

Ley para regular las agrupaciones financieras

Análisis y breves comentarios

Jorge Barrera Graf*

(D.O. 18-VII-90.- En vigor al día siguiente.- 1º Transitorio).

1.- *Publicación y derogación de ciertas disposiciones legales.*- El mismo día en que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* – 18 de julio de 1990 – la nueva Ley de Instituciones de Crédito (LIC), de la que se dio noticia en esta *Revista de Derecho Privado* en sus números 2 y 3 del año 1, apareció publicada esta nueva Ley para regular las Agrupaciones Financieras –LRAF–, que a pesar del dispositivo de su art. Primero Transitorio, de que entraría en vigor al siguiente día de su publicación, no fue ni sería así respecto a las nuevas instituciones de crédito que crea la LIC ya que respecto a ellas, a su creación y funcionamiento, su art. Séptimo Transitorio señala un término, para que entren en vigor, de 360 días, y que vencerá en mayo de 1991. Ahora bien, en tanto que la LIC abroga la anterior Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 14/I/85, esta LRAF sólo deroga ciertas disposiciones que se le opondan, entre ellas, el art. 15 bis de la Ley de Instituciones de Fianzas, 21 bis de la Ley General de Instituciones de Seguros y 49 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito (art. 2º Transitorio LRAF).

2.- *Terminología Legal.*- La LRAF versa y con frecuencia se refiere a ciertos conceptos e instituciones que, a la usanza del *common law* y de algunas leyes modernas nuestras, hubiere sido conveniente definir en su artículo 1º. De algunos de ellos la Ley sí ofrece conceptos e ideas claras (art. 7º, respecto a Grupos Financieros, art. 19 respecto a inversionistas institucionales, art. 15 respecto a las sociedades controladoras). Estos conceptos e instituciones que debieran haber sido definidas son las siguientes:

- a) Grupos Financieros (G.F.), a que se refieren los arts. 6º y 7º.
- b) Sistema Financiero del País (S.F.P.), a que alude el art. 2º.
- c) Autoridades Financieras (A.F.), arts. 2º y enumeración de ellas quizás exhaustiva en el art. 6º.
- d) Entidades financieras (E.F.): arts. 3º, 7º párrafo primero, 8º y tercero y cuarto transitorios.
- e) Inversionistas Institucionales (I.I.): art. 19 y 20 fr. I.

* Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de Derecho Mercantil de la UNAM.

3.- *Objeto o propósito de la Ley.*- Lo indica su art. 1º, que señala tres distintos supuestos, a saber: a) “Regular las bases de organización y funcionamiento de los G.F.”; b) Establecer los términos bajo los cuales habrán de operar; c) Establecer los términos de “protección de los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de dichos grupos”.

4.- *Finalidades de la ley.*- Alude a ellas el art. 2º al referirse a las “autoridades financieras”, las que “cada una en la esfera de su respectiva competencia ejercerán sus atribuciones, procurando: a) el desarrollo equilibrado del S.F.P., con una apropiada cobertura regional” (a una finalidad similar, aunque de mayor importancia, se refiere el art. 36 segundo párrafo en relación con la SH: “órtorgar las autorizaciones y a ejercer las facultades que esta ley le confiere; procurará evitar en todo tiempo que se presenten fenómenos de concentración indebida o inconveniente para el S.F.P.”; b) “una adecuada competencia entre los integrantes de dicho sistema” (expresión muy oscura que tal vez hubiera ganado en claridad si se hubiera definido el concepto del S.F.P.); c) la prestación de los servicios integrados conforme a sanas prácticas y usos financieros (el mismo comentario; además, ¿a qué “servicios integrados” se refiere? Quizás a los de los G.F.); d) “fomento del ahorro interno y adecuada canalización hacia actividades productivas, así como en general, que el sistema citado (el S.F.P.) contribuya al sano crecimiento de la economía nacional”. De qué medios se sirven el S.F.P., y las A.F. para cumplir tan elevados fines, dependerá de la autoridad que intervenga, y en definitiva, en caso de dudas o de discrepancias de alguna o algunas de ellas con el particular interesado, dependerá de la “interpretación administrativa de la Ley que queda a cargo de la SH, según el art. 5º, y a las disposiciones generales que dicte la propia SH y a que se refieren diversos artículos de la LRAF (7º in fine, 14, 23, 36). Las respectivas disposiciones generales de la SH serán, sí, discrecionales, pero no arbitrarias; es decir, la Secretaría deberá justificar debidamente en cada caso la resolución o la regla que dicte.

5.- *Grupos financieros: exclusividad, concepto e integración.*- G.F. sólo pueden ser los que se integren con algunos de las E.F. que señala el art. 7º, “cuando dichos grupos se encuentren constituidos y funcionen conforme a las disposiciones de la presente ley” (art. 3º párrafo in fine). La única salvedad es la autorizada por la propia norma (párrafo segundo)¹.

El concepto y la integración de los G.F. se indican en el art. 7º: se constituyen a base de una sociedad controladora y “por lo menos tres de las nueve E.F. siguientes, que no sean sociedades operadoras de sociedades de inversión²: a) almacenes generales de depósito; b) arrendadoras financieras; c) casas de bolsa; d) casas de cambio; e) empresas de factoraje financiero; f) instituciones de banca múltiple, g) instituciones

¹ La terminología del párrafo primero de este art. 3º no es clara, porque la salvedad no es — no parece ser — la que ahí se indica, sino la del párrafo segundo.

² La exclusión de estas S.O. de S. de I. indican que dos de ellas pueden participar en cada grupo aunque sea con menos de tres de los demás E.F., que a continuación se citan.

LEGISLACION

de fianzas; h) instituciones de seguros; i) sociedades operadoras de sociedades de inversión” S.O. de S.I.).

Por otra parte, como regla general “no podrán participar en el mismo grupo dos o más entidades de una misma clase (art. 7º párrafo tercero), salvo que se trate de S.O. de S.I. o de instituciones de seguros de vida o de daños.

Por último, a las nueve E.F. antes enumeradas puede agregarse otras que autorice la SH mediante disposiciones de carácter general (vgr. instituciones de banca de desarrollo, otras sociedades de inversión; casas de cambio). En este caso, debe regir el mismo principio general de que “no podrán participar en un mismo grupo dos o más entidades de una misma clase”.

6.- Incorporación de una nueva sociedad a un grupo ya constituido.- El art. 10 se refiere a tres supuestos de incorporación a grupos previamente constituidos: a) que se trate de una sociedad distinta a las del grupo, que desee formar parte de él; b) que se fusionen dos o más grupos, y que del fusionante vaya a formar parte una sociedad fusionada que no integraba aquel grupo fusionante; c) “fusión de dos o más entidades participantes en un mismo grupo”. Este último supuesto sólo daría lugar a la incorporación de una sociedad, cuando en virtud de la fusión desaparecieran todas las fusionadas y se creara una nueva sociedad fusionante (fusión por creación).

El procedimiento que debe seguirse, con autorización en todo caso de la SH oyendo la opinión del Banco de México y, según corresponda, de las CNB, CNV y C. de S. y F., se precisa en las frs. I a VI del mismo art. 10.

7.- Facultades de la E.F. que formen parte de un grupo.- Las enumera el art. 8º, que se refiere a funciones y actividades propias de cada una de las sociedades agrupadas en cuanto miembros de la respectiva agrupación. Ellas son: a) “actuar de manera conjunta frente al público, ofrecer servicios complementarios y ostentarse como integrantes del grupo” (fr. I); b) usar denominaciones iguales o semejantes que las identifique frente al público como integrantes de un mismo grupo”, o bien, conservar su denominación original y en tal caso añadirle a ella las palabras Grupo Financiero y la denominación de éste; c) Llevar a cabo las operaciones que les sean propias “a través de oficinas y sucursales de atención al público de otras E.F. integrantes del G.F. de conformidad con las reglas generales que dicte la SH” (fr. III).

“En ningún caso, — agrega la norma —, podrá realizar operaciones de las E.F., integrante del grupo a través de oficinas de la controladora”.

8.- Prohibiciones y limitaciones de adquisición de acciones entre las entidades financieras integrantes de un Grupo. Las establece confusamente el art. 31, que plantea cuatro diferentes hipótesis, a saber: Primera.- Dichas E.F. integrantes de un grupo (que enumera el art. 7º) sólo pueden suscribir acciones de otras entidades financieras (de distintos grupos) sin exceder el 1% del capital social de ellas; Segunda.- Dichas E.F. no podrán suscribir acciones de las sociedades integrantes del mismo grupo.- Tercera.- No obstante la anterior prohibición (y pese a el tenor tajante de ella: “en ningún caso participarán”), tratándose de

instituciones de seguros y de fianzas, podrán participar de conformidad de las respectivas leyes aplicables en el capital de otras de dichas instituciones; Cuarta.- Las E.F. integrantes de un grupo “tampoco deberán participar en el capital de las personas morales que a su vez sean accionistas de la sociedad controladora o de las demás E.F. participantes del grupo”.

9.- *De la sociedad controladora.- Formas de control y acciones que emita.-* De la variedad del fenómeno corporativo de la concentración y de la unión de empresas, la LRAF sólo prevé una, consistente en la supervivencia de todas las sociedades integrantes del grupo y la creación de una sociedad que las controle (*Holding*); además, los sistemas de control sobre las E.F. participantes se reducen a dos, que son los más obvios y que deben funcionar conjuntamente: la titularidad del 51% cuando menos de las acciones con derecho a voto (de aquí que dichas sociedades controladoras siempre sean sociedades por acciones), y la posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración de cada sociedad integrante del grupo (art. 15). Se descartan otras formas de control como el que pudiera resultar de convenios entre la controladora y alguna o algunas de las sociedades integrantes; y tampoco es necesario para su validez que los acuerdos de las asambleas o de los consejos de administración siempre sean mayoritarios — aunque sí pueden serlo —. En ellas, la controladora puede abstenerse de votar, total o parcialmente, o puede no concurrir a la junta respectiva.

Por lo que se refiere a las acciones que emita la controladora (*Holding*) (art. 18), debemos señalar las siguientes características:

En primer lugar, como es obvio, también ésta debe ser una sociedad por acciones, y más precisamente una S.A., no una sociedad en comandita por acciones, que a pesar de estar reglamentada en la LGSM, no se practica en México³.

En segundo lugar, todas las acciones que emita, independientemente de la persona o institución que las suscriba, “en todo tiempo deberán mantenerse en depósito en la Indeval”; el que “en ningún momento se encontrará obligada a entregarlas a sus titulares”, o sea, que se trata de un depósito obligatorio que puede resultar permanente a juicio y elección de la depositaria (!). Los titulares de dichas acciones depositadas de la sociedad controladora, sólo podrán ejercitar sus derechos de accionistas en ella, a través de dichas Indeval y de acuerdo con las normas que las rigen que indica la LMV (arts. 57 y s.), lo que a mi juicio constituye un grave escollo para constituir y funcionar estas sociedades controladoras.

En tercer lugar, las acciones que la controladora emita se dividirán en dos Series cuando menos, la A y la B, y cuando la SH lo autorice en una tercera Serie, la C, cuya cuantía nunca será superior al 30% del capital social de la controladora (emite) y que se detraerá de las que corresponden a la Serie B.- El régimen de estas tres series, que indican las fracciones I, II y III del art. 18, es el siguiente:

a) Serie A.- “Deberá representar el 51% del capital pagado de la emitente; y las

³ Jurídicamente, nada obsta a que se constituyan estas S. en C. por A., ya que, como dispone el art. 10 del C. Civ. “contra la observancia de la ley no puede alegarse *desuso, costumbre* o práctica en contrario”.

LEGISLACION

acciones sólo pueden adquirirse por personas físicas mexicanas, por el Fondo Mexicano de Protección al Ahorro (fideicomiso administrado por el Banco de México a que se refiere el art. 122 LIC) y “por el Fondo de Protección y Garantía a que se refiere la LMV” (art. 89 , que también se trata de un fideicomiso). La norma no señala proporción alguna de distribución de este 51% entre los tres posibles titulares, ni tampoco limita el porcentaje que cada uno de los tres puede adquirir, pero el art. 20 sí fija un tope que aparentemente rige para todos y para cualquiera accionista: no podrán adquirir “directa o indirectamente... el control de más del 5% del capital pagado de una sociedad controladora”⁴. Esta limitación, como es obvio, sólo podría aplicarse a las acciones de la Serie A, cuando sus titulares, o sea, “las personas físicas mexicanas”, sean más de una, que sean tantas entre ellas y las dos fideicomisarias se distribuya el 51% de las acciones de la Serie A respetando las cantidades máximas del art. 20⁵.

b) Serie B.- “Podrá representar⁶ hasta el 49% del capital pagado”⁷ de la controladora.- Titulares de estas acciones pueden ser: a) las personas señaladas en el caso de la Serie A; b) sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, (la Ley habla de personas morales mexicanas, pero la exigencia de que tengan estatutos y de que éstos contengan dicha cláusula nos lleva a concluir que siempre se trate de sociedades y no de ninguna otra de las personas morales que enumera el art. 25 del Código Civil del DF); c) “inversionistas institucionales de las mencionadas en el art. 19 de la Ley”.

Estos I.I. pueden ser las siguientes (art. 19), a’) instituciones de seguros y de fianzas, pero sólo cuando paguen dichas acciones Serie B invirtiendo “sus reservas técnicas y para fluctuaciones de valores” (a que hacen referencia, respectivamente los arts. 35, 56 y 57 y demás relativos de la LIS y 59 y demás relativos de la LIF); b’) Sociedades de inversión; c’) “los fondos de pensiones o jubilaciones de personas (que sean) complementarias a las que establecen la Ley del Seguro Social; d’) las primas de antigüedad, que cumplan los requisitos señalados por la Ley del Impuesto sobre la Renta⁸ y de las demás que la SH autorice expresamente oyendo la opinión de la CNB”.

Sin embargo, tratándose de cualquiera de dichos I.I., cuando ellos sean “integrantes o controlados directa o indirectamente por participantes de un grupo (además del

⁴ El artículo permite que dicho porcentaje del 5%, sea, del 10%, o cuando más del 15%; en cualquier caso se aplicaría lo que a continuación se indica en el texto.

⁵ Debe notarse que el art. 20 no excluye, sino que considera e incluye los dos fideicomisos, cuando habla de adquisición indirecta (i.e., la que se obtiene por la institución fiduciaria a través, precisamente de los fideicomisos).

⁶ “Podrá”, no “deberá”, como en el caso de la Serie A, porque si el pacto lo permite y la SH lo autoriza, pueden emitirse acciones Serie C, reduciendo el porcentaje de las de la Serie B.

⁷ En los tres casos, Series A, B y C, la Ley habla de capital pagado, o sea, que no comprende el suscrito y parcialmente pagado, ni menos al que aún no esté suscrito ni pagado (acciones de tesorería), permitido por el art. 21 último párrafo de esta LRAF.

⁸ Este requisito de que “cumplan los requisitos señalados en la LIR, parece aplicable a los supuestos b’) y c’).

control que sobre ellos tenga la sociedad controladora) no podrán adquirir acciones representativas del capital de la controladora o de las demás integrantes del grupo". Es decir, en estos supuestos de un doble control de los integrantes de un grupo, se prohíbe las inversiones recíprocas, o sea de la sociedad controladora, hasta el 51%, y de otra u otras sociedades integrantes del mismo grupo.

C.- Serie C.- "podrá representar hasta (no más del) el 30% del capital pagado de la controladora y sólo se emitirá con autorización de la SH" (fr. III). Esta Serie C, puede adquirirse por cualquiera de los inversionistas señalados en las otras dos series, así como por personas morales mexicanas o extranjeras y por personas físicas extranjeras.

En consecuencia, la posibilidad legal de que los extranjeros sean accionistas de una sociedad controladora se extiende y se limita a estas acciones Serie C, además de las limitaciones establecidas en el art. 20 (hasta el 30% del capital pagado, si lo autoriza la SH), a la participación que a ellas corresponda en las instituciones de seguros y de fianzas (Serie B), y quizás (lo tendrá que precisar la propia SH) en otros I.I. que al efecto autorice expresamente la SH, oyendo previamente la opinión de la CNV (como pueden ser las Casas de Bolsa, según la reforma del art. 17 de la LMV, publicada en el D.O. del 18/VII/90).

10.- *Efectividad del control sobre los porcentajes máximos de acciones que forja el art. 18.*- Para hacer efectivos los porcentajes máximos de acciones de la controladora, de las tres Series de acciones A, B y C, que establecen los arts. 18 y 20, así como la limitación que fija el segundo párrafo del art. 20, la LRAF, impone algunas sanciones para los casos de infracción a las distintas reglas, en contra de los accionistas de las sociedades miembros de la controladora (art. 21), y en contra de la controladora misma (esto, en el caso del art. 35).

Considero que dichas sanciones son muy leves y que deberían comprender, además de los socios, a los funcionarios de la controladora que resultaran responsables de las infracciones relativas. Deberían tipificarse delitos sancionados con severas penas corporales y pecuniarias contra las sociedades-socios infractores, y en contra la propia controladora. El sistema de esta LRAF, así como el de la propia LIC, que tiende a limitar grandemente las adquisiciones, la formación y consolidación de nuevos y poderosos centros bancarios y financieros nacionales e internacionales, así como combatir eficazmente y proscribir prácticas oligopólicas y procedimientos secretos de adquisición de acciones y del control de instituciones de la banca y de la bolsa, nos hacen pensar que las sanciones establecidas son tenues y totalmente insuficientes, y que lejos de evitar adquisiciones de acciones en exceso de los límites, la propiciarán, tanto porque el daño patrimonial del infractor puede no existir o ser mínimo (en el caso, por ejemplo, de que el 50% del valor de las acciones que se "vendan" a la controladora iguale o supere el valor original de adquisición de ellas), como porque la autoridad sancionadora (SH) decida no aplicar las penas pecuniarias que la ley fije.

Estas sanciones son las siguientes: a) La prohibición de inscribir las suscripciones relativas de las acciones en el libro de registro de acciones a que se refiere el art. 128 LGSM.- La consecuencia de esta falta de inscripción es que la sociedad sólo quede obligada a reconocer como socios a los inscritos y respecto al número de acciones

LEGISLACION

debidamente inscritas (art. 129 *ibid*); b) El segundo párrafo del mismo art. 21 LRAF prevé que quienes “contravengan lo previsto en los artículos 18, 19 y 20 serán sancionados por la SH”: la sanción sólo parece alcanzar a los socios, no a funcionarios responsables de dicha inscripción indebida en el libro; consisten en que las “acciones que excedan de los límites fijados” se vendan a la controladora al 50% del menor valor que tuvieran entre su valor en libros y su valor de mercado. Agrega el precepto, párrafo cuarto, que “el beneficio que se obtenga (o sea, el excedente del 50% a que se vendan a la controladora) será entregado por la controladora al gobierno federal”, sin que se establezca por qué concepto legal entraría este excedente en el erario federal; es posible que esta disposición se considere como confiscatoria, en violación del art. 22 párrafo segundo.

El penúltimo párrafo del art. 21 indica que las sanciones por él establecidas son sin perjuicio de otras “que conforme a ésta u otras leyes fueran aplicables”. En mi opinión, se aplicarán las disposiciones del Código Penal relativas a fraude y simulación fraudulenta, en casos en que las limitaciones para la adquisición de acciones a los accionistas se burlaran o tratarán de burlarse por medio de prestanombres o de otros negocios ocultos. Tal sería el caso, claramente, de los socios extranjeros, por aplicación de lo dispuesto en el art. 31 de la Ley de Inversiones Extranjeras.

Por último, aquellas acciones vendidas a la controladora y pagadas por ella al 50% de su valor en libros o de mercado, que el último párrafo del art. 21 llama “acciones reembolsadas”, se convertirán y se mantendrán por la controladora como acciones de tesorería (es decir, acciones no suscritas ni pagadas), con un régimen especial transitorio de seis meses de duración durante los cuales, aparentemente, se computarían en el capital social — lo que me parece totalmente inadmisibles — y al transcurso de dicho plazo, si no se han colocado, “la controladora procederá a reducir su capital...”.

11.- *Operaciones autorizadas a la controladora y a sus socios.*- La función y las actividades económicas y jurídicas de la sociedad controladora se limitan, en general, a su función de control de las sociedades que la integren como accionistas. Al efecto, es claro lo dispuesto por el art. 23, que por una parte, indica que el capital pagado y las reservas de capital de dicha controladora se invertirá “de conformidad con las disposiciones de carácter general que dicte la SH (las que deberán respetar esa limitación general) en lo siguiente:

Fr. I.- Acciones emitidas por las sociedades integrantes del grupo y por sociedades distintas en los casos de incorporación o fusión que se indican en el art. 10. Este supuesto plantea el grave problema de las inversiones recíprocas que se puede traducir en el “aguamiento” del capital social tanto de la controladora como de la respectiva sociedad integrante.

Fr. II.- Inmuebles, mobiliario y equipo que sean estrictamente indispensables (a juicio de la SH) para la realización de su objeto; y

Fr. III.- “Valores a cargo del Gobierno Federal, instrumentos de captación bancaria y otras inversiones que autorice la referida Secretaría”.

Por otra parte, este artículo en su párrafo segundo, prohíbe a la controladora contraer pasivos directos o contingentes, dar en garantía sus propiedades, salvo los casos previstos en el art. 28, y la posibilidad de celebrar operaciones con el Fondo

Bancario de Protección al Ahorro (art. 29) y con el Fondo de Protección y Garantía previsto en la LMV.

Del párrafo final del art. 9º se desprende que la controladora puede también “adquirir acciones de empresas (la norma debió también incluir cuotas o partes sociales) que le presten servicios complementarios o auxiliares de ellas, o a los integrantes del grupo relativo (*rectius*, accionistas de la controladora).

Por lo que se refiere a las sociedades miembros, que la LRAF denomina “entidades financieras que formen parte (del) grupo”, en términos generales tienen amplia libertad de funcionar según sea su objeto, y pueden hacerlo aisladamente, o bien, como se desprende del art. 8º fr. III, a través de “oficinas y sucursales de atención al público de otras entidades financieras integrantes del grupo”, y en este caso “de conformidad con las reglas generales que (al efecto) dicte la SH”. Limitaciones a dicha libertad de actuar de los accionistas pueden derivar de “criterios generales a seguir para evitar conflictos de interés entre los particulares del grupo” (*rectius*, las sociedades que sean accionistas de la controladora); y del “convenio de responsabilidades que debe celebrarse entre la controladora y cada uno de sus accionistas, a que se refiere el art. 28 (art. 9º fr. IV). Sobre este convenio, V. *Infra* 15.

12.- *Organo de administración de la controladora.*- La LLAG establece las siguientes reglas:

Primera.- “Estará integrado, dice el art. 24, a elección de la sociedad, por once, por veintidós o por múltiples de once (treinta y tres, cuarenta y cuatro, etc.). Los accionistas de la Serie A designarán seis en el primer caso, doce en el segundo, etc.; los de la Serie B “hasta cinco” o “hasta diez”, etc.; y los de la Serie C, en el caso de once consejeros”, por cada 10% del capital pagado correspondiente a esta serie, podrán nombrar un consejero”, y si son 12 los miembros, “por cada cinco por ciento de dicho capital pagado podrán nombrar un consejero”.

Hay que aclarar que en el caso de la Serie C el máximo que les corresponderá será de tres miembros en caso de once consejeros, ya que el máximo de capital pagado que puedan representar será de 30%, y de seis miembros en el caso de veintidós consejeros, (etc.); que el número de consejeros de esta serie se restará del que corresponda a la Serie B, de tal manera que si son tres los de la Serie C, serán dos los de la B, si el consejo es de once, serán seis los de la C y los de la B., etc.

Segunda.- Que la Ley reconoce (art. 24 párrafo tercero) un derecho a minorías de accionistas dentro de cada serie “que representen cuando menos un diez o un cinco por ciento según se trate de consejos de administración integrado por once o por veintidos miembros, respectivamente, del capital pagado de la controladora, para designar un consejero de la Serie que corresponde”. Por tanto, tratándose de la Serie A, en el caso de once miembros del Consejo, de los seis que corresponden a esta serie, hasta cinco de ellos podrían corresponder a cinco grupos minoritarios que integren la Serie, y sólo uno a la Serie en su conjunto.

Para estos supuestos de nombramientos de consejeros minoritarios, la última parte del párrafo tercero establece una regla especial: “Sólo podrá revocarse el nombramiento de los consejeros a que se refiere este párrafo, cuando se revoque el

LEGISLACION

nombramiento de todos los demás miembros *de la misma serie*". Regla ésta que no protege debidamente a los grupos minoritarios, ya que la mayoría de votos de la asamblea puede revocar a todos los miembros de aquellos grupos, sin tocar a los consejeros mayoritarios o minoritarios de otras series: la regla debida⁹ es que la mayoría de votos de los accionistas no revoque el o los nombramientos hechos por la o las minorías, *sin* revocar a todos los demás consejeros.

Tercera.- El Presidente del Consejo (a quien la LRAF no otorga voto de calidad, pero sí lo hace el art. 143 párrafo tercero LGSM, de aplicación supletoria) deberá elegirse entre los propietarios de la Serie A.- Por cada propietario, agrega la norma (art. 24 último párrafo), se nombrará un suplente".

13.- *Director General*. Puede o no ser miembro del Consejo de Administración de la controladora (afirmación que desprendemos tanto de la redacción de la fr. I del art. 25: "podrán ser consejeros... fr. I... el director general", como de la del último párrafo del art. 26 "el nombramiento de consejeros, comisarios, de director general y de los funcionarios..."). La LRAF no establece sus facultades y sus limitaciones, lo que constituye una grave omisión. Por el nombre con que se le designa, director general, creemos que se trata de un representante general, similar al *factor*, quien según el art. 309 del Código de Comercio puede realizar todos los actos concernientes a la empresa, salvo las limitaciones que indique el pacto social y que aparezcan inscritas en el Registro Público de Comercio (art. 10 LGSM)¹⁰.

Los requisitos que deben concurrir en la persona que se designe como director General, los señala el art. 26. También esta disposición hace referencia a los impedimentos para serlo (fr. IV). De las distintas partes de dicho art. 26 es de relevante importancia el último párrafo, según el cual el nombramiento no sólo del director general, sino también de todos los consejeros, de los comisarios y de los funcionarios que ocupen cargos con la jerarquía inmediata inferior a la de aquél (vgr. Subdirector, Gerente, Subgerente), (sólo) surtirá efectos previa aprobación, que, por acuerdo de su Junta de Gobierno, otorgue la Comisión que supervise a la controladora, (v. Infra Número 14), la que en ejercicio de esta facultad procurará evitar que se presenten fenómenos de concentración indebida o inconveniente para el sistema" (seguramente se refiere al SFP a que elude el art. 2º).

14.- *Órgano y sistema de vigilancia de la controladora*.- Como en el caso de las SA reguladas por la LGSM, la vigilancia corre a cargo de un órgano especial, constituido por uno o varios comisarios (arts. 164 y sigs. LGSM). La LRAF no habla de dicho órgano de vigilancia, por lo que se debe considerar supletoria

⁹ Que contenía el segundo párrafo del art. 144 LGSM, en la reforma de esa ley de enero de 1981 fue omitida.

¹⁰ Sin necesidad de homologación judicial, según dispone el último párrafo del art. 17. Es criticable que así lo disponga la LRAF, no sólo porque se priva de la intervención del juez, sino también de la del Ministerio Público al calificar el pacto social. Por lo demás, tan bajo y desprestigiado está el sistema, que no es de extrañar esta norma, que se viene repitiendo en muchas leyes últimas de interés social.

aquella ley, máxime que en algunas de sus disposiciones (arts. 26 último párrafo y 27 primer párrafo) sí habla de los comisarios, a quienes sujeta, en cuanto a su nombramiento, a la aprobación de la Junta de Gobierno de la “Comisión que supervise a la controladora”. En cambio, no existen disposiciones respecto a los requisitos, a las calidades, a los impedimentos y a las funciones de los comisarios (salvo la disposición general de la fr. V del art. 25), por lo que también deben regir supletoriamente las disposiciones de la LGSM en todo aquello que no resulte incompatible con la LRAF.

En cuanto a esa “Comisión que supervise a la controladora”, de la que nada se dice sobre su naturaleza, ni sus funciones, ni su integración, pero a la que se refieren los arts. 26 *in fine* y 27, parece ser distinta de otra, igualmente misteriosa y ayuna de fundamentación legal, a que alude el art. 30 y a la que denomina “Comisión que supervise a la entidad financiera integrante del grupo que la SH determine como preponderante dentro del mismo grupo”. Y agrega este precepto: “Para tal efecto (o sea, para el efecto de que la SH determine como preponderante a algunas de las E.F.) tomará en cuenta entre otros elementos de juicio, el capital contable de la entidad de que se trate”.

Pues bien, lo curioso de esta segunda Comisión es que, según el art. 30, somete a la controladora a su inspección y vigilancia — que son las funciones propias de los comisarios de las SA; en cambio, la Comisión que supervise a la controladora sólo resuelve sobre “la remoción de los consejeros, del director general, de los comisarios y demás funcionarios...”, que en la LGSM son funciones propias de la asamblea ordinaria de accionistas; y sobre la inhabilitación de dichas personas “por un período de seis meses a diez años.” Lo que resulta inconstitucional, tanto porque la sanción es “inusitada y trascendental”, como por no ser dictada por autoridad judicial, sino por una comisión administrativa.

15.- *Responsabilidad de la controladora.*— Según dispone el art. 28, la controladora deberá celebrar un convenio con cada una de las E.F. integrantes del Grupo, en virtud del cual, en primer lugar, la controladora responda subsidiaria e limitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de dichas E.F., pero sólo de aquellas (obligaciones) que “conforme a las disposiciones aplicables les sean propias a cada una de ellas, aun respecto a aquellas contraídas por dichas entidades con anterioridad a su integración al grupo”; en segundo lugar, la propia controladora “responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y de cada una de dichas entidades financieras”. Esta responsabilidad se cubrirá a prorrata en el caso de que el patrimonio de la controladora resulte insuficiente; y en tercer lugar, el último párrafo del art. 28 indica que en el convenio deberá precisarse que “cada una de las E.F. del grupo no responderá por las pérdidas de la controladora ni por las de los demás participantes del grupo”.

La primera duda que surge es sobre el carácter de dichas responsabilidades de la controladora. No parecen ser de pleno derecho, sino que se adquieren en virtud de convenio, aunque este *parece ser* uno de los presupuestos de la autorización que tiene que conceder la SH (art. 9º fr. IV) para la constitución y el funcionamiento del grupo. De cualquier manera, se trata de una responsabilidad derivada de contrato, a la que, en consecuencia, se aplican los principios relativos de los contratos, sobre consenti-

LEGISLACION

miento, objeto, fin y forma, así como lesión, nulidad y rescisión. Tomando en cuenta que se trata de un convenio plurilateral: cuatro partes cuando menos, considerando a la controladora, según se desprende del art. 7º.

Por lo que respecta a la responsabilidad ilimitada de la controladora a que se refieren los dos primeros puntos (fracciones I y II), ella convierte a la controladora en una sociedad-garante de todas y cada una de las sociedades controladas y de todos y cada uno de los acreedores de ellas; por otra parte, desvirtúa el carácter de sociedad anónima de tal controladora por lo que respecta a sus socios (las E.F. que la integran), que en lugar de responder de las deudas sociales solamente con el monto de sus aportaciones (como ordena el art. 87 de la LGSM), responderán, en realidad, con la parte que les corresponda en el patrimonio social de la controladora. Dicha responsabilidad ilimitada resulta tan abrumadora que me atrevo a pensar que hará difícil que en la práctica se acuda a este fenómeno de concentración de empresas.

No amengua esta crítica que, en el primer caso, la responsabilidad de la controladora sea subsidiaria; ello quiere decir que cuando alguna o algunas de las E.F. controladas no cumpla sus obligaciones — cualquiera o todas ellas, con tal de que “le sean propias” — responderá la controladora. Se trata, como también en el caso de la fr. II, de una garantía adicional, de carácter legal, que presta la controladora a todos y cada uno de los acreedores de todas y cada una de las sociedades-accionistas de ella. Para ellos, la figura de la agrupación financiera que establece esta LRAF sí resulta ampliamente satisfactoria. Pero surgen las preguntas: ¿es a ellos, a los eventuales acreedores (incluyendo preferentísimamente al fisco) a quienes se busca proteger, o bien, al sistema financiero mismo y a las E.F. integrantes del grupo? ¿Son ellos, los acreedores de dichas E.F., y no éstas, las que resolverán la agrupación en torno de una controladora?