obtener la consideración de comerciante, y el derecho inglés, que establece un elenco de personas y entidades que serán considerados comerciantes. Todo esto convierte a la LCM en un derecho más liberal por cuanto a la calificación de comerciante, pero más estricto por cuanto a la necesidad de que, para concursarse, debe ser precisamente comerciante. Por su parte, el derecho estadounidense no hace referencia, en relación con la insolvencia ni con el filtro que debe pasar una persona para poder ser concursado, a personas de derecho civil y mercantil, amén de que a ambas se aplica el mismo régimen legal.

La noción de comerciante persona física, susceptible de concurso, engloba, desde luego, a los pequeños comerciantes, pero éstos sólo se pueden declarar en concurso cuando acepten someterse voluntariamente y por escrito a la LCM, la cual entiende por pequeño comerciante a aquél cuyas obligaciones vigentes y vencidas, en conjunto, no excedan de 400 mil UDI's³ al momento de la solicitud o demanda (artículo 5o. de la LCM). Éste es uno de los múltiples criterios numéricos de la LCM que requieren peritaje, el que, en nuestra opinión, debe desahogarse una vez iniciado el juicio principal (artículos 10, último párrafo y 27), porque no pensamos factible que el acreedor de algún comerciante persona física tenga la información suficiente para poder determinar, *a priori* de la demanda de concurso, si las actividades del comerciante tienen ese rango de UDI's o no, y, además, lo que se antoja factible es que el propio comerciante se vaya a excepcionar precisamente probando que no es así.

En relación con los comerciantes individuales, también es posible declarar en concurso a su sucesión cuando la empresa: (i) continúe en operación, o (ii) cuando suspendidas sus operaciones, no hayan prescrito las acciones de los acreedores.

En el mismo sentido, también se puede declarar el concurso del comerciante cuando su operación esté suspendida o terminada, siempre que en su situación real se surtan los extremos de insolvencia del artículo 10 (artículo 13).

b. “Comerciante” colectivo

En el caso de las personas morales o comerciantes colectivos, tal carácter igualmente se prueba con todo documento idóneo, pero generalmente en la siguiente forma:

- Sea con la documentación que pruebe su formal constitución.
- Con la documentación que pruebe su existencia pero en forma irregular, toda vez que ambas, las sociedades tanto regulares como irregulares, son susceptibles de concurso mercantil, si bien el concurso de estas últimas provocará simultáneamente el concurso de

³ Véanse los párrafos 72, 85 y 92 de la Exposición de Motivos de la LCM.

los socios ilimitadamente responsables y el de aquéllos contra los que se pruebe que sin fundamento objetivo se ostentaban como limitadamente responsables (artículo 14).

Finalmente, las empresas de participación estatal constituidas como sociedades mercantiles sí pueden ser declaradas en concurso mercantil en la misma forma y bajo el mismo régimen concursal que las sociedades de derecho privado (artículo 5o.).

De manera aparentemente redundante, el artículo 4o. transitorio de la LCM establece que “las entidades de la administración pública paraestatal que no estén constituidas como sociedades mercantiles, no serán declaradas en concurso mercantil”.

En nuestra opinión, la razón del texto del artículo transitorio en cita obedece, por una parte, a que las sociedades son institucionalmente comerciantes, y las demás entidades no, y, por otra, a que las sociedades disponen del beneficio de la responsabilidad limitada y las demás entidades no, lo que a su vez es bidireccional en el sentido de que en caso de quiebra de un organismo público descentralizado, los acreedores serían pagados al 100%, y en el sentido de que, por lo mismo, dichos organismos no pueden ser insolventes en tanto que el Estado al que pertenecen tampoco.

B. Definición legal de los conceptos asimilables al de “comerciante” (fideicomiso empresarial y sociedades controladoras)

Adicionalmente a las dos figuras tradicionales (físicos y morales), en el concepto comerciante de la LCM están comprendidas en forma expresa tres figuras mercantiles que requerían una correcta calificación, a saber, el fideicomiso empresarial, las sociedades controladoras y las controladas y las sucursales de sociedades extranjeras.

a. Fideicomiso empresarial

Por una parte, el patrimonio fideicomitado afecto a la realización de actividades empresariales es considerado como un comerciante susceptible de concurso. Es decir, a partir de la publicación de la LCM, el fideicomiso

también es susceptible de quebrar, pero sólo aquel que sea, precisamente, un fideicomiso empresarial y, por tanto, que esté inscrito en el padrón fiscal como un contribuyente, sujeto generador del impuesto sobre la renta precisamente por las actividades empresariales que realice.

Desde luego, la masa de bienes y derechos con la que eventualmente se producirá el pago a los acreedores del fideicomiso se reduce al patrimonio fiduciario, por tanto, están legalmente excluidos los patrimonios del fiduciario, del fideicomisario y del fideicomitente, exclusión que ya había sido definida por excelentes tesis federales desde fecha anterior a la publicación de la LCM (artículo 4o., fracción II), mediante el principio según el cual, “...al precisarse el carácter autónomo del patrimonio fiduciario, con ello se particulariza que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, que es distinto de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y el fideicomisario”,⁴ y, más preciso, mediante el principio según el cual:

⁴ TERCERA EXCLUYENTE DE DOMINIO. FIDEICOMISO. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA FIDUCIARIA. Registro: 226186. Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis aislada, materia(s): civil, *Semanario Judicial de la Federación*, t. V, Segunda Parte-1, enero-junio de 1990, p. 497. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 465/90. Gelasio Guerrero Licea. 7 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Walter Arellano Hobelsberger. En el mismo sentido, los siguientes cuatro precedentes federales:

FIDEICOMISO. NATURALEZA. Registro: 240907, Séptima Época, Tercera Sala, tesis aislada, materia(s): civil, *Semanario Judicial de la Federación*, 121-126 cuarta parte, p. 43. *Genealogía*: Informe 1979, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 40, página 33. Amparo directo 5567/74. Banco Internacional Inmobiliario, S. A. 15 de junio de 1979. Mayoría de tres votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo. Secretario: José Guillermo Iriarte y Gómez.

FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL. Registro: 246296, Séptima Época, Sala Auxiliar, tesis aislada, materia(s): civil, *Semanario Judicial de la Federación*, 21 Séptima Parte, p. 39. *Genealogía*: Informe 1970, Tercera Parte, Sala Auxiliar, p. 205. Amparo directo 3176/65. Elvira Rascón de Macin y coagraviado. 22 de septiembre de 1970. Cinco votos. Ponente: Salvador Mondragón Guerra.

FIDEICOMISOS. LAS ACCIONES EN SU CONTRA DEBEN EJERCITARSE CONTRA LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA. Registro: 179579, Tesis: V.2o.42 K, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis aislada, materia(s): común, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, enero de 2005, p. 177. Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Amparo directo 823/2003. Juan Carlos Matuz Aguilar. 12 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Alejandro Bermúdez Manrique. Secretario: Eduardo Anastacio Chávez García. Amparo directo 821/2003. Héctor Ariel Isordia Bernal. 19 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Alejandro Bermúdez Manrique. Secretaria: Silvia Marinella Covián Ramírez.

...el fiduciario es titular de la propiedad fideicomitada, es decir, de cuantos patrimonios separados o autónomos de afectación se hubieren constituido con su intervención (fracción III del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito); pero cada patrimonio fideicomitado y el general o propio de la institución fiduciaria, deben ser administrados con reglas propias, y especialmente cada patrimonio responde de sus propias deudas, las cuales permanecen ajenas y sin influencia ni afectación de cada uno de ellos...⁵

b. *Sociedades controladoras y controladas*

Me parece que es una incógnita el motivo por el cual el legislador elevó a categoría de ente definido como “comerciante”, de ente concursable y de acciones o peticiones acumulables, los tipos de empresa a los que denominó sociedades controladas y controladoras. Algunas reflexiones sobre el particular son las siguientes.

El concepto legal de “comerciante” (artículo 4o., fracción II) también engloba expresamente a aquellas sociedades que sean, controladoras o controladas: “Artículo 4o. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por: ... II. Comerciante, a la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio. Este concepto... Igualmente, comprende a las *sociedades mercantiles* controladoras o controladas a que se refiere el artículo 15 de esta Ley”.

⁵ FIDEICOMISO. PATRIMONIO FIDEICOMITIDO. Registro: 240909, Séptima Época, Tercera Sala, tesis aislada, materia(s): civil, *Semanario Judicial de la Federación*, 121-126 Cuarta Parte, p. 74. *Genealogía*: Informe 1979, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 41, p. 34. Amparo directo 5567/74. Banco Internacional Inmobiliario, S. A. 15 de junio de 1979. Mayoría de tres votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo. Secretario: José Guillermo Iriarte y Gómez. En el mismo sentido, el siguiente precedente federal:

FIDEICOMISO. OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DEL AUTOR. LA MUERTE DEL FIDEICOMITENTE NO TRANSFIERE TAL CARÁCTER A LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA NOMBRADA HEREDERA UNIVERSAL DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO. Registro: 246902, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis aislada, materia(s): administrativa, *Semanario Judicial de la Federación*, 217-228 Sexta Parte, p. 304. *Genealogía*: Informe 1987, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 10, p. 114. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 1306/84. Banco de México, Fiduciario en el Fideicomiso Cultural Franz Mayer. 7 de abril de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Samuel Hernández Viazcán. Secretario: Jaime Raúl Oropeza García.

En la inteligencia de que conforme al Código de Comercio (artículo 3o.), “Se reputan en derecho comerciantes:... II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles”; mercantilidad que se hace más determinada en el artículo 4o. de la LGSM.

El artículo 15 define en detalle lo que se entenderá por controladora, lo que sólo hace en forma indirecta respecto de las controladas. Pero por la forma en que está redactada la fracción II del artículo 4o. no puede conocerse la voluntad del legislador, ya que está categorizando a las controladas y a las controladoras, precisamente, como un “comerciante” (en singular), diferente a las otras sociedades mercantiles citadas por la propia fracción II, cuando ambas, las sociedades genéricas y las no genéricas, lo son; pudo haber sido suficiente con que organizara su régimen de acumulación en el artículo 15, si sólo para esos efectos —de acumulación— citó ambos conceptos en el artículo 2o., fracción II.

En efecto, por una parte, el legislador acentúa que, para ser consideradas comerciantes, las controladas y las controladoras deben ser sociedades mercantiles, lo que parece ocioso de señalar porque, como vimos, todas las sociedades son comerciantes, sean o no controladas o controladoras, por lo que no se requería citar tal calificación —sociedad mercantil— expresamente, en la medida en que ya estaban englobadas en el concepto genérico, razón por la cual el motivo de su categorización como “comerciante” debe buscarse en otro lado y no en su naturaleza de sociedad mercantil; por otra parte, por algún motivo sustancialmente corporativo, el legislador hizo la triple diferencia entre persona física, sociedad mercantil genérica y sociedad mercantil controlada y controladora, lo que supone haber privilegiado, en la última categoría, la existencia de un voto y, por tanto, de una voluntad directriz y una decisión central, más que cualquier otra variable, y finalmente, no hace una diferencia, si la existe, muy deseable, entre si el motivo por el cual las define simultáneamente como “comerciante”, por separado de las otras dos categorías, obedece a que una controladora está tan íntimamente vinculada a una controlada, y viceversa, que deben considerarse lo mismo, o no, lo que es necesario precisamente porque a pesar de que la fracción II en análisis no hace tal definición sí la sugiere, al haber creado toda una categoría de “comerciante” mediante el ineluctable concurso de dos componentes, a su vez, cohe-

sionados por otro más, a saber, una entidad que ejerce control, otra sobre la que se ejerce y, desde luego, el control en él mismo como elemento cohesionador; si no hubiera control (una sola voluntad) no existiría ni controlada ni controladora. Estos argumentos se concluyen párrafos abajo.

Los elementos que debe reunir una sociedad para ser considerada controladora, según el artículo 15, son los siguientes:

- En primer lugar, debe ser “residente” en México. Este concepto no es afortunado, ya que sólo es aplicable a las personas físicas (artículo 29, segundo párrafo, CCF). Sin embargo, en nuestra opinión, es suficiente para concluir que, técnicamente, el asentamiento de su control debe encontrarse dentro del territorio mexicano, sea porque la sociedad esté domiciliada estatutariamente en dicho territorio o bien porque de tenerlo fuera de él, de acuerdo con el criterio establecido por el artículo 33 del CCF, su administración se encuentre dentro del territorio mencionado. Desde luego, cuando el asiento del control no pueda determinarse mediante las reglas estatutarias, éste deberá probarse, en nuestra opinión, por la vía incidental (artículo 267), caso en el cual las testimoniales y los denominados en la práctica “contratos entre accionistas” —*shareholders’ agreements*— pueden tener una importancia mayor (artículo 267, fracción IV).
- Además del requisito del asentamiento del control estatutario y/o material, la controladora debe ser propietaria de más del 50% de las acciones con voto, de otra u otras sociedades (que serían las controladas, cualquiera que sea su domicilio), incluso si dicha propiedad la tiene por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por ella misma.
- Finalmente, en ningún caso, más del 50% de las acciones de la propia controladora, con derecho a voto, deben ser propiedad de otra u otras sociedades diversas, porque entonces se estaría en presencia de una dilución de control que, precisamente, no permitiría considerar a la sociedad matriz como la real controladora de las subsidiarias, sino que habría más de una y, por tanto, habría más de una voluntad, o bien la controladora sería la otra.

En suma, por una parte el control corporativo que la controladora ejerza sobre las controladas, por concentración del voto, debe ser efectivo e irradiado, sea material o estatutariamente, en o desde México, y, por otra, el control de la sociedad matriz —la controladora— debe iniciar, continuar y concluir en sus propios socios.

2. Primera opinión

La manera en que se refleja en este artículo 15 el fenómeno de la consolidación corporativa implica el aparente reconocimiento, hecho por el legislador, de que existiendo una empresa controlada y una controladora, lo que existe es un solo ente económico y no dos, toda vez que la controlada no es un ente autónomo sino, al contrario, subsidiario y dependiente inerte del consejo y la asamblea de la empresa madre. Por tanto, para determinar, primero, la solvencia y la insolvencia, y después las posibilidades de una conciliación o un eventual pago con cuota de quiebra, debería valorarse la totalidad del activo y el pasivo de ambas, primero, porque las dos obedecen económica y comercialmente a una sola voluntad que es, moralmente —voluntad directriz de la persona moral—, la única propietaria del destino de la masa patrimonial; y más importante, porque es lógico suponer, y es altamente probable, que sus acreedores hayan decidido prestar o contratar precisamente porque lo hicieron a un conglomerado, no obstante que sólo hayan contratado, formalmente, con uno sólo de sus componentes, y fue en tales condiciones que se integró el consentimiento.

Entonces, en nuestra opinión, la *ratio legis* de la acumulación prevista por el artículo 15, en relación con la definición del artículo 2o., fracción II, no obedece solamente al principio general, que necesariamente también está presente en este artículo, según el cual deben evitarse dos sentencias contradictorias (en el caso concreto, evitar que una sociedad parte del mismo todo, se declare en concurso y la otra no; ¿cómo se explicaría la acumulación en otra forma?), sino también a la necesidad de valorar ambos balances y ambas operaciones como una sola entidad material, la que no hizo otra cosa que no haya decidido una sola voluntad, la cual, en su oportunidad, fue la única que decidió, respecto de ambas y no sólo una, con quién habían de contratar, incluso, presentándose la insolvencia, a quién se debía pagar y a quién no.

Por tal motivo, este abogado estima que el concurso de una controladora, o de una controlada, debería acarrear el concurso de la otra, porque sólo así las reglas de orden público de la LCM estarían en aptitud de valorar y considerar la totalidad de una masa de bienes, que: *i)* aunque estén contenidos en dos balances, es sólo uno; *ii)* aunque documentalmente sean dos patrimonios, es sólo uno y, más importante aún, *iii)* en conjunto representan la única y real posibilidad de pago.

De lo contrario, si se consideran dichos bienes aisladamente como sometidos a dos deudores diferentes (controladora y controlada), los intereses de los acreedores quedarían desprotegidos en función de la eventual quiebra de “una parte”, para enfrentar que quede incólume “otra parte”, pero del mismo deudor (al ritmo de cuya voluntad marcharon, real y materialmente, ambos grupos de bienes), el cual se agazapó atrás de la llamada responsabilidad limitada (“velo corporativo”, en términos del derecho estadounidense) para obtener un beneficio —el no pagar— incomprensible técnica y comercialmente.

Sin embargo, esto no es así, como se verá en párrafos adelante.

El concepto Piercing the Corporate Veil del derecho estadounidense (levantamiento del velo societario)

El denominado *Corporate Veil* (velo societario) consiste en el supuesto legal de que los actos de la sociedad mercantil no son los actos de sus accionistas o socios, por lo que éstos están íntegramente exentos de responsabilidad por los actos de aquélla.

Como se observa, dicha noción es semejante —no idéntica— a la de la responsabilidad limitada de los socios del derecho mexicano, según exista en cada tipo de sociedad (artículos 51 y 207 respecto de los comanditarios, 58 y 87 LGSM), dicha limitación está acotada en forma expresa en la LGSM (artículos 23 y 24). Sin embargo, presenta la importante diferencia de que, en aquel derecho, la no responsabilidad deriva de que los actos son realizados por personas diferentes, en tanto que en el derecho mexicano deriva de una disposición formal de carácter imperativo. Igualmente presenta la diferencia de que en derecho mexicano la limitación de res-

ponsabilidad es total, al igual que en el estadounidense, pero sólo en ciertos tipos de sociedades,⁶ lo cual es recogido por la LCM en su artículo 14.

Pues bien, una célebre jurisprudencia del derecho estadounidense estableció por primera vez los requisitos que deben reunirse para que se pueda proceder a levantar el velo corporativo (traspasar la limitación de responsabilidad), la cual se sintetiza enseguida. Pero antes conviene señalar que en aquel derecho existen básicamente tres causas de extinción de la responsabilidad limitada.

- Precisamente por el levantamiento del velo corporativo.
- Por defectos de constitución (*incorporation*), en forma equivalente a las sociedades irregulares del derecho mexicano (artículo 2o. de la LGSM).
- Por falta de facultades de un representante aparente de la sociedad, que es socio de la representada aparente, en forma similar a como ocurre en el derecho mexicano respecto de los títulos de crédito (artículo 10 de la LGTOC).

Asentado lo anterior, procede señalar que la figura de derecho estadounidense, identificada como *piercing the corporate veil* (“levantamiento del

⁶ ACCIONISTAS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. AUN CUANDO SEAN DEMANDADOS JUNTO CON ELLA, NO LES ES APLICABLE EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES. El artículo 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que cuando se pronuncie una sentencia que condene a la sociedad al cumplimiento de obligaciones respecto de terceros tendrá fuerza de cosa juzgada contra los socios, cuando éstos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad. Ahora bien, de una interpretación sistemática de dicho ordenamiento legal se desprende, que los socios responden de modo subsidiario, ilimitado y solidariamente con la sociedad, solamente en las denominadas de nombre colectivo, en comandita simple y en comandita por acciones, de conformidad con los artículos 25, 51 y 207 de la propia ley; en cambio, en las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas, la obligación de los socios solamente se limita al pago de sus aportaciones, en términos de lo dispuesto por los artículos 58 y 87 de la misma ley; en tal virtud, es evidente que lo previsto por el citado artículo 24, se está refiriendo a aquellas sociedades en donde los socios responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente, pero no a aquellas en que los socios responden solamente por el monto de sus aportaciones. Por lo tanto, la hipótesis contenida en el citado precepto legal, no les es aplicable a los accionistas de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Registro 177733, Tesis: I.13o.C.32 C., tesis aislada, materia(s): civil, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXII, agosto de 2005, p. 1790. Amparo directo 370/2005. Luis Arnoldo Cabada Alvérez. 6 de julio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Ramírez Sánchez. Secretario: Pedro Gámiz Suárez.

velo societario”), también conocida como *disregarding the corporate entity* (“soslayo de la entidad societaria”) es una excepción a la regla de limitación de responsabilidad, que consiste en el acto, siempre judicial, que entraña el reconocimiento de la responsabilidad personal de los socios, consejeros o directivos de una sociedad mercantil, por la ilegalidad de los actos de la sociedad.⁷ Este desbaratamiento de la limitación de la responsabilidad no existe, en forma directa, en el sistema jurídico mexicano.

En torno a esta norma de excepción del derecho estadounidense, ha evolucionado toda una teoría respecto a la responsabilidad de los socios de una sociedad por los actos de la misma, que generó innumerables litigios que no fueron suficientes para establecer patrones que permitieran predecibilidad respecto de los requisitos que deben surtir para proceder al mencionado *piercing* (“levantamiento”),⁸ por lo que tal posibilidad era distinta en cada juicio, hasta que a mediados de los años ochenta, un juicio llevado por una empresa (*Edwards Company*) en contra de la controladora (*Monogram Industries, Inc.*) de una controlada que carecía de activos para hacer frente a sus responsabilidades básicas (*Monotronics Inc.*), que era con la que el demandante había contratado, pero subcontroladora a su vez de otra empresa más (*Entronic Corporation*), hicieron indispensable el pronunciamiento de los requisitos mínimos para proceder al “levantamiento del velo”.⁹

⁷ Varios autores, “Piercing the Corporate Law Veil: The Alter Ego Doctrine Under Federal Common Law”, *Harvard Law Review*, núm. 95, 853, 1982.

⁸ Furrow, Barry R. et al., *Health Law: Cases, Materials and Problems*, 6a. ed., Nueva York, West Publishing Co., 2008, pp. 182 y ss.

⁹ En 1977 *Monogram Industries, Inc.* adquirió la empresa *Entronic Corporation*, la cual era una empresa productora de detectores de humo. *Monogram* hizo la adquisición a través de su subsidiaria al 100%, denominada *Monotronics Co.* *Monogram* era propietaria del 100% del material accionario de *Monotronics*. Esta última formó la sociedad *Entronic Corporation*, que era una sociedad de responsabilidad limitada en la que *Monotronics* era el único socio. Todo funcionó hasta que en 1978 otra empresa diversa introdujo detectores de humo al mercado, en un precio de dumping. A la sazón, la empresa *Edwards* había otorgado una apertura de crédito a *Entronic*, por 352 mil dólares, los cuales *Entronic* no pagó, de lo que resultaba una aparente responsabilidad societaria en contra del socio único, *Monotronics*. Sin embargo, *Monotronics* tan sólo tenía activos por 10 mil dólares, por lo que *Edwards*, con el propósito de cobrar su dinero, demandó a *Monogram*, para lo cual solicitó que se “levantara el velo corporativo” de la controladora *Monogram*. Localización de juicio: 700 F.2d 994, 995 (5th Cir. 1983).

El argumento de la actora —*Edwards*— fue que *Monotronics* tenía el mismo consejo de administración, la misma oficina, la misma nómina e incluso el mismo teléfono que *Monogram*, por lo que —argumentó *Edwards*— *Monotronics* “...no era más que una hoja de papel en los archivos de *Monogram*...”.

El juez resolvió que *Edwards* no probó su derecho a “levantar el velo societario”, por lo que *Monogram* resultó no ser responsable por las deudas de *Monotronics*, porque habiendo descrito el juez un muy claro elenco de los requisitos que debían reunirse para poder levantar el velo societario, concluyó que la actora no los había acreditado.

Sin embargo, *Edwards* apeló la sentencia con el resultado, ni más ni menos, de que la Corte Superior de Texas consideró procedente el levantamiento del velo societario, y por tanto consideró y condenó a *Monogram* —socia limitadamente responsable— como responsable por los actos de *Monotronics*, precisamente por los motivos señalados, y porque si se surtía el elenco de requisitos siguientes, que a pesar de que fueron definidos por el juez natural, éste consideró que no se habían acreditado:¹⁰

- Debe existir simulación, o inequidad manifiesta, y (no son alternativas).
- No debe haber existencias separadas.

Desde luego el resultado de este juicio en el mismo es irrelevante, aunque ciertamente implica el desbaratamiento judicial de la responsabilidad limitada de una sociedad mercantil. Lo verdaderamente trascendente fue que por primera vez se definieron con toda claridad los requisitos que debían acreditarse en aquel derecho para que el juez pueda romper la responsabilidad limitada de los socios y traer a juicio a dos o más sociedades hermanas o relacionadas, lo que se continúa hasta la fecha en diferentes formas en función del análisis de las circunstancias de cada caso, en la manera en que típicamente funciona el sistema judicial de aquel país.¹¹

¹⁰ Martin-Bowen, Lindsey, “Piercing the Corporate Law Veil: When do Courts Pierce the Corporate Veil?”, *The National Paralegal Reporter, Review*. The National Federation of Paralegal Associations. Washington, D. C., verano de 1996, vol. 20, núm. 4, capítulo 5.

¹¹ *Idem*. Existen ciertos criterios en cada circuito de ese país, que permiten que algunos resultados sean más o menos predecibles. De todos los circuitos, el quinto establece pro-

Como sea, es claro que en aquel sistema, desde finales del siglo XX, el dogmatismo sacramental del velo corporativo ha disminuido y continúa disminuyendo, amén de que, dentro de algunos elementos persistentes, es ya igualmente claro que los casos de procedencia del levantamiento del velo corporativo ha procedido con más frecuencia en dos tipos de negocios: *i)* las empresas de tamaño pequeño, o *ii)* las empresas de cualquier tamaño cuyo control sea relativamente fácil de ubicar, como es el caso de las empresas familiares o de las de pocos socios.

En todo caso esta excepción a la regla general es, en derecho estadounidense, claramente posible.¹²

En México sólo conocemos un caso en el que se presentó la solicitud de levantamiento del velo corporativo —es decir, obviar la no responsabilidad limitada— de los socios, en un asunto que no llegó a sentencia porque se negoció, pero en el que resultaba evidente la identidad entre los dos cuer-

blemente el elenco más completo de los factores que permiten decidir si se debe proceder a levantar el velo societario, y de esa manera decidir si la controlada es el *alter ego* de su controladora. Esta “lista” incluye los siguientes elementos, que deben analizarse todos, pero aplicarse a cada caso concreto, según sus propias circunstancias:

- Que la controladora y la controlada sean propietarias de las mismas acciones.
- Que la controladora y la controlada tengan los mismos consejeros, directores o funcionarios.
- Que la controladora y la controlada estén en los mismos sectores y áreas de negocios.
- Que la controladora y la controlada presenten estados financieros consolidados y declaraciones fiscales.
- Que la controladora financie a la controlada.
- Que la controladora haya conducido, dirigido o propiciado la incorporación —sea, la constitución e inscripción en el RPC— de la controlada.
- Que la controlada opere con una inadecuada estructura de capital.
- Que la controladora pague salarios u otros gastos de la controlada.
- Que la controlada sólo reciba los negocios que la controladora le envíe.
- Que la controladora use las propiedades y posesiones de la controlada como si fueran suyas.
- Que las operaciones cotidianas de las dos sociedades no estén separadas.
- Que la controlada no observe y respete las formalidades societarias básicas, como el mantenimiento de libros y registros, la celebración de asambleas o juntas de consejo reales, y otras formalidades similares, como toda sociedad independiente.

Las anteriores caracterizaciones se obtienen de múltiples sentencias, principalmente de: *United States v. Jon-T Chemicals, Inc.*, 768 F.2d 686, 691-92 (5th Cir. 1985); en este asunto se cita a: *Nelson v. International Paint Co.*, 734 F.2d 1084, 1093 (5th Cir.1984) y *Baker v. Raymond International*, 656 F.2d 173, 180 (5th Cir.1981).

¹² Capuano, Angelo, “The Realist’s Guide to Piercing the Corporate Veil”, *Revista Australiana de Derecho Societario*, núm. 23(1), 2009, pp. 56-94.

pos económicos, personales y mercantiles e incluso sin ser desde luego necesario, casualmente también estaban presentes los requisitos arriba citados del derecho estadounidense.

3. Segunda opinión: alcance práctico del tema

No obstante las opiniones y las ideas anteriores, en la práctica mexicana es claro que el concurso de la controladora no acarrea, por sí mismo, el concurso de sus controladas, ni a la inversa, al grado de que la quiebra de una controladora no impide el desarrollo normal de sus controladas, como tampoco a la inversa.

En efecto, tanto los litigantes como los jueces se acogen a la estricta interpretación del texto de las fracciones I y II del artículo 15, en el sentido de que la acumulación es sólo obligatoria cuando se solicita o demanda el concurso *i)* de la sociedad controladora y sus controladas, o *ii)* de dos o más sociedades que sean controladas por la misma controladora.

Como se observa, aunque en uno y otro caso el criterio determinante de la acumulación es de naturaleza estrictamente corporativa, como es el de la concentración de la misma voluntad, expresada además en dos diferentes escritos de demanda, el texto del artículo que se analiza permite la posibilidad de que sólo en cada caso, limitativamente, se acumulen los concursos, para lo cual se debe haber demandado en forma expresa el concurso de las dos (y no, como consideramos más arriba que sería más indicado, que la mera presentación de una u otra implicará la solicitud o la demanda de la otra, lo que implicaría que el grupo fuera insolvente, o solvente, pero todo en su conjunto), si es uno solo el propietario, la voluntad y la “agenda”.

Estimo que el escrutinio judicial del artículo 15, en relación con el motivo que tuvo el legislador para definir al comerciante, como lo hizo en la fracción II del artículo 2o. —motivo que corresponde interpretar al juez—, debería hacerse de forma que se privilegie la verdad real. De lo contrario, eventualmente, se hará necesaria una modificación que aclare su alcance en uno u otro sentido.

En las condiciones actuales, la calificación de controlada y controladora no obedece a la necesidad de determinar si una sociedad controlada y/o

controladora es o no susceptible de ser concursada —toda vez que por ser ambas comerciantes colectivos, no hay duda de que las dos son concursables—, sino a la determinación del criterio legal de atracción respecto de la acumulación de los diferentes concursos enderezados en contra de una y otra, en las condiciones apuntadas.

Sin embargo, es igualmente nuestra opinión que, derivado, por una parte, de la imprecisión de propósitos originada en el texto del artículo 2o., fracción II, y, por otra, de la frecuencia con la que la interacción de las llamadas empresas relacionadas gravita en perjuicio de los acreedores de la sociedad que el grupo seleccionó para que fuera la insolvente, facilitando el flujo y salida de los activos de las demás empresas del grupo, en favor de los dueños de todo el conglomerado, es un problema tan frecuente como inexplorado por la jurisprudencia y la doctrina.

En caso de que se acredite en juicio que el motivo de la creación, operación o mantenimiento de una sociedad, controlada o controladora, sea con el objeto de obtener una ventaja indebida y/o injusta, por el sólo cobijo de la responsabilidad limitada societaria, en perjuicio de uno o más acreedores, y si está presente la inexistencia de dos personas realmente separadas o diferentes, al menos debe estudiarse la posibilidad de tratar a ambas como lo mismo. Es indudable que eso ya se hizo con éxito en otros derechos.

De acreditarse lo anterior, y, no obstante, si no se trata a todo el conglomerado como un solo comerciante, ¿se estaría cumpliendo —cabrá preguntar al juzgador— la protección de la masa y el derecho universal de los acreedores, que busca la LCM?

A. Sucursales de empresas extranjeras

La LCM establece en forma expresa que también las sucursales de empresas extranjeras establecidas en México (artículos 15 del CC, y 250 de la LGSM) se pueden declarar en concurso mercantil, caso en el cual la sentencia correspondiente debe señalar que para los efectos de su concurso (artículo 16):

- Los bienes de su propiedad que quedarán implicados en la masa concursal serán sólo los que estén localizados en el territorio nacional.
- Los derechos de los que sea titular, que quedarán bajo la supervisión concursal serán los que sean exigibles dentro el mismo territorio.
- Los acreedores que sean reconocidos como tales en el concurso serán los que lo sean en relación con las operaciones realizadas sólo con la sucursal establecida en México, y no con la casa matriz ni otras sucursales fuera del territorio mexicano.

Desde luego, si la sucursal establecida en México se ubica en alguna de las hipótesis de controlada o controladora que vimos más arriba, además de las inmediatamente anteriores se le aplicarán también aquellas reglas.

B. El caso de los grupos empresariales en el marco legal del derecho bursátil

En el medio bursátil se reconoce la existencia de agrupamientos de personas morales, y de concentración de decisiones y poder de mando, como manera de proteger los bienes jurídicos tutelados por ese derecho, los cuales son la salud del mercado y los intereses de los inversionistas, en soslayo de la personalidad jurídica, la restricción del alcance de los actos de los consejeros a la sociedad respectiva y de la responsabilidad limitada de los socios, de forma que en derecho mexicano, para efectos bursátiles el llamado velo societario —es decir, la responsabilidad limitada y la limitación de las consecuencias de los actos corporativos— es un referente secundario por ser insuficiente para los propósitos de dicho marco legal.

Desde esta perspectiva, algunos de los conceptos expresamente definidos más importantes en esa materia son los siguientes cinco (artículo 2o., fracciones IX, X, XI, XIX y XX, de la LMV):

Grupo de personas. Las personas que tengan acuerdos, de cualquier naturaleza, para tomar decisiones en un mismo sentido. Se presume, salvo prueba en contrario, que constituyen un grupo de personas:

a) Las personas que tengan parentesco por consanguinidad, afinidad o civil hasta el cuarto grado, los cónyuges, la concubina y el concubinario.

b) Las sociedades que formen parte de un mismo consorcio o grupo empresarial y la persona o conjunto de personas que tengan el control de dichas sociedades.

Grupo empresarial. El conjunto de personas morales organizadas bajo esquemas de participación directa o indirecta del capital social, en las que una misma sociedad mantiene el control de dichas personas morales. Asimismo, se considerarán como grupo empresarial a los grupos financieros constituidos conforme a la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

Influencia significativa. La titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de cuando menos el veinte por ciento del capital social de una persona moral.

Personas relacionadas. Las que respecto de una emisora se ubiquen en alguno de los supuestos siguientes:

a) Las personas que controlen o tengan influencia significativa en una persona moral que forme parte del grupo empresarial o consorcio al que la emisora pertenezca, así como los consejeros o administradores y los directivos relevantes de las integrantes de dicho grupo o consorcio.

b) Las personas que tengan poder de mando en una persona moral que forme parte de un grupo empresarial o consorcio al que pertenezca la emisora.

c) El cónyuge, la concubina o el concubinario y las personas que tengan parentesco por consanguinidad o civil hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el tercer grado, con personas físicas que se ubiquen en alguno de los supuestos señalados en los incisos a) y b) anteriores, así como los socios y copropietarios de las personas físicas mencionadas en dichos incisos con los que mantengan relaciones de negocios.

d) Las personas morales que sean parte del grupo empresarial o consorcio al que pertenezca la emisora.

e) Las personas morales sobre las cuales alguna de las personas a que se refieren los incisos a) a c) anteriores, ejerzan el control o influencia significativa.

Poder de mando. La capacidad de hecho de influir de manera decisiva en los acuerdos adoptados en las asambleas de accionistas o sesiones del consejo de administración o en la gestión, conducción y ejecución de los negocios de una emisora o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa. Se presume que tienen poder de mando en una persona moral, salvo prueba en contrario, las personas que se ubiquen en cualquiera de los supuestos siguientes:

- a) Los accionistas que tengan el control.
- b) Los individuos que tengan vínculos con una emisora o con las personas morales que integran el grupo empresarial o consorcio al que aquélla pertenezca, a través de cargos vitalicios, honoríficos o con cualquier otro título análogo o semejante a los anteriores.
- c) Las personas que hayan transmitido el control de la persona moral bajo cualquier título y de manera gratuita o a un valor inferior al de mercado o contable, en favor de individuos con los que tengan parentesco por consanguinidad, afinidad o civil hasta el cuarto grado, el cónyuge, la concubina o el concubinario.
- d) Quienes instruyan a consejeros o directivos relevantes de la persona moral, la toma de decisiones o la ejecución de operaciones en una sociedad o en las personas morales que ésta controle.

De los textos legales anteriores se desprenden, con razonable claridad, algunas conclusiones preliminares. La primera es que dichas definiciones no rompen directamente el principio patrimonial de la limitación de la responsabilidad societaria, pero sí generan algunos silogismos que podrían ser el fundamento inicial de tal rompimiento, como se ve más adelante.

En igual forma, las definiciones legales anteriores permiten concluir que el propósito del legislador bursátil por organizar la dinámica de obligaciones y derechos generados por el impacto que el alza y la baja del precio de los valores bursátiles tiene en los patrimonios individuales y a través de éstos, en la sociedad en su conjunto, lo protegió mediante el método de privilegiar la ubicación de la voluntad de decisión, y su incidencia en otras entidades interdependientes, mediante la propuesta de definiciones marcadamente funcionales. Dicho de otra forma, el eje de la regulación federal de las operaciones con valores bursátiles es el control que se ejerza, actual o potencialmente, en una emisora o en sus empresas relacionadas, según

dicho control es definido por la ley, por lo que, para dicha regulación, la separación formal de dos o más sociedades mercantiles y sus respectivos funcionarios, de acuerdo con la teoría clásica de la personalidad jurídica y el patrimonio propios —léase, diferentes— es insuficiente.

Por ejemplo, el termino “grupo empresarial” permite solucionar el riesgo de la parcialidad en los consejos de administración de las S.A.B. (artículo 24, tercer párrafo, de la LMV) y de los consejeros independientes (artículo 26, fracciones I y II, de la LMV). O bien —de la mayor importancia—, igualmente permite solucionar el conocimiento de todo el grupo —y no sólo de la emisora— mediante el requisito de que para proceder a la inscripción de valores en el registro respectivo, las solicitantes deben presentar información, tanto de la propia situación como de la del “Grupo Empresarial” al que pertenezca (artículo 86, fracción III, de la LMV).

Otro ejemplo aún más relevante, por cuanto al soslayo de la limitación de responsabilidad impuesta por la diferente personalidad moral, es el alcance del término “influencia significativa”, a través del cual incluso se regula la solidaridad en la indemnización de los daños y perjuicios que le causen los consejeros, no sólo a las S.A.B. en la que lo sean, sino en aquéllas sobre las que éstas ejerzan un “influencia significativa” (artículos 33, 34, 35, 36 y 37 de la LMV). Igualmente, dicho término permite controlar la imparcialidad de los consejeros (artículos 26, fracción II y 27, fracción III(b)(2) de la LMV), obliga determinadas conductas (artículos 31, 32 y 363, fracción VIII, de la LMV), y permite hacer exhaustiva la obligación de información no sólo las S.A.B. sino también a las sociedades sobre las que tenga una “influencia significativa” o sobre las que se vaya ha ejercer ésta (artículos 43, 86, fracción V y 109 de la LMV), de manera que de no cumplirse las obligaciones específicas, la LMV sanciona en forma directa su infracción (artículo 392, fracción II(i) y III(d) de la LMV).

O bien, igualmente a guisa de ejemplo, el término “poder de mando”, a través del cual se refuerza la imparcialidad de los consejeros independientes tanto de la S.A.B. como de las casas de bolsa (artículo 26, fracción II, y 125, fracción II, de la LMV, respectivamente), se organiza el aprovechamiento, por personas diferentes a los consejeros, de ventajas que conozca precisamente por el “poder de mando” que tenga (artículo 28, fracción III(f), de la LMV), la obligación de determinadas conductas (artículos 35, penúltimo párrafo y 36, último párrafo, de la LMV) y prohibición de deter-

minadas conductas (artículo 363, fracción IX, de la LMV) y la obligación de suministrar información no sólo de la S.A.B. sino también a las sociedades sobre las que tenga un “poder de mando” o sobre las que se vaya a ejercer éste (artículos 86, fracción V y 109 de la LMV), de manera que de no cumplirse las obligaciones específicas, la LMV sanciona en forma específica su infracción (artículo 392, fracción III(d), de la LMV).

Como se observa, la ley bursátil trata de individualizar la norma en la empresa emisora o los consejeros de ésta, para llegar hasta los verdaderos focos de la necesidad de la regulación legal. Es en el derecho mercantil mexicano, tal vez, el epítome de la concordancia entre la norma y la realidad social destinataria, el cual podría considerarse un primer paso en la visión que otros legisladores puedan tener respecto de sus propias materias, como la societaria y la concursal, las cuales, como aquélla, están orientadas a la reglamentación de valores colectivos, y son, por supuesto, del más eminente orden público e interés social.

Permítasenos un ejemplo. Si una sociedad controladora emite valores bursátiles, y, para ello, tanto la propia emisora como la empresa calificadora que califique la emisión (artículos 334 y 85, fracción V, de la LMV) informan al público, no en función de los activos, el flujo y la operación de la emisora, sino en función de la suma de todos los activos, el flujo y la operación de todas las sociedades que la controladora controla, y si además, ni la emisora ni la controladora especifican que la información se está sirviendo en forma global y no circunscrita a la emisora —lo cual es frecuente— es incuestionable que los inversionistas bursátiles, mayormente cuando están invirtiendo en valores de deuda (por ejemplo, en certificados bursátiles) y no de capital, habrán acreditado su dinero a dicha emisora por el convencimiento que les generó, ni sus activos, ni su operación ni su flujo individuales, sino los de todo el grupo. Así, en caso de incumplimiento, la entidad que tiene que responder es aquella que convenció (integración del consentimiento) al público, y a la que se le prestó, a saber, la totalidad del grupo (Grupo Empresarial, en términos del artículo 2o., fracción X, de la LMV), porque sólo las empresas operativas están en posición de aplicar los recursos acreditados, y no una empresa que no opera, no tiene más flujo que el cobro de sus dividendos y no tiene más activos que los bienes muebles que signifiquen las acciones de las sociedades del grupo.

No obstante lo anterior, no parece practicable, y menos indudable, que tales definiciones bursátiles, por más que están claramente dirigidas a organizar la “realidad” —por oposición a la verdad legal y a la formal— puedan ser el sustento de una acción concursal por la vía ordinaria, puesto que no se pensaron para ser armónicas con estas definiciones y los requisitos de insolvencia que veremos en los siguientes apartados, del artículo 10, a su vez en relación con la desconcertante inclusión en la definición del artículo 2o., fracción II, de sociedades controladas y controladoras como comerciantes.

Desde la perspectiva concursal y societaria, las ventajas comparativas y el valor agregado que representarían las definiciones anteriores del derecho bursátil, y los fines mediatos que tales definiciones persiguen, significan hacer constar la evidencia de que, desde luego, el legislador bursátil reconoció que eran insuficientes, e incluso tendientes a la confusión, principios legales tradicionales como la personalidad jurídica propia, la contracción de los actos de los consejeros y directores a la sociedad que administran y dirigen (artículo 10 de la LGSM), el patrimonio independiente o la limitación de la responsabilidad patrimonial —sólidamente arraigados en los derechos societario y concursal— para poder organizar adecuadamente el espectro bursátil, por lo que elevó a categoría de norma legal lo que en otras materias, e incluso hasta hace relativamente pocos años en la propia materia bursátil, eran valoraciones subjetivas y apreciativas que carecían del valor de ser el referente legal que actualmente son, como “poder de mando”, “influencia significativa” o “grupo empresarial”, que desde luego permiten una correcta aproximación a la realidad corporativa de una empresa y un grupo de empresas en las que interactúan infinidad de variables, pero cuya totalidad de integrantes y componentes son controlados por una o muy pocas voluntades, en función de sus particulares intereses.

Si eventualmente, lo que es poco probable, este texto fuera leído por un juzgador, tal vez podría recordar la existencia de casos de empresas insolventes, cuyas empresas hermanas o subsidiarias, e incluso dominatrices o controladoras, o socios propietarios, continúan operando con entusiasmo y esplendor, mientras los acreedores de la insolvente, en la mayoría de los casos, aún no han cobrado, y algunos ya lo hicieron, pero incluso hasta 1 centavo/peso de deuda, como sucedió en el Tercer Circuito en el primer semestre de 2010.

El fenómeno bosquejado en el párrafo anterior no es la sobreestima de un caso aislado, sino una realidad frecuente, que litigantes y jueces concursales conocen. Así, la insuficiente definición de la fracción II, del artículo 2o., paradójicamente se erige como una ventaja porque permite la libertad de una interpretación favorable a la consideración del grupo empresarial, cuando se reúnan requisitos como aquéllos del “levantamiento del velo societario” vigente en otras latitudes, y adicionalmente se surtan realidades corporativas como las planteadas por las definiciones del derecho bursátil mexicano que se acaban de comentar.

Sin embargo, volvemos a reconocer que el profundo arraigo del principio de legalidad que existe en el sistema jurídico mexicano tal vez no permitirá, en una fecha previsible, tal avance en favor de la protección de los derechos de los acreedores, así es como el avance armónico del conjunto de la economía. Pero considero que es sólo cuestión de tiempo.

4. La definición legal de insolvencia

La regla universal de derecho comparado, común en todo derecho nacional, según la cual un comerciante debe quedar sujeto a las reglas universales del concurso, es la insolvencia, noción que, derivado del dinamismo de las actividades a las que pudiera aplicarse, tributa la necesidad de diferenciarse en dos premisas:

- ¿Qué es la insolvencia, genéricamente hablando?
- ¿Cuándo se considerará, en sentido estricto, que esa insolvencia existe?

En nuestra opinión, la primera pregunta se responde en forma muy similar en todos los derechos nacionales, sin embargo, la segunda no, pues cada derecho lo define en forma diferente y, desde mayo de 2000 —fecha de publicación de la LCM—, dicha segunda respuesta en México es particularmente diferente a todos los demás derechos que yo conozca.

A. Definición genérica de insolvencia

En derecho mexicano quedó insolvente y, por tanto, “[S]erá declarado en concurso mercantil, el Comerciante que incumpla generalizadamente en el pago

de sus obligaciones” (artículo 9o., primer párrafo), lo que significa que el punto de partida de su “concurabilidad” es el momento en el que “incumpla generalizadamente el pago” de dichos compromisos;¹³ definición que prácticamente no difiere de la de la mayoría de los derechos nacionales.

Antes de continuar, es de la mayor importancia que desde este momento el estudiante tenga muy claro que para el comerciante, la única consecuencia posible de caer en insolvencia (“... [que] incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones...”.) es su declaración de concurso (“...Será declarado en concurso mercantil...”). Este mandamiento de orden público es ciertamente imperativo, no permite opción: si hay insolvencia, debe haber concurso.

B. ¿Cuándo se considerará estrictamente, en derecho, que hay insolvencia?

En la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos (LQSP) este punto de partida (¿cuándo?), que es el verdadero punto de inflexión de la epopeya concursal, se dejaba al desarrollo del célebre último párrafo de su artículo 1o., según el cual, “La presunción a que alude este artículo [nueve situaciones descritas en el propio artículo 1o., que hacían presumir que el Comerciante había cesado cumplimiento de sus obligaciones] se invalidará con la prueba de que el Comerciante puede hacer frente a sus obligaciones líquidas y vencidas con su activo disponible”.

Así, en la antigua LQSP, elementos tan delicados como “la prueba”, “puede hacer frente”, “activo disponible” y otros, se dejaban a un tortuoso análisis caso por caso, que, en nuestra opinión, nunca alcanzó a generar una jurisprudencia satisfactoria en los rangos de la seguridad, la certeza, la equidad y la igualdad.

Por su parte, la solución de la LCM a esta pregunta (¿cuándo hay, en derecho, insolvencia?) fue literalmente aritmética y, por tanto, no deja duda alguna, como se observará en el recuadro que se presentará más adelante.¹⁴

En dicho cuadro podrá concluirse cómo la LCM organiza esta noción —insolvencia— de acuerdo con dos criterios: *i*) en función de la cantidad de circunstancias que se deben acreditar para probar su materialización

¹³ Véase el párrafo 52 de la Exposición de Motivos de la LCM.

¹⁴ Véanse párrafos 45 al 47 de la Exposición de Motivos de la LCM.

(artículo 9o., segundo párrafo), en solicitud y demanda, y *ii*) en función de su nivel de certeza (artículos 9o., primer párrafo, 10, proemio y 11), en insolvencia indisputable e insolvencia presumida.

En síntesis:

- 1) Primer criterio: número de criterios de insolvencia que se deben probar:
 - Cuando el concurso se solicita por el propio comerciante.
 - Cuando se demanda por un acreedor o por el Ministerio Público.
- 2) Segundo Criterio: nivel de certeza de la insolvencia:
 - Total certidumbre (*iur et e iure*).
 - Probabilidad suficiente, salvo prueba en contrario (*iuris tantum*).

Los diferencias que existen entre cada calificación legal de insolvencia son las siguientes, las que, no obstante, giran sustantivamente en torno a la misma definición genérica de insolvencia. Sus diferencias se esquematizan en la siguiente forma:

Cuadro 1. Esquema legal de insolvencia

Renglón	Comentario	Artículo / Texto legal (sic)
		<i>Artículo 9o. (sic)</i>
1	Definición genérica de insolvencia, y única consecuencia posible.	“Será declarado en concurso mercantil, el Comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones.
2	Asunción de insolvencia (renglón 1), <i>iure et e iure</i> .	Se entenderá que un Comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones cuando:
3	Requisitos de insolvencia (alternativamente, o renglones 5 y 6, o 5 y 7).	I. El Comerciante solicite su declaración en concurso mercantil y se ubique en alguno de los supuestos consignados en las fracciones I o II del artículo siguiente,
4	Requisitos de insolvencia (renglones 5, 6 y 7).	II. Cualquier acreedor o el Ministerio Público hubiesen demandado la declaración de concurso mercantil del Comerciante y éste se ubique en los dos supuestos consignados en las fracciones I y II del artículo siguiente”.

Cuadro 1. Esquema legal de insolvencia (continuación)

Artículo 10 (sic)

5	Primer requisito	“Para los efectos de esta Ley, el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de un Comerciante a que se refiere el artículo anterior, consiste en el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y se presenten las siguientes condiciones:
6	Segundo y tercer requisito	I. Que de aquellas obligaciones vencidas a las que se refiere el párrafo anterior, las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido representen el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a cargo del Comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso; y
7	Cuarto requisito	II. El Comerciante no tenga activos enunciados en el párrafo siguiente, para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la demanda o solicitud.
8	Opciones de cumplimiento del cuarto requisito	Los activos que se deberán considerar para los efectos de lo establecido en la fracción II de este artículo serán:
9		a) El efectivo en caja y los depósitos a la vista;
10		b) Los depósitos e inversiones a plazo cuyo vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de presentación de la demanda o solicitud;
11		c) Clientes y cuentas por cobrar cuyo plazo de vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de presentación de la demanda o solicitud, y
12		d) Los títulos valores para los cuales se registren regularmente operaciones de compra y venta en los mercados relevantes, que pudieran ser vendidos en un plazo máximo de treinta días hábiles bancarios, cuya valuación a la fecha de la presentación de la demanda o solicitud sea conocida.
13	Límites de las periciales y de la visita, de acuerdo con las diferencias señaladas en los renglones 3 y 4.	El dictamen del visitador y las opiniones de expertos que en su caso ofrezcan las partes, deberán referirse expresamente a los supuestos establecidos en las fracciones anteriores”.

Artículo 11 (sic)

- 14 Asunción de insolvencia Se presumirá que un Comerciante incumplió *generalis iuris tantum*. De probarse lizadamente en el pago de sus obligaciones, cuando cualquiera de estos siete se presente alguno de los siguientes casos: extremos, si no se desvirtúa “Será declarado en concurso mercantil” (renglón 1).
- 15 I. Inexistencia o insuficiencia de bienes en qué trabar ejecución al practicarse un embargo por el incumplimiento de una obligación o al pretender ejecutar una sentencia en su contra con autoridad de cosa juzgada;
- 16 II. Incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores distintos;
- 17 III. Ocultación o ausencia, sin dejar al frente de la administración u operación de su empresa a alguien que pueda cumplir con sus obligaciones;
- 18 IV. En iguales circunstancias que en el caso anterior, el cierre de los locales de su empresa;
- 19 V. Acudir a prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias para atender o dejar de cumplir sus obligaciones;
- 20 VI. Incumplimiento de obligaciones pecuniarias contenidas en un convenio celebrado en términos del Título Quinto de esta Ley, y
- 21 VII. En cualesquiera otros casos de naturaleza análoga.

Del cuadro anterior se colige de inmediato que son cuatro los requisitos previstos por la LCM para poder considerar que el comerciante es insolvente (que *“incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones”*), distinguidos en los renglones 5, 6, 7 y 8, si bien, para una solicitud es suficiente que se reúnan los tres primeros requisitos, o el 1o. y el 4o., mientras que en el caso de la demanda se deben reunir los cuatro:

- 1er. requisito: incumplimiento de pago a dos o más acreedores distintos.
- 2o. requisito: que sus obligaciones vencidas tengan por lo menos 30 días de haber vencido en relación con el día de presentación de la demanda o solicitud.

- 3er. requisito: que sus obligaciones vencidas representen el 35% o más de todas las obligaciones a cargo del comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud.
- 4o. requisito: que no tenga activos altamente líquidos (especificados en el artículo 10), para hacer frente a por lo menos el 80% de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la demanda o solicitud.

Asimismo, se colige que esa situación de insolvencia (“incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones”) se puede presumir, caso en el cual el comerciante deberá desvirtuar, no la circunstancia de presunción legal, de entre las siete previstas, que se haya acreditado en su contra (renglones del 14 al 21 del cuadro 1), sino que lo que debe desvirtuar es que no se encuentra en estado de insolvencia (renglones 5, 6, 7 y 8).

C. Comerciante “auto” concursado (iuris et e iure)

Cuando es el propio comerciante el que solicita su concurso, la calificación de insolvencia se surte cuando se reúnen ya sean dos o tres de los cuatro requisitos arriba citados, a saber: siempre uno de entre ellos (renglón 5, más de dos acreedores con deudas vencidas) más, alternativamente, sean los dos requisitos del renglón 6 o el del 7. Cuando el concurso lo demanda algún acreedor o el MP, entonces deben actualizarse todos los cuatro, lo que se analiza más adelante.

Sin embargo, considero que no se trata de un requisito adicional de la insolvencia, con las modificaciones de diciembre de 2007, apareció, en el artículo 20, un nuevo requisito que algunos jueces han considerado, en nuestra opinión equívocamente, como de admisión a trámite, que debe valorarse, en mi opinión, previamente a que se dicte la sentencia correspondiente tal como el juez hace en todo proceso concursal.

A continuación se cita el texto anterior, y enseguida el texto modificado en 2007:

[Texto anterior] Artículo 20. El Comerciante que considere que ha incurrido en el incumplimiento generalizado de sus obligaciones en términos de cualquiera de los dos supuestos establecidos en el artículo 10 de esta Ley, podrá solicitar que se le declare en concurso mercantil.

[Texto actual] Artículo 20. El Comerciante que considere que ha incurrido en el incumplimiento generalizado de sus obligaciones en términos de cualquiera de los dos supuestos establecidos en el artículo 10 de esta Ley, podrá solicitar que se le declare en concurso mercantil, el cual, en caso de ser fundado, se abrirá en etapa de conciliación, salvo que el Comerciante expresamente pida que el concurso mercantil se abra en etapa de quiebra.

Como se observa, la modificación entraña dos novedades muy importantes, y una aparente tercera novedad, que no lo es:

En primer lugar, atinadamente el nuevo texto aclara que sí es factible iniciar el proceso en la etapa de quiebra (si se disculpa el coloquialismo), “saltándose” la conciliación, lo que no parecía del todo claro atento el artículo 20, en su antigua redacción, en relación con el artículo 167, fracción I, en el sentido de que el texto de este último señalaba, y continúa señalando, que: “El Comerciante en concurso mercantil será declarado en estado de quiebra cuando: I. El propio Comerciante así lo solicite...”, ya que con este texto se sobreentendía que si un comerciante estaba en concurso mercantil es que, en efecto, lo estaba (lo que sólo era posible previa visita y previa sentencia de concurso mercantil, no de quiebra), en tanto que la claridad del nuevo texto del artículo 20, ahora hace innecesaria la interpretación, por ser claro que es factible entrar directo a la quiebra sin pasar por la conciliación; pero siempre y cuando así lo solicite el propio comerciante, tal como lo señala la modificación misma.

En segundo lugar, el nuevo texto implica que, para que proceda una solicitud, cuya mera admisión tiene la trascendencia de poder ubicar al comerciante directamente en quiebra, ahora, de acuerdo con el nuevo texto el concurso debe ser calificado por el juez como “fundado”. Sobre el particular no pensamos que se trate del fundamento que disponen los artículos 14 y 16 de la Constitución general, es decir, no pensamos que este mandamiento legal deba entenderse como que la solicitud se debe “fundar” adecuadamente en derecho (lo que sacramentalmente hacen de por sí los abogados en todos sus escritos, precisamente en el denominado “capítulo de derecho”, o en otros escritos de trámite, con la fórmula sacramental de pedir: “...por lo anteriormente expuesto y *fundado*, atentamente pido...”), sino que el comerciante debe acompañar su solicitud,

y el visitador debe hacer lo propio en su reporte, de todos los elementos de convicción de que disponga para que el juzgador tenga una idea robustecida de que la empresa del comerciante, en efecto, se ubica en los extremos del artículo 10 (concretamente, renglones 3 y 13, del cuadro 1). Pensamos que tal vez el texto “en caso de que se acrediten los extremos del artículo 9, I y 10”, en lugar de “en caso de ser fundado”, podría permitir una mejor comprensión del nuevo texto.

Finalmente, aparentemente el concurso mercantil solicitado por el propio comerciante no requeriría visita, y menos aún si el comerciante solicitara que se inicie en la etapa de quiebra, puesto que, de conformidad con la interpretación directa del nuevo texto, de admitirse la solicitud el “concurso mercantil, en caso de ser fundado, se abrirá [es decir, se abrirá de inmediato] en etapa de conciliación, salvo que el Comerciante expresamente pida que el concurso mercantil se abra en etapa de quiebra”, por lo que aparentemente su mera admisión implicaría la una o la otra, y, por tanto, la no necesidad de la visita. Sin embargo, en el mismo decreto de reformas de diciembre de 2007, también se modificó el artículo 20 en comento, pero en el sentido de adicionar un último párrafo cuyo texto dispone que “en el auto admisorio de la solicitud, se proveerá en términos del artículo 29 de esta Ley”, en la inteligencia de que el referenciado artículo 29 organiza la solicitud al IFECOM de designar visitador, al efecto de que éste proceda a la visita. De lo señalado se concluye que con la noción “fundado”, el legislador se refirió a que una vez realizada la visita, presentado el dictamen del visitador y valorados los peritajes aportados, en su caso, por el comerciante, si el concurso mercantil se declara es porque se acreditaron los requisitos necesarios para ello (renglones 3 y 13, del cuadro 1); por tanto, la referencia a que “se abrirá en etapa de conciliación” implica que como en todo proceso, de dictarse la sentencia de concurso precisamente se inicia la etapa de conciliación, por lo que al haberse referido a ello es una redundancia ociosa que, tal vez, se hizo con el propósito de acentuar que igualmente podrá llevarse el proceso directamente a la quiebra. En todo caso la visita se debe realizar, para que el proceso se inicie en la conciliación o la quiebra, según lo pida el propio acreedor.

Respecto de este último punto, conviene recordar que previamente a la modificación, en relación con la solicitud de concurso presentada por el propio comerciante, ya existían precedentes federales muy claros en dos

sentidos: *i*) no es necesario que el comerciante solicitante acredite a cabalidad los extremos que es necesario acreditar para dictar la sentencia del concurso mercantil solicitado por el comerciante, sino que es suficiente con acreditar en forma presuntiva dichos extremos, toda vez que “al presentar su solicitud no puede adoptarse un criterio rigorista en el sentido de obligarlo a que desde su escrito inicial demuestre clara y fehacientemente encontrarse dentro de los supuestos del mencionado artículo [10, sino que], basta que sean demostrados esos requisitos en forma presuntiva”,¹⁵ y *ii*) que la actualización o no de dichos extremos, en forma concluyente, corresponde hacerlos al visitador una vez que se admita a trámite la demanda,

...pues no debe perderse de vista la idea de la presunción que debe existir al presentar la solicitud de dicho concurso, debido a que de acuerdo con la primera hipótesis del artículo 30, fracción I, de la Ley de Concursos Mercantiles será el visitador [cuando practique la visita] quien dictaminará si el comerciante cumplió o no los supuestos previstos en el artículo 10 de la citada ley, máxime si el diverso 11 de la propia ley menciona algunos casos que permiten tener tal presunción.¹⁶

Como se observa, pareciera una corriente judicial constante que, al presentar la solicitud —e incluso la demanda— deben probarse, cuando menos presuntivamente, los extremos de la insolvencia, por más que dicho requisito no lo exige el legislador, lo que se analizará en páginas siguientes. En el mismo sentido, lo cual ahora es irrefutable desde el punto de vista

¹⁵ CONCURSO MERCANTIL, SOLICITUD DE. BASTA DEMOSTRAR EN FORMA PRESUNTIVA LOS EXTREMOS DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES PARA QUE SEA ADMITIDA A TRÁMITE. Registro 182702, Tesis: I.7o.C.42 C, aislada, materia civil, Novena Época, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XVIII, diciembre de 2003, p. 1362. Precedentes: Amparo directo 602/2003. Singer Mexicana, S. A. de C. V. 16 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Anastacio Martínez García. Secretaria: Juana de Jesús Ramos Liera.

¹⁶ CONCURSO MERCANTIL, SOLICITUD DE. ES MATERIA DE ACLARACIÓN Y NO CAUSA PARA DESECHAR, LO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES. Registro 182449, Tesis: I.7o.C.43 C, aislada, materia civil, Novena Época, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIX, enero de 2004, p. 1484. Precedentes: Amparo directo 602/2003. Singer Mexicana, S. A. de C.V. 16 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Anastacio Martínez García. Secretaria: Juana de Jesús Ramos Liera.

del nuevo texto, corresponde al visitador —no al propio comerciante solicitante— determinar si se surten o no los extremos de la insolvencia legal.

D. Comerciante concursado a demanda de otro (iuris et e iure)

Por su parte, cuando sea un acreedor o el Ministerio Público quien demande el concurso de un comerciante, el requisito del “incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones” se cumple cuando, a su vez, se surtan los requisitos a los que se refieren los renglones 4, 5, 6, y 7 del cuadro 1 (artículos 9o., fracción II y 10), los cuales serán revisados por el visitador durante la visita (renglón 13 del cuadro 1).

Así, cuando un acreedor o el Ministerio Público considere que un comerciante incurrió en “el incumplimiento generalizado de sus obligaciones”, en la forma descrita, podrá demandar su concurso, caso en el cual el actor se podrá desistir de su demanda en forma lisa y llana si su desistimiento lo presenta antes de que se dicte la sentencia de concurso y, además, “todos ellos” manifiestan su consentimiento expreso (artículo 28), pero requerirá del consentimiento expreso de los acreedores, bajo la forma de un convenio conciliatorio, si desea terminar con su concurso mercantil después de dictada la sentencia.

El texto legal “todos ellos” debe entenderse como que deben manifestarlo, en caso de que quien lo haya demandado sea un acreedor, tanto el comerciante como los demás acreedores, si es que fue más de uno el que solicitó el concurso mercantil, y si lo solicitó el comerciante, los acreedores que, por los motivos que sean, estén presentes en el procedimiento antes de la sentencia, lo cual se antoja poco probable porque no tienen todavía interés jurídico y porque la vía que intenta el comerciante es diferente a la que intenta el acreedor o el MP, como se verá más adelante.

E. Comerciante concursado por haber sido probada por otro la presunción de su insolvencia, y aquél no la desvirtúa (iuris tantum)

a. Presunción de incumplimiento generalizado de pagos

Además de las hipótesis que una vez acreditadas no requieren de prueba adicional respecto de que el comerciante es insolvente (*iuris et e iure*),

la LCM previene ciertos casos (semejantes a los del artículo 2o. de la desaparecida LQSP) que, una vez acreditados (renglones del 15 al 21 del cuadro 1), generan la presunción de que el comerciante “incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones”, y, por tanto, a partir de entonces corre en su contra la presunción de que es insolvente y, por tanto, de que se debe concursar¹⁷ (renglones 1 y 14 del cuadro 1).

b. Lo único que el comerciante puede desvirtuar es su insolvencia

En tal virtud y por la naturaleza de tales hipótesis, si se prueban una o más en juicio, la presunción de insolvencia que generarán no se desvirtúa con la prueba de la inexistencia de la presunción en ella misma (el o los casos de presunción que haya utilizado el demandante, del elenco citado en los renglones del 15 al 21 del cuadro 1), sino sólo con la prueba de que en la empresa del comerciante no están presentes los extremos y requisitos señalados en el artículo 10 (renglones 4, 5, 6 y 7, del cuadro 1). Dicho en forma diferente, sólo se desvirtúa la presunción de insolvencia precisamente desvirtuando la presunción que corre contra el comerciante, de que éste es insolvente.

Así, la parte actora se habría centrado en la prueba de uno o más de los casos del artículo 11, para que de conseguir probarlos se genere contra el demandado la presunción legal de insolvencia, en total soslayo de los presupuestos del artículo 10, y para desvirtuarlos, la parte demandada —comerciante— se habría centrado en probar, en el sentido de su inexistencia, los extremos del artículo 10, ante lo cual serían irrelevantes las hipótesis del artículo 11. Entonces, la presunción lo es respecto de la insolvencia, por ende, sólo respecto de ésta se puede presentar prueba en contrario; de no hacerse, o de presentarse pruebas insuficientes, la presunción de insolvencia (*iuris tantum*) desaparece para convertirse en certeza (*iure et e iure*).

Aunque este tema se tratará nuevamente en párrafos siguientes, de inmediato debe subrayarse que la prueba de la existencia de la hipótesis de presunción es suficiente para dictar la sentencia de concurso, porque así lo establece la LCM, pero en la medida en que se le haya dado oportuni-

¹⁷ Véase el párrafo 47 de la Exposición de Motivos de la LCM.

dad al comerciante de desvirtuar la presunción, lo que sólo sería posible, como se acaba de señalar, mediante la prueba de la solvencia.

En tales condiciones, existen dos posibilidades de que en un proceso iniciado con base en una presunción no se dicte sentencia de concurso: i) si la hipótesis de presunción no se prueba, entonces, valga el aparente “trabalenguas”, la insolvencia no quedó “presumida” y la sentencia deberá negar el concurso, por no haberse acreditado la insolvencia a nivel de presunción, y ii) si se acredita la presunción y, por tanto, corre la presunción de insolvencia contra el comerciante, pero éste consigue desvirtuarla mediante la prueba de su solvencia, entonces deberá dictarse sentencia de no concurso, pero en este caso porque la presunción, que sí existió, se desvaneció. En el primer caso no se acreditó la presunción, en el segundo sí, pero se desvaneció al quedar desvirtuada.

Si se prueban una o más presunciones de insolvencia y, además, el comerciante no la desvirtúa, entonces, como también ya se dijo, la presunción de que “el comerciante incumplió generalizadamente el pago de sus obligaciones” deja de serlo para convertirse en certeza y, por tanto, deberá dictarse sentencia de concurso (véanse renglones 14, en relación con el 1, del cuadro 1), para lo cual sólo será necesario que el comerciante haya sido oído por cuanto a que su presumida insolvencia no lo es, y no haya podido probarlo, tal como lo resolvió un tribunal colegiado en una ejecutoria de hechura excepcional.¹⁸

c. La lógica del texto normativo del artículo 11

A una interpretación armónica de los artículos citados en el cuadro 1, en relación con el asunto anterior, podría llegarse —tal vez— mediante los siguientes razonamientos de lógica jurídica:

Primer silogismo:

- Si el artículo 9o. ordena que “será declarado en concurso mercantil, el Comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones”.

¹⁸ CONCURSO MERCANTIL, DECLARACIÓN DE. PROCEDE CON BASE EN PRESUNCIONES LEGALES. Tesis: I.8o.C.239 C, Novena Época, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII, marzo de 2003, p. 1703. Amparo directo 236/2002. Deportiva San Ángel, S. A. de C. V. y coags. 3 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Patricia Villa Rodríguez.

Ergo

- Si se prueba que un “comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones” se debe declarar en concurso mercantil.

Segundo silogismo:

- Si el proemio del artículo 11 ordena que “se presumirá que un Comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones, cuando se presente alguno de los... [siete] ...casos” previstos en el propio artículo 11.

Ergo

- Si se prueba “alguno de los... [siete] ...casos” del artículo 11, entonces se surte la presunción de que el comerciante es insolvente y, por tanto, se presume que debe ser declarado en concurso.

Tercer silogismo. Conclusión:

- Si existe, en contra del comerciante, la presunción de que es insolvente y de que se debe concursar, es decir, de que en su empresa se surte la definición legal de insolvencia del artículo 10.
- Si, además, el comerciante no desvirtúa la presunción de insolvencia que corre en su contra, mediante la prueba que acredite su solvencia.

Ergo

- Ya no hay presunción, es decir, duda, de que el comerciante “incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones” y, por tanto, atento el artículo 9o., y teniendo la certeza de su insolvencia que deriva de no haberse desvirtuado una presunción, debe ser declarado en concurso mercantil.

d. Opinión sobre la posición del juez federal ante la presunción de insolvencia

Hemos visto que algunos jueces han sido en extremo dubitativos respecto a dictar una sentencia de concurso, con base, exclusivamente, en la prueba de la existencia de alguna de las presunciones anteriores, cuando no se logra desvirtuar por el comerciante, no obstante que lisa y llanamente la LCM así lo establece.

En seguimiento de la tesis antes referida, estimo que con la mera prueba de cualquiera de las presunciones de insolvencia antes señaladas, y la mera omisión en haber desvirtuado su insolvencia, incurrida por el comerciante, en cumplimiento del artículo 11 de la LCM —de orden público e interés social— el juez debe dictar la sentencia de concurso por haber quedado acreditada la insolvencia, que es lo único que, atento el proemio del artículo 9o., requiere la LCM en ese estadio del proceso.

En tal caso, el comerciante no vería vulnerados sus derechos constitucionales en la medida en que, por una parte, i) no habría quedado inaudito respecto de la prueba de su solvencia, en tanto que las presunciones son eso, presunciones, sujetas, por lo mismo, a su descargo mediante las pruebas que acrediten su solvencia, y por cuanto a que se le hizo saber de su existencia, y de que tenía la oportunidad de probar la improcedencia del concurso, con la consecuencia del concurso en su defecto, y, por otra, en la medida en que ii) desde el punto de vista material y objetivo, dichas presunciones son lo suficientemente graves como para que, si no se desvirtúan, generen la necesidad de poner el negocio bajo la supervisión del mecanismo federal concursal.

Si el comerciante prueba que sí es solvente, la existencia de las presunciones se convierte en irrelevante y no habrá sentencia de concurso, por tanto, el actor habría de pagar los gastos, las costas y los daños y perjuicios que se le hubieran causado al comerciante durante todo el episodio. Si no prueba que es solvente, lo que se facilita por el contenido meramente aritmético del artículo 10, entonces es eso: un comerciante insolvente y, por tanto, se debe concursar.

Desde el punto de vista práctico y a la luz de las complejidades derivadas del excesivo formalismo existente en el sistema judicial mexicano, adicionalmente a la viabilidad técnica del concurso mercantil, con base en presunciones no desvirtuadas que se colige de los párrafos previos, las disposiciones legales anteriores, y en particular el artículo 11, se pueden ver como la solución real y pragmática a problemas similares a los siguientes:

- El hombre clave de un comerciante insolvente se “alza” y no hay manera de localizarlo para proceder al emplazamiento y eventual concurso mercantil.

- Un comerciante insolvente sí está localizable, pero ha podido sortear el emplazamiento, lo que se ha visto en la práctica hasta por más de cuatro años.
- Un comerciante insolvente está localizable, no tiene inconveniente en que se le concurse, pero carece en totalidad de los recursos para siquiera proceder a incoar el concurso mercantil y decide permanecer inmóvil.
- Un comerciante insolvente, carece de contabilidad, de locales o de activos para buscar aun alguna mínima recuperación, a la luz del criterio costo/beneficio, pero algunos acreedores requieren la confirmación judicial de insolvencia.

Éstas y otras múltiples situaciones que gravitan en los asuntos de insolvencia, en el sentido de que resulta materialmente imposible el emplazamiento, la visita u otra diligencia integrante de la secuencia concursal, son frecuentes en la práctica, y son incompatibles con el itinerario y el desarrollo normal de un procedimiento concursal cualquiera. Pues bien, tales situaciones son resueltas, en favor de su definición, por el artículo 11, el cual establece, a través de unas cuantas presunciones, cuándo debe presumirse la insolvencia de un comerciante en el caso de que no sea posible ni que la visita ni el proceso en su conjunto se puedan conducir en condiciones de normalidad, lo que es indispensable en casos de incumplimientos masivos.

Sin embargo, una reciente tesis de la Segunda Sala de la SCJN pareciera haber cancelado la viabilidad de lo anterior, al establecer que:

...no basta con la presentación de la demanda y con la simple afirmación de una persona para que se admita la demanda, sino que deben reunirse los requisitos establecidos en la mencionada ley... [pero] ...basta con que se demuestren los extremos contenidos en el artículo 11... para que se presuma dicho incumplimiento, es decir, acreditados esos elementos se genera una presunción legal de que se está en presencia de los supuestos de procedencia del concurso mercantil...¹⁹

¹⁹ CONCURSOS MERCANTILES. PARA LA ADMISIÓN DE SU SOLICITUD, NO BASTA CON LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA Y CON LA SIMPLE AFIRMACIÓN DE UNA PERSONA, SINO QUE SE REQUIERE DEMOSTRAR PRESUNTIVAMENTE EL INCUMPLIMIENTO GENERALIZADO DE LAS OBLIGACIONES DE PAGO DEL COMERCIANTE. Registro: 176,356, Tesis: 1a. CLXVIII/2005, tesis aislada, materia(s): civil, Novena Época,

En efecto, tanto en la síntesis y la voz de la tesis citada a pide de página, como en la ejecutoria, se observa que el juzgador privilegió la necesidad de que al inicio del proceso, sea por solicitud o demanda, al menos se prueben presuntivamente algunos de los extremos de la insolvencia, lo cual resolvió que puede hacerse mediante la prueba de las presunciones del artículo 11, no obstante que la LCM no requiere nada, ni por asomo, similar a ello.

Pero más aún, el texto “...no basta con... sino que deben reunirse los requisitos establecidos en la mencionada ley...” hace suponer que es incluso una carga procesal —el acreditamiento de las presunciones del artículo 11— impuesta por la LCM al promovente, cuando no existe fundamento legal alguno que así lo permita afirmar.

En efecto, tanto el concurso con base en presunciones legales como la necesidad de probar presuntivamente la insolvencia como requisito de admisión de la demanda son dos temas que han sido fuertemente controvertidos en la incipiente doctrina concursal y en la práctica judicial, lo que en nuestra opinión obedece a un motivo tan claro como sólido, pero que no alcanza a constituir una justificación; siendo que existe una opinión unánime respecto a que el comerciante insolvente se debe poner, a la brevedad, bajo la tutela de un juez federal.

En la veintena de procedimientos concursales en los que he participado desde la publicación de la LCM, ha sido frecuente la contrariedad, la suspicacia, y, en algunos casos, la inconformidad de los jueces, por ver cómo —discúlpese el aparente desenfado, que no lo es—, una buena mañana, una empresa o un individuo aparece en el juzgado de distrito con su billete de depósito para garantizar los honorarios del visitador, a solicitar que un

Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIII, enero de 2006, p. 718.

Amparo en revisión 1030/2004. Corporación de Noticias e Información, S. A. de C. V. 13 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza. Amparo en revisión 1932/2004. Grupo Fertinal, S. A. de C. V. 23 de febrero de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Impedido: Juan N. Silva Meza. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.

Amparo en revisión 788/2005. Medicus, S. A. de C. V. 22 de junio de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto.

Amparo en revisión 948/2005. Agroindustrias del Balsas, S. A. de C. V. 3 de agosto de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Impedido: Juan N. Silva Meza. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Carmen Vergara López.

comerciante se sujete a concurso mercantil, para lo cual el demandante sólo debe cumplir algunos requisitos relativamente laxos. Pareciera que los jueces de distrito encuentran dificultad en comprender cómo una persona puede, con esa facilidad, someter a otra a la aparente coerción y las impredecibles eventualidades del concurso mercantil, sin siquiera probar, en cualquier medida, que ese comerciante al menos tiene atisbos de ser insolvente. Como si intuitivamente el juez de distrito pensara que algo tan colosal como un concurso mercantil, debería iniciarse con un resorte mucho más grande y principalmente más solemne.

Este recelo, altamente justificado, en los asuntos *res inter alios*, propios de una judicatura como la mexicana, y, más aún, en jueces que están rigurosamente enclavados en la necesidad de valorar circunstancias como el interés jurídico del demandante en juicios que sólo se ganan si se prueba un daño “personal y directo”, e incluso, la suplencia de la queja en los casos en los que es necesaria, todo ello bajo las más estrictas bases de imparcialidad, son circunstancias que no existen en el proceso concursal, en el que, por las razones de naturaleza social, económica y financiera propias del colegio universal de deudas insolventes, requiere la máxima celeridad posible en la implementación de las reglas más claras posibles en beneficio de la sociedad y no sólo de uno.

Pero más importante aún, desde el punto de vista técnico, es innegable que para la admisión a trámite de una demanda de concurso no existe obligación alguna de probar, en cualquier medida, la insolvencia, simplemente porque dicho requisito no existe ni en los artículos 22 y 23 ni en artículo legal alguno.

Pero cuando el juzgador federal decidió valorar la admisión a trámite, mediante el fincamiento, para el promovente, de la carga procesal —no legal, porque el único requisito legal es la inserción de *los hechos que motiven la petición*—²⁰ de probar la insolvencia en cualquier medida, es nuestra opinión que echó mano de las presunciones del artículo 11, primero porque son precisamente parte del discurso normativo de la LCM, y segundo porque resolvían el problema del rechazo que la formación judicial del juzgador tal vez oponga a un inicio del proceso tan fácil de detonar, en el sentido de disponer de una motivación suficiente para conceder su beneplácito a la apertura de la epopeya concursal.

²⁰ Artículo 22, fracción IV, de la LCM.

Si a esto aunamos que múltiples juzgadores, litigantes y funcionarios, no saben qué hacer con el artículo 11, por cuanto a sus fines mediatos e inmediatos se refiere (esto es una realidad), es dable concluir el motivo por el cual los jueces le asignaron a dicho artículo 11, el papel de las presunciones mínimas que debe acreditar el promovente para poder recibir a trámite la demanda de concurso. Así, algunos estiman, en nuestra opinión, en forma completamente equivocada, que el artículo 11 es una especie de complemento de ambos, del artículo 10 y de los requisitos de admisión de la demanda, lo que es erróneo, primero porque no es necesario, segundo, porque la LCM no establece nada ni siquiera semejante, y, tercero, porque el artículo 11 tiene propósitos propios, específicos e independientes de aquéllos.

Por tanto, tengo seguridad de que el artículo 11 establece presunciones útiles para conducir un concurso mercantil sin necesidad de visita y en condiciones muy especiales, principalmente cuando, por los motivos que sean, la vía ordinaria mercantil (artículo 10) no es materialmente posible enderezarla con la diligencia que los asuntos de insolvencia requieren.

Las formas en que procede el inicio de un concurso mercantil son múltiples, una de ellas es la vía presuncional. Cada vía tiene diferentes requisitaciones y fundamentos, aunque todas encaminadas al mismo fin; a saber, sujetar el patrimonio insolvente de un comerciante a las reglas de orden público del proceso universal de concurso.

5. Las otras maneras en que un comerciante puede ser declarado en concurso mercantil

Adicionalmente a las tres formas típicas en las que una persona puede devenir el “comerciante” de un concurso mercantil, que vimos en las páginas anteriores, existen otras maneras especiales que sólo se implementan en condiciones bien señaladas por la LCM, que son las siguientes.

A. Casos en los que no se requiere visita

a. Por la vía ordinaria

Cuando después de admitida a trámite la demanda de concurso, en forma pertinaz, el comerciante demandado no deja designada una persona con

la que se pueda diligenciar la visita y, por tanto, ésta no se pueda realizar (artículo 33), caso en el que el juez está obligado a dictar la sentencia de concurso mercantil.

En forma similar, si después de admitida la demanda de concurso, en forma pertinaz, el comerciante demandado decide no colaborar ni cooperar con el visitador durante la visita y, por tanto, ésta se obstaculiza al grado que se impida su propósito (artículo 35), el juez también está obligado a dictar la sentencia de concurso mercantil.

b. Por la vía presuncional

Si después de admitida a trámite y emplazada la demanda, el comerciante es rebelde en su contestación, el juez está obligado a presumir como ciertos los hechos de la demanda que sean determinantes para acreditar la insolvencia del comerciante demandado (artículo 26, 4o.) y por tanto debe dictar la sentencia de concurso.

Asimismo, el juez de distrito que reconoce un procedimiento concursal en el extranjero, debe establecer en la sentencia respectiva la presunción de insolvencia del comerciante extranjero (artículo 309).

c. Por la vía de jurisdicción voluntaria

Es el caso de la solicitud de un plan de reestructura previo (*Prepackage*), en el que el comerciante solicitante que reúna los requisitos establecidos en el artículo 339, recibe el estatus de concursado sin necesidad de que se realice la visita, lo que está especificado en forma expresa (artículo 341).

B. Caso que requiere de visita. Los socios ilimitadamente responsables

En los tres casos previstos por el artículo 14, la declaración de concurso de una sociedad determina, *iuris et e iure*, que los socios ilimitadamente responsables (incluidos los de la sociedad irregular) sean considerados para todos los efectos en concurso mercantil.

CARLOS FELIPE DÁVALOS M.

Por tanto, simultáneamente a la sentencia de concurso de la sociedad, se dicta la sentencia de los socios ubicados en estas condiciones.

Felicitemos entusiastamente al doctor Francisco González de Cossío, alumno brillante hace un cuarto de siglo, arbitralista brillante hace años y siempre amigo, por este primer ejemplar que inicia una nueva etapa de la *Revista de Derecho Privado*, la cual implica la continuación de la labor iniciada por nuestro querido y nunca olvidado maestro don Jorge Barrera Graf, a quien tuve presente al momento de elaborar esta contribución, por cuanto a que, como él acostumbró, buscamos dar un tratamiento novedoso y comparatista a las figuras propias del derecho mercantil.

