

CAPÍTULO QUINTO

APLICABILIDAD

El presente capítulo lleva como propósito fundamental reiterar que, desde el prisma de argumentos diversos a los ya estudiados, y que constituyen precisamente la materia del presente capítulo, aún con el régimen actual de la sociedad anónima, sea en la parte exclusivamente mercantil, como en las normas más generales aplicables, por ejemplo, el caso de abuso del derecho del ente societario, contenidas tanto en el derecho civil como en otros ordenamientos, es posible afirmar la procedencia, acotada a ciertos y determinados casos (los que se consideren más graves), de la *desestimación de la personalidad* jurídica de las sociedades anónimas.

Para lograr tales objetivos, estudiaremos el llamado carácter contingente o histórico del derecho mercantil y dentro de este a la sociedad anónima; algunos signos de la influencia que la globalización implica para el derecho mercantil en general, así como algunos aspectos relacionados con la evolución reciente del derecho mercantil mexicano y, finalmente, estudiaremos algunas disposiciones contenidas en algunos ordenamientos jurídicos especiales que, en nuestra opinión, establecen algunos elementos normativos cercanos a la *desestimación de la personalidad jurídica*, de tal forma que puede afirmarse que esa doctrina no solo es conocida en nuestro país, sino que ha sido objeto de aplicación por diversos tribunales, según se ha visto el capítulo II de esta tesis.

I. EL DERECHO MERCANTIL ES UNA CATEGORÍA HISTÓRICA

1. *La contingencia del derecho mercantil*

Conocer el origen del derecho mercantil, sea de manera breve y sucinta, nos permitirá comprender lo que diversos autores aglutinan

bajo el rubro relativo a la categoría histórica que tiene el derecho mercantil, lo que a nosotros nos sirve para argumentar a favor de la tesis que se mantiene en el presente trabajo, en el sentido de que, aún bajo la normatividad existente en la actualidad, es posible, en ciertos y determinados casos, demandar la *desestimación de la personalidad jurídica* de la sociedad anónima, pues el principio de la incommunicabilidad patrimonial inherente a la personalidad jurídica societaria no es un dato ontológico sino *normativo* (contingente), o sea, le es otorgada por la ley, y por lo tanto no es un dato que le sea connatural. En síntesis, pues, los principios enunciados al ser artificiales pueden modificarse e inclusive hacerlos desaparecer. Esta es finalmente una cuestión de política legislativa.

En esta misma línea, igualmente, habremos de utilizar la observación histórica de la sociedad anónima y los dos principios fundamentales que le son propios, según hemos visto ya en capítulos anteriores, para desarrollar el argumento consistente en que al ser el derecho mercantil una categoría histórica, sus normas e instituciones tienen también ese carácter, esto es, sus formas y modelos de regulación son igualmente una categoría histórica, de lo que se deduce que el principio de la separación de los patrimonios del accionista y el de la sociedad anónima puede o no ser tan rígido o flexible como el legislador lo considere en cada época, en el entendido de que nada más escapa a nosotros en este momento el pretender estudiar la historia señalada, pues además de que dicha tarea sale de nuestra capacidad, lo que buscamos en el presente acápite es tomar la argumentación útil que de dicha visión histórica emerge para la tesis que sostenemos.

El derecho mercantil, tal y como hoy lo conocemos, surge hacia fines del siglo XI y durante el siglo XII. En esta época, precisamente, surge un *corpus* consuetudinario e indiferenciado de normas, acicateado, sin duda alguna, por las necesidades del comercio de entonces, con el objetivo básicamente de satisfacer las necesidades de una nueva clase social, así como la de los comerciantes que reclamaban y urgían normas de aplicación expedita y segura.

Es durante este tiempo que se formaron muchos de los conceptos e instituciones básicas del moderno derecho mercantil y, lo “que

es aún de mayor importancia, fue entonces cuando por vez primera en Occidente llegó a ser visto el derecho mercantil como un sistema integrado y en desarrollo, un *cuerpo* de derecho”,¹⁶⁹ destinado fundamentalmente a regular la compraventa, el transporte marítimo, el seguro y diversas formas de financiamiento.

La doctrina mayoritaria, entre quienes podemos citar, meramente a título de ejemplo, a los extranjeros Tullio Ascarelli,¹⁷⁰ Teresa Puente Muñoz,¹⁷¹ y entre los nacionales a Elvia Arcelia Quintana Adriano,¹⁷² Jorge Barrera Graf,¹⁷³ Raúl Cervantes Ahumada¹⁷⁴ y Fernando Vázquez Arminio,¹⁷⁵ acepta que el derecho mercantil es una categoría histórica, en tanto que es posible establecer una época en la cual esta rama jurídica surge como tal, y en la que respecto de la anterior no existía algo que formalmente pudiéramos definir como derecho mercantil.

Esto es así, por virtud de que cada institución o principio del derecho mercantil claramente obedece a un estadio o etapa de evolución del comercio, y por tanto del derecho mercantil,¹⁷⁶ el cual además tiene una clara vocación evolutiva.

En otras palabras, si como es sabido, el comercio evoluciona constante e incesantemente, el derecho mercantil, aunque a menor velocidad, igualmente evoluciona, ciertamente y de modo desafortunado, en muchas ocasiones no a la par que su materia de re-

¹⁶⁹ Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 349 y ss., realce en el texto original.

¹⁷⁰ *Introducción al derecho comercial...*, *cit.*, pp. 5-34, véase especialmente pp. 14, 15 y 30.

¹⁷¹ “Notas para un estudio sobre el concepto de derecho mercantil”, *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, II*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 77 y ss.

¹⁷² *Ciencia del derecho mercantil, teoría, doctrina e instituciones*, México, Porrúa, 2002, pp. 63-69.

¹⁷³ *Instituciones...*, *cit.*, p. 3.

¹⁷⁴ *Op. cit.*, pp. 17 y 18, aunque sin la mención expresa de “categoría histórica”, pero del texto relativo es clara su conclusión en este sentido.

¹⁷⁵ *Derecho mercantil, fundamentos e historia*, México, Porrúa, 1977, pp. 15, 33, 59 y 60.

¹⁷⁶ *Cf.*: Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *op. cit.*, p. 63.

gulación, pero este es otro problema que escapa a las presentes consideraciones.

Ahora bien, si reconocemos la existencia del derecho societario como una parte fundamental del derecho mercantil, habremos de aceptar igualmente que el derecho societario es también una categoría histórica. Por tanto, puede predicarse lo mismo que del derecho mercantil, esto es, que constituye una categoría histórica y en este sentido contingente.

Si tanto el derecho mercantil como el societario pueden ser caracterizados como categorías históricas, es porque las realidades económicas, sociales, políticas y culturales que intentan regir son contingentes desde el punto de vista histórico, es decir, es variable en sus contenidos y dependiente de múltiples factores y circunstancias extrajurídicas.

El derecho mercantil no existió siempre, surgió “como consecuencia, fundamentalmente, de la interacción, de los factores económicos y político-sociales emergentes en la Edad Media”, que a los pocos siglos se consolidaron como fuente del moderno derecho mercantil. El medievo creó un derecho consuetudinario, la época absolutista lo asumió y lo convirtió en legislado. “La posrevolucionaria lo codificó. La neoliberal ha creado las bases para la crisis de la codificación decimonónica”, mientras que la época actual “lo vincula cada vez más con la tendencia a la uniformización, a la supranacionalidad, a la extensión de una *lex mercatoria* que regule las relaciones internacionales”¹⁷⁷ de modo paralelo a los ordenamientos nacionales.

2. *La contingencia del concepto y naturaleza jurídica de las sociedades anónimas*

En este sentido, entonces, es correcta la afirmación siguiente: la sociedad anónima es una categoría histórica; por tanto, los princi-

¹⁷⁷ Broseta Pont, Manuel, “Tendencias actuales del derecho mercantil”, en Soberanes, José Luis (coord.), *Tendencias actuales del derecho*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 173 y 174.

pios que la regulan, de igual modo, son históricamente contingentes, es decir, son cambiantes y evolutivos.

Hay que entender el presupuesto extrajurídico de las normas como la operación colectiva a través de la cual la sociedad moderna regula reflexivamente la dimensión normativa de la institución de los significados sociales fundamentales que rigen la vida social. Esta operación es originaria y autofundamentada, o sea, no presupone un nivel de legalidad o de significatividad en que inspirarse, del que depender, y respecto del cual sería posible juzgarla, evaluarla y por consiguiente, eventualmente, modificarla. Obviamente hay que excluir, en nombre de la historicidad misma de la institución, que lo instituido, o sea el resultado de la operación instituyente, esté destinado a mantener *in aeternum* la misma configuración normativa.

Sin embargo, lo instituido puede ser puesto en discusión, alterado y modificado sólo por una nueva actividad instituyente que tenga la fuerza social necesaria para revocarlo. En suma, los significados sociales sancionables, o sea las normas, precisamente en cuanto que son instituciones sociales no poseen eternidad o inmodificabilidad ningunas: su siempre posible alteración permanece en la perspectiva de la actividad instituyente de la que se originan y obtienen valor y legitimidad.¹⁷⁸

La sociedad anónima surgió históricamente ligada a dos principios fundamentales, mismos que actualmente conservan plena lozanía, aunque con matizaciones debidas a lo cambiante de las realidades económicas, sociales y políticas que el derecho mercantil está llamado a regir. De ahí que dediquemos el presente apartado a comentar brevemente el nacimiento de estas instituciones jurídico societarias, en el entendido que estamos muy lejos de querer hacer un resumen de la cuestión, pues ello no solamente excede a nuestras fuerzas y capacidad, sino que además el punto da para una investigación monográfica que, como decimos, supera el marco del presente trabajo. Por tanto, solamente recordaremos aquí algunos antecedentes de la sociedad anónima y dos aspectos que le son esencialmente vinculados, a saber, la separación de los patrimonios

¹⁷⁸ Ciaramelli, Fabio, *op. cit.*, p. 83.

de los accionistas frente al de la sociedad, con la consiguiente limitación de responsabilidad de los accionistas por deudas sociales.

Algunos antecedentes remotos de la sociedad anónima podemos encontrarlos en algunas figuras de empresas conjuntas de los siglos XII y XIII, como la *commenda*, en la que la responsabilidad del accionista estaba limitada al monto de su aportación, mediante la cual se movilizaba capital para el comercio de ultramar a grandes distancias, y en ocasiones por tierra, y en la *societas mari* (sociedad del mar), era una variación de la *commenda* por medio de la cual un inversionista llamado *tractator* aportaba un tercio del capital y otro, el *stans*, dos tercios, en donde los dos compartían las ganancias en partes iguales.

La comendda y la societas maris tenían la gran ventaja de que la responsabilidad de los socios quedaba limitada a la cantidad de su inversión inicial. A este respecto, era como la moderna sociedad en comandita por acciones. Asimismo, los inversionistas podían reducir los riesgos dividiendo su dinero entre varias diferentes *commendae*, y no invirtiéndolo toda en una empresa. Pero la *commenda* difería de la moderna empresa comercial ya que era, por lo general, un acuerdo a breve plazo, que se disolvía al terminar el viaje particular para el que se había establecido.¹⁷⁹

Ahora bien, independientemente de los antecedentes más lejanos ya anotados, existe un consenso generalizado sobre el surgimiento de la sociedad anónima (de acuerdo a la forma en que la conocemos hoy en día), en el sentido de que la misma aparece en los inicios del siglo XVII, “en las compañías coloniales para la colonización ultramarina y éstas, a su vez, de acuerdo con la tesis histórica más difundida, en el condominio naval”, vinculándose de esa manera “la responsabilidad limitada del accionista de la sociedad anónima moderna, a la responsabilidad limitada del armador

¹⁷⁹ Berman, Harold, J., *op. cit.*, pp. 369 y 370; la *compagnia*, otra forma de organización comercial, surgida más o menos por esta época, por su parte, era más bien una empresa familiar cuyos integrantes tenían una responsabilidad ilimitada, de ahí que omitamos su referencia, pues emparenta decididamente con la actual sociedad en nombre colectivo.

en el derecho marítimo”,¹⁸⁰ tratándose en todo caso de empresas conjuntas formadas para perdurar en el tiempo y no solamente para un viaje, como en la *commenda* o la *societas maris*.

Otro dato interesante que nos muestra que, de alguna manera, el surgimiento de la sociedad anónima estuvo vinculado al Estado, es que la sociedad por acciones aparece en la conjunción en una colectividad de los empréstitos públicos a favor del Estado del renacimiento, cuando en “garantía del empréstito y para asegurar su extinción, [el Estado] asignaba a los acreedores la exacción de algunas gabelas (sobre el lino, sobre la sal, etc.)”,¹⁸¹ pero siempre conservando la limitación de responsabilidad por las deudas que llegaran a generarse por la *aventura*, con lo cual el principio de la limitación de responsabilidades y separación de patrimonios entraba ya desde entonces a formar parte de los principios generales del derecho mercantil, que llega en esos mismos términos hasta nuestros días y respecto del cual no vemos la razón por la que dicho principio no tenga excepciones.

La historia del derecho nos ayuda a entender nuestro derecho moderno, nos explica por qué el derecho ha llegado a ser lo que es, revela las premisas en las cuales este se basa, constituye una rica fuente de experiencia que es valiosa tanto para el desarrollo de la dogmática jurídica moderna como para las reformas legislativas. También puede revelar en qué momento se ha tomado un camino equivocado y así repetir un error.¹⁸²

De lo expuesto hasta aquí en el presente apartado, podemos concluir que si bien el derecho mercantil es una categoría histórica debido, sin duda alguna, a que nació para regular cierta clase

¹⁸⁰ Ascarelli, Tullio, *Introducción al derecho comercial...*, cit., p. 15; *Sociedades...*, cit., pp. 249-256; en el mismo sentido, véase Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1997, pp. 387 y 388.

¹⁸¹ Bolaffio, León, *op. cit.*, pp. 83 y 84; sobre el nacimiento de las modernas sociedades mercantiles, véase Weber, Max, *op. cit.*, pp. 310 y 311, con especial referencia a la separación de patrimonios y consecuente limitación de responsabilidad.

¹⁸² Zimmermann, Reinhard, *op. cit.*, p. 220.

de realidades económicas, sociales y políticas, dicho ordenamiento puede evolucionar en la medida en que sea necesario para alcanzar una adecuada y satisfactoria regulación de esas nuevas realidades que están llamando a normar. Seguramente en algún momento de la evolución y desarrollo de la sociedad anónima el principio del hermetismo societario no debía tener excepciones, pero hoy quizá sí, esta es nuestra opinión.

Por tanto, las regulaciones jurídico mercantiles, obviamente, son igualmente de carácter histórico, esto es, contingentes, lo que significa que pudieron no existir, o bien existir de una manera diferente a como existieron originalmente, así como, por supuesto, transformarse según la índole y naturaleza de los hechos regulados por el mismo derecho mercantil. En este sentido, no choca con los principios dogmáticos aludidos de la limitación de la responsabilidad del accionista al monto de su aportación y la consecuente separación de patrimonios, el hecho de que en determinados casos (por ejemplo, cuando resulta necesario levantar el velo corporativo) los principios aludidos no resulten operativos, o sea, sean susceptibles de ser ignorados.

II. NO ES UNA INSTITUCIÓN DESCONOCIDA EN MÉXICO. REMISIÓN

El argumento consistente en que la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas no es una institución desconocida en derecho mexicano, constituye una base más a nuestra tesis, en el sentido de que en nuestro país es aplicable la teoría de la develación de la sociedad anónima.

Esto es así, porque como se ha visto con antelación y se reiterará adelante, en nuestro ordenamiento jurídico ya se ha aceptado *el levantamiento del velo corporativo* de la sociedad anónima, y nada impide que nuevamente vuelva a aceptarse en forma expresa y taxativa dicho principio de aceptación como sería, por ejemplo, el “Proyecto de Ley de La Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria” que comentamos en el capítulo IV de la presente tesis, o bien a través de la aplicación de algunos de los principios jurídicos generales que estudiamos anteriormente en el capítulo III.

III. GLOBALIZACIÓN Y DERECHO MERCANTIL

1. *Globalización y derecho en general*

La globalización es un fenómeno, primero y esencialmente, de carácter y efectos económicos y financieros. Paulatinamente, los efectos de dicho fenómeno se han venido extendiendo a los más diversos órdenes de la vida social, política, cultural y, obviamente, jurídica.¹⁸³ ¿Qué incidencia tiene esto en el derecho mexicano y particularmente en la teoría del levantamiento del velo corporativo en nuestro país?

Primariamente, la globalización implica un derrumbe de las fronteras (soberanas) de los estados nacionales,¹⁸⁴ en virtud de cuyo derrumbamiento los flujos económico financieros se vuelven incesantes en un continuo ir y venir por el mundo (aunque no por todo el mundo), merced al fortalecimiento de grupos de poder (privados o no estatales) que operan¹⁸⁵ —impunemente— en el ámbito

¹⁸³ Por demás está aclarar que el concepto, naturaleza, trayectoria histórica y consecuencias de la globalización, son temas que exceden con mucho los límites del presente trabajo; un resumen interesante e informado de estas cuestiones las presenta García Arias, Jorge, “Mundialización y sector público: mitos y enseñanzas de la globalización financiera”, *Comercio Exterior*, México, vol. 54, núm. 10, octubre de 2004, pp. 856-873.

¹⁸⁴ La mundialización “implica la extensión de las actividades sociales, políticas y económicas (entre otras) más allá de las fronteras tradicionales, de modo que los acontecimientos, las decisiones y las actividades de toda índole, que ocurren en una zona del planeta influyen de manera significativa en los individuos y las comunidades de otras zonas”, García Arias, Jorge, *op. cit.*, p. 857; *cf.* Sánchez Torres, Carlos Ariel, “Globalización y soberanía monetaria”, *La globalización del derecho y su incidencia en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Uniboyacá, 2001, pp. 251-255.

¹⁸⁵ Sobre el desbordante poder de las llamadas *empresas transnacionales (globales)*, véanse Klein, Naomi, *No logo, el poder de las marcas*, trad. de Alejandro Jockl, Barcelona, Paidós, 2001, p. 559; Werner, Claus y Weiss, Hans, *El libro negro de las marcas (el lado oscuro de las empresas globales)*, Marino Grynszpan y Alejandra Obermeir, Buenos Aires, Sudamericana, 2003, p. 317; Robin, Corey, *El miedo, historia de una idea política*, trad. de Guillermina Cuevas Meza, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 43 y 44; Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la*

internacional, aspecto que por cierto ha revitalizado en diversos ámbitos académicos y legislativos, entre otros muchos, los temas precisamente del *levantamiento del velo corporativo* o de la *desestimación de la personalidad jurídica* de las sociedades anónimas, y el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas que en este trabajo solo hemos mencionado de modo tangencial.

La caída de las fronteras nacionales, con el consiguiente flujo y reflujo de inmensos volúmenes de recursos financieros, ha traído consigo una serie de cambios paradigmáticos en diversos órdenes, como son los fenómenos generalizados de desregulación financiera y comercial por “medio del desmantelamiento de las regulaciones y controles públicos, y su impulso, después, mediante la liberalización de los sectores económicos estratégicos y la privatización de las empresas del sector público”.¹⁸⁶ Es decir, de grandes programas de privatización; el técnico organizativo en relación a la producción de bienes y servicios, todo esto dentro de la llamada tercera revolución industrial, estimulada por la informática y la automatización de procesos, y la aceleración a velocidades insospechadas hasta hace poco tiempo de las telecomunicaciones, como es el caso del internet.¹⁸⁷

La globalización altera también los modos de apropiación y reproducción sociales (movilidad) y de estratificación, así como los ámbitos cultural, político y, por supuesto, el mundo jurídico, de entre los cuales cabe destacar, además de los ejemplos ya mencionados, la desregulación jurídica de los mercados internos y mundiales (regionales), con profundas consecuencias en los derechos constitucional y administrativo de los países respectivos; la reducción conceptual de la soberanía; la aparición de un *soberano privado supraestatal difuso* frente a un Estado abierto; los problemas de la devastación ecológica; el terrorismo transnacional; el narcotráfico;

democracia, I..., cit., p. XI, se refiere a “la proliferación descontrolada de poderes extralegales y salvajes tanto públicos como privados”.

¹⁸⁶ García Arias, Jorge, *op. cit.*, pp. 858 y 859.

¹⁸⁷ Véase sobre esta problemática Lessig, Lawrence, *El código y otras leyes del ciberespacio*, trad. de Ernesto Alberola, Madrid, Taurus, 1999, p. 540.

el lavado de recursos financieros de procedencia ilícita (lavado de dinero); la migración legal e ilegal, y en general un largo etcétera.¹⁸⁸

La globalización provoca, en este sentido, una reconfiguración de todo el marco en el que se desenvuelve la acción humana.

[Está, la globalización] reconstituyendo el *poder*, las *funciones* y la autoridad de los estados nacionales: si bien los estados continúan disponiendo de la capacidad para ejercer la autoridad efectiva dentro de su territorio, a esta capacidad se yuxtapone la de las instituciones internacionales, así como las restricciones del derecho internacional. Complejos sistemas globales conectan, desde el plano financiero hasta el ecológico, las distintas regiones del planeta, y las redes del transporte y comunicaciones permiten el avance de nuevas formas de organización social y económica que trascienden las fronteras nacionales. *Los objetos y los sujetos del poder* ya no están, a toda costa, ubicados en el mismo territorio. La globalización asocia, en este sentido, con una transformación de las relaciones entre soberanía, territorio y *poder* del Estado.¹⁸⁹

Por lo que al derecho se refiere, en este mundo globalizado, con impresionante rapidez, “muchos de los conceptos y categorías fundamentales hasta ahora imperantes en la teoría jurídica están siendo vaciados y problematizados por el fenómeno de la globalización”, dice acertadamente José Eduardo Faria, y abunda señalando que los códigos interpretativos, modelos analíticos y esquemas cognitivos del derecho y la ciencia jurídica “se revelan cada vez más carentes de operatividad y funcionalidad”,¹⁹⁰ fenómenos a los cuales las regulaciones del derecho mercantil no permanecen inmunes, como es precisamente el caso del régimen jurídico de las sociedades

¹⁸⁸ Cfr. Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, trad. de Carlos Lema Añón, Madrid, Trotta, 2001, p. 283; Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 231 y ss.; Chomsky, Noam y Dieterich, Heinz, *La sociedad global, educación, mercado y democracia*, México, Joaquín Mortiz, 1996, p. 198; Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, 2...*, cit., pp. 516-521.

¹⁸⁹ García Arias, Jorge, *op. cit.*, pp. 863 y 864, realce añadido; cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia, 1...*, cit., pp. 7 y 8.

¹⁹⁰ Faria, José Eduardo, *op. cit.*, p. 33.

anónimas (transnacionales) y su impacto en el ámbito de los derechos humanos,¹⁹¹ y a cuya fenomenología no es ajeno el debate en torno a la doctrina de la *desestimación de la personalidad jurídica* de las sociedades anónimas.

Un aspecto destacable que todavía falta estudiar en el contexto que venimos tratando, es el relativo a los efectos de la velocidad del proceso de globalización, en cuanto que la “amplificación y la intensificación de las interconexiones entrañan una aceleración de las interacciones de los procesos globales”, fundamentalmente los relativos a las comunicaciones y transportes, incrementando así, exponencialmente, la “velocidad potencial de difusión de las ideas, de los bienes y servicios, de la información y de los factores productivos”,¹⁹² lo cual necesariamente ha de impactar en el universo tanto de las realidades locales, como el de las legislaciones aplicables, lo cual se traduce, en muchas de las ocasiones, en la necesidad de reformas al derecho mercantil en general, y en especial en la materia societaria, particularmente en el ámbito de la presente tesis.

Digamos finalmente que en el mundo jurídico occidental se observa una firme tendencia a la aceptación del principio del *levantamiento del velo corporativo*, acotado a los casos más graves de fraude a la ley, fraude de acreedores, simulación y abuso de la forma societaria.

2. Lex mercatoria (y el llamado soft law)

Se denomina *lex mercatoria* a un conjunto indeterminado de prácticas, usos y costumbres de algún sector de los mercados internacionales que, sin estar formalizadas desde el punto de vista estrictamente jurídico, esto es, como formando parte de un cuerpo

¹⁹¹ Sobre esto véase Rábago Dorbeker, Miguel, “Combatiendo a la hidra bajo medios creativos: globalización económica y responsabilidad de empresas multinacionales por violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales”, *Temas de derecho, obra conmemorativa del trigésimo quinto aniversario*, Culiacán, Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, 2007, pp. 55-89.

¹⁹² García Arias, Jorge, *op. cit.*, p. 857.

normativo declarado obligatorio por algún tipo de autoridad, oficial o no, tales usos, prácticas y costumbres son percibidos como de observancia obligatoria por los agentes económicos y comerciales involucrados, los cuales además generalmente son debidamente observados y respetados. Dicha *lex mercatoria* no tiene fronteras ni sometimiento alguno al dirigismo estatal,¹⁹³ y no obstante ello, como decimos antes, generalmente es atendida, o sea, respetada, por sus destinatarios.

En otras palabras, *lex mercatoria* refiere un fenómeno muy versátil, que hace referencia igualmente a usos profesionales codificados o no, a principios generales de derecho internacional inspirados o no en la equidad, o a principios comunes de solución de conflictos. Por cierto, uno de los principios más significativos de la actual *lex mercatoria* lo es la transparencia “sustantiva en un grupo de sociedades y la aplicación del efecto relativo de los contratos”,¹⁹⁴ aspecto que, como fácilmente se advierte, guarda estrecha relación con el tema del *levantamiento del velo corporativo* de las sociedades anónimas.

Distintos problemas jurídicos propone la *globalización* y que tienen que ver con la composición de cómo los gobiernos con una soberanía menoscabada responden a intereses globales del comercio internacional, siendo dependiente de decisiones no solamente de otras naciones, sino de grandes empresas que controlan distintos mercados: la banca internacional, la moneda, los derechos de autor en un mundo electrónico, *lex mercatoria* y los problemas de jurisdicción en la era de la globalización han hecho dudar de que en el mundo de hoy se pueda hablar de un verdadero *Imperio de la Ley* para estos temas.¹⁹⁵

“En suma, *lex mercatoria* se afirma como la nueva *Grundnorm* del orden internacional, con la consiguiente inversión de la relación

¹⁹³ Mosset Iturraspe, Jorge, *Como contratar en una economía de mercado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 113.

¹⁹⁴ Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, “La moderna *lex mercatoria* y el comercio internacional”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 9, núm. 26, mayo-agosto de 1998, pp. 50-52.

¹⁹⁵ Sánchez Torres, Carlos Ariel, *op. cit.*, p. 253, realce en el original.

entre Estado y mercado, pues ya no es la política la que gobierna y controla la economía, sino ésta la que gobierna aquélla”.¹⁹⁶

De igual forma, se ha venido utilizando la expresión *soft law* para referir a ciertos instrumentos no exacta o precisamente jurídicos, pero que en la práctica comercial, económica y financiera internacional llegan a adquirir gran influencia en los diversos órdenes jurídicos nacionales, cuya importancia radica precisamente en esa influencia manifiesta que llegan a tener, y no específicamente en la ausencia de obligatoriedad formal que tienen en el sentido de carecer del elemento coercibilidad.¹⁹⁷

3. *La globalización, el soft law y la evolución reciente del derecho mercantil mexicano*

Trataremos el presente epígrafe desde la óptica que este trabajo interesa, toda vez que el tema de la globalización y los derechos nacionales es una cuestión que ha generado una abundante bibliografía cuyo análisis excede con mucho los límites del presente capítulo.

Para explicarnos mejor la situación actual del derecho societario mexicano, y dentro de este el régimen de la sociedad anónima, es importante dejar asentado primeramente una idea central que fue expresada en la década de los setenta del siglo pasado, y que ayuda mucho a entender el actual estado de la discusión en torno a la *desestimación de la personalidad jurídica* de la sociedad anónima, debate que en realidad está apenas iniciando de cara a lograr la aplicación de los principios que rigen el *levantamiento del velo corporativo*, tomando en cuenta que el proyecto legislativo para introducir la *desestimación de la personalidad jurídica* no fue aprobado finalmente por el Poder Legislativo, según señalábamos en el capítulo IV anterior.

¹⁹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 2..., cit., p. 517, destacado en el original.

¹⁹⁷ Rábago Dorbercker, Miguel, *Derecho de la inversión extranjera en México*, México, Porrúa, 2004, p. 50; Zimmermann, Reinhard, *op. cit.*, p. 206; agradezco a la doctora Luz Gabriela Aldana Ugarte la observación consistente en que una característica básica del *soft law* es su incoercibilidad.

Al hacer un corte a 1970, se decía que la inamovilidad de la legislación mexicana había provocado “un estancamiento en la jurisprudencia y un progreso muy lento en la doctrina”, de manera tal que la “creatividad jurídica pareció no responder adecuadamente ante el reto de las realidades económicas”, señalándose, sin embargo, que este anquilosamiento “no fue causado por la decadencia de la ciencia jurídica, sino más bien por necesidades de estrategia política”.¹⁹⁸

Ahora bien, la apertura comercial y económica iniciada por nuestro país en la década de los ochenta (también del siglo pasado) a causa y a efecto de variados procesos económicos, vino a constituir sin duda alguna “una forma de evaluar el conjunto de los modelos de la ciencia jurídica contemporánea”,¹⁹⁹ de ahí que se haya afirmado también que debía de revisarse “todo el derecho de la empresa”²⁰⁰ y, en general, la normatividad aplicable a la misma, en tanto fenómeno económico, financiero, social, político, cultural y jurídico. Pues bien, un tópico que de modo innegable está presente en este debate es precisamente el relativo al tema estudiado en la presente tesis.

4. *La necesidad de actualizar el marco jurídico de las sociedades anónimas*

Es común afirmar que el derecho mercantil contemporáneo

¹⁹⁸ Ortiz Pinchetti, J. Agustín, “El poder discrecional en la transformación del derecho mercantil mexicano (una interpretación jurídica y política)”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 9, julio de 1977, pp. 447 y 448.

¹⁹⁹ Díaz y Díaz, Martín, “El derecho económico: un asunto para repensar el derecho”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 9, núm. 9, 1985, p. 154; cfr. Adame Goddard, Jorge, “El *ius gentium* como derecho mercantil internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XIX, núm. 56, mayo-agosto de 1986, pp. 425 y 436-438.

²⁰⁰ Fellini Gandulfo, Zullita y Pérez Miranda, Rafael, “El derecho frente a los monopolios”, en Kaplan, Marcos (coord.), *Estudios de derecho económico IV*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, p. 120.

ha venido evolucionando hacia formas de tutela institucional, superando una ya debilitada concepción tradicional liberal y subjetivista, como Derecho ordenador de la actividad de los empresarios o comerciantes, que protege sus derechos subjetivos, asumiendo nuevas funciones de protección de la institución misma del mercado y de la competencia y de los agentes económicos que operan en ella,²⁰¹

en cuyo desarrollo advertimos, por otra parte, una evidente y próxima gran reforma al derecho de daños,²⁰² tema que se encuentra implícito en el conjunto de cuestiones relativas a la *desestimación de la personalidad jurídica* de la sociedad anónima según se ve a lo largo del presente trabajo, pero sin que a la fecha se cuente con una regulación clara y transparente a este respecto, con la consiguiente penumbra y zona de ambigüedades que dicha carencia provoca, y en algunos casos obsolescencia, debido a la convivencia en el ordenamiento jurídico mexicano, por un lado, de normas decimonónicas, y por otro, de normas propias de la globalidad.

IV. FIGURAS JURÍDICAS AFINES

El hecho de que existan algunas disposiciones legales en el orden jurídico mexicano que guardan extremada semejanza con los efectos de la *teoría del levantamiento del velo corporativo*, nos llevó a construir el presente epígrafe final como un argumento más que fortalece los ya presentados en torno a la procedencia de la teoría.

²⁰¹ Choclán Montalvo, José Antonio, *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales, tratamiento penal de la información societaria inveraz*, Madrid, Bosch, 2003, p. 19.

²⁰² Cfr. Rosenkrantz, Carlos F. (comp.), *La responsabilidad extracontractual*, trad. de Carlos F. Rosenkrantz, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 314; Ghersi, Carlos A., *Teoría general de la reparación de daños*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 485; Martínez García de León, Fernando, *Los actos ilícitos ultra vires y la protección de la apariencia jurídica*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2004, p. 106.

1. *Planteamiento*

En efecto, en el presente apartado mostramos que en el ordenamiento jurídico mexicano existen algunas disposiciones que evidencian importantes semejanzas con la teoría de la *desestimación de la personalidad jurídica* de la sociedad anónima,²⁰³ más aún, se trata de normas jurídicas que en realidad implican la eficacia de la teoría, por supuesto, como se verá, acotada a ciertas hipótesis.

Lo asentado en el párrafo que antecede, viene a constituirse en un argumento más a favor de la aplicabilidad en nuestro país de la mencionada teoría, pues como se verá, el fenómeno del *levantamiento del velo corporativo* de la sociedad anónima no es tan extraño como pudiera parecer a primera vista, como comúnmente se cree, en una lectura superficial de la normatividad aplicable a los actos fundacionales y operativos de la sociedad anónima, sino todo lo contrario, es decir, se trata de una cuestión que de ninguna manera es ajena al derecho mexicano, particularmente en lo que tiene que ver con las sociedades mercantiles capitalistas, fundamentalmente las anónimas, de ahí, pues, la importancia que para el presente trabajo guarda este apartado en el proceso argumentativo seguido.

Se trata, en realidad, de algunas disposiciones legales incrustadas en diversos ordenamientos, de entre los cuales aquí solamente revisaremos los que a nuestro juicio resultan más representativos de esta fenomenología normativa, en el entendido de que existen bastantes ejemplos de estos, mismos que ciertamente y sin lugar a duda alguna implican una ruptura esencial con algunos principios legales recogidos en forma expresa en el ordenamiento jurídico societario general, esto es, de manera destacada, la Ley General de Sociedades Mercantiles, tales como el de la separación de patrimonios y la consecuente limitación de la responsabilidad del accionista de la sociedad anónima por las deudas de esta, hasta el monto de su aportación, tal y como lo señalamos en el capítulo 1 de esta

²⁰³ En el mismo sentido, véase Larios Duarte, Carlos Armando, *op. cit.*, pp. 93-99, quien analiza desde esta perspectiva los siguientes ordenamientos: Ley de Inversión Extranjera, Ley Federal de Competencia Económica, Ley del Impuesto Sobre la Renta, Ley de Concursos Mercantiles y Código Fiscal de la Federación.

tesis, el cual precisamente se ve ignorado cuando se aplica la teoría en estudio, tal y como sostenemos.

2. *Ley de Concursos Mercantiles*

De manera implícita a través de varias de sus disposiciones, la Ley de Concursos Mercantiles asume una verdadera teoría de la *desestimación de la personalidad jurídica* societaria en la parte que corresponde al tratamiento que da a ciertos aspectos relacionados con grupos de control en materia de sociedades, tal y como veremos a continuación.

El artículo 15 de este ordenamiento establece la regla general de la no acumulación de los procedimientos de concurso mercantil de dos o más comerciantes, salvo las excepciones consistentes, por un lado, en los concursos de las sociedades controladoras y sus controladas, caso en el cual podrán acumularse los procedimientos, aunque deberán llevarse por cuerda separada, y por otra parte, tampoco rige la regla general en los concursos de dos o más sociedades controladas por una misma controladora, caso en el cual también podrán acumularse los procedimientos, aunque en todo caso deberán ser tramitados por cuerda separada. El propio numeral se encarga de definir los supuestos normativos correspondientes.²⁰⁴ En esta tesitura, la propia Ley de Concursos Mercantiles

²⁰⁴ El texto completo del mencionado artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles es el siguiente: “Para los efectos de esta Ley, se entenderá por sociedades mercantiles controladoras las que reúnan los siguientes requisitos: I. Que se trate de una sociedad residente en México; II. Que sean propietarias de más del cincuenta por ciento de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora, y III. Que en ningún caso más de cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades. Se considerarán acciones con derecho a voto, aquéllas que lo tengan limitado y las que en los términos de la legislación mercantil se denominen acciones de goce; tratándose de sociedades que no sean por acciones se considerará el valor de las partes sociales. Se considerarán sociedades controladas aquéllas en las cuales más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad controladora. Para ello la tenencia

define cuando se está en presencia de sociedades de control (controlantes) y cuando de sociedades controladas. Así, considera que una sociedad mercantil controladora es aquella residente en México, que es propietaria de más del 50% de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas, aún y cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora, y que en ningún caso más del 50% de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades.

Por otra parte, se considerarán sociedades controladas aquellas en las cuales más del 50% de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma *directa*, *indirecta* o de ambas formas, de una sociedad controladora. Para ello la tenencia indirecta a que se refiere este párrafo será aquella que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora.

Por su lado, los artículos 116 y 117 contienen diversos supuestos en los cuales se considera que diversos actos celebrados contra la masa del concurso lo fueron en fraude de acreedores. Los textos relevantes son:

Artículo 116.- En el evento de que el Comerciante sea una persona física se presumen actos en fraude de acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe, las operaciones en contra de la Masa realizadas con las personas siguientes: I...II. Sociedades mercantiles, en las que las personas a que se refiere la fracción anterior o el propio Comerciante sean administradores o formen parte del consejo de administración, o bien conjunta o separadamente representen, directa o indirectamente, al menos el cincuenta y uno por ciento del capital suscrito y pagado, tengan poder decisorio en sus asambleas de accionistas, estén en posibilidades de nombrar a la mayoría de

indirecta a que se refiere este párrafo será aquella que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora”. Como se advertirá del texto, ni por asomo pretendemos estudiar el tema relativo, solamente lo apuntamos para señalar la pertinencia en nuestro medio de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica corporativa.

los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales de dichas sociedades.

Artículo 117.- En caso de Comerciantes que sean personas morales se presumen actos en fraude de acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe, las operaciones en contra de la Masa realizadas con las personas siguientes: I.... II. Aquellas personas físicas que conjunta o separadamente representen, directa o indirectamente, al menos el cincuenta y uno por ciento del capital suscrito y pagado del Comerciante sujeto a concurso mercantil, tengan poder decisorio en sus asambleas de accionistas, estén en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales del Comerciante sujeto a concurso; III. Aquellas personas morales en las que exista coincidencia de los administradores, miembros del consejo de administración o principales directivos con las del Comerciante sujeto a concurso mercantil, y IV. Aquellas personas morales controladas por el Comerciante, que ejerzan control sobre este último, o bien que sean controladas por la misma sociedad que controla al Comerciante.

De las disposiciones relativas de la ley en comento, concluimos que para determinar cuándo se está en presencia de una sociedad controladora o controlada, resulta indispensable que la autoridad ante la cual se estén tramitando los correspondientes concursos mercantiles levante el velo corporativo para ver más allá de la mera formalidad legal constitutiva y operativa de determinada sociedad o grupos de sociedades vinculadas entre sí, para de esa forma dejar claramente establecidas la procedencia de las excepciones establecidas en el artículo 15 ya citado, así como los casos de presunciones de fraude de acreedores mencionados en los artículos 116 y 117 de la ley concursal.

En este caso, se rompe la sacralidad de la personalidad jurídica de la sociedad anónima, pues como vemos, se rasga el velo corporativo para determinar la existencia de uno o más de los supuestos jurídicos que hemos señalado al efecto, previstos en las disposicio-

nes de la Ley de Concursos Mercantiles invocadas en el presente apartado. O sea, para estos supuestos se da cabida a la doctrina del *levantamiento del velo corporativo*.

3. *Ley de Inversión Extranjera*

Conforme a la ley mencionada, específicamente en su artículo 6o. última parte, la inversión extranjera “no podrá participar en las actividades y sociedades mencionadas en el presente artículo directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, u otro mecanismo que les otorgue el control o participación alguna, salvo lo previsto en el título quinto de esta ley”.²⁰⁵

Esta disposición de la Ley de Inversión Extranjera hace posible, al ser invocada como fundamento de una demanda, reclamación o investigación oficiosa, provocar el *levantamiento del velo corporativo* de la sociedad que se coloque en alguna de las hipótesis prohibitivas que contiene.

Es decir, para conocer algún mecanismo de inversión extranjera prohibido por el ordenamiento,²⁰⁶ según el texto del mencionado artículo 6o. última parte, resultará necesario investigar la vinculación contractual, convencional o estatutaria entre diversas entidades

²⁰⁵ El texto completo de este artículo es el siguiente: “Las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación, están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros: I.- Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería; II.- Comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo; III.- Servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable; IV.- Uniones de crédito, V.- Instituciones de banca de desarrollo, en los términos de la ley de la materia; y VI.- La prestación de los servicios profesionales y técnicos que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables. La inversión extranjera no podrá participar en las actividades y sociedades mencionadas en el presente artículo directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, u otro mecanismo que les otorgue control o participación alguna, salvo por lo dispuesto en el Título Quinto de esta Ley”.

²⁰⁶ En el mismo sentido, véase Trujillo Betanzos, Alfredo, *op. cit.*, p. 558, con cita de Walter Frisch Philipp.

jurídicas, entre las cuales se encuentran por supuesto las sociedades anónimas y, para ello, deviene necesaria e indispensablemente la *develación corporativa* correspondiente en los casos que así proceda, lo cual es posible hacer precisamente a través de una demanda o reclamación en la vía ordinaria mercantil, o bien en sede administrativa por la autoridad competente para ello.

Para el caso que nos ocupa, lo que debe quedar claro es que se trata de una cuestión en donde puede irse más allá del mero formalismo legal de la existencia de dos o más personas morales distintas entre sí, esto es, con personalidad jurídica y patrimonios propios, para rasgar el velo corporativo y ver que hay más allá de la fachada corporativa.

Se trata en suma, de pasar por encima de la personalidad jurídica propia de una sociedad anónima y ver más allá de su personalidad, para escudriñar precisamente la existencia o no de las hipótesis prohibidas por la ley en comentario, y esto es ya una aceptación de la *desestimación de la personalidad jurídica*.

4. Ley Federal de Competencia Económica

La ley en cuestión se encuentra ubicada en la cresta de la ola legiferante habida al inicio de la década de los noventa,²⁰⁷ época en la cual entramos de lleno a la llamada *globalización*, sobre todo en materia económica y comercial, y representa, sin duda alguna, una actualización del orden jurídico mexicano, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, en lo que a su materia corresponde (competencia económica, monopolios, concentraciones y libre concurrencia).

Antes de proceder al análisis que proponemos, comentaremos algunos aspectos relacionados con la terminología utilizada por la Ley Federal de Competencia Económica y su aplicación en el caso sujeto a estudio, pues dicha nomenclatura implica una verdadera

²⁰⁷ Que, como sabemos, implicó el inicio de la apertura comercial de México al mundo, dejando atrás las políticas proteccionistas en materia comercial de la industria nacional; de control de importaciones, y otros aspectos fundamentales para la vida de un país. Sobre este punto la literatura es igualmente profusa.

novedad en el orden jurídico mexicano,²⁰⁸ producto, sin duda alguna, de la ola legiferante comentada líneas atrás, contextualizada en el fenómeno globalizador o globalizante de espíritu económico y financiero principalmente.

De manera muy destacada, conviene aclarar el término de *agente económico* que la Ley Federal de Competencia Económica contempla en su artículo 3o.,²⁰⁹ el cual de modo muy general denomina así a *cualquier forma* de participación en la actividad económica, con lo cual estamos en presencia de un concepto “abiertísimo”, y que, a manera de llamar la atención sobre un punto interesante para nosotros, dicho ordenamiento considera como agentes económicos, inclusive, a las dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal que participen en la actividad económica.

En lo que aquí importa, señalemos que conforme a la ley citada constituyen prácticas monopólicas “los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera” de los que el artículo 9o. señala de modo expreso.²¹⁰ Es decir, las prácticas aludidas con-

²⁰⁸ Véanse Castañeda Gallardo, Gabriel, “Bases para el nuevo derecho de competencia económica en México”, en Valdéz Abascal, Rubén y Romero Apis, José Elías (coords.), *La modernización del derecho mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1994, pp. 665-679; Aguilar Álvarez de Alba, Javier, “La garantía individual de libre concurrencia”, en Valdéz Abascal, Rubén y Romero Apis, José Elías (coords.), *La modernización del derecho mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1994, pp. 635-648; Rosillo S., Miguel A., “Las transacciones internacionales bajo la Ley Federal de Competencia Económica”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 28, 1998, pp. 610 y 611.

²⁰⁹ Cuyo texto es el siguiente: “Están sujetos a lo dispuesto por esta ley, todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica”; interesantes y atendibles comentarios sobre esta y, en general, todas las disposiciones de la ley, en García Castillo, Tona-tiuh, *op. cit.*, pp. 32-41.

²¹⁰ El numeral citado tiene el siguiente texto: “Artículo 9o.- Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes: I.- Pijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra

sisten o pueden consistir en la celebración de contratos, convenios, arreglos o combinaciones de la más diversa índole y naturaleza entre agentes económicos competidores entre sí, con alguna de las finalidades que la propia ley establece. Particularmente y para las cuestiones tratadas en la presente tesis, puede darse el caso que esos contratos o convenios a que se refiere el memorado artículo 9o. consistan precisamente en la constitución de sociedades mercantiles de diversa naturaleza, por ejemplo, una o más en forma de anónima.

Por otra parte, en los términos del artículo 16 del ordenamiento que venimos comentando, se entiende por concentración “la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos”.²¹¹ En este caso también las posibilidades de encontrarnos en presencia de una concentración es amplísima, toda vez que una concentración puede consistir en *cualquier acto* según lo determina el numeral citado.

de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto; II.- Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios; III.- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o IV.- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas. Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar”.

²¹¹ El artículo 16 contempla en su texto lo siguiente: “Para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados”.

Finalmente, recordemos que conforme al artículo 24 de la ley que venimos estudiando, la Comisión Federal de Competencia Económica tiene, entre otras atribuciones, la de “investigar la existencia de monopolios, estancos, prácticas o concentraciones prohibidas por esta ley, para lo cual podrá requerir de los particulares y demás agentes económicos la información o documentos relevantes”.²¹²

De la normatividad competencial recordada, se desprende que la Comisión Federal de Competencia Económica tiene atribuciones suficientes como para levantar el velo corporativo cuando este sea utilizado para encubrir algunas de los actos o de las prácticas prohibidas.²¹³

²¹² El artículo 24 nos dice lo siguiente: “La Comisión tendrá las siguientes atribuciones: I.- Investigar la existencia de monopolios, estancos, prácticas o concentraciones prohibidas por esta ley, para lo cual podrá requerir de los particulares y demás agentes económicos la información o documentos relevantes; II.- Establecer los mecanismos de coordinación para el combate y prevención de monopolios, estancos, concentraciones y prácticas ilícitas; III.- Resolver los casos de su competencia y sancionar administrativamente la violación de esta ley y denunciar ante el Ministerio Público las conductas delictivas en materia de competencia y libre concurrencia; IV.- Opinar sobre los ajustes a los programas y políticas de la administración pública federal, cuando de éstos resulten efectos que puedan ser contrarios a la competencia y la libre concurrencia; V.- Opinar, cuando se lo solicite el Ejecutivo Federal, sobre las adecuaciones a los proyectos de leyes y reglamentos, por lo que conciernen a los aspectos de competencia y libre concurrencia; VI.- Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efectos jurídicos ni la Comisión pueda ser obligada a emitir opinión; VII.- Elaborar y hacer que se cumplan, hacia el interior de la Comisión, los manuales de organización y de procedimientos; VIII.- Participar con las dependencias competentes en la celebración de tratados, acuerdos o convenios internacionales en materia de regulación o políticas de competencia y libre concurrencia, de los que México sea o pretenda ser parte; y IX.- Las demás que le confieran ésta y otras leyes y reglamentos”.

²¹³ Una opinión divergente, aunque desde otra perspectiva, bajo el ángulo de los artículos 18 y 21 de la Ley Federal de Competencia Económica, es la que sostiene Rosillo S., Miguel A., “Velo corporativo y concentraciones”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 29, 1999, quien señala: “Desafortunadamente, aunque los problemas o casos apuntados son de una realidad cotidiana, la ley competencia no identificó propiamente el fenómeno del velo corporativo y por ende no resolvió los problemas que de él derivan”, p. 243.

En caso de darse alguna práctica prohibida, estaríamos en presencia de un caso en que puede desestimarse la personalidad jurídica de una sociedad anónima para ver más allá del estrecho límite del círculo de los socios o accionistas de la sociedad, e ir más lejos que los formalismos legales constitutivos y operativos de una sociedad o grupos de sociedades y de su propia administración, y analizar la verdadera naturaleza del acto o conjunto de actos puestos en entredicho, como sucede precisamente en la tesis de 2008 que citamos en el capítulo II.

5. *La simulación. Código Civil Federal. Opinión de Jorge Barrera Graf*

El hecho de que en nuestra opinión pueda simularse no solamente la constitución de una sociedad anónima, sino también su operación, e inclusive su disolución y liquidación, justifica el estudiar este tema desde la perspectiva de nuestra tesis. Recordemos lo que al efecto dispone el Código Civil Federal y algún precedente judicial.

Simular consiste en que una de las partes declara o confiesa falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas.²¹⁴ Es absoluta la simulación cuando el acto simulado nada tiene de real, es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.²¹⁵ La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare.²¹⁶ Pueden pedir la nulidad de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando esta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda Pública.²¹⁷ Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e

²¹⁴ El artículo 2180 del Código Civil Federal establece: “Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas”.

²¹⁵ Código Civil Federal, artículo 2181.

²¹⁶ *Ibidem*, artículo 2182.

²¹⁷ *Ibidem*, artículo 2183.

intereses, si los hubiere, pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución. También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe.²¹⁸

Por otra parte, bajo el rubro “SIMULACIÓN” existe en nuestro país la siguiente tesis que está en la línea legislativa y doctrinal apuntada en el presente epígrafe:

Tanto los actos simulados como las combinaciones contractuales, son válidos, cuando no ofenden a la ley y al derecho ajeno; pero cuando sirven para cometer una trasgresión, se rigen por el mismo principio que preside la represión de la simulación ilícita, o sea, que las trasgresiones combinadas secretamente u ocultas, deben sufrir la sanción del orden jurídico.²¹⁹

Dos contratantes, para sus fines particulares, se proponen engañar a terceros haciéndoles creer que realizan un acto que no quieren efectuar. Para ejecutar su acuerdo llevan, pues, a cabo, exteriormente, el acto ficticio, es decir, declaran querer cuando, en realidad, no quieren; y esta declaración, deliberadamente disconforme con su secreta intención, va dirigida a engendrar en los demás una falsa representación de su querer. En efecto, los terceros que ignoran el concierto secreto de los contratantes y no pueden penetrar sus intenciones, creen en la verdad del acto realizado: entienden y tienen motivo para entender que aquellas declaraciones contractuales son serias y han producido una transformación real en las relaciones jurídicas de las partes. Así se consigue el fin de lo que simularon. Los terceros se engañan prestando fe a las formas mentidas del negocio.²²⁰

²¹⁸ *Ibidem*, artículo 2184.

²¹⁹ Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXVI, p. 1123, con registro de núm. 354189. El amparo civil directo 3739/39. Compañía de las Fábricas de Papel de San Rafael y Anexas. 6 de noviembre de 1940. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Agustín Aguirre Garza. La publicación no menciona el nombre del ponente.

²²⁰ Ferrara, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos, actos y contratos*, trad. de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Irapuato, Orlando Cárdenas Editor, 1997, p. 61.

Simular es presentar engañosamente una voluntad o cosa como si en verdad existiera, cuando en realidad no es así, o sea, tal cosa o voluntad no existe en el pensamiento del creador o creadores de la cosa o de la manifestación de voluntad, representando algo como si en verdad existiera, cuando en la realidad no es así, o como representar algo fingiendo o imitando lo que no es.

La simulación lleva implícita la finalidad de engañar, pues la apariencia falsamente creada tiene por objeto hacer creer a otras personas que algo existe, donde no hay nada o hay otra cosa diferente.

Por tanto, se simula un acto jurídico cuando se presenta de forma engañosa una manifestación de voluntad tendiente a producir consecuencias de derecho, como si en verdad existiera alguna manifestación de voluntad, o cuando en realidad no existe.²²¹

Lo anterior a tal grado que para Jorge Barrera Graf, cuando se está en presencia de una simulación de sociedad, en donde solamente impera la voluntad de una sola persona (o grupo de persona agregamos nosotros), esto es, el socio o grupo de socios, procedería la desestimación de la personalidad de la sociedad y la imputación al socio de responsabilidad limitada, cuando se pruebe que dicha sociedad se usa como medio pantalla para cumplir no fines sociales, sino fines del “socio o de un grupo de socios; quien por lo común son quienes controlan la sociedad”²²² levantando de esta manera el velo corporativo de la sociedad en cuestión. Argumento que está en la línea que hemos venido siguiendo en el presente capítulo, en el sentido de que en el derecho mexicano existen diversas figuras afines, que producen efectos similares a la doctrina de la *desestimación de la personalidad jurídica* de la sociedad anónima, aunque no se les conozca o reconozca como tal.

²²¹ En el mismo sentido, véase Paillas, Enrique, *La simulación, doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 9.

²²² Barrera Graf, Jorge, *Instituciones...*, *cit.*, pp. 284 y 285.