



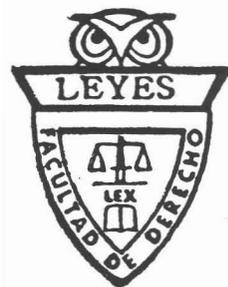
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

“LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES EN EL DERECHO COMPARADO”

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
RODOLFO ANAYA HUIDOBRO

ASESOR DE TESIS: LIC. ERIK CARVALLO YAÑEZ



MEXICO, D.F.

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



A TODOS AQUELLOS
QUE HAN CREÍDO EN MI.

A TODOS AQUELLOS
QUE NO HAN CREÍDO EN MI.

A MIS PADRES:

MI MEJOR EJEMPLO DE LUCHA, TESÓN Y AMOR. EN GRATITUD A SUS ESFUERZOS, DESVELOS Y POR LA LIBERTAD QUE SIMPRE ME DIERON. LOS QUIERO.

A MIS HERMANOS: YOSY, LILIA Y CARLOS.

EN AGRADECIMIENTO A SU CARIÑO, APOYO Y COMPRESIÓN, PORQUE A PESAR DE LA DISTANCIA, SIEMPRE ESTÁN CONMIGO. COMO EJEMPLO DE QUE LAS METAS SE ALCANZAN, ALCANCEN LA SUYA.

A MI ESPOSA:

GRACIAS POR ENDULZAR Y DAR SENTIDO A MI VIDA CON TU CARIÑO. POR TU INVALUABLE APOYO Y ENTUSIASMO PARA NUESTRA META.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.
POR PERMITIRME SER MEJOR Y COMO UN PEQUEÑO PAGO A
TODO LO QUE ME HA DADO.
POR EL ORGULLO DE SER UNIVERSITARIO.**

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el
contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: RODOLFO ANAYA
HUIDOBRO

FECHA: ENERO 26 DE 2004

FIRMA: 

**A MIS PROFESORES:
POR ENSEÑARME COMO ANDAR EL CAMINO.**

PARA: ARTURO DE LA CRUZ FLORES.
MI AMIGO, EN LAS BUENAS Y EN LAS MALAS.
GRACIAS POR ESTAR SIEMPRE.

AL LICENCIADO: EDUARDO SALVADOR BECERRIL GARCÍA.
MAGNIFICO MAESTRO, PERO SIN DUDA MUCHO MEJOR AMIGO.
EN AGRADECIMIENTO A SU EMPEÑO EN MI FORMACIÓN PROFESIONAL
Y POR SU VALIOSO APOYO Y ENTUSIASMO EN LA ELABORACIÓN DE ESTE TRABAJO.

A MIS AMIGOS:

GRACIAS POR SU APOYO, INSISTENCIA E INTERÉS A
LA REALIZACIÓN Y CULMINACIÓN DE ESTE TRABAJO.

A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO:

POR SUS ENSEÑANZAS Y POR LAS OPORTUNIDADES
QUE ME DIERON PARA MEJORAR MI FORMACIÓN PROFESIONAL.

INTRODUCCIÓN

Desde el momento en que se hizo público el primer Proyecto de Ley de Concursos Mercantiles y hasta hoy día en que hablamos de una Ley formalmente válida y en vigencia, no han cesado los comentarios a favor y en contra de la mencionada regulación por parte de los estudiosos del Derecho Concursal y de todos aquellos interesados en el tema, lo que ha dado origen a múltiples foros en los que se discute sobre el contenido, aplicación y futuro de la Ley de Concursos Mercantiles.

Lo anterior, despertó la inquietud del suscrito para incursionar en la nueva perspectiva que plantea la Ley de Concursos Mercantiles, que modifica muchos aspectos del procedimiento concursal, contemplado en la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943.

Inicialmente se puede afirmar que el objetivo primario de la Ley de Concursos Mercantiles, es el de terminar con el abuso en el uso de la moratoria legal, por parte de aquellos comerciantes deshonestos que recurrían a la misma para, irónicamente, mediante el uso de la Ley defraudar a sus acreedores.

En efecto, dado que a la luz del procedimiento contemplado en la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los comerciantes morosos podían prolongar casi de manera indefinida el beneficio que les otorgaba la suspensión de pagos, siempre en perjuicio de sus acreedores, por lo que la nueva legislación busca obtener una mayor celeridad en el trámite del procedimiento Concursal, haciéndolo más rápido y menos complicado, asimismo y según su exposición de motivos, tiene como finalidad procurar la conservación de la empresa, evitando que los comerciantes incumplan con sus obligaciones de manera general a través de un convenio con sus acreedores y de no ser esto posible regular su quiebra.

Bajo este orden de ideas, y mediante la consolidación en un solo proceso de la prevención y liquidación del problema de la insolvencia, cuando una empresa cae en los supuestos de la Ley de Concursos Mercantiles, se abrirá un periodo de conciliación con el objeto de que el deudor y los acreedores puedan alcanzar un convenio que evite la quiebra de la empresa. Cuando no sea posible alcanzar un convenio, dentro del término que para tal efecto establece la Ley, o bien éste se incumpla, se procederá a la segunda etapa, en la que un especialista realiza la enajenación de la empresa en las condiciones en que se logre el máximo valor posible, todo mediante un procedimiento transparente, para, con el producto de la venta, pagar las obligaciones vencidas del deudor.

No obstante el loable propósito del Legislador, coincidimos con los críticos de la nueva legislación, al afirmar que en virtud de buscar un procedimiento ágil y carente de formalismos legales, el Legislador omitió considerar de manera adecuada los principios elementales del procedimiento Concursal, lo que le llevó al hecho de incurrir en errores de carácter técnico jurídicos, al tomar en cuenta conceptos anacrónicos, en desuso y superados por la doctrina contemporánea y contemplar instituciones de Derecho comparado que resultan inaplicables a nuestra realidad.

En este orden de ideas, no es extraño que la mayoría de los especialistas en la materia hayan adoptado una actitud extremadamente crítica hacia la Ley de Concursos Mercantiles al poner de relieve un amplio conjunto de graves y manifiestos vicios de fondo y forma de dicho ordenamiento. Sin ser un especialista en la materia, no me puedo manifestar ajeno a criticar la Ley, finalmente las Leyes son, o debieran ser, siempre patrimonio común de todos los sectores y de todas las ramas del saber y del hacer a quienes vincula.

Es en virtud de lo anterior, que el motivo de este trabajo se encamina a efectuar una crítica de la Ley de Concursos Mercantiles, en la que no pretendemos limitarnos solo a un aspecto sencillo del articulado legal que debiera significar algo más allá de lo tipificado, pretendo juzgar, si así se me permite expresarlo, los fundamentos, principios e instituciones que contempla la Ley de Concursos Mercantiles, así como aquellas causas que la dieron origen y que requieren de una compulsión con la realidad del país.

Si bien es cierto que existe una tendencia por parte del ser humano al apego de las cosas que conoce y de temor a toda innovación, es decir manifiesta una mayor preferencia por lo malo conocido que a lo bueno por conocer. Considero que no es el caso en cuanto a las críticas a la Ley de Concursos Mercantiles, toda vez que la misma, estimo, no cumple totalmente con el objetivo para la que fue creada, por ser eminentemente administrativa, por contener aspectos inconstitucionales y por su incongruencia con la realidad social, económica y política de nuestro país, aunado a las carencias técnico - jurídicas que la misma presenta, luego entonces bajo esas premisas la Ley no cumple totalmente su cometido.

Considero que la Ley de Concursos Mercantiles, no es solo un texto legal. Es, antes y además, un instrumento de política legislativa dentro del universo económico y social encaminado a satisfacer las necesidades y aspiraciones concretas de la comunidad, por lo tanto debe partir del conocimiento de la realidad en la que se inserta formulando sus objetivos con claridad a efecto de que se le pueda clasificar como un elemento hábil o inhábil dentro de nuestras instituciones de derecho.

En esta inteligencia y pese a su importancia, considero que el Derecho Concursal en México actualmente es la pieza más ineficiente de cuantas componen nuestro Derecho, lo cual pretendo acreditar con mi trabajo.

Por lo tanto, es mi objetivo poner de manifiesto los vicios que la Ley de Concursos Mercantiles, contiene bajo los siguientes aspectos entre otros:

- Anacrónicos: puesto dentro de sus principios, tanto prácticos como técnico - jurídicos, no considera lo establecido por la teoría y Doctrina Concursal moderna.
- Inconstitucionales: dado que contiene artículos que violan las garantías de Audiencia y de Legalidad, rompe con los principios de Competencia Concurrente, de Generalidad de Aplicación de la Ley, así como de otras violaciones más.
- Por carencia de Técnica Jurídica: confunde la función de determinadas figuras y de conceptos como la cesación de pagos.
- De incongruencia con la realidad del País: En una época de crisis económica constante se requiere de una Ley que sea factor para la conservación de la empresa y le permita rehabilitarse, la Ley de Concursos Mercantiles no cumple con esa función.

Me refiero a los puntos anteriores en un sentido enunciativo solamente, puesto que en mi análisis trato de profundizar en más cuestiones a cerca de la Ley de Concursos Mercantiles.

En cuanto al sistema, pretendo efectuar una crítica a la Ley de Concursos Mercantiles, en base a nuestras instituciones de derecho, a la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos y al Derecho Comparado, además de tratar de eludir en lo posible cuestiones puramente teóricas, dando un espacio preciso a la Jurisprudencia y a la exposición que de cada tema se hará.

Asimismo, bajo el principio de que nada es perfecto, solo perfectible, y tomando en consideración que no soy especialista en la materia, sino un mero estudiante con inquietud sobre el tema, también me atrevo a proponer cambios y reformas a la Ley de Concursos Mercantiles, mismas que considero importantes para acercar a la Ley al cumplimiento de sus principios teleológicos.

Sirva pues la presente como la manifestación de la profunda inquietud que me impulsa no solo a buscar la obtención del Título como Licenciado en Derecho por parte de la Universidad Nacional Autónoma de México, sino también para poner en relieve mi particular visión de los aspectos contenidos en la Ley de Concursos Mercantiles y de la atracción que siento hacia el Derecho Concursal.

Ciudad de México, noviembre del 2003.

Rodolfo Anaya Huidobro.

CAPITULADO

I. INTRODUCCION.....	01
----------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

I.1. Derecho Romano.....	03
I.2. Derecho Germánico.....	08
I.3. Derecho Francés.....	09
I.4. Derecho Italiano.....	12
I.5. Derecho Español.	13
I.6. Derecho Estatutario.	19
I.7. Antecedentes de la Legislación Concursal en México.....	20

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCIPIOS, PRESUPUESTOS, ORGANOS Y PARTES EN EL PROCESO CONCURSAL.

II.1. Principios Generales del Procedimiento Concursal.....	32
a. <i>Universalidad.</i>	32
b. <i>Concurrencia de Acreedores.</i>	37
c. <i>Igualdad de Acreedores.</i>	41
d. <i>Oficiosidad por Interés Público.</i>	42
e. <i>Unificación Procesal.</i>	44
f. <i>Competencia.</i>	45
II.2. La Cesación de Pagos como Presupuesto Procesal.....	47
II.3. Las Partes y Órganos en el Proceso Concursal.....	52
1) <i>¿Partes o Sujetos?</i>	53
a. <i>Comerciante.</i>	54
b. <i>Acreedores.</i>	57
c. <i>Ministerio Público.</i>	59
d. <i>Los Interventores.</i>	60

2) Los Órganos.	61
a. Juez.	62
b. Conciliador.	63
c. El Visitador.	65
d. El Síndico.	66
e. El Instituto.	68
f. La junta de Acreedores.	72

CAPÍTULO TERCERO

EL PROCESO CONCURSAL.

III.1. Etapas Procésales.	75
a. Demanda.	75
b. Sentencia.	78
c. Reconocimiento de Créditos.....	80
d. Los Recursos.	82
e. Los Incidentes.	84
f. El Convenio.	86
III.2. El Concurso Mercantil.....	88
a) Comparado con la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos de 1943.....	94
1. Demanda.	94
2. Sentencia.	97
3. Reconocimiento de Créditos.....	100
4. Los Recursos.	105
5. El Convenio.	106

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO CONCURSAL COMPARADO.

IV.1. Derecho Concursal Europeo.....	110
a. Alemania.	110
b. Reino Unido.	112
c. Francia.	113
d. España.	115
e. Bélgica.	117
f. Italia.	119
g. Portugal.	120
h. Holanda.	121
IV.2. Derecho Concursal Asiático.....	123
a. Singapur.	123
b. Malasia.	124
c. Corea.	125
d. Filipinas.	127
e. Indonesia.	127

IV.3. Derecho Concursal en América Latina.....	129
a. Colombia.....	130
b. Uruguay.....	132
c. Chile.....	135
d. Argentina.....	136
e. Costa Rica.....	137
f. Perú.....	138
g. Brasil.....	139
h. Estados Unidos de América.....	139
i. Canadá.....	140

CAPÍTULO QUINTO

CRITICA A LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES.

V.1. Incongruencias Técnico - Jurídicas de la Ley.....	144
V.2. Aspectos de Inconstitucionalidad.....	154
V.3. Estructura y Principios Orientadores de la Ley.....	159
V.4. Objetivos del Concurso Mercantil y la Realidad Social, Económica y Política del País.....	162
V.5. Conclusiones.....	167
V.6. Propuesta.....	170
Bibliografía.....	199

Tema de Tesis: La Ley de Concursos Mercantiles en el Derecho Comparado.

Rodolfo Anaya Huidobro.
Sustentante.
Número de Cuenta UNAM: 8702144-0

Lic. Erick Carvalho Yáñez.
Asesor.

DR. Fabián A. Mondragón Pedrero
Director del Seminario de Derecho Mercantil.
De la Universidad Nacional Autónoma de México

ANTECEDENTES

SUMARIO: 1. Derecho Romano. 2. Derecho Germánico. 3. Derecho Francés. 4. Derecho Italiano. 5. Derecho Español. 6. Derecho Estatutario. 7. Antecedentes de la Legislación Concursal en México.

El Derecho Concursal, sus instituciones y las complejidades que hoy día nos presenta, tienen diversas raíces y si bien es cierto que para la Doctrina Mexicana estos temas son relativamente nuevos, existen culturas y épocas donde los mismos han sido tema de inquietud constante, lo que ha dado origen a marcadas diferencias a la forma en la que se ha venido planteando y desarrollando el trato al incumplimiento de las obligaciones pecuniarias que devienen del estado económico, ya sea declarado o confeso, de la insolvencia, todo esto ha contribuido a la conformación del Derecho Concursal y sus instituciones.

Es bajo este orden de ideas que considero indispensable, para el efecto de lograr elaborar una crítica comparativa, aceptable, de la Ley de Concursos Mercantiles, adentrarme en el estudio de los orígenes y evolución del Derecho Concursal en las diversas épocas y culturas jurídicas de la humanidad, de tal manera que es necesario formular un breve análisis histórico de sus instituciones a través de los tiempos, incluyendo, por supuesto, el significado de la expresión jurídica "Quiebra" a la que hoy día se ha acogido nuestro Derecho.

La generalidad de los tratadistas modernos coinciden en afirmar que el Derecho Concursal tiene su origen en el Derecho romano y se ha venido conformando con la influencia de las teorías y prácticas germánicas-medievales, españolas e italianas.

En efecto, sabemos que el Derecho romano es considerado como la fuente principal del Derecho contemporáneo y en nuestro caso el Concursal no podía prescindir de tener raíces romanas, asimismo la conformación del Derecho Concursal se ve concretada durante el medievo y no obstante lo antes comentado, el tratadista argentino Julio César Rivera afirma al respecto: *"...Por regla general el Derecho Romano no es la fuente de las instituciones del Derecho Comercial pues éstas han nacido en la Edad Media como resultado de las necesidades de la clase comerciante de las ciudades..."*¹

Considero interesante la referencia que hace el autor Julio César Rivera, puesto que no se concreta solo a los orígenes del Derecho como tal, sino que va más allá, a lo que es su estructura fundamental, y lo comprobaré al momento en que se analice el Derecho estatutario, originado en virtud del auge comercial que existió en la Edad Media, no olvidemos que para nuestros efectos el Derecho Concursal es una importante pieza de lo que nosotros conocemos como Derecho Mercantil.

¹ RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Concursal.* Tomo I, Edt. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe Argentina 1996. 399 Pp. pág. 28.

Por ejemplo, el origen de las expresiones "Quiebras" y "Bancarrotas", así como su significado en otros idiomas, debe entenderse como una herencia de la época imperial española, en virtud de la gran influencia que el Derecho español de Quiebras tuvo en Inglaterra y en toda Europa en general. Así, en Francia se utilizan las palabras "*Faillite*" y "*Banquerrote*"; en Italia se designan como "*Fallimento*" y "Bancarrotas" y en inglés se usa la palabra "*Bankruptcy*" para designar el procedimiento de Quiebra.

Este origen español resulta un tanto textual puesto que, efectivamente, se trataba de una banca-rotas. El maestro Cervantes Ahumada, citando a Escriche, anota que a las antiguas ferias españolas acudían comerciantes y viajeros que se trasladaban con su banco, su mesa y su silla, y "... cuando un banquero sufría quebrantos y quedaba imposibilitado para pagar, los funcionarios de la feria hacían romper, pública y de manera infamante, su banca sobre su mesa, y quedaba el viajero imposibilitado para poder seguir actuando en la feria."²

Así pues, se entiende por "Quiebra" o "Bancarrotas" el estado de aquel comerciante que se encuentra imposibilitado patrimonialmente para poder liquidar las deudas contraídas con sus acreedores.

Por otra parte, en nuestro país el concepto de Quiebra era sinónimo de patrimonio sin dueño, toda vez que por carecer de una legislación que estableciera con claridad las normas y sanciones que regularan la actuación de los síndicos y de los acreedores en la administración de la quiebra, surgían contubernios entre estos y el fallido, propiciando alzamientos que tenían por objeto extinguir la empresa o la actividad del comerciante.

La problemática antes planteada, trato de ser corregida con la promulgación de la ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, donde se contempló como asunto de interés público la conservación de la empresa mercantil, de tal manera que se considero al Concurso como un fenómeno jurídico-económico en el que el Estado tendría un interés preponderante. La consecuencia inmediata de este interés, fue la creación del procedimiento de Suspensión de Pagos, mismo que fue considerado como un beneficio para el deudor y que procuraba ser un instituto conservatorio de la empresa.

Me permito abrir un breve paréntesis a efecto de explicar el comentario contenido en el párrafo anterior, en el que considero que la legislación Concursal de 1943 no corrigió por completo la problemática que con antelación a ésta existía, sobre la administración Concursal, y que solo quedó en un intento, esto en virtud de que a lo largo de la práctica, la intención del legislador quedo solo en eso, dado que en el trámite de los procedimientos tanto de Quiebra como de suspensión de pagos, por disposición de la misma ley, la sindicatura podía ser desempeñada por las Cámaras de Comercio y de Industria a las que el fallido o suspenso, según fuese el caso, estuvieran afiliados, de tal manera que previo a la solicitud de la Suspensión de Pagos o de la Quiebra, se llegaba a un arreglo entre el órgano de la sindicatura y el suspenso o fallido en su caso, mediante el cual se comprometía la Cámara a designar a una persona de confianza para desempeñar el papel de Delegado de la sindicatura.

Lo anterior, a cambio del pago de "honorarios o aportaciones mensuales" tanto a la Cámara como al Delegado, y de esta manera se cubrían las apariencias de la toma de posesión de bienes o el inventario de los mismos, pasando por alto cualquiera anomalía

² CERVANTES, Ahumada Raúl. *Derecho de Quiebras*. Edt. Herrero, S.A. Tercera Edición, México 1981. Pp.302. Pág. 18.

en la administración de la empresa e inclusive apoyando actos fuera de los permitidos por la Ley. En muchas ocasiones los síndicos o delegados parecían actuar como verdaderos representantes de los intereses del suspenso o del fallido.

No obstante que en la Ley de 1943, el interés del Estado por la conservación de la empresa resultaba innovador y preponderante, veremos que en el año 2000 con la promulgación de la Ley de Concursos Mercantiles dicho interés parece haber desaparecido, puesto que según mi parecer la misma no contempla un instituto conservatorio de la empresa y si todo lo contrario.

I.1- DERECHO ROMANO

Analizando históricamente las disposiciones del Derecho romano respecto del tema que me ocupa, puedo decir que si bien es cierto en el surgen las bases, también es cierto que le hizo falta un verdadero sistema Concursal, no obstante las numerosas disposiciones relativas a la ejecución forzosa de obligaciones, cuyas notas típicas constituyen el carácter privado del procedimiento y su aspecto penal.

Es de hacer notar que en sus inicios, el Derecho romano consideraba a las obligaciones como un verdadero vínculo personal, no obstante que se requería de la confesión del deudor o bien de una sentencia condenatoria, también existían formas que contemplaban créditos que por si mismos tenían fuerza ejecutiva, de tal manera que los acreedores podían disponer no solo de los bienes del deudor, sino de la persona del mismo, haciéndolo esclavo e inclusive dándole muerte y repartiéndose su cuerpo en porciones cuando se trataba de varios acreedores.

Así encuentro que hacia el año 428 de la república, el deudor que no cumpliera con sus obligaciones podía ser objeto de sanciones, o bien ser sujeto a procedimiento.

Uno de estos procedimientos contemplados en las XII Tablas, era la llamada "*Manus Injectio*", aplicable al caso del deudor que no pudiera o no quisiera cumplir saldando las deudas contraídas; aquí el acreedor, una vez confesada la deuda por el deudor o bien que este hubiese sido sentenciado culpable, podía llevar consigo al moroso ante el Pretor-Magistrado y recitar una fórmula determinada, misma que en muchas ocasiones debía ser acompañada por gestos determinados. En el caso particular de la "*Manus Injectio*", el acreedor debía dar a conocer la cuantía y el título sobre el que basaba su pretensión, posteriormente realizaba el gesto que le da su nombre al procedimiento y que era el de ser el deudor sujetado del cuello por el acreedor, si las palabras y gestos del acreedor cumplían con las formalidades prescritas por los pontífices y no existía quien se ofreciere como fiador del deudor, el Pretor-Magistrado, autorizaba al acreedor para llevar consigo al deudor mediante la pronunciación de la palabra "*adico*" (te lo atribuyo).

Cada veinte días, durante un lapso de seis meses, el deudor era exhibido en el mercado por su acreedor. Si después de transcurrido ese tiempo nadie se presentaba a saldar las deudas en cuestión, al acreedor quedaba en libertad para poder vender al deudor como esclavo en el extranjero (*trans Tiberim*), e inclusive matarlo, si así lo deseaba.

Para el caso de que los acreedores fueran más de uno, cada uno de ellos tomaba la porción del cuerpo del deudor que le fuera proporcional al importe de su particular deuda.

A este procedimiento de carácter privado, se contrapuso lo contenido en la posteriormente creada "*Lex Poetelia Papiria*", instituyéndose dentro de ella la "*Pignoris Catio*", también resultaba una acción de carácter ejecutivo que servía para ciertos acreedores que cuando se presentaba el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, podían penetrar en la casa del deudor y sacar de ella algún bien de su pertenencia, el "*Pignus*", la prenda, constituyéndose la misma como garantía, ya que el acreedor la podía vender para el caso de que la deuda no fuese saldada.

Este procedimiento se aplicaba fuera del tribunal y solo con la presencia de testigos sin que existiese la necesidad de que el deudor estuviera presente, asimismo, se aplicaba en el caso de deudas originadas en virtud de la manutención de la milicia, sagradas o derivadas de los tributos al Imperio.

Otro de los procedimientos que existieron para atenuar el drástico "*Manus Injunctio*" era el "*Nemux*", que constituía la forma más antigua de obligarse entre los romanos y consistía en que el acreedor podía convenir voluntariamente con su acreedor y entregarse personalmente en garantía de su deuda o bien constituir en rehén a uno o varios miembros de su familia, según el monto de sus deudas.

Cabe hacer notar la inoperancia del procedimiento de la "*Manus Injunctio*" en ciertas circunstancias, por ejemplo cuando el deudor había huido, y es en atención a esto y a la búsqueda de nuevos procedimientos cada vez más justos, que se pretendió aplicar un nuevo sistema en el que solamente los bienes respondieran por las deudas puramente civiles, concediéndosele al pretor la facultad de autorizar al acreedor a que se llevará al deudor, ya que no con el objeto de matarlo o venderlo, si no para que el deudor liquidara el importe de sus deudas con su trabajo.

Es de hacer notar cómo, con el paso de los siglos, el procedimiento se dirige cada vez más contra los bienes del deudor y ya no contra su persona o familia. De este modo el acreedor podía ejercer la "*Actio Judicati*", que consistía en que el acreedor podía reclamar materialmente lo que la sentencia del pretor le concedía. Para efectos de este nuevo proceso, la condena podía duplicarse en caso de que el deudor no confesase su adeudo ante un magistrado ("*In Jure*"). Una vez que el actor-acreedor obtenía la custodia de los bienes del deudor, se convocaba a los demás acreedores por medio de anuncios públicos y se nombraba a un "Magister" para la administración de los bienes del deudor.

Las funciones del "Magister" consistían en hacer inventarios de los bienes del deudor, así como elaborar listas de sus créditos y otras deudas que tuviere y, principalmente, averiguar si existía la posibilidad de recuperar para el patrimonio del deudor algunos valores perdidos.

Después de un plazo determinado en que el deudor pudiera reunir con familiares o amigos valores a fin de saldar sus deudas, un representante de los acreedores, el "*Sindicus*", buscaba un "*Emptor Bonorum*"; una persona que comprara todo el patrimonio del deudor ofreciendo a los acreedores el pago de cierto porcentaje de sus créditos. Cabe aquí la aclaración de que el mencionado plazo que habría de fijarse resultaba ser siempre más largo para los deudores vivos que para aquellos que hubieren huido o fallecido.

Del procedimiento anteriormente descrito, se desprende la llamada “*Venditio Bonorum*”, la cual fue introducida en Roma por el pretor Rutilius Rufus en la primera mitad del siglo VII, tomando como base la “*Bonorum Sectio*” y consistió en la venta en bloque de los bienes del deudor insolvente en beneficio de sus acreedores.

La “*Bonorum Venditio*” podía tener lugar estando vivo o muerto el deudor, en los casos siguientes:

- I. *Estando vivo el deudor.*- Si había dejado sus bienes a los acreedores; si estando demandado se sustraía a la persecución sin dejar un representante; si había dejado sus bienes como lo autorizaba la “*Lex Julia*”; si no pagaba su deuda después de haber sido condenado por una sentencia del juez o después de haber reconocido su deuda delante del magistrado.
- II. *Después de su muerte.*- Cuando no dejaba heredero alguno ni civil, ni pretoriano.

El Procedimiento:

El autor Eugene Petit señala con claridad el procedimiento y efectos de esta figura, de la manera siguiente:

“...Los acreedores, o uno de ellos, piden al pretor la entrega en posesión de los bienes del deudor insolvente. Después del examen del asunto, y si tiene lugar, el magistrado se lo concede por un primer decreto. Esta “Missio in Possessionem” no es más que una medida conservatoria, que solo hace pasar a los acreedores una simple retención de los bienes (Paulo. L.3.23.D., de adq. pos., XL1,2). Se hace pública anunciándola por carteles (Proscriptiones) y dura todo lo más 30 días, mientras los cuales, y contando con la mayoría de los acreedores, el magistrado nombra a uno o varios curadores para la administración de los bienes (Ulpiano, L.2, pr. D., de curat., XLII, 7). Una vez expirado el término, viene el segundo decreto del pretor autorizando a los acreedores para reunirse y nombrar a uno de ellos como magister, para proceder a la venta (Gayo, III 79). Este magister fija las condiciones de la venta, la “Lex Bonorum Vendedorum”; saca del cuaderno las cargas que indica la lista de los bienes de las deudas que están gravadas y la postura del precio. Esta Ley de venta está autorizada por un tercer decreto del magistrado y se hace pública por carteles. Después de pasado cierto tiempo se procede a la venta en pública subasta, y aquel que ofrece a los acreedores el más alto precio, es al que se le declara adjudicatario.

El ‘Emptor Bonorum’, adjudicatario del patrimonio, es un adquirente universal, pero solo se hace propietario ‘Ex Jure Quiritium’ de las cosas corporales, como lo era el ‘Bonorum Sector’; porque no se trata aquí de una adquisición pretoriana. Los tiene ‘In Bonis’ y puede usucapirlos (Gayo, III 80). El pretor, para ponerle en posesión, le concede el ‘Interdicto Possessorium’ (Gayo, IV, 145).

En cuanto a los creadores y a las deudas, le fueron concedidas acciones útiles al ‘Bonorum Emptor’, o contra él, pero no las acciones directas, por que, según el Derecho Civil, no es sucesor. Si se trata de bienes de un difunto, la fórmula es redactada con ayuda de una ficción, ‘Fictose Herede’, según el edicto del pretor Servio, de donde le viene el nombre de acción serviana. Si se trata de bienes de un deudor vivo, el pretor Rutilio, había imaginado el procedimiento siguiente: La ‘Intentio’ de la fórmula era redactada a nombre del deudor cuyos bienes habían vendido, y la ‘Condemnatio’ a nombre del Emptor Bonorum; esta acción es llamada rutiliana (Gayo, IV, 35).

Para el deudor despojado de esta manera de su patrimonio, la 'Bonorum Venditio' llevaba consigo la nota de infamia (Cicerón, Pro Quintio, 15, Gayo, 154), y si vivía, podía ser aprisionado. Además, siempre quedaba expuesto a la acción de los acreedores, y si con el tiempo adquiría nuevos bienes, los acreedores que no estuvieran completamente desinteresados, podían perseguirle y hacer proceder a una nueva "Bonorum Venditio" (Gayo, II 15). Pero entonces, el deudor gozaba del beneficio de competencia, a condición de que la persecución tuviera lugar en el mismo año (L. 6, C., de revoc. His., VII, 75).

Una Ley Julia, del tiempo de César o de Augusto, mejoró la situación del deudor insolvente y de buena fe, permitiéndole hacer cesión voluntaria de sus bienes a los acreedores. Mediante esta Cesión se libraba de la prisión y la infamia. (L. 11, C., caus., II, 12).

Además los acreedores, desde entonces no podían hacerle condenar por sus deudas anteriores a la 'Bonorum Venditio' nada más que en límite de sus facultades, y este beneficio de competencia no estaba limitado al plazo de un año, sino concedido en cualquier época que tuvieses lugar la persecución (Ulpiano, L. 4, de ces. Bon., XLIII, 3; 1, 40, de adt., IV, 6).

La 'Bonorum Venditio' desaparece cuando deja de estar vigente el procedimiento formulario y con ella la adquisición universal que resultaba.

Está es remplazada por la 'Distractio Bonorum'...' ³

La Distractio Bonorum sustituyó a la Bonorum Venditio en la época de Dioclesiano. Con esta figura, la venta se hizo en detalle ya no en forma global como en la sustituida.

En este caso siempre intervino una persona denominada 'Curator' que era nombrada por el pretor y que procedía a la venta estando facultada para ejercitar los derechos litigiosos del deudor.

"...El deudor siempre fue desposeído de todo su patrimonio y el beneficio obtenido por el mandatario común -él Curator- se atribuía a los acreedores..." ⁴

Mediante las figuras que tienen su origen en el Derecho romano figuras, el Derecho Concursal comenzó a rodearse de procedimientos que contenían principios de carácter legal que trataban de ser adecuados para garantizar la igualdad y justicia entre los acreedores, así como la seguridad en beneficio del patrimonio del deudor para privar a este de la posesión de sus bienes y efectuar la normal liquidación de su patrimonio, con la intervención de magistrados especiales.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, coincido con el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, al apuntar que las características del procedimiento de Quiebras en el Derecho romano, pueden reducirse a tres:

- 1.- No hay concurso de acreedores, en virtud de no existir propiamente un sistema que regulara el Derecho de Quiebras.*
- 2.- No hay concepto de insolvencia sino de enajenación.*
- 3.- Predominio de la autoridad privada como motora y directora del procedimiento... ⁵*

³ PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de derecho Romano*. Traducción del francés de: FERNANDEZ. González José. 9ª. Edición, México 1963. Edt. Nacional, S. De R.L. Pp. 717. Págs. 609,610.

⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IA, Pág. 229. Voz de Servio Tulio Ruiz.

Una vez expuestos los orígenes del Derecho Concursal en el Derecho romano, se impone realizar una opinión personal es cuanto a las figuras y procesos que considero impidieron la conformación de un verdadero Derecho Concursal en Roma, así como las que pudieran tener semejanza alguna con la nuestra Ley de Concursos Mercantiles.

- En Roma no se diferenciaba la cantidad de los acreedores que pudiesen conducir al deudor ante el juez para que lo constrañera a pagar en procedimiento de ejecución, el mismo derecho tenía un acreedor dos o más acreedores de disponer de la totalidad de los bienes o de la vida del deudor.
- El deudor no podía hacer valer excepción alguna en contra del cumplimiento de la obligación, durante la ejecución.
- Los acreedores tenían derecho de matar al deudor y distribuirse su cuerpo en la porción que a su crédito correspondiese o bien hacerlo esclavo en el extranjero.
- En ningún momento se contemplaban medios para la rehabilitación del deudor.

De los procedimientos de ejecución romana ya mencionados, es con el ejercicio de la "*Actio Judicati*" en donde existía una representación de los acreedores, denominada "*Sindicus*", el cual tenía una función especial dentro del procedimiento y era el de buscar una persona determinada para que comprara todo el patrimonio del deudor y de este modo ofrecer a los acreedores el pago de cierto porcentaje de sus créditos, es decir que con el dinero que esta tercera persona aportaba por haber comprado el patrimonio del quebrado, el "*Sindicus*" con la función de representación que le otorgaba la "*Actio Judicati*" podía pagar a los acreedores determinado porcentaje de sus respectivos créditos.

En la "*Missio in Possessionem Bonorum*", el "*Magister Curator*", que era la persona nombrada por los acreedores que se encargaría de vender el patrimonio del deudor. La función que tenía en favor de los acreedores consistía en que una vez que vendía todo el patrimonio del deudor, el "*Magister*" se convertía en sucesor del deudor y tenía la obligación de pagar los adeudos dentro de la mayor igualdad.

De lo anterior se desprende que con los procedimientos de la "*Actio Judicati*" y la "*Missio in Possessionem Bonorum*" es en donde encontramos figuras como el "*Sindicus*" y el "*Magister Curator*", respectivamente, quienes, según hemos analizado, tenían cierta facultad de representación para los acreedores,

Si bien es cierto, no se puede afirmar que las anteriores figuras se constituyan como el antecedente más remoto de la figura denominada intervención en Ley de Concursos Mercantiles, también es cierto que podrían ser equiparables, pero definitivamente no reúnen los requisitos ni las facultades de la figura del interventor como se conoce en nuestra legislación, por lo que solo podría compararse como antecedente de la actual figura.

⁵ RODRIGUEZ, Rodríguez. Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Edt. Porrúa Hermanos, S.A. 18ª. Edición, México 1994. Pp.441. Pág. 290.

I.2- DERECHO GERMANICO

En relación al Derecho germánico, el maestro Raúl Cervantes Ahumada, comenta: *"...A la caída del imperio romano de Occidente, los pueblos germánicos se apoderaron del mundo Occidental. En el Mediterráneo se adoptan nuevas costumbres y a la vez esto da origen a la formación y creación de un Derecho nuevo, mismo que paulatinamente se va plasmando en documentos (documentos escritos), aquí los comerciantes crean sus propios tribunales en los que para dirimir las controversias que entre ellos se suscitaban aplicaban la costumbre mercantil, a través de cuya sentencia dictada se transformaba automáticamente en Derecho positivo..."*⁶

No obstante la invasión bárbara, la aplicación del Derecho romano continuó vigente para aquellos romanos poseedores del *"Status Civitatis"* (ciudadanos), esto en virtud de un sistema propio de los pueblos bárbaros basado en la personalidad de las leyes, es decir que cada uno de los pueblos conquistados por los germanos conservó la legislación y organización judicial propia, aplicando también procedimientos tomados del Derecho romano, como por ejemplo la *"Bonorum Distractio"*. Las instituciones bárbaras infiltraron al Derecho romano, esto habida cuenta que dichos pueblos conocían desde sus orígenes la ejecución patrimonial, aunado a la larga convivencia de ambas culturas.

En efecto, en el antiguo Derecho bárbaro se contemplaba la llamada ejecución patrimonial en forma de pignoración sobre objetos muebles del deudor ya que por el contrario los inmuebles no garantizaban las obligaciones que el deudor tenía para con su acreedor, en razón de ser considerados como objetos de copropiedad familiar, en relación con lo expuesto, el autor Hugo Rocco, afirma que: *"...la idea de prenda era inseparable de la idea de obligación..."*⁷

Diversos autores coinciden en señalar que dentro de las Leyes germánicas se encontraba una forma de ejecución personal para el deudor insolvente muy rígorosa y en ocasiones despiadada, se apartaron los ordenamientos bárbaros de la forma benigna de actuar que el Derecho romano concedía en su última fase a los deudores y se volvió a las penas personales, debido a la consideración que se hacía en razón de que a todo deudor se le consideraba un defraudador, sin embargo, esta situación fue cambiando con el tiempo, desde el momento en que la autoridad toma las riendas de la ejecución, y procede una vez que el magistrado da la orden para la captura del deudor.

Aquí el secuestro de los bienes era usado como medida precautoria, y si el deudor persistía en mantenerse en dicha situación, se procedía como siguiente paso a la ejecución de tipo colectiva, vendiéndose de esta manera los bienes que formaran parte del activo patrimonial del deudor-*"fugitivus"* para cubrir las deudas contraídas y desde luego haciéndolo en proporción a los créditos de sus acreedores. Aquí se denomina al deudor insolventes *"Fugitivus"* aunque en realidad no se hubiere fugado, el tratadista Humberto Navarrini, sostiene: *"...El derecho concursal es dentro del derecho germánico, un procedimiento colectivo de ejecución encaminado a mantener la igualdad entre los acreedores ante la insolvencia de un deudor común..."*⁸

⁶ CERVANTES, Ahumada Raúl. *Op. Cit.* Pág. 23.

⁷ ROCCO, Ugo. *"La Naturaleza del Proceso de Quiebra"*. Edt. TEMIS, Bogotá - Colombia 1994. 157 Pp. Pág. 19.

⁸ RAMÍREZ, José A. *La Quiebra*. Tomo I. 2ª. Edición. Edt Bosch, Barcelona 1998. 807 Pp. pág. 60.

El procedimiento resultaba aplicable solo para aquellos deudores que tuviesen solvencia, de lo contrario la ejecución se volvía personal y se permitía imponer penas más graves al deudor, tales como la servidumbre e inclusive la muerte.

Cuando existe solvencia por parte del deudor, es aplicable el procedimiento individual a base de exclusión, en cambio cuando se trata de insolvencia económica se aplica el procedimiento colectivo a base de inclusión.

Con relación a las Leyes y Ordenanzas que constituyen los fundamentos para la constitución de lo que hoy se conoce como "Tipo germánico de procedimiento de Quiebras", se encuentra la Ordenanza Prusiana de 1855, misma que resulta innovadora puesto que es por primera vez se contempla la diferenciación entre los procedimientos aplicables a comerciantes y a los no comerciantes, ésta ordenanza es precedente a la Ley Germánica conocida "*Konkursordnung*", la cual fue decretada en Febrero de 1877, publicándose en Mayo de 1898, donde se establece que en realidad el procedimiento sigue siendo único respecto a las causas que lo motivan y las diferencias se establecen solamente en el orden penal, siendo más severa con los comerciantes fallidos que con los no comerciantes que se encontraran en la misma situación.

Se agrega como característico de este modelo la Ordenanza Austríaca de Diciembre de 1868 que distingue dos procedimientos: el de concurso ordinario y el de concurso comercial. Figura también la posterior legislación de 1884 sobre la revocación de los actos realizados en perjuicio de los acreedores por parte del fallido.

Aquí puedo anotar como conclusión que en el Derecho germánico existió un descontrol en el aspecto jurídico debido a que con la caída del imperio romano, el proceso de gestación de legislatura en materia de Quiebras que seguramente se había iniciado en los pueblos conquistados por los germanos, se vio repentinamente interrumpido y, en los más de los casos, roto.

Por lo que hace al Derecho Concursal, señalé que la Quiebra, como figura del Derecho alemán, es un procedimiento de ejecución colectivo, cuyo objeto principal es mantener la igualdad de los acreedores. Estos acreedores actuaban muchas veces de manera individual, volviendo a la forma de ejecución romana de penas de carácter personal.

I.3- DERECHO FRANCES

"El tratadista Humberto Navarrini, sostiene que: "*...La legislatura francesa data del año de 1536 y es conocida como la Ordenanza de Francisco I...*", misma que tenía un carácter meramente penal, al igual que sucedió con las subsecuentes Leyes y Ordenanzas que se dictaron hasta la época de Luis III (1630)."⁹

Ya en la Ordenanza de 1560, como el Código de Luis XIII y el Edicto de 1609 de Enrique IV, se establece la pena de muerte para los quebrados fraudulentos, pero es en realidad el Reglamento de la Casa de Cambios de Lyon, dictado hacia el año de 1567 y basado en disposiciones del Derecho romano, que abordan más concretamente casos que tuviesen lugar en los procedimientos Concursales, por ejemplo, el citado reglamento establece en primer lugar el curso de acreedores por insolvencia del deudor asegurando

⁹ Cfr. RAMIREZ, José A. *Op. Cit.* Pág.62

la igualdad del trato para aquellos y declarando nulas las acciones llevadas a cabo por el deudor durante el período sospechoso.

La Ordenanza sobre el Comercio, dictada por Luis XIV en el año de 1673, resulta más detallada y compleja que todas las anteriores, sin dejar de contener una gran influencia del Derecho romano en el sentido del establecimiento de una normatividad para el quebrado, a fin de que realice balances o inventarios de su activo patrimonial y su pasivo. En esta Ordenanza se contienen disposiciones encaminadas a establecer el momento de la Quiebra y las causas que la originaron, de igual forma que se otorga a la mayoría de los acreedores la facultad de vincular a la minoría a sus deliberaciones. Al respecto señala el Maestro Raúl Cervantes Ahumada: *"...En esta Ordenanza se mantiene vigente la pena de muerte para el quebrado, en la realidad parece que nunca se ejecutó..."*¹⁰

El Código de 1807 completó esta Ordenanza, que se sostuvo y se complementó con Instituciones de origen italiano como son: la retroactividad de la Quiebra, intervención y funciones de los acreedores, normas sobre la verificación de los créditos; privación del quebrado de la posesión de sus bienes, principios sobre la presunción de fraude, etc. Es de hacer notar que en este Código como las Ordenanzas anteriores no establecían distinción entre el tratamiento de la insolvencia del comerciante y la del no comerciante.

El *"Code de Commerce de 1807"* es considerado como el primer ordenamiento, en materia concursal, de trascendencia casi universal y resultó ser modelo a seguir por la mayoría de los códigos posteriores, tanto europeos como americanos.

A partir de la distinción que en el citado Código se hace entre la Quiebra de comerciantes y de no comerciantes, es que se establecieron diferentes tipos de legislación Concursal, esto de acuerdo a como se aplicara la legislación, aquellas que distinguían entre comerciantes y no comerciantes o a procedimientos que no establecían diferencia entre ambos.

La Doctrina coincide en diferenciar tres tipos de legislación al respecto:

1. Legislación que aplica el procedimiento Concursal en empresas mercantiles y donde por ende, solo existe el concurso de acreedores como Institución puramente mercantil, aplicable solamente a los comerciantes. Este sistema es también conocido como "Tipo francés", por ser este el inspirador, como ha quedado señalado con antelación.
2. Las legislaciones que hacen distinción entre comerciantes y no comerciantes; se trata en realidad de dos ordenamientos de Quiebras paralelos; uno civil, aplicable a los no comerciantes y uno mercantil establecido para los comerciantes. Dentro de este tipo se tiene como precursor al Derecho español y donde se inserta nuestra legislación, como herencia de una formación española al respecto.
3. Las legislaciones que indistintamente aplican un procedimiento Concursal para comerciantes y no comerciantes. Tal es el caso del sistema o tipo germano anglosajón.

¹⁰ CERVANTES, Ahumada, Raúl. *Op. Cit.* Pág.26

Volviendo a las Leyes Concursales del Derecho francés, encuentro la ley de 1856 sobre el Convenio por Abandono del Activo y la Ley del 4 de marzo de 1889, posteriormente modificada por la Ley del 4 de abril de 1890, sobre liquidación judicial, esta Ley establece un procedimiento no difamante y menos costoso para el comerciante honesto y desgraciado. De igual manera cabe hacer mención sobre las Leyes de rehabilitación del quebrado dictadas el 30 de diciembre de 1903 y sus modificaciones sufridas el 31 de marzo de 1906 y el 23 de marzo de 1908, todo ello dentro del Código de Comercio de 1807, a que se ha hecho referencia.

El tratadista Humberto Navarrini, señala que dentro del Código de Comercio francés, la reivindicación de la Quiebra solo era admitida en los siguientes casos:

“...La renuncia a los efectos de comercio o de otros títulos no pagados todavía, que se encontrasen en especie, en la cartera del quebrado en la época de su quiebra, cuando estas reservas hubieran sido hechas por el propietario, como un simple mandato de cobro y de reservar su valor de disposición o cuando se hubiera hecho por su parte, con especial destino a pagos determinados.

Las mercancías entregadas al quebrado en tanto existan en especie, en todo o una parte, a título de depósito o para ser vendidas por cuenta del propietario al precio o la parte del precio de las mismas que no haya sido pagado ni liquidado, ni compensado en cuanto a entre el quebrado y el comprador.

Las mercancías expedidas al quebrado, en tanto no se haya efectuado la transición en los almacenes del quebrado o del comisionista encargado de venderlas por cuenta de aquel. No obstante, no podrá ser posible la reivindicación si antes de llegada las mercancías hubieran sido vendidas sin fraude, sobre facturas y conocimiento u otras cartas de porte, firmadas por el expedidor.

Podían ser retenidas por el vendedor las mercancías, vendidas por él, que no hubieran sido entregadas al quebrado, o que todavía no hubieren sido expedidas bien a papel, bien a un tercero por su cuenta...”¹¹

En el Código de Comercio francés, la reclamación debía dirigirse al síndico, quien, si no hay oposición, podía decidir la devolución de la cosa reivindicada con la simple aprobación del juez comisario. Pero si hubiere oposición, el síndico debería elevar el asunto al Tribunal de Comercio, que sería en última instancia quien tomaba la decisión.

Coincide la Doctrina en señalar que el sistema Concursal francés, es merecedor de una mención especial en virtud de haberse constituido como la fuente de inspiración de múltiples legislaciones latinas, inclusive también se debe hacer referencia a la legislación española. La Legislación Concursal francesa, tiene su fundamento en la cesación de pagos, haciendo de ésta la manifestación inmediata del estado de insolvencia.

¹¹ RAMIREZ, José A. Op. Cit. Pág.64

Bajo este orden de ideas, las dificultades para comprobar fehacientemente la existencia del estado de insolvencia, conllevan al reconocimiento determinante dentro del proceso Concursal al hecho material y externo de la cesación de pagos como un principio “*sine-quantum*” para la manifestación de la misma.

De lo antes expuesto, concluyo que el Derecho francés representa un avance significativo en la conformación de las instituciones de Derecho Concursal, sobre todo porque el fenómeno de la codificación encontró una ruta definitiva en la promulgación del Código Civil de 1804 y el de Comercio de 1807, distinguiendo la aplicación del Derecho Concursal y constituyendo, sobre todo, un presupuesto procesal primordial como lo es la cesación de pagos, aplicable también en nuestra actual legislación.

I.4- DERECHO ITALIANO

La ejecución Concursal ya más delineada encuentra sus antecedentes en la época medieval, principalmente en Italia, ya que aquí se mezclaron Instituciones romanas como las indicadas al inicio de este capítulo, con otra más del Derecho germánico y de manera más específica la consideración patrimonial de la obligación que priva sobre la persona (persona romana) a través del apoderamiento y la prenda.

Citando al autor Julio César Rivera al hablar sobre la evolución del Derecho Concursal Italiano: “...La moderna legislación italiana se inicia con el Código Sardo de 1842, llamado Código Albertino, el que tomó inspiración en la Ley francesa de 1838; este Código fue adoptado para todo el reino de Italia en 1865.

Mismo que fue sustituido por el Código de 1883 cuyo libro III se destinó a las quiebras, reservadas a los comerciantes que hubieran cesado en el pago de obligaciones comerciales. En 1903 se sanciona la ley del 24 de mayo que reglamenta las pequeñas quiebras y el concordato preventivo. Posteriores reformas se produjeron en 1925 y en 1930...”¹²

El Derecho italiano aportó innovaciones en el sistema de ejecución romana de la “*Cessio-Bonorum*” y de la “*Bonorum Distractio*” como son por ejemplo, la adopción del secuestro general de bienes o del patrimonio del deudor, del requerimiento hecho de oficio a los acreedores para que demandaran sus créditos en juicio dentro de un determinado plazo, aportando las respectivas pruebas, otra de ellas es el reconocimiento sumario de los créditos que se hacía por conducto del juez; el trato de favor y concesión de facilidades para la conclusión de convenio de mayorías, etc.

Se dice que Italia ocupó un lugar predominante en cuanto a legislación de Concursal y que dentro del Derecho estatutario la Quiebra alcanzó en ese tiempo su más alto grado de perfección y desarrollo, pero debe hacerse notar que el factor más importante, decisivo y fundamental para que la Quiebra se haya manifestado con más energía en Italia que en cualquier otra parte fue, sin duda, el aspecto económico.

¹² RIVERA, Julio César. Op. Cit. Pág. 48.

El auge y la preponderancia comercial que llegaron a adquirir las diferentes ciudades italianas por medio de las cruzadas fue el ambiente propicio y necesario para la gestación de un procedimiento como la Quiebra.

Dicho auge comercial llevó a un alto grado de desarrollo a la economía y al crédito, haciendo que la Institución de la quiebra adquiriera así de manifiesto las causas económicas de la insolvencia.

No obstante lo anterior, autores como Apodaca y Osuna, consideran que la Quiebra contenida en los estatutos italianos mantenía un carácter eminentemente privado y que la misma no surgió de las necesidades originadas en virtud del auge comercial de las ciudades italianas, sino la conjugación de las Instituciones jurídicas del Derecho común.

No obstante, es indiscutible que si en la reglamentación del procedimiento de Quiebra se echaba mano de los elementos jurídicos que estaban al alcance, las causas que dieron origen a la Institución de la Quiebra son de índole económica provocadas por las leyes del intercambio comercial.

Aparece también en el Derecho estatutario italiano el concepto de cesación de pagos, al mismo tiempo que el concepto de fuga. Lo anterior me da a entender que tanto la fuga, la ocultación, la falta de pago, la confesión del deudor, la notoriedad, etc., constituían ya en este Derecho auténticos hechos de Quiebra, pues son manifestaciones del estado patrimonial de insolvencia.

Desde la época medieval la naturaleza de la Quiebra en materia Concursal tiene un carácter francamente de tipo penal, siendo el Derecho estatutario de la Quiebra la resultante de dos tendencias distintas en materia de ejecución, la singular de los pueblos germanos y la colectiva de los romanos, ésta última se caracterizaba por el ejercicio de la coacción sobre la voluntad del deudor.

En este orden de ideas, puedo afirmar que el Derecho Concursal italiano tenía el carácter de sanción, puesto que consideraba más el aspecto personal, represivo y penal del procedimiento; descuidando las causas y medios de realización económicos de la misma.

Posteriormente y con el desenvolvimiento de la Quiebra como institución fueron atenuándose poco a poco las providencias de carácter riguroso del procedimiento pero sin desligarse de la naturaleza penal y ejecutiva del mismo.

Concluyo que sin duda el Derecho emanado de las comunas italianas fue el que tuvo una singular influencia en el desarrollo del Derecho Concursal en la Europa Medieval.

I.5- DERECHO ESPAÑOL

Es ampliamente reconocida la influencia alemana, italiana y principalmente francesa dentro del Derecho Concursal español, pero se pasa por alto el hecho fehaciente de que el moderno Derecho de Concursal encuentra sus bases en estatutos de ciudades comerciales italianas y en antiquísimos ordenamientos españoles que datan inclusive, del siglo XIII.

A partir de la influencia que tuvieron otros países en la Legislación española se desarrollaron reglas Concursales que proyectaron un avance en la materia, es el caso de la Ley de las VII Partidas del Rey Alfonso X "El Sabio", las cuales ponen fin a la influencia bárbara del Fuero Juzgo, también llamado *Lex Visigotorum* y del Fuero Juzgo Real, disposiciones que permitían el apoderamiento del cuerpo del deudor para ser sometido, por parte de sus acreedores, permitiéndose al deudor liberarse de sus deudas cediendo sus bienes a sus acreedores.

Mediante la aplicación de las leyes contenidas en las Partidas y por la intervención del "*Judgador*" se determina el carácter público del procedimiento, la amenaza de prisión para aquellos deudores que no pudiesen saldadas, así como la igualdad de que deben ser objeto los acreedores por parte del Juez- "*Judgador*".

La Ley de las VII partidas resultó trascendental de igual forma, al establecer la moratoria por acuerdo entre los acreedores y la quita, también concedida por mayoría, y se regulaba ya el convenio preventivo de la quiebra.

En la partida V, se trata sobre disposiciones relativas a los actos fraudulentos y su revocación, la graduación de los créditos, las formas de determinar las mayorías, la cesión voluntaria de bienes, la formación de la masa, concordato preventivo extrajudicial, de la retroacción, así como el principio de intervención judicial.

La Ley de las VII Partidas no hace distinción para la aplicación de sus leyes en cuanto a deudores comerciantes y no comerciantes, esto es decir que su aplicación era igual y sin distinción a todos los deudores, asimismo la regulación contenida en esta es más amplia que cualquiera otra legislación Concursal promulgada con anterioridad.

En el año de 1229, bajo el reinado de Jaime II, las Cortes de Barcelona otorgaron la primera que utilizó la palabra quiebra, refiriéndose a la quiebra de los banqueros o cambistas a los que se condenaba a no tener empleo alguno y a ser mantenidos a pan y agua hasta que pagasen sus deudas. Aunado a lo anterior, continúan fluyendo disposiciones legales provenientes de Cataluña, Castilla y luego de todo el país unido en un solo reino.

De estas disposiciones, se desprende la existencia de elementos que consideran a la quiebra del banquero más grave que a la que estaba sujeto el comerciante.

Para el año de 1321 y aún bajo el reinado de Jaime II, se ordenó que todo comerciante que quebrase se viera sometido a la vergüenza de su pregón como infame y fallido en los sitios en que hubiere dejado deudas.

En el año de 1493 tuvo lugar la celebración de las Nuevas Cortes de Barcelona, agregándose en ellas las disposiciones referentes a la pena de aquél que siendo fallido se encontrare fugitivo o ausente, no pudiendo ser indultado hasta que hubiese saldado todas sus deudas y satisfecho a todos sus acreedores.

Los llamados "*Reyes Católicos*", Don Fernando y Doña Isabel de Castilla mandaron tener por público ladrón a aquel que se ausentase con caudales ajenos y así, en *Pragmática* decretada el año de 1502, quedaron establecidos los procedimientos a realizarse contra ellos, así como la declaración de nulidad de los contratos realizados en perjuicio de sus acreedores.

A efecto de aclarar el párrafo anterior, podría definir a la *Pragmática* como aquella facultad que para legislar tenían los reyes en una monarquía absolutista, en este orden de ideas, las *Pragmáticas* venían a ser una especie de leyes, ordenanzas o decretos sobre asuntos públicos, emitidas por los monarcas.

Posteriormente, en tres Cortes sucesivas: Madrid en 1528, Segovia en 1532 y Valladolid en 1548, Carlos I señaló ordenanzas al particular, prohibiendo en ellas la excusa de la pena del delito a aquellos que gozasen del privilegio de hidalguía. Se trataba así de convertir en más justa y más específica la legislatura al respecto.

Por otra parte, Felipe II, en las Cortes de Córdoba y de Madrid, de 1570 y 1573 respectivamente, estableció la manera en que se tendría que proceder contra aquellos que quebraran, y mediante Pragmática del 18 de Julio de 1590, estableció que aquellos deudores que cedieran sus bienes y/o compromisos para remisión o espera de sus deudas, serían tomados en calidad de prisioneros hasta que los pleitos de sus acreedores terminaran.

En la Pragmática del 18 de Julio de 1590, llamada Nueva Recopilación aparece lo referente a la Quiebra de los funcionarios judiciales, a la repartición, administración y venta de los bienes del deudor y al reconocimiento y graduación de créditos. De esta Pragmática es notoria la Ley Séptima, Título 19, Libro V, en donde se establece que todo comerciante que celebre un compromiso con sus acreedores para la quita o espera de sus deudas o convoque a junta a acreedores, aunque no se fugue, será apresado hasta que los jueces resuelvan sobre litigios pendientes en todos los extremos y en todas las instancias.

Con la finalidad de moderar los rigores de esta ley, se da origen al convenio preventivo mismo que fue introducido en la práctica comercial española, mediante el cual el deudor hacia entrega de su patrimonio a la Justicia y presentaba una relación de sus adeudos, esto solo se tomaba a título de información sin que implicara una confesión sobre sus deudas, de esta manera resultaba improcedente apresarlos. Una vez que el Juez averiguaba las deudas que tenía el fallido y ya liquidado el patrimonio de éste, se pagaba a los acreedores y, por lo tanto, ya no se le podía encarcelar.

Comenta al respecto el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez: *"...La situación general en materia de quiebras a finales del siglo XVI y principios del siglo XVII se refleja en la famosa obra de Juan de Hevia Bolaños conocida como "Cunía Filípica", publicada en 1613 y que dedica los capítulos XI, XII y XIII a los fallidos, a la prelación de créditos y a la revocatoria, respectivamente..."*¹³

De Hevia y Bolaños, citado por el tratadista Joaquín Rodríguez Rodríguez, señala: *"...Los fallidos solo pueden ser los comerciantes: distingue las clases de quiebras; la nulidad de los convenios hechos por el quebrado después de la declaración formal de la quiebra; el desapoderamiento, los efectos de la quiebra sobre las obligaciones pendientes; la repercusión de la quiebra sobre el contrato de compañía, estableciendo, además, minuciosas reglas sobre el concepto, clases de prelación y sobre los diversos supuestos de la revocatoria..."*¹⁴

¹³ RODRÍGUEZ, Rodríguez. Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 259.

¹⁴ RODRÍGUEZ, Rodríguez. Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 291.

El maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, distingue dos grandes sistemas sobre los antecedentes del Derecho Concursal.

“...El italiano, liberal, caracterizado por la auto administración de la Quiebra por los acreedores, y el sistema español, oficial, caracterizado por la marcada intervención judicial en todas las etapas del procedimiento...”¹⁵

Es con este sistema, genuinamente español, con el que identificamos la obra del tratadista Salgado de Somoza y que se ha constituido en el más amplio y completo estudio sobre quiebras que se haya realizado hasta finales del siglo XIX y cuya influencia se extendió por toda Europa, tanto es así que muchos autores insisten en considerar al *“Labyrinthus Creditorum Concurrentium”*, publicado en 1665, como el primer tratado de Derecho de Quiebras. Inclusive se dice que nuestra abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, de 1942, en lo que tenía *“... de más meritorio está iluminada por el pensamiento de Salgado de Somoza...”¹⁶*

El Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez de conformidad con el orden que se sigue en la Ley de Quiebras española efectúa un breve análisis, para dar una idea sistemática y generalizada de esta trascendente obra, siendo el que a continuación se transcribe.

“...Del concepto y clases del juicio de Concurso de acreedores se ocupa la parte primera, Capítulo I, al igual que de los requisitos; de las características especiales del juicio del Concurso en la parte primera, Capítulo I, partes 3 y 4; de la competencia en la parte primera, Capítulo II; de la parte interregional en la parte cuarta, Capítulo XII, de las características de la Quiebra como juicio universal, en la parte primera, Capítulo III; de la diferencia de la cesión de bienes con la cesión de derechos, en la parte cuarta, Capítulo I.

De las materias que forman el título II de la Ley de Quiebras se ocupa; del juez, en diversos lugares, como puede verse en el índice de materias bajo la voz “Judex”, y en las diferentes remisiones que en la misma se hacen; del síndico estudia el nombramiento, la posición jurídica y retribución, en la parte primera, Capítulo XIII y de la revocación y renuncia en la parte primera, Capítulo XV; de la responsabilidad y derechos en la parte III, Capítulos XII, XIII y XIX.

Del principio mayoritario en la asamblea de acreedores, trata en la parte II, Capítulo II números 67 y siguientes y en la parte I, Capítulo XIII número 19. De la citación en la parte I, Capítulo I, número 27.

De las materias que se ocupa el Título III de la vigente Ley de Quiebras española trata: la acumulación, en la parte I, Capítulos IV, V, VI y VII; de la incapacitación procesal del quebrado, en la parte I, Capítulos XIII y XIV y en la parte IV del Capítulo I; de la disposición y de los actos de disposición posteriores a la misma, en la parte I, Capítulo XV; de los pagos hechos al deudor o por el deudor, en la parte I, Capítulo X y en la parte IV, Capítulo XII; de los efectos de la Quiebra sobre el mutuo, en la parte I, Capítulo XII; sobre el mandato, en la parte I, Capítulo XXVIII y en la parte II, Capítulo XX; sobre la compra-venta en la parte II, Capítulo XIII; de los acreedores solidarios y mancomunados en la parte I, Capítulos XVII, XVIII y XXIII; de la prescripción, en la parte I, Capítulo XI, de

¹⁵ RODRÍGUEZ, Rodríguez. Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 291.

¹⁶ CERVANTES, Ahumada Raúl. *Op. Cit.* Pág. 25.

la revocación Concursal, en la parte I, Capítulo XIX y en la parte III, Capítulo IV; de la retroacción, en la parte I, Capítulos XXX y XLII y en la parte II, Capítulo XX.

*Entre las operaciones de la Quiebra, trata: de la ocupación, en la parte I, Capítulo I, números 14 y 22; de la citación de los acreedores (citación individual y por edictos) en la parte I, Capítulo I, números 27 a 40 y número 60; de los acreedores morosos, en la parte I, Capítulo VIII y de los créditos contra la masa, en la parte III, Capítulo XI; de la graduación y prelación, en la parte I, Capítulo XVI, en la parte II, Capítulo XV y en la parte III, Capítulo I; de la moratoria y remoción y sus efectos, en la parte II, Capítulo XXX; de la subasta y adjudicación de bienes, en la parte III; de la posición del fisco, en la parte I, Capítulo V y en la parte IV, Capítulo II...*¹⁷

Cabe hacer notar que la obra de Salgado de Somoza es una influencia decisiva en el Derecho español, ya que el sistema de Quiebras que él exponía era el común en España y en la práctica española, por lo que a decir del Doctor Joaquín Rodríguez Rodríguez: *"...Antes de la obra de Salgado de Somoza no hay en el mundo una obra sistemática sobre el concurso, siendo Salgado de Somoza el primero que expuso esta materia sistemáticamente ordenada en todos sus detalles..."*¹⁸

Aunado a lo anterior, son de especial importancia sobre todo para nosotros las Ordenanzas de Bilbao, redactadas en el año de 1732 y sancionadas hasta 1737, dado que no solo constituyen la fuente de todo código posterior respecto del procedimiento de quiebras, sino que las mismas estuvieron vigentes en nuestro país hasta el año de 1854, cuando se promulgó el primer Código de Comercio del México independiente, también conocido como "Código de Lares" debido al nombre de su redactor, Teodocio Lares. Estas ordenanzas contemplan 36 artículos sobre la quiebra bajo el título de *"De los quebrados, fallidos, retrasos o alzados, sus clases y su modo de proceder en la Quiebra"*, conceptualizando a la Quiebra como una figura aplicable a los comerciantes que no querían o no podían dar cumplimiento a sus obligaciones pecuniarias.

El autor Julio César Rivera comenta al respecto: *"...Este cuerpo reflejó con gran exactitud las costumbres mercantiles, como que fue redactado por y para comerciantes, por lo que instituyó un procedimiento simple, expeditivo y económico, de tal modo que los jueces fueron legos y se impidió tajantemente la intervención de abogados..."*¹⁹

Del contenido de las citadas Ordenanzas se desprende que en lo relativo a las quiebras, distinguía la existencia de tres clases de Quebrados, Atrasados, Inculpables y Fraudulentos, los cuales se pueden definir bajo los siguientes términos:

Quebrados Atrasados, son aquellos comerciantes que teniendo bienes para pagar sus deudas, por descuido no lo hacían de manera puntual, en estos casos se les otorgaba una prórroga, y por esto no perdían el honor ni su crédito.

Los Quebrados Inculpables, los comerciantes que por falta de pago de sus deudores, caso fortuito o calamidad perdían sus bienes cayendo en estado de insolvencia y consecuentemente no podían dar cumplimiento sus obligaciones vencidas.

¹⁷ RODRÍGUEZ, Rodríguez. Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 292.

¹⁸ *Idem. Supra.* Pág. 293.

¹⁹ RIVERA, Julio César. *Op. Cit.* Pág. 39

Quebrados Fraudulentos o Alzados, los comerciantes que arriesgaban sus bienes de manera irresponsable, efectuando negociaciones ruinosas huyendo con sus bienes y que por el solo hecho de serlo, se les consideraba como ladrones, eran perseguidos para que una vez siendo presos eran castigados por sus delitos.

En las Ordenanzas de Bilbao se establecen las condiciones que deben cumplirse para que un comerciante sea declarado en quiebra y se señalan las normas para la ocupación, posterior al inventario hecho de los bienes del quebrado. *"...Se regulan las atribuciones de los órganos que participan de la Quiebra, como son los cónsules, los síndicos, e inclusive, las de la junta de acreedores..."*²⁰

De acuerdo con el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez: *"...se encuentran también en las Ordenanzas, numerosas disposiciones sobre los efectos de la Quiebra en relación con la persona del quebrado, sobre la responsabilidad penal, sobre las diversas relaciones jurídicas, así como los problemas relativos a la separación del a quiebra y revocación en los actos de fraude de acreedores y en lo relativo al reconocimiento de créditos..."*²¹

En virtud de su complejidad, lo más importante de las Ordenanzas de Bilbao pasó a formar parte del primer Código de Comercio español, editado al rededor del año de 1829, mismo que consagró a la materia de quiebras en todo el Libro IV, el cual se divide en doce títulos, que son los siguientes:

El Primero: trata del estado de la quiebra y sus diferentes especies, la insolvencia fortuita, la insolvencia culpable insolvencia fraudulenta y el alzamiento. El Segundo: trata justamente de la declaración de la quiebra. El Tercero trata acerca de los efectos y retroacción de la quiebra. El Cuarto: trata sobre las disposiciones referentes a la declaración de quiebra. El Quinto: sobre el nombramiento del síndico y de sus funciones. El Sexto: versa acerca de la administración de la quiebra. El Séptimo: data sobre el examen y reconocimiento de créditos en la quiebra. El Octavo: de la graduación y pago de los acreedores. El Noveno: sobre la calificación de la Quiebra. El Décimo: describe el convenio entre los acreedores. El Decimoprimer: la rehabilitación y el Título Decimosegundo que habla sobre la cesión de bienes.

Dentro de los antecedentes que sobre legislación Concursal podemos encontrar en España, se encuentra también la Nueva Recopilación, misma que se estaba ostensiblemente influenciada por el Derecho romano en el que la obligación se constituía en un verdadero vínculo personal, estando por así decirlo, el sujeto pasivo afecto al cumplimiento de la obligación contraída, consecuentemente el acreedor podía disponer de la libertad de su deudor y constreñirlo a trabajar en su provecho, ésta subyugación del deudor solo estaba limitada por el tiempo que el juez según su arbitrio determinara en la sentencia.

Posteriormente podemos mencionar también a la Novísima Recopilación, misma que clasificó a los deudores según su proceder en los actos que hayan ocasionado su insolvencia, es decir si ésta tuvo lugar de buena o mala fe, asimismo, contempla la inhabilitación de por vida del quebrado para volverse a dedicar al comercio. Este

²⁰ RODRÍGUEZ, Rodríguez Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 294

²¹ *Idem. Supra.*

ordenamiento contienen una noción clara de las controversias Concursales, noción de la cual careció la Nueva Recopilación.

En virtud de lo anteriormente expuesto, debo reconocer para España el mérito de tener legislación y doctrinas propias en materia Concursal, y aún más, que estas han sido fuente de inspiración y base para muchos otros países en esta materia.

A manera de corolario, me permito citar al autor Julio César Rivera en su opinión sobre el aporte del Derecho Concursal español: *"...Pero el mayor aporte de España estuvo en la obra del doctrinario Francisco Salgado de Somoza, quien en 1963 dio a luz el Labyrinthus Creditorum, primer tratado sistemático sobre la quiebra publicado en el mundo en el que, supliendo unas normas legales que no existían y disciplinando y dando estructura a lo que estaba disperso en tratados varios, se construye una doctrina completa del concurso en muchísimos de sus aspectos, por no decir en casi todos.*

A él se atribuye haber definido la idea de la intervención de la autoridad pública en los concursos; valorizó la importancia del convenio preventivo, por el que el deudor evitaba la prisión, y sostuvo la aplicación de las reglas de la quiebra a comerciantes y a no comerciantes, tesis que pasó a Alemania y subsistió en numerosos países. Justamente se afirma que esta obra ha tenido una influencia decisiva en el desarrollo del Derecho Concursal alemán...²²

I.6- DERECHO ESTATUTARIO

En virtud del florecimiento en el medievo de las ciudades italianas, tales como, Génova, Florencia, Briesca, Luca, Bolonia, Milán y Pisa, que desarrollaron de manera inusitada el comercio, por consecuencia la clase comerciante adquirió gran poderío económico y político, lo que dio pie al nacimiento de instituciones propias del Derecho Concursal, puesto que es en éstas ciudades donde, a consecuencia de las complicaciones que originó el tráfico mercantil, surgen las primeras regulaciones orgánicas dirigidas a los comerciantes, las cuales fueron denominadas con el nombre de "Estatutos".

La ardorosa actividad mercantil es regulada por los "Estatutos", mismos que contemplaron los primeros conceptos técnicos de la Quiebra o Concurso, tales como el periodo de sospecha, la cesación de pagos, secuestro judicial, desapoderamiento, desequilibrio patrimonial y aseguramiento colectivo y por primera vez los derechos de los acreedores fueron tutelados por el poder público.

Por lo anterior, se entrelazan los conceptos contemplados por el Derecho romano y el germánico, concibiéndose al incumplimiento motivado por la insolvencia como un presupuesto que da origen a la apertura del procedimiento en contra del deudor, en un principio la insolvencia del comerciante se conoció como "Decoxione" (cocción), debido a la comparación que se hacía de la manera en que se consumían los bienes del deudor con los alimentos puestos al fuego.

²² RIVERA, Julio César. *Op. Cit.* Pág. 38

Sin embargo y pese al surgimiento de conceptos valiosos para el Derecho Concursal, continuaban vigentes situaciones que buscaban a través de la ejecución colectiva, obligar al deudor al cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias, las penas seguían siendo extremadamente graves.

Inicialmente, las reglas Concursales no distinguían en cuanto a su aplicación de aquellos que eran comerciantes y de quienes no lo eran, aunque a través de su evolución éstas se fueron limitando a ser aplicadas solo a los primeros.

Por lo que respecta al procedimiento, continúa vigente el sistema diseñado por los pueblos bárbaros, basado en el secuestro de bienes, mismo que algunos autores, entre ellos el tratadista Ugo Rocco, consideran derivó en las instituciones de Derecho Concursal contenidas en las comunas itálicas dado que configuraba la idea básica de que el primero que se apoderaba de la prenda tenía preferencia sobre los acreedores restantes, otros autores como Maffia, consideran ésta tesis cuestionable toda vez que dicha idea está en las antípodas del concurso.

Como se mencionó con anterioridad, es en este periodo cuando surge el concepto de cesación de pagos, el autor Julio César Rivera sostiene: “...la palabra cesante fue usada por primera vez en el Costituto de Siena de 1262, y luego por otros...”²³

Por lo que hace a las sanciones de orden penal, estas continuaron existiendo desde el arresto, hasta la pena de muerte, pasando por la tortura y el permiso que concedía la ley a cualquier persona, para ofender al deudor y negarle por prohibición de la ley el otorgarle asilo y refugio.

A efecto de evitar sanciones tan rigurosas se dio origen al *Estatuto de Luca*, que contenía el denominado *concordato preventivo*, este era anterior a la quiebra y debía tener la aprobación de los acreedores, la cual se obtenía mediante su convocatoria. También se admitió el *concordato*, este se encontraba elaborado sobre los principios de igualdad y de mayoría, consecuentemente debía ser aprobado por mayorías que deberían ser reconocidas como de iguales para todos en cuanto a sus condiciones, se exceptuaba de participar en estos concordatos a los acreedores con privilegio y a los que sus créditos estuviesen garantizados con hipoteca.

Los estatutos tuvieron su origen y auge en Europa durante la Edad Media y de estos se desprenden instituciones de suma importancia para el Derecho Concursal entre las que se encuentra lo que hoy día es uno de los presupuestos procesales básicos en los Concursos, la cesación de pagos.

I.7- ANTECEDENTES DE LA LEGISLACION CONCURSAL EN MEXICO

Dado lo sencillo y rudimentario del comercio que se practicaba en el México precortesiano, basado en el trueque y que por su realización prácticamente instantánea, no facilitaban la posibilidad de crear obligaciones a futuro, consecuentemente durante ésta época no surgieron instituciones jurídicas relacionadas con el Derecho Concursal.

²³ RIVERA, Julio César. *Op. Cit.* Pág. 35.

Fue durante la época colonial que aparece el Derecho Concursal en nuestro país con la aplicación de los Estatutos de la Metrópoli, con las Leyes de las Indias, con los Decretos Pragmáticos y con las Cédulas Reales, ordenamientos que tuvieron vigencia en la Nueva España. La resolución y trámite de las controversias Concursales fue competencia de los denominados Consulados de Comercio, los cuales se encontraba conformados por Prior que cumplía las funciones de presidente y varios Cónsules que actuaban como jueces.

Es así que en el año de 1875, se establece el Consulado de Veracruz el cual surge a consecuencia de los Consulados de Burgos y Sevilla, toda vez que el Virreinato consideraba de igual manera súbditos a lo peninsulares que a los naturales del nuevo continente, las reglas, principios y conceptos relativos a la insolvencia de los comerciantes, se aplicaban indistintamente para todos, salvo las excepciones aplicadas a todos aquellos hombres que estaban considerados como objetos propiedad de su amo y que por consecuencia no podían ejercer el comercio por carecer de personalidad para tal efecto.

Posteriormente entraron en vigor las Ordenanzas de Bilbao, mismas que debido a su larga vigencia en nuestro país se convirtieron en el antecedente más próximo de las disposiciones en materia Concursal de los Códigos de Comercio mexicanos de 1854, 1884 y 1889.

Al respecto dice el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez: *“...En México, después de las ordenanzas del Bilbao, estuvieron vigentes los Códigos de Comercio de 1853 y 1854 y este último aún lo está, si bien parcialmente el de 1889...”*²⁴

Estos tres códigos dedican numerosas disposiciones al procedimiento de quiebra.

Durante el gobierno de Manuel González, se ordenó la revisión de la Legislación mercantil mexicana, arrojando como resultado de la misma que el 20 de abril de 1884 tuviera lugar la promulgación del segundo Código de Comercio de nuestro país.

En opinión del maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez: *“...El Código de 1854 es un Código de influencia española y francesa en el que aparece el concepto de los atrasados; se desconoce la previsión de la quiebra, la intervención judicial es mínima, la revocación se regula con extensión, se amplían las facultades concedidas a la administración de las quiebras...”*²⁵

En el Código de 1884 se aumenta la influencia española, se establece la perjudicialidad de la Quiebra, aparece el régimen de retroacción, se da la distinción entre el síndico provisional y el definitivo, y la presunción llamada *“Munciana”*. Este Código resulta menos riguroso en el trato al deudor habida cuenta que le permite continuar en el goce de sus derechos civiles, no obstante la declaración de quiebra que sobre el pesaba.

Asimismo, considero necesario mencionar que el citado ordenamiento contenía disposiciones de carácter dogmático en cuanto definir el concepto de quiebra ya que consideraba al estado de insolvencia como una consecuente quiebra del comerciante, la cual operaba solo bajo la condicionante de haber sido declarada.

²⁴ RODRÍGUEZ, Rodríguez Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 295

²⁵ RODRÍGUEZ, Rodríguez Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 295

Por otra parte, la administración y reparto de los bienes del Quebrado, quedaban al arbitrio de los acreedores, dado que ellos tenían la facultad de designar al síndico definitivo, convirtiéndose con ello al síndico en un mandatario de los acreedores, asimismo, la Ley en comento consideraba como equivalentes los conceptos de cesación de pagos y Suspensión de Pagos, tampoco distingula entre deudas civiles y mercantiles, el incumplimiento de cualesquiera de estas propiciaba la Quiebra.

En el año de 1889, siendo presidente Porfirio Díaz, fue promulgado el Código de Comercio vigente hasta nuestros días, en el cual las normas sobre quiebras van en dos libros distintos, de la misma manera que se había hecho con el Código de 1853. Se regula mejor el régimen de los bienes comprendidos por la masa; hay una más sistemática distribución de las materias; se establecen normas sobre revocación y apelación de acuerdos, pero en conjunto este código representa una muestra híbrida de Instituciones y Reglamentaciones francesas y españolas, sus disposiciones son inconexas anticuadas e incompletas y prácticamente olvidan la protección del interés público.

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, la materia Concursal estaba regulada por el Código de Comercio y por la ley de Instituciones de Crédito, principalmente, encontrándose disposiciones aisladas en la Ley de Instituciones de Seguros, en el Código Civil del Distrito Federal y en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos derogó todas o casi todas estas disposiciones, siendo aplicables actualmente una mínima parte de ellas.

Según el criterio de diversos autores, las fuentes del Derecho Concursal en México son exclusivamente legales y la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos constituyó un 99% de las disposiciones aplicables.

El autor Miguel Ángel Hartasánchez comenta al respecto lo siguiente: *"...La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos del 31 de diciembre de 1942, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de abril de 1943, representa la piedra angular del derecho Concursal mexicano redactada sobre una base jurídica propia, mexicana, por el tratadista español Joaquín Rodríguez Rodríguez, utilizando cimientos de influencia española, específicamente del Código de Comercio mexicano de 1887 similar al español y a la Ley Española de Suspensión de Pagos..."*²⁶

La Ley de Quiebras del 31 de diciembre de 1942 es un producto complejo, ya que sus materiales proceden del Código de Comercio derogado, de la Jurisprudencia mexicana, del Derecho español y del Derecho italiano, fundamentalmente, así como también aunque en menor proporción, de la Ley Concursal alemana y de las disposiciones brasileñas sobre Quiebras.

Comenta el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez: *"...La Ley fue preparada como anteproyecto de 1941 y que fue objeto de diferentes estudios así como de una amplia información pública. Las observaciones que se recogieron fueron introducidas en el texto de la ley que apareció en la fecha indicada.*

²⁶ HARTASANCHEZ, Noguera Miguel Angel. La Suspensión de Pagos. 2ª. Edición. Edt. Porrúa México 1998. Pp.271 Pág.53

La orientación general de este documento legal se deduce de la propia exposición de motivos, en la que se establece que el proyecto recoge la más moderna corriente de origen español, al considerar a la quiebra como un asunto de interés social y público, de acuerdo con las directrices trazadas por Salgado de Somoza...²⁷

A continuación me permito transcribir la exposición de motivos de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos en la parte conducente a la quiebra como asunto de interés público:

Exposición de Motivos: "...La empresa representa un valor objetivo de organización. En su mantenimiento están interesados el titular de la misma como creador y organizador, el personal en su más amplio sentido, cuyo trabajo incorporado a la empresa la dota de un especial valor, y el Estado como tutor de lo intereses generales. La conservación de la empresa es norma directiva fundamental en el proyecto, para ello se dan toda clase de facilidades para evitar la declaración de quiebra (procedimiento de la suspensión de pagos y del convenio preventivo), y una vez declarada ésta se procura legalmente hacer posible la conclusión de un convenio, que ponga fin a la quiebra con el mantenimiento de la empresa, y si ello fuera imposible, y tuviera que llegarse a la liquidación de bienes para pagar a los acreedores la ley concede de preferencia y obliga dentro de ciertos límites a la enajenación de la empresa como conjunto económico de bienes cuya separación se considera perjudicial a la comunidad y en cuyo mantenimiento coinciden intereses superiores a los del empresario y a los de los acreedores...²⁸

El autor Miguel Ángel Hartasánchez comenta al respecto que: *"...En nuestro Derecho Concursal los institutos que regulan la crisis y sus solución, no son asunto de interés privado sino de interés social y público, Los institutos Concursales, el liquidatorio o quiebra y el conservatorio o Suspensión de pagos, no están regulados en beneficio único de los acreedores para que puedan orientar la empresa, administrarla y dirigirla bajo su control. El interesado en la conservación de la empresa mercantil es el Estado, en cuanto titular de los intereses colectivos, que ordena la administración de la misma con exclusión de los acreedores. El concurso no es un fenómeno económico que interesa únicamente a los acreedores sino es una manifestación económica-jurídica en la que el Estado tiene un interés preponderante...²⁹*

Las constantes crisis económicas del país, las devaluaciones de nuestra moneda y las desproporcionadas tasas de interés fijadas por el Sistema Financiero Mexicano, dieron origen a un auge y abuso de la ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, surgiendo a la luz pública los abusos de los comerciantes cometidos al amparo del ordenamiento legal antes citado, ya que se abrían procedimientos Concursales que duraban hasta diez años y donde en más de una ocasión los acreedores se quedaban con las manos vacías y no recuperaban el importe de sus créditos, en el mejor de los casos recuperaban solo parte de la suerte principal, consecuentemente las instituciones financieras comenzaron a presionar al gobierno del entonces presidente Ernesto Zedillo Ponce de León para que se hicieran modificaciones a la Ley de 1943 o inclusive se creara una nueva ley.

²⁷ RODRÍGUEZ, Rodríguez Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 296

²⁸ RODRÍGUEZ, Rodríguez Joaquín. *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*. 14ª. Edición Ed. Porrúa México 1997. Pp432. Pág. 15

²⁹ HARTASANCHEZ, Noguera Miguel Angel. *Op. Cit.* Pág. 53

Fue así que en septiembre de 1999, el Partido Revolucionario Institucional (PRI) por conducto del Senador Salvador Rocha Díaz, dio a conocer el anteproyecto de la Ley de Concursos Mercantiles, que abrogaría en su totalidad a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Dicho anteproyecto fue modificado por el grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática (PRD), con lo que se logró el 7 de diciembre del mismo año, se aceptara por parte del Senado de la República el citado proyecto con una votación de 78 a favor y 23 en contra.

Por otra parte, el proyecto de la Ley de Concursos Mercantiles fue discutido y aprobado en lo general, el día 17 de abril del año 2000, estando presentes en el Salón de sesiones de la Cámara de Diputados:

Jorge Silva Morales, Angel de la Rosa Blancas, Carlos Heredia Zubieta, María de los Dolores Padierna Luna, José Luis Sánchez Campos, Guillermo Barnés García, Miguel Angel Quirós Pérez, Augusto R. Carrión Alvarez, Celso Fuentes Ramírez, Fidel Herrera Beltrán, Gonzalo Morgado Huesca, Ernesto A. Millán Escalante, Francisco Javier Morales Aceves, Omar Alvarez Arronte, Alfredo Phillips Olmedo, Efrén Enríquez Ordóñez, José Antonio Estefan Garfías, Santiago Gustavo Pedro Cortés, Dionisio A. Meade y García de León, Fortunato Alvarez Enríquez, Alfonso Ramírez Cuéllar, Raúl Martínez Almazán, Verónica Velasco Rodríguez, Alberto González Domene, Fauzi Hamdan Amad, Ramón M. Nava González, Felipe de Jesús Rangel Vargas, Roberto Ramírez Villarreal, Rogelio Guadalupe Mancillas Bartolussi y Ricardo García Sainz.

A continuación me permito transcribir parte de la discusión del dictamen con proyecto de Ley de Concursos Mercantiles y de reformas al artículo 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicado en el Diario de Debates de la H. Cámara de Diputados el día 25 de abril del año 2000, durante el segundo periodo de sesiones ordinarias:

LEY DE CONCURSOS MERCANTILES **El Vicepresidente:**

"...El siguiente punto del orden del día, es la discusión del dictamen con proyecto de Ley de Concursos Mercantiles y de reformas al artículo 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

En virtud de que se encuentra publicado en la Gaceta Parlamentaria del 19 de abril, se va a someter a discusión y votación de inmediato.

Escudo Nacional de los Estados Unidos Mexicanos.- Poder Legislativo Federal.- Cámara de Diputados.- Comisión de Hacienda y de Crédito Público.

Honorable Asamblea: el pasado día 9 de diciembre de 1999, fue turnada a la Comisión de Hacienda y Crédito Público, la minuta con proyecto de Ley de Concursos Mercantiles y decreto que reforma el artículo 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, por parte de la honorable Cámara de Senadores.

A partir de los trabajos previos de esta Cámara de Diputados, así como del estudio de la minuta y de diversas reuniones de trabajo con representantes de los sectores afectados y servidores públicos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 39, 44 y 45 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 87 y 88 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, a continuación se presenta a consideración de esta honorable Asamblea el siguiente dictamen:

Descripción de la minuta

Los diputados integrantes de esta Comisión de Hacienda y Crédito Público conocimos y analizamos desde el pasado mes de diciembre la minuta con proyecto de decreto de Ley de Concursos Mercantiles y decreto que reforma el artículo 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

En tal sentido, esta comisión dictaminadora coincide con su colegisladora en la ingente necesidad de contar con una nueva legislación en materia concursal, dado que nuestro actual marco jurídico se ha visto rebasado por la realidad, lo que en la práctica ha redundado en múltiples problemas, en detrimento del comerciante que obra de buena fe y que se ve imposibilitado a dar cumplimiento general a sus obligaciones de pago.

También coincide en que la materia concursal es un tema de interés público, pues las circunstancias que llevan a los problemas económicos y financieros de un empresario no sólo afectan a su propia empresa, sino también a todos aquellos que tienen una relación con ésta, como son los proveedores de materias primas y servicios, empleados y acreedores. Además, la ejecución desordenada de las acciones procesales actuales atenta contra el valor social de las empresas viables, generadoras de empleos productivos y de riqueza para la sociedad y contra los propios derechos del comerciante y sus acreedores.

Igualmente, esta comisión dictaminadora estima acertada la necesidad de inducir el flujo de información relevante, que permita a los interesados participar constructivamente, respetar en lo posible las relaciones contractuales preexistentes, equilibrar los intereses del deudor y sus acreedores para adecuar sus incentivos y facilitar un arreglo voluntario entre ellos. Ello, sin duda, propiciará soluciones extrajudiciales y prevendrá los litigios poco transparentes y dilatorios.

Resulta acertado el criterio objetivo que se propone para determinar si un comerciante se ubica en el supuesto de incumplimiento generalizado de pagos, pues ello representa una alternativa práctica de solución para el comerciante que no tenga activos líquidos para hacer frente a sus obligaciones o cuando incumpla en el pago de dos o más que, conjuntamente, representen un porcentaje significativo del monto total de sus obligaciones.

De igual modo, la que dictamina considera trascendente el proceso de visita que se practicará al comerciante que presente una solicitud de declaración de Concurso Mercantil o cuando sea demandado por sus acreedores, pues además de verificar la procedencia de la declaración de Concurso Mercantil, tendrá por objeto recomendar la conveniencia de dictar medidas cautelares para la protección de la empresa y de los intereses de los acreedores.

Contar con un procedimiento concursal que conste de dos etapas sin duda ofrecerá en la práctica grandes beneficios, puesto que no sólo se incluye un espacio jurídico que sustituye con gran ventaja a la actual suspensión de pagos, sino que además ofrece la facilidad, a través de un convenio, de lograr una amigable composición.

La que dictamina estima de importancia la incorporación que se hace de la figura del conciliador, quien fungiría como amigable componedor entre el comerciante y sus acreedores, con lo cual, no se restringen las posibilidades de solución en el convenio ni será necesario que los acreedores requieran congregarse físicamente a votar el convenio ni cualquier otro aspecto en el que deban expresar su voluntad.

En el mismo sentido, se coincide con la legisladora en la propuesta para que, en el caso de un convenio entre el comerciante y sus acreedores, las autoridades fiscales cancelen multas y accesorios que los créditos fiscales hubieren causado durante el periodo de conciliación; ampliándose las posibilidades de que pueda alcanzarse un convenio.

Cabe señalar que la eliminación de la junta de acreedores, el mejor reconocimiento de créditos y la actualización expedita del valor de las obligaciones, no sólo reducen las posibilidades para que los deudores tomen ventajas injustificadas, sino que propician la equidad en el trato de los acreedores.

Por lo anterior, se considera acertada la propuesta de regla general, de que durante la etapa de conciliación el deudor goce del beneficio de mantener la administración de su empresa.

Esta comisión dictaminadora considera importante el que se abran las posibilidades de sustitución del conciliador o del síndico, dando a una mayoría calificada de los acreedores reconocidos y al comerciante la posibilidad de elegir a la persona física o moral que deseen, pudiendo ésta no figurar en los registros del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.

Asimismo, estima que la propuesta de crear un órgano que brinde apoyo a los procesos concursales y que a la par, tenga la responsabilidad de actualizar y profesionalizar los servicios de quienes realizan las funciones en tales procesos, se constituye en una herramienta muy útil para regular con mayor agilidad y transparencia los Concursos Mercantiles. Así, el mencionado instituto contará con el apoyo de especialistas visitantes, conciliadores y síndicos, quienes ofrecerán mayor certidumbre jurídica para las partes.

La que dictamina considera atinado el que se señale la competencia exclusiva de los tribunales federales para conocer del Concurso Mercantil de los comerciantes, con la consideración de que constituye un fenómeno económico que por su naturaleza universal interesa preponderantemente al Estado.

Cabe destacar que la iniciativa reconoce el carácter social de los créditos a favor de la clase trabajadora, en plena congruencia con la preponderancia de la legislación específica en materia laboral, por lo que contempla una ampliación a dos años de los privilegios a éstos.

En este mismo sentido, considera pertinente que la propuesta de ley mencione una regulación a los concursos especiales, pues con ello se atiende la importancia de contar

con un procedimiento específico para el caso de instituciones de crédito y se da plena congruencia con otras reformas recientes a las leyes que regulan el sistema financiero.

Esta Comisión de Hacienda y Crédito Público considera acertada la incorporación propuesta por su legisladora, de un capítulo a la propuesta de ley, con respecto a la regulación de los procedimientos de cooperación internacional en materia de concursos, con lo cual nuestro país se coloca a la vanguardia de las naciones que están modernizando sus sistemas legales para adecuarse a su inserción en los flujos comerciales y financieros a nivel mundial.

Finalmente, se coincide en que la ley propuesta resulta adecuada para atender los males sociales, derivados del incumplimiento generalizado de pagos, atendiendo las nuevas necesidades reales que se presentan, ello, para acrecentar el ahorro interno y que éste fluya a los proyectos de inversión productiva, contribuyendo al desarrollo económico y social del país, por sus efectos sobre la eficacia de nuestro sistema productivo para asignar eficientemente sus recursos, entre ellos la creación de empleos mejor remunerados..."

Es así que mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha 12 de mayo del año 2000, se dio a conocer la Ley de Concursos Mercantiles, la cual abrogaba a la ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943.

Mediante la promulgación de la Ley de Concursos Mercantiles, se busca , en teoría, hacer más rápidos y menos complicados los procesos Concursales, esto queda demostrado según la exposición de motivos realizada por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, de la cual me permito transcribir los siguiente:

"...Para impulsar un crecimiento económico sano y sostenido, que ofrezca oportunidades de desarrollo a toda la población, una condición necesaria es la de contar con un marco jurídico apropiado que tome en cuenta la modernización del aparato productivo y, a la vez, ofrezca certidumbre y predecibilidad en la solución de conflictos entre particulares.

Concretamente, la capacidad de las empresas para adaptarse a nuevas circunstancias, invertir en proyectos rentables y participar en mercados cada vez más competitivos, depende de su habilidad para atraer recursos financieros. Por su parte, la oferta de dichos recursos depende de la confianza tanto en la utilización de dichos recursos como de su recuperación.

Con relación a la capacidad de las empresas para adaptarse a un entorno dinámico, es importante que éstas puedan entrar y salir del mercado de manera ágil y ordenada. Para que se cumpla esta última, sin embargo, existen problemas cuando una empresa se ha visto imposibilitada a dar cumplimiento a sus obligaciones líquidas frente a una pluralidad de acreedores. Puede darse la situación de que el cobro a través de la acción individual por parte de sus acreedores resulte en un detrimento del valor total de la empresa. En este caso la acción individual también puede afectar la prelación que existía entre los acreedores, resultando en inequidades.

En este contexto, la legislación concursal desempeña un papel estratégico. Ella atiende a estos problemas estableciendo un procedimiento colectivo que permite la satisfacción

ordenada de los derechos de los distintos agentes económicos que participan en el proceso productivo a la vez que se procura maximizar el valor social de la empresa.

Para que la legislación concursal resulte eficaz, es necesario que se caracterice por ser predecible, equitativa y transparente. La predecibilidad se consigue estableciendo reglas claras y precisas que permitan su aplicación de manera consistente y, por lo tanto, ofrezcan certeza y desincentiven los litigios. La equidad, por su parte, no se alcanza dando un trato igual a los distintos acreedores, sino reconociendo las diferencias y, sobre todo, evitando el fraude y el favoritismo. Por último, la transparencia obliga a proveer de información suficiente a los diferentes participantes para que todos puedan ejercer sus derechos, y obliga también a que los procedimientos judiciales sean abiertos y que las decisiones se fundamenten y se hagan del conocimiento del público.

*Las características anteriores permiten establecer los incentivos apropiados para que acreedores y deudores potenciales puedan tomar las mejores decisiones y éstas contribuyan a elevar la eficiencia del sistema productivo; esto es lo que se denomina "eficiencia ex-ante". Además, una vez que la empresa ha incurrido en incumplimiento generalizado de sus obligaciones, la ley debe contribuir a que las partes puedan alcanzar acuerdos privados con la menor participación del Estado o, si ello no es posible, se ejecuten expedita y ordenadamente los derechos, en las mejores condiciones posibles. Esto es lo que se denomina "eficiencia ex-post"...*³⁰

En la actual Ley se suprime la institución conservatoria de la Suspensión de Pagos y se conforma un procedimiento de dos etapas sucesivas denominadas Conciliación y Quiebra, la primera tiene por objeto según la Ley de Concursos Mercantiles, conservar la empresa mediante convenio entre los acreedores reconocidos y el comerciante, la segunda constituye la venta de la empresa, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para con el producto de la venta hacer pago a los acreedores reconocidos.

Entre sus objetivos esta el de tratar de salvar a las empresas evitando que incumplan con sus obligaciones a través de la celebración de un convenio con sus acreedores pero en caso de que no se llegue a acuerdo alguno regulará la Quiebra del comerciante.

Por otra parte, la Ley de Concursos Mercantiles establece que los procedimientos de Quiebra y Suspensión de Pagos iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, se sujetaran a al Ley de Quiebras y suspensión de Pagos de 1943. Dentro de los 5 años siguientes a la entrada en vigor de la Ley, los comerciantes que a esta fecha cuenten con un pasivo que computado con la suma del valor nominal de cada crédito a la fecha de su contratación, no excedan de su equivalente a quinientas mil Unidades de Inversión (UDIS), no se someterán a esta Ley salvo que lo acepten de manera voluntaria.

La Secretaria de Hacienda y Crédito Público justificó la aprobación del proyecto de Ley, bajo las siguientes consideraciones:

- Maximizar el valor social de la empresa;
- Inducir el flujo de información relevante que permita a los interesados participar constructivamente;

³⁰ Exposición de Motivos realizada al Proyecto de la Ley de Concursos Mercantiles por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público. Publicada el 28 de septiembre de 1999. En la página Web. Del organismo <http://www.shcp.gob.mx>.

- Respetar en lo posible las relaciones contractuales preexistentes;
- Alinear los incentivos para facilitar un arreglo voluntario entre los deudores y acreedores;
- Propiciar las soluciones extrajudiciales;
- Apoyar a los jueces en aspectos técnicos y administrativos del procedimiento, para que puedan enfocar sus esfuerzos a las tareas jurisdiccionales, y
- Simplificar los trámites judiciales y procedimientos administrativos para hacerlos más transparentes y expeditos, reduciendo oportunidades e incentivos para litigios frívolos.

Dentro de los aspectos más importantes de la relativamente nueva Ley de Concursos Mercantiles se encuentran los siguientes:

- La nueva Ley permite en teoría eliminar los principales problemas que, bajo la legislación de 1943, propiciaban abusos y alargaban innecesariamente los procesos.
- Se constituye de un solo proceso, el Concurso Mercantil, con dos etapas: conciliación y quiebra. Cuando una empresa cae en los supuestos de esta Ley, se abrirá un periodo de conciliación con el objeto de que el deudor y los acreedores puedan alcanzar un convenio que evite la quiebra de la empresa. Cuando no sea posible alcanzar un convenio, o bien éste se incumpla, se procederá a la segunda etapa, en la que un especialista realiza la enajenación de la empresa en las condiciones en que se logre el máximo valor posible, mediante un procedimiento transparente. Con el producto de la venta se pagan las obligaciones del deudor.
- Se fija un plazo terminante para el periodo de conciliación. Durante la etapa de conciliación se suspenden todas las ejecuciones y los pagos de créditos. Sin embargo, para evitar abusos e incentivar los arreglos entre las partes, el plazo tiene una duración estrictamente limitada (185 días y, en condiciones excepcionales podrá extenderse por 180 días más), al cabo de la cual automáticamente se procederá a la etapa de quiebra. En ningún caso el plazo de la etapa de conciliación y su prórroga podrá exceder de trescientos sesenta y cinco días naturales contados a partir de la fecha en que se hubiese realizado la última publicación de la sentencia de Concurso Mercantil en el Diario Oficial de la Federación.
- Se busca una mayor flexibilidad en las soluciones posibles. Se designa a un especialista con el mandato de procurar, con la mayor flexibilidad posible, un arreglo voluntario entre el deudor y sus acreedores. La ley no restringe las posibilidades de solución en el convenio, siempre que se respeten los derechos de las minorías disidentes. Los acreedores no requieren congregarse físicamente a votar el convenio ni cualquier otro aspecto en que deban participar.
- Se elimina del Concurso la figura de la junta de acreedores, que en la práctica resultó sumamente ineficiente dificultando la coordinación de los intereses de los acreedores.
- Constituye un proceso paralelo de reconocimiento de créditos. Se propone un proceso ágil de verificación de créditos que se inicia paralelamente (en vez de ser secuencial como en la ley anterior) con el periodo de conciliación. Con ello se elimina cualquier incentivo para demorar el proceso que surge bajo la abrogada ley, buscando concluir rápidamente el reconocimiento para poder suscribir el convenio.

- Actualización del valor de las obligaciones. Con la sentencia que declara el estado de concurso, todos los créditos se dan por vencidos y se suspende su pago. Sin embargo, los créditos garantizados continuarán causando los intereses ordinarios originalmente acordados (hasta donde alcance la garantía). Por su parte, los créditos comunes se convertirán a su equivalente en Unidades de Inversión, (UDIS), a la fecha de la sentencia para evitar su minusvalía. Con esto, se busca propiciar la equidad y justicia en el trato a los acreedores y se reduce un incentivo de los deudores a recurrir al concurso abusivamente con el propósito de depreciar sus obligaciones.
- Administración de la empresa. Como regla general durante la etapa de conciliación, el deudor gozará del beneficio de mantener la administración de su empresa, pero podrá ser removido en casos expresamente previstos en ley o cuando se proceda a la etapa de quiebra. En este último caso, los acreedores tendrán el derecho de intervenir en la designación del síndico.
- Medidas cautelares. Al momento de dar curso a la demanda, el Juez solicitará la opinión de un especialista sobre la conveniencia de dictar medidas cautelares para la protección de la empresa y de los intereses de los acreedores. En estas medidas se incluyen la posibilidad de separar al deudor de la administración, la prohibición al deudor para realizar operaciones de enajenación o gravamen de los activos sociales, el embargo de determinados bienes, y la orden de arraigar al deudor.
- Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles. Se crea un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo Federal para dar apoyo administrativo a los procesos Concursales. Mismos que ésta encargado de acreditar, nombrar y supervisar a los especialistas (visitadores, conciliadores y síndicos) quienes son los responsables de determinar si la empresa entró en una situación de incumplimiento generalizado de pagos, proponer medidas cautelares, facilitar la suscripción del convenio y, en su caso, administrar y enajenar a la empresa.

Todas estas bondades e instituciones que justifican hasta cierto punto la promulgación de la Ley de Concursos Mercantiles serán materia de análisis en el presente trabajo. Lo anterior bajo el entendido de que cada persona puede discutir con toda validez su punto de vista al respecto, dado que el Derecho resulta un marco ideal para tal efecto.

PRINCIPIOS, PRESUPUESTOS, ORGANOS Y PARTES EN EL PROCESO CONCURSAL

SUMARIO: 1. Principios Generales del Procedimiento Concursal; a) Universalidad; b) Concurrencia de Acreedores; c) Igualdad de Acreedores; d) Oficiosidad por Interés Público; e) Unificación Procesal; f) Competencia. 2. La Cesación de Pagos como Presupuesto Procesal. 3. Las Partes y Órganos en el Proceso Concursal; 1) ¿Partes o Sujetos?; a) Comerciante; b) Acreedores; c) Ministerio Público; d) Los Interventores. 2) Los Órganos; a) Juez; b) Conciliador; c) El Visitador; d) El Síndico; e) El Instituto; f) La Junta de Acreedores.

Este trabajo se encuentra encaminado a criticar una ley, En mi caso concreto se trata de la Ley de Concursos Mercantiles, una ley que por su naturaleza es eminentemente procesal, consecuentemente dentro del presente trabajo surge la necesidad de analizar al procedimiento Concursal, desmenuzarlo y comprender, de la mejor manera posible, los principios que lo rigen, como se origina y quienes participan en su desarrollo, de esta manera podremos comprender mejor su función. Algunos autores ven al procedimiento Concursal como un proceso universal en el que debe admitirse la participación de todo aquel que solicite el reconocimiento de un crédito y después de todo tanto la Quiebra como el Concurso Mercantil, se constituyen como verdaderos ordenamientos procesales. Al respecto el autor Antonio Brunetti define a la Quiebra como:

"...la organización de los medios legales de liquidación del patrimonio encaminada a hacer efectiva, coactivamente, la responsabilidad personal del deudor insolvente, por la que sus acreedores participan de un modo igual (salvo los legítimos derechos de prelación) en la distribución del importe de la enajenación de sus bienes, viniendo necesariamente a constituir entre si una comunidad de pérdidas..."³¹

En virtud de lo anterior, estimo necesario conocer y analizar los principios rectores del procedimiento Concursal, entender los presupuestos necesarios que dan origen a los mismos, y estudiar a las partes que intervienen en su desarrollo, finalmente, la doctrina ha destacado la importancia que tienen los principios reguladores generales en la estructuración de una ley afirmando que existe una gran necesidad de que la legislación se integre precisamente de principios, entendiéndose como tales aquellos que permitan constituir institutos que regulen en el futuro la imprevisible actividad de una sociedad, según su desarrollo, expresándose en la tipificación de la norma jurídica. Como, porque, cuando, donde y a quien se aplica el Derecho Concursal.

Bajo esta óptica, es que en el presente capítulo procederé al análisis del los principios rectores del procedimiento Concursal, de los presupuestos que le dan origen y de las partes que intervienen en el mismo.

³¹ BRUNETTI, Antonio. *"Tratados de las Quiebras"*. Edt. José Porrúa Hnos. México 1945. 336 Pp.

II.1. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.

El apoyo del que se sirve el legislador para dar origen a una nueva regulación se conforma a partir de las corrientes ideológicas y doctrinarias que conforman el pensamiento jurídico de una sociedad en una época determinada, sirviendo estas de orientación en la elaboración del clausulado general que regirá a dicha sociedad. Constituyéndose con esto en una disciplina de principios normativos.

Como anteriormente mencioné, los principios generales tienen una vital importancia dentro de una normatividad, toda vez que representan una guía en la regulación de la dinámica social dentro de la esfera de la aplicación judicial del Derecho. Ahora bien, dentro de la función de los principios se encuentra la de brindar un sustento estructural a la Ley, dicho sustento queda contenido dentro de un conjunto armónico de normas concretas, es decir de regulaciones específicas sobre la aplicación del mismo, lo que se puede ver traducido claramente a través de los procedimientos que la Ley contempla para su aplicación, constituyéndose finalmente como los rectores del procedimiento.

En este orden de ideas, el tema plantea como se encuentra conformada la estructura que regula la aplicación del Derecho Concursal, la orientación del mismo dentro de los principios reguladores de su aplicación. Bajo estas premisas, veremos como es que la Ley de Concursos Mercantiles contempla los principios básicos del Derecho Concursal como los son el de Universalidad y el de Unificación procesal, analizaré el tan criticado principio de igualdad, "*par conditio creditorum*" y la conformación de la masa entre otros.

a) Universalidad.

Entre los atributos de la personalidad se encuentra el patrimonio, que de acuerdo con la teoría clásica se define como el conjunto de los derechos y las obligaciones de una persona apreciables en dinero, los cuales forman una universalidad de derecho. En cualquier tipo de acto jurídico que celebren las personas se adquieren derechos que no solamente pueden ser reales sino también derechos personales como los de crédito.

El principio de universalidad atañe directamente al patrimonio del Concursado ya que el mismo se constituye en una universalidad jurídica dentro del procedimiento, habida cuenta que el Concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo aquellos bienes que legalmente son susceptibles de ser excluidos. Bajo este orden de ideas, el deudor se convierte en sujeto pasivo del Concurso como titular del patrimonio afectado por el Concurso y que será en un momento dado objeto de liquidación para hacer pago de las obligaciones vencidas.

En efecto, toda vez que la apertura del procedimiento Concursal supone el trámite mediante el cual se ventilará la suerte del patrimonio del deudor, dicho patrimonio se concibe, a partir del inicio del procedimiento, como una universalidad en la cual originalmente quedan comprendidos todos aquellos bienes que lo integran. Después de todo, en el Concurso Mercantil el deudor garantiza a sus acreedores el pago de sus obligaciones vencidas con la totalidad de sus bienes, los cuales en caso de Quiebra serán enajenados para con su producto efectuar el pago de sus deudas, lo cual implica directamente el desapoderamiento de los mismos, ya sea que se hayan adquirido antes o después de la Quiebra.

Este principio se encuentra contemplado en nuestra actual Ley de Concursos Mercantiles, según se expresa en la fracción V del artículo 4°, que a la letra señala lo siguiente:

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

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

Para los efectos del Derecho Concursal, el patrimonio del deudor se conforma no materialmente, sino a partir de una concepción ideal de cosas homogéneas, representadas por un valor económico constituyéndose en una entidad compleja regulada bajo un único régimen jurídico, esta homogeneidad resulta necesaria para resolver el fondo del asunto, sin ella no se podría establecer el planteamiento de un convenio de pago y por consecuencia la rehabilitación del comerciante. Como ya dije la masa, representa la garantía del pago a los acreedores de la fallida, de allí la importancia del principio en análisis.

No obstante que el principio de universalidad se remite a la afectación de todo el patrimonio del concursado, existen bienes que no se ven afectados por el citado principio y que constituyen la excepción a la regla, entre estos podemos señalar los siguientes: los bienes que el deudor otorgó en fideicomiso, los que tiene en arrendamiento, en estos dos casos la situación resulta obvia, el principio afecta los bienes propiedad del deudor, en los citados ejemplos los mismos no le pertenecen, por lo tanto no pueden ser considerados en la conformación de la masa. Asimismo, dentro de esta excepción se consideran a los bienes inembargables. Los efectos de la universalidad son aplicables de manera retroactiva y a futuro, es decir se afectan los bienes que conforman el patrimonio del comerciante insolvente, ya sea que se hayan adquirido antes (periodo de sospecha) o después de la fecha en que fue sujeto a concurso (rehabilitación).

La consecuencia de este principio, deriva en que todas las acciones que involucren el patrimonio del comerciante sujeto a Concurso o Quiebra, deberán tramitarse y resolverse en por el Juez que conozca del procedimiento Concursal, en tal virtud los procedimientos antes mencionados adquieren la calidad de universales con una fuerza atrayente que supone la concurrencia de acreedores del deudor común hacia la totalidad de su patrimonio.

El principio de universalidad, se encontraba vigente en nuestro Derecho Concursal hasta la hoy abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, contenido en sus artículos 126 y 127. Es de hacer notar que la Ley de Concursos Mercantiles de mayo del 2000, no contempla de manera concreta este principio en su articulado y si todo lo contrario, tal y como se desprende del contenido del artículo 84 del citado ordenamiento, mismo que establece la no acumulación de juicios, con lo que claramente rompe el citado principio.

En opinión del autor Miguel Ángel Hartasánchez en estos juicios universales se afecta todo el patrimonio del que esta sujeto a procedimiento y consecuentemente, debe conservarse intacto.

"...El procedimiento de Suspensión de Pagos forma parte junto con los procesos de ab intestato, testamentario, Quiebra y concurso de acreedores de los llamados juicios universales. En ellos se afecta todo el patrimonio de la persona jurídica y, como consecuencia debe mantenerse, dar seguridad a la inmovilidad de la masa activa, de la totalidad del patrimonio del suspenso, por lo que todas las pretensiones que se planteen en relación a ese patrimonio deberán ventilarse en el juicio universal y no fuera de él, independientemente de la garantía que lo soporte o la acción para su cobro..."³²

El principio de universalidad regía los procedimientos Concursales desde las ordenanzas de Bilbao, donde se establecía también la acumulación, ya que los acreedores no podían cobrar sus créditos fuera del procedimiento concursal, basta leer la Ley 51 del capítulo XVII de dichas ordenanzas, la cual establece:

"...Si sucediera que a bienes correspondientes a la Quiebra y concursos se hiciera algún embargo en otro cualquier juzgado, dentro o fuera de estos reinos, pretendiendo alguno o algunos acreedores cobrar en ellos, apartándose del juicio universal y devenir a la masa común con los demás de su calidad; se ordena, que en conformidad de lo dispuesto por derechos se acuda luego al remedio, despachando carta de exhorto y inhibición para que se remita todo al juicio universal..."³³

Al efecto señala el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez en sus comentarios a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos lo siguiente:

"...Ni los créditos definitivamente reconocidos por sentencia judicial, ni los créditos hipotecarios o prendarios pueden ser hechos efectivos sino sobre los bienes comprendidos en la Quiebra o sobre aquellos específicamente afectados al cumplimiento de la obligación hipotecaria o prendaria por eso, aunque estos créditos no se acumulen al juicio de Quiebra, ello solo es en cuanto a su reconocimiento, no en cuanto a efectos de graduación y pago, pues entonces deben cobrar en la Quiebra según las normas dadas al efecto..."³⁴

Continuado con los comentarios del maestro Rodríguez Rodríguez sobre la afectación del patrimonio del fallido encontramos lo siguiente: *"...La declaración de Quiebra crea un estado jurídico especial para el quebrado, que no es de incapacidad sino de limitación en el ejercicio de derechos, en relación con los bienes que han pasado a integrar la masa de la Quiebra..."³⁵*

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido bajo el principio en análisis, la procedencia de la atracción que posee el juicio de Quiebra como un procedimiento de carácter universal y al respecto me permito transcribir la siguiente Tesis de Jurisprudencia:

"QUIEBRAS, ACUMULACION DE LAS. *El artículo 983 del Código Civil, al señalar las excepciones a la regla general, de que el juicio de Quiebra es atractivo y que a él deben acumularse todos los juicios pendientes en contra del fallido y prevenir en la fracción I del propio precepto, que encuentran incursos en esta disposición, los juicios en que esté pronunciada y*

³² HARTASANCHEZ, Noguera Miguel Angel. *Op. Cit.* Pág. 136.

³³ Droit et nature des lettres de répit, Trabajos del Coloquio celebrado en Tolsa (Francia) del 16 al 21 de septiembre de 1964. Dalloz, París, 1965, Pág. 45

³⁴ RODRÍGUEZ, Rodríguez Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 111

³⁵ *Op. Cit.* supra Pág 83.

notificada la sentencia de primera instancia, establece una disposición de carácter puramente procesal, porque no tiene otro el fenómeno jurídico de la acumulación, cuyo significado consiste en que los juicios acumulables deben ser fallados en una sola sentencia y por la misma autoridad judicial; pero precisamente por el carácter procesal de este precepto, no puede extenderse su contenido al régimen de las cuestiones esenciales que surgen en los juicios universales, como es el de Quiebra, en los que fundamentalmente se trata de aplicar a los acreedores, el patrimonio del fallido, en la proporción y orden que fija la ley; porque estas cuestiones se encuentran determinadas y regidas por preceptos legales expresos, tanto en el orden mercantil, como en el orden común; de manera que no es posible, con apoyo en la disposición contenida en la fracción I del artículo antes citado, pretender decidir los efectos jurídicos que ha de causar, en relación con la Quiebra, la existencia anterior del fallo de primera instancia, en un juicio promovido en forma destacada, porque tales efectos han de juzgarse y definirse, según los preceptos de la ley que rigen la graduación de acreedores, dado que la sentencia de primera instancia, desde el punto de vista procesal, impide la realización del fenómeno de acumulación, por desaparecer el contenido de éste, y aun cuando es cierto que los bienes del deudor constituyen una garantía genérica para sus acreedores y que cuando se inicia un procedimiento judicial y se embargan parte de esos bienes, se afecta en forma especial ese patrimonio, estableciéndose con el embargo, una limitación del derecho de propiedad, también lo es que los bienes embargados antes del fincamiento del remate, siguen perteneciendo al patrimonio del deudor, y como la declaración de Quiebra indica presuntivamente la imposibilidad del deudor, para pagar con su patrimonio, los créditos que existan en su contra, se abre el juicio universal para que dichos acreedores recuperen, en la parte proporcional que les corresponda y en el orden relativo, las prestaciones a cargo del deudor común; y como este fenómeno tiene características especiales, por su propia finalidad tiene como consecuencia el vencimiento de todas las obligaciones del fallido, para hacerlas exigibles dentro de la Quiebra, en la que los acreedores discutirán el quantum y la prelación de sus créditos. En estas condiciones, si la sentencia que se pronuncie en primera instancia, no tiene más efectos jurídicos que los de depurar y hacer inobjetable el crédito del actor, sin conceder a éste ningún otro privilegio, lo racional y jurídico es que una vez iniciado el juicio de Quiebra, el acreedor con sentencia de primera instancia a su favor, concurra al concurso para que, dentro de él, cobre su crédito en el orden que le corresponda, con la única diferencia de que dicho crédito no puede ser discutido por los demás acreedores, puesto que existe una sentencia que lo ha depurado, y con mayor razón, cuando la misma ha causado ejecutoria, porque entonces la existencia del crédito ha tomado la categoría de verdad legal, con la autoridad de cosa juzgada.³⁶

Este principio debe también ser examinado desde el punto de vista pasivo. La Doctrina ha creado gran polémica acerca de si las deudas forman parte del patrimonio del comerciante o solo lo gravan, personalmente considero que solo lo gravan, ya que el patrimonio es con el que se hace frente al pago de las deudas. Lo cierto es que el principio de universalidad afecta a todas las obligaciones del deudor en concurso, de tal manera que todos sus acreedores están bajo los efectos de dicho principio, sea cual fuere la naturaleza de su crédito. De esta manera tenemos que en el procedimiento Concursal comprende todo el patrimonio del deudor y afecta a la totalidad de sus acreedores.

Derivado de lo anterior, se establecen dos tipos de universalidad, la subjetiva y la objetiva, entendiéndose a la primera como aquella que se encuentra integrada por los acreedores del concursado, quienes finalmente recibirán el importe de al liquidación en caso de Quiebra, y a la segunda es la que se encuentra integrada por todos los bienes del deudor que consolidan la masa.

³⁶ Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LXXIV. Página: 6558. TOMO LXXIV, Pág. 6358.- F.B. Ebrard y Cia. sucres.- 8 de diciembre de 1942.- Cinco votos.

En este orden de ideas, el Concurso debe producir sus efectos contra todo el patrimonio del comerciante, a excepción de los que se excluyen por ley, así como que el total de sus obligaciones se concentren, analicen y se cumplan bajo las normas que conforman al procedimiento Concursal, teniendo proyecciones retroactivas y a futuro sobre los bienes del deudor y conectándose con los demás principios que posteriormente analizaremos.

El autor José A. Ramírez en su tratado sobre la Quiebra cita a Navarrin, quien manifiesta: *"...en su conjunto el juicio de Quiebra es necesariamente un juicio único en relación a los medios con que se desenvuelve y a sus fines; no puede ser confiado más que a un único Juez, así como no puede recaer más que sobre todo el patrimonio del deudor..."*³⁷

Continuado con el tratadista José Ramírez, nos habla, citando a Satta, del principio fundamental de la unidad de la Quiebra por el cual no puede existir sino *"...una sola Quiebra para cada empresario y que tal principio es lógicamente inviolable..."*³⁸

No obstante que la Ley de Concursos Mercantiles, en su artículo 4° trata de abordar este principio, según lo vimos anteriormente, se contradice al prohibir la acumulación de los juicios seguidos por y en contra del comerciante sujeto a concurso, aún y cuando tengan contenido patrimonial, violando con ello el principio de universalidad, dicha incongruencia quedó plasmada en el artículo 84 del ordenamiento legal en cita, el cual se transcribe a continuación:

"...Artículo 84.- Las acciones promovidas y los juicios seguidos por el Comerciante, y las promovidas y los seguidos contra él, que se encuentren en trámite al dictarse la sentencia de Concurso Mercantil, que tengan un contenido patrimonial, no se acumularán al Concurso Mercantil, sino que se seguirán por el Comerciante bajo la vigilancia del conciliador, para lo cual, el Comerciante debe informar al conciliador de la existencia del procedimiento, al día siguiente de que sea de su conocimiento la designación de éste.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, el conciliador podrá sustituir al Comerciante en el caso previsto en el artículo 81 de esta Ley..."

Esta disposición es aplicable por analogía al procedimiento de Quiebra contenido en la Ley citada, ya que en su capitulo referente a la misma, no regula nada al respecto y sin embargo establece en su artículo 176, la aplicación de los efectos de la sentencia de Concurso Mercantil a la sentencia de Quiebra, por lo que se puede entender que; las acciones promovidas y los juicios seguidos por el Comerciante, y las promovidas y los seguidos contra él, que se encuentren en trámite al dictarse la sentencia de Quiebra, que tengan un contenido patrimonial, no se acumularán a la misma.

Bajo esta premisa el Legislador omite considerar que el Concurso Mercantil y en especial la Quiebra debieran tener la naturaleza de ser juicios universales y atraer todas las acciones instauradas en contra del deudor común y también aquellas en las que este asume el papel de actor, puesto que la liquidación y distribución constituyen un procedimiento único y general, que debe afectar a todos y cada uno de los acreedores, sea cual fuere la naturaleza de la obligación, sobre todo si el Concurso Mercantil es contemplado como una etapa previa y sucesiva al procedimiento de Quiebra, mismo que

³⁷ RAMIREZ, José A. *Op. Cit.* Pág.47

³⁸ *Idem Supra.*

al comprender la universalidad de los derechos y obligaciones de carácter patrimonial del deudor, por lógica consecuencia se vuelve único. Sobre el particular continuaremos analizándolo en el capítulo respectivo.

En conclusión, el principio de universalidad, también conocido como de unidad tiene como finalidad que la totalidad del patrimonio del deudor común quede vinculado al pago de todos los adeudos a su cargo, sin distinción alguna entre bienes presentes, pasados o futuros, prohibiendo la existencia de más de un procedimiento de ejecución contra un mismo deudor simultáneamente, esto en la inteligencia de que el deudor lo es el comerciante y no su patrimonio, no obstante el vínculo que se origina en virtud del cumplimiento de las obligaciones vencidas generadas por su titular.

El tratadista Antonio Brunetti, al hablar de la universalidad recoge la idea de diversos autores, manifestando que en virtud de la Quiebra el patrimonio entero responde frente a todos los acreedores conjuntamente y citando a Satta comenta: *"...La concursalidad de un procedimiento implica la consecuencia de la crisis económica de la empresa, esto es, que la insatisfacción de los acreedores se reparada mediante una regulación de todas sus relaciones. Desde el punto de vista del deudor la concursalidad comporta que la regulación se produzca con todos sus bienes, por que de todos sus bienes, el deudor debe extraer los medios para liberarse de sus deudas..."*³⁹

b) Concurrencia de Acreedores.

La pluralidad de acreedores que concurren al procedimiento Concursal, conforman el principio que me ocupa en este apartado. Toda aquella persona que tienen un adeudo a cargo del comerciante sujeto a Concurso es un acreedor Concursal y de acuerdo con el principio de universalidad estos deben acudir a éste para hacer valer sus derechos, demandando el pago de su crédito, de tal manera que la finalidad del Concurso es la de dar satisfacer los derechos de los acreedores ya sea mediante un convenio o con la ejecución del patrimonio del deudor común, convirtiéndose así en sujetos activos en el procedimiento, puesto que son ellos los titulares de los intereses que se deberán satisfacer a través del mismo.

Este principio también es conocido por la Doctrina como de colectividad donde todos los acreedores del concursado quedan vinculados al procedimiento Concursal.

El autor Julio César Rivera comenta sobre la colectividad de acreedores: *"...Ha sido definida como el principio conforme al cual la iniciativa y acción del acreedor individual en defensa de su particular interés cede por motivos insitos a intereses que concurren contradiciéndose y que el ordenamiento somete a su quehacer en función de tratamiento igualitario, a la acción colectiva de todos los acreedores. Esa colectividad se denomina en doctrina masa de acreedores o simplemente masa..."*⁴⁰

Por otra parte, el maestro Joaquín Torres De Cruells se refiere a la colectividad de la siguiente manera: *"...Si no hay pluralidad de acreedores no es admisible ningún procedimiento concursal; por esta razón se llaman, con una expresión que es también sugestiva, procedimientos de masa, ya que tienden a armonizar los intereses de*

³⁹BRUNETTI, Antonio. *Op. Cit.* Pág.75

⁴⁰RIVERA, Julio César. *Op. Cit.* Pág. 132

*preferencia, atemperando los conflictos derivados de la concurrencia de las prestaciones individuales y eliminando la ventaja y la pugna de las iniciativas singulares...*⁴¹

Es en base al principio de concurrencia que la legislación Concursal debe organizar un procedimiento colectivo de interés común a los acreedores, los cuales no actuarán en éste como simples individuos, sino como una agrupación en la que sus intereses se armonicen bajo el propósito común de recuperar el importe de sus créditos, ya sea mediante el establecimiento y ejecución de un convenio o bien con los dividendos obtenidos con la liquidación de los activos del deudor.

La importancia de este principio, radica en el hecho de ser necesario para que exista Concurso, todos los acreedores están obligados a concurrir al procedimiento Concursal para hacer valer sus derechos y participar en el convenio si se trata de concurso o bien de los dividendos generados en virtud de la liquidación por Quiebra. Inclusive, el estado de Quiebra se puede levantar por falta de concurrencia de acreedores y no solo por la falta de activo por parte del fallido. En efecto, no obsta que un acreedor solicite la declaración del estado de Quiebra, sin concurrencia de acreedores, no existen elementos para la existencia de dicho estado, dado que este se basa en otro principio que es el de igualdad y que posteriormente analizaremos.

Por otra parte, al no haber acreedores en un procedimiento Concursal, puede dar lugar a la presunción de que el comerciante no se encuentra en el estado de insolvencia, requisito de procedibilidad, puesto que sus acreedores no están exigiendo el pago de sus créditos.

El maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, en sus comentarios a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos señala: *"...La extinción por falta de concurrencia de acreedores no está determinada por la falta de activo, sino por la falta de pasivo concurrente, de pluralidad de acreedores..."*⁴²

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, las pretensiones de cada acreedor quedan suspendidas y supeditadas, en cuanto a satisfacerlas, a los resultados que se obtengan en el procedimiento Concursal, así como el patrimonio del deudor queda sujeto al procedimiento Concursal, en virtud del principio de universalidad, los acreedores también quedan sujetos a dicho procedimiento en virtud del principio que nos ocupa. Por lo anterior, no pueden subsistir al margen del Concurso juicios o acciones privadas en contra del fallido o del concursado, ya que de lo contrario parte del patrimonio o parte de los acreedores quedarían sustraídos de los resultados del procedimiento, quebrantando el principio de igualdad que posteriormente estudiaré.

Bajo este orden de ideas, es que también debe suspenderse el trámite de los juicios de contenido patrimonial pendientes en contra del Concursado, en la inteligencia de que el Concurso desplaza a las ejecuciones y acciones individuales y que todos los acreedores deben optar por la vía de la verificación Concursal, que es la única apta para admitir su participación en el procedimiento Concursal. La falta de admisión de demandas por separado y la interrupción de las que se encuentren en curso, dan origen al fenómeno de la acumulación, el cual como ya advertimos con anterioridad tampoco es contemplado

⁴¹ TORRES, De Cruells Joaquín. *"Suspensión de Pagos"*. 6ª. Edición (reimpresión), Edt Bosch, Barcelona 1995. 988 Pp. Pág. 20.

⁴² RODRIGUEZ, Rodríguez Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 289

por la Ley de Concursos Mercantiles y si todo lo contrario. Las excepciones a este principio se encuentran constituidas principalmente por los créditos fiscales y laborales.⁴³

Como característica de los procedimientos Concursales tenemos que si no hay pluralidad de acreedores no resulta admisible el procedimiento, debido a la falta de integración en lo que se conoce como masa de acreedores, esto en virtud que dentro de las finalidades del Derecho Concursal está la de regular los intereses de las pretensiones individuales y eliminar las iniciativas singulares.

La Doctrina ha estudiado largamente si la masa de acreedores es una persona jurídica que surge como consecuencia del desapoderamiento del patrimonio del deudor común, la cual se hace titular de dicho patrimonio para los efectos de su liquidación en la Quiebra.

Desde mi punto de vista, estimo que la masa de acreedores de ninguna manera debe ser considerada como una persona jurídica habida cuenta que el desapoderamiento en los procedimientos Concursales consiste solamente en la pérdida de la posesión y de la disposición de los bienes, pero en ningún momento de su titularidad.

Al respecto la Suprema Corte de justicia de la Nación ha dicho:

"QUIEBRA, EFECTOS DE LA DECLARACION DE. *La consideración relativa a que "la declaración de estado de Quiebra de una negociación implica en derecho una personalidad jurídica propia y con plena capacidad legal que no está jurisdiccionalada ni supeditada a la entidad fallida, porque como expresa esta última palabra, la persona moral jurídicamente ha muerto para dar nacimiento a una nueva entidad jurídica" es totalmente equivocada, porque no se trata de que la masa sustituya al quebrado, sino de que la misma, a través del síndico, ejerza los derechos y cumpla las obligaciones que el quebrado tenga sobre sus bienes. El patrimonio del quebrado queda ocupado por hacer posible la ejecución forzosa de sus obligaciones; pero éstas, así como sus derechos, siguen siendo del quebrado, y por la Quiebra no sufren cambio alguno en su estructura jurídica en lo que se refiere a los sujetos, al objeto o a la relación misma; la masa, a través del síndico, cumple las obligaciones o ejerce los derechos a nombre propio, pero por cuenta del quebrado.*"⁴⁴

Sobre la pluralidad de acreedores, el tratadista español Joaquín Torres hace el siguiente análisis:

"...Si considero a la empresa como una parte pasiva de un conjunto de obligaciones, con sus correspondientes acreedores, vemos que existe una comunidad abstracta de interesados en los riesgos de la empresa. Cuando se produce una contingencia desgraciada en la empresa, como su insolvencia y cesación de pagos, la comunidad abstracta se transforma en solidaridad, entre deudor y acreedores, que es uno de los principios que rige el Derecho Concursal.

⁴³ Bajo el esquema de la Ley de Concursos Mercantiles, se hace excepción de los créditos laborales que sean distintos a los que señala la Constitución Federal en su artículo 123, fracción XXIII, apartado A y sus disposiciones reglamentarias, así como a los fiscales, los cuales serán pagados con posterioridad a los que se gradúen como singularmente privilegiados y los que tengan garantía real.

⁴⁴ Quinta Epoca. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXXIII. Página: 1709. Revisión fiscal 171/51. Instituto Mexicano del Seguro Social. 16 de marzo de 1955. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

*Mientras el activo de un patrimonio excede al pasivo, el legislador puede dejar que cada acreedor ejerza separadamente su derecho propio. Pero cuando el patrimonio no basta para todos, la libertad de las ejecuciones individuales supone un premio a favor de los acreedores más avisados, más cercanos, menos escrupulosos, y un daño para los más condescendientes o para los más alejados, que llagarán la mayoría de las veces cuando el patrimonio del deudor ya este agotado. Un deber de justicia social impone al legislador la obligación de constituir una masa con la totalidad de los bienes del deudor, a fin de que se repartan entre todos sus acreedores en la misma medida, y sean compañeros en las pérdidas, como lo fueron en la confianza que pusieron en el deudor común. Así lo hacen las leyes que someten al deudor insolvente a un procedimiento único y colectivo de ejecución: Ante el desastre, reúnen a todos los acreedores en una especie de asociación para el reparto de los daños, semejante a la que se forma entre las víctimas y los supervivientes de un desastre marítimo; y, con el objeto de que el perjuicio sea menos sensible, tratan de aumentar la masa activa con todo lo que de modo fraudulento había salido de ella anteriormente..."*⁴⁵

Casualmente nuestra Ley de Concursos Mercantiles, tampoco contempla de manera clara el principio de concurrencia, sin embargo lo pretende viabilizar a través del procedimiento que organiza para la verificación de los créditos, sin embargo la concurrencia por parte de los acreedores al procedimiento concursal no parece ser obligatoria y la deja abierta de manera opcional, tal y como se desprende de la fracción XIV de su artículo 43 y 122, de los cuales transcribo la parte conducente al comentario:

"...Artículo 43.- La sentencia de declaración de Concurso Mercantil, contendrá:

XIV. El aviso a los acreedores para que aquéllos que así lo deseen soliciten el reconocimiento de sus créditos, y

Artículo 122.- Los acreedores podrán solicitar el reconocimiento de sus créditos..."

En este orden de ideas, parece ilógico la existencia de un procedimiento Concursal donde la concurrencia de acreedores no sea obligatoria, puesto que se desnaturaliza a la institución, de tal manera que la Ley de Concursos Mercantiles nos presenta una seria problemática al volver opcional el principio de concurrencia, dejando de lado presupuestos ineludibles como la verificación de créditos de donde necesariamente todos los acreedores deben concurrir sin distinción alguna ya que es de explorado derecho que la situación concursal debe resolverse Concursalmente, es decir todos los acreedores frente al deudor común y bajo los trámites regulados por el procedimiento Concursal, sobre todo si se pretende llegar a un acuerdo entre acreedores y deudor común.

En virtud de lo anterior, la Ley de Concursos Mercantiles tiende a volverse eminentemente administrativa, puesto que no se orienta hacia la Concursalidad del crédito sujeto a un trámite común para todos los acreedores, pero en cambio si se dirige a beneficiar a aquel acreedor con un trámite más corto en lo que hace a la recuperación de su adeudo, desvirtuando la naturaleza universal del procedimiento y dejando a la voluntad de los acreedores el que puedan optar por una vía distinta a hacer efectivo el pago de sus créditos. En el presente trabajo hemos elaborado un capítulo donde posteriormente abundaré al respecto.

⁴⁵ TORRES, De Cruells Joaquín. *Op. Cit.* Pp. Pág. 68

c) Igualdad de Acreedores.

Es el principio de igualdad de los acreedores (*par conductio creditorum*), es el que representa la justicia dentro del procedimiento Concursal y el que finalmente justifica su existencia. El mismo impone al deudor común la obligación de tratar igualitariamente a sus acreedores.

Bajo este principio, todos los acreedores del concursado se sujetaran por igual a los efectos que arroje el convenio preventivo una vez que es aprobado por la mayoría de los mismos y homologado por el juez, de tal manera que estarán a las quitas, esperas o cualquier otra estipulación que se haya contemplado y aprobado en el convenio. Bajo el esquema de la Quiebra los acreedores, mediante un trato igualitario participaran a prorrata en la repartición del producto obtenido mediante la liquidación de los activos del fallido.

La igualdad de acreedores si bien es cierto es un principio fundamental dentro de la materia Concursal, también es cierto que el mismo ha sido cuestionado por la Doctrina ya que no es absoluto y el mismo reconoce diversas excepciones que tienen su fundamento en la valoración social y económica de los créditos, consecuentemente se aplica de acuerdo a una graduación basada en la naturaleza de los créditos de tal manera que algunos acreedores quedan excluidos del efecto nivelador de este principio. A estos acreedores se les conoce como privilegiados entendiéndose que los mismos poseen un mejor derecho que otros para cobrar sus adeudos con preferencia y exclusión de los demás, entre los que la Ley señala se encuentran aquellos con garantías reales, laborales, fiscales, los que se generen en virtud de la administración de la masa, los de sepelio, alimentos etc.

Al contemplar una serie de privilegios para ciertos acreedores, se dice que la ley deja de respetar el principio de igualdad y que en realidad determina una clasificación de acreedores, con lo que se caracteriza al procedimiento por tener acreedores de primera y de segunda clase. Inclusive se ha dicho que resulta absurdo seguir manteniendo el principio de igualdad ya que los derechos de los acreedores quedan justificados, según su potencialidad económica, con antelación al proceso Concursal. Lo cierto es que las ventajas de que gozan los créditos amparados por preferencias legales se explican en virtud del carácter real que adquiere la garantía del crédito derivada de la afectación de un bien, mueble o inmueble, a la responsabilidad que resulte del cumplimiento de una obligación.

Lo que realmente sucede es que se busca respetar la eficacia de las figuras jurídicas que conforman las garantías en el pago de los crédito, tales como la hipoteca y la prenda por citar algunas, luego entonces al dividir la Ley a los acreedores de conformidad con la naturaleza de sus créditos, la igualdad se da entre los de su misma calidad, así tenemos que los acreedores comunes cobrarán a prorrata conjuntamente con los de su clase, los singularmente privilegiados cobrarán con antelación a cualquier otro y los privilegiados en base al monto de sus garantías. Y si bien es cierto, parecería que la Ley hace distinción y que no existe un trato igualitario sobre el común de los acreedores, también es cierto que la igualdad se da entre aquellos créditos que se categorizar semejantes entre si por la Ley.

En efecto, la *par conditio creditorum*, no es necesariamente un principio concursal que implique la representación de una proporción matemática sobre las relaciones derivadas de la masa de acreedores, antes y después del Concurso, es decir no implica un pago igual a todos los acreedores, considero que en realidad se trata de un principio orientador de la distribución de los bienes, basado en un reparto justo, y toda vez que este principio depende de diversos factores que en conjunto pueden dar origen a diversas soluciones. Luego entonces, la igualdad de radica en el derecho que tienen todos los acreedores del deudor común a ser pagados con el patrimonio de éste, de acuerdo al orden de prelación que fije la ley.

El objetivo de un procedimiento Concursal implica que la falta de pago los acreedores sea reparada mediante una regulación igual para todos, omitiendo aquellos que por la naturaleza legítima de su prelación se presentan al Concurso ya como desiguales.

La Ley de Concursos Mercantiles, no esta exenta del principio en comento y en su artículo 217, establece la calcificación de los créditos, mismo que a continuación se transcribe:

“...Artículo 217.- Los acreedores se clasificarán en los grados siguientes, según la naturaleza de sus créditos:

I. Acreedores singularmente privilegiados;

II. Acreedores con garantía real;

III. Acreedores con privilegio especial, y

IV. Acreedores comunes...”

De acuerdo a lo que he venido manifestando, la redacción del artículo anterior, no viola el principio de igualdad, sino que por el contrario evita tratar como iguales a aquellos que no lo son, no es lo mismo proponer el pago de un crédito respaldado con garantía hipotecaria a un crédito simple, la quita o el tiempo de espera tampoco puede ser igual para ambos y si existiera una igualdad absoluta solo daría pie a que la misma se violara y se concretaran acuerdos a espaldas del Juez.

Lo que resulta preocupante de la actual Ley, es el como respetar el principio de igualdad si la sujeción a las normas procesales del Concurso Mercantil es optativa para los acreedores, por lo que a falta de concurrencia de la totalidad de la masa de acreedores no les aplicaran por igual las normas Concursales, ni la sentencia que se dicte en el proceso les podrá parar perjuicio y por lo contrario, se rompe con este principio al dejar que cada acreedor actúe individualmente y de la manera que más le convenga.

d) Oficiosidad por Interés Público.

El principio de oficiosidad se deriva de la naturaleza publica que como característica tiene el procedimiento Concursal y se exterioriza en virtud de las facultades de investigación que posee el juez, quien está facultado a tomar las medidas que considere necesarias para la conducción del proceso.

El tratadista Julio Cesar Rivera, señala al respecto: *“...La oficiosidad ha sido entendida como la atribución del juez de impulsar de oficio el trámite iniciado por el deudor o acreedor (aspecto procesal), y de recurrir a las instituciones y remedios más aptos aún sin petición (aspecto sustancial) (Alegoría)...”*⁴⁶

En virtud de la importancia que representa la empresa como ente generador de empleos y de termómetro en la economía de un país, la misma se contempla como asunto de interés público, por lo que resulta inevitable considerar al Concurso Mercantil como un fenómeno jurídico-económico en el que el Estado tiene un interés preponderante, máxime cuando este debe garantizar en sus derechos y prospectivas a los factores de la producción.

En base a lo anterior, se da origen al principio de oficiosidad que no es otra cosa más que los poderes conferidos al Juez dentro del procedimiento Concursal, para dar continuidad de oficio al procedimiento Concursal.

La Ley de Concursos Mercantiles en su artículo primero se define como de interés público y hace la misma distinción sobre la importancia que tiene la conservación de la empresa.

“...Artículo 1.- La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el Concurso Mercantil.

Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios...”

Bajo este orden de ideas, en la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, se consideraba al Juez el elemento central del procedimiento Concursal, y en su artículo 26 señalaba de manera enunciativa y no limitativa las funciones del juzgador. La Ley de Concursos Mercantiles señala en su artículo 7° al Juez como el rector del procedimiento, a manera de comparativo se transcriben a continuación ambos preceptos legales:

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

“...Artículo 26. de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos: Serán atribuciones del juez:

I. - Autorizar los actos de ocupación de todos los bienes y de los libros, documentos y papeles del quebrado convenientes a su empresa, e intervenir personalmente en tales actos, si así lo estimare conveniente.

II. - Examinar los antedichos bienes, libros, documentos y papeles del quebrado.

III. - Ordenar las medidas necesarias para la seguridad y buena conservación de los bienes de la masa.

⁴⁶ RIVERA, Julio César. Op. Cit. Pág 141.

IV. - Convocar las juntas de acreedores que prescribe la ley, y las que estime necesarias y presidirlas.

V. - Vigilar la actuación y remover cuando se compruebe que hay causa justificada para ello, el personal necesario y profesionistas designados por el síndico en interés de la quiebra.

VI. - Resolver las reclamaciones que se presentaren contra actos u omisiones del síndico.

VII. - Autorizar al síndico;

a).- Para iniciar juicios cuando éste los solicite, e intervenir en todas las fases de su tramitación.

b).- Para transgír o desistir del ejercicio de acciones y, en general, para realizar todos los actos que excedan de los puramente conservatorios y de administración ordinaria.

VIII. - Inspeccionar la gestión del síndico, instarlo al cumplimiento de los actos o al ejercicio de las acciones útiles a la masa y celar el buen manejo y administración de los bienes de la misma.

IX. - Derogada.

X. - Examinar y comprobar los créditos y vigilar la formación del estado pasivo que se deberá presentar a la junta de acreedores.

XI. - En general, todas las que sean necesarias para la resolución de los conflictos que se presenten, hasta la extinción de la quiebra...."

En base a lo antes transcrito, me permito hacer una reflexión sobre la falta de técnica que se presenta en la redacción del artículo 7° de la Ley de Concursos Mercantiles, puesto que define al juez únicamente como rector del procedimiento y de acuerdo a nuestro derecho positivo, compete al juez no solo dirigir el procedimiento, sino también juzgarlo o quien dicta la sentencia en el Concurso Mercantil, el juez como rector del procedimiento aplica en el *common law*, donde la rectoría compete al juez y quien juzga es un jurado integrado por miembros de la sociedad.

e) Unificación Procesal.

En la ley de Quiebras y Suspensión de pagos de 1943, se regulaban dos procedimientos Concursales, la Suspensión de Pagos y la Quiebra, mediante el primero de estos se buscaba la aprobación de un convenio preventivo, presentado por la suspensa, por parte de sus acreedores y su homologación por parte del juez. No obstante si el acuerdo se aprobaba y no se homologaba, si aprobado se homologaba pero no se cumplía o bien que simplemente no aprobara, era motivo suficiente para decretar la Quiebra del suspenso, luego entonces sobrevenía el procedimiento de Quiebra al de Suspensión de Pagos, y que pasaba con las actuaciones practicadas en el primer proceso, es decir las sentencia de reconocimiento de créditos, las de separación de bienes, las de aprobación de informes rendidos por la sindicatura, todas esta ya firmes, ¿tendría la Quiebra que ser un proceso necesariamente distinto al de Suspensión de Pagos? o por lo contrario, se trata de un solo proceso Concursal?

Según mi opinión, es claro que la Ley y la práctica demuestran que han optado por la unidad del proceso Concursal ya que dichas actuaciones prevalecían en ambos procedimientos, así las sentencias de reconocimiento de créditos dictadas en la Suspensión de Pagos continuaban vigentes en la Quiebra, las separatorias, de informes y otros incidentes, mantenían su vigencia, siempre y cuando no dieran pie a actos cometidos en fraude de acreedores, ya que estos podían ser revocados mediante la retroacción de la quiebra.

No obstante lo anterior, en muchos casos la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos se prestaba a diversas interpretaciones sobre si prevalecían o no las actuaciones de la Suspensión de Pagos cuando se dictara la Quiebra, ya que la ley contemplaba una nueva convocatoria de acreedores y un nuevo término para presentar a reconocimiento sus créditos, asimismo, se debía considerar que dicho ordenamiento legal no contemplaba una fecha cierta para la retroacción de los efectos de la Quiebra, quedando en la mayoría de los casos al arbitrio del juzgador los que en muchas ocasiones la determinaban desde la fecha en que se había dictado la Suspensión de Pagos.

La Ley de Concursos Mercantiles ha definido de una manera más clara la tendencia a la unificación del proceso Concursal, como podemos observar contempla la existencia de un solo procedimiento denominado Concurso Mercantil dividido en dos etapas sucesivas, Conciliación y Quiebra, así de esta manera, el procedimiento Concursal es único respetándose las actuaciones practicadas en cualquier etapa, después de todo resultaba incongruente violar el principio de cosa juzgada en virtud de la retroacción de la Quiebra aplicada al arbitrio del juzgador, hoy la ley de Concursos Mercantiles señala el día 270 natural inmediato anterior a la fecha de la sentencia de declaración del Concurso Mercantil, como fecha de retroacción.

f) Competencia.

Dentro de las normas que constituyen los ordenamientos en materia Concursal se encuentran aquellas que determinan la competencia judicial.

Existe controversia en la Doctrina respecto al carácter que debe definir la competencia en los juicios Concursales, algunas corrientes se basan en que debe atenderse al principio de universalidad y otras al de territorialidad, la primera señala que solo se puede refutar competente para conocer del proceso Concursal al Juez del lugar del domicilio del deudor cualquiera que sea el lugar en que se encuentre produciendo sus efectos de manera universal es decir en cualquier país. La segunda posición establece que el procedimiento Concursal puede promoverse y decretarse, en cualquier lugar donde de encuentre ya sea un establecimiento mercantil del deudor, bienes que integren su activo o bien acreedores que tengan el derecho de solicitar la sujeción a Concurso o la declaración en Quiebra del deudor.

El autor Humberto Navarrini señala las siguientes razones para apoyar al sistema de universalidad:

1. *“...El procedimiento de quiebra debe abarcar todos los bienes del deudor y extenderse a la totalidad de los acreedores, dondequiera que el patrimonio se encuentre y los últimos radiquen.*

2. *La par conditio creditorum solo puede ir acompañada por una regulación única del concurso no influida por la diversidad de las leyes de los diferentes Estados.*
3. *La institución de la quiebra se refiere a la capacidad del deudor, esto es, enfoca su estado personal; así pues los efectos de la sentencia declarativa de quiebra deben extenderse a todos los Estados.*
4. *Con este sistema se evitaría la declaración de una nueva quiebra en otras partes...⁴⁷*

En nuestro derecho se ha optado por la primera corriente decretando que es competente para conocer del procedimiento Concursal el Juez que tenga jurisdicción en el lugar donde el comerciante tenga su domicilio, y los acreedores deberán concurrir al lugar donde se halle radicado el procedimiento.

Así tenemos que en su artículo 1° la Ley de Concursos Mercantiles determina la competencia en el Concurso Mercantil:

"...Artículo 17.- Es competente para conocer del Concurso Mercantil de un Comerciante, el Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el Comerciante tenga su Domicilio..."

La corriente seguida por nuestra legislación no es nueva, la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en su artículo 13 establecía de una manera más amplia la competencia:

"...Artículo 13-A.- A prevención, son competentes para conocer de la quiebra de un comerciante individual, el Juez del Distrito o el de Primera Instancia del lugar sujeto a su jurisdicción en donde se encuentre el establecimiento principal de su empresa y, en su defecto, en donde tenga su domicilio.

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

Las sucursales de empresas extranjeras podrán ser declaradas en quiebra, sin consideración de la competencia que pudiera corresponder a jueces extranjeros. Esta quiebra afectará a los bienes sitos en la República y a los acreedores por operaciones realizadas con la sucursal..."

Para efectos del procedimiento Concursal, se entiende como domicilio del comerciante, aquel donde tiene establecido su principal centro de negocios, puesto que su domicilio civil se prestaría a múltiples fraudes, esta concepción originalmente fue tomada del Código Civil del Distrito Federal, que en su artículo 33 enuncia lo siguiente:

"...Artículo 33.- Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración.

Las que tengan su administración fuera del Distrito Federal pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliados en este lugar; en cuanto a todo lo que a esos actos se refiera.

Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales..."

⁴⁷ RAMIREZ, José A. *Op. Cit.* Pág.60

Asimismo, se considero para efectos de la competencia el domicilio social contemplado en el acta constitutiva de la sociedad.

Como podemos observar de las transcripciones anteriores, la Ley de Concursos Mercantiles restringe la competencia a un Juez Federal, violando con ello lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Federal, violación que estudiaremos en su momento.

Sobre la competencia me permito transcribir la siguiente Jurisprudencia, la cual acredita la corriente que sigue nuestro derecho en cuanto al tema en cuestión:

"QUIEBRAS. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS. *Estando probado que el domicilio real de una empresa cuya declaración de quiebra se solicita, siempre estuvo en determinada ciudad, es competente para conocer de dicha solicitud el Juez de dicha ciudad ante el que se presentó la instancia, teniendo en cuenta lo estatuido en el artículo 13, párrafo segundo de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, que da competencia para conocer de la quiebra de una sociedad mercantil, a prevención, al Juez que tenga jurisdicción sobre el domicilio social, y sólo en caso de irrealidad de este, el del lugar en donde tenga el principal asiento de sus negocios."*⁴⁸

II.2. LA CESACIÓN DE PAGOS COMO PRESUPUESTO PROCESAL.

Los presupuestos procesales tienen una importancia relevante dentro del Derecho Concursal, toda vez que constituyen los requisitos necesarios e indispensables para que el Juzgador este obligado a proveer sobre la apertura del procedimiento, tal es su importancia que la ley los considera irrenunciables, así veremos que en el proceso Concursal el presupuesto básico por excelencia lo es la cesación de pagos.

El estado de cesación de pagos, cualquiera que sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, es presupuesto para la apertura de los procedimientos Concursales, sea preventivo o de Quiebra.

A manera de ejemplo, resultaría poco común pensar en la apertura de un procedimiento Concursal sin que previamente exista un estado de cesación de pagos, originado por la insolvencia ya sea declarada o confesa, del comerciante.

No obstante lo anterior, considero indispensable comprender los conceptos de cesación de pagos, de insolvencia así como de Inviabilidad, ya que de lo contrario podríamos caer en serias confusiones que tendrían como resultado una errónea apreciación de la situación económica del comerciante.

La expresión "cesación de pagos", se le atribuye al jurista italiano Gustavo Bonelli, quien en su obra, *Del fallamiento. Comentario al Codice di Comercio*, la utilizó para designar la impotencia patrimonial de solventar deudas de índole comercial.

La Doctrina ha buscado definir a la cesación de pagos básicamente a partir de tres teorías, la materialista, la intermedia y la amplia, la primera identifica al estado de cesación de pagos solo con el hecho del incumplimiento sin considerar las causas del

⁴⁸ Sexta Epoca. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LII. Primera Parte. Página: 90. Competencia 6/57 Civil. México Tractor And Machinery Co., S. A. 31 de octubre de 1961. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: José López Lira.

mismo, es decir ignoraba la situación patrimonial del deudor; la segunda teoría define a la cesación de pagos como un estado patrimonial de imposibilidad para hacer frente a las obligaciones, que se manifiesta por el solo incumplimiento, y por último, la teoría amplia la conceptúa como un estado patrimonial generalizado y permanente donde se manifiesta, a través de actos exteriores, la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones líquidas y vencidas del deudor.

En este orden de ideas, puedo considerar que la incapacidad del comerciante para hacer frente a sus obligaciones líquidas y vencidas, se traduce en un estado de cesación de pagos. Sin embargo, este concepto nos lleva a presuponer un estado patrimonial de insolvencia por parte del comerciante, dado que la imposibilidad del comerciante de hacer frente a sus obligaciones vencidas no necesariamente implica un estado de cesación de pagos, puesto que el mero incumplimiento no conduce al estado patrimonial de insolvencia.

El estado Patrimonial de insolvencia, debe entenderse como un estado económico general y permanente caracterizado por un desequilibrio en el patrimonio del comerciante que le impide hacer frente a sus obligaciones líquidas y vencidas de manera regular.

En efecto, la imposibilidad del comerciante de cumplir con sus obligaciones no debe ni puede ser confundida con la insolvencia, puesto que el incumplimiento en el pago puede darse por diversos factores ajenos a lo que sería dicho estado.

Por otra parte, la Doctrina habla de hechos reveladores que no es otra cosa más que la cesación de pagos se exteriorice como tal ya que no es valido invadir la esfera jurídica del comerciante para comprobar su existencia, de tal manera que resulta inexistente un estado de cesación de pagos que no se exterioriza, para tal efecto nuestra legislación contempla, de manera enunciativa, una serie de eventos que constituyen esas circunstancias fácticas que acreditan la existencia de los denominados hechos reveladores.

Bajo este orden de ideas y siguiendo a la teoría amplia, coincido con el autor Julio César Rivera al concebir a la cesación de pagos como: "...un estado patrimonial generalizado, permanente que refleja la imposibilidad de pagar obligaciones exigibles, y que puede ser exteriorizado por actos o hechos cuya enunciación no puede ser taxativa..."⁴⁹

El jurista italiano Francesco Carnelutti decía: "...El estado de cesación de pagos debe distinguirse del mero incumpliendo en razón a su naturaleza, ya que el primero representa una imposibilidad mientras que el segundo constituye un fenómeno de la voluntad del deudor...."⁵⁰

Por lo anterior, considero que la importancia de la cesación de pagos como presupuesto básico del Concurso no radica en saber si las deudas se encuentran líquidas y vencidas, sino saber que el patrimonio del deudor puede hacer frente al cumplimiento de esas obligaciones, a través de medios ordinarios. Asimismo, no debe confundirse a la cesación de pagos con un desequilibrio contable entre el valor que representen en libros

⁴⁹ RIVERA, Julio César. *Op. Cit.* Pág. 114

⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Biblioteca Clásicos del Derecho Volumen 4, México 1997. Edt. Harla Pp.491, Pág. 201

los activos y los pasivos del comerciante, toda vez que esto se reduce a ser una mera cuestión aritmética.

Como anteriormente mencioné, el procedimiento Concursal tiene como presupuesto primordial a la cesación de pagos, mismo que es común tanto para el Concurso preventivo como para la Quiebra, sin embargo el juzgador debe, para efectos de la apertura del procedimiento, considerar como irrelevantes las causas que originaron la insolvencia del deudor, ya que estas causas solo servirán para determinar la calificación penal que amerite la posible Quiebra del deudor.

Nuestra actual legislación pareciera que sigue la teoría amplia para determinar el presupuesto del estado de cesación de pagos, puesto que no obstante considera como primordial el incumplimiento en el pago de las obligaciones, también otorga una aparente relevancia a otras formas de exteriorización de la "insolvencia", tal y como se enumera en el artículo 11 de la Ley de Concursos Mercantiles, el cual transcribo a continuación:

"...Artículo 11.- Se presumirá que un Comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones, cuando se presente alguno de los siguientes casos:

I. Inexistencia o insuficiencia de bienes en qué trabar ejecución al practicarse un embargo por el incumplimiento de una obligación o al pretender ejecutar una sentencia en su contra con autoridad de cosa juzgada;

II. Incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores distintos;

III. Ocultación o ausencia, sin dejar al frente de la administración u operación de su empresa a alguien que pueda cumplir con sus obligaciones;

IV. En iguales circunstancias que en el caso anterior, el cierre de los locales de su empresa;

V. Acudir a prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias para atender o dejar de cumplir sus obligaciones;

VI. Incumplimiento de obligaciones pecuniarías contenidas en un convenio celebrado en términos del Título Quinto de esta Ley, y

VII. En cualesquiera otros casos de naturaleza análoga..."

De conformidad con el artículo antes transcrito, para que un comerciante sea declarado en Concurso Mercantil, solo es necesario que incumpla de manera generalizada en sus obligaciones, la Ley no señala como requisito necesario que haya incurrido en cesación de pagos.

Consecuentemente la Ley presume que se actualiza la hipótesis de la cesación de pagos, al momento en que hay incumplimiento generalizado del comerciante en el pago de sus obligaciones líquidas y vencidas; cuando carece de bienes o los que tiene son insuficientes para practicar sobre ellos un embargo por incumplimiento de una obligación o al ejecutarse una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, o bien cuando se oculte o se ausente sin dejar al frente de su empresa a alguien que legalmente pueda cumplir sus obligaciones. En este orden de ideas, parece que nuestra legislación se inclina más hacia la teoría materialista, toda vez que identifica al estado de cesación de

pagos solo con el hecho del incumplimiento sin considerar las causas del mismo, es decir ignora la situación patrimonial del deudor.

También podemos apreciar del contenido el precepto legal antes transcrito, que encierra una serie de presunciones y como tales admiten prueba en contrario, si bien es cierto, la Ley de Concursos Mercantiles omite señalar que dichas presunciones serán consideradas como ciertas salvo prueba en contrario, la naturaleza de las mismas así lo impone, puesto que de lo contrario dicho precepto resultaría violatorio de las garantías de audiencia y consecuentemente de las de legalidad y exacta aplicación de la Ley

En efecto, considero que si un acreedor pretende que al deudor comerciante se le declare en Concurso Mercantil, deberá demostrar a través de los medios de convicción adecuados, que aquél se encuentra dentro de alguno de los supuestos que cita la Ley para que pueda aceptarse que ha cesado en sus pagos, partiéndose así de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido.

Como base de ejemplo tomaré a la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de pagos que en su artículo 2º establecía lo siguiente:

"...Artículo 2.- Se presumirá salvo prueba en contrario, que el comerciante cesó en sus pagos, en los siguientes casos y en cualesquiera otros de naturaleza análoga:

I. - Incumplimiento general en el pago de sus obligaciones líquidas y vencidas.

II. - Inexistencia o insuficiencia de bienes en que trabar ejecución al practicarse un embargo por incumplimiento de una obligación o al ejecutarse una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

III. - Ocultación o ausencia del comerciante sin dejar al frente de su empresa alguien que legalmente pueda cumplir con sus obligaciones.

IV. - En iguales circunstancias que el caso anterior, el cierre de los locales de su empresa.

V. - La cesión de sus bienes en favor de sus acreedores.

VI. - Acudir a expedientes ruinosos, fraudulentos o ficticios para atender o dejar de cumplir sus obligaciones.

VII. - Pedir su declaración en quiebra.

VIII. - Solicitar la suspensión de pagos y no proceder ésta, o si concedida no se concluyó un convenio con los acreedores.

IX. - Incumplimiento de las obligaciones contraladas en convenio hecho en la suspensión de pagos.

La presunción a que alude este artículo se invalidará con la prueba de que el comerciante puede hacer frente a sus obligaciones líquidas y vencidas con su activo disponible..."

En este orden de ideas y de conformidad con lo dispuesto por la fracción II del artículo antes transcrito, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el comerciante cesó en sus pagos, cuando no se encuentren los bienes en que trabar ejecución, al practicarse un embargo, por incumplimiento de una obligación o al ejecutarse una sentencia pasada

en autoridad de cosa juzgada. Ahora bien, si la presunción de que se trata, no fuese destruida por prueba en contrario, rendida por el comerciante fallido, en la que demostrara que con su activo disponible, puede hacer frente a las obligaciones líquidas y vencidas, debía entonces estimarse procedente la declaración de quiebra por haberse acreditado, de acuerdo con el artículo 9o. de la ley citada, que obligaba a los que solicitaren la Quiebra del comerciante, aún el Ministerio Público, aprobar que el mismo se encontraba en las hipótesis contenidas en la citada de la fracción II .

Luego entonces pareciera que con la actual legislación retrocedemos, puesto que la tesis materialista fue abandonada desde hace 150 años, por excesivamente rigurosa, habida cuenta que, como ya manifestamos el deudor puede dejar de cumplir con una obligación por razones circunstanciales en un trasfondo de cumplimiento generalizado, además de que hoy día no contempla la posibilidad de que el deudor se defienda permitiéndole probar que no ha incumplido de manera generalizada en el pago de sus obligaciones, es más ni siquiera contempla que estas se encuentren vencidas y líquidas. Luego entonces, considero que nuestra Ley confunde términos como insolvencia, iliquidez y cesación de pagos, así como omite considerar uno por demás importante en el ámbito mercantil, la viabilidad, sin embargo esto será materia de análisis en el capítulo correspondiente a la crítica.

Encontré también que este presupuesto tiene sus excepciones, dado que existen casos en que la cesación de pagos no constituye en presupuesto fundamental para que se inicie el procedimiento concursal, un ejemplo lo tenemos en el artículo 14 de la Ley de Concursos Mercantiles donde se establece lo siguiente:

"...Artículo 14.- La declaración de Concurso Mercantil de una sociedad determina que los socios ilimitadamente responsables sean considerados para todos los efectos en Concurso Mercantil. La circunstancia de que los socios demuestren individualmente que pueden hacer frente al pago de las obligaciones de la sociedad no los eximirá de la declaración de concurso, a menos que tales socios, con medios propios, paguen las obligaciones vencidas de la sociedad.

El procedimiento se podrá iniciar conjuntamente en contra de la sociedad y en contra de los socios. Los procedimientos relativos a los socios se acumularán al de la sociedad, pero se llevarán por cuerda separada.

La declaración de Concurso Mercantil de uno o más socios ilimitadamente responsables, en lo individual, no producirá por sí sola la de la sociedad.

El Concurso Mercantil de una sociedad irregular provocará el de los socios ilimitadamente responsables y el de aquellos contra los que se pruebe que sin fundamento objetivo se tenían por limitadamente responsables..."

En este caso, el estado de cesación de pagos en que pudiesen estar o no los socios ilimitadamente responsables de la sociedad, no constituye requisito indispensable para que por determinación de la Ley sean declarados en Concurso Mercantil, lo mismo puede suceder en el caso de las sociedades controladoras y sus controladas, de donde se hace extensiva la declaración de Concurso Mercantil o de Quiebra en su caso, sin necesidad de que las controladas demuestren un estado de cesación de pagos. Por lo general estos casos acontecen en la Quiebra, por lo que la Doctrina le conoce como la extensión de la Quiebra.

Por otro lado, no obstante la importancia de este presupuesto, existen lamentables casos en nuestro derecho donde el mismo se subestima, pienso yo que por ignorancia, como ejemplo me permito transcribir un criterio emanado de un Tribunal Colegiado:

“SUSPENSIÓN DE PAGOS. NO ES REQUISITO PARA LA PROCEDENCIA DE SU DECLARACIÓN, LA CESACIÓN DE PAGOS EN QUE INCURRA EL COMERCIANTE. *La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos establece en sus artículos 6o., 394, 395 y 398 los requisitos para la procedencia de la declaración de suspensión de pagos, pero ninguno de los señalados preceptos legales contempla como requisito para la procedencia de la declaración de suspensión de pagos, la cesación de pagos en que incurra el comerciante, toda vez que únicamente prevén como requisito para la procedencia de dicha suspensión de pagos, que el comerciante presente su demanda ante el Juez competente debidamente firmada por sí, por su representante legal o por apoderado especial, en la que razone los motivos de su situación, y a la que acompañará: a) Los libros de contabilidad que tuviere obligación de llevar y los que voluntariamente hubiese adoptado; b) El balance de sus negocios; c) Una relación que comprenda los nombres y domicilios de todos sus acreedores y deudores, la naturaleza y el monto de sus deudas y obligaciones pendientes, los estados de pérdidas y ganancias de su giro durante los últimos cinco años; d) Una descripción valorada de todos sus bienes inmuebles y muebles, títulos-valores, géneros de comercio y derechos de cualquier otra especie; e) Una valoración conjunta y razonada de su empresa; y f) Una proposición de convenio preventivo que el comerciante haga a sus acreedores, así como la manifestación de la Cámara de Comercio o de Industria a la que se encuentre afiliado el comerciante o la solicitud dirigida a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la designación de la sociedad nacional de crédito que deba fungir como síndico.”⁵¹*

Considero que en este caso el Tribunal Colegiado se vio limitado en cuanto al conocimiento de los principios y presupuestos básicos del procedimiento Concursal, remitiéndose solamente a una mera transcripción de un precepto legal, bajo el principio de que si el Código no lo dice, entonces no es indispensable.

II.3. LAS PARTES Y ORGANOS EN EL PROCESO CONCURSAL.

Las partes juegan un papel fundamental en el origen y dinámica de los procedimientos Concursales, ya que independientemente de ser el motor de los mismos, sin la intervención de éstos simplemente no habría litis sobre la cual tuviese que resolver el juzgador y por consecuencia no habría juicio. Asimismo y como en todo procedimiento, en el Concursal los órganos encarnados por los funcionarios judiciales y los auxiliares en la administración de la justicia, deben reunir características especiales de acuerdo a la función que desempeñen dentro del proceso, de tal manera que su estudio resulta indispensable y por demás interesante, luego entonces a continuación procederemos a realizar una breve explicación de las partes y funcionarios que intervienen en la aplicación del Derecho Concursal, según los procedimientos que el mismo contempla para tal efecto.

Algunas legislaciones como la Argentina, han considerado la unificación de los Concursos civiles y mercantiles simplificando la determinación de la calidad que deben tener los sujetos que intervienen en el procedimiento Concursal. Nuestro Derecho continúa distinguiendo la existencia del Concurso Mercantil y del Civil, de tal manera que la calidad de los sujetos que intervienen en los mismos resulta diferente. A efecto de

⁵¹ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VII, Febrero de 1998. Tesis: I.8o.C.158 C. Página: 551.OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 43/97. Banco Nacional de México, S.A. de C.V. 28 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez.

evitar entrar en campos ajenos a la finalidad del presente trabajo, solo me ocuparé del estudio de los sujetos que intervienen en el Concurso Mercantil.

1. ¿Partes o Sujetos?

La doctrina se ha enfocado al análisis de la intervención que tiene el comerciante como deudor común y los acreedores en el procedimiento Concursal, algunas corrientes señalan que en realidad no se les puede considerar como partes para efectos Concursales sino simplemente como sujetos del mismos, otras señalan que solo el deudor puede tener la dualidad de ser sujeto y parte negando que dicha característica la puedan tener los acreedores, ya que estos solo son sujetos y por último existen teorías que afirman que ambos son sujetos y parte dentro del proceso Concursal.

La polémica surge a partir de la identificación que se hace sobre la finalidad del procedimiento, así tenemos que en el procedimiento ejecutivo de quiebra el sujeto pasivo es el deudor en virtud de ser el titular de los bienes que conformaran la masa de la quiebra y que dicha masa será precisamente el objeto de la ejecución, luego entonces la finalidad del procedimiento será la ejecución del patrimonio del deudor, convirtiéndole en sujeto pasivo.

No obstante lo anterior, se afirma que el deudor tiene inherentes todos los derechos que la ley le concede para oponerse a dicha ejecución, tal y como ocurre en un procedimiento de ejecución individual, consecuentemente se vuelve parte en el procedimiento. Luego entonces, el deudor tiene la calidad de sujeto y parte en el procedimiento.

Por otra parte, los acreedores no pueden constituirse en parte dentro del procedimiento Concursal, puesto que el mismo tiene como destinatarios a los acreedores habida cuenta de que son ellos los titulares de los intereses que se deben satisfacer a través de la ejecución del patrimonio del deudor, de tal manera que solo se constituye en un sujeto activo en la Quiebra. Aunque esto también acontece en una ejecución individual, de tal manera que por que no podría tener el carácter de parte.

Mi criterio se encamina a reconocer la dualidad de sujeto y parte tanto al deudor como al acreedor, puesto que finalmente el procedimiento Concursal es un juicio, lato sensu, y como tal implica tanto el ejercicio de una acción (actor), como aquel en contra de quien se ejerce (demandado), y obviamente como todo proceso implica la participación de por lo menos dos partes, cuyos intereses se contraponen, dando origen a un principio procesal denominado de contradicción (litis). Asimismo, resulta incuestionable que el deudor como titular del patrimonio afectado por la Concursalidad deviene en sujeto pasivo y el acreedor sujeto activo, por ser el destinatario del proceso habida cuenta de la titularidad de los intereses que se deberán satisfacer en el mismo.

Sin embargo, en nuestra actual legislación ocurre un caso curioso, donde solo el deudor puede tener el carácter de ambivalencia al ser parte y sujeto en el procedimiento y el acreedor solo sujeto, esto ocurre al momento en que un comerciante solicita como titular de un patrimonio insolvente, su declaración en Concurso Mercantil.

Como parte el comerciante activará al órgano Concursal para que actúe y emita una resolución en la cual los acreedores no fungirán como parte, sino como meros sujetos cuyos intereses deberán ser satisfechos en virtud del proceso Concursal.

He manifestado que mi criterio se inclina hacia la teoría de la dualidad en el comerciante y en los acreedores, coincidiendo con autores como Candiani quien sostiene categóricamente, que tanto los acreedores como el quebrado son partes en la quiebra, y al efecto nos dice resumiendo, que son partes en la quiebra, "...a) el quebrado; b) y los acreedores concurrentes. El quebrado como sujeto pasivo de la ejecución colectiva. Los acreedores como intervinientes, sujetos a un tiempo de los intereses y del proceso..."⁵²

Por lo antes expuesto, prefiero denominar tanto al comerciante como a los acreedores, partes dentro del procedimiento Concursal, puesto que su calidad como sujetos considero queda definida en base a los principios rectores del procedimiento como los de universalidad y concurrencia.

a. El Comerciante.

La solicitud, demanda o pretensión para ser declarado en Concurso Mercantil, debe ser formulada por el comerciante, las personas que no son comerciantes no pueden solicitar que se les declare en Concurso Mercantil, este procedimiento es derecho exclusivo de los comerciantes.

De acuerdo a lo anterior, compete al promovente acreditar su carácter de comerciante para ser declarado en Concurso Mercantil, la misma ley establece una serie de requisitos que son propios de la actividad mercantil, como los son los estados financieros, los libros contables y otros como lo puede ser el registro ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando se trata de una sociedad mercantil, por su propia naturaleza se entiende que es un comerciante, puesto que por ministerio de Ley, las sociedades mercantiles tienen como actividad primordial la celebración de actos de comercio.

La Ley de Concursos Mercantiles señala en su artículo 9° lo siguiente:

"...Artículo 9.- Será declarado en Concurso Mercantil, el Comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones.

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

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

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

⁵² BRUNETTI, Antonio. *"Tratados de las Quiebras"*. Edt. José Porrúa Hnos. México 1945. 336 Pp. Pág. 169

De lo anterior se colige que solo podrá ser declarado en Concurso Mercantil aquel que tenga la calidad de comerciante, convirtiéndose así, de cierto modo, la calidad de comerciante, por parte del deudor común, en un presupuesto procesal para que el Juez pueda decretar la apertura del proceso.

La Ley de Concursos Mercantiles, define al comerciante como a la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio. Este concepto comprende al patrimonio fideicomitado cuando se afecte a la realización de actividades empresariales. Igualmente, comprende a las sociedades mercantiles controladoras o controladas a que se refiere el artículo 15 de la citada Ley.

Por su parte el Código de Comercio señala en sus artículos 3° y 75, lo siguiente:

“...Artículo 3.- Se reputan en derecho comerciantes:

I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Artículo 75.- La ley reputa actos de comercio:

I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;

III. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;

IV. Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;

V. Las empresas de abastecimientos y suministros;

VI. Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;

VII. Las empresas de fábricas y manufacturas;

VIII. Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo;

IX. Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas;

X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;

XI. Las empresas de espectáculos públicos;

XII. Las operaciones de comisión mercantil;

XIII. *Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;*

XIV. *Las operaciones de bancos;*

XV. *Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;*

XVI. *Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;*

XVII. *Los depósitos por causa de comercio;*

XVIII. *Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;*

XIX. *Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;*

XX. *Los valores u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;*

XXI. *Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;*

XXII. *Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;*

XXIII. *La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;*

XXIV. *Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.*

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial..."

En este orden de ideas, no basta que una persona lleve a cabo actos de los enumerados por el citado artículo 75, sino que de acuerdo al artículo 3º, deberán constituir los actos de comercio su ocupación ordinaria, es decir, si una persona celebra la compraventa de una casa, eso no lo vuelve comerciante, a menos que subsistiera de la venta de inmuebles o que esa fuera su actividad habitual y ordinaria, en este caso estaríamos hablando de un corredor de bienes raíces o bien de una inmobiliaria. Luego entonces, si el deudor común no se encuentra investido de la calidad de comerciante, el juez no podrá declararlo en Concurso Mercantil. De lo anterior, se desprende la legitimación activa del solicitante.

Sobre la calidad de comerciante señala el autor Joaquín Torres: "...Son comerciantes individuales o sociales quienes realizan de modo habitual o profesionalmente una actividad comercial, industrial o de servicios con ánimo de lucro y en nombre propio. Sin este último requisito serían comerciantes los factores y representantes legales; la condición de comerciante o empresario requiere no sólo de la actividad también un dato de significación jurídica no exigido en el artículo 1 del Código de Comercio consiste en el ejercicio del comercio en nombre propio y en la atracción hacia el titular de la empresa de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial, y esto hace que el administrador sólo sea comerciante en sentido vulgar o puramente económico por no actuar en su propio nombre sino en el de la sociedad..."⁶³

⁶³ TORRES, de Cruells Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 33.

Finalmente, se corrobora la dualidad del comerciante como parte y sujeto en el procedimiento Concursal, dado que es parte en la medida que el Concurso es un procedimiento judicial de carácter ejecutivo y es sujeto por que el Concurso Mercantil busca como última alternativa liquidar el patrimonio del que es titular.

b. Los Acreedores.

El tratadista Joaquín Torres de Cruells, comenta sobre los acreedores: *"...el titular del derecho de crédito es, en sentido estricto, la parte activa de la relación de obligaciones. Y podemos definir el derecho de crédito como la pretensión que asiste a una persona -acreedor- para exigir de otra -deudor- una determinada prestación..."*⁵⁴ Luego entonces, toda aquella persona que tienen un adeudo a cargo del comerciante sujeto a Concurso es un acreedor Concursal y de acuerdo con el principio de universalidad estos deben acudir al procedimiento para hacer valer sus derechos, demandando el pago de su crédito.

La diferencia entre un juicio ejecutivo individual y un ejecutivo colectivo como lo es la Quiebra, no radica en lo cuantitativo, sino en lo cualitativo. En efecto en la ejecución individual el acreedor actúa de manera personal haciendo valer su propia acción y buscando en la Ley su satisfacción privada, al momento en que se declara la Quiebra, la acción no es únicamente suya, ni su desarrollo depende solo de él y no solo vera satisfecho su interés personal, acontece entonces que su acción se convierte en un título ejecutivo compartido con otros acreedores.

Sobre el particular el autor Julio César Rivera dice: *"... Camelutti ha llegado a hablar de que, en la quiebra, se produce una especie de sustitución de los acreedores, y que tal sustitución produce, a la par, una especie de expropiación del crédito de cada uno de ellos. Adviértase bien, no obstante: al acreedor le sigue concerniendo el interés de su crédito; lo que sucede es que la protección del mismo, y su ejercicio han pasado a los órganos públicos de la quiebra..."*⁵⁵

Los efectos antes señalados, devienen del principio universal de la igualdad de los acreedores, puesto que no obstante el interés particular de cada acreedor, estos deberán sujetarse como si se tratara de un interés común a las reglas que marca el proceso Concursal para la recuperación de sus adeudos.

Ahora bien, de conformidad con la naturaleza de los créditos la ley distingue a unos acreedores de otros, con lo que se originan dos clases de acreedores en el procedimiento Concursal, a saber, los Concursales y los Concurrentes, la actual Ley de Concursos Mercantiles carece de un concepto concreto de acreedor, solo se limita a señalar en la fracción I de su artículo 4º, que serán acreedores reconocidos, aquéllos que adquieran tal carácter por virtud de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Finalmente la sentencia en comento tendrá que reconocer la calidad y naturaleza del acreedor, otorgándole un grado de prelación y derecho al pago del crédito que sea reconocido en virtud de la misma.

⁵⁴ TORRES, de Cruells Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 67.

⁵⁵ RAMIREZ, José A. *Op. Cit.* Pág. 62.

Así pues encuentro que los acreedores concurrentes, son aquellos cuyos créditos han sido graduados en la sentencia de reconocimiento como simples o quirografarios por operaciones mercantiles, pagándose a prorrata sin distinción de fechas y con los demás de su clase. Obviamente estos acreedores están obligados a participar en la votación de los convenios convirtiendo su derecho expectante en algo físico y real, se les aplica de manera íntegra el principio de la *par conditio creditorum*, participando por consecuencia en la comunidad de pérdidas.

En cuanto a los acreedores Concursales, son todos aquellos que tienen un derecho de crédito en contra del deudor común, pero que tienen un derecho de abstención dentro del procedimiento y en consecuencia no están obligados a concurrir a la junta para la aprobación del convenio, pero esto no le impide hacer valer la preferencia derivada de su crédito. Un acreedor Concursal se convierte en concurrente al momento en que participa de la votación y aprobación o no del convenio. De aquí surgen también los denominados acreedores de dominio o separatistas, sobre estos comenta el tratadista Joaquín Rodríguez Rodríguez lo siguiente:

"...la posición jurídica de los titulares de acciones separatorias denominados en la antigua técnica "acreedores de dominio"...no son acreedores concurrentes, sino simplemente acreedores concursales en el sentido de que su acción de separación tienen que hacerse valer dentro del procedimiento de quiebra; pero reconocidos sus derechos en la sentencia que ponga fin al incidente correspondiente, debe procederse a la entrega de los bienes sobre los que se ha hecho valer la separación, sin que tengan que esperar para nada a la sentencia de reconocimiento, ya que esta afecta a los créditos que han de pagarse con los bienes de la masa y las acciones separatorias se ejercen precisamente sobre bienes que no son de la masa, aunque hayan sido comprendidos en la misma..."⁶⁶

Los artículos 156 y 165, de la Ley de Concursos Mercantiles corroboran la existencia de los acreedores Concursales y concurrentes.

"...Artículo 156.- Podrán suscribir el convenio todos los Acreedores Reconocidos con excepción de los acreedores por créditos fiscales y los laborales en relación con lo dispuesto en la fracción XXIII del apartado A del artículo 123 constitucional y en esta Ley.

Para suscribir el convenio, no será necesario que los acreedores se reúnan a votar.

Artículo 165.- El convenio aprobado por el juez obligará:

I. Al Comerciante;

II. A todos los Acreedores Reconocidos comunes;

III. A los Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial que lo hayan suscrito, y

IV. A los Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial para los cuales el convenio haya previsto el pago de sus créditos en los términos del artículo 158 de esta Ley.

La suscripción del convenio por parte de los Acreedores Reconocidos con garantía real o con privilegio especial, no implica la renuncia a sus garantías o privilegios, por lo que subsistirán para garantizar el pago de los créditos a su favor en los términos del convenio..."

⁶⁶ RODRIGUEZ, Rodríguez Joaquín. *Op. Cit.* Pág.274.

En consecuencia, tendremos dos bandos de acreedores, aquellos que cuentan con el derecho de abstención y los que no lo tienen, es decir habrá acreedores que solo tendrán la calidad de sujetos en el procedimiento Concursal, mientras otros serán sujetos y partes.

En cuanto a su actuación, la Ley de Concursos Mercantiles establece que los acreedores podrán solicitar el reconocimiento de sus créditos dentro de los 20 días naturales siguientes a la fecha en que se efectúe la última publicación de la sentencia de Concurso Mercantil.

Podrá demandar la declaración de Concurso Mercantil del comerciante cualquiera de sus acreedores. La demanda que presente el acreedor, deberá acompañarse de:

- I. Prueba documental que demuestre que tiene tal calidad;
- II. El documento en que conste de manera fehaciente que se ha otorgado la garantía a la que se refiere el siguiente artículo, y
- III. Los documentos originales o copias certificadas que el demandante tenga en su poder y que hayan de servir como pruebas de su parte.

Los documentos que presente posteriormente a la solicitud de declaración no le serán admitidos, salvo tratándose de los que sirvan de prueba contra las excepciones alegadas por el Comerciante, los que fueren posteriores a la presentación de la demanda y aquéllos que, aunque fueren anteriores, manifieste el demandante, bajo protesta de decir verdad, que no tenía conocimiento de ellos al presentar la demanda.

Si el demandante no tuviera a su disposición los documentos a que se refiere este artículo, deberá designar el archivo o lugar en que se encuentran los originales, para que, antes de darle trámite a la demanda, a costa del demandante, el juez mande expedir copia de ellos.

c. El Ministerio Público.

Considerando la representación social que implica la naturaleza de la actuación del Ministerio Público, resulta innegable su carácter de parte dentro del procedimiento Concursal. Como ya hemos manifestado, el procedimiento Concursal es de orden público y sobre sale el interés que el Estado tiene en el mismo, de tal manera que su representación queda debidamente encamada en la figura del Ministerio Público quien bajo el carácter de parte, su actúa en el proceso enfocado a la vigilancia y protección de los intereses generales y del cumplimiento de las obligaciones procesales del Concursado, previniendo y evitando la comisión de actos que pretendan vulnerar el interés social, como podrían ser aquellos tendientes a efectuar fraudes de carácter procesal, por ejemplo el pago de acreedores sin derecho, así como los delitos que por comisión u omisión tanto de los órganos encargados de la impartición de justicia, como de sus auxiliares, pudiesen surgir dentro del procedimiento.

Tan relevante resulta, en teoría, la intervención del Ministerio Público dentro del procedimiento Concursal que es el quien puede solicitar la declaración en Concurso Mercantil o la Quiebra del comerciante deudor, asimismo, está legitimado para actuar

dentro del procedimiento en defensa del interés público, lo que le da plena calidad de parte, ésta intervención deviene del Derecho Concursal Español y es adoptada por nuestro Derecho desde la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943.

El autor José Ramírez, comenta acerca de la intervención del Ministerio público en el Derecho Español señalando que el deudor, los acreedores y los terceros afectados no constituyen la generalidad de las partes en el proceso de Quiebra y que si bien es cierto para estas partes el proceso Concursal les corresponde un carácter privado, también es cierto que el procedimiento tiene una importancia de orden público, "...o sea, el que corresponde a los supremos intereses del Estado. Precisamente por ello actúa también en la quiebra como parte el Ministerio Fiscal, también llamado ministerio público, siquiera su actuación se limite a las piezas de calificación de la quiebra y de rehabilitación del quebrado..."⁵⁷

Otros autores como Miguel Ángel Hartasánchez señalan sin contradecir la naturaleza que justifica la actuación del Ministerio Público como parte en el procedimiento Concursal: "...No debe tener una actividad particularmente activa, debiendo observar una prudente abstención en los casos en que no se afecte el interés social o público y por ello su actividad debe enmarcarse, y aun limitarse, a las situaciones que afecten intereses públicos, entre ellos el proceso..."⁵⁸

Dentro de la Ley de Concursos Mercantiles, objeto de estudio de este trabajo, encuentro preceptos concretos que regulan la actuación del Ministerio Público como parte en el procedimiento Concursal.⁵⁹

d. Los Interventores.

Son según la Ley de Concursos Mercantiles, son los representantes forzosos de los intereses de los acreedores, puesto que se constituyen en el órgano de vigilancia del conciliador, del síndico y del comerciante en la administración de la empresa, el Derecho de nombrar interventor se concede al acreedor o grupo de acreedores que representen

⁵⁷ RAMIREZ, José A. *Op. Cit.* Pág. 356.

⁵⁸ HARTASANCHEZ, Noguera Miguel Angel. *Op. Cit.* Pág 94.

⁵⁹ Artículo 21.- Podrán demandar la declaración de Concurso Mercantil cualquier acreedor del Comerciante o el Ministerio Público. Si un juez, durante la tramitación de un juicio mercantil, advierte que un Comerciante se ubica en cualquiera de los supuestos de los artículos 10 u 11, procederá de oficio a hacerlo del conocimiento de las autoridades fiscales competentes y del Ministerio Público para que, en su caso, este último demande la declaración de Concurso Mercantil...

Artículo 41.- El juez al día siguiente de aquel en que reciba el dictamen del visitador lo pondrá a la vista del Comerciante, de sus acreedores y del Ministerio Público para que dentro de un plazo común de diez días presenten sus alegatos por escrito, y para los demás efectos previstos en esta Ley.

Artículo 44.- Al día siguiente de que se dicte sentencia que declare el Concurso Mercantil, el juez deberá notificarla personalmente al Comerciante, al Instituto, al visitador... Al Ministerio Público se le notificará por oficio...

Artículo 48.- La sentencia que declare que no es procedente el Concurso Mercantil, ordenará que las cosas vuelvan al estado que tenían con anterioridad a la misma... La sentencia deberá ser notificada personalmente al Comerciante... Al Ministerio Público se le notificará por oficio.

Artículo 49.- Contra la sentencia que niegue el Concurso Mercantil, procede el recurso de apelación en ambos efectos, contra la que lo declare, procede únicamente en el efecto devolutivo.

Podrán interponer el recurso de apelación... el Ministerio Público.

Artículo 133.- El juez, al día siguiente de que dicte sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos la notificará... y al Ministerio Público mediante publicación en el Boletín Judicial o por los estrados del juzgado.

Artículo 136.- Podrán apelar a la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos por sí o por conducto de sus representantes... o el Ministerio Público.

Artículo 266.- La sentencia de terminación del Concurso Mercantil será apelable por el... y el Ministerio Público ...

por lo menos el 10 % del monto de los créditos, lo que implica que pueden haber hasta diez interventores en un solo procedimiento lo que desde luego no propicia mucho la simplificación que busca la nueva Ley.

Para ser designado interventor no es necesario ser acreedor, la solicitud del acreedor o acreedores que deseen designar Interventor deberá ser dirigida al juez, a efecto de que este apruebe el nombramiento correspondiente. Los interventores podrán ser sustituidos o removidos por quienes los hayan designado.

Dispone el artículo 64 de la Ley de Concursos Mercantiles que los Interventores tendrán las facultades siguientes:

"...I. Gestionar la notificación y publicación de la sentencia de Concurso Mercantil;

II. Solicitar al conciliador o al síndico el examen de algún libro, o documento, así como cualquier otro medio de almacenamiento de datos del Comerciante sujeto a Concurso Mercantil, respecto de las cuestiones que a su juicio puedan afectar los intereses de los acreedores;

III. Solicitar al conciliador o al síndico información por escrito sobre las cuestiones relativas a la administración de la Masa, que a su juicio puedan afectar los intereses de los acreedores, así como los informes que se mencionan en el artículo 59 de esta Ley, y

IV. Las demás que se establecen en esta Ley..."

2. Los Órganos:

Como anteriormente señalé, el Derecho Concursal es un ordenamiento fundamentalmente de carácter adjetivo, de tal manera que se encuentra constituido en su mayoría por normas de carácter procesal y para que un proceso exista es indispensable que la actividad generada en virtud del mismo sea dirigida por un sujeto que se encuentre colocado por encima de las partes a efecto de que las mismas queden subordinadas, en cuanto a su actuación, a la verificación del sujeto, puesto que éste representará al poder público. La concepción de un proceso exige que su desarrollo y contenido sea verificado por el Estado quien atenderá esta función mediante órganos destinados específicamente a realizarla.

Así tenemos que los órganos que se encargan de la función de vigilar el desarrollo del proceso, mediante el poder que el Estado les otorga para tal efecto, recibe el nombre de jurisdicción, la cual actúa en el proceso con la finalidad de que se respete el estado subjetivo del Derecho que resulta sustancial a las partes.

Por otra parte, no se debe olvidar que la última alternativa, que como solución al problema de la insolvencia, ofrece el Derecho Concursal es la de liquidar un patrimonio para efectuar el pago de las deudas a cargo de su titular, lo que requiere de una administración que facilite los fines del procedimiento, de tal manera que surge la necesidad de crear órganos idóneos y capaces de llevara cabo dicha finalidad.⁶⁰

⁶⁰ RIVERA, Julio César. *Op. Cit.* Pág. 259.

Señala sobre el particular el profesor argentino Julio César Rivera, confrontando la obra de Satta: *"...En virtud del carácter colectivo de la ejecución por quiebra, que abarca todo el patrimonio del deudor, se hace necesaria, por tanto, una administración y una liquidación del mismo, a los fines de la satisfacción de todos los acreedores, requiere la constitución de órganos particulares, totalmente desconocidos por el proceso de ejecución singular..."*

En este orden de ideas, es clara la imperiosa necesidad de órganos que dentro del procedimiento lleven a cabo las funciones que constituyen al finalidad del mismo, obviamente que no se puede omitir al órgano rector y sancionador del proceso.

En el proceso Concursal regulado por la Ley de Concursos Mercantiles los órganos se encuentran constituidos por, el Juez, los Interventores, el Visitador, el Síndico y el Conciliador que es designado por un organismo de orden federal, denominado Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, todos estos órganos constituyen a mi parecer un complejo engranaje administrativo y burocrático cuya manutención por parte del Estado no se encuentra debidamente justificada, tal y como lo veremos a continuación y según señale sus funciones.

a. El Juez.

El Juez es el elemento central del procedimiento de Quiebra, se señalaba en la exposición de motivos de la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, en la actual Ley de Concursos Mercantiles la importancia que tiene el Juez como rector del procedimiento continua vigente.

Tomando en consideración el carácter de orden público que el legislador le ha dado el procedimiento Concursal, el juez es el órgano principal de esta; la primera autoridad en el procedimiento.

En virtud de ser el juez el elemento central del procedimiento, es en él en quien recaen las facultades de la dirección y jurisdicción del procedimiento Concursal, constituyéndose de esta forma en un verdadero órgano del Juicio Concursal, puesto que toma bajo su cargo el procedimiento, dicta las resoluciones que lo regulan y resuelve las controversias que en él se suscitan y vigila su desarrollo. Esto lo conduce a desempeñar funciones no solo judiciales sino que también de carácter administrativas.

En este orden de ideas, el Juez no solo se encarga de dirigir el procedimiento, resolver jurisdiccionalmente todas las controversias que se susciten o formen parte del Concurso, sino que además atiende la parte administrativa del asunto, y esto es lo que lo hace ser el órgano más importante del procedimiento.

Por citar algunos ejemplos de las funciones del Juez, tenemos que en cuanto a las de carácter puramente judicial la declaración del comerciante en Concurso Mercantil o en Quiebra, el reconocimiento y graduación de los créditos y las cuestiones sobre la oposición al convenio, constituyen las resoluciones más importantes.

Las medidas precautorias y las medidas que prosigan a la declaración de quiebra, como lo son la recepción de inventarios y balances del fallido, así como verificar la toma de posesión del síndico, autorizar gastos extraordinarios y la aprobación del convenio, constituyen entre muchas otras las funciones administrativas del Juez.

La Ley de Concursos Mercantiles en su artículo séptimo no hace una enumeración de las funciones del juez dentro del procedimiento y solo se limita señalar que el mismo será el rector del procedimiento, con las facultades necesarias para dar cumplimiento a lo que la Ley establece. Lo cierto es que las funciones del Juez dentro del procedimiento no se limitan a una mera enumeración de las mismas, pero según nuestro parecer el artículo en comento resulta incompleto, puesto que el Juez no solo tiene la función de dirigir el procedimiento, sino de juzgarlo, la figura de rector en el procedimiento deviene del Derecho Anglosajón, aplicada extralógicamente, ya que nuestro Derecho no contempla la existencia de un órgano deliberante como el Jurado integrado por ciudadanos.

En nuestro derecho todo ordenamiento procesal, como la Ley de Concursos Mercantiles, tiene como regla general que el órgano judicial del proceso dirima los conflictos emanados de una relación jurídica, ya sea constituyendo o declarando la existencia de un Derecho de una de las partes sobre la otra.

Por otra parte, el autor Joaquín Torres al hablar sobre las limitaciones del órgano jurisdiccional manifiesta que este *"...no puede llenar todas las funciones, máxime en un proceso de tanta complicación administrativa como el concursal, en el que se incapacita al deudor y al mismo tiempo continúa su actividad negocial o su empresa. No es que se dude de la honestidad fundamental de la Jurisdicción que, como toda la actuación del Estado proesumitur bona donec probetur mala, sino que, incluso para garantizar su absoluta independencia, deben colocarse bajo su autoridad otros órganos que actúen con autonomía y sin interferir en la actividad procesal..."*⁶¹

Bajo esta premisa paso al análisis a los órganos auxiliares del Juez en el proceso Concursal.

b. El Conciliador.

El supuesto que da origen a la figura del Conciliador se sustenta en el hecho de fungir como amigable componedor entre el comerciante y sus acreedores, con lo cual, se evitaría restringir las posibilidades de solución en caso de llegar a un convenio, asimismo no evitaría la necesidad de que los acreedores tuviesen que congregarse físicamente a votar el posible convenio ni cualquier otro aspecto en el que deban expresar su voluntad.

Por otra parte, en el Derecho Positivo Mexicano la conciliación por lo general tiene lugar con antelación a que se emita la resolución del juicio y la misma es dirigida por un Funcionario Judicial, ya sea Secretario de Acuerdos o el Juez, cuando es conducida por un tercero particular, casi siempre se trata de un arbitraje, incluso algunos Juzgados tienen implementada la figura de Secretario Conciliador y su finalidad es la de lograr un acuerdo entre las partes a efecto de evitar el procedimiento judicial.

En la Ley de Concursos Mercantiles, el Conciliador aparece como una figura cuyas funciones poco tienen que ver con la búsqueda de un arreglo entre las partes contendientes en juicio, aunado a que este comienza su actividad después de haberse dictado sentencia, ya que es en la resolución donde se ordena su designación.⁶²

⁶¹ TORRES, de Cruells Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 92.

⁶² Artículo 43.- La sentencia de declaración de Concurso Mercantil, contendrá...

Al igual que el visitador, el Conciliador podrá auxiliarse del personal que desee, puesto que la Ley tampoco lo limita en ese aspecto, este cargo también puede ser impugnado ante el juez por el comerciante en casos justificados, y tendrá las obligaciones y facultades que expresamente le confiere la Ley. La impugnación del nombramiento no impedirá que entre en funciones.

Así, el Conciliador es designando también por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, a solicitud del juez Concursal quien así lo ordena en la sentencia de Concurso Mercantil, como mencioné sus funciones distan mucho de buscar un arreglo entre las partes en litigio.

Entre otras las funciones del Conciliador son; inscribir la sentencia de Concurso Mercantil en los Registro Públicos correspondientes, publicar un extracto de la sentencia en el Diario Oficial y en el periódico de mayor circulación de la entidad donde se declare el Concurso. Es preciso hacer notar que estas funciones las venía desempeñando en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos la sindicatura, órgano que no desaparece, solo se limitan sus funciones a la Quiebra,

Así el Conciliador puede ser una figura para la etapa de conciliación que posteriormente y en caso de Quiebra se transformará en síndico, considero que indirectamente implica aumentar el aparato burocrático dentro del procedimiento y consecuentemente un mayor gasto para la masa.

Por otra parte, cuando el comerciante continué con la administración de su negocio, el Conciliador se convertirá en el vigilante de sus operaciones y contabilidad y a su vez será vigilado por los interventores, es decir que el vigilante será vigilado, demasiada vigilancia creo yo.

Otras actividades del conciliador, que tampoco son propias de una conciliación son, decidir sobre resoluciones de contratos pendientes, aprobar contrataciones de nuevos créditos, constituir garantías y vender activos, de esos actos, el Conciliador tendrá que dar cuenta al juez. El Conciliador junto con el deudor común podrán considerar la conservación o cierre de la empresa, el Conciliador podrá convocar a los accionistas y solicitar la remoción de la administración. Asimismo, deberá rendir bimestralmente ante el juez un informe de las labores que realice en la empresa del comerciante y deberá presentar un informe final sobre su gestión. Todos los informes serán puestos a la vista del comerciante, de los acreedores y de los interventores por conducto del juez.

Ante el Conciliador se presentarán las solicitudes de reconocimiento de créditos, por lo que deberá elaborar un listado de los mismos en un formato y por último la función que posiblemente justifique su denominación, lograr que el deudor común y sus acreedores lleguen a un convenio que de ser aprobado dará por concluido el Concurso Mercantil en un teórico término de 185 días naturales contados a partir de la última publicación de la sentencia de Concurso.

...IV. La orden al Instituto para que designe al conciliador a través del mecanismo aleatorio previamente establecido, junto con la determinación de que, entretanto, el Comerciante, sus administradores, gerentes y dependientes tendrán las obligaciones que la ley atribuye a los depositarios...

c. El Visitador.

De reciente creación, la figura del Visitador dentro del procedimiento Concursal es de carácter eminentemente administrativa y es tomada de disposiciones que tienen igual carácter como las regulaciones procesales en materia fiscal, sus funciones se encuentran reguladas en el capítulo IV de la Ley de Concursos Mercantiles, la cual no proporciona una definición de ésta figura. Según mi opinión, el Visitador es precisamente un órgano de fiscalización que de acuerdo a la Ley cuenta con las facultades suficientes para realizar verdaderas pesquisas sobre los documentos privados del comerciante bajo el pretexto de establecer si verdaderamente se encuentra en los supuestos del incumplimiento generalizado de sus obligaciones y ser susceptible de la declaración de Concurso.

En efecto, el Visitador es designado por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, a solicitud del juez Concursal para que efectúe una inspección en los libros contables, estados financieros, bienes, créditos, interrogando a su personal y asesores externos, del comerciante a efecto de determinar si éste se haya en los supuestos que marca la Ley para ser declarado en Concurso Mercantil, para lo cual contara con un término de quince días naturales, susceptible de prorrogarse por un plazo igual para rendir su dictamen por escrito al juez.

Los Visitadores, podrán auxiliarse del personal que desee, puesto que la Ley no los limita en ese aspecto, ya que señala que podrán contratar a los auxiliares que estimen necesarios para el ejercicio de sus funciones lo que no implicará, en ningún caso la delegación de sus responsabilidades, dicho cargo puede ser impugnado ante el juez por el comerciante en casos justificados, y tendrán las obligaciones y facultades que expresamente les confiere la ley. La impugnación del nombramiento no impedirá que entre en funciones,

Obviamente el pago de los honorarios tanto del Visitador como de sus auxiliares, correrá a cargo de quien lo solicite o como última instancia de la masa y se deberán garantizar al momento de la solicitud que haga ya sea el comerciante deudor o el acreedor, se exceptúa de esta garantía al Ministerio Público.

El Visitador, no solo podrá determinar a través de su dictamen si el comerciante debe ser declarado en Concurso Mercantil, también podrá solicitar la implementación, modificación o levantamiento de providencias precautorias tales como: la prohibición de hacer pagos de obligaciones vencidas con anterioridad a la fecha de admisión de la solicitud o demanda de Concurso Mercantil, la suspensión de todo procedimiento de ejecución contra los bienes y derechos del comerciante, la prohibición al comerciante de realizar operaciones de enajenación o gravamen de los bienes principales de su empresa, el aseguramiento de bienes, la intervención de la caja, la prohibición de realizar transferencias de recursos o valores a favor de terceros, la orden de arraigar al Comerciante, para el solo efecto de que no pueda separarse del lugar de su Domicilio sin dejar, mediante mandato, apoderado suficientemente instruido y expensado. Cuando quien haya sido arraigado demuestre haber dado cumplimiento a lo anterior, el juez levantará el arraigo, y cualesquiera otras de naturaleza análoga.

En virtud de lo anterior, la actuación del Visitador ha despertado severas críticas entre los especialistas, puesto que al amparo de las funciones que establece la Ley de Concursos Mercantiles, se le confiere un enorme poder para determinar el destino de una negociación, lo que por supuesto se presta a casos de corrupción, asimismo, su actuación

también se presta a ser señalada como violatoria de normas y principios constitucionales, lo cual analizaremos en su momento.

d. El Síndico.

El autor Julio César Rivera, define al Síndico Concursal como: *“...Aquel que actúa en el concurso preventivo hasta la homologación del acuerdo, salvo en los pequeños concursos en que interviene también durante la etapa de cumplimiento del acuerdo. Y en la quiebra durante todo el proceso...”*⁶³

Por su parte, el tratadista Joaquín Garrigues, señala: *“... Su carácter es el de representante de la masa de acreedores de la quiebra y administradores legales de su patrimonio...”*⁶⁴

Al respecto también comenta el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez: *“...El síndico es el representante del Estado que realiza una función pública; ejercer tutela que corresponde al Estado en la liquidación o mantenimiento de una empresa que se encuentra en una situación económica anormal...”*⁶⁵

Hasta la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, el Síndico tenía como funciones primordiales, ser un vigilante del comerciante en Suspensión de Pagos y el administrador de los bienes en caso de Quiebra. Bajo este esquema, la actuación del Síndico quedaba limitada, en el caso de la Suspensión de Pagos, a la verificación y observancia operativa de la empresa, teniendo como obligación informar de manera trimestral al juez de las incidencias y circunstancias que se tuvieran lugar en la negociación durante el proceso. Tratándose de Quiebra, su actuación se enfocaba a la administración y liquidación del patrimonio del fallido.

En la exposición de motivos de la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos se determinó que el síndico es un órgano de Derecho público, tal y como se desprende de la transcripción que de la citada exposición de motivos hago a continuación:

“En el sistema en que se propugna es evidente que la sindicatura es un representante del estado en la liquidación o mantenimiento de una empresa. Su carácter de funcionario resulta en función de su nombramiento, que puede ser hecho por el juez, en cumplimiento de funciones típicamente administrativas, en la protección que la Ley le concede mientras desempeña el cargo, en la sanción penal por los delitos que pueda cometer durante su gestión.”

Al respecto el tratadista Antonio Brunnetti, dice: *“...El síndico forma parte del organismo administrativo de la Quiebra; más exactamente, es el órgano ejecutivo del procedimiento concursal. Su posición es de Derecho público, en cuanto desempeña una función pública, tanto es así que la ley lo califica de funcionario público. Lo designa el Estado y por medio del Tribunal lo nombra, lo vigila y lo revoca, si fuera necesario, por consiguiente sus atribuciones constituyen otros tantos poderes-deberes de su función. No quieto esto que su función sea destacada incluso en el campo del Derecho privado en el*

⁶³ RIVERA, Julio César. *Op. Cit.* Pág. 148.

⁶⁴ TORRES, de Cruells Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 99.

⁶⁵ RODRÍGUEZ, Rodríguez. Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 125.

*que la función de administrador de los bienes de la masa le atribuye derechos análogos a los del secuestatario judicial...*⁶⁶

A la luz de la Ley de Concursos Mercantiles, el Síndico solo interviene a partir de la declaración de Quiebra⁶⁷, en la etapa de conciliación quien ejerce funciones similares es el conciliador, mismo que posteriormente en caso de Quiebra podrá ser designado por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, o en su defecto, dicho organismo podrá designar un sujeto diferente como Síndico y el conciliador deberá prestarle todo el apoyo que necesite para llevar a cabo sus tareas⁶⁸.

Al igual que el visitador y el conciliador, el Síndico podrá auxiliarse del personal que desee, puesto que la Ley tampoco lo limita en ese aspecto, este cargo también puede ser impugnado ante el juez por el comerciante en casos justificados, y tendrá las obligaciones y facultades que expresamente le confiere la ley. La impugnación del nombramiento no impedirá que entre en funciones,

El Síndico deberá hacer del conocimiento de los acreedores su nombramiento y señalar un domicilio, dentro de la jurisdicción del juez que conozca del Concurso Mercantil, para el cumplimiento de las obligaciones que la Ley le impone, entre otras las de inscribir la sentencia de Quiebra en los Registro Públicos correspondientes, publicar un extracto de la sentencia en el Diario Oficial y en el periódico de mayor circulación de la entidad donde se declare la misma, decidir sobre resoluciones de contratos pendientes y vender activos, de esos actos, el Síndico tendrá que dar cuenta al juez. Asimismo, deberá rendir bimestralmente ante el juez un informe de las labores que realice en la empresa del comerciante y deberá presentar un informe final sobre su gestión. Todos los informes serán puestos a la vista del comerciante, de los acreedores y de los interventores por conducto del juez.

El Síndico, es sin duda un órgano fundamental en la Quiebra que asume de manera definitiva la administración y disposición de los bienes del deudor común, convirtiéndose, en virtud de la interlocutoria de Quiebra, en el liquidador del patrimonio del fallido para satisfacer los intereses de los acreedores de éste.

⁶⁶ BRUNETTI, Antonio, Derecho Procesal de la Quiebra, Porrúa Hermanos México 1945, pág. 94.

⁶⁷ Artículo 169.- La sentencia de declaración de quiebra deberá contener...

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

...V. La orden al Instituto para que designe al conciliador como síndico, en un plazo de cinco días, o en caso contrario designe síndico; entre tanto, quien se encuentre a cargo de la administración de la empresa del Comerciante tendrá las obligaciones de los depositarios respecto de los bienes y derechos que integran la Masa...

⁶⁸ Artículo 170.- Al momento de declararse la quiebra el juez ordenará al Instituto que, en un plazo de cinco días ratifique al conciliador como síndico o, en caso contrario y de conformidad con las disposiciones generales que al efecto emita, lo designe, salvo que ya se esté en alguna de las situaciones previstas en el artículo 174.

Al día siguiente de la designación del síndico, el Instituto lo hará del conocimiento del juez. El síndico deberá comunicar al juez, dentro de los cinco días siguientes a su designación, el nombre de las personas de las que se auxiliará para el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de que desde su designación inicie inmediatamente su encargo.

Artículo 172.- El síndico deberá hacer del conocimiento de los acreedores su nombramiento y señalar un domicilio, dentro de la jurisdicción del juez que conozca del Concurso Mercantil, para el cumplimiento de las obligaciones que esta Ley le impone.

Artículo 173.- En su caso, el conciliador prestará al síndico todo el apoyo necesario para que tome posesión de su encargo, y le entregará toda la información sobre el Comerciante que haya obtenido en el ejercicio de sus funciones y, en su caso los bienes del Comerciante que haya administrado.

Dado que el Síndico es designado por un organismo público, la naturaleza de su cargo, resulta igualmente determinada en función a la defensa de los intereses de esa condición aplicados a la Quiebra, de tal manera que su cargo resulta de índole pública.

Existen en la Doctrina confrontaciones en cuanto a la naturaleza representativa del Síndico, algunos autores señalan que el Síndico es el representante de los acreedores, dado que están encargados de promover y dirigir los intereses comunes y de llevar cuanto antes a término los procedimientos y el pago de las deudas. Otros autores sostienen que son mandatarios de los acreedores y en ocasiones también de los deudores.

Al respecto, el tratadista español Joaquín Torres de Cruells, cita: *"...Joaquín Garrigues, señala que el síndico es un representante legal en la quiebra, y en tal carácter defiende los intereses de la masa de acreedores, que pueden ser antagónicos a los del quebrado.*

J. Plaza, argumenta que los síndicos, al menos desde el punto de vista del derecho español, representan un interés en la quiebra, en la que están implicados los de los acreedores y pueden estarlo los del deudor, cuando sean coincidentes con estos.

*Gómez Orbaneja, comenta que la discusión doctrinal acerca de si los síndicos representan al deudor o a los acreedores, o a unos y otros a la vez, está por la declaración de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Los síndicos, por tanto, no son exclusivamente representantes del deudor, ya que precisamente tienen como misión llevar adelante una ejecución general en contra de él, y tampoco lo son exclusivamente de los acreedores, ya que al mismo tiempo asumen el deber de velar por los intereses del deudor. Es decir, aparte de representar los intereses de los acreedores y del deudor, los síndicos representan fundamentalmente los intereses de la masa..."*⁶⁹

Lo cierto es que el Síndico efectivamente ostenta la representación legal de la Quiebra, y mejor dicho, de la masa, consecuentemente, no representa los intereses ni del deudor ni de los acreedores de manera aislada, sino como integrantes de la masa y la función de su gestión se encuentra encaminada hacia el fin propio de la Quiebra, es decir a la distribución entre los acreedores del producto obtenido con la realización del patrimonio del deudor común.

Asimismo y en su papel de administrador en la Quiebra, el Síndico está obligado a velar por al conservación de los bienes que integran la masa evitando cualquier disminución de la misma y procurar obtener el máximo rendimiento de su enajenación.

e. El Instituto.

El Licenciado Juan Manuel Mellan Carrer, primer y actual Director del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, escribió:

"...Este instituto es resultado de la nueva legislación que ha reemplazado a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Dicha Ley, llamada Ley de Concursos Mercantiles, fue publicada en el Diario Oficial el día 12 de mayo de 2000 y entró en vigor al día siguiente.

⁶⁹ TORRES, de Cruells Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 110.

La filosofía que sustenta la creación de este instituto es el hecho de encontrar que el Juez rector de la quiebra no debe ser exigido de tomar decisiones sobre disciplinas que no son las suyas. El Juez es un perito en Derecho y no puede ser obligado a tomar decisiones sobre cuestiones financieras, contables o de administración. El Juez requiere contar con la participación de expertos que le ayuden en su labor.

El Instituto tiene, básicamente, dos funciones: la primera es: establecer los requisitos que se deben llenar para desempeñar las funciones de visitadores, conciliadores y síndicos, seleccionar a los adecuados, designar a los necesarios en los procesos de Concurso que se inicien, y supervisar su desempeño.

La segunda de las funciones es la de promover una cultura de justicia concursal. La nueva ley debe ser difundida, las autoridades judiciales deben prepararse en esta ley y en esta nueva filosofía concursal. Lo mismo ocurre con las Universidades, los Colegios de Profesionistas relacionados con la vida empresarial, las Cámaras de empresas, los organismos que aglutinan a los sectores laborales, etcétera. Esta función educativa es el segundo gran enfoque de su actividad.

Los visitadores tienen por función básica el de determinar si la empresa afectada se encuentra precisamente en la situación de composición de activos y pasivos que la ley define como presunción de incumplimiento generalizado de pagos.

Los conciliadores son la figura especialmente novedosa, valiosa y medular de la nueva ley. Su misión básica es lograr un entendimiento entre los acreedores y el comerciante de modo que se logre que la empresa subsista. Requiere pues, grandes dotes de mediador. También requiere desempeñar algunas funciones típicas de administración, por ejemplo el tomar decisiones respecto de si los contratos que tiene celebrados el comerciante deben permanecer en operación o cancelarse. Eventualmente podrá llegar a tomar la administración de la empresa. Deberá pues tener las capacidades de un administrador.

El síndico tiene por función el de realizar la empresa cuando un arreglo ya no ha sido posible. Su labor lo llevará a procurar vender la empresa como un todo o en sus unidades de operación y, sólo en un último término, en forma de bienes individuales. Deberá juntar las dotes de un administrador y las habilidades de un vendedor y realizador para lograr los mejores precios y liquidar los adeudos a los acreedores.

Una de las primeras funciones del Instituto deberá ser elaborar los reglamentos en donde se contengan los requisitos que deben llenar y los procesos que deberán seguirse para obtener el registro como visitadores, conciliadores y síndicos.

Esto va a ser importante y constituye un nuevo nicho de oportunidad para abogados y contadores públicos, sobre todo aquellos relacionados con actividades corporativas y asesorías a empresas.

*Yo quiero invitar a los lectores a estudiar la Ley de Concursos Mercantiles con todo cuidado y a considerar su participación en estos procesos.
Usted abogado: ¿no se anima?...⁷⁰*

⁷⁰ Texto tomado de la página electrónica del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.

El Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, es un organismo de reciente creación y totalmente nuevo dentro de nuestro Derecho, el mismo se crea a partir de la reforma del artículo 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y bajo el principio de que el juez Concursal solo es perito en Derecho y no está obligado a conocer de materias ajenas al mismo, por lo que necesariamente tiene que recurrir a órganos que funcionan como auxiliares en la administración de justicia. Así pues se crea el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, como órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, con autonomía técnica y operativa, contando entre otras con atribuciones como las siguientes:

- Autorizar la inscripción en el registro correspondiente a las personas que acrediten cubrir los requisitos necesarios para la realización de las funciones de visitador, conciliador y síndico en los procedimientos de Concurso Mercantil;
- Constituir y mantener los registros de visitadores, conciliadores y síndicos;
- Revocar, en los casos en los que conforme a esta Ley proceda, la autorización para la realización de las funciones de visitador, conciliador y síndico en los procedimientos de Concurso Mercantil;
- Designar a las personas que desempeñarán las funciones de visitador, conciliador y síndico en cada Concurso Mercantil, de entre las inscritas en los registros correspondientes;
- Establecer mediante disposiciones de aplicación general, los procedimientos aleatorios para la designación de los visitadores, conciliadores o síndicos;
- Establecer el régimen aplicable a la remuneración de los visitadores, conciliadores y síndicos, por los servicios que presten en los procedimientos de Concurso Mercantil;
- Supervisar la prestación de los servicios que realicen los visitadores, conciliadores y síndicos, en los procedimientos de Concurso Mercantil;
- Informar semestralmente al Congreso de la Unión sobre el desempeño de sus funciones.

El Instituto estará encomendado a una Junta Directiva, la cual será apoyada por la estructura administrativa que determine conforme al presupuesto autorizado. La Junta Directiva estará integrada por el Director General del Instituto y cuatro vocales, nombrados por el Consejo de la Judicatura Federal, a propuesta de su Presidente; los nombramientos deberán procurar una integración multidisciplinaria de los miembros de la Junta, cubriendo las materias administrativa, contable, económica, financiera y jurídica.

Dentro de la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, encontramos la justificación a la creación del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, al siguiente tenor:

"...En función de la seguridad jurídica, se creó el Instituto Federal de Especialistas. Este órgano federal de especialistas va a ser que intervengan personas calificadas no solamente con conocimientos jurídicos, sino con conocimientos financieros, con

conocimientos contables, con conocimientos de lo que requiere esta materia y eso va a tener el mínimo costo...y esto es en busca de la seguridad jurídica...⁷¹

Me parece exagerada la posición del Legislador para considerar que con la creación de un ente administrativo se dará mayor seguridad jurídica, ¿a quien? Sería mi primer cuestionamiento, acaso no es la Ley la que debe dar por sí misma esa seguridad jurídica a las partes y a la sociedad en su conjunto o ¿este ente administrativo estará por encima de las determinaciones judiciales? personalmente considero que el Instituto no terminará con los casos de corrupción que se daban antes de su creación.

Tal vez las respuestas se encuentren en lo que sucedía antes de la promulgación de la Ley de Concursos Mercantiles. El juez tenía la facultad de designar al órgano de la sindicatura, quien cumplía con las funciones de a los que hoy se conocen como conciliador y visitador, obviamente esa facultad se encontraba limitada por ciertas circunstancias, tales como respetar la filiación del comerciante a una Cámara, ya sea de Comercio o de Servicios, propia del ramo del comerciante, o bien la designación que hiciera la Secretaría de Hacienda y Crédito público, quien generalmente designaba como síndicos a instituciones bancarias, las cuales en muchas de las veces resultaban ser acreedoras del comerciante o bien por motivos de solidaridad con las demás instituciones, rechazaban el nombramiento, también en muchas ocasiones aquel que se designaba como síndico provisional, se quedaba provisional por todo el procedimiento.

No obstante que la Ley señalaba quienes podían ejercer las funciones de síndico, los requisitos eran tan sencillos, como demostrar que se era comerciante, todo esto se prestaba a que el juez, el deudor y los acreedores, tuvieran acuerdos con el síndico, quien se beneficiaba cobrando a todo aquel que solicitara su apoyo. Como ya mencione, no considero que con la creación del Instituto esto termine, puesto que si bien es cierto, los órganos auxiliares serán designados por una entidad ajena al juzgador y a las partes, también es cierto que eso de ninguna manera garantiza la no corrupción, por ejemplo el acreedor ésta facultado para acudir al Instituto y solicitar la intervención del conciliador que el elija de los registrados en el Instituto, pero quien dice que no se conocen?

Bajo este orden de ideas, las críticas al Instituto no se hicieron esperar y desde el mismo debate que conforma la exposición de motivos de la Ley se le atacó, "...Y hay otra cosa que para nosotros resulta preocupante, la enorme carga burocrática que implica la creación de este instituto, que obligará a que si hoy dedicamos 8 mil millones de pesos al poder judicial, esta masa burocrática tan extensa que se quiere conformar con el nuevo instituto con cargo al Erario y sea el Estado el que tenga que cubrir los gastos de particulares..."⁷²

Asimismo, se propuso que la creación del Instituto fuera derogada, puesto que en realidad se pretendía imponer un aparato burocrático para el desempeño de funciones empresariales, además de que resultaba con cargo al erario federal, en nuestro Derecho no se había visto que un organismo gubernamental se dedique a ser auxiliar de la justicia para resolver controversias entre particulares con cargo al presupuesto.⁷³

⁷¹ Intervención del Diputado Panista Ramón María Nava González, durante la sesión de la Cámara de Diputados de fecha 25 de abril del año 2000, donde fue votada la Ley de Concursos Mercantiles.

⁷² Intervención del Diputado Perredista Alfonso Ramírez Cuellar, durante la sesión de la Cámara de Diputados de fecha 25 de abril del año 2000, donde fue votada la Ley de Concursos Mercantiles.

⁷³ Idem Supra

f. La Junta de Acreedores.

El tratadista Joaquín Torres señala: *“...La Junta de Acreedores es, como en la quiebra, el órgano específico de defensa de los intereses de la masa pasiva, pero su significación destaca más claramente que en la quiebra. pues, en el proceso de suspensión de pagos, la Junta tiende a la conclusión de un convenio entre el deudor y los acreedores, no pudiendo ser este un contrato múltiple con cada uno de los acreedores, sino un convenio de masa que vincule a todos, hayan o no participado en el expediente. Es, pues un órgano que exterioriza la voluntad de los acreedores en conjunto, es decir, bajo el régimen de mayoría que personifica esta voluntad...”*⁷⁴

Dentro de los órganos del procedimiento Concursal, la Doctrina considera a la Junta de Acreedores, la cual a partir de la promulgación de la Ley de Concursos Mercantiles, ha caído en desuso, de tal manera que la hemos reservado como último punto de este capítulo y no obstante su eliminación, dada la importancia que representó en nuestro procedimiento Concursal, haremos un breve análisis.

La Junta de Acreedores era el órgano deliberante que contaba con las facultades suficientes para decidir el destino de la empresa del comerciante, puesto que según se aprobara o se rechazara el convenio preventivo exhibido por el deudor en la Suspensión de Pagos, el procedimiento concluía o se decretaba la Quiebra del comerciante. Así a través de votación definían los acreedores sus intereses.

La voluntad de los acreedores como colectividad se manifestaba en los acuerdos que por mayoría legal tomaran dentro de las juntas generales de acreedores. Esto fue, el órgano específico de defensa de los intereses de la masa pasiva, cuya intervención se daba a lo largo del procedimiento de Suspensión de Pagos o de Quiebra, siempre que fuera conveniente conocer la voluntad de los acreedores sobre actos fundamentales de la discusión del convenio preventivo o en la liquidación.

La Doctrina reconoce la existencia de dos clases de Juntas de acreedores, las ordinarias y las extraordinarias, las primeras eran aquellas que la Ley preveía y regulaba para impulsar el procedimiento y las segundas son las que se celebraban al margen de los actos fundamentales de la aprobación del convenio o la liquidación.

El autor Joaquín Garrigues, señala al respecto: *“...Son juntas ordinarias aquellas que se celebran a lo largo del procedimiento de quiebra para conocer la voluntad de los acreedores sobre los actos fundamentales de liquidación y extraordinarias, aquellas que se celebran al margen de dichos actos fundamentales...”*⁷⁵

Como ejemplo de Juntas ordinarias podemos señalar a las que se celebraban para el debate contradictorio y reconocimiento de créditos, así como aquella en la que se votaba el convenio preventivo. La que se convoca para sustituir al síndico, es ejemplo de una junta extraordinaria.

La intención de la Junta de Acreedores, según la exposición de motivos de la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, era la de funcionar como organismo deliberante de tipo discontinuo, el maestro Joaquín Rodríguez define a la Junta de

⁷⁴ TORRES, de Cruells Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 180.

⁷⁵ TORRES, de Cruells Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 110.

Acreeedores como: "...la reunión de acreedores del quebrado, legalmente convocada y reunida para expresar la voluntad colectiva en materia de su competencia..."⁷⁶

En efecto, la Junta de Acreeedores debía estar debidamente convocada y para tal efecto competía al juez la convocatoria de la Junta y al síndico la publicación de la misma a través de edictos, esto a efecto de que los acreedores y Ministerio Público se tuvieran por notificados de la orden del día así como del día y hora en que esta tendría verificativo.

Este órgano desaparece en la Ley de Concursos Mercantiles, habida cuenta de los abusos que en base a esta se cometían por parte del deudor, lo que redundaba en procedimientos que se eternizaban.

El ejemplo clásico ocurría al celebrarse la Junta de acreedores para el debate contradictorio y reconocimiento de créditos, para que esta tuviese verificativo, era necesario que con antelación el síndico hubiese presentado el listado de acreedores, el cual en muchas ocasiones se encontraba mal redactado, posteriormente cuando ya se tenía la orden del día se elaboraban los edictos, los cuales debían ser publicados por tres veces consecutivas en el Diario Oficial de la Federación y en el periódico de mayor circulación de la localidad donde se dictó la sentencia, estas publicaciones se encomendaban al síndico y el importe correspondiente a las publicaciones era requerido a la deudora, quien casi siempre esperaba a que casi se le hiciera efectiva la medida de apremio consistente en arresto por 36 horas, no obstante que algún acreedor aportara el numerario de las publicaciones, sucedía que el síndico publicaba mal o de plano no lo hacía. Una vez que se concluía con los engorrosos tramites y se daba comienzo a la Junta el deudor hacía lo posible por diferirla o suspenderla, se trataba de hacer tiempo, por lo que en su comparecencia ocupaba el mayor lapso posible a efecto de que fueran debatidos el menor número de créditos, considerando que cada junta se celebraba cada mes, siendo optimistas, y que en cada sesión se debatían de dos a tres créditos y que había procedimientos a los que concurrían por lo menos 100 acreedores, los procedimientos se eternizaban.

Desde mi particular punto de vista, considero a la Junta de acreedores para el debate y reconocimiento de créditos inoperante, puesto que estimo que no tenía objeto la existencia de una litis oral cuando ya previamente los acreedores habían presentado sus demandas de reconocimiento de crédito, cuando el deudor común, el Ministerio Público y el síndico habían dado contestación a la misma y por consiguiente se había establecido ya la litis de manera escrita. Y posteriormente, al momento de la celebración de la Junta, los acreedores, el Ministerio Público y en muchas ocasiones el síndico ratificaban sus escritos iniciales, mientras que el deudor volvía a invocar de manera oral todas las excepciones y defensas que ya había hecho valer con antelación en su escrito de contestación, buscando con ello prolongar en lo posible el procedimiento. Luego entonces esta figura resultaba dañina al procedimiento y considero que fue uno de los motivos fundamentales por la que se abrogó la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

⁷⁶ RODRIGUEZ, Rodríguez Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 78.

EL PROCESO CONCURSAL

SUMARIO: 1. Etapas Procesales; a) Demanda; b) Sentencia; c) Reconocimiento de Créditos; d) Los Recursos; e) Los Incidentes; f) El Convenio. 2. El Concurso Mercantil; a) Comparado con la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos de 1943; b) Demanda; c) Sentencia; d) Reconocimiento de Créditos; e) Los Recursos; f) El Convenio.

Como ya hemos visto en el capítulo anterior, el Derecho Concursal es un Derecho eminentemente procesal. Algunos autores señalan que la Quiebra es un proceso pura y simplemente ejecutivo, así pues encontramos que la moderna Doctrina italiana sostiene que la Quiebra es un proceso de ejecución forzosa, con características de ser único, complejo, jurisdiccional y contencioso.

El tratadista Humberto Navarrini, señala: “...*Que la quiebra pertenezca al proceso, es una consecuencia del concepto dado, y que pertenezca al proceso ejecutivo, no parece que pueda discutirse seriamente...con solo considerar la unidad y convergencia de todos sus actos al objeto final de expropiar la masa de bienes del deudor y distribuirla equitativamente entre los acreedores concurrentes...*”⁷⁷

En efecto, las instituciones del Derecho Concursal, tienen por objeto regular un proceso de orden contencioso, que nos conduce a la realización de los actos necesarios para cumplir con la finalidad de la Ley, es decir, el Derecho Concursal se conforma en su mayoría de normas procesales que dan la pauta a seguir para satisfacer los Derechos de los acreedores, ya sea mediante la conservación de la empresa o bien a través de su liquidación. En este capítulo analizaremos brevemente esos actos que componen al proceso que regula el Derecho Concursal.

Dada entonces la naturaleza contenciosa que encierra el Derecho Concursal, considero importante para el objeto de este trabajo perfilar al lector dentro de esa naturaleza contenciosa atendiendo a las notas características del proceso, conociendo como es que se llega a la última finalidad del mismo, es decir a liquidar un patrimonio para pagar las deudas a cargo de su titular, a través de actos de carácter administrativos y judiciales. Además, la finalidad del presente trabajo es efectuar una crítica a la Ley de Concursos Mercantiles, por lo que considero indispensable analizar las normas procesales que la misma contempla.

Como una cuestión didáctica y para tener una base de referencia, me he permitido incluir en este capítulo breves comparaciones del Concurso Mercantil con el procedimiento que se contempló en la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, el cual si bien es cierto ha sido abrogado, también es cierto que no ha caído en desuso, inclusive, me atrevo a asegurar que hoy día existe un mayor número de procedimientos regidos por la antigua Ley que por la de Concursos Mercantiles. Recordemos que la primera se abrogó bajo la premisa de que el procedimiento que contemplaba resultaba perjudicial para las partes y la sociedad, y que con la promulgación de la nueva Ley se resolvería dicha situación. Consecuentemente el objetivo es verificar si los

⁷⁷ RAMIREZ, José A., *Op. Cit.*, Pág. 250.

procedimientos, ambos, respetan o respetaron en su momento, los principios rectores del Derecho Concursal, mismos que ya analicé en el capítulo Segundo de este trabajo.

III.1. ETAPAS PROCESALES.

Diversos autores señalan que el procedimiento Concursal en realidad se inicia con la sentencia que declara al comerciante ya sea en Concurso Mercantil, Suspensión de Pagos o Quiebra.

El tratadista Ugo Rocco, señala: *"...hoy día ésta discusión no ha tenido una explicación exhaustiva pues toda vía no se ha precisado en que momento se inicia el proceso de Quiebra, esto es si cuando en alguna forma se presenta la solicitud, o bien cuando el tribunal de Quiebras requerido para ello pronuncia la sentencia que declara la Quiebra..."*⁷⁸

Lo cierto es que a partir de la sentencia que declara o constituye al comerciante en Concurso Mercantil, Suspensión de Pagos o Quiebra, comienza la verdadera actividad de todos los órganos jurisdiccionales del procedimiento, inclusive de las partes. Es necesario mencionar que no obstante el Derecho Concursal contempla procedimientos con objetivos diferentes, conservación y/o liquidación de la empresa, los mismos reportan un tronco procesal común.

g) Demanda.

El proceso Concursal se inicia mediante una demanda, la cual podrá ser interpuesta por cualquier acreedor y/o por el Ministerio Público, está deberá constar por escrito y se presentará ante el juez competente. En el caso de que el comerciante sea quien promueva su declaración en Concurso, esta será por medio de una solicitud.

Asimismo, considerando la existencia de la denominada Quiebra de oficio, cualquier Juez que durante un procedimiento, seguido en contra del comerciante, advierta una situación manifiesta de la existencia de un estado de cesación de pagos podrá decretar la Quiebra de éste.

Desde el momento en que es presentada la solicitud del comerciante, el proceso se encaminara hacia la finalidad buscada por el mismo, que es la de solventar sus obligaciones vencidas, ya sea a través de un convenio con sus acreedores, o bien con el producto obtenido en virtud de la liquidación de sus activos.

Las personas que están legitimadas para pedir la declaración Concursal, compete como sujeto pasivo al deudor que tenga la calidad de comerciante, del lado activo será aquella persona que acredite ser acreedor del comerciante, en el caso del Ministerio Público, como ya mencionamos su intervención se justifica en virtud del interés público.

⁷⁸ ROCCO, Ugo. *"La Naturaleza del Proceso de Quiebra"*. Edt. TEMIS, Bogotá - Colombia 1994. 157 Pp. Pág. 1.

Desde luego la solicitud debe ir firmada por el deudor, o por su representante facultado con poder especial para solicitar la declaración, esto en virtud del carácter personalísimo de la actuación procesal de que se trata. Asimismo, la solicitud deberá ser acompañada por la documentación contable y financiera que la Ley requiera para cada caso.

En este orden de ideas, el proceso contemplado en la Ley de Concursos Mercantiles se iniciara mediante una demanda, la cual podrá ser interpuesta por cualquier acreedor ó por el Ministerio Público,⁷⁹ está deberá constar por escrito y se presentará ante el juez competente, en este caso la Ley señala que será competencia exclusiva de un juez federal conocer del procedimiento Concursal.⁸⁰

La ley rompe con el principio Constitucional de competencia Concurrente, violación que no analizaremos en este capítulo. La abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en su artículo trece,⁸¹ seguía las teorías de la competencia por razón del domicilio en el que se ubicaran los activos objeto del Concurso remitiendo la misma, de manera indistinta, al juez local o al federal.

En el caso del comerciante lo hará a manera de solicitud, y ésta deberá acompañarse de sus estados financieros de los últimos tres años, los cuales deberán estar auditados cuando exista obligación en términos de ley, una memoria que razone acerca de las causas que lo llevaron al estado de incumplimiento en que se encuentra, una relación de sus acreedores y deudores en la que indique sus nombres y domicilios, la fecha de vencimiento del crédito o créditos de cada uno de ellos, el grado con que estima se les debe reconocer, indicando las características particulares de dichos créditos, así como de las garantías, reales o personales, que haya otorgado para garantizar deudas propias y de terceros, y un inventario de todos sus bienes inmuebles y muebles, títulos - valores, géneros de comercio y derechos de cualquier otra especie.⁸² El trámite subsiguiente deberá efectuarse de conformidad con las disposiciones relativas a la demanda.⁸³

⁷⁹ Artículo 21.- Podrán demandar la declaración de Concurso Mercantil cualquier acreedor del Comerciante o el Ministerio Público.

⁸⁰ Artículo 17.- Es competente para conocer del Concurso Mercantil de un Comerciante, el Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el Comerciante tenga su Domicilio.

⁸¹ Artículo 13.- A prevención, son competentes para conocer de la quiebra de un comerciante individual, el Juez del Distrito o el de Primera Instancia del lugar sujeto a su jurisdicción en donde se encuentre el establecimiento principal de su empresa y, en su defecto, en donde tenga su domicilio...

⁸² Artículo 20.- El Comerciante que considere que ha incurrido en el incumplimiento generalizado de sus obligaciones en términos de cualquiera de los dos supuestos establecidos en el artículo 10 de esta Ley, podrá solicitar que se le declare en Concurso Mercantil.

La solicitud de declaración de Concurso Mercantil presentada por el propio Comerciante deberá contener el nombre completo, denominación o razón social del Comerciante, el domicilio que señale para oír y recibir notificaciones, así como en su caso el domicilio social, el de sus diversas oficinas y establecimientos, incluyendo plantas, almacenes o bodegas, especificando en caso necesario en dónde tiene la administración principal de su empresa o en caso de ser una persona física, el domicilio donde vive y además, a ella deberán acompañarse los anexos siguientes:

I. Los estados financieros del Comerciante, de los últimos tres años, los cuales deberán estar auditados cuando exista esta obligación en términos de ley;

II. Una memoria en la que razone acerca de las causas que lo llevaron al estado de incumplimiento en que se encuentra;

III. Una relación de sus acreedores y deudores que indique sus nombres y domicilios, la fecha de vencimiento del crédito o créditos de cada uno de ellos, el grado con que estima se les debe reconocer, indicando las características particulares de dichos créditos, así como de las garantías, reales o personales, que haya otorgado para garantizar deudas propias y de terceros, y

IV. Un inventario de todos sus bienes inmuebles y muebles, títulos y valores, géneros de comercio y derechos de cualquier otra especie. La solicitud deberá tramitarse conforme a las disposiciones subsiguientes relativas a la demanda.

⁸³ Artículo 22.- La demanda de Concurso Mercantil deberá ser firmada por quien la promueva y contener:

I. El nombre del tribunal ante el cual se promueva;

II. El nombre completo y domicilio del demandante;

III. El nombre, denominación o razón social y el Domicilio del Comerciante demandado incluyendo, cuando se conozcan, el de sus diversas oficinas, plantas fabriles, almacenes o bodegas;

Como podemos ver nuestra legislación ya omite señalar como requisito de procedibilidad al estado de cesación de pagos o bien lo confunde con un estado de incumplimiento, lo que nos parece un error, puesto que el incumplimiento, aún considerado como estado, puede darse por causas diversas al de cesación de pagos, de tal manera que la Ley considera suficiente para sujetar a Concurso a un comerciante, el simple incumplimiento en el pago de sus obligaciones. Situación que analizaremos en su momento.

Ahora bien, de acuerdo a los requisitos exigidos por la Ley para que el comerciante solicite se le declare en Concurso Mercantil, este debe exhibir sus estados financieros de los últimos tres años, en los que supongo se debe ver reflejado ese estado de incumplimiento, luego entonces para que la pesquisa encomendada al visitador, tal vez por que la Ley exige al solicitante de exhibir sus libros contables, tales como el Mayor, Diario, de Actas y otros, aunque eso no obsta para permitir iniciar toda una indagatoria sobre un hecho ya confesado.

Puedo observar una falta de técnica por parte del Legislador, al solicitar la exhibición de estados financieros que deberán estar auditados cuando la Ley así lo exija, dado que lo importante no es que estén auditados, sino que estén dictaminados, toda vez que el dictamen del auditor es el que arroja los resultados de la auditoria y reflejara la situación que guardan los estados financieros, por lo que al tenor de la redacción de la Ley, bastará que el deudor exhiba sus estados financieros con una carta de su auditor donde manifieste bajo formal protesta de decir verdad que los mismos han sido auditados, sin necesidad de entregar el dictamen, puesto que la Ley no lo exige. La importancia del dictamen, la podemos asemejar con el diagnostico de un médico, no es lo mismo que el médico nos obsculte a que nos diga que enfermedad tenemos.

Por otra parte, la Doctrina señala que la manifestación que el deudor hace mediante la exhibición del listado de sus acreedores y de cómo deben ser reconocidos, de ninguna manera equivale a una confesión, puesto que el deudor solo esta dando cumplimiento a lo que la Ley le exige, además de que esta relación será utilizada para todas las citaciones que se tengan que hacer durante el procedimiento, y que el encargado de elaborar las listas de acreedores es el síndico. Personalmente considero que se debería tomar como un elemento de prueba que concatenado ya sea con el título justificativo del acreedor o con el contenido de los estados financieros, obligaran al juez a tener por cierta solo la existencia del crédito, en cuanto a su monto, corresponde al acreedor efectuar su liquidación.

En caso de que sea un acreedor el que interponga la demanda, deberá además de acompañar los documentos que demuestre su calidad de acreedor, una garantía equivalente a mil quinientos días de salario mínimo a fin de cubrir los honorarios del visitador en caso de que el juez deseche la demanda.

Una vez admitida la demanda se remitirá copia al Instituto de Especialistas en Concursos Mercantiles a fin de que, a petición del juez, designe a un visitador que tendrá las facultades de verificar si el comerciante incurrió en incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones o se encuentre en estado de incurrir en tal situación. Asimismo

IV. Los hechos que motiven la petición, narrándolos brevemente con claridad y precisión;

V. Los fundamentos de derecho, y

VI. La solicitud de que se declare al Comerciante en Concurso Mercantil.

levantará un acta en la que se hará constar los hechos u omisiones que hubiere conocido el visitador. Toda vez que éste tendrá acceso a los libros de contabilidad y estados financieros del comerciante.

Una vez que el juez reciba el dictamen del visitador lo pondrá a vista del comerciante y de sus acreedores para que estos presenten sus alegatos y posteriormente el juez dicte su sentencia.

h) Sentencia.

En el procedimiento Concursal podemos encontrar más de una sentencia, así tenemos como ejemplo a la sentencia que declara en Concurso al comerciante, la de reconocimiento de créditos, la de aprobación del convenio y por supuesto la que declara la Quiebra.

La Doctrina se ha dividido en cuanto a la definición de la naturaleza que tiene la sentencia Concursal, en cuanto a si es declarativa o constitutiva de un estado, así algunos autores señalan que la resolución constituye una declaración y otros que simplemente se trata de un acto que tiende a preparar la sentencia de ejecución.

El tratadista Ugo Rocco, sostiene que la sentencia Concursal es declarativa de un estado, apoyando su criterio en el siguiente razonamiento: *"... Es sentencia de declaración constitutiva. Puesto que para que pueda declararse la Quiebra resulta... que el empresario deudor de encuentre en situación de insolvencia, la que previamente debe ser comprobada por el juez, no hay duda que la primera actividad que debe desarrollar el órgano jurisdiccional requerido, sea cualquiera la forma en que se le requiera o sea quien fuere el que lo requiera, es la dirigida a comprobar esta situación jurídicamente relevante, de la cual la ley deduce, previa declaración judicial, la consecuencia directa de la declaración de Quiebra, a la cual le siguen todos los efectos de derecho sustancial y procesal característicos de la Quiebra.*

Desde este punto de vista no puede haber duda de que el acto con el cual los órganos jurisdiccionales declaran la existencia (o la inexistencia) de este hecho jurídico (situación de insolvencia del empresario deudor), tiene carácter de un acto de mera declaración, motivo por el cual la sentencia que declara la Quiebra, considerada en relación con esta actividad ya desplegada, contiene un acto puramente declarativo..."⁸⁴

El autor José Ramírez, por su parte defiende la posición de la sentencia constitutiva, diciendo que: *"...se trata de una resolución constitutiva, no solo porque por su medio se crea un título que es, en suma, la razón de proceder, sino porque su más inmediata consecuencia es la de modificar hondamente una situación anterior que así afecta al quebrado como a sus acreedores..."⁸⁵*

Bajo mi criterio, considero que la sentencia Concursal es declarativa de un estado, esto habida cuenta que, como ya hemos visto con anterioridad, el Derecho Concursal contempla dentro de sus principios universales y como presupuesto procesal básico, la existencia del estado de insolvencia, mismo que refleja la impotencia patrimonial del

⁸⁴ ROCCO, Ugo. *Op. Cit.* Pág. 73.

⁸⁵ RAMÍREZ, José A. *La Quiebra*, Tomo II. 2ª. Edición. Edt: Bosch, Barcelona 1998. 807 Pp. Pág. 814.

comerciante para dar cumplimiento a las obligaciones líquidas y vencidas a su cargo, luego entonces, estamos ante la presencia de un estado de hecho, el cual se convertirá en estado de derecho una vez que se dicte la declaración judicial de Concurso, (Quiebra, Concurso Mercantil o Suspensión de Pagos), y de ella se derivarán los actos jurídicos que afectaran a las partes, de tal modo que estos actos se deben considerar consecuencia inmediata y necesaria de la resolución Concursal.

En este orden de ideas, tenemos que los efectos del Concurso se inician una vez que el mismo es declarado por el juez mediante su respectiva sentencia. En tal virtud, considero que es a partir de la resolución Concursal, cuando verdaderamente se incoa el procedimiento, al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al tenor de la siguiente Jurisprudencia:

"QUIEBRAS, LA SENTENCIA DE, DEBE NOTIFICARSE PARA QUE PRODUZCA EFECTOS.
Desde el instante mismo en que se dicta la sentencia de declaración de Quiebra, se crea un estado jurídico de limitación objetiva para el quebrado, en el ejercicio de sus derechos de dominio y administración en relación con los bienes que integran la masa de la Quiebra, por virtud del cual no puede realizarse con eficacia frente a los acreedores ningún acto de dominio o administración en relación con dichos bienes, o cualquier otro acto que aunque no sea sobre ellos, pueda tener repercusión sobre los mismos, y en relación con éstos pierde su legitimación procesal, realizándose una sustitución procesal por la que todos los juicios de contenido patrimonial seguidos por, o contra el quebrado, se continuarán por el síndico o con él; pero de ello no se llega a la conclusión de que sea nula la sentencia dictada en un juicio ejecutivo mercantil, después de que se declaró el estado de Quiebra, si el juez ignoraba la existencia de dicho estado de Quiebra, porque las publicaciones relativas se hayan hecho con posterioridad; porque la sentencia de Quiebra, como cualquier otra resolución judicial de otra índole, para que produzca sus efectos, con exclusión naturalmente del quebrado por existir disposición expresa al respecto, necesita complementarse con la notificación, que en esta clase de sentencias la constituye la publicación del edicto relativo de los periódicos, respecto a los acreedores desconocidos o de domicilio ignorado."⁸⁶

Consecuentemente, la resolución que declara el Concurso del comerciante sólo viene a constituir el inicio del procedimiento Concursal para efectos únicamente procesales. Como esta resolución no pone fin al juicio, sino que lo inicia procesalmente hablando, es claro que la misma no puede ser impugnada a través del amparo directo, puesto que la misma carece de definitividad para tales efectos.

Por otra parte, no puedo omitir señalar la importancia que tiene la publicidad de la sentencia declarativa de Concurso. Como es bien sabido, el Registro Público del Comercio tiene como función primordial la publicidad de algunos actos efectuados por los comerciantes, así como hacer del conocimiento público quienes son las personas que se encuentran facultadas para representarlos, todo esto a efecto de que, dichos actos surtan sus efectos contra terceros y que estos tengan también la seguridad jurídica suficiente para relacionarse con el comerciante.

⁸⁶ Sexta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XXXII. Cuarta Parte. Página. 244. Amparo directo 2170/58. Guillermo Ruiz Vázquez y coag. 10 de febrero de 1960. Mayoría de 3 votos. Ponente. José López Lira. Disidentes: Gabriel García Rojas y Mariano Ramírez Vázquez. Tesis relacionada con jurisprudencia 246/85.

Bajo este orden de ideas, la inscripción de la sentencia Concursal tiene como propósito dar a conocer si el comerciante esta insolvente provisional o definitivamente, ya que estas generan situaciones de hecho diferentes ante terceros ya que es conveniente que estos estén enterados de los límites que para actuar tenga el comerciante.

i) Reconocimiento de Créditos.

Uno de los principios universales del Derecho Concursal, establece la obligación de los acreedores a concurrir al procedimiento para hacer valer sus derechos de crédito en contra del Concursado, nos referimos al principio de concurrencia. En tal virtud, los acreedores deben presentar los documentos justificativos de sus créditos ante el Juez Concursal a efecto de que mediante la sentencia que éste dicte, sean reconocidos, graduados y pagados, conforme lo establecen las normas del procedimiento. A este trámite se le conoce como reconocimiento de créditos.

En virtud de la sentencia de reconocimiento de crédito, el acreedor concursal pasa a ser acreedor concurrente, ya que al estar reconocido su crédito, tendrá asegurada su participación en la discusión y aprobación del convenio preventivo o en su caso en la distribución del importe que resulte de la liquidación de los bienes del deudor. Así mediante el reconocimiento de crédito, el acreedor obtiene el Derecho ejecutivo dentro del procedimiento Concursal pudiendo participar de manera activa en el.

En este caso, la sentencia no es condenatoria sino declarativa, ya que reconoce el derecho preexistente del acreedor en contra del deudor común. El reconocimiento de créditos implica un conflicto de intereses entre la masa pasiva y el de cada acreedor, mismo que debe ser resuelto por el juez Concursal a través de medios puramente judiciales o administrativos, en ocasiones el juez se vale de la combinación de ambos.

Bajo este orden de ideas, el reconocimiento de créditos da comienzo a partir de la demanda que hace el acreedor, la cual también constará por escrito y será dirigida al Juez competente.

En el caso de la Ley de Concursos Mercantiles, se disminuye, por no decir que prácticamente se elimina, la naturaleza contenciosa del reconocimiento de créditos y consecuentemente las funciones judiciales del juez, ya que en lugar de una demanda dirigida a éste, se presentará una solicitud dirigida al conciliador en un formato preestablecido⁸⁷ por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.

⁸⁷ Artículo 125.- Las solicitudes de reconocimiento de créditos deberán presentarse al conciliador y contener lo siguiente:

- I. El nombre completo y domicilio del acreedor;
- II. La cuantía del crédito que estime tener en contra y, en su caso, a favor del Comerciante;
- III. Las garantías, condiciones, términos y otras características del crédito, entre ellas el tipo de documento que evidencie el crédito;
- IV. El grado y prelación que a juicio del solicitante y de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, corresponda al crédito cuyo reconocimiento solicita, y
- V. Los datos que identifiquen, en su caso, cualquier procedimiento administrativo, laboral, judicial o arbitral, que se haya iniciado y que tenga relación con el crédito de que se trate.

La solicitud de reconocimiento de crédito deberá presentarse firmada por el acreedor, en los formatos que al efecto determine el Instituto y deberá acompañarse de los documentos originales en los que se base el solicitante o copia certificada de los mismos. En caso de que éstos no obren en su poder, deberá indicar el lugar en donde se encuentren y demostrar que inició los trámites para obtenerlos.

El acreedor deberá designar un domicilio para oír y recibir notificaciones dentro de la jurisdicción del juez o, a su costa y bajo su responsabilidad, podrá señalar un medio alternativo de comunicación para ser notificado tal como fax o correo electrónico. Ante la

Asimismo, la lista provisional de créditos deberá contener una relación en la que se exprese, respecto de cada crédito, las razones y las causas en las que el conciliador apoya su propuesta, justificando las diferencias que, en su caso, existan con respecto a lo registrado en la contabilidad del comerciante o a lo solicitado por el acreedor. Asimismo, deberá incluir una lista razonada de aquellos créditos cuyo reconocimiento fue solicitado y que propone no reconocer. También se deberá acompañar a la lista provisional de créditos aquellos documentos que el conciliador considere hayan servido de base para su formulación, los cuales formarán parte integrante de la misma o bien, indicar el lugar en donde se encuentren.

De conformidad con el artículo 129 de la Ley de Concursos Mercantiles, una vez que el conciliador presente al juez la lista provisional de créditos, se pondrá a la vista del comerciante y de los acreedores para que dentro del término improrrogable de cinco días naturales presenten por escrito al conciliador, por conducto del juez, sus objeciones, acompañadas de los documentos que estimen pertinentes, lo que será puesto a disposición del conciliador por conducto del juez, al día siguiente de su recepción.⁸⁸

Al parecer con el procedimiento de Concurso Mercantil, los papeles se invierten puesto que el juez actúa como auxiliar del conciliador ya que sus funciones se reducen a ser un intermediario entre el conciliador y las partes, o tal vez sea un órgano de divulgación en el procedimiento.

Por otra parte, el artículo 130 de la Ley de Concursos Mercantiles establece que el conciliador contará con un plazo improrrogable de diez días contados a partir de aquel en que venza el plazo a que se refiere el citado artículo 129, para la formulación y presentación al juez de la lista definitiva de reconocimiento de créditos presentados en términos de la fracción I del artículo 122, así como los fiscales y laborales que hasta ese plazo hubieren sido notificados al comerciante, anexando en su caso todas las solicitudes adicionales presentadas con posterioridad a la elaboración de la lista provisional de créditos. Si el conciliador omite la presentación de la lista definitiva al vencimiento del plazo de diez días, el juez dictará las medidas de apremio que sean necesarias al efecto y, en caso de que no la presente en cinco días más, solicitará al Instituto que designe a un nuevo conciliador.⁸⁹

Asimismo, el artículo 132 del ordenamiento legal en cita señala que transcurrido el plazo mencionado en el artículo 130 de la Ley Concursal, el juez, dentro de los cinco días siguientes, dictará la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos

omisión de este requisito, las notificaciones que corresponda hacerle, aun las de carácter personal, se realizarán en los estrados del juzgado. En este caso, el conciliador hará sus comunicaciones por conducto del juez.

⁸⁸ Artículo 129.- Una vez que el conciliador presente al juez la lista provisional de créditos, éste la pondrá a la vista del Comerciante y de los acreedores para que dentro del término improrrogable de cinco días naturales presenten por escrito al conciliador, por conducto del juez, sus objeciones, acompañadas de los documentos que estimen pertinentes, lo que será puesto a disposición del conciliador por conducto del juez, al día siguiente de su recepción.

⁸⁹ Artículo 130.- El conciliador contará con un plazo improrrogable de diez días contados a partir de aquel en que venza el plazo a que se refiere el artículo anterior, para la formulación y presentación al juez de la lista definitiva de reconocimiento de créditos presentados en términos de la fracción I del artículo 122, así como los fiscales y laborales que hasta ese plazo hubieren sido notificados al Comerciante, anexando en su caso todas las solicitudes adicionales presentadas con posterioridad a la elaboración de la lista provisional de créditos.

Si el conciliador omite la presentación de la lista definitiva al vencimiento del plazo a que se refiere el párrafo anterior el juez dictará las medidas de apremio que sean necesarias al efecto y, en caso de que no la presente en cinco días más, solicitará al Instituto que designe a un nuevo conciliador.

tomando en consideración la lista definitiva presentada por el conciliador, así como todos los documentos que se le hayan anexado.⁹⁰

Luego entonces, ahora compete al conciliador resolver la litis que se origina en virtud del conflicto que surja entre los acreedores y el comerciante, y al juez validar su actuación. El esquema que plantea la Ley de Concursos Mercantiles, dista mucho de ser un procedimiento judicial y se acerca a un mero arbitraje, puesto que es un tercero y no el órgano jurisdiccional quien juzga en el procedimiento.

Considero que la ley de Concursos Mercantiles, en realidad establece un procedimiento de carácter administrativo para el reconocimiento de los créditos y será el conciliador quien determine acerca de la validez de las obligaciones vencidas del comerciante en Concurso, además los términos que fija la Ley son excesivamente cortos, sobre todo si considero que ahora el Concurso será competencia exclusiva de los Jueces de Distrito, quienes no solo se encargan de conocer acerca de juicios en los que estén involucrados los intereses de la Federación, sino también de las juicios de garantías, de tal manera que me pregunto por que no en lugar de crear un Instituto, mejor se implementaron juzgados especializados en materia Concursal, ¿será por que no compete al juez resolver el fondo del asunto?

Por otra parte, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos establecía un término de 45 días contados a partir de la última publicación de la sentencia de Suspensión o Quiebra, para presentar la demanda y en caso de no hacerlo, la Ley sancionaba al acreedor moroso con la pérdida de sus derechos concurrentes e incluso de sus privilegios derivados de la naturaleza de sus créditos y su demanda se tramitaba por cuerda separada en forma de incidente, por lo que no se contemplaba al momento de dictarse la sentencia de reconocimiento de créditos. Por lo que hace a la Ley de Concursos, extiende demasiado los términos para presentar la solicitud de reconocimiento de crédito, inclusive faculta al acreedor para que presente dicha solicitud no obstante que ya se haya dictado la sentencia de reconocimiento de créditos.

j) Los Recursos.

El autor Jorge Obregon Heredia comenta al respecto: *"...Los recursos son los medios de impugnación que otorga la Ley a las partes y a los terceros para que obtengan, mediante ellos, la revocación o modificación de una resolución judicial sea esta auto o decreto. Excepcionalmente, el recurso tiene por objeto nulificar la resolución o la instancia de la misma..."*⁹¹

Definir la conceptualización que el Derecho Procesal Concursal, otorga al recurso no resulta fácil, sin embargo es incuestionable que el mismo siempre encierra la idea de impugnación sobre una resolución judicial.

⁹⁰ Artículo 132.- Transcurrido el plazo mencionado en el artículo 130 de esta Ley, el juez, dentro de los cinco días siguientes, dictará la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos tomando en consideración la lista definitiva presentada por el conciliador, así como todos los documentos que se le hayan anexado.

⁹¹ OBREGON, Heredia Jorge. Código de Procedimientos Civiles para el D.F. 3ª. Edición, Edt. Porrúa S.A. México 1987. 611 Pp. Pág. 390.

La Doctrina Española considera que el concepto de recurso lleva implícito el alzamiento ante un tribunal de jerarquía mayor. Para algunos autores, no resulta indispensable la intervención de un tribunal superior, puesto que consideran al recurso como una pretensión para reformar una resolución judicial dentro del mismo procedimiento en que ésta fue dictada, esto da origen a la denominada oposición que se basa en la solicitud ante la autoridad exactora, para que revoque y deje sin efecto la declaración primaria.

El tratadista José Torres citando a Prieto Castro, dice al respecto: "...Solo pueden considerarse como recursos a los medios de impugnación que persiguen un nuevo examen del asunto ya resuelto, ante un organismo judicial de categoría mayor al que ha dictado la resolución que se impugna..."⁹²

Por otra parte, el autor José Torres comenta: "... Para Guasp el recurso consiste, ante todo, en una nueva práctica o en una repetición de actos procesales ya realizados..."⁹³

Trataré de aclarar un poco esta situación, concretamente podríamos señalar que el recurso ataca la legalidad de la resolución judicial, mientras que la oposición involucra un problema de hecho, puesto que ataca la falta de elementos para que la resolución sea procedente en términos que supone la Ley.

No obstante la naturaleza de la impugnación, esta siempre implica la solicitud de revocar o modificar la resolución judicial injusta y que se emita una nueva que se ajuste a lo que establece la Ley

Por lo que hace a los recursos, el Derecho Concursal contempla un sistema propio para el ejercicio de los mismos y solo admite como tales a la revocación y a la apelación, los cuales se mencionan en el artículo 268 de la Ley de Concursos Mercantiles bajo los siguientes términos:

"Artículo 268.- Cuando esta Ley no prevea el recurso de apelación procederá la revocación, que se tramitará conforme a las disposiciones del Código de Comercio."

Del artículo antes transcrito, puedo observar que no se establecen los términos para hacer valer ambos recursos, ni los actos a seguir para su tramitación, de tal manera que nos deberemos remitir a la supletoriedad, que de acuerdo con el artículo 8° de la Ley Concursal, compete en primer término al Código de Comercio.⁹⁴

⁹² TORRES, de Cruells Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 110.

⁹³ IDEM. *Supra.*

⁹⁴ Artículo 8.- Son de aplicación supletoria a este ordenamiento, en el orden siguiente:

I. El Código de Comercio;

II. La legislación mercantil;

III. Los usos mercantiles especiales y generales;

IV. El Código Federal de Procedimientos Civiles, y

V. El Código Civil en materia Federal.

Artículo 1335.- Tanto la revocación en primera instancia como la reposición deberán pedirse por escrito dentro de los tres días siguientes a que haya surtido efectos la notificación del proveído a impugnar, dando vista a la contraria por un término igual y el tribunal debe resolver y mandar notificar su determinación dentro de los tres días siguientes.

De la resolución en que se decida si se concede o no la revocación o la reposición no habrá ningún recurso.

Artículo 1344.- La apelación debe interponerse por escrito, dentro de nueve días improrrogables, si la sentencia fuere definitiva o dentro de seis si fuere auto o interlocutoria, y en el mismo escrito se expresarán por el recurrente los motivos de inconformidad o agravios que formule.

En este orden de ideas, también observo que la regla general es el recurso de revocación y la excepción el recurso de apelación que deberá estar específicamente señalado para su procedencia. Como en cualquier ordenamiento de carácter procesal, el trámite de ambos difiere, la revocación se presentará y será resuelta por el mismo juzgador que emitió el auto impugnado, en cambio el recurso de apelación será tramitado y resuelto por un tribunal superior.

k) Los Incidentes.

Los incidentes constituyen procedimientos sumarios que se tramitan por cuerda separada, originados a efecto de que el juzgador este en posibilidades de conocer y decidir sobre diversas cuestiones que se susciten durante la tramitación del Concurso: tienen como característica adolecer de un formalismo exagerado, lo que da celeridad al procedimiento.

El autor Miguel Ángel Hartasánchez, escribe acerca de los incidentes lo siguiente:

"...Se contempla una tramitación especial en breve juicio, dentro del procedimiento complejo, para dilucidar las cuestiones que se suscitan en este último. Una forma rápida y expedita de resolver cosas que influyen indirectamente en el proceso y que tienen, de acuerdo a los derechos preconstituidos, efectos al resultado final del gran juicio o procedimiento..."⁹⁵

Nuestra Ley de Concursos Mercantiles, conserva casi idéntica la regulación que la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos⁹⁶ contemplaba para la tramitación de los incidentes, la pequeña diferencia radica en que la nueva Ley no establece el momento en el que el juez decidirá sobre la admisión, imagino que sobre al misma decidirá al momento en que se lleve a cabo la diligencia para su desahogo.

El incidente será resuelto por el juez mediante una sentencia que por su naturaleza será calificada como interlocutoria y que la misma en ciertos casos puede ser recurrida a través del recurso de apelación, en otros solo se puede impugnar mediante juicio de amparo indirecto, puesto que no pone fin al procedimiento.

El juez, en el auto que pronuncie al escrito de interposición del recurso, expresará si lo admite en un solo efecto o en ambos efectos, dando vista a la contraria para que en el término de tres días conteste lo que a su derecho convenga y ordenará se asiente constancia en autos de la interposición del recurso y de la remisión del cuaderno de apelación correspondiente a la Superioridad dentro de un plazo de tres días, si fueren autos originales y de cinco si se tratare de testimonio.

Será causa de responsabilidad la falta de envío oportuno al Superior de los autos o testimonio respectivo para la substanciación del recurso.

⁹⁵ HARTASANCHEZ, Noguera Miguel Angel. *Op. Cit.* Pág. 129.

⁹⁶ **Artículo 469.-** Para el conocimiento y decisión de las diversas cuestiones que se suscitaren durante la tramitación de la quiebra o de la suspensión de pagos, se observarán los siguientes trámites:

I. - Del escrito inicial del incidente se correrá traslado por cinco días a la parte o a las partes interesadas en la cuestión. Se tendrá como confesa a la parte que no evacure el traslado, salvo prueba en contrario.

II. - En los escritos de contestación a la demanda incidental, y en ésta, las partes ofrecerán pruebas, expresando los puntos sobre los que deban versar, y que no sean extraños a la cuestión incidental planteada.

Dentro del tercer día de concluido el emplazamiento, el juez resolverá sobre la admisión de las pruebas y abrirá, en su caso, un término que nunca excederá de quince días.

III. - Concluido el término del emplazamiento o el probatorio, se pondrán los autos del incidente a la vista de las partes por el término común de cinco días, para que aleguen, y, sin necesidad de citación, el juez dictará la interlocutoria relativa dentro del plazo de ocho días.

Resulta cuestionable determinar en que casos la interlocutoria que resuelva un incidente sea impugnada a través del recurso de revocación, apelación o mediante juicio de amparo, así tenemos que la sentencia que dicta el juez para resolver el incidente de reconocimiento de crédito, es apelable, lo mismo sucede con la que resuelve la conversión a Quiebra del deudor o aquella que determina la procedencia de la acción separatoria, en todos estos casos la apelación procede solo en efecto devolutivo y por que expresamente lo señala la Ley Concursal, estoy de acuerdo que en estos casos ninguna de las resoluciones pone fin al procedimiento, pero que sucede con la interlocutoria que resuelve acerca de la negación a declarar en Concurso al comerciante, en este caso la apelación procede en ambos efectos, pero a la vez la resolución que dicte la alzada, en caso de que confirme la negativa, obviamente pondrá fin al procedimiento, luego entonces me pregunto si debería proceder el amparo directo.

Así bajo estos términos, la Ley de Concursos Mercantiles en su artículo 267, señala lo siguiente:

"Artículo 267.- Para el conocimiento y decisión de las diversas cuestiones que se suscitaren durante la tramitación del Concurso Mercantil, que no tengan prevista una substanciación especial se plantearán, por el interesado, a través de la vía incidental ante el juez, observándose los siguientes trámites:

I. Del escrito inicial del incidente se correrá traslado por cinco días a la parte o a las partes interesadas en la cuestión. Se tendrá como confesa a la parte que no efectuare el desahogo, salvo prueba en contrario;

II. En los escritos de demanda incidental y contestación de ésta, las partes ofrecerán pruebas, expresando los puntos sobre los que deban versar, y que no sean extraños a la cuestión incidental planteada;

III. Transcurrido el plazo a que se refiere la fracción primera, el juez citará a una audiencia de desahogo de pruebas y alegatos que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes;

IV. Cuando las partes ofrezcan las pruebas testimonial o pericial, exhibirán con el escrito de ofrecimiento, copia de los interrogatorios al tenor de los cuales deban ser examinados los testigos, o del cuestionario para los peritos, señalando el nombre y domicilio de los testigos y en su caso del perito de cada parte. El juez ordenará que se entregue una copia a cada una de las partes, para que puedan formular por escrito o hacer verbalmente preguntas al verificarse la audiencia. No se admitirán más de tres testigos por cada hecho;

V. Al promoverse la prueba pericial, el juez hará la designación de un perito, o de los que estime necesarios, sin perjuicio de que cada parte pueda designar también un perito para que se asocie al nombrado por el juez o rinda dictamen por separado;

VI. A fin de que las partes puedan rendir sus pruebas en la citada audiencia, los funcionarios o autoridades tienen obligación de expedir con toda prontitud a aquéllas, las copias o documentos que soliciten, apercibidas que de no hacerlo serán objeto de las medidas de apremio que el juez considere convenientes, y dejarán de recibirse las que no se hayan preparado oportunamente por falta de interés en su desahogo, y

VII. Concluida la audiencia, sin necesidad de citación, el juez dictará la sentencia interlocutoria relativa dentro del plazo de tres días.

Los incidentes planteados en términos de esta Ley no suspenderán el procedimiento principal."

Como podemos observar, la Ley de Concursos Mercantiles no precisa que actos deberán tramitarse a través de la vía incidental, lo que permite a los interesados promover de manera incidental toda cuestión que surja, en el proceso Concursal, con motivo de los derechos y obligaciones de los que son titulares y que se tengan que resolver de manera contenciosa y cuya tramitación no este expresamente regulada por la Ley.

1) El convenio.

Sobre el Convenio comenta el autor José A. Ramírez: *"...Garrigues, define al convenio como un negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de sus acreedores, que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por procedimiento diverso de la liquidación en el juicio de quiebra..."*⁹⁷

En primera instancia la hablar de un convenio se piensa la existencia de un acuerdo de voluntades, no obstante la anterior, en materia Concursal el convenio es generalmente propuesto de manera unilateral por el comerciante, veremos que al final en efecto, se trata de un mero acuerdo de voluntades, dado que el mismo, para que surta sus efectos, deberá contar con el consentimiento de los acreedores, si bien es cierto algunos serán sometidos a los efectos del convenio aún sin que hubiesen manifestado su consentimiento, lo anterior, de conformidad con el artículo 165 de la Ley de Concursos Mercantiles, considero que esto será como consecuencia de la falta de interés por parte de aquel acreedor que por moroso pierda su derecho de voto en la aprobación del convenio y por que el mismo ya habrá sido homologado por el Juez del proceso, dándole legalidad a la aplicación del mismo aún sobre aquellos que no manifestaron su consentimiento de manera expresa o que se opusieran al mismo.⁹⁸

El maestro Joaquín Rodríguez, señala: *"...Convenio en este más amplio sentido es todo acuerdo del deudor y los acreedores para obtener una quita, una espera, una dación en pago o la combinación de estos elementos en pago de las obligaciones de aquel..."*⁹⁹

Así tenemos que el convenio en materia Concursal vincula y obliga a todos los acreedores, aún y cuando estos no lo hayan aprobado, a diferencia de un convenio ordinario que solo obliga a las partes que lo suscribieron.

Regresando al tema, el convenio o concordato es considerado por la Doctrina como el modo más práctico de poner fin a un procedimiento Concursal, de tal manera que en casi todas la legislaciones en materia Concursal se contempla esta figura como un modo de extinción de los procesos liquidatorios. Mediante el convenio, el comerciante deudor propone a sus acreedores los términos mediante los cuales se obliga a cubrir sus adeudos, según su situación financiera.

⁹⁷ RAMIREZ, José A. *Op. Cit.* Pág. 1922.

⁹⁸ Artículo 165.- El convenio aprobado por el juez obligará:

I. Al Comerciante;

II. A todos los Acreedores Reconocidos comunes;

III. A los Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial que lo hayan suscrito, y

IV. A los Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial para los cuales el convenio haya previsto el pago de sus créditos en los términos del artículo 158 de esta Ley.

La suscripción del convenio por parte de los Acreedores Reconocidos con garantía real o con privilegio especial, no implica la renuncia a sus garantías o privilegios, por lo que subsistirán para garantizar el pago de los créditos a su favor en los términos del convenio.

⁹⁹ RODRIGUEZ, Rodríguez Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 303.

El jurista Joaquín Garrigues, citado por el autor José A. Ramírez señala: *“...En muchas ocasiones, quizá en la mayoría es más beneficioso, no solo para la economía en general, sino para los mismos acreedores, facilitar al deudor el saneamiento de su empresa, poniéndole de nuevo al frente de ella, para que pueda con sus productos ir pagando a sus acreedores en la forma y plazos que convengan...”*¹⁰⁰

Es claro que el objetivo de que los acreedores y el deudor decidan transigir entre sí, es el de acortar tiempos y gastos que se generan en virtud de los procedimientos judiciales, esto es solo en teoría, misma que esta sujeta a la voluntad de las partes que intervienen en el litigio, puesto que en la práctica podemos observar, que por lo general existe una falta de acuerdo entre las partes en contienda, toda vez que mientras el actor pretende hacer efectivos sus derechos en el menor tiempo posible, el demandado busca alargar lo más posible el procedimiento. Esto dio pie a que en el caso de los procedimientos Concursales tramitados bajo los términos de la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos se eternizaran y se crearan nuevas regulaciones que otorgaran mayores ventajas a los demandantes, situación que rompe con el principio de igualdad, lo que en realidad se debió considerara es el reducir términos y eliminar figuras que permitían dilaciones, tales como la junta de acreedores para el debate de créditos y el término para presentar las demandas de reconocimiento de créditos, cuestiones que analizaremos en el capítulo correspondiente.

La variedad de formas con las que se puede convenir con los acreedores, da origen al calificativo del convenio, así éste puede ser de quita, de espera, mixto, de pago total o de condonación total, no obstante la libertad de contratación, para efectos Concursales, la legislación marca los lineamientos que se deberán seguir para la validez de un convenio de esta naturaleza.¹⁰¹

En materia Concursal encontramos que cuando el convenio se aplica en un procedimiento conservatorio se le denomina preventivo, ya que el mismo tiende a prevenir la Quiebra del comerciante y en caso de Quiebra, es un convenio resolutorio, extintivo o de rehabilitación según sea el caso. El incumplimiento del convenio ó la falta de interés para su proposición, en caso de ser un instituto preventivo tiene como consecuencia la declaración en Quiebra del comerciante.

“El jurista Humberto Navarrini, distingue entre convenio de quiebra y convenio antes de la quiebra y también entre convenio amistoso y convenio de masa, teniendo al primero como el ultimado entre el deudor y acreedores aislados y al segundo como aquel que celebra con la masa, la diferencia entre el convenio de quiebra y el de antes de quiebra, radica en que el primero será amistoso y el segundo será de masa, puesto que no se puede hablar de masa sin que exista la quiebra, además el amistoso puede darse

¹⁰⁰ RAMIREZ, José A. *Op. Cit.* Pág. 1923.

¹⁰¹ Artículo 153.- El convenio deberá considerar el pago de los créditos previstos en el artículo 224 de esta Ley, de los créditos singularmente privilegiados, y de lo que corresponda, conforme a sus respectivas garantías y privilegios, a los créditos con garantía real y con privilegio especial que no hubieren suscrito el convenio.

El convenio deberá prever reservas suficientes para el pago de las diferencias que puedan resultar de las impugnaciones que se encuentren pendientes de resolver y de los créditos fiscales por determinar.

Tratándose de obligaciones fiscales, el convenio deberá incluir el pago de dichas obligaciones en los términos de las disposiciones aplicables; su incumplimiento dará lugar al procedimiento administrativo de ejecución que corresponda.

Artículo 157.- Para ser eficaz, el convenio deberá ser suscrito por el Comerciante y sus Acreedores Reconocidos que representen más del cincuenta por ciento de la suma de:

I. El monto reconocido a la totalidad de los Acreedores Reconocidos comunes, y

II. El monto reconocido a aquellos Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio.

antes o durante la quiebra, por lo que puede ser judicial o extrajudicial, mientras que el convenio de quiebra o de masa, siempre será judicial, dado que tendrá que ser sancionado por el juez del procedimiento.”¹⁰²

El tratadista José A. Ramírez, citando al maestro Rodríguez señala: *“...la legislación mexicana le permite establecer la clasificación de dos tipos de convenios entre el deudor y sus acreedores, en convenios extraconcursoales y concursales. Los primeros son los que se hacen antes de la declaración de quiebra, con vistas a impedirla; los segundos son los que se realizan en el curso del procedimiento para suprimir los efectos de la declaración y agrega que los convenios extraconcursoales pueden ser judiciales y extrajudiciales, mientras que los convenios concursales solo pueden ser judiciales...”*¹⁰³

III.2. EL CONCURSO MERCANTIL.

Una vez que vistas las etapas procesales en general, analizaré de forma sintetizada como es que operan en el procedimiento que marca la Ley de Concursos Mercantiles.

El Concurso Mercantil, definido por la Ley de la materia como un procedimiento de interés público, éste constará de dos etapas sucesivas denominadas Conciliación y Quiebra.

La Ley de Concursos Mercantiles en su artículo tercero señala:

“...Artículo 3.- La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos. La finalidad de la quiebra es la venta de la empresa del Comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los Acreedores Reconocidos...”

La Ley en cita establece que aquel comerciante que incumpla en forma generalizada en el pago de sus obligaciones será declarado en Concurso Mercantil, o en su caso, el mismo comerciante podrá solicitar se le declare en concurso y en este caso se considerará la aceptación por parte del comerciante del incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

De conformidad con el artículo 17 de la Ley de Concursos Mercantiles: *“...es competente para conocer del Concurso Mercantil, el Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el comerciante tenga su domicilio...”*

Por otra parte el artículo octavo de la Ley en cita establece: *“...Son de aplicación supletoria a este ordenamiento, en el orden siguiente:*

I. El Código de Comercio;

II. La legislación mercantil;

III. Los usos mercantiles especiales y generales;

¹⁰² Cfr RAMIREZ, José A. *Op. Cit.* Pág. 1919.

¹⁰³ RAMIREZ, José A. *Op. Cit.* Pág. 1920.

IV. El Código Federal de Procedimientos Civiles, y

V. El Código Civil en materia federal..."

Los artículos 18 y 19 de la Ley Concursal señalan que las excepciones de naturaleza procesal, entre ellas las de incompetencia del juez y la falta de personalidad, no suspenderán el procedimiento. En caso de que sea procedente la excepción de falta de personalidad del actor, se concederá un plazo de 10 días para que se subsane y en caso de no subsanarse se sobreseerá el juicio, en el caso de falta de legitimación al proceso del comerciante se continuará el juicio en rebeldía.

La demanda la podrá interponer cualquier acreedor del comerciante o el Ministerio Público. En caso de que sea un acreedor el que interponga la demanda, deberá además de acompañar los documentos que demuestre su calidad de acreedor, una garantía equivalente a mil quinientos días de salario mínimo a fin de cubrir los honorarios del visitador en caso de que el juez deseche la demanda.

Al día siguiente de admitida la demanda se remitirá copia al Instituto de Especialistas de Concursos Mercantiles a fin de que designe a un visitador que tendrá las facultades de verificar si el comerciante incurrió en incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones o se encuentre en estado de incurrir en tal situación. Asimismo levantará un acta en la que se hará constar los hechos u omisiones que hubiere conocido el visitador. Toda vez que éste tendrá acceso a los libros de contabilidad y estados financieros del comerciante.

Una vez que el juez reciba el dictamen del visitador lo pondrá a vista del comerciante y de sus acreedores para que estos presenten sus alegatos y posteriormente el juez dicte su sentencia.

Contra la sentencia que niegue el Concurso Mercantil procede el recurso de apelación en ambos efectos y contra la que lo declare, procede en el efecto devolutivo, según se desprende del artículo 49 de la Ley de la materia.

Los visitadores, conciliadores y síndicos podrán contratar a auxiliares que estimen necesarios para el ejercicio de sus funciones lo que no implicará, en ningún caso la delegación de sus responsabilidades, dichos cargos pueden ser impugnados ante el juez por el comerciante en casos justificados, y tendrán las obligaciones y facultades que expresamente les confiere la ley.

Los interventores representarán los intereses de los acreedores y tendrán a su cargo la vigilancia de la actuación del conciliador, el síndico o de quien realice el reconocimiento de créditos y tendrán, de acuerdo con los artículos 62 y 64 de la Ley Concursal, entre otras las siguientes facultades:

- Gestionar la notificación y publicación de sentencia de Concurso Mercantil,
- Solicitar al conciliador o al síndico información por escrito sobre las cuestiones relativas a la administración de la Masa,
- Examinar los libros, documentos, así como cualquier otro medio de almacenamiento de datos del comerciante sujeto a Concurso Mercantil.
- Las demás que establezca la Ley.

Desde que se dicte la sentencia de Concurso Mercantil y hasta que termine la etapa de conciliación, no podrá ejecutarse ningún mandamiento de embargo o de ejecución contra los bienes y derechos del Comerciante, aún los de carácter fiscal y laboral, con excepción de la fracción XXIII, del apartado A, del artículo 123 constitucional (créditos en favor de los trabajadores por salarios o sueldo devengados en el último año y por indemnizaciones).

Los bienes que estén en posesión del comerciante y sean identificables, cuya propiedad no se le hubiere transferido por título legal definitivo e irrevocable, podrán ser separados por sus legítimos titulares.

Los siguientes bienes se podrán separar de la Masa:

- Los que puedan ser reivindicados con arreglo a las leyes;
- Los inmuebles enajenados al Comerciante, no pagados por éste,
- Los muebles adquiridos al contado, si el Comerciante no hubiere pagado el precio al tiempo de la declaración de concurso;
- Los adquiridos a crédito, si la cláusula de resolución por incumplimiento en el pago se hubiere inscrito en el Registro Público.

Durante la etapa de conciliación la administración de la empresa, corresponderá al comerciante y el conciliador vigilará la contabilidad y todas las operaciones que efectúa el comerciante.

Las acciones promovidas y los juicios seguidos por el comerciante, y las promovidas y los seguidos contra él, que tengan un contenido patrimonial, no se acumularán al Concurso Mercantil, si no que bajo la vigilancia del conciliador, se seguirán por el comerciante.

A partir de la fecha en que se dicte la sentencia del Concurso Mercantil el capital y los accesorios financieros insolutos de los créditos en moneda nacional, sin garantía real, dejarán de causar intereses y se convertirán a unidades de inversión. Los créditos que hubiesen sido denominados originalmente en UDIS dejarán de causar intereses.

Los créditos con garantía real, se mantendrán en la moneda o unidad en la que estén denominados y únicamente causarán los intereses ordinarios estipulados en los contratos, hasta por el valor de los bienes que los garantizan y el capital y los accesorios financieros insolutos de los créditos en moneda extranjera sin garantía real, dejarán de causar intereses y se convertirán a moneda nacional y a su vez a unidades de inversión.

El Concurso Mercantil no afecta la validez de los contratos celebrados sobre bienes estrictamente personales, de índole no patrimonial y los contratos pendientes de ejecución deberán ser cumplidos por el comerciante, salvo que el conciliador se oponga.

Los contratos de depósito, de apertura de crédito, de comisión y de mandato, no quedarán resueltos por el Concurso Mercantil de una de las partes, salvo que el conciliador considere que deban darse por terminados.

Las cuentas corrientes se darán por terminadas anticipadamente y se pondrán en estado de liquidación para exigir o cubrir sus saldos. El Concurso Mercantil dará por terminados los contratos de reporte.

Los acreedores podrán solicitar el reconocimiento de sus créditos dentro de los 20 días naturales siguientes a la fecha de la última publicación de la sentencia de Concurso Mercantil. Contra la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos procede el recurso de apelación el cual se admitirá en efecto devolutivo.

La etapa de conciliación tendrá una duración de 185 días naturales contados a partir del día en que se haga la última publicación de la sentencia del Concurso Mercantil.

En caso de convenio este deberá prever el pago íntegro de los créditos contra la masa. Tratándose de obligaciones fiscales, el convenio deberá incluir el pago de dichas obligaciones en términos de las disposiciones aplicables.

El comerciante con autorización del conciliador, o el conciliador directamente podrán celebrar convenios con los trabajadores. Cuando el propio comerciante lo solicite, los acreedores reconocidos que representen la mayoría del monto reconocido a dichos créditos soliciten la terminación de la etapa de conciliación o el juez niegue su aprobación al convenio presentado por el conciliador, el comerciante será declarado en Quiebra y esta se resolverá de plano, en los demás casos el procedimiento se substanciará incidentalmente.

La sentencia que declare la Quiebra¹⁰⁴ implicará la remoción de plano y sin necesidad de mandamiento judicial adicional, del comerciante en la administración de su empresa, siendo sustituido por el síndico.

Declarada la Quiebra, aun y cuando no se hubieren cumplido con el reconocimiento de créditos, el síndico procederá sin dilación a la enajenación de los bienes que integran la masa.

Desde que se dicte la Quiebra el juez ordenará al Instituto que, en un plazo de cinco días ratifique al conciliador como síndico o, en caso contrario y de conformidad con las disposiciones generales que al efecto emita, lo designe, salvo que ya se esté en alguna de las situaciones previstas en el artículo 174.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Artículo 169.- La sentencia de declaración de quiebra deberá contener:

I. La declaración de que se suspende la capacidad de ejercicio del Comerciante sobre los bienes y derechos que integran la Masa, salvo que esta suspensión se haya decretado con anterioridad;

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

III. La orden a las personas que tengan en su posesión bienes del Comerciante, salvo los que estén afectos a ejecución de una sentencia ejecutoria para el cumplimiento de obligaciones anteriores al Concurso Mercantil, de entregarlos al síndico;

IV. La prohibición a los deudores del Comerciante de pagarle o entregarle bienes sin autorización del síndico, con apercibimiento de doble pago en caso de desobediencia, y

V. La orden al Instituto para que designe al conciliador como síndico, en un plazo de cinco días, o en caso contrario designe síndico; entre tanto, quien se encuentre a cargo de la administración de la empresa del Comerciante tendrá las obligaciones de los depositarios respecto de los bienes y derechos que integran la Masa.

La sentencia de quiebra deberá contener, además de las menciones a que se refiere este artículo, las señaladas en las fracciones I, II y XV del artículo 43 de esta Ley.

¹⁰⁵ Artículo 174.- El síndico designado en términos de lo dispuesto en el artículo anterior podrá ser sustituido cuando:

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

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

Al día siguiente de la designación del síndico, el Instituto lo hará del conocimiento del juez. El síndico deberá comunicar al juez, dentro de los cinco días siguientes a su designación, el nombre de las personas de las que se auxiliará para el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de que desde su designación inicie inmediatamente su encargo.

A partir de la fecha de la sentencia de Quiebra, por lo menos cada dos meses, el síndico presentará al juez una relación que exprese el estado del activo y una lista de los acreedores que van a ser pagados.

Declarada la quiebra, aun cuando no se hubiere concluido el reconocimiento de créditos, el síndico procederá a la enajenación de los bienes y derechos que integran la Masa, procurando obtener el mayor producto posible por su enajenación.

Cuando la enajenación de la totalidad de los bienes y derechos de la Masa como unidad productiva, permita maximizar el producto de la enajenación, el síndico deberá considerar la conveniencia de mantener la empresa en operación.

Por último revisaremos los Concursos especiales que contempla la Ley.

➤ De Comerciantes que Prestan Servicios Públicos Concesionados.

El artículo 238 de la Ley de Concursos Mercantiles, establece que los Concursos de los comerciantes que presten este tipo de servicios, se sujetarán a las leyes, reglamentos, títulos de concesión y demás disposiciones que regulen la concesión y el servicio público de que se trate.

Por otra parte, el artículo 239 del ordenamiento Concursal, señala que para efectos del Concurso, se entenderá como autoridad concedente al gobierno, dependencia u otra entidad de derecho público que otorgue la concesión para la prestación de un servicio público.

El artículo 240 de la Ley en Concursal dispone que la autoridad concedente podrá proponer al juez lo relativo a la designación, remoción y sustitución del conciliador y del síndico que participen en los Concursos Mercantiles y supervisar sus actividades.

La autoridad, también tendrá la facultad de determinar la separación de quien desempeñe la administración de la empresa del comerciante y nombrar a una persona para que la asuma, comunicando su determinación al juez. En caso de convenio, deberá ser notificado a la autoridad, quien podrá vetarlo.

Por disposición del artículo 244 de la Ley de Concursos Mercantiles, cuando la venta de la empresa del comerciante incluya la transmisión del título de concesión, se deberá contar con la aprobación previa de la autoridad concedente.

En tal supuesto, el Juez lo hará del conocimiento del Instituto al día siguiente quedando sin efecto la designación hecha por el Instituto. El síndico así designado asumirá todos los derechos y las obligaciones que esta Ley atribuye a los síndicos. En caso de sustitución del síndico, el sustituido deberá observar lo dispuesto para el conciliador en el artículo anterior.

➤ Del Concurso Mercantil de las Instituciones de Crédito.

De conformidad con el artículo 246 del ordenamiento legal en cita, sólo podrán demandar la declaración del concurso de una Institución de Crédito, el Instituto para la Protección del Ahorro Bancario o la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Al presentarse la demanda de concurso, la Institución deberá mantener cerrada sus oficinas de atención al público y suspender la realización de cualquier tipo de operaciones activas, pasivas y de servicios.

El juez de oficio o a petición del Instituto para la Protección del Ahorro Bancario o la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, podrá adoptar medidas provisionales para la protección de los trabajadores, instalaciones y activos de la institución, así como de los intereses de los acreedores.

El artículo 247 de la Ley Concursal dispone que quien tenga encomendada la administración de la institución, contará con un término de nueve días para contestar la demanda y ofrecer dentro de la misma sus pruebas, al día siguiente de que el juez reciba la contestación, dará vista al actor para que en tres días desahogue la vista y adicione en su caso pruebas.

Cuando se declare el Concurso Mercantil de una institución, el procedimiento se iniciará en todos los casos en la etapa de Quiebra. El Instituto para la Protección del Ahorro Bancario propondrá al juez la designación, remoción o sustitución del síndico. La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, podrá designar hasta tres interventores para representar y proteger los derechos e intereses de los acreedores.

Los acreedores que sean también instituciones de crédito, podrán compensar las deudas y los créditos por remesas de títulos de crédito o instrumentos de pago que se hayan presentado a una cámara de compensación autorizada.

Las propuestas de enajenación que presente el síndico, con la aprobación del Instituto para la Protección del Ahorro Bancario, no podrán ser objetadas por la institución de crédito.

➤ Del Concurso Mercantil de las Instituciones Auxiliares del Crédito.

Puede demandar la declaración de Concurso Mercantil de una Institución Auxiliar de Crédito, cualquier acreedor, el Ministerio Público y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

El artículo 256 de la Ley Concursal dispone que quien tenga encomendada la administración de la institución, contará con un término de nueve días para contestar la demanda y ofrecer dentro de la misma sus pruebas, al día siguiente de que el juez reciba la contestación, dará vista al actor para que en tres días desahogue la vista y adicione en su caso pruebas.

Con la contestación de la demanda, sólo se admitirá la prueba documental y la opinión de expertos cuando se presente por escrito.

Declarado el Concurso Mercantil, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, podrá solicitar que el procedimiento se inicie en la etapa de Quiebra, o bien la terminación anticipada de la etapa de conciliación, en cuyo caso el juez declarará de plano la Quiebra. Lo anterior se desprende del artículo 258 de la Ley de Concursos Mercantiles.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores propondrá al juez la designación, remoción o sustitución del síndico.

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros podrá designar hasta tres interventores para representar y proteger los derechos e intereses de los acreedores.

El artículo 261 de la Ley de Concursos Mercantiles establece: "...Las propuestas de enajenación que presente el síndico, con la aprobación de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, podrán ser objetadas por la institución auxiliar del crédito de que se traten y el juez resolverá lo conducente..."

A) Comparado con la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943.

Analizadas las etapas que integran un procedimiento Concursal y ensimismo al Concurso Mercantil, nos disponemos a comparara este relativo nuevo procedimiento con el anterior, a efecto de conocer las ventajas y desventajas que según mi óptica tiene cada uno. Como he venido comentando, a través de este trabajo pretendo efectuar una crítica a la Ley de Concursos Mercantiles mediante un sistema comparativo y obviamente no podía excluir de dicha comparación a la ley que sustituye.

Bajo este orden de ideas, procederemos a analizar las etapas que componen al Concurso Mercantil comparándolas con su símil en la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943.

Antes de abundar en el tema es necesario hacer la siguiente precisión, la Ley de Concursos Mercantiles contempla a diferencia de la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, un solo procedimiento dividido en dos etapas, el Concurso Mercantil y la Quiebra, mientras que en la Ley anterior, se contemplaba el procedimiento de Suspensión de Pagos y el de Quiebra, siendo preferente el primero, inclusive si al deudor se le demandaba la Quiebra por parte de sus acreedores, este procedimiento se veía interrumpido si el comerciante solicitaba el beneficio de la Suspensión de Pagos. En esta inteligencia, compararemos la etapa de Conciliación con el procedimiento de Suspensión de Pagos y los procedimientos de Quiebra por igual.

1. Demanda.

La demanda o solicitud de Concurso Mercantil, al igual que en la Suspensión de Pagos podrá ser solicitada por el Comerciante, por sus acreedores o por el Ministerio Público a petición de un Juez.

En este caso el escrito presentado por un comerciante, al igual que en el caso de la Ley anterior, es técnicamente una solicitud y no una demanda, dado que no controvierte hecho alguno ni solicita que se cumpla o extinga obligación alguna por parte de un tercero.

En cuanto a los requisitos que la Ley exige para que el comerciante solicite el Concurso Mercantil, encontramos los siguientes:

Deberá contener el nombre completo, denominación o razón social del Comerciante, el domicilio que señale para oír y recibir notificaciones, así como en su caso el domicilio social, el de sus diversas oficinas y establecimientos, incluyendo plantas, almacenes o bodegas, especificando en caso necesario en dónde tiene la administración principal de su empresa o en caso de ser una persona física, el domicilio donde vive y además, a ella deberán acompañarse los anexos siguientes:

- Los estados financieros del Comerciante, de los últimos tres años, los cuales deberán estar auditados cuando exista esta obligación en términos de ley;
- Una memoria en la que razone acerca de las causas que lo llevaron al estado de incumplimiento en que se encuentra;
- Una relación de sus acreedores y deudores que indique sus nombres y domicilios, la fecha de vencimiento del crédito o créditos de cada uno de ellos, el grado con que estima se les debe reconocer, indicando las características particulares de dichos créditos, así como de las garantías, reales o personales, que haya otorgado para garantizar deudas propias y de terceros, y
- Un inventario de todos sus bienes inmuebles y muebles, títulosvalores, géneros de comercio y derechos de cualquier otra especie.

La Ley de Concursos Mercantiles señala que la solicitud deberá tramitarse conforme a las disposiciones subsiguientes relativas a la demanda.

Resulta prudente señalar que dicha documentación viene a constituir las pruebas que el Concursado deberá aportar en el procedimiento, sobre todo en los estados financieros, los cuales deberán acreditar la situación económica del comerciante.

Anteriormente había hecho la observación en cuanto a la falta de técnica de la ley al señalar que los estados financieros deben estar auditados nosotros propongo que se solicite la dictaminación que resulte de la auditoría que se haga a los estados financieros, puesto que el dictamen es lo más importante, el comerciante puede comprobar que sus estados financieros están auditados con la simple manifestación que por escrito haga el despacho que se encarga de tal menester, sin que esto implique la realidad de sus números.

Considero que las ventajas que se presentan en este caso, son tendientes a la celeridad del procedimiento, dado que anteriormente no se exigía al comerciante que al momento de solicitar el beneficio de la Suspensión de Pagos, señalara el domicilio donde se encontraba el domicilio dónde tiene la administración principal de su empresa, por lo que al momento en que el síndico debía conformar el inventario o tomar posesión de su cargo, en caso de Quiebra, se tenía que requerir al suspenso para que señalara el lugar donde se debía llevar a cabo la diligencia, requerimientos que con frecuencia eran desatendidos por el deudor aún y cuando se le apercibiera con medidas de apremio, las cuales desde luego combatía mediante juicio de garantías, todo esto con el ánimo de dilatar el procedimiento el mayor tiempo posible en su beneficio.

No obstante lo anterior, el hecho de que el deudor señale el domicilio dónde tiene la administración principal de su empresa, no implica que en ese mismo lugar se encuentre la documentación financiera necesaria para examinar la viabilidad de su empresa, pues en todo caso se debió haber requerido se señalara el domicilio fiscal donde por ley el comerciante debe tener toda la información financiera de su empresa.

Asimismo, la ley anterior exigía la presentación de un convenio preventivo, mismo que en el caso de personas morales debía ser aprobado por la mayoría de los accionistas mediante asamblea extraordinaria que se celebrara en el domicilio social, y propuesto por su órgano de administración, sin dicho requisito el convenio resultaba nulo, de hecho todo acuerdo que se tome sin consentimiento de la asamblea de accionistas es nulo, incluso aquel representante que presentaba la demanda debía estar facultado de manera expresa para tal efecto, dado que por lo general ninguna sociedad mercantil establece dentro de su objeto social el hecho de solicitar su declaración en Concurso Mercantil y obviamente no se trata de un acto de comercio.

La Ley de Concursos Mercantiles omite hacer señalamiento alguno al respecto, no establece mayores requisitos para la presentación del convenio ni establece con claridad el momento procesal oportuno para la presentación del mismo, solo señala que deberá ser antes de concluir con la etapa de Conciliación, esto se podría deducir por simple lógica, el convenio será resultado de la conciliación entre el deudor y sus acreedores, por lo que el resultado en cuanto a su aprobación por parte de los acreedores es inmediata a diferencia de la Ley anterior, donde el convenio se conocía desde el inicio del procedimiento y se aprobaba después de mucho tiempo previa sentencia firme de reconocimiento de crédito de todos los acreedores y previa votación en junta de acreedores que debía ser convocada mediante la publicación de edictos el Diario Oficial de la Federación y en el periódico de mayor circulación del lugar, la sentencia que aprobaba el convenio, también se tenía que publicar en los mismos términos.

Al igual que en la Ley Concursal anterior, la Ley de Concursos Mercantiles solo contempla la contestación y periodo probatorio para el caso de que sea un acreedor quien solicite la declaración en Concurso Mercantil del comerciante. La diferencia radica tanto en los lapsos para el periodo de pruebas como en los elementos de convicción que las partes presenten al juzgador para acreditar los extremos de sus pretensiones, asimismo deberá tomarse en consideración que si el demandante o solicitante, según sea el caso, no garantiza los honorarios del visitador dentro de los tres días siguientes al que se le notifique el auto admisorio éste dejara de surtir efectos. El monto a garantizar es el equivalente a mil quinientos días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

No obstante y a diferencia de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, la Ley de Concursos Mercantiles no establece que se de vista al Ministerio Público Federal ni con la demanda del acreedor ni con la solicitud del deudor, de tal manera que en la nueva Ley la representación social queda relegada.

Por otra parte, noto como se reducen los requisitos solicitados al comerciante en la Ley anterior para ser sometido al procedimiento Concursal, así tenemos que no es necesario que el comerciante este afiliado a una Cámara de Comercio o Industria, dado que el papel de la sindicatura pasa a ser desempeñado por aquella persona que para tal efecto designe el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, asimismo, se le exige al deudor de presentar sus libros contables, copia de la escritura constitutiva

debidamente inscrita en el Registro Público de Comercio, en caso de ser sociedad mercantil.

Inclusive puedo observar que la actual legislación no requiere de manera expresa al solicitante para que acredite tener la calidad de comerciante, ni establece sanción alguna para aquellas sociedades irregulares que soliciten su declaración en Concurso Mercantil.

No obstante lo anterior, la calidad de comerciante deviene de la presunción que se genera en virtud de la obligación que la Ley Concursal impone al solicitante de exhibir documentos propios de un comerciante como lo son los estados financieros.

En Conclusión puedo ver, que para efectos de la demanda o solicitud, la intención del Legislador se encamina a reducir los tiempos del procedimiento Concursal, y con toda razón, la ley anterior permitía que los procesos fueran eternizados a voluntad del deudor. Luego entonces debemos reconocer la aportación de la nueva Ley en cuanto a la celeridad procesal en esta etapa.

2. Sentencia.

La sentencia continúa marcando la pauta en cuanto a la iniciación propiamente dicha del procedimiento Concursal, puesto que es a partir de que se dicta dicha resolución cuando comienzan a intervenir todos los órganos y partes en el procedimiento.

En la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos a diferencia de la de Concursos Mercantiles, no se preveía un procedimiento para que se dictara la sentencia, el Juez estaba facultado para dictarla de manera inmediata, dejando el análisis de la situación financiera del comerciante al sindico y a los acreedores, estos últimos al momento de impugnar la sentencia o promover la conversión a Quiebra del comerciante hacían valer todas las omisiones y errores que tuviese el Juez al momento de dictar la sentencia, inclusive existen criterios de Jurisprudencia como el siguiente:

"...SUSPENSIÓN DE PAGOS. EL JUEZ NO ESTÁ OBLIGADO A PRACTICAR UN ESTUDIO MINUCIOSO Y DETALLADO DE LA DOCUMENTACIÓN EXHIBIDA, AL DICTAR SENTENCIA DECLARATIVA DE. El artículo 6o. de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos establece en sus diversos incisos los documentos que se deberán acompañar a la demanda en la que se pretenda la declaración de suspensión de pagos. Asimismo, el diverso 404 de la propia ley señala que el Juez, el mismo día, o a lo más en el siguiente de la presentación de la demanda dictará sentencia declarando la suspensión de pagos, una vez que haya comprobado que ésta y la proposición del convenio reúnan las condiciones legales, salvo que no se presenten los documentos exigidos por la ley. De tales numerales, se entiende que la suspensión de pagos es una medida provisional de carácter urgente, dado que una vez solicitada y presentados los documentos exigidos por la norma, el juzgador debe decretar tal beneficio de inmediato. Ello conduce a concluir que el examen que dicha autoridad está en condiciones de practicar es únicamente si la documentación exhibida es en términos generales la exigida por la ley, mas no está obligada a practicar un estudio minucioso y detallado, ni mucho menos que dicha documentación esté acorde a la legislación que la rige (mercantil o fiscal)..."¹⁰⁶

¹⁰⁶ Novena Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Torno: VIII, Agosto de 1998. Tesis: XIV.2o.74 C. Página: 917. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

La excepción que se marcaba en la Ley abrogada, sucedía cuando los acreedores demandaban la Quiebra del comerciante y era entonces cuando surgía un procedimiento contencioso e cual se tramitaba en forma de incidente.

La Ley de Concursos Mercantiles establece una serie de tramites para que el Juez Concursal este en posibilidad de dictar la sentencia respectiva, este procedimiento tiene lugar aún y cuando sea el mismo comerciante quien solicite su declaración en Concurso Mercantil, en el interviene la figura del visitador cuya actuación según mi punto de vista hace que se incurra en violaciones a las garantías individuales del comerciante, los razonamientos en los que me baso para sostener mi opinión, serán analizadas al momento en que se haga la critica respectiva.

Al día siguiente de que se dicte sentencia que declare el Concurso Mercantil, el juez deberá notificarla personalmente al comerciante, al Instituto, al visitador, a los acreedores cuyos domicilios se conozcan y a las autoridades fiscales competentes, por correo certificado o por cualquier otro medio establecido en las leyes aplicables. Al Ministerio Público se le notificará por oficio. Igualmente, deberá notificarse por oficio al representante sindical y, en su defecto, al Procurador de la Defensa del Trabajo.

Asimismo, se ordenará la publicación por dos veces consecutivas de un extracto de la sentencia en el Diario Oficial de la Federación y en uno de los diarios de mayor circulación en la localidad donde se siga el juicio, dicha publicación tendrá efectos de notificación personal para aquellas partes que no hayan sido notificadas de la declaración del Concurso Mercantil.

La sentencia de Concurso Mercantil, al igual que la Ley Quiebras y Suspensión de Pagos, podrá ser impugnada mediante recurso de apelación que podrá hacer valer el comerciante, los acreedores, el Ministerio Público e incluso el visitador, quien no es realmente parte dentro del procedimiento, por lo que posteriormente se analizara la legitimación procesal de dicha figura para impugnar la resolución en comento, el recurso se tramitará en efecto devolutivo cuando la interlocutoria declare el Concurso Mercantil, en caso de que lo niegue será tramitada en ambos efectos.

Para el efecto de la Quiebra, la apelación procede en efecto devolutivo salvo en los casos de que el propio Comerciante la solicite o cuando el conciliador promueva la declaración de Quiebra y el juez la conceda en los términos previstos en el artículo 150 de la Ley. En este caso también podrá apelar la resolución el conciliador.

Por otra parte y en cuanto a los efectos que se generan a partir de la declaración del Concurso Mercantil, tenemos que la sentencia producirá los efectos del arraigo del Comerciante y, tratándose de personas morales quien o quienes sean responsables de la administración, para el solo efecto de que no puedan separarse del lugar de su domicilio sin dejar, mediante mandato, apoderado suficientemente instruido y expensado.

En la Ley anterior, esto solo procedía al momento en que se dictaba la Quiebra, sin embargo como ya mencionamos la Ley de Concursos Mercantiles a diferencia de la de Quiebras y Suspensión de Pagos, solo contempla un procedimiento único dividido en dos etapas, siendo una consecuencia de la otra, es decir que no puede haber Quiebra sin que exista previamente la declaración del Concurso Mercantil, de tal manera el cambio no es radical, si lo observamos desde un punto de vista práctico, dado que la finalidad ultima del proceso es la liquidación patrimonial del comerciante mediante la Quiebra.

Otro aspecto que considero interesante, con relación a los efectos de la sentencia de Concurso Mercantil, es el de la no acumulación de los procedimientos de naturaleza patrimonial que se sigan en contra del Comerciante, sin embargo, al igual que en la Ley abrogada, la actual no permite la ejecución en contra de los bienes del comerciante,¹⁰⁷ en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos señalaba que juicios eran acumulables al procedimiento Concursal y hacia excepción de aquellos que tenían sentencia firme y los que estuviesen demandados en base a créditos con garantías reales,¹⁰⁸ esto trajo como consecuencia una serie de confusiones en cuanto a la ejecución de dichos juicios fuera del procedimiento Concursal.

No obstante lo anterior, recordemos que es principio general de Derecho en materia Concursal, que los acreedores no pueden cobrar sino en el modo y forma que indica la Ley de la materia, aunado a que dicho ordenamiento debe obligar al acreedor a presentar su demanda de reconocimiento de créditos dentro de un término establecido para tal efecto y de esta manera legitimar la procedencia en la forma del pago.

Por lo tanto, al iniciarse un procedimiento judicial donde se emita un mandamiento de embargo sobre bienes propiedad del Concursado, se afecta en forma especial ese patrimonio, estableciéndose con el embargo una limitación del derecho de propiedad, de manera tal que no puede ejecutarse el remate, ya que estos bienes siguen perteneciendo al patrimonio del deudor, por lo que aún con sentencia firme que condene al pago, esta se debe acumular al procedimiento Concursal y no podrá ser ejecutada, toda vez que existe una prohibición expresa sobre el Concursado de hacer pago alguno, lo que es motivo de excepción para llevara cabo el pago al que fue condenado, por lo tanto el deudor no ocurre en contumacia de manera premeditada, sino que se encuentra jurídicamente impedido en virtud de la sentencia que lo declara en Concurso Mercantil.

En virtud de lo anterior, el procedimiento Concursal tiene como objetivo que los acreedores recuperen, en la parte proporcional que les corresponda y en el orden relativo, las prestaciones a cargo del deudor Concursado, por lo tanto la sentencia que se pronuncie en primera instancia, no tiene más efectos jurídicos que los de depurar y hacer inobjetable el crédito demandado, sin conceder a éste ningún otro privilegio, toda vez que es obligación que el acreedor concorra al Concurso en tiempo y forma para que, dentro de él, cobre su crédito en el orden que le corresponda, con la única diferencia de que dicho crédito no será debatido por los demás acreedores, puesto que existe una sentencia que lo ha declarado exigible, y con mayor razón, cuando la misma se encuentra firme, porque entonces la existencia del crédito se constituye como una verdad legal, con la autoridad de cosa juzgada.

¹⁰⁷ Artículo 65.- Desde que se dicte la sentencia de Concurso Mercantil y hasta que termine la etapa de conciliación, no podrá ejecutarse ningún mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos del Comerciante.

Cuando el mandamiento de embargo o ejecución sea de carácter laboral, la suspensión no surtirá efectos respecto de lo dispuesto en la fracción XXIII, del apartado A, del artículo 123 constitucional y sus disposiciones reglamentarias, considerando los salarios de los dos años anteriores al Concurso Mercantil; cuando sea de carácter fiscal, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 de este ordenamiento.

¹⁰⁸ ART. 126.- Se acumularán a los autos de la quiebra todos los juicios pendientes contra el fallido, excepto los siguientes, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 122 y de los preceptos que atribuyen al síndico la realización de todo el activo:

I. - Aquellos en que ya esté pronunciada y notificada la sentencia definitiva de primera instancia.

II. - Los que procedan de créditos hipotecarios o prendarios.

ART. 409.- Con excepción de las reclamaciones por deudas de trabajo, por alimentos o por créditos con garantía real, quedarán en suspenso los juicios contra el deudor que tengan por objeto reclamar el cumplimiento de una obligación patrimonial; pero se podrán practicar en ellos las actuaciones tendientes a prevenir perjuicios en las cosas sujetas a litigio o conservar íntegramente los derechos de las partes..*

Al efecto señala el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez en sus comentarios a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos lo siguiente:

"...Ni los créditos definitivamente reconocidos por sentencia judicial, ni los créditos hipotecarios o prendarios pueden ser hechos efectivos sino sobre los bienes comprendidos en la quiebra o sobre aquellos específicamente afectados al cumplimiento de la obligación hipotecaria o prendaria por eso, aunque estos créditos no se acumulen al juicio de quiebra, ello solo es en cuanto a su reconocimiento, no en cuanto a efectos de graduación y pago, pues entonces deben cobrar en la quiebra según las normas dadas al efecto..."¹⁰⁹

En tal virtud, resulta procedente la acumulación para el solo efecto de la graduación del crédito para su pago, es decir, para que el Juez del conocimiento señale el lugar y orden que debe ocupar para ser pagado con arreglo a los de su clase. Sin embargo, la Ley de Concursos Mercantiles establece la prohibición de acumular juicios al procedimiento Concursal, dejando su vigilancia al Conciliador,¹¹⁰ lo que parece contradictorio, si observamos lo dispuesto por el artículo 127 de ese ordenamiento, en el que se establece la obligación de los acreedores, cuyo pago de crédito se haya considerado exigible, mediante sentencia firme, para concurrir a hacerla efectiva dentro del procedimiento Concursal.¹¹¹

Asimismo, tampoco establece que se dejen de promover juicio en contra del Concursado, de tal manera que se podrá exigir en vía judicial al deudor el pago de los créditos vencidos, no obstante la existencia del Concurso Mercantil, lo que considero traerá como consecuencia un descontrol en el seguimiento y vigilancia de los procedimientos que se sigan contra el deudor por parte del Conciliador.

3. Reconocimiento de Créditos.

En la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, al momento en que un acreedor solicitaba el reconocimiento de su crédito, nos encontrábamos frente a una verdadera demanda de donde se desprendía el reclamo del promovente para que se le reconociera, en primer término, la existencia de un derecho de crédito y en segundo, el pago del mismo en las condiciones y términos que de conformidad con la naturaleza de su crédito tenía inherente el acreedor según la Ley. Con la Ley de Concursos Mercantiles, el reconocimiento de créditos se reduce a ser un mero trámite administrativo, toda vez que en principio desaparece el procedimiento contradictorio, ya que al momento en que el acreedor presenta su solicitud de reconocimiento de crédito, no se da vista al deudor,

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ Rodríguez Joaquín, *Op. Cit.*, pág. 111.

¹¹⁰ Artículo 84.- Las acciones promovidas y los juicios seguidos por el Comerciante, y las promovidas y los seguidos contra él, que se encuentren en trámite al dictarse la sentencia de Concurso Mercantil, que tengan un contenido patrimonial, no se acumularán al Concurso Mercantil, sino que se seguirán por el Comerciante bajo la vigilancia del conciliador, para lo cual, el Comerciante debe informar al conciliador de la existencia del procedimiento, al día siguiente de que sea de su conocimiento la designación de éste.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, el conciliador podrá sustituir al Comerciante en el caso previsto en el artículo 81 de esta Ley.

¹¹¹ Artículo 127.- Cuando en un procedimiento diverso se haya dictado sentencia ejecutoriada, laudo laboral, resolución administrativa firme o laudo arbitral anterior a la fecha de retroacción, mediante la cual se declare la existencia de un derecho de crédito en contra del Comerciante, el acreedor de que se trate deberá presentar al juez y al conciliador copia certificada de dicha resolución.

El juez deberá reconocer el crédito en los términos de tales resoluciones, mediante su inclusión en la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

reservándose cualquier inconformidad, hasta el momento en que el conciliador presente la lista provisional de acreedores.

A diferencia de la Ley de Concursos Mercantiles, en la de Quiebras y Suspensión de Pagos, se contemplaba el reconocimiento de créditos de manera provisional, el cual no prejuzgaba sobre el reconocimiento definitivo, así un acreedor podía ser reconocido como provisionalmente y ser desconocido en definitiva. Esta ficción tenía como objeto el legitimar la participación de los presuntos acreedores en la junta de acreedores para el debate de créditos, que no era otra cosa más que la ratificación de las demandas de reconocimiento de crédito y las contestaciones a las mismas, el procedimiento tramitado por escrito se volvía a tramitar en forma oral. En la nueva Ley no existe esta necesidad, toda vez que acertadamente fue eliminada la figura de la junta de acreedores para el debate, reconocimiento y graduación de créditos.

Otra diferencia notable, es que en la Ley anterior, la demanda se presentaba ante el Juez Concursal, quien era finalmente el que resolvía sobre la procedencia de la misma, previa celebración y conclusión de la junta de acreedores especialmente convocada para tal efecto.

En la Ley de Concursos Mercantiles, sigue siendo el Juez quien resuelve al final sobre el reconocimiento de créditos, con la diferencia de que la solicitud se presenta ante el Conciliador y en los formatos que para tal efecto determine el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, (Fig.1) el Conciliador, una vez analizada la documentación contable del comerciante deudor, presentará al Juez Concursal un lista provisional de acreedores, no solo los ordinarios, sino también los fiscales y laborales, las cuales podrán ser objetadas por las partes dentro del término de 5 días posteriores a su presentación, posteriormente el Juez emitirá la sentencia de reconocimiento de créditos, la cual será notificada por Boletín Judicial.

La sentencia de reconocimiento de créditos, al igual que en la abrogada Ley, es apelable, con la diferencia de que en el procedimiento nuevo dicha apelación será admitido únicamente en el efecto devolutivo, en la Ley anterior, la apelación suspendía el procedimiento solo en lo principal, por lo que todo incidente continuaba su trámite. Esto solo en teoría, dado que por lo general el Juez Concursal ponía como pretexto para continuar con la tramitación de los incidentes, el hecho de haber remitido los autos y documentos base originales a la Alzada.

En cuanto al término para la presentación de la solicitud de reconocimiento de crédito, al parecer la Ley de Concursos Mercantiles, decidió ser más generosa con los acreedores.

Mientras que en la fracción V del artículo 15 de la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, se establecía la obligación de todos y cada uno de los acreedores de la suspenso o fallida de presentar sus demandas de reconocimiento de créditos, ante el Juez del procedimiento, dentro del término de cuarenta y cinco días contados a partir del siguiente al de la última publicación que de la sentencia constitutiva de Suspensión de Pagos se hiciera en el Diario Oficial de la Federación y en un Periódico de los de mayor circulación en el lugar del juicio.

Por otra parte, el artículo 122 de la Ley de Concursos Mercantiles, establece que los acreedores podrán solicitar el reconocimiento de sus créditos, dentro de los veinte días naturales siguientes a la fecha de la última publicación de la sentencia de Concurso

Mercantil; durante el término para formular objeciones a la lista provisional de acreedores y dentro del que corre para la interposición del recurso de apelación a la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Asimismo advierte que transcurrido éste último plazo, no podrá exigirse reconocimiento de crédito alguno.

Así pues, ahora los acreedores tendrán como fecha máxima para presentar su solicitud de reconocimiento de crédito hasta antes de que concluya el término para apelar la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos, lo que a diferencia de la Ley anterior, resulta como término fatal, puesto que ya no se podrá hacer efectivo el derecho de crédito dentro del proceso Concursal. En la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos el que feneciera éste término no resultaba tan grave, puesto que el acreedor podía presentar su solicitud hasta antes de que se repartiera la totalidad de los activos del fallido.

No obstante lo anterior, el hecho de no presentar dentro del término de 45 días la demanda de reconocimiento de créditos, tenía como consecuencia una sanción para los acreedores morosos, el artículo 224 de la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, consignaba que los acreedores que no comparecieran a demandar el reconocimiento de sus créditos dentro del término antes señalado, perdían el privilegio que tenían y quedaban reducidos a ser acreedores comunes por operaciones mercantiles.

Como se puede observar, el precepto legal en cita reflejaba la coerción que se ejercía sobre los acreedores, a efecto de que los mismos comparecieran al procedimiento Concursal, dentro del término que la misma Ley establecía, por lo que aquellos acreedores denominados como morosos por la Ley de la materia tenían como castigo la pérdida de los privilegios que pudiesen haber tenido, lo que se traducía en el hecho de quedarse sin garantías para el cobro de sus créditos, y no solo eso, sino que también se restringía la participación del acreedor moroso en la junta para el debate y reconocimiento de créditos y en la de discusión y aprobación del convenio preventivo, en caso de que le hubiese convenido participar en la misma, toda vez que su crédito se tramitaba por cuerda separada en la vía incidental y no se consideraba en la sentencia definitiva de reconocimiento de créditos.

Al respecto, el tratadista Antonio Brunetti comenta: *"...Los acreedores, morosos en su presentación, no pueden alegar derecho alguno sobre los repartos ya efectuados, ni oponerse a los ordenados por el Juez, pero concurrirán a los posteriores en proporción a su crédito y, si son admitidos provisionalmente, en porción a la suma establecida por el tribunal. Esta pérdida del derecho sobre los dividendos distribuidos es una sanción adecuada a su negligencia..."*¹¹²

En efecto, lo anterior era consecuencia de hacer caso omiso a la existencia del procedimiento Concursal, el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez señala en sus comentarios a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos lo siguiente:

*"...La primera sanción que afecta a los acreedores morosos es la pérdida de su condición de acreedores privilegiados, si esta les hubiese correspondido normalmente. De este modo, cualquiera que sea la calidad jurídica del acreedor moroso, aunque tenga a su favor hipoteca o prenda, o pueda invocar un derecho de retención o cualquier otro, por el hecho de su mora queda reducido a la simple categoría de acreedor común..."*¹¹³

¹¹² BRUNETTI, Antonio, *Op. Cit.* Pág. 115.

¹¹³ RODRÍGUEZ Rodríguez Joaquín, *Op. Cit.* pág. 256.

Sin embargo y no obstante que el acreedor no hubiese solicitado el reconocimiento de su crédito, la Ley de Concursos Mercantiles establece la obligación para el Conciliador de incluirle en la lista provisional con la cuantía, grado y prelación que le corresponda, en cuanto a la obligación por parte del Juez para considerarlo en la sentencia, la ley lo deja a su arbitrio, obviamente el juzgador debe tomar en consideración la lista provisional y los documentos que el Conciliador le haga llegar; Considero que estos créditos deben ser excluidos de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos, dada la falta de interés del acreedor y porque la sentencia no le puede para perjuicio a un tercero extraño a juicio aún y cuando este tenga interés jurídico en el asunto, puesto que debió comparecer al mismo para hacer valer sus derechos y de lo contrario, los órganos procesales estarían actuando de manera oficiosa rompiendo con el principio de igualdad de las partes en juicio.

Solicitud de reconocimiento de crédito

Sr. Conciliador: De conformidad con lo dispuesto por el artículo 125 de la Ley de Concursos Mercantiles, solicito se me reconozca como acreedor del concursado.		Juzgado: Comerciante: Actor: Concurso Mercantil Exp. No.:	
Nombre			
Domicilio			
Nombre			
Domicilio Legal			
Domicilio Procesal (para oír notificaciones)			
Reclamación contra el concursado (n)		Activo del concursado (n)	
Cuantía (con número y letra)		Cuantía (con número y letra)	
Moneda o unidad original		Moneda o unidad original	
Garantías, términos, condiciones, otras. En caso de crédito transmitido, establecer variaciones.			
Documento (s) base de la solicitud que se anexa (n) o identificación del lugar donde se encuentran			
Exp. No.		Autoridad o árbitro	
Nombre y carácter de quienes intervienen (partes, terceros)			
Etapa del procedimiento		En caso de existir sentencia, resolución o laudo firmes, señale la fecha (Con número y letra) en que causó estado	
Lugar y fecha (Con número y letra)		Lugar y fecha (Con número y letra)	
[][][][][][] Día Mes Año		[][][][][][] Día Mes Año	
Nombre y firma del acreedor o su representante legal		Nombre y firma de quien recibe	

4. Los Recursos.

La abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, tenía como recurso máximo el de revocación,¹¹⁴ el cual debía hacerse valer al día siguiente al que surtiera efectos el proveído impugnado, decimos que era el recurso por excelencia dado que la apelación procedía solo en los casos que específicamente señalaba la Ley,¹¹⁵ la cual en muchas ocasiones no era expresa en cuanto a la procedencia o no del recurso de apelación.

Lo anterior, daba como consecuencia un procedimiento que exigía una técnica jurídica bastante depurada para hacer valer el recurso oportuno.¹¹⁶ Los recursos que contemplaba la Ley abrogada, tenían establecida su propia regulación, de manera tal que el de revocación de hacia valer dentro del término antes comentado y debía ser contestado dentro de las 24 horas posteriores a que surtiera efecto el auto de admisión dictándose la sentencia al tercer día posterior a su contestación, lo mismo sucedía con la apelación, la cual se debía interponer dentro de los tres días posteriores a la notificación de la providencia respectiva, los agravios se expresaban ante el Tribunal de Alzada, asimismo, se podían ofrecer pruebas y rendir alegatos.

El artículo 268, de la Ley de Concursos Mercantiles establece que *".. Cuando esta Ley no prevea el recurso de apelación procederá la revocación, que se tramitará conforme a las disposiciones del Código de Comercio..."*

Observo que en términos similares a los de la Ley anterior, la de Concursos Mercantiles establece como recurso principal el de revocación, dejando al de apelación como un recurso cuya procedencia tiene que estar específicamente contemplada en cada caso, pretendiendo dejar a un lado cualquier interpretación sobre su admisión y procedencia.

¹¹⁴ Artículo 457.- Contra los autos y decretos, que conforme a esta ley no admiten apelación, procede el recurso de revocación. Este deberá proponerse en el día siguiente a aquel en que surta efecto la notificación respectiva, y se substanciará con traslado de veinticuatro horas a la contraria. La resolución se dictará dentro del tercer día siguiente a la conclusión del traslado.

¹¹⁵ Artículo 458.- La apelación procede en los casos que determine esta ley, en el efecto o efectos que ella fije y, en el devolutivo, en caso de su silencio, a menos que se trate de la sentencia de graduación o de resoluciones que pongan término al procedimiento o hagan imposible su continuación, en cuyos casos el recurso procede en ambos efectos.

¹¹⁶ Como un ejemplo puedo citar las cuestiones que sobre la falta de personalidad del promovente se hacían valer en juicio, éstas se podían interponer en vía de excepción o bien a través de incidente, y ambos se resolvían mediante sentencia interlocutoria, misma que por el simple hecho de la vía en que fue promovida, se impugnaba de manera distinta, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, no preveía específicamente la procedencia del recurso de apelación en contra de la interlocutoria que resolvía la falta de personalidad; pero cuando la misma se declara fundada en vía de excepción, resultaba aplicable lo dispuesto en la última parte de su artículo 458, el cual establecía que el recurso de apelación procedía contra resoluciones que ponían fin al procedimiento o hacían imposible su continuación, lo que acontecía precisamente cuando la excepción de falta de personalidad resultaba fundada, pues tenía por efecto dar por concluida la instancia y hacer imposible la continuación del proceso para el reconocimiento del crédito, por no haber quedado integrada la relación procesal entre las partes.

En el caso de que la falta de personalidad fuera planteada en vía incidental la propia Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos lleva a la conclusión de que la resolución que decidía un incidente no era recurrible en apelación porque la no lo establecía expresamente, aclarando que tampoco procedía la revocación porque no se trataba de un auto o decreto, sino de una resolución incidental, misma que no podía ser modificada por el Juez que la dictó. Consecuentemente lo procedente era hacer valer el juicio de amparo indirecto, el cual en muchas ocasiones se desechaba o se decretaba el sobreseimiento del mismo, en base a que se trataban de violaciones de carácter intraprocesal, las cuales podían ser reparadas al momento de la sentencia, de tal manera que como justificación de la procedencia del amparo, se tenía que argumentar el hecho de que la sentencia de reconocimiento de créditos en ningún momento se ocuparía de resolver sobre la personalidad del promovente, solo sobre la cuantía, graduación y prelación del crédito demandado.

Con la actual Ley la revocación se tramitara de conformidad con lo establecido para tal recurso por el Código de Comercio,¹¹⁷ mientras que la apelación parecería incierta, dado que la Ley no lo establece de manera clara y precisa, no obstante considero que la tramitación de éste recurso deberá regirse de conformidad con lo que señala el artículo 50 de la Ley.¹¹⁸

Obviamente, al ser un Juez Federal quien conozca del Concurso Mercantil, no será una Sala en materia Civil la que conozca de la tramitación del recurso de apelación, lo será un Tribunal Unitario de Circuito.

5. El Convenio.

Hasta la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, el convenio no obligaba legalmente a los acreedores privilegiados, dado que los términos para el pago de sus créditos circundaban de conformidad con la naturaleza y valor de sus garantías, no obstante, el acreedor privilegiado podía comparecer a la votación del convenio sin perjuicio de sus privilegios, pero sujetándose a los términos en que hubiese sido aprobado el convenio en cuanto a quitas y espera. Hoy día la Ley de Concursos Mercantiles obliga a todos los acreedores en general sin excepción alguna.¹¹⁹

Si bien es cierto parecería incongruente que en el caso de un acreedor privilegiado que en teoría podía cobrar de manera anticipada y en mayor cantidad que un acreedor común, se sujetara a las mismas condiciones de éste último, obviamente la intención del Legislador no se encamina a la protección de aquellos acreedores con garantía hipotecaria, salvo que ésta realmente no le garantice según sus intereses, considero que

¹¹⁷ Artículo 1335.- Tanto la revocación en primera instancia como la reposición deberán pedirse por escrito dentro de los tres días siguientes a que haya surtido efectos la notificación del proveído a impugnar, dando vista a la contraria por un término igual y el tribunal debe resolver y mandar notificar su determinación dentro de los tres días siguientes.

De la resolución en que se decida si se concede o no la revocación o la reposición no habrá ningún recurso.

¹¹⁸ Artículo 50.- La apelación deberá interponerse por escrito, dentro de los nueve días siguientes a la fecha en que surta efectos la notificación de la sentencia y en el mismo escrito el recurrente deberá expresar los agravios que ésta le cause, ofrecer pruebas y, en su caso, señalar constancias para integrar el testimonio de apelación.

El juez, en el auto que admita la interposición del recurso, dará vista a la parte contraria para que en el término de nueve días conteste los agravios, ofrezca pruebas y, en su caso, señale constancias para adicionar al testimonio. El juez ordenará que se asiente constancia en autos de la interposición del recurso y de la remisión del cuaderno de apelación correspondiente al Tribunal de alzada dentro de un plazo de tres días, si fueren autos originales y de cinco si se tratare de testimonio.

En los escritos de expresión de agravios y contestación, el Comerciante podrá ofrecer las pruebas que esta Ley autoriza especificando los puntos sobre los que éstas deban versar.

¹¹⁹ Artículo 158.- El convenio se considerará suscrito por todos aquellos Acreedores Reconocidos comunes, sin que se admita manifestación alguna por su parte, cuando el convenio prevea con respecto de sus créditos lo siguiente:

I. El pago del adeudo que era exigible a la fecha en que surtió efectos la sentencia de Concurso Mercantil, convertido a UDIs al valor del día de la sentencia de Concurso Mercantil;

II. El pago de todas las cantidades y accesorios que se hubieran hecho exigibles conforme al contrato vigente, desde la fecha de la sentencia de declaración de Concurso Mercantil, hasta la de aprobación del convenio, de no haberse declarado el Concurso Mercantil y suponiendo que el monto referido en la fracción anterior se hubiera pagado el día de la sentencia de Concurso Mercantil. Estas cantidades se convertirán en UDIs al valor de la fecha en que se hubiera hecho exigible cada pago, y

III. El pago, en las fechas, por los montos y en la denominación convenidos, de las obligaciones que, conforme al contrato respectivo, se hagan exigibles a partir de la aprobación del convenio, suponiendo que el monto referido en la fracción I se hubiera pagado el día de la sentencia de Concurso Mercantil y que los pagos referidos en la fracción II se hubieran realizado en el momento en que resultaran exigibles.

Los pagos a que hacen referencia las fracciones I y II de este artículo se deberán hacer dentro de los treinta días hábiles siguientes a la aprobación del convenio, considerando el valor de las UDIs del día en que se efectúe el pago.

Los créditos que reciban el trato a que se refiere este artículo se considerarán al corriente a partir de la fecha de aprobación del convenio.

ésta intención va dirigida para los acreedores con créditos prendarios, sobre todo cuando se trata de créditos de habilitación o avío, donde la garantía está constituida por bienes fungibles que resultaban de difícil persecución, o bien cuando la prenda está constituida por títulos de crédito cuyo valor ha desaparecido.¹²⁰

Independientemente de lo anterior, la Ley de Concursos Mercantiles no impide a los acreedores con privilegio cobrar de manera anticipada, mediante la acción separatoria¹²¹, es más, no prohíbe a ningún acreedor cobrar en los términos que más le convengan. En efecto, como ya lo habíamos mencionado, la Ley de Concursos Mercantiles omite hacer obligatoria la observación del principio de concurrencia de acreedores, dejando al arbitrio de cada acreedor comparecer al procedimiento Concursal o continuar con el procedimiento que ya haya iniciado en contra del Concursado, ya que como consecuencia de la inobservancia del principio de concurrencia, la Ley de Concursos Mercantiles impide la acumulación de los juicios de carácter patrimonial seguidos en contra del deudor común al procedimiento Concursal.

Generalmente el convenio era propuesto ya sea por el deudor, por el síndico, conciliador e inclusive por el interventor, la actual Ley de Concursos Mercantiles, no establece con claridad quienes están facultados para presentar el convenio, ni la actuación procesal en que se deberá presentar, solo se desprende que obviamente deberá ser presentado en la etapa de conciliación, previo apoyo técnico que se obtenga de la información financiera del comerciante. La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, establecía que para el caso de la Suspensión de Pagos, el convenio debería ser presentado junto con el escrito en el que el comerciante solicitara el beneficio de la moratoria legal, en caso de que el convenio fuera omitido, se le declaraba en Quiebra de manera inmediata.

Por otra parte, nuestra actual legislación Concursal es omisa en cuanto a señalar, como lo hacía la Ley de quiebras y Suspensión de Pagos, los requisitos de legitimación del convenio, en la Ley abrogada, se requería para el caso de sociedades mercantiles, que el convenio fuera propuesto por el consejo de administración previa aprobación de los accionistas convocados en asamblea extraordinaria.

En cuanto a la homologación o aprobación, el convenio una vez presentado se sometía a la votación de la junta de acreedores, los cuales eran convocados mediante la publicación de edictos en el Diario Oficial de la Federación y Diarios de mayor circulación del lugar donde se radicaba el procedimiento, posteriormente y una vez conocido el resultado de la diligencia antes mencionada, el Juez dictaba una resolución interlocutoria mediante la cual se tenía por aprobado o no el convenio, en caso negativo se decretaba la Quiebra del comerciante de manera inmediata.

¹²⁰ Como un ejemplo me permito hacer mención de un caso público como lo es el de Banca Confía, quien emitió obligaciones subsidiarias convertibles en acciones del Grupo Financiero Abaco; algunos obligacionistas a su vez otorgaron como garantía a sus acreedores dichas acciones, al momento en que como sabemos todos Banca Confía fue intervenida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las acciones del Grupo Financiero Abaco fueron a la baja de manera estrepitosa a grado de perder todo su valor, por lo que como consecuencia inmediata aquellos acreedores que se encontraban garantizados con dichas obligaciones quedaron totalmente desprotegidos y sin un soporte que en realidad garantizará el pago de sus adeudos.

¹²¹ Artículo 160.- Aquellos Acreedores Reconocidos con garantía real que no hayan participado en el convenio que se suscriba, podrán iniciar o continuar con la ejecución de sus garantías, a menos que el convenio contemple el pago de sus créditos en los términos del artículo 158 de esta Ley, o el pago del valor de sus garantías. En este último caso, cualquier excedente del adeudo reconocido con respecto al valor de la garantía, será considerado como crédito común y estará sujeto a lo establecido en el artículo anterior.

La Ley de Concursos Mercantiles suprime la junta de acreedores para la aprobación del convenio y su convocatoria mediante la publicación de edictos, ahora el conciliador, una vez que considere que cuenta con la opinión favorable del comerciante y de la mayoría de acreedores reconocidos necesaria para la aprobación de la propuesta de convenio, la pondrá a la vista de los acreedores reconocidos por un plazo de diez días para que opinen sobre ésta y, en su caso, suscriban el convenio.

El conciliador deberá adjuntar a la propuesta de convenio, un resumen del mismo, que contenga sus características principales expresadas de manera clara y ordenada. Tanto la propuesta de convenio, como su resumen, deberán exhibirse en los formatos que dé a conocer el Instituto.

Transcurrido un plazo de siete días contados a partir de que venza el plazo previsto en el primer párrafo de este artículo, el conciliador presentará al juez el convenio debidamente suscrito por el comerciante y al menos la mayoría requerida de acreedores reconocidos.

Con la sentencia de aprobación del convenio, se dará por terminado el Concurso Mercantil y cesarán en sus funciones los órganos del mismo. Al efecto, el juez ordenará al conciliador la cancelación de las inscripciones que con motivo del Concurso Mercantil se hayan realizado en los registros públicos.

La ley de Concursos Mercantiles no establece si la resolución que tiene por aprobado el convenio es apelable, por lo que se podría asumir que es revocable, sin embargo y de conformidad con el principio que establece la prohibición a los jueces para revocar sus propias determinaciones, lo procedente sería hacer valer el juicio de amparo. Pero no obstante considero que el mismo también resulta improcedente, puesto que se trata de un acto consentido dada la naturaleza del convenio que es un acuerdo de voluntades donde se manifiesta la voluntad de las partes para que este surta sus efectos.

Concluyendo, considero que el legislador dio por hecho diversas situaciones que la Ley omite en cuanto a la regulación del convenio y paradójicamente le da una fuerza de obligatoriedad mayor a la que tenía en la Ley abrogada, no obstante de que el Concurso Mercantil resta importancia a principios como el de universalidad y concurrencia de acreedores.

DERECHO CONCURSAL COMPARADO

SUMARIO: 1. Derecho Concursal Europeo; a) Alemania; b) Reino Unido; c) Francia; d) España; e) Bélgica; f) Italia; g) Portugal; h) Holanda. 2. Derecho Concursal Asiático; a) Singapur; b) Malasia; c) Corea; d) Filipinas; e) Indonesia. 3. Derecho Concursal en América Latina; a) Colombia; b) Uruguay; c) Chile; d) Argentina; e) Costa Rica; f) Perú; g) Brasil; h) Estados Unidos de América; i) Canadá.

Como he venido manifestando, el presente trabajo tiene como finalidad efectuar una crítica y comentarios a la Ley de Concursos Mercantiles promulgada en nuestro país en el mes de mayo del año 2000, he tratado de sistematizar este trabajo, a partir de las diferencias surgidas entre el nuevo ordenamiento y la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Asimismo, es mi intención encaminar esa comparación hacia una perspectiva global, es decir en base a como algunos estados extranjeros, bajo sus respectivos ordenamientos jurídicos, regulan el problema de la insolvencia.

El objetivo que se persigue al comparar nuestra legislación con las extranjeras, no radica ni en un nacionalismo radical, ni en un malinchismo irracional, es decir, que a través de este capítulo no pretendo demostrar que nuestra legislación sea mejor o peor que las extranjeras, no es objeto de este trabajo, sin embargo, creo que es válido conocer la aplicación de las instituciones Concursales no solo en nuestro país, sino también en el extranjero, a efecto de tener una visión mayor del Derecho Concursal y poder llevar a cabo de manera más amplia la crítica planteada como objetivo, igualmente, pretendemos no limitarnos en un estudio meramente casero. La descripción que se dará de cada procedimiento no puede ser tan abundante como quisiéramos, no obstante he procurado señalar en este capítulo los más importantes aspectos de los mismos, con el objetivo de diferenciar las características y modalidades de uno y otro.

En virtud de lo anterior, veremos en primer término que en los procesos Concursales europeos se ha venido dando un auge legislativo que busca de reglamentar procedimientos que contribuyan a la reorganización de la empresa misma y no su sola liquidación o suspensión en el pago de sus obligaciones, en virtud de la suscripción de un convenio con sus acreedores, constituyéndose como la más actual la Belga promulgada en 1997, ya que en su normatividad se contempla una diversidad de métodos tendientes a la reorganización de la empresa, a través de diversos planes de recuperación. Asimismo, la que se puede calificar como la más atrasada es la Holandesa, ya que al igual que la nuestra, no se preocupa por la conservación y rehabilitación de la empresa, sino que solo se ocupa de su liquidación.

Asimismo, veremos de manera muy breve los principales aspectos del Derecho Concursal Asiático el cual se basa en gran parte, en las instituciones de carácter prudencial contenidas en sus sistemas financieros, mediante los cuales se busca que las empresas e instituciones de crédito se contemplen medidas precautorias en contra de la insolvencia, así veremos que de las legislaciones Asiáticas más avanzadas en materia Concursal se encuentran las de Singapur y Malasia, mientras que por el contrario, Tailandia se constituye como la más atrasada junto con las de Corea y Filipinas.

Por último, no podría dejar pasar el Derecho Concursal en nuestro continente de tal manera que también entraré al estudio de algunas legislaciones americanas que considero importantes dada su tradición y riqueza como la Argentina, algunas de nuevo entorno como la Chilena así como procedimientos de carácter eminentemente administrativos como el Peruano y el Brasileño que se basa en un procedimiento Concursal con tendencias mayormente penales, entre otras más.

IV.1- DERECHO CONCURSAL EUROPEO.

"En Europa se han venido desarrollando una serie de regulaciones en materia de insolvencia bajo el propósito de encontrar métodos alternativos a la liquidación o Quiebra, esta regulaciones propugnan, al igual que en la nuestra, por la celebración de acuerdos o composiciones con los acreedores, sin embargo y a diferencia de nuestra legislación, la europea también tiende a buscar un rescate del negocio que es viable, permitiendo al deudor la reorganización de su empresa cuando existen dificultades de carácter financiero. A estas formas de reestructuración de la empresa se les conoce como institutos reorganizativos.

La justificación de la existencia de este tipo de procedimientos se encuentra en el interés del deudor para continuar con su negocio, sin que este sea visto como un fracasado, por parte de sus acreedores, no obstante, el interés principal consiste en que se paguen los créditos a cargo del deudor, así mismo existen otros intereses sociales como podría ser la preservación del empleo, el mantenimiento del buen nombre y prestigio de las empresas del país.

Bajo los razonamientos antes mencionados los europeos consideran que la recuperación de la empresa no debe normarse sólo en aras del interés de la misma, sino que también en el de la comunidad, y de los acreedores.

En el este apartado analizaremos los procesos que se regulan en países como Alemania, Reino Unido, Francia España, Bélgica, Italia, Portugal, y veremos el caso de Holanda, que es el único de los grandes países de Europa que no cuenta con un procedimiento Concursal. Asimismo, daremos un vistazo a algunos de los convenios referentes al Derecho Concursal, suscritos en virtud de la integración de la Comunidad Europea."¹²²

a. Alemania.

El autor español García Villaverde comenta: *"...En el derecho Alemán existe un procedimiento general de Quiebra para cualquier deudor, sin distinguir acerca de la naturaleza del deudor por lo que puede ser o no comerciante, a diferencia de nuestra legislación en esta se aplica el principio de unificación del Concurso..."*¹²³

Esta regulación se encuentra contenida en dos ordenamientos, la Ley de Quiebra (*Konkursordnung "KO"*) y una Ley promulgada el primero de abril de 1935, con el objetivo de regular el acuerdo al que puede llegar el deudor y sus acreedores, que puede ser de

¹²² Cfr. GARCIA, Villaverde, R. *Textos de Derecho Concursal Europeo*. Edt. Dykinson, Madrid 1993. Pp. 352.

¹²³ GARCIA, Villaverde, R. *Op. Cit.* Pág. 62.

espera, quita o cesión de los bienes, (*Vergleichsordnung "VglO"*). En 1994 se realizó una reforma general a través de la Ordenanza alemana sobre la insolvencia (*Insolvenzordnung*), la cual, entró en vigor el primero de enero de 1999, a raíz de la reforma, las figuras creadas para los casos de insolvencia se aplican de manera indistinta a personas morales y físicas, sin tomar en cuenta si el deudor es o no comerciante, finalmente, el objetivo de la misma es el de unificar, actualizar y compatibilizar la normativa vigente además de buscar llegar a un tratamiento unitario y global de las situaciones de insolvencia o crisis económica del deudor. Con esta reglamentación se establecen dos vías: la satisfacción de los acreedores mediante la realización del patrimonio del deudor, (Quiebra) o la conservación de la empresa mediante un plan de recuperación denominado *Insolvenzplan*.

Asimismo, se plantea la *Insolvenzordnung*, un Instituto para la conservación de la empresa que se viene a desarrollar a través del *Insolvenzplan*. Es necesario señalar que el sobreendeudamiento sólo tiene eficacia Concursal respecto a las personas morales.

En el Derecho Concursal Alemán, por disposición legal no es posible abrir un procedimiento de insolvencia en contra del Estado federal y/o de los Estados que lo integran.

La solicitud de Concurso puede ser hecha además del deudor, por los acreedores siempre y cuando acrediten un interés legítimo; en el caso de que se trate de personas jurídicas y de sociedades sin personalidad jurídica, pueden hacerlo los socios personalmente responsables de las deudas sociales y los liquidadores, así como los miembros del órgano de representación de la sociedad siempre que concurren en el presupuesto objetivo de apertura.

El tribunal de gran instancia es el competente para conocer sobre las cuestiones Concursales, los efectos de la apertura en cuanto al deudor se traducen en el desapoderamiento de la administración, gestión y disposición de su patrimonio, siendo el administrador quien asume la administración y disposición de la masa, sin embargo el juez puede ordenar que sea el deudor quien administre la masa bajo la vigilancia de un síndico, siempre y cuando el deudor así lo solicite. Una vez hecha la declaración del Concurso, se da inicio a la etapa de reconocimiento, calificación y clasificación de créditos, en los que se establecen las clases de acreedores existentes.

Como en nuestro Derecho, en el Alemán se establecen dos categorías de acreedores los Concursales titulares de un Derecho de Crédito simple y los concurrentes a quienes se prevé la posibilidad de hacer efectiva la separación de bienes al margen del procedimiento, asimismo, existen acreedores con privilegio especial que son los que tienen créditos que ha nacido del propio procedimiento. Por otra parte no se reconoce validez alguna a las garantías de ejecución otorgadas un mes antes de la apertura así como las garantías posteriores, se prohíbe la ejecución forzosa individual sobre la masa de la insolvencia u otro patrimonio del deudor y se contempla la constitución del comité de acreedores, además que se convoca la junta de acreedores. El administrador (síndico) tiene que rendir un informe, la Ley no señala periodicidad o término alguno, que relate la situación económica del deudor y sus causas.

En Alemania, se permite que tanto el deudor y el síndico puedan proponer un plan de insolvencia, además la junta de acreedores puede encargar al síndico la elaboración del mismo, este plan se debe presentar al juez dentro de un plazo razonable dice la Ley.

Asimismo, se permite al juez rechazar de oficio el plan antes de que sea sometido al voto de los acreedores, si no se cumplen las normas sobre el Derecho de proposición y el contenido del plan, o si carece manifiestamente de expectativas de ser aceptado por los acreedores o el juez competente para la homologación. El incumplimiento del plan por parte del deudor, solo trae como consecuencia que se emita un nuevo plan y la sanción consiste en la prohibición de condonar en parte o en su totalidad algún adeudo.

En el Derecho Concursal Alemán a diferencia del nuestro, prevalecen los intereses privados de los acreedores sobre los públicos del Estado.

b. Reino Unido.

La legislación Inglesa contempla una diferencia en el procedimiento para las personas físicas y para las morales, para la primera categoría existe la Quiebra (*Bankruptcy*) y para la segunda la liquidación (*liquidation*).

Por otra parte, el Derecho Inglés cuenta con un procedimiento reorganizativo denominado *The Administration order* que viene a ser un proyecto de insolvencia introducido por la Ley de insolvencia de 1985, el cual fue consolidado como una segunda parte de la ley de Insolvencia de 1986. El objetivo de este procedimiento es el permitir a las sociedades reorganizarse procurando la aprobación de un arreglo voluntario (*voluntary arrangement*) que sancione el compromiso o acuerdo bajo las normas que establece la Ley de Sociedades de 1985 (*Companies Act*), así mismo se persigue una realización más ventajosa de los activos de la sociedad de la que pudiera ser obtenerse en su liquidación.

En *The Administration order* el tribunal tiene un poder discrecional relativo por cuanto éste nombra a un administrador que tiene como tareas preparar las propuestas para la reconstrucción de la empresa y crear nuevas maneras de pago a los acreedores, y a partir de que entra en funciones dicho administrador va a dominar el procedimiento inclusive con un poder superior al del tribunal.

Al nombrarse el administrador antes referido por el tribunal, es este el que va a actuar como representante de la empresa, por lo cual dicho administrador toma el control de la misma bajo su custodia y administra todos los asuntos, negocios y propiedades de la sociedad hasta que el plan reorganizativo haya sido aceptado o rechazado. Este administrador tiene el poder de destituir y nombrar directores, convocar reuniones y demás. Es claro que la figura se asemeja a lo que en nuestro derecho se conoce como síndico en la Quiebra o bien al conciliador en la etapa de Conciliación

En el Reino Unido se establece que desde el momento en que se da la apertura del procedimiento, el administrador y la Corte pueden dar su consentimiento a cada acreedor para continuar con los procedimientos legales en contra de la empresa, sin ese consentimiento, los acreedores no pueden solicitar la liquidación de la empresa. El objetivo principal es el plan de recuperación, el cual se desarrollará posteriormente.

La junta de acreedores es la que con base a las proposiciones del administrador, que contienen las formas de realización de *the administration order*, va a decidir sobre la implementación del plan. El contenido del plan de rehabilitación en el Reino Unido puede ser variado: vender partes del patrimonio, reorganizar la empresa o que un tercero mediante ayudas financieras asuma las deudas de la compañía, entre otras, también

existe la posibilidad de obtener nuevos ingresos mediante nuevos acreedores que estarían en igualdad de condiciones en el momento de satisfacer sus derechos.

Asimismo, la junta de acreedores puede modificar una propuesta pero sólo si el administrador está de acuerdo. Una propuesta es aceptada si esos que votan a favor son más de la mitad del valor de los créditos, una vez aprobada el administrador asume la responsabilidad por la administración de la empresa de acuerdo con los contenidos de la propuesta, y los acreedores pueden decidir el establecer un comité de acreedores para asistir al administrador, sin embargo si estas propuestas no son aceptadas el tribunal tiene un amplio poder discrecional para tomar una decisión por sí mismo, en estos casos la más obvia será optar por la liquidación.

En el derecho Inglés no se requiere la aprobación de las propuestas por parte del Tribunal, así como el voto en favor de la aprobación no obliga a acreedores en desacuerdo, aunque el administrador puede hacer uso de un procedimiento de acuerdo voluntario para obtener dicho carácter obligatorio bajo *the Insolvency Act*.

Al establecer el contenido del plan de rehabilitación, el Derecho Inglés considera de manera primordial, la preservación del balance de la negociación, la protección a la empresa de acciones ejecutorias y dejar el resto a la negociación, asimismo, se cuida que no se perjudique a los acreedores.

El administrador formula sus propuestas y las presenta a la junta de acreedores dentro de los tres meses siguientes a la apertura del procedimiento. Durante el tiempo de ejecución del plan los intereses no se ven suspendidos, en el desarrollo del mismo no hay reglas, ni prioridades excepto las ya existentes en relación a acreedores asegurados, en cuanto a los acreedores preferenciales deben ser prioritarios en este plan, y para mantener esta protección crediticia existe un mecanismo establecido en *the Insolvency Act*, este procedimiento funciona bajo los principios básicos del acreedor prioritario.

El procedimiento puede terminar en un triunfo o en un desastre, la *administration* usualmente termina en una liquidación compulsoria seguida de una venta de los activos de la empresa, lo recibido es distribuido entre los acreedores.

En el Derecho Inglés sólo se autoriza al Tribunal hacer uso de su poder discrecional y dictar *the administration order*, cuando la empresa es o puede llegar a ser incapaz de pagar sus deudas. La solicitud sólo se puede dar si la empresa es incapaz de pagar sus deudas o existe una gran posibilidad de llegar a serlo, siempre que dicha *administration* pueda obtener la supervivencia de la empresa. La solicitud puede ser hecha por la empresa, sus directores, o uno o más acreedores, o por todas estas partes en conjunto, siendo más amplia la legitimación subjetiva en esta legislación.

c. Francia.

En Francia el procedimiento Concursal se encamina a la prevención y acuerdo amigable entre las partes, (*prévention et règlement amiable des entreprises en difficulté*), contenido en la Ley 84/148 del primero de marzo de 1984. la cual fue objeto de reforma por la ley 94/1975 de 10 de junio de 1994 relativa a la prevención y al tratamiento de dificultades de las empresas (*Loi relative à la prévention et au traitement des difficultés*

des empresas), sin embargo el reglamento amigable tiene un carácter propiamente extrajudicial y no Concursal.

El autor español García Villaverde comenta al respecto: *"...Se considera que el sistema de prevención que culminará con un acuerdo amigable, tiene dos etapas, las informaciones preventivas y la alerta, las primeras sirven simplemente para asegurar el conocimiento del estado económico en que la empresa se encuentra través de la recopilación de información financiera y económica de la misma, la alerta tiene por objeto advertir a los directivos de las dificultades económicas que encuentra la empresa, previo análisis de los documentos que se obtuvieron en las informaciones antes referidas, se busca que estos adopten medidas para solucionar o mejorar dicha situación. Los interventores en esta etapa pueden ser tanto internos (Comisario de cuentas, comité de empresas, socios) o externos (Presidente del Tribunal de Comercio, agrupamientos de prevención previamente reconocidos). Si estas dos etapas fallan, entonces se pasa al acuerdo amigable, que tiene un marcado carácter judicial, con la finalidad de salvaguardar la empresa, mantener el empleo y dar satisfacción al pasivo. Para que se lleve a cabo el acuerdo amigable, es necesario que la empresa se encuentre con dificultades jurídicas, económicas, financieras u otro tipo de necesidades que no puedan ser cubiertas por un plan de financiamiento, asimismo se establece como requisito que exista una cesación de pagos definida por la Ley como la imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible teniendo en cuenta el activo del que se dispone..."*¹²⁴

El acuerdo amigable regulado por el Derecho Francés, establece que el plan de recuperación tiene como efectos frente a los acreedores que los mismos ven suspendidas sus ejecuciones y sólo son afectadas las ejecuciones de acciones en pago de créditos especificados previamente en el acuerdo. Teniendo en cuenta que pueden haber diferencias en las negociaciones individuales llevada a cabo con cada acreedor, también pueden existir diferencias en las rebajas y/o esperas aceptadas por los acreedores. El deudor por su parte no se ve afectado en la gestión de su empresa por el acuerdo. Se designará un comisario es por conducto del tribunal y estará encargado de vigilar la ejecución del plan; puede ser nombrado para ese puesto tanto el administrador como el representante de los acreedores. La duración del plan está fijada por el tribunal.

El acuerdo amigable tiene una fase intermedia, denominada también de observación, cuya finalidad es proporcionar información económica al Tribunal para que pueda evaluar las posibilidades de sacar a flote a la empresa. Su duración está fijada por el Tribunal y es de un máximo de seis meses, renovables por una sola vez, esto se aplica si se tiene en cuenta el régimen general, pero en el simplificado se tiene que existe una fase previa de investigación de 30 días y después una segunda etapa de un máximo de cuatro meses, que puede ser prorrogada por dos meses más.

El administrador directamente o por vía del deudor puede adoptar medidas cautelares durante la fase de observación para preservar los intereses de los acreedores y la capacidad de producción de la empresa. Al ser un proceso de carácter informal, siendo los protagonistas las partes, la actuación del órgano jurisdiccional se limita a nombrar un conciliador si lo estima necesario, asumiendo este último la función de mediador y ayudando a establecer un plan de recuperación.

¹²⁴ GARCIA. Villaverde, R. *Op. Cit.* Pág 72.

El acuerdo amigable de la legislación Francesa deja una gran libertad a las partes quienes son las que disponen de su contenido en función de las situaciones concretas, se puede dar un acuerdo global que afecta al ámbito financiero, económico y social, toda vez que el plan designa a las personas encargadas de ejecutarlo, así como los compromisos que han suscrito para sanear a la empresa. También contiene los elementos de carácter financiero y los medios de satisfacción del pasivo, los cambios estatutarios si son necesarios así como las perspectivas de empleo. En el proceso francés, el interés público prevalece sobre el privado.

d. España.

"El Derecho Concursal español, al igual que nuestro Derecho, no contempla la unificación del procedimiento Concursal en cuanto a su aplicación, por lo que continua haciendo distinción entre aquellos que son comerciante y quienes no lo son, de tal manera que las normas de Derecho común que regulan los procedimientos que se refiere al Concurso de acreedores y a la solicitud de quita y espera del deudor civil que llega a una situación de insolvencia para atender sus débitos al tiempo del vencimiento están contenidas en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuando el deudor tiene la calidad de comerciante, y se encuentra en situación de insolvencia provisional, puede pedir judicialmente la declaración de Suspensión de Pagos, la cual se halla regulada por la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

Las dos instituciones Concursales que regula la legislación Española, son muy similares a las que se venían utilizando en nuestro Derecho hasta la abrogación de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

La solicitud tanto de Suspensión de Pagos como de Quiebra, podrá ser formulada por el deudor comerciante o por cualquier acreedor y/o por el Ministerio Público y se presentará ante el juez competente, mismo que analizara los presupuestos necesarios para la declaración, los cuales según la Ley deberán estar constituidos por la calidad del sujeto pasivo (comerciante) y por un estado de cesación de pagos. Una vez que el juez determina que se han cumplido con los requisitos de procedibilidad, emitirá un auto que declare abierto el procedimiento. Desde el momento en que el proceso se inicia, los trámites del mismo se encaminaran hacia la búsqueda de solventar las obligaciones vencidas, ya sea a través de un convenio con los acreedores, o bien con el producto obtenido en virtud de la liquidación de los activos.

Además de las disposiciones antes descritas, existen otras específicas para determinado tipo de compañías, como las de ferrocarriles, concesionarias de obras públicas, entidades bancarias, etc., que son leyes tan antiguas como la de 12 de noviembre de 1869, sobre la Quiebra de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas; la de 19 de septiembre de 1896, sobre convenios entre las compañías de ferrocarriles y sus acreedores; la de abril de 1904, sobre convenios de suspensiones de pagos y Quiebras de las sociedades o empresas concesionarias de obras públicas. Con una normativa jurídica tan antigua es muy difícil, por no decir imposible, resolver satisfactoriamente los problemas derivados de las situaciones de insolvencia de unas empresas que nada tienen que ver con la de los años veinte."¹²⁵

¹²⁵ Cfr. PULGAR. Ezquerro, Juana. Op. Cit. Pág 120.

Al respecto, el autor Miguel Ángel Hartasánchez comenta: *"...La falta de unidad procedimental y la dispersidad normativa en el aspecto sustantivo, conlleva a la falta de una sistema que provoca una gran inseguridad jurídica, tanto por el carácter arcaico como por la deficiente técnica normativa que data del siglo XIX, no escapando a los calificativos antedichos la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, ya que ésta responde al marco político e ideológico de su época..."*¹²⁶

En virtud de lo anterior y con motivo de la anexión de España a la Comunidad Europea, los Legisladores Españoles se abocaron a elaborar un Anteproyecto de Ley Concurso de acreedores donde se contempla la implementación de institutos que no solo busquen la conservación de la empresa, sino también su rehabilitación mediante planes de reestructuración y refinanciamiento, negociado con sus acreedores y con la participación del Estado, ya que no dejan pasar por alto la importancia social que la empresa representa.

Bajo estas circunstancias los españoles se abocaron a buscar alternativas que pudiesen mejorar su legislación en materia Concursal, búsqueda que da origen al Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 mediante el cual se propone crear nuevos institutos Concursales y dar respuestas acordes a las nuevas crisis económicas de las empresas, en aras de propugnar por una conservación de la empresa. En este anteproyecto se promueve instituir un procedimiento Concursal único, denominado Concurso de acreedores, mismo que en realidad mantiene las actuales figuras Concursales y no Concursales, sólo desaparecen los convenios solutorios, se introduce una novedad en lo que hace referencia a la gestión controlada implementada en Portugal. Así el anteproyecto de Ley Concursal española siguiendo los parámetros de la legislación portuguesa toma la vía de la gestión controlada como consecuencia del Concurso de acreedores. Solo que en España el plan se elabora por los mismos sujetos que solicitaron la apertura.

Como hemos visto, el desarrollo de los procesos Concursales en Europa ha sufrido diversos cambios buscando sobre todo adaptarse a las necesidades de las empresas, ya que estas son fuentes generadoras de riqueza, por ejemplo en Portugal anteriormente dichos procedimientos estaban orientados hacia la exclusiva satisfacción de los acreedores, ahora se consideran medios para lograr la recuperación económica de la empresa todo en aras de la conservación de la misma.

Este cambio de actitud se ha visto reflejado en las diversas innovaciones legislativas de los últimos años, sin embargo algunos países todavía mantienen sus antiguos procedimientos sin procurar un cambio de los mismos como es el caso de los Países Bajos.

Lamentablemente en el caso de nuestra legislación, se pretende avanzar, pero no en un sentido de prosperidad, sino en el sentido de liquidar en el menor tiempo posible ya sea los pasivos de la empresa o bien sus activos, sin embargo la nueva Ley no se orienta hacia un sentido más social, es decir en realidad no busca conservar a la empresa y le resta la importancia que esta tiene no solo como fuente generadora de riqueza, sino como aquella generadora de empleos, razones que debieron ser consideradas por nuestros legisladores, sobre todo por las condiciones económicas que durante por lo menos los últimos treinta años hemos vivido en este país.

¹²⁶ HARTASANCHEZ. Noguera *Op. Cit.* Pág 72.

Con lo anterior, no pretendo que se copie de manera exacta la creación de planes para el rescate de la empresa, sino que se obtenga una referencia sobre la cual se pueda partir para orientar nuestra legislación. No obstante, podemos observar que en de los ordenamientos antes mencionados, nuestra legislación ha tomado algunas figuras, considero que no las mejores y ha eliminado principios generales que la moderna Doctrina Europea considera indispensables en los procedimientos Concursales.

Finalmente debe decirse que si bien es cierto estos procedimientos no se caracterizan por su perfección, no lo es menos que la existencia de los mismos ha generado un cambio de mentalidad en el legislador, la empresa, y los acreedores, procurando en conjunto la recuperación de la empresa beneficiando así a la misma y a la sociedad, y es en este sentido que se debe seguir legislando, buscando dar oportunidades a las empresas para que superen las crisis económicas y sigan generando progreso en la sociedad.

e. Bélgica.

En la Ley Belga se considera como presupuesto ineludible del procedimiento Concursal, la dificultad financiera por la cual la continuidad de la empresa puede estar puesta en peligro, no obstante, la Ley no establece con claridad la gravedad o no de esa dificultad financiera por lo que corresponderá al tribunal examinar en cada caso específico si se cumple o no este presupuesto.

Sobre el Derecho Concursal en Bélgica comenta la autora española Juana Pulgar: *"...En 1997 se modificó la ley de Quiebras (Faillissementswet) de 1851 que se encontraba incorporada en el libro III del Código de Comercio, estas reformas entraron en vigor el 1 de Enero de 1998. Frente a esta regulación se encuentra otra ley mediante la cual se establece un nuevo procedimiento para particulares no comerciantes, en estado de insolvencia, en cuanto a las deudas colectivas reguladas (collectieve schuldenregeling voor natuurlijke personen/niet-handelaren), esta diferencia se debe a que la Faillissementswet (en lo sucesivo Fail.W) y el Gerechtelijk Akkoord (en lo sucesivo (W.G.A.) sólo son aplicables a los comerciantes que así se encuentran definidos en el libro I del Código de Comercio..."*¹²⁷

Las reformas antes señaladas resultaron de gran importancia en virtud de que anteriormente en los procedimientos Concursales Belgas, no se consideraban las probabilidades de viabilidad que razonablemente pudieran tener las empresas insolventes, sino que únicamente se les enfrentaba a un difícil procedimiento pago inmediato de sus obligaciones vencidas, o en su caso la liquidación de la misma, tal y como acontece en nuestra actual legislación.

También con dichas reformas se buscó instrumentar al procedimiento Concursal de una forma diferente, de tal forma que se convierte al W.G.A en un instrumento de ayuda a la recuperación de las empresas concibiéndose en el mismo un plan de recuperación y un procedimiento para desarrollarlo. En virtud del cambio en el W.G.A se buscaba obtener un procedimiento de carácter preventivo y anterior a la Quiebra.

¹²⁷ PULGAR, Ezquerra, Juana. *La Reforma del Derecho Concursal Comparado y Español. (Los Nuevos Institutos Concursales y Reorganizativos)*, Edt. Civitas, Madrid 1994. Pp.400. Pág120.

Es decir se crea una figura similar a la Suspensión de Pagos, misma que fue eliminada de nuestro Derecho.

En la Ley Belga se regula la obtención de información y elementos útiles concernientes a los comerciantes que están en dificultades financieras que puedan poner en peligro la subsistencia de la empresa, en dicho período de observación se busca que el deudor tenga una calma relativa para redactar un plan de recuperación, también se reglamenta el acuerdo judicial, el examen de oficio o demanda de acuerdo, suspensión provisional, período de observación, plan de recuperación y suspensión definitiva, así como la vinculación de acreedores preferenciales, hipotecarios, prendarios entre otros al procedimiento de recuperación que por regla general no se ven afectados por este tipo de procedimientos.

El empresario deudor será el que solicite la apertura del procedimiento (esta solicitud por el deudor puede darse no sólo antes del procedimiento, sino también en el transcurso del mismo) se autoriza también al Ministerio Público (*Openbaar Ministerie*) que puede motivar la apertura mediante solicitud directa o mediante emplazamiento al deudor para que él la solicite, otros interesados como acreedores, o trabajadores no tienen ningún Derecho de iniciativa.

El Tribunal competente es el Tribunal de comercio de la jurisdicción donde el deudor tiene su residencia, y si es persona moral donde la sociedad tenga su domicilio social, además un comisario va a intervenir y este será generalmente un auditor o un asesor, y tendrá por función asistir en el seguimiento y también en la redacción del plan de recuperación.

Una vez el plan sea aprobado este afectará a los acreedores con independencia de que tengan un pleito pendiente para hacer efectivo su crédito. En esta nueva ley también se introduce como novedad que los vendedores no pagados que se beneficien de una cláusula de suspensión de transferencia de la propiedad, los hipotecarios los prendarios y los privilegiados se verán sometidos al plan de una forma obligatoria por el juez sin el consentimiento individual de ellos, y si estos prueban que su propiedad o seguridad puede estar afectada por un valor inferior, el juez puede acordar seguridades suplementarias como compensación y teniendo en cuenta el monto de su crédito.

El término de duración no puede ser superior a 24 meses, es durante este tiempo que el plan debe llevarse a cabo, sin embargo bajo ciertas circunstancias contempladas en la Ley el tribunal puede prorrogar este término por una sola vez a doce meses como máximo. Es el Tribunal quien desempeña el papel más importante.

La terminación del plan de recuperación puede ser solicitada por cualquier acreedor si este constata la ausencia de ejecución de la totalidad o de una parte del plan, así mismo el tribunal puede revocar la Suspensión de Pagos en caso de ausencia de ejecución de la totalidad o de una parte del plan, después de haber escuchado al comisario y al deudor, y considerando las garantías para asegurar la ejecución total o parcial del plan, sin embargo si se revoca este aplazamiento de pagos, esas garantías no quedan liberadas. En la misma sentencia el tribunal puede pronunciar la Quiebra del deudor después de haber analizado si reúne las condiciones para su declaración.

La Ley Belga resulta innovadora al contemplar que los acreedores hipotecarios y prendarios también se vean afectados por el plan de rehabilitación establecido y aprobado en el procedimiento Concursal. El objetivo de retirar la protección que los acreedores tienen sobre algunos activos, es la de asegurar la disposición de un capital nuevo, sin embargo en caso de que el procedimiento falle resultará perjudicioso para la posición de los acreedores garantizados.

A efecto de aprobar el plan, éste será votado por todos aquellos acreedores que no sean privilegiados, ni preferenciales. La mayoría varía de un 50 a un 80 por ciento o más, el acuerdo debe generalmente ser aprobado por el tribunal para darle fuerza ejecutiva y para obligar a todos los acreedores que no estuvieron de acuerdo. El deudor conserva la posesión y administración de los bienes, no obstante, toda transacción significativa tiene que ser aprobada por el síndico o por el comité de acreedores.

f. Italia.

Como en nuestro país hasta la abrogación de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, encontramos que "el Derecho Concursal Italiano regula dos tipos de procedimientos, los liquidativos y los conservativos, en la primera clasificación existen dos clases: la Quiebra (*fallimento*) y la liquidación forzosa administrativa (*liquidazione forzosa amministrativa*). En cuanto a los conservativos se encuentran el convenio preventivo judicial (*concordato preventivo*), la administración controlada (*amministrazione controllata*) y la administración extraordinaria (*amministrazione straordinaria*), esta última aplicable solo a grandes empresas en crisis.

De los procedimientos antes señalados, únicamente la administración extraordinaria se constituye como un instituto reorganizativo, siendo los otros dos solamente institutos preventivos. La administración extraordinaria es un procedimiento especial con carácter urgente y provisional contemplado en el "*Decreto No. 26 del 30 de enero de 1979, convertido en la ley 95 el 3 de abril de 1979.*"¹²⁸

En la administración extraordinaria italiana, se requiere en primer lugar que se trate de una empresa grande en crisis en una situación de insolvencia, la cual de estar especialmente cualificada frente a determinados acreedores: empresas de crédito, institutos especiales de crédito e institutos de previsión y asistencia social y alternativamente la falta de retribución del personal durante tres meses

En la *amministrazione straordinaria* Italiana existen limitaciones en cuanto a la aplicación del procedimiento y por tanto legitimación para solicitar la apertura toda vez que sólo las grandes empresas capitalistas en crisis de forma directa y por extensión los grupos de sociedades capitalistas pueden solicitar la apertura del procedimiento, también se puede solicitar de oficio, a instancia de acreedores o del Ministerio Público.

La declaración de apertura del procedimiento Concursal italiano posee una naturaleza mixta, judicial y administrativa, será el juez el que examine si concurren los presupuestos para la apertura, ejerciendo un control de legalidad en protección de los acreedores. Si estima que no concurren, dictará un decreto denegatorio de apertura y si cree que sí, una sentencia, que una vez en firme será notificada al Ministro de Economía

¹²⁸ Cfr. GARCIA. Villaverde, R. *Op. Cit.* Pág 65.

(autoridad de vigilancia), iniciándose el momento administrativo, dictándose por éste un decreto de apertura con el acuerdo del Ministro de Hacienda.

La apertura de la *amministrazione straordinaria* Italiana implica que el empresario va a ser sustituido por un comisario extraordinario, algo similar al síndico en nuestra Quiebra, el cual va a tener a partir de ese momento la gestión y la administración de los bienes, en consecuencia el deudor perderá la gestión, administración, además de la posesión (no la propiedad) de sus bienes. El deudor únicamente podrá intervenir en un momento determinado de la aprobación de plan para ser oído por el juez antes de la aprobación.

La Ley Italiana considera que la apertura afecta a los acreedores existentes a la fecha de apertura, pero no a los surgidos dentro del proceso Concursal, además de ello los créditos ordinarios existentes con anterioridad a la apertura vencen automáticamente y se interrumpe el devengo de intereses y los surgidos después serán satisfechos por el comisario en las fechas de sus respectivos vencimientos con cargo a la masa, algo similar a lo que ocurría en la Suspensión de Pagos mexicana.

En Italia se establece una comprobación de la existencia, naturaleza y monto de los créditos del deudor (verificación del pasivo), esta misma es mixta, toda vez que durante un primer período administrativo, el comisario comprueba de oficio los créditos, redactando una lista definitiva de acreedores y de demandas de reivindicación, restitución y separación de bienes en poder del deudor. El momento jurisdiccional es eventual y se produce sólo si los acreedores se oponen a la lista definitiva del comisario. Tras la verificación el comisario redactará un proyecto que contendrá las bases del plan de reflotamiento de la empresa.

La legislación Italiana da por terminado el plan de reflotamiento al ejecutarse dentro del término previsto, o cuando se termina sin haberse cumplido su finalidad bien por la no aprobación o la imposibilidad de elaboración del plan, por su inexecución o ejecución sin haber sido obtenida la superación de la crisis, en cuyo caso, parece que debe declararse la administración forzosa administrativa subsidiariamente para terminar con la crisis.

g. Portugal.

"A mediados del año de 1993, el Derecho Concursal portugués fue objeto de una reforma global en la que se mantuvieron los institutos reorganizativos, los cuales son el convenio (*concordata*), el acuerdo de acreedores (*acordo de credores*) y la gestión controlada (*gestão controlada*), y se introdujo un nuevo instituto conservatorio denominado *la reestruturação financeira*. Mediante esta reforma se pretende distinguir entre institutos liquidativos (*la falencia*) y los institutos reorganizativos que se plantean como soluciones una vez abierto el instituto conservatorio (*recuperação da empresa*), sin embargo de todas estas figuras la única que tiene carácter reorganizativo para la empresa es la gestión controlada.

Para iniciar el procedimiento Concursal que posteriormente conducirá a *la gestão controlada*, la legislación Portuguesa sólo legitima a aquellos deudores empresarios (sic), en este concepto se comprende tanto a las personas físicas como a las morales, sin embargo parece que en *la gestão controlada* y en *la reestruturação financeira* el sujeto

pasivo deberá ser por fuerza un empresario colectivo, es decir, las sociedades mercantiles, toda vez que la Ley establece medidas como aumento de capital social, y ventas de acciones de la sociedad, siendo éstas actividades exclusivas de sociedades mercantiles. La solicitud también la puede realizar el acreedor, de igual manera se autoriza al Ministerio Fiscal para solicitar la apertura del procedimiento, siempre que exista como presupuesto objetivo una situación económica difícil. Es el Tribunal quien actúa en el procedimiento ejerciendo el control de la legalidad, sin embargo no tiene facultad discrecional alguna.

La apertura del procedimiento de *recuperação da empresa* viene a establecer un período de observación variando en su duración toda vez que en este caso no puede ser superior a 90 días, además se nombra por el tribunal un administrador judicial, que tiene como competencias, la dirección, coordinación y gestión de la empresa.

Mediante la aprobación de la *gestão controlada* el deudor deja de tener le gestión de la empresa, toda vez que los acreedores deben designar una vez aprobado el plan al sujeto encargado de ejecutarlo, y esa nueva administración se mantendrá durante el tiempo que dure la *gestão controlada*.

Con la nueva administración puede ser incluido el deudor, cuando su permanencia sea considerada conveniente para la gestión de la empresa, así como un administrador judicial, siendo posible encomendar la gestión a una empresa especializada a través de un contrato de gestión, al sujeto que asume la gestión le son conferidos todos los poderes necesarios para ejercer la administración y ejecutar actos de ordinaria y extraordinaria administración, estableciéndose como contrapartida la atribución a la junta de acreedores de la facultad para constituir una comisión de control suficientemente representativa de los acreedores para la vigilancia de la gestión. El término para que se realice dicho plan estará establecido en el mismo con un máximo de dos años, prorrogable por un año más y por una sola vez, a través de una decisión judicial, mediante solicitud del nuevo gestor o de la comisión de control.

La *gestão controlada* puede terminar anticipadamente o con la ejecución del plan de reorganización, la primera se producirá por decisión del juez, tras audiencia de la administración de la empresa y la comisión de control, a solicitud del gestor, la comisión de control, acreedores que representen al menos el 75% del pasivo de la empresa, titular de la empresa o, tratándose de sociedades, de titulares de la mayoría del capital social y siempre que se hayan frustrado sustancial e irreversiblemente los objetivos del plan. En supuestos de terminación por la ejecución del plan de reorganización se distinguen dos supuestos: que se haya logrado la finalidad perseguida por la *gestão controlada*, o que, con la ejecución del plan, la empresa sometida a la medida no haya recuperado su normalidad económica y, por tanto, los acreedores no hayan sido satisfechos en sus derechos."¹²⁹

h. Holanda.

El procedimiento de insolvencia Holandés tiene sus orígenes a principios del año de 1800 y se encuentra plasmado en la *Faillissementswet*, donde en su primer título hace referencia a la Quiebra (*Faillissement*), el segundo regula a la Suspensión de Pagos

¹²⁹ PULGAR, Ezquerra, Juana. *Op. Cit.* Pág 250.

(surséance van betaling), este último procedimiento fue introducido en los años 30. Se debe adicionar un título tercero introducido por la Ley del 25 de junio de 1998, por medio de la cual se establecen nuevas reglas con relación al saneamiento (reorganización) de las deudas de las personas naturales, constituyendo esto último una innovación toda vez que el Derecho Holandés se había caracterizado por no conocer la dualidad entre comerciante y no comerciante.

En cuanto a la Suspensión de Pagos, ésta raramente resulta exitosa toda vez que para su apertura se requiere de la confesión por parte del deudor de que todos los créditos a su cargo pueden ser eventualmente satisfechos. Además los acreedores preferenciales no se encuentran afectados por esta figura.

Sobre el particular la autora española Juana Pulgar comenta: *"...La problemática que presentaba la Suspensión de Pagos fue recogida por el comité Mijnsen quien en 1984 fue encargado por el Ministerio de Justicia de analizar la institución de la Suspensión de Pagos por cuanto la misma no llenaba los objetivos del legislador. En 1989 el Comité presentó sus recomendaciones acerca del funcionamiento de esta institución como instrumento para reestructurar las empresas con dificultades financieras. En 1994, el Secretario de Justicia envió una carta a la Cámara Baja del Parlamento conteniendo nuevas propuestas, manifiesta en la misma que el trabajo del Comité Mijnsen era apreciado, pero sus propuestas no se podían aceptar porque iban mucho más allá de lo que se pretendía. El Comité enfatizaba sus propuestas en una menor satisfacción de las demandas de los acreedores para una continuación y preservación de la empresa. La principal objeción la constituía la propuesta de la duración del procedimiento y la posibilidad de que el Tribunal pudiera imponer un acuerdo como obligatorio que afectara a todos los acreedores incluso a los acreedores privilegiados, la razón se encontraba en que los riesgos en los negocios se trasladaban casi que completamente a los acreedores, por ello se propone una modificación pero sobre la base de que cualquier modificación debería hacerse de tal manera que el existente sistema de relaciones legales entre empresarios y terceras partes se afectara lo menos posible. Por ello se propone una nueva legislación basada en tres principios principalmente:*

- *La aplicación para la Suspensión de Pagos debe ser concedida en sus propios méritos.*
- *Un número de medidas ejecutorias deben ser instituidas por un período limitado.*
- *Las partes con las cuales el deudor ha celebrado un contrato deben ser obligadas a continuar con sus obligaciones en principio por un período de 14 días, incluso después de que se ha aplicado por una Suspensión de Pagos.*

La reacción inicial fue de crítica a estas propuestas, además hasta el momento no se ha implementado nada a este respecto, y por tanto la Suspensión de Pagos continúa de acuerdo a la legislación de 1930. Estas críticas hacia la figura de la Suspensión de Pagos se justifican por cuanto la misma tiende a llevar a la empresa rápidamente a una Quiebra, y en muy pocos casos resulta en un exitoso rescate de la empresa. Se puede concluir entonces diciendo que en los Países Bajos no existe un procedimiento

*reorganizativo, que generalmente propugne por la elaboración y aprobación de un acuerdo o de un plan de recuperación...*¹³⁰

Así, en el Derecho Concursal Holandés, al igual que en el nuestro, el Concurso no repara en mirar los progresos, la prioridad está ligada por lo menos a que tan lejos se puede llegar sobre los bienes, en lugar de una prioridad establecida en la búsqueda de medios para rehabilitar a la empresa.

En el período Concursal Holandés no puede ejecutarse un embargo hecho tempranamente, pero los hechos anteriormente se mantienen, así mismo tampoco se puede poner fin a contratos realizados ni a los contratos de derechos personales como los contratos de crédito, se considera además que una terminación automática de los contratos abiertos va en contra de la filosofía de continuidad fijada por el legislativo quedando por tanto esta facultad fuera de las funciones administrativas otorgadas para procurar el buen funcionamiento de la empresa.

IV.2- DERECHO CONCURSAL ASIATICO.

En este apartado, veremos las principales características de los procedimientos Concursales contemplados en algunos países del continente Asiático, básicamente de aquellos que por su gran actividad comercial necesariamente afrontan las dificultades que trae consigo la insolvencia, en este caso decidimos tomar algunos países de los que integran la denominada Cuenca del Pacífico, veremos cuáles son sus notas distintivas, en términos de su eficiencia procesal, es decir, cuáles son los factores claves de los procesos Concursales y sus resultados. Al amparo de lo antes expuesto, analizaré de manera sucinta los procedimientos Concursales de países como Singapore, Malasia, Tailandia, Corea y Filipinas

a. Singapore.

"Así tenemos que Singapore ha venido desarrollando el sistema legal en materia Concursal más avanzado de entre los países que integran la denominada Cuenca del Pacífico, entre sus regulaciones se distingue la Ley de Sociedades y la Ley de Quiebras, misma que fue reformada a principios de 1995, dentro del marco legal de Concursos, se contempla la aplicación de los procedimientos tanto en casos de insolvencia de personas morales como de personas físicas, dicha aplicación se encuentra unificada en cuanto a no considerar distinción alguna entre comerciantes y no comerciantes, y ambas leyes contienen normas muy sofisticadas en materia procesal. La Estrategia planteada por la ley, se basa en el nombramiento de un especialista mercantil, para la Liquidación y Administración del Proceso Judicial, mismo que es sancionado al final por el Tribunal competente.

La legislación de Singapore se basa en un mínimo de normas jurídicas legislativas bien desarrolladas que abordan el problema de la insolvencia de manera directa e inmediata, que permiten el mecanismo de negociación y regateo, sea o no formal, para reducir la incertidumbre que rodea al resultado final de un proceso de insolvencia o

¹³⁰ PULGAR. Ezquerro, Juana. Op. Cit. Pág 258

Quiebra, al menos con respecto a los aspectos legales, y por consecuencia lógica, permite a los accionistas, inversionistas y acreedores de una empresa Concursada jugar racionalmente sus distintos papeles en el procedimiento y conducirse con cordura. Esto evita que el empresario acuda a expedientes desesperados y poco realistas al momento de estar en los problemas financieros anteriores a la etapa Concursal; y ayuda a encontrar una salida predecible y segura a los problemas Concursales.

Las leyes de insolvencia del país en cuestión están estructuradas para que se permita una fácil transformación de un estado procesal a otro, es decir, que permite a una Suspensión de Pagos convertirse en Quiebra e iniciar el proceso de liquidación de los activos Concursales sin mayor demora. Asimismo, esta agilidad procesal se refleja en el tratamiento que se le da a las demandas desechadas por la autoridad jurisdiccional, para que se permita iniciar nuevos procedimientos contemplando las observaciones y consideraciones procesales realizadas por la autoridad al momento de desechar la promoción anterior.

La legislación Concursal de Singapore se apoya en las medidas prudenciales que contempla el sistema financiero de ese país, donde se limita a las instituciones de crédito el otorgamiento de líneas que representen riesgos no contemplados por las estrategias de negociación creadas para el caso de insolvencia del acreditado.

Por otra parte, Malasia es otro país que aparenta estar bien equipado para enfrentar los problemas de insolvencia y de Quiebra, en cuanto al sistema financiero del cual goza, el cual es suficientemente solvente como para descontar una involución o la aparición de nuevos problemas concernientes a la cuestión Concursal.

b. Malasia.

La legislación Malaya cuenta con cuatro mecanismos formales de insolvencia, contenidos en la Ley de Sociedades de 1965, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1964 y en la Ley de Quiebras de 1967. Programas de reestructura corporativa y de salvamento financiero, los cuales son llevados de manera extrajudicial, tienen un fundamento legal en la Ley denominada "*Pengurusan Danaharta Nasional Berhard Act*", promulgada en 1998.

En Malasia el tiempo que tardan los pasos previos para alcanzar una negociación, y posteriormente la puesta en marcha del acuerdo que permitirá la salida al problema de insolvencia, abarca de 8 a 12 meses. Los retrasos, bastante frecuentes, obedecen a las diferentes autorizaciones y actos de la autoridad que son necesarios para la formalización del acuerdo final. Estas autorizaciones son el factor que retarda las soluciones Concursales malayas.

La liquidación de Personas Morales, se efectúa mediante una estrategia contenida en un acuerdo que previamente es aprobado por la autoridad judicial y por especialistas Concursales nombrados por los interesados.

Dentro del sistema financiero de Malasia se contempla la existencia del *Danamodal Nasional Berhard*, una subsidiaria del Banco Negara Malasia, especializada en financiamientos a empresas financieras con problemas de insolvencia, pero que ha ido combinando su función de banco de segundo piso especializado en programas de

rescate, con una amplia gama de funciones donde interviene su papel de moderador, coordinador y mediador entre los comités de acreedores de instituciones financieras en crisis.

Como Singapore, Malasia ha tenido gran desempeño en la creación de normas en materia prudencial y preventiva dentro de su sistema financiero.

c. Corea.

En el caso de Corea, su sistema financiero no le ayuda ya que la mayoría de los bancos han tenido una estructura corporativa muy similar a aquellas propias de las empresas públicas, lo cual provocó el fenómeno de las Quiebras de los *chaebol*.

Estas figuras corporativas, que parecerían estructuras privadas donde se conjugan grupos financieros con el *trust* de empresas dedicadas preferentemente a la industria pesada metal/mecánica, mismas que provocaron una serie de créditos relacionados, garantías cruzadas y reestructuras financieras que terminaron por involucrar, en una apretada red de “favores” corporativos y conflicto de intereses, al sector privado – representado por una administración familiar conglomerada en varias empresas- y al sector público de Corea, volviendo muy difícil, si no es que imposible, la sana regulación prudencial que debe existir en reestructuras financieras de la envergadura que requirieron estas amalgamas de intereses particulares y políticos conocidos como los *chaebol*.

Además de los problemas anteriores, se detectan serios problemas en los mecanismos formales (judiciales) de resolución de controversias Concursales, lo cual conlleva que los principales acreedores y accionistas – administradores no encuentran incentivos para colaborar en el procedimiento formal de insolvencia. Por otra parte, procesos informales de solución de controversias Concursales (de negociación o regateo) demuestran más flexibilidad pero poca incidencia de negociaciones exitosas. La razón detrás de esta aparente paradoja de los mecanismos informales parece encontrarse en los problemas de estructura corporativa y estatutaria de las empresas Concursadas del sudeste asiático.

Para empezar, socios o accionistas fundadores de las empresas tienen un ascendente moral, estatutario e incluso social para seguir administrando las empresas insolventes, incluso si estudios realizados por terceros o el simple sentido común indican que la mejor solución es entregar la administración en expertos en salvamentos corporativos, acreedores actuando a través de un síndico, o los mismos accionistas pero dando preferencia a aquellos que no ejercían la administración.

En segundo lugar, se detecta una falta de agresividad de los acreedores al dejar estos al garete la decisión de remover o mantener en la administración de la empresa a los administradores originales y posibles fuentes de los problemas de insolvencia. Y como tercer problema, encontramos que la concentración de la propiedad accionaria en pocas manos, así como el subdesarrollo de los sistemas financieros asiáticos en ciertas áreas, vuelve muy difícil una solución que implique financiamiento vía emisión de deuda o capital o títulos convertibles en capital. No es fácil encontrar inversionistas que den respiro a las empresas sometidas a procesos Concursales, dadas sus circunstancias.

Bajo este panorama, no debe de sorprendernos que los sistemas de insolvencia coreanos, tanto formales como informales, tengan una fuerte influencia y control gubernamental. Ante las crisis masivas de los *chaebol*, en el período final de la década de los noventas, el gobierno intervino en los mercados financieros y en la vida diaria de los conglomerados industriales con el propósito de implementar un esquema de rescate financiero dirigido a salvar las cadenas productivas representadas por los *chaebol*. Este rescate tomó forma en la política industrial conocida como "racionalización". La racionalización conllevó en varios casos la liquidación o reestructuración de las empresas insolventes, pero no consideró necesario tomar en cuenta el parecer de los acreedores, inversionistas, administradores o accionistas de dichas empresas. No hubo pues un verdadero mecanismo de negociación en esta solución al problema Concursal.

Corea, en 1998, reformó tres leyes Concursales, llamadas respectivamente la Ley de Reorganización Corporativa, La Ley de Conciliación y Negociación Concursal y la Ley de Quiebras. Primer reforma integral de esta última pieza legislativa desde su entrada en vigor en 1962.

La Ley de Reorganización Corporativa de Corea permite a la Corte de ese país imponer soluciones, convenios o terminación que implican la liquidación de la empresa, incluso si no se tienen ciertos requisitos de quórum o si estos acreedores minoritarios estratégicos se oponen al plan de reestructura o a la solución impuesta por el tribunal. Asimismo, se crean los llamados "Workouts" mediante los cuales se pretende delegar la administración de la cartera vencida de las instituciones de crédito a empresas especializadas, eliminando de la contabilidad la carga administrativa y financiera de la citada cartera vencida, obtenido como resultado una institución saneada.

En Corea, antes de la reforma legal, era común esperar un plazo de un año y medio desde que era presentada la promoción de Concurso hasta la firma del convenio de reestructura. Después de la reforma parece haber sido reducido a un año.

En el procedimiento de negociación o regateo, el tribunal deberá decidir sobre el comienzo del procedimiento Concursal dentro de los tres meses siguientes de la fecha de presentación de la demanda. En al ánimo de tutelar los intereses de los acreedores, se emitirá una providencia precautoria dentro de los catorce días posteriores a la presentación de la demanda.

En procedimientos de reestructura para pequeñas y medianas empresas, la resolución que declare el Concurso y de inicio al procedimiento Concursal debe de ser emitida dentro de los tres meses siguientes a la fecha de presentación de la demanda. La ley contempla la existencia de un plan de reestructuración mismo que debe ser presentado por los interesados dentro de los cuatro meses posteriores al último día en el cual ocurrieron las presentaciones de las promociones de las partes del procedimiento. Y este plan de reestructuración deberá ser aprobado en el plazo de un año, contado a partir del inicio del procedimiento.

El esquema de tenencia accionaria familiar de Corea es similar al de Indonesia, Filipinas y Tailandia. Esto provoca que los problemas ya comentados en el caso coreano se reproduzcan en los otros países y que conjuntamente con débil regulación prudencial en materia financiera, dificultan encontrar soluciones al problema Concursal ya que imposibilitan alcanzar acuerdos de reestructura y provocan procesos traumáticos de liquidación de empresas en el ámbito económico y social.

d. Filipinas

En las Filipinas, la Ley de Insolvencias y el Decreto Presidencial número 902 – A son las principales fuentes jurídicas en materia Concursal. La figura de la Suspensión de Pagos que existe a lo largo de la etapa de reestructuración corporativa tiene su base legal en el decreto mencionado, el cual es hijo del estado de ley marcial de 1982, por lo que fue rápidamente adoptado y puesto en vigor, pero su escaso articulado provoca gran discrecionalidad de parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales, aunque una cultura de los precedentes ayuda a la certidumbre procesal. Para ayudar a las escasas disposiciones del decreto, surgen en 1999 las Reglas Procesales Aplicables a Reestructuras Corporativas de Rescate, que fue redactado y puesto en vigor por la entidad reguladora del sistema financiero filipino. Esta autoridad tiene jurisdicción sobre el sistema de cesación de pagos.

En las Filipinas, el tiempo promedio en el cual los casos pendientes de resolución son terminados por la Comisión Regulatoria Financiera (SEC) va de los 580 a los 700 días.

e. Indonesia

Indonesia cuenta con una legislación en materia Concursal que del año de 1905, misma que fue substancialmente modificada en 1998 para dotarla de 289 artículos, donde se establecen procedimientos como el de Suspensión de Pagos, reestructuración corporativa, Liquidación o rehabilitación, dicha Ley por supuesto que contempla un convenio preventivo de Quiebra, mismo que deberá ser propuesto y votado por todos los interesados.

En Indonesia, la ley aplicable establece que el convenio provisional debe de ser finalizado máximo a los dos meses siguientes de presentada la promoción que inició el Concurso, y el plan debe ser implementado dentro de los 270 días posteriores a la fecha en que se terminó de acordar el plan.

Como medidas para incrementar la agilidad procesal, la legislación de Indonesia establece que a se podrán solicitar medidas precautorias o previas al inicio formal del procedimiento, para esto se contara con menos de treinta días a partir de la fecha de la presentación de la demanda Concursal, ya que la demanda debe de ser acordada dentro de los treinta días de entrega a los tribunales en materia mercantil.

Dentro de los primeros nueve días a partir del auto admisorio y del registro de la demanda por parte de los tribunales mercantiles, el tribunal debe designar un panel o cuerpo colegiado de funcionarios judiciales, quienes decidirán la fecha de la primera audiencia, la cual se celebrará a más tardar a los veinte días contados a partir de la fecha de registro de la demanda. Sin embargo, con el beneplácito del tribunal comercial correspondiente, la audiencia podrá postergarse por cinco días más en exceso al plazo antes citado.

Del auto que da por iniciado el procedimiento a la resolución que da validez al convenio de reestructura deberán transcurrir aproximadamente 36 días, para la confirmación de la negociación provisional.

De la confirmación del convenio de reestructura al final del procedimiento, deberán transcurrir aproximadamente 225 días, para cumplir y terminar la negociación final. O bien, 270 días a partir de la fecha de las provisiones preliminares de negociación estipuladas por el tribunal.

En Tailandia, la Ley de Quiebras, fue creada en 1940, reformada en 1998 y 1999, por lo que ahora cuenta con 97 artículos.

La ley Concursal de Tailandia establece que la Corte o Tribunal correspondiente debe emitir un proveído para marcar el inicio del proceso, en las primeras tres semanas posteriores a la recepción de una promoción de Concurso. Deberán pasar como máximo cinco meses hasta tener concluida la reestructura corporativa y estatutaria de la empresa fallida; y durante un período que puede ser hasta de cinco años se dará la implementación del convenio de reestructura.

El país con la estructura legal más ligera y escueta es Tailandia, ya que una sola ley regula todos los procedimientos formales, siendo el poder judicial el encargado de decidir las características propias de la sentencia que resuelva, o convalide el convenio que resuelva sobre el problema Concursal.

Así, podría señalar en un aspecto muy general, que Singapore aparece como el más adelantado de los cinco países aquí analizados, en cuanto a su grado de avance en materia de la infraestructura legal que norma los aspectos económicos y financieros que inciden más en la cuestión Concursal. Asimismo, en lo que respecta al sistema financiero y su regulación prudencial y preventiva, éste país junto con Malasia observan un mayor nivel de institucionalización.

Indonesia, Corea, Filipinas y Tailandia generalmente han fallado en introducir una regulación prudencial en el sector financiero, así como normas que determinen los estatutos y actas constitutivas de los intermediarios financieros, de tal suerte que se les ve faltos de avances en la materia prudencial y preventiva. Malasia y Singapore han tenido mejor desempeño en estas áreas.

En todos los países salvo Filipinas, se establecen normas acerca del quórum necesario de acreedores para llegar a un arreglo, en general todos los sistemas se inclinan en reducir los requerimientos de quórum y suavizar otros supuestos para permitir la resolución pronta y expedita de los asuntos Concursales.

Por último, considero importante hacer mención que a partir de la problemática que se ha venido presentando en la mayoría de las legislaciones Concursales asiáticas se especialistas financieros ha buscado soluciones más expeditas para el problema de la insolvencia, lo que ha dado origen a la denominada Iniciativa de Jakarta, misma que pretende resumir el destino y objetivos de la materia Concursal asiática. Se puede leer como un documento que recupera las experiencias en materia de salvamento de empresas y arreglos extrajudiciales, pero también refleja una posible evolución de los procesos Concursales. Fue y ha sido un esfuerzo gubernamental en Indonesia, y aunque su origen obedece a la creación de una fuerza de tarea que atendía problemas de insolvencias bancarias y de entidades financieras, sus definiciones y consejos prácticos abarcan ahora las insolvencias de empresas no financieras.

De acuerdo con esta Iniciativa, los comités de acreedores deberán formarse para definir puntos tales como convenios de espera, sumarios de términos y condiciones que permitan llegar a negociaciones y regateos, esquemas de financiamiento para empresas con problemas de liquidez que están negociando con sus acreedores pero desean mantenerse como negocio en marcha. Estos comités de acreedores pueden acceder a los especialistas mercantiles, como amigables componedores o como árbitros en sentido estricto, y también pueden acercarse a los tribunales, aunque sus esfuerzos son encaminados preferentemente a una solución negociada extrajudicialmente.

Los comités de acreedores pueden o no estar reconocidos en las distintas leyes Concursales asiáticas, pero su funcionamiento parece agilizar los trámites concernientes a un convenio de reestructura o un plan de liquidación. Una vez que entran en funcionamiento, pueden abarcar a todos los acreedores o negociar con acreedores en lo individual.

Los especialistas financieros señalan que estos caminos abrirán nuevas alternativas a los problemas Concursales, alternativas descubiertas a raíz de la crisis económica asiática ocurrida a finales de los noventas. No obstante que Lejos de hacer propuestas concretas de reformas, solo se limita manifestar reflexiones que dejan ver la tendencia generalizada de procedimientos Concursales expeditos y pronto, que convergen en soluciones extrajudiciales y que incluso en su ámbito estrictamente judicial optan por la agilidad procesal y premiar la resolución pronta de los conflictos Concursales. Desde nuestra óptica considero loable las intenciones manifestadas en la iniciativa de Jakarta, solo nos queda la inquietud de conocer si en realidad la solución al problema de la insolvencia de obtendrá a raíz de solo se plantear procedimientos de carácter extrajudicial.

Por otra parte y en relación a las legislaciones brevemente analizadas en este apartado, podemos apreciar que las tendencias en aquellas que podríamos calificar como avanzadas, caso Singapur y Malasia, se encaminan hacia una cultura de la prevención, ya que manejan con cautela los riesgos que toman tanto las instituciones de crédito como sus clientes mediante la implantación de normas de carácter prudencial en sus sistemas financieros, independientemente de que tan bien consolidados y confiables sean dichos sistemas.

En cuanto a las legislaciones de Corea, Filipinas y Tailandia, en realidad no proponen nada nuevo y tampoco tienen como objetivo primordial la conservación de la empresa, salvo en el caso de Corea que establece un plan de reestructuración."¹³¹

VI. 3. EL DERECHO CONCURSAL EN AMERICA

"Las problemáticas derivadas de la insolvencia, no han resultado ajenas a países del continente Americano, sobre todo por que en su mayoría se trata de países en vías de desarrollo, (a excepción de Estados Unidos y Canadá), donde predominan las economías denominadas "emergentes", mismas que se caracterizan por sus crisis financieras

¹³¹Cfr. Información tomada de la síntesis y traducción elaborada por Ramón López Castro del texto redactado originalmente en inglés, cuyo título es "Insolvency Systems In Asia: An Efficiency Perspective", preparado por Il Chong Nam y por Soeugun Oh, miembros del Korea Development Institute of Seoul. Dicho trabajo fue preparado para el evento denominado "Asia Insolvency Regimes, from a comparative perspective: problems and issues for reform", celebrado en el Hotel Inter-Continental, de Sydney, Australia, del 29 al 30 de noviembre de 1999.

constantes, consecuencia de la incursión de estos países en tratados de libre comercio y demás tendencias de globalización, que frecuentemente producen efectos “domino” sobre dichas economías cuando una de ellas o de los países desarrollados con los que mantiene nexos sufre algún descalabro financiero.

A diferencia de los países Europeos, veremos que los mecanismos para buscar soluciones a las problemáticas originadas por la insolvencia no se han homologado en el continente y cada nación mantiene sus propias expectativas de solución, no obstante que el rasgo que parece ser más común es el de la preservación de la empresa, algunas legislaciones solo buscan la liquidación de la empresa mientras que otras solo pretenden regirse por procedimientos similares a la extinta Suspensión de Pagos en nuestro país que buscan la obtención del concordato entre acreedores y deudor, y pocas son las que regulan estructuras o estrategias que ayuden a la empresa a salir de sus crisis financiera. En efecto, existen legislaciones como la Colombiana que tiene como objetivo primordial el llegar a un acuerdo entre acreedores y deudor, y plantea un mecanismo de rehabilitación extrajudicial, en tanto que en el Uruguay, las tendencias se encaminan solo a la búsqueda de concordatos y en su caso la Quiebra, sin contemplar la rehabilitación de la empresa, lo mismo ocurre en la legislación Chilena y veremos que en Argentina se buscan soluciones mediante la promulgación de una nueva Ley.

Por último, destacaremos las diferencias que existen en los regímenes jurídicos de América del Norte, concretamente los de Estados Unidos de América y Canadá regidos por el Comonn Law, que por sus características financieras dan cuenta con regímenes Concursales diferentes para dar tratamiento a la insolvencia.¹³²

a. Colombia

La Legislación colombiana promulgada en 1999, contempla un esquema de insolvencia en el que se pretende tomar a la empresa como un todo, como una continuidad conceptual de los elementos y negociaciones vinculantes.

Esta legislación contempla como prioritarios y privilegiados a los créditos en materia Laboral y Fiscal. El Congreso Colombiano determinó suspender hasta el año del 2004 el régimen concordatorio, en virtud de la crisis sistémica que atraviesa la nación, de tal manera que se ha sustituido por un régimen de rehabilitación extrajudicial. El régimen concordatorio es un procedimiento muy similar al de Suspensión de Pagos que estuvo vigente en nuestro país hasta el año 2000.

Las diferencias que existen entre el mecanismo de sustitución extrajudicial y el concordatorio se distinguen a partir de efectuar una votación distinta al régimen concordatorio ya que se contemplan a todos los acreedores por igual, el régimen extrajudicial promueve la reestructura y si no se alcanza se vuelve obligatoria la liquidación, mientras que el concordatorio es más un mecanismo tendiente a la liquidación de los bienes del deudor, el régimen emergente es extrajudicial, el concordatorio es un proceso judicial.

¹³² Información tomada del Seminario en Mecanismos de Insolvencia de América Latina y el Caribe celebrado en la Ciudad de México, D.F. del 29 al 31 de Octubre del año 2000. Evento organizado por el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (México), el Banco Central de México, la Asociación de Banqueros de México e IFECOM.

Asimismo, en Colombia existe una figura denominada Superintendencia de Sociedades, esta forma parte del ejecutivo pero tiene funciones jurisdiccionales en el mecanismo de rehabilitación del deudor. Interviene primordialmente en la rehabilitación, pero también en el sistema Concordatorio, Liquidatorio.

El objetivo del mecanismo contemplado en la Ley Colombiana (550) es llegar a un acuerdo de acreedores de presupuesto objetivo del 5 % de pasivo conveniente en por lo menos 90 días.

El procedimiento se inicia mediante un mecanismo de negociación y a diferencia del concordatorio no interviene autoridad judicial alguna, el empresario que solicite su reestructuración deberá presentar junto con la solicitud, el listado de su patrimonio neto considerando la depreciación de sus activos fijos por los efectos de la inflación y ajustes por valorizaciones, deberá señalar los dividendos decretados por espacio promedio en cada ejercicio y el listado de sus acreedores.

La negociación entre el deudor y sus acreedores no constituye un litigio, el proceso no inicia con una demanda de concordato, cada una de las superintendencias y cámaras nominan a un promotor para fungir como conciliador (amigable componedor, pues no es abogado), lo nominan de un padrón, tiene 4 meses para votos y acreencias, los acreedores y la empresa deudora le remiten al promotor sus documentos para llegar a la acreencia y votos, así como a un acuerdo.

Durante 4 meses actúa una figura similar al conciliador mexicano llamada "amigable promotor". El Promotor es mediador, atribuye votos y acreencias.

Si no hay objeción al final de 4 meses, se llega a un acuerdo con los votos de las acreencias. El Acuerdo de reestructuración permite un convenio temporal en materia laboral. Si la reestructuración no fructifica o si no hay acuerdo, se pasa al litigio (concordato).

El sistema de rehabilitación extrajudicial no contempla la intervención de un síndico, es ante todo un sistema o mecanismo de negociación tendiente a la reestructuración. La Liquidación es una consecuencia del sistema, no la finalidad del sistema.

En el esquema Colombiano no sustituyen al administrador - deudor, este conserva la administración con restricciones operativas, aplicando una interpretación del concepto "negocio en marcha". Se mantienen mecanismos internos, administración, los acuerdos de reestructuración deben incluir un código de conducta empresarial.

Este concepto del "código de conducta empresarial" parte de los trabajos de la Comisión Cardbury de Inglaterra, que data de principios de la década de los noventas, mismo que estableció pautas, conductas, obligaciones ligadas de acuerdo a acreedores y finalidad proveer ejecución del convenio de reestructuración.

La Superintendencia de Sociedades, junto con otros órganos supervisores en materia de valores y las cámaras de comercio nominan a los promotores para la etapa inicial de reestructuración y cumplen con funciones similares al del Ministerio Público mexicano.

En Colombia el Estado queda como segunda instancia de Quiebra, no se sigue el énfasis judicial, el cual sí se mantiene en la material penal que surja de las oposiciones al convenio.

b. Uruguay

En la República de Uruguay existen dos procedimientos en materia Concursal, el de Quiebra, donde la actividad operacional del deudor común, como efecto primario queda paralizada, con el objeto de que sus activos se liquiden mediante su venta, para distribuir su valor como pago a prorrata o proporcional (pago en moneda Concursal) de sus créditos.

El Concordato, mediante el cual el deudor común conserva la administración de la empresa, con el objeto de realizar el pago de los créditos a su cargo con el producto de la explotación del respectivo giro.

Como podemos observar a primera vista, los procedimientos contemplados por la legislación Uruguaya son similares a los que se aplican en nuestro país, con la salvedad de que en México es un solo procedimiento integrado por dos etapas, la conciliatoria y la liquidatoria.

En Uruguay la Quiebra tiene como presupuesto que el deudor común incumpla generalizadamente sus obligaciones de pago; a partir de ese presupuesto, surgen aspectos entre los que destaca: a) La pluralidad de acreedores, y al efecto se cita el caso previsto en su legislación, de que si el solicitante de la Quiebra de un comerciante resulta ser el único acreedor, se suspende el procedimiento para que el cobro se continúe en juicio ejecutivo; y b) El periodo de sospecha de la crisis económica del deudor, la Doctrina uruguaya señala que este periodo es posible identificarlo tomando en cuenta los factores que alteran la operación ordinaria, por las urgencias económicas, presiones de acreedores, imposibilidad inmediata de obtención de recursos por parte del comerciante, etc., que le conducen a la realización de actos y contratos fuera de la normalidad o extraordinarios en su operación, para afrontar la crisis.

El concordato tiene como presupuesto que la operación ordinaria del comerciante en su empresa continúe, para obtener recursos que generen utilidades que se destinaran al pago de los créditos a su cargo, para lo cual debe celebrar el convenio respectivo, susceptible de aprobación por mayoría calificada de acreedores y que aprovecha por igual tanto a ellos, como a disidentes u opositores.

En la legislación uruguaya, se han establecido diversas soluciones para aquellos periodos de crisis y cambios económicos que ha padecido ese país, y que por ello existen tres sistemas dentro de la categoría de Quiebras, aunque con distintos nombres, que son: La Quiebra estrictu sensu, regulada en el Código de Comercio aprobado en 1866, aplicable a personas jurídicas y físicas por el órgano jurisdiccional competente.

El de la Ley de Liquidación Judicial de Sociedades Anónimas, promulgada en 1893; es aplicable por órgano jurisdiccional y limitó algunos efectos personales de la declaratoria, además dio origen a tipos penales para sancionar excesos o abusos de directores y administradores de la sociedad. Por virtud de la promulgación de esta Ley, el Código de Comercio antes mencionado no se aplica a las sociedades anónimas con

dificultades económico-financieras, sino que ellas se regulan en esa hipótesis, por el contenido de esta Ley especial.

En ambos casos de aplicación, sea el Código o la Ley, la Quiebra y la liquidación constituyen procedimientos declarativos, mediante el pronunciamiento de la sentencia respectiva por el órgano judicial, así como, para identificar, localizar y reunir todos los activos, la configuración del pasivo total, para que mediante votación de acreedores se determine por el Juez el destino o venta de los bienes y así satisfacer el pago de los créditos a cargo del comerciante.

Tanto la Quiebra como la liquidación pueden ser demandadas por acreedor que justifique su carácter, por el propio deudor común, o declarados de oficio por la autoridad jurisdiccional. En ambos procesos interviene la figura jurídica del síndico, como auxiliar del órgano jurisdiccional para la definición del pasivo del comerciante, clasificación de acreedores, integración de los bienes que constituyen el activo valuable y repartible, rendir información periódica al Juez y a los acreedores de sus actividades y del estado del proceso, coordinar las ventas de bienes y los pagos a acreedores.

El de la Ley numero 16,327 de 1992, que corresponde a la regulación de la liquidación administrativa de intermediarias financieras, procedimiento en el que interviene como solicitante y en funciones de síndico-liquidador el Banco Central de Uruguay; en el entendido de que en este tipo de procedimiento el Poder Judicial solo participa como tribunal de apelación de aquellas actuaciones que recurra la parte interesada.

Los procedimientos de Quiebra en general, contemplan la existencia de créditos que por su naturaleza no requieren de participar en esos procedimientos, pudiendo ejecutarse en juicio individual, como los laborales, hipotecarios y prendarios.

En materia de concordatos de sociedades anónimas, desde 1893 se prevén dos tipos de procedimientos, el Judicial se refiere al que inicia ante el órgano jurisdiccional la sociedad, proponiendo a sus acreedores la celebración de un convenio preventivo; solicitud en la que se expresaran los motivos y causas de la medida, balance general, listado de acreedores y deudores, así como el correspondiente inventario de sus bienes y la propuesta convencional de pago a sus acreedores; se pretende que el Juez emita una resolución que otorgue la moratoria provisional, que impide a los acreedores pedir la liquidación de la sociedad y en el supuesto de que existiera alguna, se podrá decretar la suspensión de su tramite.

En la sentencia también se contendrá la selección de dos entre los doce acreedores quirografarios mas importantes, para que revisen la documentación y el convenio propuesto y rindan un informe sobre el particular al Juez, que convocara a una junta de acreedores para su aprobación, la cual requiere el voto del 75% de los acreedores quirografarios de lo contrario, se desechara el convenio propuesto, lo que implica la declaratoria de liquidación judicial de la sociedad.

El Concordato Preventivo Extrajudicial se refiere a una mecánica diferente, consistente en que, la sociedad al advertir problemas económico-financieros, hace una propuesta de convenio a sus acreedores quirografarios para obtener su consentimiento; en caso de que los acreedores que representen un 75% del pasivo total lo aprueben, el Juez a quien se someta a revisión decretara la moratoria provisional sin necesidad de convocatoria a los acreedores, pues ya existe mayoría, sin embargo, esa resolución se

publica para que si algún acreedor se opone puedan ser oídos sus argumentos; si estos no son suficientes a criterio del Juez o no existe oposición, el concordato se homologa y tiene efectos obligatorios para la totalidad de los acreedores quirografarios.

Esencialmente la propuesta de convenio puede contener tanto una moratoria en el pago como remisiones de importes, sin que existan formulas que limiten esos puntos de acuerdos, ya que presupone que tanto el deudor común como los acreedores que representen el 75% de los créditos han otorgado su consentimiento.

La Ley uruguaya también prevé la existencia de cuatro formas de concordato aplicables a personas físicas, las dos primeras corresponderían a las formas judicial y extrajudicial aplicables a las sociedades anónimas, con las siguientes diferencias:

El convenio solo puede ser de pago. Al deudor común se le obliga a garantizar el pago mínimo del 50% de los créditos quirografarios en una plazo máximo de 18 meses. que es el límite de quitas y esperas.

La resolución que concede la moratoria provisional, tiene como efecto que los acreedores no tengan la posibilidad de reclamar en juicio individual el pago de sus créditos y que los juicios ya intentados se suspendan. El deudor común puede abonar pagos a sus acreedores quirografarios durante la moratoria, siempre y cuando se realicen a favor de todos ellos y a prorrata.

El deudor común al encontrarse bajo decreto de concordato tiene limitaciones para enajenar bienes de capital, hipotecarlos o pignorarlos; se le impide disponer de sus bienes, a menos que se trate de cambio por otros de igual calidad y destino de producción, es decir, que puedan mejorar su operación ordinaria. Sin embargo el deudor puede, de los ingresos que perciba, realizar adquisiciones estrictamente útiles y necesarias para su giro; en el entendido que al proveedor que le incumpla en sus pagos, tiene la facultad de ejecutarlo sin sujeción al convenio de concordato.

En el concordato extrajudicial o privado de una persona física, al igual que en el de una sociedad, al obtener el deudor común la aprobación de la propuesta de convenio por parte de sus acreedores, interviene escribano publico, ya que el deudor común para obtener mayoría que obligue a los disidentes u oponentes, notificara a aquellos acreedores que no hubieren expresado su consentimiento a la propuesta. La constancia respectiva de esas notificaciones, las relaciones de acreedores, deudores, inventario de bienes y justipreciación de los mismos deberá presentarlos ante el juez competente para su homologación, en un plazo de diez días; de no hacerlo, cualquier acreedor podrá solicitar la liquidación.

En caso de que el deudor cumpla con la exhibición del acuerdo en el plazo de referencia, el Juez procederá a su análisis para decretar su homologación o desechamiento.

El concordato de liquidación puede tramitarse bajo la regulación del concordato privado o extrajudicial; de aprobarse tendrá el objetivo de que se proceda a la venta de los bienes y con su producto se pague a los acreedores quirografarios a prorrata o en moneda Concursal.

La Doctrina Uruguaya recomienda que los procedimientos de Quiebra y concordato se conozcan desde su inicio por el Poder Judicial, sin excepción, aún tratándose de intermediarios financieros; y sin perder de vista que su decreto se sujetaría a las medidas que tiendan a la protección del depositante o inversionista que la Ley de la materia ha establecido, así como de que el síndico verifique los créditos, las ventas y formas e importes de los créditos, para agilizar los procedimientos.

c. Chile

La legislación Concursal chilena se puede dividir en general en tres períodos fundamentales:

La primera etapa, se remonta a la época en que se dictó el Código de Comercio Chileno de 1865, mismo que contenía la regulación de la Quiebra. Este Código se aplica como ley general de los Concursos, y atribuye un significado especial a la ética comercial y la buena fe.

Esta etapa del Derecho de Quiebras se particularizó porque reservó la Quiebra como institución exclusiva para los deudores comerciantes; se definió como el estado del comerciante que cesaba en el pago de sus obligaciones mercantiles; le correspondía declararla al tribunal de comercio competente; se establecía como causal genérica para la declaración de Quiebra la cesación de pagos, aunque no fuera generalizada; la sentencia designaba uno o más síndicos provisionales para que asumieran la administración; los síndicos debían de ser personas que tuvieran suficientes aptitudes, probidad, solvencia e idoneidad y no se contempló el convenio preventivo para evitar la Quiebra.

La segunda etapa, Se integra a partir de la promulgación de la Ley 4558 en 1929 , que derogó la Quiebra regulada por el Código de Comercio y entró en vigor en 1931. Su promulgación fue consecuencia de una grave crisis financiera que afectó al país. Las principales novedades de esta ley fueron son las siguientes:

Hizo extensiva la Quiebra a toda clase de deudores fueran o no comerciantes; consideró más grave la cesación de pagos del comerciante y para ellos estableció un régimen más estricto, logrando con esto facilitar la procedencia de la Quiebra por incumplir una sola obligación mercantil; implantó la obligación del deudor de solicitar su propia Quiebra, bajo sanción, en caso contrario, de considerarla como insolvencia punible; instruyó un procedimiento criminal de oficio para calificar la Quiebra como fortuita, culpable o fraudulenta; enumeró en forma taxativa las causales procedentes; suprimió a los síndicos privados; creó una Sindicatura Nacional de Quiebras como servicio del Estado, que fungió como organismo auxiliar de los tribunales de justicia, que tenía como función la administración y liquidación de los bienes de la masa y se consideró a la Quiebra como una materia de interés público.

La tercera etapa, está demarcada por la promulgación de la ley 18,175 de 28 de Octubre de 1982, que es la que actualmente rige el juicio de Quiebras chileno, ley que forma parte de las innovaciones que en esa época se imprimieron en leyes relacionadas con materias económicas y comerciales para impulsar la riqueza y el progreso de los negocios, como son las leyes de mercado de valores, títulos de crédito, legislación bancaria, comercio de seguros, derecho marítimo, fondos privados de pensiones, etc.

La ley en comento reemplazó a la ex Sindicatura Nacional por otro órgano del Estado, que es la Fiscalía Nacional de Quiebras, que toma la administración de la masa de bienes y la pasa a los síndicos, a quienes supervigila; los síndicos son particulares, designados provisionalmente por el juez al declarar la Quiebra y deberán ser confirmados o revocados por la junta de acreedores; los síndicos deben formar parte de una nómina nacional a los que se integran sus miembros mediante Decretos Supremos; pueden postular a cargos de síndicos los profesionales que tengan experiencia calificada en las áreas económicas, comerciales o jurídicas y que sean de reconocida probidad e idoneidad; el síndico interviene en las cuatro etapas del proceso Concursal (determinación del activo, determinación del pasivo, realización del activo y pago del pasivo). Su gestión se ha especializado y la Fiscalía Nacional examina sus cuentas, les imparte instrucciones generales obligatorias, puede promover su remoción ante el juez de la causa, por infracciones graves sea a la ley o a sus instrucciones, pudiendo solicitar incluso su eliminación de la nómina.

Al suprimirse los jueces de comercio, el rol de la Fiscalía ha crecido en importancia, pues más que controlar a los síndicos, en la práctica supervisa que los juicios Concursales cumplan su objetivo; dicta un boletín en que difunde Doctrina, Jurisprudencia y ha unificado criterios. Esta ley ha tenido dos modificaciones, la ley 18,598 de 1987, que tuvo por objeto facilitar la celebración de convenios preventivos y estimular la continuación efectiva del giro, y la ley 19,144 de 1992, que persiguió desembarazar la enajenación de los bienes como unidad económica, de los incidentes y oposiciones que planteen los fallidos contra su realización.

d. Argentina

"Los procedimientos Concursales regulados por el Derecho argentino son dos: el Concurso preventivo y la Quiebra, es la ley 24.522 sancionada el 20 de julio de 1995, la que contempla el nuevo régimen Concursal de la Argentina, mediante la cual se estructura un nuevo sistema Concursal que pretende responder a las también nuevas circunstancias político-económicas de esa nación y atender a los defectos de su anterior legislación (19.551).

No obstante lo anterior, la nueva ley Argentina respeta la estructura de su antecesora de tal manera que conserva las regulaciones relativas al procedimiento preventivo y la Quiebra, así como los acuerdos preconcursales, con la diferencia de que ahora los denomina como acuerdos preventivos extrajudiciales, también contiene las normas que se aplican de manera común en ambos procedimientos.

En la legislación Argentina se otorga un rol más activo a los acreedores y se reducen los poderes del juzgador, se prevé el acuerdo extrajudicial y se determina que el acuerdo preventivo tendrá como consecuencia la novación de las obligaciones. En Argentina se buscan mecanismos para la continuación de la empresa en Concurso preventivo, pasando la Quiebra a ser una solución excepcional y extrema.

El Derecho Concursal argentino, contempla la posibilidad de redefinir las relaciones de trabajo en la empresa sujeta a Concurso, inclusive la posibilidad de los trabajadores a renunciar a sus privilegios en caso de que decidan participar en los programas de capitalización de la empresa, los programas que contempla la ley Argentina prevén que el empresario Concursado cuente con alternativas para ofrecer

reorganizaciones mediante la capitalización de créditos, fusiones y otras medidas financieras a ciertos acreedores que puedan estar interesados en ello.

La legislación Argentina en sus primeros dos artículos mantiene vigente la figura de la cesación de pagos como presupuesto procesal del Concurso preventivo y la Quiebra, y deja en claro que el sistema Concursal argentino es único para comerciantes y no comerciantes, inclusive para aquellas entidades en las que el Estado participe, por lo que todos los sujetos, en caso de insolvencia, quedan sometidos al mismo régimen legal. Resulta juez competente para conocer de las cuestiones Concursales, el del domicilio del deudor, el comité de acreedores comienza a funcionar desde el momento mismo de la apertura del Concurso, inicialmente éste comité se conforma por tres acreedores quirografarios de mayor monto según las manifestaciones del deudor, posteriormente se integrara un acreedor por categoría.

En el Concurso argentino se categoriza a los acreedores sobre la base de criterios de razonabilidad pero buscando respetar el principio de igualdad entre los mismos. El convenio preventivo podrá ser propuesto al juzgador por cualquiera de los acreedores e inclusive por terceros, esto, una vez que la propuesta del deudor haya fracasado.

En caso de Quiebra la Ley pretende que los activos se liquiden lo más pronto posible, puesto que considera que la subsistencia de la Quiebra es un mal social, dado que genera costos y los bienes que conforman el patrimonio a liquidar se deprecian con el paso del tiempo.

En virtud de lo anterior, se dispone que la orden de enajenación se contenga en el mismo auto que declara la Quiebra, asimismo, el artículo 88 de la Ley 24.522, dispone que la enajenación singular de los bienes se efectuará sin tasación previa y sin base, salvo la autorización que se le concede al juez para que en caso de objetos particularmente valiosos señale una tasa y fije una base para su remate. La venta en licitación deberá hacerse al contado, los bienes solo podrán adjudicarse al postor que haga la oferta más alta.

No obstante las normas establecidas para el caso de Quiebra y que la Ley la considere perniciosa para la sociedad, existen excepciones a esta regla, ya que se contempla como una solución excepcional la continuación de la empresa declarada en Quiebra, esta continuación se adoptará cuando el cierre resulte más gravoso que la continuación de la empresa, tanto a los intereses de los acreedores como a los bienes de la masa, esta decisión la puede tomar el síndico o bien el juez."¹³³

e. Costa Rica

La Legislación Concursal costarricense se caracteriza por su gran dispersión y confusión en las normas legislativas dado que se integra a partir de cuatro recursos procesales: dos instancias liquidatorias y dos preventivas.

Entre los preventivos hay un convenio preventivo y el otro es de administración con intervención y reorganización judicial con el objetivo de la preservación social de la

¹³³ Cfr. BARBIERI, C. Pablo, Nuevo Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522 Comentada y Concordada. Edt. Universidad. Buenos Aires 1995. Pp.506.

empresa. Dentro de los liquidatorios, los de comerciantes y los de no comerciantes los cuales al igual que en nuestro país se sujetan a un proceso civil.

En el caso de los bancos e instituciones de crédito, éstos se rigen por otra legislación y bajo la supervisión de la Superintendencia de Bancos.

La decisión final respecto a la liquidación de una empresa corresponde al gobierno y en empresas de cierta importancia económica su desaparición se considera pemiciosa para la sociedad. Para las cooperativas no existe un sistema como tal pero si una variedad de normas jurídicas diversas y se carece de juzgados especializados.

La legislación de Costa Rica contempla también un procedimiento de protección, mediante el cual el deudor acude ante un juez, plantea su caso y el juzgador designa un perito. Este valúa el plan de salvamento, lo da a conocer a los acreedores del deudor y el juez toma una resolución. En el supuesto de que el juez no acepte el plan, el caso se turna a un proceso civil que culminará forzosamente con la liquidación del patrimonio del deudor. En este procedimiento se paraliza parcialmente el devengamiento de intereses al cincuenta por ciento de la tasa base de mercado.

f. Perú

El Derecho Concursal del Perú tratando de resolver el problema de la insolvencia ha creado un Procedimiento de naturaleza contenciosa- administrativa. Este es un proceso totalmente administrativo y sólo ante apelaciones se recurre al aparato judicial. El juez debe velar por la legalidad y no por la viabilidad de las empresas. La Quiebra se da cuando se ha extinguido el total del activo y aún quedan pasivos.

El sistema peruano contempla la delegación a órganos privados de la decisión Concursal, dichos órganos se caracterizan por estar conformados de manera multidisciplinaria, por especialistas en diversas ramas económicas financieras y jurídicas. Resulta tan administrativo y extrajudicial el procedimiento peruano que sólo el 0.07 % de las decisiones tomadas por el órgano administrativo terminan con un proceso litigioso/judicial. Para controlar su actuación se publican estadísticas de desempeño de los jueces.

La legislación peruana opta por una descentralización extrema, las comisiones regionales son "franquiciatarias" de la autoridad, por lo que se da una competencia entre franquicias. Se busca la privatización de la reestructuración y proceso de insolvencia. Se considera al problema Concursal un problema privado.

La Ley propone evitar incentivos perversos para desaprovechar el recurso escaso por excelencia, el capital. Busca proteger al patrimonio y al crédito. El objetivo es maximizar el valor social de la empresa a través de la correcta elección entre el valor de operación de la misma y su valor residual.

También se pretende reducir costos de transacción, como la suscripción de los convenios de reestructura, a través de rapidez, simplicidad y predecibilidad. Los especialistas señalan que la experiencia del sistema peruano es impresionante y se manifiesta un índice de predecibilidad prácticamente del cien por ciento.

g. Brasil

A Brasil lo rige un decreto ley de aplicación Concursal que data del año de 1945, esta ha sufrido diversas modificaciones que tuvieron lugar durante la década de los sesentas el ordenamiento no se encuentra unificado, por lo que solo se aplica a los comerciantes y existen acuerdos propiciados por la autoridad judicial Concordante.

La legislación brasileña contiene una minuciosa enumeración de aquellos actos que se consideran como reveladores del estado de cesación de pagos, asimismo, reglamenta diversos tipos de concordatos: preventivo y suspensivo, previo o posterior a la declaración de Quiebra según el momento en que fuere pedido.

En Brasil, generalmente los asuntos de insolvencia se han procesado por la vía penal y existe un órgano auxiliar que hace las veces de síndico, el cual administra la empresa en insolvencia bajo la supervisión del juez.

h. Estados Unidos de América

En los Estados Unidos de América, siguiendo la tradición legislativa anglosajona donde la palabra bancarota es sinónimo de Quiebra sin distinción del sujeto al que se aplica, el Congreso emitió una Ley Federal de Quiebras, similar a la legislación inglesa, que es aplicable a comerciantes y no comerciantes por igual.

Sobre el Derecho Concursal norteamericano, el autor Julio César Rivera comenta lo siguiente:

“...La legislación estadounidense en materia de quiebras es de competencia federal y está actualmente recogida en los Títulos 11 a 28 del United States Code. Antiguamente se exigía la insuficiencia aritmética del activo frente al pasivo como presupuesto objetivo; en cambio en la legislación vigente no se requiere el estado de insolvencia como condición precedente al derecho de presentar una petición de quiebra. La Reforma de 1978 también ha eliminado la necesidad de que una demanda voluntaria fuese hecha en buena fe, excepto en los casos del Capítulo IX (Insolvencia de municipalidades o haciendas municipalizadas) y del Capítulo XI (reorganización) que deben ser preparados de buena fe...”¹³⁴

El sistema Concursal norteamericano, se orienta en base a un sistema financiero en el que se carece del fenómeno de la inflación o la misma se encuentra a niveles bajos y controlados, de tal manera que la solución a las crisis se logra mediante la conversión de la empresa Concursada en una unidad que genere ganancias suficientes para cumplir con sus obligaciones y continuar funcionando normalmente. Esto en virtud de considerar a la Quiebra como un accidente del tráfico mercantil, donde el deudor siempre obra de buena fe.

Esta orientación da origen a la figura denominada “*discharge*” que libera al deudor de sus obligaciones mediante la entrega de sus bienes para que estos sean liquidados, sin importar el porcentaje que reciban sus acreedores en virtud de la liquidación, de tal manera que tampoco se contemplan penas para los fallidos.

¹³⁴ RIVERA. Julio César, Op. Cit. Pág 54.

En el Concurso norteamericano la propuesta de convenio puede ser hecha por cualquier interesado, aun y cuando no sea parte en el procedimiento, todas las propuestas son dadas a conocer a los acreedores y la que logre el mayor consenso entre éstos será la que se aplique al caso.

El autor Julio César Rivera comenta que en la legislación Concursal de los Estados Unidos de América, se prevén cuatro procedimientos Concursales distintos a los cuales puede sujetarse el deudor y que son los siguientes:

“...La liquidación (Cap. VII de la ley), en el curso de la cual los bienes del deudor son cedidos a una administración falencial para su venta y entrega del producto a sus acreedores;

El Capítulo IX de la ley prevé un procedimiento para las municipalidades y haciendas municipalizadas, con la salvedad de que no se establece ni la liquidación de sus bienes ni la cesación de su actividad;

El Capítulo XI que contiene la reorganización cuya finalidad es el saneamiento de la empresa;

El Capítulo XIII es reservado a aquellos cuyo ingreso proviene del trabajo en relación de dependencia, que no son privados de la posesión de sus bienes pero deben aplicar los ingresos posteriores a la admisión al proceso para el pago a sus acreedores...”¹³⁵

El autor mexicano Miguel Ángel Hartasánchez narra como se inicia el procedimiento Concursal norteamericano, bajo los siguientes términos:

“...la solicitud del procedimiento se presenta ante el tribunal de distrito competente, en razón del domicilio del deudor.

Si la solicitud proviene del deudor, la apertura del procedimiento es automática (voluntary petition), no así en aquellos casos en que la solicitud proceda de sujeto distinto al deudor (involuntary petition), en cuyo caso el tribunal realizará, con vistas a la apertura del procedimiento un doble juicio. De un lado, un juicio de legalidad en el que se comprobará la concurrencia de los presupuestos legales exigidos para la apertura del procedimiento y, de otro, un juicio de oportunidad en el que se valorará si los intereses económicos de los acreedores estarían mejor protegidos con la apertura del procedimiento, en razón de que la recibirán en una eventual quiebra (liquidation)...”¹³⁶

i. Canadá.

En Canadá el sistema Concursal es muy similar por no decir que casi idéntico al estadounidense, salvo las siguientes diferencias:

¹³⁵ RIVERA. Julio César, *Op. Cit.* Pág 55.

¹³⁶ HARTASANCHEZ. Noguera, Miguel Angel. *Op. Cit.* Pág. 60

Existe un órgano regulador Concursal, mismo que tiene impacto en la estructura Política, Social y Económica de la población y participa directamente en las relaciones privadas de las personas y de las empresas o entidades financieras.

Su función es básicamente de supervisión, pero no se involucran en el procedimiento, entre el comerciante, Juez y Trustee (sindico).

El órgano regulador cuenta con 250 personas distribuidas en 14 oficinas distribuidas en el territorio del Canadá, de los cuales 65 son Official Receivers, que tienen a 15 auditores que realizan consultas públicas para cumplimentar los deseos de los acreedores y deudores.

Cuentan con un Joint Comité para revisar desde 1997, los estándares y procedimientos, que contienen entre otras cosas lo siguiente:

Código de Ética, que regula las responsabilidades de los auditores y los fundamentos de esas responsabilidades, establece la supervisión de su honestidad, plantea la necesidad de que su actuación sea transparente, así como la imposición de obligaciones y guías de trabajo. Existe un Programa de cumplimiento para dicho código, también se establecen los requisitos para obtener la licencia de trustee, principalmente lo conforman abogados y contadores.

Se tienen estudios especializados para trustees con una duración de tres años, debiendo presentar examen escrito y oral. Los campos que se cubren principalmente son: Impuestos, análisis financiero, práctica de negocios, relaciones humanas, entre otros, independientemente tiene la obligación de mantenerse actualizado principalmente lo realizan en instituciones profesionales y por el propio Órgano Regulador.

El monitoreo y supervisión que realiza el Órgano Regulador, lo hace auditando a los trustees una vez al año, presentando carta de observaciones a los procedimientos seguidos, que deben ser corregidos por el Trustee, pudiendo tomar medidas correctivas y hasta suspenderlo, retirándolo de los caso que tengan pendientes. Cada cinco años se realiza una evaluación del sistema y de los casos pendientes.

Como podemos observar, el Derecho Concursal en América es rico en cuanto a los sistemas que sigue cada nación para abordar el problema de la insolvencia, es indudable además que independientemente de los sistemas sajones, los demás son coincidentes en muchos puntos con nuestra legislación dado que en estos sistemas la refinanciación de los pasivos y su diferimiento en el tiempo se consideran como propuestas viables para el rescate de la empresa.

Considero que el Derecho Concursal americano al igual que los países del continente se encuentra en vías de desarrollo, puesto que son pocas las legislaciones que en realidad se ocupan de buscar verdaderas soluciones al problema de la insolvencia y la conservación de la empresa, no se crean institutos propios que puedan ayudar a solventar las constantes crisis de los países con economías emergentes o dicho en otras palabras de los tercermundistas.

No obstante, vemos el afán de algunos países de imitar, en lo más complejo e inaplicable, legislaciones cuyas economías y sistemas financieros y legales distan mucho de ser iguales o por lo menos similares, por ejemplo Argentina que se han inclinado hacia

las tendencias del Common Law al unificar sus procesos desproteger las relaciones laborales y permitir que los convenios sean planteados por terceros, obviamente con sus salvedades, otras como la chilena al igual que la nuestra eliminan la dualidad de regímenes como el proceso de Quiebra y el Concurso de acreedores conformando un camino único que en realidad tiene como finalidad la liquidación de la empresa.

Así pues en este capítulo hemos conocido de manera breve las diversas legislaciones Concursales en el mundo y la manera de cómo se busca solucionar la problemática originada en virtud de la insolvencia.

Como es lógico, el tema puede y tiene importantes consecuencias. Si miramos a la perspectiva económica la gran cantidad de empresas que están sujetas a los vaivenes económicos internacionales, cuyo mas cercano ejemplo es el caso del sudeste asiático, lleva a cualquier observador desapasionado a darse cuenta de la relevancia del tema. Tanto para la empresa que cae en la insolvencia como para la empresa que se relaciona comercialmente con la primera la situación traerá serias dificultades. Basta mencionar solo la imposibilidad de cumplir con los propios proveedores o de tener que esperar un tiempo y con ello perder la confianza de éstos. La posibilidad de una Quiebra o de iliquidez para dicho empresario es inmensa.

Si añadimos la inseguridad que traen las relaciones comerciales internacionales y la falta de una regulación homogénea los riesgos son casi invaluable e imposible de administrar.

Vemos que las tendencia mundiales en materia Concursal se encaminan obviamente a la naturaleza mas económica que jurídica que conlleva el tratamiento de la crisis de un deudor, se busca que la ley desprocesalice el tratamiento y la participación de los acreedores y reglamente un trámite extrajudicial al cual se le suprime todo aspecto de proceso.

Se pretende la profesionalización de figuras Concursales como el liquidador pues se busca que la persona jurídica o natural designada, tenga "experiencia acreditada en el manejo de empresas cuya actividad sea similar o afín con el objeto social de la entidad sometida a Concurso

En Europa han surgido procedimientos, que tienen como fundamento la satisfacción de las acreencias a través de la salvación de la empresa. Se salva la fuente que genera riqueza para obtener consecuentemente el pago de las obligaciones del deudor. Se evita al máximo llegar a la liquidación del patrimonio para solucionar la insolvencia de éste.

Puedo considerar que el mejor ejemplo de las regulaciones Concursales comentadas en este capítulo, es el de la gestión controlada que regula el Derecho Concursal en Portugal, que tiene su base en un plan de actuación global concertado entre los acreedores, aprobado por la Junta de acreedores y homologado por decisión judicial. El cual es ejecutado a través de una nueva administración designada por los acreedores, por lo que se suspende el funcionamiento de los órganos sociales.

La gestión controlada termina cuando finaliza el plazo fijado, en cuyo caso la empresa retorna a su actividad normal, salvo que se produzca el incumplimiento de las

obligaciones asumidas por aquélla, supuesto éste en que el Juez puede decidir la terminación anticipada.

La reestructuración financiera que propone el Derecho Concursal portugués consistente en la adopción de medidas por los acreedores, destinadas a modificar la situación del pasivo con el objetivo de asegurar la superioridad del activo y garantizar la existencia de un fondo disponible demostrable desde el punto de vista contable. Tales medidas son la reducción del valor de los créditos, el condicionamiento del reembolso de los créditos a las posibilidades del deudor, la dación en pago de los bienes de la empresa para la extinción total o parcial de sus deudas y la cesión de bienes a los acreedores así como también aquellas destinadas a modificar su capital como son el aumento del capital, la conversión de créditos en participaciones en el aumento del capital o la reducción de éste.

En algunos países de Asia y América continúan con formulas mediante las que se busca liquidación obligatoria de los bienes del deudor, para atender en forma poco ordenada el pago de las obligaciones a su cargo.

El convenio utilizado en estas legislaciones, por lo general esta definido como el medio de recuperación de la empresa insolvente que consiste en simples conversiones o modificaciones de la totalidad o parte de las deudas, pudiendo la conversión limitarse a una simple moratoria que genere dividendos en perjuicio de la empresa que se pretende rescatar. Y en caso de no ser íntegra y debidamente cumplidas las obligaciones establecidas en el convenio, la empresa entrará en liquidación.

CRITICA A LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES

SUMARIO: 1. *Incongruencias Técnico – Jurídicas de la Ley.* 2. *Aspectos de Inconstitucionalidad.* 3. *Estructura y Principios Orientadores de la Ley.* 4. *Objetivos del Concurso Mercantil y la Realidad Social, Económica y Política del País.* 5. *Conclusiones.* 6. *Propuesta.*

Nada es perfecto y sin embargo todo tiende a ser perfectible. Como lo mencioné desde el principio, el objetivo primordial de este trabajo es efectuar una crítica a nuestra legislación en materia Concursal, con el fin de acercar a todo aquel interesado al campo del Derecho Concursal.

Hasta hoy he analizado los sistemas jurídicos que utilizan algunas naciones para hacer frente a los problemas generados por la insolvencia, asimismo, estudié la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos y la Ley de Concursos Mercantiles.

En este capítulo, trataré de conjugar todos los elementos que he obtenido a partir del análisis antes mencionado y buscaré obtener como resultado una crítica de la Ley de Concursos Mercantiles donde procuraré tomar como punto de referencia a los principios que rigen al Derecho Concursal.

Desde mi muy particular punto de vista, he venido considerando que la Ley de Concursos Mercantiles, aprobada en el mes de mayo del año 2000, resulta un tanto anacrónica, toda vez que ésta ignora en gran parte las modernas tendencias doctrinales que en materia Concursal tienen vigencia en diversas legislaciones que son consideradas como las más avanzadas en ese campo. Y todo lo contrario nuestra legislación Concursal, retoma principios que en un tiempo pasado fueron aplicables, y que hoy por la realidad social y económica del país, resultan obsoletos.

Asimismo, señalaré aspectos de la Ley que considero violan principios Constitucionales, juzgaré, si así se me permite expresarme, la estructura y principios orientadores de la Ley, así como su teleología dentro de la realidad social, económica y política del país. Obviamente son apreciaciones personales, cuya valoración queda sujeta al criterio del lector. No obstante es mi empeño fundamentar la exposición lo mejor posible.

Por último daré a conocer mis conclusiones y sin hacer alarde de soberbia efectuaré una breve propuesta de adiciones y reformas a la Ley de Concursos Mercantiles.

V.1. INCONGRUENCIAS TECNICO - JURIDICAS DE LA LEY.

Del breve análisis hecho a la ley de Concursos Mercantiles, he podido apreciar, a mi juicio, que existen ciertas incongruencias técnico-jurídicas en la Ley, entendiéndolo como tales a aquellas disposiciones que por su contenido o redacción dan origen a interpretaciones que pueden resultar confusas o poco prácticas para el desarrollo del procedimiento, asimismo, ocasionan la desnaturalización de algunas instituciones Concursales, en este apartado señalo de manera breve dichas incongruencias.

◆ El artículo 9° de la Ley de Concursos Mercantiles, establece como presupuesto para la declaración del Concurso Mercantil, el incumplimiento en forma generalizada en el pago de las obligaciones a cargo del comerciante

El precepto legal en comento y el ordenamiento en lo general, omiten considerar dentro de los presupuestos para la declaración del Concurso Mercantil, a la figura de la cesación de pagos, misma que es señalada por la Doctrina histórica y contemporánea como un elemento esencial para que una persona pueda ser sujeta a un procedimiento Concursal.

La consecuencia inmediata de esta omisión, es que la Ley de Concursos Mercantiles confunde la impotencia patrimonial del comerciante para solventar sus deudas, (estado de cesación de pagos), con el simple hecho del incumplimiento sin considerar las causas del mismo (insolvencia).

En virtud de lo anterior, nuestra actual legislación retoma el caduco principio de la teoría materialista, que identifica al estado de cesación de pagos solo con el hecho del incumplimiento sin considerar las causas del mismo, es decir ignora la situación patrimonial del deudor. De tal manera que la Ley de Concursos Mercantiles deja de lado la concepción del estado patrimonial generalizado y permanente, misma que a través de actos exteriores, manifiesta la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones liquidas y vencidas del deudor. Es decir el concepto moderno de cesación de pagos.

He aquí una de las incongruencias de la Ley, la cesación de pagos es un concepto puramente jurídico y conceptualmente técnico, toda vez que debe distinguirse entre el que solo suspende pagos momentáneamente y aquel que cesa en los mismos, atendiendo a las causas que dan origen al mismo.

Bajo los términos que se comentan, considero que la Ley de Concursos Mercantiles, puede en un momento dado y bajo el abuso de comerciantes de escasos escrúpulos, permitir que dicho comerciante, por el simple hecho de no querer pagar sus deudas, pueda ser declarado en Concurso Mercantil, no obstante cuente con activos suficientes para hacer frente a sus obligaciones.

En efecto, toda vez que la actual legislación Concursal no considera para efectos del Concurso Mercantil, como activos aquellos bienes de lenta realización, como lo son los inmuebles o las inversiones de largo plazo y que solo basta que el comerciante carezca de liquidez. Aquel comerciante cuya liquidez se vea limitada, sin que se consideren los factores, porque la Ley no los considera, puede solicitar su declaración en Concurso y suspender el cumplimiento de sus obligaciones vencidas, no obstante que cuente con inmuebles, inventarios o inversiones que representen una alternativa al cumplimiento de sus obligaciones.

Nuestra actual legislación tiene, a mi parecer, una finalidad demasiado simplista, ya que solo busca la obtención del pago, y no contiene propuestas para resolver el problema de la insolvencia del comerciante, sino que solo sanciona su iliquidez, consecuentemente, si el comerciante incumple con el pago a dos ó más acreedores, sin importar el motivo de fondo, podrá ser sujeto a un procedimiento Concursal e incluso ser declarado en Quiebra, pese a que su empresa pueda ser viable y que tenga la solvencia suficiente para hacer frente a sus obligaciones.

Como consecuencia de esta misma incongruencia se desprende aquella en la que la Ley confunde a la insolvencia con la iliquidez.

El artículo 10° de la Ley de Concursos Mercantiles, pretende hacer patentes los signos de exteriorización de la insolvencia, que podría dar pie a considerar la existencia del estado de cesación de pagos, con el inconveniente de encasillar esos signos de insolvencia en signos de iliquidez.

En efecto, considero que el artículo en comento¹³⁷ al señalar como activos únicamente a todo aquel bien que pueda convertirse en dinero en un término no mayor a noventa días, habla de iliquidez y no de insolvencia.

Como ya he mencionado, el estado Patrimonial de insolvencia, debe entenderse como un estado económico general y permanente caracterizado por un desequilibrio en el patrimonio del comerciante que le impide hacer frente a sus obligaciones líquidas y vencidas de manera regular y no debe confundirse con la liquidez que no es otra cosa más que la habilidad del comerciante en conseguir efectivo para atender los pasivos circulantes en la medida en que estos se vayan venciendo.

Según lo analicé en su momento, la mayoría de las legislaciones en materia Concursal de los continentes Europeo, Asiático y Americano, basan sus sistemas en la búsqueda de soluciones al problema de la insolvencia, un ejemplo claro lo es el Convenio de Bruselas de 1995, donde los países integrantes de la Unión Europea buscaron adecuar un marco normativo de aplicación general a los miembros de la Comunidad, mediante el cual se pudieran instrumentar mecanismos para resolver el problema de la insolvencia. En este convenio, se indica que todo procedimiento en sede convencional o comunitaria debe partir del presupuesto de reconocimiento de los principios de unidad y universalidad de la Quiebra, y sobre todo, hace énfasis en la recuperación empresarial.

Esto implica la superación del principio opuesto de la territorialidad que no tiene sentido en un camino de integración de mercados y de la progresiva integración de la disciplina Concursal, tanto más cuando entra en juego la supervivencia económica, financiera y patrimonial de la empresa.

¹³⁷ Artículo 10.- Para los efectos de esta Ley, el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de un Comerciante a que se refiere el artículo anterior, consiste en el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y se presenten las siguientes condiciones:

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

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

Los activos que se deberán considerar para los efectos de lo establecido en la fracción II de este artículo serán:

a) El efectivo en caja y los depósitos a la vista;

b) Los depósitos e inversiones a plazo cuyo vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de admisión de la demanda;

c) Clientes y cuentas por cobrar cuyo plazo de vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de admisión de la demanda, y

d) Los títulos valores para los cuales se registren regularmente operaciones de compra y venta en los mercados relevantes, que pudieran ser vendidos en un plazo máximo de treinta días hábiles bancarios, cuya valuación a la fecha de la presentación de la demanda sea conocida.

El dictamen del visitador y las opiniones de expertos que en su caso ofrezcan las partes, deberán referirse expresamente a los supuestos establecidos en las fracciones anteriores.

Ahora bien, si atendemos al pie de la letra lo que establece la Ley de Concursos Mercantiles, tendremos como consecuencia inmediata el llevar empresas viables a un procedimiento Concursal e inclusive liquidarlas, todo por la falta de liquidez y que no por la falta de solvencia.

Pongamos el ejemplo de una inmobiliaria, donde sus mayores activos son los inmuebles que comercializa, la Ley no considera a los inmuebles como activos, de tal manera que si tiene contratos donde las rentas se paguen de manera anual, podría carecer de liquidez al momento en que se le demande la declaración en Concurso Mercantil, por el mero incumplimiento en el pago de sus obligaciones a corto plazo, lo que no implica necesariamente que la empresa sea inviable por estar insolvente, dado que sus activos son realizables a largo plazo y que los mismos pueden ser más que suficientes para hacer frente a sus obligaciones pendientes de pago.

Recordemos que en la práctica, los coeficientes de liquidez se constituyen como el factor favorito de los bancos al momento de efectuar operaciones con los comerciantes. Este coeficiente se encuentra constituido por una simple comparación entre los activos y los pasivos circulantes y cabe esperar que los activos circulantes sean como mínimo iguales a los pasivos circulantes y de hecho normalmente tienen que ser algo mayores.

Es preciso señalar que debe existir cautela en la interpretación del coeficiente de liquidez, toda vez que existe una amplia diversidad de condiciones en diferentes tipos de empresas, algunas de ellas están en posibilidades de sustituir cómodamente estándares de liquidez que para otras representarían una catástrofe, toda vez que poseen grandes stocks, sus ciclos de producción son muy largos, conceden amplios créditos a sus clientes, mientras que otras funcionan contrariamente, tienen stocks reducidos y créditos de sus proveedores más largos que los que la empresa concede a sus clientes.

Podría tomar como un ejemplo a los grandes almacenes que realizan ventas a plazos mayores a noventa días y que a su vez tienen contratados créditos con sus proveedores de 30 días o menos. El producto de las ventas es reinvertido por sus tesorerías en instrumentos de alto rendimiento, mientras que para pagar a sus proveedores se apalancan con créditos cuyos intereses sean menores a los rendimientos de sus inversiones, no obstante es bien sabido que a mayor tiempo mayor rendimiento o bien a mayor riesgo mayor rendimiento, de tal manera que estas empresas se endeudan, porque carecen de liquidez para cubrir pasivos a corto plazo, lo que de ninguna manera implica que sean inviables o que por ello pueda presumirse un estado financiero insano.

Así pues, pueden existir empresas que estén altamente apalancadas sin liquidez, pero no por ello son insolventes y por lo contrario, puede haber empresas insolventes, pero que debido a la actividad de su tesorería cuenten con liquidez extraordinaria.

♦ Por otra parte y como lo mencioné en su oportunidad, la Ley de Concursos Mercantiles parece ignorar los principios de universalidad y el de igualdad de acreedores, esto al prohibir la acumulación de los juicios seguidos por y en contra del comerciante sujeto a Concurso, aún y cuando tengan contenido patrimonial.

En efecto, la Ley permite que los acreedores del comerciante continúen o inicien cualquier procedimiento judicial, con independencia del Concurso Mercantil, ya que los mismos no se acumularán a este último, lo que se presta a confusiones, ya que más de un acreedor intentará ejecutar al comerciante pese a estar sujeto Concurso.

Lo anterior, también trae como consecuencia que los acreedores resten importancia al Concurso y que sigan el procedimiento que más convenga a sus intereses, además de que no existe sanción por la falta de concurrencia en un término previamente establecido. Todo esto ocurre en perjuicio de la economía procesal, del mismo deudor e inclusive de los acreedores, ya que el comerciante tendrá que acudir a cada juicio al que sea emplazado erogando de su peculio los gastos inherentes a los mismos.

Además, resulta incongruente que la Ley permita a los acreedores del Concursado continuar con los procedimientos judiciales, sea cual sea la naturaleza del crédito, fuera del juicio Concursal, toda vez que no necesariamente implica que los acreedores recuperen sus créditos en un tiempo más corto, puesto que la sentencia de Concurso, contiene un mandato judicial que impide al deudor hacer pago de sus deudas y de suspender cualquier ejecución o mandamiento de embargo durante la etapa de conciliación por lo tanto nadie puede ejecutar sus sentencias fuera del procedimiento, además el artículo 127 establece la obligación del acreedor para presentar su sentencia firme ante el Juez y el Conciliador, para efecto de que sea reconocido como acreedor. Luego entonces, por que no seguir un solo procedimiento.

Aunado a lo anterior, el principio de concurrencia establece que los acreedores deberán obtener la recuperación de sus adeudos bajo las normas que marque el procedimiento Concursal.

♦ También podemos apreciar la falta de técnica jurídica al momento en el que el legislador faculta al visitador para tomar medidas precautorias para la protección de la masa, cuando aún no se ha dictado la sentencia que declara en Concurso Mercantil al comerciante, y consecuentemente no se ha integrado la masa, ni activa ni pasiva.

Es decir, que en este caso la norma jurídica resulta inaplicable, por carecer de objeto, puesto que la masa se integra una vez que el comerciante ha sido declarado en Concurso Mercantil, inclusive la misma Ley lo reconoce de manera expresa en su artículo cuarto.

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

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

Bajo Este orden de ideas, resulta incongruente que el Juez permita la aplicación de medidas de apremio para la protección de un ente que aún no existe.

Recordemos que el principio de universalidad del proceso Concursal establece la conformación de la masa como consecuencia de la declaración en Concurso del comerciante, de tal manera que, según nuestro punto de vista, si el Juez del

procedimiento otorga las medidas precautorias que solicite el Visitador, estas deberán ser dejadas sin efecto al momento en que sean impugnadas.

En efecto, las medidas de apremio que solicite el visitador, basadas en el hecho de proteger la masa, resultan inaplicables, toda vez que dichas medidas carecen de motivación y por que los preceptos legales que las fundan resultan inaplicables por carecer del bien jurídicamente tutelado. Independientemente de que las mismas constituyen actos de irreparable ejecución para el comerciante, ya que aún y cuando la sentencia que se dicte en el procedimiento le sea favorable, ésta no reparará los daños y perjuicios que le ocasionaron las medidas precautorias, al respecto existen diversos criterios de Jurisprudencia como el siguiente:

"APELACIÓN MERCANTIL. LA RESOLUCIÓN DICTADA EN, QUE CONFIRMA EL AUTO QUE ADMITE LA DEMANDA EN UN JUICIO EJECUTIVO ES ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN RECLAMABLE EN AMPARO INDIRECTO. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 107, fracción III, inciso b), constitucional, y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo, procede el amparo indirecto ante el Juez de Distrito cuando los actos, en el juicio, tienen una ejecución de imposible reparación al afectar de manera cierta e inmediata algún derecho sustantivo protegido por las garantías individuales, de modo tal que esa afectación no sea susceptible de repararse con el hecho de obtener una sentencia favorable en el juicio por haberse consumado irreparablemente la violación en el disfrute de la garantía individual de que se trate. Por tanto, no pueden ser considerados como actos reparables aquellos que tengan como consecuencia una afectación sustantiva, pues los efectos de ese tipo de violaciones no son de carácter formal que pudieran ser reparables si el afectado obtuviera una sentencia favorable. En tales condiciones es de concluirse que la resolución dictada en apelación, por la que se confirma el auto que admite la demanda en un juicio ejecutivo, se trata de un acto de ejecución irreparable, en razón de que al dejar firme el auto admisorio, no sólo tiene como efecto llamar a la parte demandada para que comparezca al juicio y plantee sus defensas, sino que además se le requiera de pago, y no haciéndolo, el embargo de bienes suficientes para cubrir la deuda amparada con el documento base de la acción, que trae aparejada ejecución, así como las costas respectivas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1392 del Código de Comercio, afectando así de modo cierto e inmediato derechos sustantivos, a saber, los bienes del deudor, daño que no es susceptible de repararse pues aun cuando se obtuviera sentencia favorable que levantara el embargo, no podría restituirse al quejoso en la infracción de que fue objeto por el tiempo en que estuvo en vigor el embargo, ya que tal afectación en el disfrute de la garantía durante ese tiempo quedó irreparablemente consumada."¹³⁸

♦ La etapa de conciliación no se escapa de presentar incongruencias, puesto que si su finalidad es la de "lograr la conservación de la empresa del comerciante mediante la suscripción de un convenio con sus acreedores reconocidos", implica que si no existe sentencia firme de reconocimiento de créditos, no podrá suscribirse convenio alguno y consecuentemente no se podrá dar inicio a la etapa en cuestión.

En efecto, la misma ley señala que será acreedor reconocido, aquel que adquiera tal carácter en virtud sentencia que así lo reconozca, es decir cuyo crédito sea incluido en la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos que dicte el Juez en el procedimiento Concursal.

¹³⁸ CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VII, Marzo de 1998. Tesis: VI.4o.14 C. Página: 763. Amparo en revisión 674/97. Jaime Rivero Muñoz. 16 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: José Luis Vázquez Camacho.

Dentro de la Ley no se establece con claridad que la sentencia de reconocimiento de créditos deba ser dictada con antelación a la etapa de conciliación y sin embargo dicha etapa tendrá un plazo máximo ordinario de duración de 185 días naturales y un extraordinario de 365, contados a partir del siguiente a la última publicación de la sentencia de Concurso Mercantil en el Diario Oficial de la Federación.

Ahora bien, que sucede con aquellos acreedores que presenten su reconocimiento de crédito durante el término señalado para impugnar la sentencia mediante recurso de apelación, ¿podrán participar en la etapa de conciliación?

Todo lo anterior, implica un planteamiento deficiente donde el comerciante pueda celebrar convenio con presuntos acreedores, por no estar debidamente reconocidos o en su caso que pueda ser declarado en Quiebra por éstos, asimismo, que en la conciliación no estén reconocidos todos los acreedores del deudor, lo que lleva a situaciones que distorsionan los principios que rigen a los procedimientos Concursales.

♦ Analizaré ahora la etapa relativa al reconocimiento de créditos. Bajo el esquema planteado por la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, se planteaba el reconocimiento de créditos como un procedimiento contencioso, que iniciaba en forma de una demanda judicial presentada ante un Juez.

Con la Ley de Concursos Mercantiles, el proceso se desnaturaliza y se vuelve eminentemente administrativo y el trámite ahora se plantea ante el conciliador, quien a su vez presentará ante el Juez, prácticamente el proyecto de sentencia de reconocimiento de créditos, finalmente será el Juez quien emita la resolución correspondiente.

Lo anterior, tiene como finalidad reducir los tiempos del procedimiento, sin embargo, la falta de intervención del órgano judicial resta certidumbre jurídica a las controversias que se susciten entre acreedores y comerciante o solo entre los primeros al momento en que pretenden objetar el reconocimiento de un crédito que consideren les perjudica, además el conciliador se vuelve un intermediario que actúa en representación de las partes ante el Juez, siendo una representación forzosa violatoria de garantías individuales.

Además, el conciliador carece de facultades para resolver las controversias que se susciten entre las partes, luego por que hacer pasar todo por sus manos, si finalmente quien resolverá será el Juez del Concurso.

Recordemos que el procedimiento Concursal tiene como principio fundamental el hecho de ser de interés público, de tal manera que no se puede pretender la existencia de un proceso donde el poder judicial se vea sustituido por el ejecutivo, ya que de lo contrario estaríamos ante la desjudicialización del Derecho Concursal, para convertirlo en un sistema administrativo.

♦ La Ley de Concursos Mercantiles, establece en su artículo 48, la facultad del Juez para condenar al demandante a pagar los gastos y costas judiciales, incluidos los honorarios y gastos del visitador¹³⁹.

Hago hincapié en las costas judiciales, mismas que se encuentran expresamente prohibidas por el artículo 17 Constitucional y que no obstante tal prohibición, la Ley de Concursos Mercantiles¹⁴⁰ contempla la posibilidad de condenar a las partes al pago de las mismas.

No obstante lo anterior, señalar como una violación flagrante a la Constitución el precepto en comento, sería apearnos de manera rigurosa a la letra de la Ley, cuando en realidad debemos analizar tanto la intención del legislador como el espíritu de la Ley, de tal manera que esta presunta violación no es tal, ya que de lo que en realidad se trata es de una falta de técnica jurídica al momento de redactar el precepto cuestionado, lo cual obviamente se presta a señalarle como anticonstitucional.

El error radica en que la Ley designa a las costas procesales como judiciales, las cuales prohíbe expresamente nuestra Constitución, y es que no son lo mismo. Las costas judiciales, son aquellas que en otros tiempos se generaban por virtud de los honorarios de los jueces en atención a las funciones que desempeñaban, mientras que las costas procesales, son aquellos gastos que se efectúan en el desarrollo de un procedimiento judicial.

Existen diversas disposiciones legales que establecen los aranceles que se deberán cubrir a los órganos que intervengan como auxiliares de la administración de justicia en un procedimiento, tales como el perito tercero en discordia, albaceas, síndicos, interventores y tutor legítimo, por mencionar algunos.

Ahora bien, derivado de esta interpretación, entremos al análisis de los denominados especialistas en Concurso Mercantil, para empezar, la palabra especialista, es un sinónimo de Perito, y si sus honorarios, se enuncian bajo el concepto de costas procesales, es obvio que su naturaleza no es otra que la de ser Auxiliar en la administración de justicia, toda vez que se requiere de sus actividades para impulsar un procedimiento, puesto que para el desahogo de una etapa procesal se requiere de su función técnica y especializada que también es necesaria para que el juzgador pueda determinar con la convicción necesaria sobre un tema que le es desconocido, ya que de lo contrario, el auxiliar de justicia estaría invadiendo una esfera que es de exclusiva competencia para el Juez, luego entonces, su función no es administrar justicia, de tal manera que sus honorarios no implican costas judiciales, como erróneamente señala la Ley Concursal.

¹³⁹ Artículo 48.- La sentencia que declare que no es procedente el Concurso Mercantil, ordenará que las cosas vuelvan al estado que tenían con anterioridad a la misma, y el levantamiento de las providencias precautorias que se hubieren impuesto o la liberación de las garantías que se hayan constituido para evitar su imposición. La sentencia deberá ser notificada personalmente al Comerciante y, en su caso, a los acreedores que lo hubieren demandado. Al Ministerio Público se le notificará por oficio.

En todos los casos deberán respetarse los actos de administración legalmente realizados, así como los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

El juez condenará al demandante a pagar los gastos y costas judiciales, incluidos los honorarios y gastos del visitador.

¹⁴⁰ Artículo 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales...

Bueno, pero si en efecto no son más que auxiliares en la administración de justicia, aún y cuando la Ley les haya cambiado el nombre de peritos a especialistas, y que pese a ser designados por el IFECOM, no son parte de los órganos jurisdiccionales que conforman a aquellos encargados administrar la impartición de justicia, es claro entonces que su participación en el proceso Concursal es la de un tercero auxiliar del juzgador.

En virtud de lo anterior, las actuaciones de los especialistas se deben equiparar a las de un perito, síndico o cualquier auxiliar en la impartición de justicia, y por consecuencia estas deben ser objeto de impugnaciones como lo es toda actuación de tercero ajeno al juicio sobre el cual se puede ofrecer prueba en contrario y el valor probatorio de sus dictámenes y opiniones debe estar sujeto a las mismas reglas que norman la valoración de la prueba pericial.

Si en la contestación de demanda se permite al comerciante ofrecer como prueba la opinión de expertos y dicha opinión resulta contraria a la que vierta el visitador, podríamos preguntar cual es entonces el valor probatorio que merecen ambas opiniones, si bien es cierto, la Ley señala que en este caso el visitador emitirá un dictamen, también es cierto que dicho dictamen no es otra cosa más que la opinión del visitador, a la cual la Ley le da valor probatorio pleno. Y aún cuando la Ley mencione que el juez deberá considerar lo manifestado y alegado por las partes, así como el dictamen del visitador, también es cierto que el juez no es perito en materia financiera para determinar que dictamen merece mayor fuerza probatoria, de tal manera que debería auxiliarse por un tercero, opción que no contempla la Ley.

♦ En el segundo párrafo del artículo 34 de la Ley de Concursos Mercantiles, se faculta al visitador y a sus auxiliares, para tener acceso a los libros de contabilidad, registros y estados financieros del comerciante,¹⁴¹ lo que se constituye en una pesquisa que podrá efectuar el visitador y sus auxiliares, aunado a que la Ley no reglamenta de manera detallada la forma en que habrá de efectuarse la inspección a la información contable ni sobre que puntos versará, por lo que al tratarse de comerciantes se contravienen las disposiciones contenidas en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio, que prohíben de manera expresa la practica de pesquisas por autoridad alguna, sobre los libros del comerciante,¹⁴² y señalan los requisitos necesarios para decretar el reconocimiento de los libros y demás documentos que posean los comerciantes, en relación a sus empresas mercantiles; por lo que si no se precisa sobre qué clases de libros deberá desahogarse la visita el comerciante no estará obligado a permitir su revisión, dado que, como ya se mencionó, la ley mercantil prohíbe hacer pesquisa de oficio para inquirir la contabilidad de los comerciantes,

¹⁴¹ Artículo 34.- El visitador deberá acreditar su nombramiento con la orden respectiva. Tanto el visitador como sus auxiliares deberán identificarse con el Comerciante antes de proceder a la visita.

El visitador y sus auxiliares tendrán acceso a los libros de contabilidad, registros y estados financieros del Comerciante, así como a cualquier otro documento o medio electrónico de almacenamiento de datos en los que conste la situación financiera y contable de la empresa del Comerciante y que estén relacionados con el objeto de la visita. Asimismo, podrán llevar a cabo verificaciones directas de bienes y mercancías, de las operaciones, así como entrevistas con el personal directivo, gerencial y administrativo del Comerciante, incluyendo a sus asesores externos financieros, contables o legales.

¹⁴² Artículo 42.- No se puede hacer pesquisa de oficio por tribunal ni autoridad alguna, para inquirir si los comerciantes llevan o no el sistema de contabilidad a que se refiere este capítulo.

Artículo 43.- Tampoco podrá decretarse, a instancia de parte, la comunicación, entrega o reconocimiento general de los libros, registros, comprobantes, cartas, cuentas y documentos de los comerciantes, sino en los casos de sucesión universal, liquidación de compañía, dirección o gestión comercial por cuenta de otro o de quiebra.

No obstante que la fracción tercera del artículo 31 de la Ley Concursal establezca que en la orden de visita se deberán señalar Los libros, registros y demás documentos del Comerciante sobre los cuales versará la visita, así como el periodo que abarque la misma, debemos recordar que el Juez no es perito en materia contable para que determine con exactitud que documentos contables y financieros pueden determinar la situación económica del comerciante, es decir desconoce que documentos debe ser revisados y cuales están exentos de dicha revisión, asimismo, tampoco conoce con exactitud la existencia física o que documentos posee el comerciante al momento en que será visitado.

Si bien es cierto, sólo por caso de excepción se permite a instancia de parte la comunicación, entrega o reconocimiento de los libros, registros, comprobantes y demás documentos de los comerciantes en determinados casos, y cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición, también es cierto que no puede colegirse necesariamente, que por la circunstancia de pedir una inspección en la contabilidad de la empresa, se esté refiriendo a todos y cada uno de los documentos que integran la información financiera de la misma.

Además, considero que el proveído que ordene la visita e inspección de la contabilidad del comerciante es susceptible de ser suspendido en virtud de ser impugnado mediante juicio de amparo indirecto, independientemente del recurso de revocación que se haga valer en contra de dicho auto, toda vez que la inspección a la contabilidad del comerciante, puede ser considerado como un acto de imposible reparación, aún y cuando se obtenga sentencia favorable.

Al efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en los siguientes términos:

"LIBROS DE CONTABILIDAD, SUSPENSION CONTRA LA INSPECCION DE. *Si el tercero perjudicado en su escrito de agravios, se limita a sostener que no existe el acto reclamado, sin combatir las razones que de al inferior para conceder la suspensión, que se concretan a estimar que en el caso se llamaron los requisitos del artículo 124 de la Ley de Amparo, deben aceptarse estos en la revisión, toda vez que la inspección de los libros de contabilidad, papeles y documentos, que constituye el acto reclamado, podría ocasionar perjuicios y daños de difícil reparación para la quejosa, y quedaría sin materia en amparo, si tal inspección se realizara; por lo que para conservar esa materia y puesto que se trata de una contienda entre particulares, en la que no se afecta el interés general, ni se contravienen disposiciones de orden público, la suspensión debe concederse previa fianza.*"¹⁴³

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, considero que el procedimiento Concursal, como actualmente se encuentra regulado, deja de observar de manera concreta los principios fundamentales de que rigen al Derecho Concursal.

Asimismo, puedo apreciar que nuestra regulación Concursal conserva como finalidad primordial la de garantizar y obtener el pago a los acreedores, apartándose así de las modernas teorías del Derecho Concursal que pugnan por garantizar la preservación de la empresa. Así queda demostrado, a nuestro criterio, mediante la

¹⁴³ Amparo en revisión 1233/95. Autobuses México Tlalnepanlla y Puntos Intermedios, S.A. de C.V. 13 de julio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis García Vasco. Secretario: Miguel Ángel Castañeda Niebla. Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LXXII. Página: 625. TOMO LXXII, Pág. 625.- (Cooperativa de Producción, de Trabajadores de la Industria Eléctrica del Estado de Tamaulipas).- 11 de abril de 1942.- 4 votos.

regulación que se da a la figura de la Quiebra, donde el proceso de liquidación del comerciante establecido en el capítulo I del Título Séptimo de la Ley de Concursos Mercantiles, tiende a desnaturalizar dicha figura y a su vez contraviene tanto lo manifestado en la exposición de motivos que le da origen a la Ley como a la Doctrina moderna de la Quiebra, la cual se ha venido constituyendo no en un simple medio liquidatorio de los activos de la empresa, sino en un medio de preservación de la misma.

De todo lo anterior, puedo determinar que resulta necesario corregir las incongruencias, que según mi óptica, existen en la Ley de Concursos Mercantiles, ya que es claro que en el sistema de legalidad establecido por la Constitución Federal, no basta el carácter de autoridad para emitir una orden o mandamiento que por su fuerza imperativa y coercitiva repercute en la esfera jurídica de los gobernados, sino que es indispensable que la autoridad fundamente y motive debidamente sus ordenes o mandamientos, por lo que no es suficiente que se citen determinados preceptos legales y se formulen ciertos razonamientos por los que se consideren aplicables aquellas disposiciones, dado que en todo momento debe existir una relación de congruencia jurídica entre el contenido de los preceptos legales invocados y el razonamiento de la autoridad para su aplicación. Luego entonces si el precepto legal es en si mismo incongruente, también lo serán aquellos razonamientos que pretendan justificar adaptación al caso concreto.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido lo siguiente:

*"FUNDAMENTACION Y MOTIVACIÓN.- De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo que también debe señalarse con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario además que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto, se configuren las hipótesis normativa."*¹⁴⁴

V.2. ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

De conformidad con el principio de supremacía consagrado por el artículo 133 de nuestra Constitución Federal y por el solo hecho de serlo, ésta goza del atributo de estar por encima de toda institución jurídica, lo que no le es inferior es parte de ella. En lo normativo constituye, organiza, faculta, regula actuaciones, limita y prohíbe, de tal manera que se debe actuar acorde a lo que esta ordena, de lo contrario todo acto que vaya en contra de lo que establece, es ilegal por ese solo hecho.

En mi opinión la Ley de Concursos Mercantiles contiene aspectos que contravienen la norma jurídica suprema, es decir están viciados de inconstitucionalidad, podemos afirmar que existen violaciones a las garantías de audiencia y por consecuencia a la de legalidad y exacta aplicación de la Ley al caso concreto. Asimismo, la Ley rompe con los principios Constitucionales de generalidad de aplicación de la Ley y de concurrencia.

¹⁴⁴ Jurisprudencia 260, a fojas 175, del tomo VI, materia común, del apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917 - 1995.

◆ Comenzaré por señalar los casos en los que, según mi criterio, existen violaciones a la garantía de audiencia entendiéndola al tenor siguiente:

1.- *“Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus posesiones, propiedades o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”*. Este es el principio Constitucional contemplado en el artículo catorce que consagra la garantía de audiencia de los gobernados en la República Mexicana.

La garantía de audiencia se integra mediante cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, necesariamente concurrentes y que a saber son las siguientes:

a).- La previa existencia de un juicio seguido en contra de la persona, a quien se pretenda privar de alguno de los bienes jurídicamente tutelados por dicha disposición Constitucional.

b).- Que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos.

c).- Que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento.

d).- Y que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio.

El goce de la garantía de audiencia, como derecho público subjetivo, corresponde a todo sujeto como gobernado en los términos del artículo primero Constitucional.

La violación a la garantía de audiencia, consiste en una merma o menoscabo de la esfera jurídica del gobernado, determinados por el egreso de algún bien, material o inmaterial (derecho), constitutivo de la misma así como el impedimento para ejercer un derecho.

Bajo este contexto, considero que la Ley de Concursos Mercantiles viola en diversas ocasiones la garantía de audiencia y por consecuencia la de legalidad consagradas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

Así tenemos por ejemplo, que durante el procedimiento previo a la declaración del Concurso Mercantil, no se contempla la celebración de audiencia alguna en la que las partes puedan ser oídas y estén en aptitud de desahogar pruebas de carácter oral como lo son las testimoniales y confesionales, mismas que no son prohibidas por la Ley.

No obsta el hecho de que se de contestación a la demanda y se ofrezcan pruebas, toda vez que esto no convalida la falta de posibilidades para comparecer en audiencia pública ante el Juzgador, por ejemplo, el hecho de prohibir cuestionar la opinión de los expertos que ofrezca el deudor al contestar su demanda, se convierte en una violación franca tanto a la garantía de audiencia como a las normas que rigen el desahogo de las pruebas periciales, aún y cuando la Ley pretenda desconocer tal calidad a las opiniones vertidas por los expertos, que no son otra cosa que un sinónimo de peritos, además de que el Juez se podrá basar en esa opinión para emitir su resolución.

Similar situación acontece al momento en que la Ley no establece la posibilidad de ofrecer prueba en contrario, para desvirtuar la presunción de que el comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones.

El artículo 11 de la Ley de Concursos Mercantiles, a diferencia del artículo 2° de abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, no contempla la posibilidad de ofrecer prueba en contrario que desvirtúe la presunción de incumplimiento, de tal manera que se niega al comerciante la posibilidad de hacerse oír en juicio y que su defensa quede en manos de un tercero, dado que el dictamen que rinda el visitador será aquel en el que se determine si efectivamente el comerciante está en los supuestos del Concurso Mercantil. Aunado a lo anterior, el artículo en comento establece una presunción, que como tal, admite prueba en contrario.

Por otra parte, el artículo 42 de la Ley, faculta al Juez para que una vez agotado el procedimiento previo de solicitud y visita proceda a dictar la resolución que declare o niegue el Concurso Mercantil, sin necesidad de citar a las partes para oír sentencia.

Lo anterior, también se traduce en una violación a la garantía de audiencia, puesto que si considero que el auto que cita a las partes para oír sentencia produce el efecto de declarar concluso el procedimiento cancelando el ingreso a cualquier alegato y/o defensas, es lógico que éste pueda causar a las partes un agravio irreparable, al momento en que se dicte la sentencia correspondiente, de tal manera que se debe anunciar a las partes la citación para dictar sentencia y que estas puedan impugnar mediante el recurso que consideren idóneo el gravamen que se les pudiera causar con la citación, luego entonces al no estar obligado el Juzgador a citar a las partes para oír sentencia, considero que se le priva a estas del ejercicio de su derecho de impugnación, consecuentemente se viola su garantía de audiencia.

En este orden de ideas, la Ley de Concursos Mercantiles viola las garantías en comento, porque omite durante todo el trámite previo a la declaración del Concurso, prever la celebración de audiencia, porque en su artículo onceavo no establece la posibilidad de ofrecer prueba en contrario a la presunción legal, y el artículo 42 de la Ley, faculta al Juez a emitir su resolución sin necesidad de citar a las partes para oír sentencia, de tal manera que resta la posibilidad a las partes de ser oídas y vencidas en juicio con las formalidades propias de un procedimiento judicial, ya que les impide formular y probar lo que a su derecho corresponda.

♦ El artículo 17 de la Ley de Concursos Mercantiles, establece la competencia única y exclusivamente para un Juez de Distrito con jurisdicción en el domicilio del deudor.

El precepto legal en cita, rompe con el principio de concurrencia, consagrado en el artículo 104 de la Constitución Federal, el cual establece que en caso de conflicto entre particulares, existirá la posibilidad de intervención, a elección del actor, de jueces y tribunales del orden común.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Artículo 104 Corresponde a los tribunales de la federación conocer:

I.- De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los estados y del Distrito Federal...*

El principio de la jurisdicción concurrente data de la Constitución Federal de 1857 y fue introducido mediante reforma de fecha 29 de mayo de 1884 a la fracción I de su artículo 197, hasta hoy día

De conformidad con la practica, este principio tutela la libre elección del demandante para iniciar un procedimiento judicial ante la autoridad éste elija, siempre y cuando se trate de un conflicto entre particulares.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido por el artículo 124 de la Constitución Federal, la limitación de la competencia que la Ley de Concursos Mercantiles hace a los Juzgados del fuero común, también resulta inconstitucional, toda vez que estos, por norma Constitucional, gozan de la facultad genérica, abstracta y general, para resolver con fuerza vinculativa y jurisdiccional, dentro de cada entidad los casos particulares de aplicación de leyes tanto locales como federales; es decir, les corresponde el conocimiento y aplicación de toda materia que por disposición legal no este reservada de manera expresa a la federación.

En efecto, al momento que nuestra Constitución Federal señala que las controversias entre particulares sobre el cumplimiento de leyes federales, hace referencia a todas las controversias que se pudieran suscitar derivadas de todas las leyes federales, ya que es obvio que mientras las controversias se circunscriban a conflictos entre particulares los tribunales del fuero común podrán juzgarlos sin limite alguno y en las mismas condiciones que la autoridad federal, ya que las limitaciones solo pueden existir en virtud de que así se señalen por la Constitución Federal, y no por leyes federales de carácter secundario.

En virtud de lo anterior, las normas relativas al Concurso Mercantil, por disposición Constitucional no son competencia exclusiva de los tribunales federales, de tal manera que la limitación a la competencia que se consigna en el artículo 17 de la Ley de Concursos Mercantiles, es violatoria de las normas que prevé nuestra Constitución al respecto.

Al efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto lo siguiente:

"JURISDICCION CONCURRENTE, ES COMPETENTE EL JUEZ ELEGIDO POR LA ACTORA, TRATANDOSE DE. El artículo 5o. de la Ley de Vías Generales de Comunicación previene que corresponderá a los Tribunales Federales conocer de todas las controversias del orden civil en que fuere parte actora, demandado o tercera opositora, una empresa de vías generales de comunicación. Sin embargo, este precepto no puede prevalecer sobre lo estipulado por el artículo 104 de la Constitución General de la República, en cuanto establece jurisdicción concurrente de las autoridades judiciales del orden común y de las federales, cuando las controversias de orden civil que se susciten sobre el cumplimiento o aplicación de leyes federales, sólo afecten intereses particulares, pudiendo entonces la parte actora elegir el Juez que le satisfaga para promover el juicio respectivo, y por lo tanto, si en tal caso, se promovió la controversia ante un juez del orden común, dicho funcionario es legalmente competente para seguir conociendo del asunto."¹⁴⁶

¹⁴⁶ Quinta Epoca. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CV.

Página: 1917. Competencia 51/49. Suscitada entre los Jueces de Distrito en el Estado de Guanajuato y Segundo de lo Civil de León, Guanajuato. 29 de agosto de 1950. Unanimidad de dieciséis votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

"QUIEBRA, COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA. No es verdad que el artículo 13 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, prevenga que los jueces de primera instancia sólo son competentes podrá conocer de la quiebra de un comerciante, cuando en el lugar no hay Juez de Distrito, porque el citado artículo 13 sólo expresa, que a prevención son competentes para conocer de la quiebra de un comerciante individual, el Juez de Distrito o el de Primera Instancia del lugar sujeto a su jurisdicción en donde se encuentre el establecimiento principal de su empresa, y en su defecto, en donde tenga su domicilio; y el artículo 104 de la Constitución General de la República, en su fracción i establece que a los Tribunales de la Federación corresponde conocer, de todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales; pero cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y Tribunales locales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Territorios. Es decir, en ambos casos, ya sea que se trate de un juicio de quiebra o de la aplicación de leyes federales, es competente el Juez que elija el actor, si sólo se afectan intereses particulares."¹⁴⁷

En este orden de ideas, resulta claro que limitar la competencia para conocer del Concurso Mercantil a un Juez Federal rompe con el principio de competencia concurrente señalado en el artículo 104 Constitucional, dando lugar a que controversias entre particulares sean llevadas de manera forzosa al Tribunal Federal, permitiendo cargas extra de trabajo y por consiguiente rezago al encomendarle controversias que solo afectan intereses particulares.

Si bien es cierto que existe un interés preponderante del Estado en el procedimiento Concursal, también es cierto que dichos intereses están debidamente representados por el Ministerio Público, al cual considero se le debe dar una mayor intervención en el procedimiento. Aunado a lo anterior no se debe olvidar que el Juez, sea de competencia local o federal, es un delegado del Estado, luego entonces, la sentencia que se dicte en el proceso Concursal, no afectará los intereses de la Federación como tal, claro a menos que sea parte en el mismo.

♦ Por otra parte, nuestra Ley de Concursos Mercantiles rompe con el principio Constitucional de igualdad contenido en el artículo 13 de nuestra Constitución Federal, el cual prohíbe la existencia de leyes exclusivas que puedan operar a favor o en contra de alguien específico y consecuentemente establece el principio de igualdad de todos los hombres ante la Ley y ante los tribunales.

Existen en la Ley dos ejemplos claros de la violación al principio de igualdad, la primera la encontramos en su artículo 245, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 245.- El Concurso Mercantil de las instituciones de crédito se regirá por lo previsto en esta Ley, en lo que no se oponga a las disposiciones especiales que les sean aplicables"

De esta manera se da un trato especial a las instituciones de crédito, toda vez que solo les serán aplicadas las normas contenidas en la Ley de Concursos Mercantiles en lo que no se opongan a las especiales que regulan en materia Concursal a las instituciones en comento, lo mismo sucede con las instituciones auxiliares de crédito.

¹⁴⁷ Sexta Epoca. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LXXVI, Primera Parte. Página: 36. - Competencia 12/59. Jesús Salazar Pacheco. 8 de octubre de 1963. Unanimidad de 20 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo.

Asimismo, al señalar la Ley que los pequeños comerciantes, entendiendo como tales a aquellos cuyas obligaciones vencidas no pasen de 4000 mil UDIs, solo podrán ser sometidos a Concurso Mercantil, cuando así lo acepten de manera expresa, viola el principio de generalidad en la aplicación de la norma jurídica.

Considero que la Ley debiera aplicarse indistintamente a los comerciantes que incurran en los supuestos de la insolvencia, es decir que no tengan activos suficientes para hacer frente a sus obligaciones líquidas y vencidas, sin hacer exclusiones entre pequeños y grandes comerciantes o diferenciarlos por la rama en la que desarrollen su principal actividad.

V.3. ESTRUCTURA Y PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA LEY.

Los motivos que dieron origen a la promulgación de la Ley de Concursos Mercantiles y que trajo como consecuencia la abrogación de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, tuvo como una de sus principales causas el hecho de la incertidumbre en lapso que duraría un procedimiento Concursal y todos aquellos problemas prácticos que se derivaban de su trámite, sobretodo, tratándose de una Suspensión de Pagos, por que se sabía cuando comenzaba el procedimiento, pero se ignoraba cuando terminaría, además de que las normas contenidas en la abrogada Ley, no se ajustaban a la realidad que prevalece en nuestro país, en materia de crédito y de actuación de las sociedades mercantiles.

No obstante pareciera que el Legislador acertó en señalar dichas problemáticas como motivos más que suficientes para modificar la Ley, pero sucede que dicha problemática, fue la misma que dio origen a la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, tal y como lo podemos apreciar de la simple lectura de su exposición de motivos:

"... El Código de Comercio Mexicano constituye, en su conjunto, un sistema anticuado que reclama con urgencia una reforma total.

La mayoría de sus artículos tuvo que ser sustituida por nuevas disposiciones, más acordes con las exigencias de la vida jurídica y económica actual. Otros muchos han quedado prácticamente derogados por su total inadaptación a las modernas necesidades del tráfico.

Si esta situación, en lo que afecta a diversas instituciones, solo provoca una discrepancia entre las normas jurídicas y las necesidades vitales que aquellas debían regular, en materia de quiebras, el resultado es de mucho mayor gravedad.

El sistema del Código, no sólo resulta anticuado, lo que en definitiva no sería un defecto grave cuando una jurisprudencia ágil fuese capaz de adecuar las viejas normas a las nuevas situaciones, sino que, además, es totalmente insuficiente e incompleto.

En él hay soluciones de continuidad en instituciones que quedan truncadas y sin un normal desarrollo; hay lagunas que dejan sin regulación problemas jurídicos que primera fila; hay una tal falta de sistemática, que aturde y llena de confusión al intérprete.

Se había llegado a tal extremo, que los procedimientos sobre quiebras, aparte de su absoluto desprestigio, eran eternos: se sabía cuando una quiebra se iniciaba, pero jamás podía preverse la posibilidad de su conclusión.

Por este motivo, era unánime el clamor del comercio y de los peritos en derecho para que se pusiese término a una situación tan perjudicial a los intereses económicos y tan perturbadora desde un punto de vista legal..."¹⁴⁸

De esta manera, podemos observar que el motivo del cambio, básicamente, sigue siendo el mismo. En nuestra opinión, considero que los Legisladores omiten la importancia que tiene desentrañar los fundamentos de una estructura jurídica que se inserta en el ámbito de nuestro marco jurídico y desprender de éste los principios orientadores del ordenamiento que se considera rezagado, en vez de solo analizar aspectos parciales de un ordenamiento positivo.

Efectivamente, considero que el legislador debió haber analizado el hecho de que las crisis empresariales se han venido multiplicando en los últimos diez años y que las quiebras, sobretodo de grandes empresas, afectan de manera particular a toda la sociedad, tanto por la necesidad de proteger al crédito como a la empresa generadora de empleo. Estas situaciones traen como consecuencia que aumente la importancia del papel del Estado para solventar el fenómeno generado por la insolvencia.

Desde mi punto de vista, nuestra actual legislación en materia Concursal no se encuentra inspirada en las exigencias concretas de la sociedad, sino que obedece a intereses particulares, vigentes en una época, de tal manera que su clausulado carece en gran medida de observar los principios que deben ser la estructura fundamental de un marco legal que pueda regir un futuro imprevisible.

Como analizamos en su oportunidad, las codificaciones de países que han adoptado el modelo capitalista conciben tradicionalmente al Derecho Concursal como un instrumento para sancionar al deudor que incumple con sus obligaciones, con la pérdida de la administración de su empresa y que a su vez tiene como función primordial, regular la distribución de los activos de la empresa entre los acreedores del comerciante bajo el principio de la *par conditio creditorum*.

En nuestro país, durante el periodo de la economía mixta el intervencionismo estatal dio un matiz diferente al Derecho Concursal incorporándole aspectos de interés general sobre todo en lo que hace a la desaparición de grandes factorías y de la afectación a sectores como el financiero, esto trajo como consecuencia que la combinación de normas publicas y privadas se manifestaran sobre los problemas generados por la insolvencia económica y con ello hizo que la legislación Concursal se fuera rezagando al paso de los tiempos.

Lo anterior ha sido superado por las modernas teorías Concursualistas, donde la Quiebra de una empresa no limita al Estado a únicamente liquidarla con justicia distributiva para los acreedores, sino que se interesa en la situación de la empresa, por conceptualarla como una fuente de riqueza y producción, asimismo, se ocupa de la suerte que correrán los puestos de trabajo que esta genera. Lo que tampoco implica que se

¹⁴⁸ RODRIGUEZ, Rodríguez Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 8

piense en un procedimiento donde los acreedores estén degradados en aras del interés social que tutela la Ley.

Las legislaciones modernas, buscan que la intervención del Estado en la empresa en crisis no se establezca sobre falsas expectativas o actuaciones coyunturales y episódicas que propongan soluciones milagrosas que busquen la preservación de elefantes blancos, lo que buscan es que dicha intervención sea tutelada por los acreedores, esta tutela deviene de los resultados que ha dado el intervencionismo Estatal en ocasiones anteriores y por que el mismo afecta la libre competencia de las empresas en el mercado.

Dentro de los principios que dan origen a la estructura que conforma nuestra legislación, no encontramos elementos que denoten la preocupación del Estado por la preservación de la empresa, de las fuentes de empleo que esta genera o bien del nicho de mercado que esta ocupa, tampoco observamos cual es el beneficio que se le da al comerciante insolvente con la intervención de los órganos del Estado en su negocio, reduciéndose su papel a ser solo el liquidador de la empresa. Lo anterior, nos deja ver que los principios de la Ley están sustentados en tendencias neoliberalistas donde los particulares deben solucionar, de manera propia y en base a las opciones que les otorga el Derecho privado, el problema de la insolvencia.

Según entendí de la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, el procedimiento conciliatorio es concebido como una etapa en la cual se permite al comerciante hacerse de liquidez y solventar la falta temporal de la misma,¹⁴⁹ es decir se le da un término para que proceda a rematar sus activos y se haga de liquidez. Debemos recordar que cuando una empresa entra en crisis económica surgen de manera inevitable conflictos de intereses, ya sea entre el patrón y obreros, entre socios accionistas y obviamente entre acreedor y deudor, consecuentemente surgen las conductas oportunistas que buscan aprovechar esa situación, lo que impide la recuperación de la empresa

Es verdad que en nuestro tiempos tampoco se puede exigir al Estado que intervenga en toda actividad de los particulares, incluso las doctrinas recomiendan que la intervención del Estado sea mínima, que la excelencia se alcanza cuando este se vuelve invisible. Pero esto no obsta para que no se busque un punto de equilibrio donde el poder público ejerza una función importante en la preservación de las fuentes de riqueza.

Tenemos como ejemplo la figura de la administración extraordinaria, contemplada en el Derecho Concursal italiano, donde el Estado se convierte en garante hasta del total de los adeudos que una empresa, con problemas de insolvencia y que esté bajo el régimen de la administración extraordinaria, contraiga ante instituciones de crédito, con el objeto de financiar su recuperación. Obviamente el Estado se convierte en acreedor preferente de la empresa, facultado para ejecutar el cobro de los créditos en el momento en que la autoridad así lo determine.

¹⁴⁹ "...Resulta acertado el criterio objetivo que se propone para determinar si un comerciante se ubica en el supuesto de incumplimiento generalizado de pagos, pues ello representa una alternativa práctica de solución para el comerciante que no tenga activos líquidos para hacer frente a sus obligaciones o cuando incumpla en el pago de dos o más que, conjuntamente, representen un porcentaje significativo del monto total de sus obligaciones..."

Bajo esta figura, el Estado otorga una garantía pública a la empresa insolvente, con el objetivo de buscar su preservación, es obvio que debe existir previamente un análisis de la empresa a la que se pretende apoyar, el cual realiza un organismo público, puesto que la idea no es mantener solo por que sí una empresa, resultaría perjudicialmente más caro mantener una planta improductiva. La continuación de la empresa debe ser motivada en base a las perspectivas de saneamiento con que la misma cuenta.

Así pues, los principios orientadores y estructura de una ley deben denotar coherencia con las normas que la integran e influenciar una regulación que sea estrictamente jurídica donde se omitan medidas anárquicas y coyunturales que solo brinden soluciones parciales. En el caso de la Ley de Concursos Mercantiles, considero que se carece de principios orientadores que brinden sustento estructural a la Ley.

Una Ley para resolver el problema de la insolvencia no solo debe ocuparse de la adecuada protección del crédito, sino también de la conservación de la empresa por ser una actividad útil para la comunidad, de su rehabilitación, por que el estado Concursal no puede ni debe ser causa de la desaparición de la empresa. Asimismo, se debe contemplar una amplia gama de soluciones y diversificación de medios para la solución del problema de las crisis financieras.

Finalmente y por que no, la protección del comercio al momento que la Ley de Concursos Mercantiles confunde el fenómeno de la insolvencia con la iliquidez y lo inserta dentro del contexto económico general, ocasiona perjuicios a la economía misma y desconfianza a las reglas del Derecho. Ningún comerciante estará dispuesto a invertir su capital en proyectos con rendimiento a largo plazo por temor de quedarse sin liquidez, lo que fomenta la especulación, el alza de precios e inhibe la producción, consecuentemente la Ley de Concursos Mercantiles se convierte en un instrumento radicalmente inadecuado para satisfacer los intereses sociales cuya tutela es preponderante en todo ordenamiento jurídico.

V.4. OBJETIVOS DEL CONCURSO MERCANTIL Y LA REALIDAD SOCIAL, ECONOMICA Y POLITICA DEL PAIS.

Considerando que los principios orientadores de una Ley deben reflejarse en sus normas y conformar una estructura que la identifique con la realidad social, económica y política, del pueblo que la recibe. Analizaremos si la Ley de Concursos Mercantiles se adapta al marco de nuestra realidad como país.

Como hemos venido reiterando, la Ley de Concursos Mercantiles presenta serias incongruencias que debieran ser obviadas por una legislación acorde y clara, no obstante, estamos conscientes de la dificultad que implica obtener un esquema sencillo y explícito. Y tal vez, dichas deficiencias técnicas sean el producto de las pugnas entre diversos intereses.

Lo cierto es que al momento de promulgar, derogar o reformar una Ley, debe considerarse su inserción en una realidad social económica y política que es dinámica por naturaleza y que requiere de constante normatividad, de tal manera que el legislador debe de actuar con cautela para evitar la menor resistencia posible por parte de los diversos sectores que integran la sociedad.

En la práctica suele suceder que en el caso de algunas reformas o promulgación de Leyes, lejos de mejorar la situación de aquellos a los que está dirigida han contribuido a incrementar la confusión.

En el caso de nuestra legislación Concursal, considero que la misma no encuadra en la realidad social, económica y política del país, toda vez que lejos de aportar soluciones al problema de la insolvencia del comerciante, proteger adecuadamente el crédito y permitir la conservación de la empresa, se convierte en un instrumento que sobrepone el interés particular al público, esto al permitir liquidar con mayor facilidad a la empresa, en aras de la protección a los intereses del acreedor.

El concepto de insolvencia que maneja la Ley de Concursos Mercantiles, no es el de insuficiencia de bienes por parte del comerciante para hacer frente a sus obligaciones, sino que ahora se manifiesta sobre la impotencia de éste para generar con sus bienes, la liquidez suficiente para cumplir oportunamente con sus pasivos circulantes u obligaciones a corto plazo.

Si bien es cierto, lo anterior no necesariamente constituye un concepto primitivo o descabellado, más no obstante, también es cierto que el mismo resulta incongruente con nuestra realidad económica. Posiblemente en el caso de una economía de libre mercado que se encuentra debidamente estructurada y es fuerte, la falta de liquidez se da por descuidos en la administración del negocio, pero si hablamos de un país donde las crisis económicas son constantes y recurrentes, donde no existe una infraestructura que permita a las empresas competir en igualdad de circunstancias y donde el dinero es escaso, es obvio que la falta de liquidez, es consecuencia no solo de una mala administración, sino también del vaivén financiero del país.

En los últimos tiempos, pero fundamentalmente a partir de la década de los noventas, nuestro país ha sufrido cambios notorios en su estructuración económica y política, que por supuesto el Derecho Concursal no podía pasar por alto, habida cuenta que el vínculo entre economía y régimen Jurídico, se vuelve más estrecho en el ámbito Concursal, dado que los sujetos que se ven regulados por ese campo del Derecho, son generalmente aquellos que conforman el sistema financiero y mercantil del país.

En la actualidad, nuestro país se encuentra imbuido en un ámbito con tendencias de privatización, así, los servicios públicos esenciales se proyectan para quedar en manos de la iniciativa privada, con lo cual el Estado pasaría a tener solo una función reguladora y de vigilancia, asimismo, día con día se han venido eliminando las trabas para la importación y exportación de productos, inclusive y de manera velada, en algunas partes del país se permite la libre comercialización de divisas sin más control que el libre mercado, es el caso de lugares como Cancún o la frontera norte.

Aunado a lo anterior, hoy día se registran variadas y complejas series de operaciones financieras entre las naciones, se convierten en títulos las deudas de particulares y del Estado, mediante instrumentos cotizables en Bolsa tanto nacional como extranjera.

Todo lo antes expuesto, trae como consecuencia que los agentes económicos tengan una mayor actuación y que el Estado reduzca su intervención en las relaciones de comercio, luego entonces, tanto la aplicación como la interpretación del régimen Jurídico se vuelven flexibles.

Con anteriormente señalé, nuestra actual legislación en materia Concursal no podía quedarse estática ante la evolución económica, de tal manera que con base a dichos cambios el Derecho Concursal en nuestro país pretende esquematizar el régimen que debe regular a aquellos sujetos que se encuentren afectados al problema de la insolvencia, con el inconveniente de que dada su tendencia privatista y con el afán de flexibilizar el régimen legal derogado, ignora al estado de cesación de pagos como elemento básico del Derecho Concursal, reduciéndose a sancionar, que no a resolver, el problema de la iliquidez.

En virtud de lo anterior, considero que no es lo mismo crear una nueva legislación que pretenda acercar a un país al modo de vida de aquellos ya desarrollados, que regular su propia realidad para constituir su propio modelo de nación.

Ahora bien, veamos cual es la finalidad que persigue la Ley de Concursos Mercantiles, su artículo primero, establece que:

"Artículo 1.- La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el Concurso Mercantil.

Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios..."

De lo anterior, me surge la siguiente pregunta; ¿cómo es que la ley de Concursos Mercantiles evita que el incumplimiento generalizado en el pago de obligaciones ponga en riesgo la viabilidad de las empresas?

Asimismo me pregunto, ¿cómo es que la Ley de Concursos Mercantiles prevé la conservación de la empresa?

Veremos pues que las respuestas que ofrece la Ley de Concursos Mercantiles a los cuestionamientos antes planteados, resultan limitadas, toda vez que ambas interrogantes se resuelven en la etapa de conciliación mediante la suscripción de un convenio entre el deudor y sus acreedores, o bien a través de la finalidad última del Concurso, que es la de liquidar los activos de la empresa con el objeto hacer pago a los acreedores de ésta.

En ninguna parte de la Ley se establece una solución diferente, inclusive el artículo tercero de la Ley de Concursos Mercantiles señala de manera tajante la teleología de la Ley.¹⁵⁰

Por otra parte, aplicar nuevas soluciones al problema de la insolvencia no resulta tan sencillo, dada nuestra idiosincrasia. En efecto, según observamos en el análisis del Derecho Concursal comparado, en algunas legislaciones existen medidas que van más allá de un convenio Concursal y/o de la Quiebra, como aquella donde los acreedores entran en una etapa donde pueden proponer soluciones alternativas adquiriendo la participación accionaria necesaria para manejar la voluntad social mediante un valor que se fija judicialmente, o aquella en la cual el estado interviene la empresa en crisis, la

¹⁵⁰ Artículo 3.- La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos. La finalidad de la quiebra es la venta de la empresa del Comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los Acreedores Reconocidos.

administra y se vuelve garante universal para los acreedores y acreedor principal del Concursado, hasta en tanto se rehabilite la empresa.

En nuestro caso, considero que difícilmente los acreedores entrarían en una sociedad con el deudor o bien aceptarían como garante universal al Estado, mediante una administración gubernamental de la empresa concursada.

En primer término, porque en nuestro país es muy importante recuperar el saldo del adeudo en el menor tiempo posible, dado que el dinero pierde su valor considerablemente con el transcurso del tiempo, e invertirlo en una empresa endeudada es un riesgo muy alto con escasos beneficios. En segundo término, porque en nuestro país una administración gubernamental no es bien vista, es más, resulta temible que el Estado intervenga, a través de los órganos de gobierno, en una negociación y la administre, puesto que hasta hoy el gobierno no ha demostrado ser un eficaz administrador, sino todo lo contrario.

Lo anterior, no implica necesariamente que se tenga que renunciar de manera anticipada a la incorporación de procesos alternativos para dar solución al problema de la insolvencia, más aún cuando nuestros Legisladores, continuamente se inspiran para la creación de nuevas Leyes en el Derecho Comparado.

Por otra parte y en muchas ocasiones, nuestro estado de Derecho pareciera un híbrido de intereses partidistas, que no precisamente representan a los intereses del electorado, toda vez que solo responde al interés particular de aquel que ostenta el poder, olvidando el colectivo.

Con independencia de lo anterior y recordando un poco, la derogación de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos tuvo su origen en las constantes presiones que ejercía el sector financiero, al señalar que debido al constante abuso de la legislación en comento, el crédito de veía restringido.

El argumento de los Banqueros para no otorgar créditos, era el temor que ellos manifestaban sobre los eternos procedimientos Concursales, bajo el argumento de reactivar el crédito, entre otros, es que se dio origen a la Ley de Concursos Mercantiles, la cual, considero, no es elemento esencial para la reactivación del crédito, dado que el problema no es la regulación Concursal, sino los años de mala administración del país y de los mismos bancos, lo correcto es reconocer a la Ley Concursal como un elemento que permite una mayor confiabilidad para el sector financiero, más no como el milagroso remedio de los males que nos han llevado a la falta de capitales.

Del análisis de la Ley de Concursos Mercantiles, se desprende la evidente intención de hacer compatible al ordenamiento legal en cita, con los cambios originados por las medidas y fenómenos económicos señalados a lo largo de este apartado.

Así pues, bajo este orden de ideas, considero que nuestra legislación Concursal debiera tener un vínculo mayor con la realidad de país y no pretender regular en base a situaciones que aún se encuentran alejadas de nuestra verdad social, por o tanto el Legislador no debe ser omiso en cuanto a efectuar un análisis sociológico del funcionamiento de las instituciones a las que da origen una nueva legislación.

Aunado a lo anterior, resulta muy importante que se constituya una doctrina nacional más basta, dado que no solo se trata de crear un nuevo ordenamiento, sino también de dar origen a nuevos modelos de interpretación que permitan aplicar los nuevos principios de la Ley a las necesidades vigentes. Y la misma importancia tiene el hecho de actualizar, sobre la nueva legislación, a los órganos encargados de la impartición de justicia.

V.5. CONCLUSIONES

De conformidad con el contenido de mi exposición hasta este punto, se podría concluir que la misma se enfocó en la búsqueda de aspectos negativos de la Ley de Concursos Mercantiles, sin embargo, mi objetivo no es tal.

Lo cierto es que el Derecho se transforma de manera continua y no puede ni debe permanecer estático, para tal efecto resulta necesario que ubiquemos los límites, forma y los elementos de las nuevas legislaciones, por lo que nuestra tarea como practicantes y estudiantes del Derecho, es analizar y reflexionar como el marco legal se aplica en la realidad, sobre todo porque nuestras conductas están y estarán regidas por la norma jurídica.

Lo anterior, me llevó a intentar identificar el texto del Legislador con el ámbito común, su aplicación, desuso, utilidad o inutilidad social, transformaciones y la superación de su estructura por ordenamientos extranjeros o por aquellos que aún no han sido legislados, es decir intentamos, en nuestro afán de aportar algo a los interesados en el tema, criticar a la Ley de Concursos Mercantiles, intento que seguramente quedará sujeto a otra crítica

Bajo este orden de ideas y según el criterio que he seguido durante el desarrollo del presente trabajo, puedo concluir con los siguientes puntos:

I.- Concluyo, el Concurso Mercantil es una Institución de interés público, ya que es el Estado a quien corresponde la tutela de intereses colectivos regulados por la Ley de Concursos Mercantiles.

Que el interés público, se genera a partir de la importancia que tiene la empresa como base del desarrollo social, por lo tanto esa función social implica la protección estatal que necesariamente debe estar encaminada a la recuperación y salvación de la empresa.

Asimismo, la empresa en materia de desarrollo económico, como fuente generadora de empleo, exige que por parte del Estado se establezcan mecanismos eficaces para su salvación, y cuando ello no fuere posible la consagración de un trámite de liquidación ágil que garantice el pago de las acreencias.

II.- El Concurso Mercantil, se constriñe a una organización legal y procesal de defensa colectiva de los acreedores en contra de la insolvencia del comerciante. Donde según la Ley de Concursos Mercantiles se debe entender a la insolvencia como la falta de capacidad del comerciante para hacer frente a sus obligaciones financieras inmediatas.

Por lo anterior, concluyo que la Ley de Concursos Mercantiles conceptúa de manera anacrónica y no idónea a la insolvencia, toda vez que erróneamente la identifica con la falta de liquidez del comerciante para dar cumplimiento a sus pasivos circulantes, omitiendo considerar los motivos del incumplimiento, por lo que deja de lado la moderna concepción del estado de cesación de pagos como presupuesto procesal indispensable para la apertura del procedimiento Concursal.

III.- La Ley de Concursos Mercantiles, persigue una flexibilización y simplificación del procedimiento Concursal que regulaba la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, mediante la creación de un solo procedimiento dividido en dos etapas, Conciliación y Quiebra, fijado un término para la duración de la primera de hasta trescientos sesenta y cinco días naturales contados a partir de la fecha en que se hubiese realizado la última publicación de la sentencia de Concurso Mercantil en el Diario Oficial de la Federación, así como la creación de nuevos órganos tales como el visitador y el conciliador, reduciendo los requisitos formales que debe reunir la petición de Concurso, eliminando las juntas de acreedores, disminuyendo las mayorías exigidas para la aprobación del convenio preventivo y mediante el otorgamiento de facultades al conciliador para que en este se concentre prácticamente todo el proceso conciliatorio.

IV.- La Ley de Concursos Mercantiles, atendiendo la naturaleza mas económica que jurídica que conlleva el tratamiento de la crisis de un deudor, desprocesaliza el tratamiento y la participación de los acreedores y reglamenta un trámite al cual le suprime muchos aspectos de proceso, consecuentemente coloca al Juzgador Concursal en una situación pasiva, limitando su intervención y facultades, por lo que a diferencia del régimen Concursal anterior, el Juez deja de ser el eje central del proceso, consecuentemente el procedimiento toma tintes eminentemente administrativos.

V.- La Ley de Concursos Mercantiles, carece de propuestas alternativas, a las de convenio Concursal y/o la Quiebra, para solucionar el problema de la insolvencia, que omite considerar medidas preventivas que permitan la diversificación de medios para dar solución a la problemática económica del comerciante insolvente.

Paralelamente, puedo concluir que el Derecho Concursal si bien es cierto, debe contener normas sustanciales y procesales encaminadas al cumplimiento de las obligaciones del deudor, se debe contemplar como objetivo primordial el de salvar ante todo la empresa para que pueda cumplir con ellas. Obviamente se trata de salvar lo salvable y de liquidar lo que irremediamente no tiene salvación.

Por lo tanto, considero que en efecto, se requiere de un trámite único y ágil, desprovisto de algunas de las formalidades propias de los procesos Concursales, pero que permita al deudor que se encuentra en dificultades sacar adelante su empresa sin menoscabo de los derechos de los terceros, y garantizando además la protección al trabajo.

VI.- La Ley de Concursos Mercantiles debe contemplar una mayor participación de los acreedores en la solución de la problemática del insolvente, convirtiéndoles en parte de una solución integral de la problemática del deudor y no considerarlos solamente como el titular de un derecho de cobro que ejerce en contra del deudor, que está a esperas de la conclusión del procedimiento Concursal.

VII.- Existe la necesidad de que en la Ley de Concursos Mercantiles, se incluyan mayores elementos que permitan la preservación de la empresa como ente de riqueza y producción, valorando la conveniencia de su continuidad y de las fuentes de empleo que ésta genera.

VIII.- En la Ley de Concursos Mercantiles existen deficiencias por carencia de técnica jurídica, así como preceptos que violentan las normas Constitucionales y que dejan de observar los principios fundamentales del Derecho Concursal.

IX.- La Ley de Concursos Mercantiles deberá ser adicionada con normas que contemplen aspectos que a su vez conduzcan a la protección del crédito, a la conservación de la empresa como actividad útil para la nación, que faciliten la recuperación patrimonial del comerciante de buena fe y sancione severamente a los que en el ejercicio de un derecho abusen fraudulentamente del crédito, permitiendo en todos estos casos a los órganos jurisdiccionales actuar de oficio.

X.- La moratoria legal a la luz de la Ley de Concursos Mercantiles, ha dejado de ser un beneficio para el comerciante con problemas de insolvencia, convirtiéndose en un procedimiento que favorece a los acreedores con la pronta recuperación de sus adeudos.

XI.- El problema de la insolvencia, no es exclusivo de países en vías de desarrollo, cuyas economías son precarias, que dicha problemática se da también en países desarrollados.

XII.- El tratamiento que se da al problema de la insolvencia en países desarrollados tiende mayormente a la salvación de la empresa como ente generador de riqueza, procurando su conservación a través de diversos medios, alternos a los ya tradicionales.

XIII.- A la luz del derecho Comparado, concluyo que el problema de la insolvencia no se debe limitar solamente a la liquidación del patrimonio del fallido, que se debe procurar la preservación de la empresa como fuente de riqueza y de empleo, sin que esto sea óbice para ignorar los principios que rigen al Derecho Concursal.

XIV.- Resulta nocivo transplantar a nuestra Legislación Concursal, normas extraídas de Legislaciones extranjeras, porque se suplanta la interpretación armónica de la Ley como elemento de integración de la sociedad, porque no constituyen necesariamente una solución acorde a nuestra problemática. Sin embargo considero necesario que nuestros legisladores busquen en el Derecho Comparado, institutos que previo su análisis y compulsas con la realidad social y nuestro marco jurídico, puedan aplicarse a casos concretos.

V.6. PROPUESTA

Entre los elementos que fueron considerados para dar origen a la Ley de Concursos Mercantiles, se encuentran aquellos destacados por la Doctrina y la Jurisprudencia, las cuales en notable cantidad de ocasiones, aportaron los indicios de la necesidad de una reforma al ordenamiento jurídico Concursal. Y en efecto, dicha reforma resultaba urgente.

No obstante el hecho de que reconozca que la promulgación de la ley de Concursos Mercantiles, es un loable esfuerzo para tratar de dar solución a una problemática que se agravaba cada vez más con el procedimiento anterior, dado que este se prestaba a ser manipulado por las partes e inclusive en algunos de los casos, por las propias autoridades encargadas de la impartición de justicia, también es cierto que existen puntos en la nueva legislación que resultan polémicos y que deberán irse analizando y por que no, mejorando, tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia, conforme a su aplicación en casos concretos.

Es por lo tanto, que en este apartado me permito enunciar una serie de aspectos los cuales, según mi opinión, merecen una mayor atención por parte de los Legisladores y estudiosos del Derecho Concursal.

Asimismo, me considero obligado a señalar que el pretender efectuar una enumeración concreta y particularizada que permitiese constituir el sustento necesario para llevar a cabo una reforma a nuestra actual legislación Concursal, representaría no solo una ardua labor, que me desviaría de mi principal objetivo, sino que también estaría incurriendo en una deplorable actitud de soberbia.

En virtud de lo anterior, con este capítulo no pretendo entrar en detalles exhaustivos ni mencionar como debería quedar, a mi juicio, cada uno de los artículos contenidos en la Ley de Concursos Mercantiles, sino solo establecer en base a los mismos y a sus principios, algunos aspectos que considero relevantes, sin que esto implique la pretensión de desconocer aquellos cuya importancia ha sido destacada por la Doctrina y la Jurisprudencia.

Bajo este orden de ideas, expondré mis propuestas y observaciones de conformidad con aquellos preceptos legales de la Ley de Concursos Mercantiles que, según mi óptica, infiero deben modificarse.

♦ LOS PEQUEÑOS COMERCIANTES.

En cuanto a la limitante contenida en el artículo quinto¹⁵¹ de nuestra Legislación Concursal, considero que se debe adicionar con otros supuestos y que también se debe establecer un procedimiento especial que sea sumario para el Concurso de los pequeños comerciantes.

¹⁵¹ Artículo 5.- Los pequeños comerciantes sólo podrán ser declarados en Concurso Mercantil, cuando acepten someterse voluntariamente y por escrito a la aplicación de la presente Ley. Para efectos de esta Ley se entenderá como pequeño comerciante al Comerciante cuyas obligaciones vigentes y vencidas, en conjunto, no excedan el equivalente de 400 mil UDIs al momento de la solicitud o demanda.

Las empresas de participación estatal constituidas como sociedades mercantiles podrán ser declaradas en Concurso Mercantil.

La abrogada ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, no hacía referencia o distinción a los pequeños comerciantes, de manera tal que el beneficio resultaba común a cualquier comerciante, grande o pequeño. Esto traía como consecuencia que se pusiera en operación el complejo proceso Concursal.

Luego entonces debemos reconocer el acierto de los legisladores, hasta cierto punto, puesto que no obstante, se establece una limitante a los pequeños acreedores para ser sujetos de Concurso Mercantil, también es cierto que previa aceptación por escrito, el procedimiento Concursal se les aplicará en los mismos términos que cualquier comerciante mayor, poniéndose a funcionar todo el complejo aparato de administración de justicia y sus auxiliares, lo que obviamente redundara en mayores costos que beneficios.

Ahora bien, propongo que aunado al supuesto de la suma de las obligaciones vigentes y vencidas, se agreguen otros como el limitar el número de acreedores a por ejemplo diez, máximo, que se considere el número de trabajadores que dependen directamente del comerciante. Supuestos que deberán funcionar de manera alternativa en los primeros dos casos y acumulativa en el último de los casos, toda vez que puede prestarse a que el comerciante reduzca de manera injustificada su plantilla de trabajadores.

También considero necesario, declarar el Concurso Mercantil de los pequeños comerciantes, aún y cuando no hagan manifestación por escrito de someterse al procedimiento, ya que no puede la Ley hacer distinciones en el problema de la insolvencia y tampoco se puede permitir romper con el principio de igualdad en su aplicación, reservándose a la voluntad del gobernado, restando consecuentemente seguridad jurídica a todos aquellos que pretendan realizar operaciones con pequeños comerciantes.

Por último, la Ley de Concursos Mercantiles, debe establecer un procedimiento sumario para el caso de los pequeños comerciantes, donde el visitador pueda asumir al mismo tiempo las funciones del conciliador, que se brinde al Juzgador las atribuciones necesarias para declarar de oficio la apertura del proceso sumario, aún y cuando no se haya solicitado, que se elimine la necesidad de publicar la sentencia, obviamente si debiéndola inscribir en el Registro Público correspondiente, que elimine la figura de los interventores y que permita ya sea la obtención de un convenio sin restricción alguna, claro que se apegue al principio de igualdad y que no contravenga disposiciones legales, con sus acreedores dentro de una amigable composición o bien la liquidación judicial de sus activos.

◆ DE LA CESACIÓN DE PAGOS

Por lo que hace a uno de los presupuestos básicos y necesarios para la declaración en Concurso Mercantil de un comerciante, considero indispensable, modificar el concepto de insolvencia utilizado por nuestra legislación, sobre todo en los que se refiere a sus artículos noveno, décimo y undécimo¹⁵².

¹⁵² Artículo 9.- Será declarado en Concurso Mercantil, el Comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones.

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

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

En efecto, como he venido señalando en el presente trabajo, nuestra legislación pareciera que se sustenta en la antigua teoría amplia para comprender el concepto de insolvencia, misma que ha sido superada por la Doctrina contemporánea, donde considera como primordial el incumplimiento general en el pago de las obligaciones, presumiendo que se actualiza la hipótesis de la cesación de pagos, al momento en que hay incumplimiento generalizado del comerciante en el pago de sus obligaciones líquidas y vencidas.

En consecuencia, deja de considerar que el estado patrimonial de insolvencia, debe entenderse como un estado económico general y permanente caracterizado por un desequilibrio en el patrimonio del comerciante que le impide hacer frente a sus obligaciones líquidas y vencidas de manera regular.

La imposibilidad del comerciante para cumplir con sus obligaciones no debe ni puede ser confundida con la insolvencia, puesto que el incumplimiento en el pago puede darse por diversos factores ajenos a lo que sería dicho estado.

En tal virtud, nuestra legislación debe considerar como presupuesto indispensable para la declaración del Concurso Mercantil, a la incapacidad del comerciante para hacer frente a sus obligaciones líquidas y vencidas, lo cual se traduce en un estado de cesación de pagos.

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

Artículo 10.- Para los efectos de esta Ley, el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de un Comerciante a que se refiere el artículo anterior, consiste en el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y se presenten las siguientes condiciones:

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

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

Los activos que se deberán considerar para los efectos de lo establecido en la fracción II de este artículo serán:

a) El efectivo en caja y los depósitos a la vista;

b) Los depósitos e inversiones a plazo cuyo vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de admisión de la demanda;

c) Clientes y cuentas por cobrar cuyo plazo de vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de admisión de la demanda, y

d) Los títulos valores para los cuales se registren regularmente operaciones de compra y venta en los mercados relevantes, que pudieran ser vendidos en un plazo máximo de treinta días hábiles bancarios, cuya valuación a la fecha de la presentación de la demanda sea conocida.

El dictamen del visitador y las opiniones de expertos que en su caso ofrezcan las partes, deberán referirse expresamente a los supuestos establecidos en las fracciones anteriores.

Artículo 11.- Se presumirá que un Comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones, cuando se presente alguno de los siguientes casos:

I. Inexistencia o insuficiencia de bienes en qué trabar ejecución al practicarse un embargo por el incumplimiento de una obligación o al pretender ejecutar una sentencia en su contra con autoridad de cosa juzgada;

II. Incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores distintos;

III. Ocultación o ausencia, sin dejar al frente de la administración u operación de su empresa a alguien que pueda cumplir con sus obligaciones;

IV. En iguales circunstancias que en el caso anterior, el cierre de los locales de su empresa;

V. Acudir a prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias para atender o dejar de cumplir sus obligaciones;

VI. Incumplimiento de obligaciones pecuniarias contenidas en un convenio celebrado en términos del Título Quinto de esta Ley, y

VII. En cualesquiera otros casos de naturaleza análoga.

Por lo tanto, propongo que se adicione un artículo que haga referencia expresa a la cesación de pagos como presupuesto procesal indispensable para la declaración del Concurso Mercantil, así como que se reformen los artículos antes comentados, para quedar en los siguientes términos:

"...Artículo 2.- Será presupuesto necesario para la declaración del Concurso Mercantil, que el comerciante se encuentre o haya incurrido en cesación de pagos, sin que exista necesidad de considerar su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte.

"...Artículo 9.- Será declarado en Concurso Mercantil, el Comerciante que cese en el pago de sus obligaciones.

Se entenderá que un Comerciante cesó en el pago de sus obligaciones cuando:..."

"...Artículo 10.- Para los efectos de esta Ley, la cesación en el pago de las obligaciones de un Comerciante a que se refiere el artículo anterior, consiste en la imposibilidad del comerciante para hacer frente, con su patrimonio, a las obligaciones de pago, líquidas y vencidas, de dos o más acreedores distintos y se presenten las siguientes condiciones:..."

"...Los activos que se deberán considerar para los efectos de lo establecido en la fracción II de este artículo serán:

- a) El efectivo en caja y los depósitos a la vista;
- b) Los depósitos e inversiones a plazo cuyo vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de admisión de la demanda;
- c) Clientes y cuentas por cobrar cuyo plazo de vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de admisión de la demanda, y
- d) Los títulos valores para los cuales se registren regularmente operaciones de compra y venta en los mercados relevantes, que pudieran ser vendidos en un plazo máximo de treinta días hábiles bancarios, cuya valuación a la fecha de la presentación de la demanda sea conocida..."

Como podemos apreciar, la Ley solo se refiere a los activos circulantes del comerciante, todo lo que se pueda hacer efectivo a más tardar en un término no mayor de noventa días, es decir que confunde a la iliquidez con la insolvencia lo que resulta incongruente, si considero que el objetivo del Derecho Concursal es el de brindar una solución al problema de la insolvencia.

Por otra parte, es bien sabido que los mayores rendimientos se dan en las inversiones a largo plazo de por lo menos 365 días, o que el comerciante tiene la necesidad de reinvertir en sus stocks ó inventarios. Ahora bien, que sucede en el caso de que el comerciante tenga como actividad primordial la venta y renta de bienes inmuebles, es decir una inmobiliaria, los activos con los que sustenta su actividad no son considerados por la Ley, aún y cuando estos redunden en un patrimonio que permite al comerciante hacer frente a sus obligaciones, de manera tal que aún y cuando existan bienes con los que en un momento dado pudiese cumplir con sus obligaciones, el comerciante será sometido a Concurso Mercantil, por no tener liquidez.

Por lo anterior, considero que se adicione un inciso más al artículo en comento y que se modifique el último párrafo.

"...e) Los Bienes muebles e inmuebles propiedad del comerciante, así como cualquier otro bien susceptible de comercio, siempre y cuando, a la fecha de la demanda no estén expuestos a una grave disminución en su precio o se encuentren bajo los siguientes supuestos: que sean de difícil realización, que sean perecederos, que su conservación sea demasiado onerosa, que se encuentren gravados o estén afectos a procedimiento de ejecución.

El dictamen del visitador y las opiniones de expertos que en su caso ofrezcan las partes, deberán referirse expresamente a los supuestos establecidos en las fracciones anteriores. Asimismo, será obligación del visitador, considerar en su dictamen, con base a peritajes, avalúos y demás estudios que considere necesarios, las expectativas de viabilidad financiera de la empresa o factoría del comerciante, así como aquellas relativas a la venta de los activos que la integran..."

"...Artículo 11.- Se presumirá que un Comerciante ha cesado en el pago de sus obligaciones vencidas, cuando se presente alguno de los siguientes casos:..."

◆ DE LA COMPETENCIA

La competencia para conocer del procedimiento Concursal establecida en el artículo 17 de la Ley de Concursos Mercantiles, ha sido objeto de crítica en el presente trabajo, calificándolo de inconstitucional, toda vez que considero que el precepto legal en cita, rompe con el principio de concurrencia consagrado en el artículo 104 de la Constitución Federal.

Si bien es cierto que el precepto legal en cuestión es tildado de inconstitucional por este trabajo, también es cierto que debemos reconocer la intención del Legislador al pretender limitar a un Juez Federal el conocimiento del proceso Concursal, puesto que al amparo de la abrogada legislación de Quiebras y Suspensión de Pagos, los deudores cambiaban su domicilio a lugares donde los jueces resultaban amigos de sus patronos o del mismo comerciante, o en el peor de los casos a poblados donde no había siquiera jueces de primera instancia, de tal manera que algunos de los procesos Concursales más complejos, tuvieron que ventilarse ante jueces de cuantía menor, que en la mayoría de los casos no solo desconocían el trámite del procedimiento, además no contaban con la infraestructura suficiente para poder llevarlo en buenos términos, eternizándose el procedimiento, inclusive podemos mencionar que hoy día existen procedimientos de Suspensión de Pagos iniciados en 1995, ante Jueces de cuantía menor de pequeñas poblaciones, donde toda vía no se concluye con la junta de acreedores para el debate de créditos.

Sin embargo, lo anterior no constituye motivo suficiente para que la Ley de Concursos Mercantiles violente la norma máxima que consagra al principio de concurrencia y que tutela la libre elección del demandante para iniciar un procedimiento judicial ante la autoridad éste elija, siempre y cuando se trate de un conflicto entre particulares.

Sabemos que el legislador tiene la obligación de plantear soluciones a la problemática que presenta el hecho que el deudor pueda manipular a su conveniencia la competencia del Juzgador, pero dichas soluciones no deben incurrir en actos de ilegalidad, ya de lo contrario estaría actuando posiblemente de manera más grave que aquel que abusa del ejercicio de un derecho.

Creo que se deben establecer candados en base al domicilio del comerciante y permitir que exista la libre voluntad de acudir ya sea a un Juez de competencia Federal o Local, a elección del demandante, sin que puedan conocer del Concurso Mercantil los Jueces de cuantía menor.

Por lo tanto, propongo que el artículo 17 de la Ley de Concursos Mercantiles se reforme para quedar de la siguiente manera:

"...Artículo 17.- Son competentes para conocer del Concurso Mercantil de un Comerciante, a elección del demandante, el Juez de Distrito ó el de Primera Instancia, con jurisdicción en el lugar en donde el Comerciante tenga su Domicilio. El Concurso Mercantil se considerará sin excepción alguna como de cuantía mayor.

Para los efectos del presente artículo, se considerará lo establecido en la fracción III del artículo 4° de esta Ley, salvo en los casos en que se acredite que el comerciante cambió su domicilio sin causa justificada y/o con noventa días de antelación a la presentación de la demanda, que el domicilio sea ficto o que el mismo se haya constituido para el efecto de dificultar la acción de los acreedores y/o eludir la competencia de un determinado tribunal.

En caso de que mediante sentencia ejecutoriada se declare la existencia de alguno de los supuestos mencionados en el párrafo anterior, el Juez que se declare competente deberá, dentro de un término no mayor de 15 días, a partir de que prevenga en su favor del procedimiento, decretar de plano la remoción del comerciante de la administración de su empresa, asumiendo la misma el visitador, el conciliador o el síndico si lo hubiere, así como dar vista sobre el particular a la representación social adscrita.

◆ DOCUMENTOS ANEXOS A LA DEMANDA.

Los anexos que se deben acompañar a la solicitud que hace el comerciante para que se le declare en Concurso Mercantil, constituyen elementos indispensables para que el Juzgador determine la existencia del estado de cesación de pagos, así como que el solicitante tenga la legitimación procesal que exige la Ley de Concursos Mercantiles, de tal manera que en el caso del artículo 20 de la nuestra legislación Concursal, estimo se deben hacer algunas precisiones y modificaciones como las siguientes:

Modificar la fracción primera que requiere al comerciante la exhibición de sus estados financieros que deberán estar auditados cuando así lo exija la Ley, bajo estos términos, el comerciante solo está obligado a exhibir sus estados financieros y acreditar que los mismos ha sido auditados, lo cual puede hacer mediante el acta de auditoría, una carta o manifestación expresa de sus auditores, sin que en términos del artículo en comento o de cualquier otro contenido en la Ley de Concursos Mercantiles, se encuentre obligado a exhibir el dictamen que arroja los resultados de la auditoría, de donde se pueda apreciar mejor la situación financiera del comerciante, de tal manera que propongo la modificación de la citada fracción primera, para quedar como sigue:

"... Los estados financieros del Comerciante, de los últimos tres años, los cuales deberán estar auditados cuando exista esta obligación en términos de ley, existiendo en consecuencia, la obligación de exhibir adjunto el dictamen que corresponda..."

Por otra parte, me parece importante señalar el hecho de poner mayor énfasis en los requisitos que se soliciten en el caso de una persona moral, tales como el de exhibir su acta constitutiva, una compulsión de sus asambleas, que acrediten la aprobación de los socios para solicitar la declaración en Concurso Mercantil, así como exigir que la solicitud sea signada por representante con facultades expresas. Lo anterior, a efecto de dar mayor certidumbre jurídica al proceso y a las partes.

De igual manera, considero que la Ley debe establecer la obligación del acreedor de señalar aquella documentación que no tenga en su poder y acreditar el haberla solicitado con antelación a la fecha en que presente la demanda de Concurso Mercantil del comerciante.

♦ LA OPINIÓN DE EXPERTOS Y LAS PRUEBAS.

En lo que refiere el artículo vigésimo séptimo de la Ley de Concursos Mercantiles, sobre la opinión de los expertos, considero que se debería permitir a las partes cuestionar a los expertos que presentan su opinión durante el procedimiento en vía de prueba, dado que finalmente ésta será uno de los elementos que el Juzgador deberá considerar y razonar para emitir la sentencia que ordene o niegue la declaración del Concurso.

Además, resulta necesario que la Ley determine que valor probatorio podrá dar el Juzgador a dichas opiniones, sobre todo cuando estas sean contrarias entre sí, probablemente una solución práctica sería que el visitador actúe como un tercero en discordia, tal vez, aunque si el visitador no fuera especialista en la misma rama, por otra parte, en su dictamen no podrá decidir la validez de opinión alguna, ya que este debe estar basado conforme a los hechos manifestados por las partes en sus escritos correspondientes, no a las pruebas que estos ofrecieron.

Luego entonces, el Juzgador se apoyará para emitir su resolución fundamentalmente en lo probado y alegado por las partes, además del dictamen del visitador, que como ya mencionamos se basa solo en los hechos alegados por los litigantes, aunado a lo anterior existe la obligación del Juez de razonar las pruebas aportadas por las partes.

En este orden de ideas, considero que la valoración de las opiniones vertidas en juicio por los especialistas, deberán ser valoradas por el Juez, al tenor de los principios que rigen la prueba pericial, es decir que la misma deberá ser colegiada para que tenga valor probatorio pleno y que para efecto de no dejar en estado de indefensión a las partes, se les permita interrogar a los especialistas y de esta manera puedan preparar una mejor defensa en contra de los argumentos que estos viertan, independientemente de que la Ley de Concursos Mercantiles los denomine como especialistas, no son otra cosa que peritos, independientemente de que sean sinónimos, puesto que claramente se determina que su función no será otra que la de auxiliares en la impartición de justicia, ya que el Juez deberá tomar en consideración su opinión o dictamen para sentenciar.

Por estos motivos, considero pertinente que se permita a las partes cuestionar a los especialistas emitan su opinión en vía de documental dentro del proceso Concursal, en respeto de su garantía de audiencia y para efectos de no dejarles en estado de indefensión. No obstante, la Ley también debe regular dicho interrogatorio, para evitar dilaciones innecesarias en el procedimiento, como por ejemplo citar por una sola vez a los

especialistas sin que su interrogatorio sea susceptible de postergarse y con la obligación de las partes para presentarlo en el día y hora que requiera la autoridad sin necesidad de notificación personal.

Por otra parte, pugno por la inclusión de un precepto que obligue al Juzgador celebrar audiencia pública para el desahogo de las pruebas ofertadas y debidamente admitidas a las partes, la cual deberá llevarse a cabo dentro de los cinco días posteriores a que sean admitidas y que no podrá exceder el término de treinta días que establece el artículo vigésimo séptimo de la Ley de Concursos Mercantiles, salvo por causas no imputables al oferente y para tal caso el término se podrá ampliar por diez días más, previa consignación de la garantía que al efecto fije el Juez al interesado.

◆ LA ACTUACIÓN DEL VISITADOR

Considero que en algunos casos, ya sea debido a la falta de técnica jurídica o al afán de crear un instrumento de celeridad procesal, las facultades otorgadas al visitador le permiten el ejercicio de acciones que violentan algunos de los principios que rigen al procedimiento Concursal.

De esta manera, podemos observar que la Ley le otorga al visitador la facultad de recomendar y solicitar al Juez Concursal, la aplicación de medidas precautorias que estime convenientes para la protección de la masa.

Mi pregunta es, ¿cuál masa?, si de conformidad con los principios universales que rigen al procedimiento concursal esta resulta inexistente, puesto que aún no se ha declarado, mediante la sentencia respectiva, en Concurso Mercantil al comerciante. En efecto, recordemos que la masa se constituye a partir de que comienza el proceso Concursal y esté a su vez inicia con la sentencia declarativa.

Incluso así lo reconoce la propia Ley de Concursos Mercantiles que en la fracción quinta de su artículo cuarto, la define como:

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

Luego entonces, que es lo que protegerán las medidas precautorias y por que la Ley otorga al visitador la posibilidad de efectuar actos carentes de la debida fundamentación y motivación que exige nuestro ordenamiento supremo.

Por las razones antes expuestas, considero que se debe modificar la redacción contenida en la fracción II del artículo 30 y el primer párrafo del artículo 37, ambos de la Ley de Concursos Mercantiles, omitiendo señalar que el objetivo de la imposición de las providencias precautorias, es la protección de la masa y en su lugar señalar que las mismas se impondrán a efecto de evitar actos u omisiones que tiendan a poner en riesgo los activos del comerciante y/o la viabilidad de la empresa.

Asimismo, creo conveniente que se adicione al artículo 34 de la Ley Concursal, la especificación de que el visitador tendrá acceso únicamente a los documentos que previamente hubiese especificado el Juez en el auto que ordena la visita y que en caso de que, a juicio del visitador, se requiera mayor información para la elaboración de su dictamen, se establezca la obligación para que el visitador lo solicite al Juez por escrito, señalando detalladamente la documentación y/o bienes objeto de nueva inspección, mismos que deberán ser relacionados en el auto que apruebe la petición.

Por otra parte y con relación a la legitimación que la Ley Concursal otorga al visitador para hacer valer el recurso de apelación en contra de la sentencia que niegue o declare el Concurso Mercantil, considero que dicha legitimación resulta improcedente, toda vez que si considero cuales son las funciones del visitador dentro del proceso Concursal observaremos que actúa como un mero auxiliar en la importación de justicia.

En efecto, el papel del visitador se limita a efectuar un análisis de la situación financiera del comerciante, en base a sus activos y pasivos, y de conformidad con lo alegado por las partes en sus escritos correspondientes, para finalmente rendir un dictamen al Juzgador.

Luego entonces, de donde surge la legitimación para que el visitador pueda apelar la resolución que niega o declara el Concurso Mercantil, debemos suponer que su actuación es imparcial, por lo tanto es claro que no es parte dentro del procedimiento, de tal manera que la resolución que se dicte no le puede ocasionar perjuicio alguno y por ende cualquier agravio que este haga valer resultará inoperante y por consecuencia deberá ser declarado improcedente, toda vez que no existe un perjuicio en su contra, generado a partir de la resolución que pretenda impugnar.

Resulta de explorado derecho que el perjuicio es el elemento esencial de cualquier agravio dentro de un recurso de impugnación, por lo tanto es imprescindible que se precise en que consiste el perjuicio, por lo que al no existir tal, el agravio deviene en inoperante. Probablemente el único perjuicio que dicha resolución le ocasione será el dejarlo sin trabajo cuando se niegue el Concurso Mercantil.

Asimismo, surge el inevitable cuestionamiento acerca del interés jurídico del visitador para hacer valer el recurso de apelación en contra de la resolución que niegue el Concurso Mercantil, toda vez que como anteriormente mencionamos, su actuación deberá ser totalmente imparcial, limitándose al auxilio del Juzgador mediante el dictamen que le rinda, ya que de lo contrario se vería desvirtuada su parcialidad, convirtiéndose en un representante, de los acreedores o del deudor común.

En virtud de lo anterior, propongo se modifique el artículo 49 de la Ley de Concursos Mercantiles y se omita al visitador de aquellos que pueden apelar la resolución que niegue o declare el Concurso Mercantil, pues son únicamente las partes las que se encuentran legitimadas en virtud del interés jurídico que les otorga el derecho en pugna, y son en quienes reside directamente el perjuicio de la resolución, por lo tanto serán estas quienes acusen las violaciones al procedimiento.

◆ ACTUACIÓN DEL CONCILIADOR

Con relación a la actuación del conciliador, debemos entender que la misma va encaminada sobre las funciones de un vigilante de los actos que efectúe el comerciante en la administración de la empresa, siempre y cuando este la conserve.

No obstante lo anterior, el artículo 75 de la Ley de Concursos Mercantiles¹⁵³ le otorga facultades, que considero van más allá de las que tiene un mero vigilante.

En efecto, mientras que por una parte el precepto en comento señala que cuando el comerciante conserve la administración de la empresa, el conciliador vigilará las operaciones que realice el comerciante así como su contabilidad, por otra parte, el citado artículo establece que el conciliador decidirá sobre la resolución de contratos pendientes y aprobará, previa opinión de los interventores, en caso de que existan, la contratación de nuevos créditos, la constitución de garantías y la enajenación de activos.

Lo anterior, resulta incongruente con la naturaleza del papel que debe jugar una figura como la del conciliador dentro del procedimiento Concursal, misa que debe limitarse a ser un mero vigilante de los actos de administración que realice el comerciante y no administrar como en el caso que nos ocupa.

El hecho de que sea el conciliador quien determine sobre la resolución de los contratos pendientes, de la constitución de garantías y demás actividades que pese a no ser consideradas como actividades vinculadas a la administración ordinaria de la empresa, rebasa con mucho las funciones de un observador o vigilante, puesto que bajo el esquema que señala la Ley, es obvio que el conciliador estará administrando, aún y cuando el comerciante conserve la facultades de administración de la empresa.

No obstante que la Ley señale que el conciliador podrá decidir sobre actos que no estén vinculados a la operación ordinaria de la empresa, resulta como consecuencia que el conciliador pueda entonces llevar a cabo actos de administración extraordinaria, lo que necesariamente implica que rebase las facultades que naturalmente debe tener una figura como la del conciliador, acorde a los principios que rigen al proceso Concursal.

Por otra parte, la actuación del conciliador en cuanto a los aspectos antes mencionados, no está sujeta a la previa autorización del Juzgador, quedando obligado solo a dar cuenta al mismo de los actos realizados. Asimismo, para el caso de la sustitución de garantías, el consentimiento lo deberá otorgar previamente el acreedor del que se trate.

Además, el artículo 77 de la Ley de Concursos Mercantiles, también faculta al conciliador para abstenerse de solicitar la opinión de los interventores para la enajenación de bienes perecederos, de aquellos cuyo mantenimiento sea demasiado oneroso o que

¹⁵³ Artículo 75.- Cuando el Comerciante continúe con la administración de su empresa, el conciliador vigilará la contabilidad y todas las operaciones que realice el Comerciante.

El conciliador decidirá sobre la resolución de contratos pendientes y aprobará, previa opinión de los interventores, en caso de que existan, la contratación de nuevos créditos, la constitución o sustitución de garantías y la enajenación de activos cuando no estén vinculadas con la operación ordinaria de la empresa del Comerciante. El conciliador deberá dar cuenta de ello al juez. Cualquier objeción se substanciará incidentalmente.

En caso de sustitución de garantías, el conciliador deberá contar con el consentimiento previo y por escrito del acreedor de que se trate.

estén expuestos a una disminución severa en su precio, debiendo informar al Juez dentro de los tres días siguientes a la operación, por lo que insistimos, el conciliador se convierte en un administrador que puede actuar libremente en estos casos.

No obstante que pareciera que la enajenación se encuentra justificada, considero que, el conciliador debiera solicitar previamente autorización al Juzgador, a excepción de casos de emergencia justificada, haciéndolo del conocimiento de las partes y que en caso de objeción, quede al arbitrio del juzgador el suspender o no la enajenación.

Con independencia de lo anterior, también queda en bajo la consideración del conciliador, junto con el comerciante, la conveniencia de mantener la empresa en operación, algo que resulta muy serio, por lo que considero que cualquier interesado debería estar facultado para presentara peritos que efectúen un análisis de viabilidad de la empresa, así como los que lleven a cabo los especialistas que designe el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.

Por lo antes señalado, considero que resulta beneficioso no solo para el deudor o los trabajadores, sino también para los mismos acreedores, ya que en la practica sucede que muchos comerciantes buscan de manera intencional el cierre de sus empresas, una vez se han desecho de los activos que mayor valor tienen, no económico, sino para la propia explotación de la empresa o una vez que han logrado abrir un negocio similar que se encarga de obtener las ganancias que la empresa Concursada ha dejado de percibir, todo esto acontece en la mayor de las veces en contubernio con el vigilante de los actos de administración del comerciante.

Bajo este orden de ideas y desde mi óptica, considero que se deben limitar las facultades otorgadas al conciliador, cuando el comerciante conserve la administración de la empresa, reduciendo su actuación a la de mero vigilante de los actos que realice el comerciante, que los actos que realice el conciliador sean previamente aprobados por el Juzgador ya que finalmente la Ley señala a este último como el rector del procedimiento Concursal.

Por lo tanto, propongo que se modifiquen los artículos 75, 77 y 79 de la Ley de Concursos Mercantiles para quedar en los siguientes términos:

"...Artículo 75.- Cuando el Comerciante continúe con la administración de su empresa, el conciliador vigilará la contabilidad y todas las operaciones que realice el Comerciante.

El conciliador decidirá de manera conjunta con el Comerciante, sobre la resolución de contratos pendientes y aprobarán, previa autorización del Juez y con la opinión de los interventores, en caso de que existan, la contratación de nuevos créditos, la constitución o sustitución de garantías y la enajenación de activos cuando no estén vinculadas con la operación ordinaria de la empresa del Comerciante. Una vez cumplimentada la autorización judicial, el conciliador deberá dar cuenta de ello al juez. Cualquier objeción se substanciará incidentalmente.

En caso de sustitución de garantías, el conciliador además deberá contar con el consentimiento previo y por escrito del acreedor de que se trate..."

"...Artículo 77.- El conciliador, podrá llevar a cabo la enajenación de un bien en aquellos casos en que éste sea perecedero o considere que pueda estar expuesto a una grave disminución de su precio, o su conservación sea costosa en comparación con la utilidad que pueda generar para la Masa, debiendo previamente contar con la opinión de los interventores y solicitar autorización al

juez, a excepción que de urgencia justificada, quedando bajo su más estricta responsabilidad la enajenación del bien.

En caso de actuar bajo el caso de urgencia justificada, el conciliador deberá informar al juzgador dentro de los tres días siguientes a la operación. Cualquier objeción se substanciará por la vía incidental y en todo caso será el juez quien decida de manera fundada la suspensión de la enajenación...

"...Artículo 79.- El conciliador y el Comerciante deberán considerar la conveniencia de conservar la empresa en operación. En todo caso, solicitarán al juez que requiera al Instituto para que designe especialista que lleve a cabo un análisis de viabilidad de la empresa, mismo que deberá ser considerado al momento de resolver sobre la conservación de la negociación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se desprenda del análisis de viabilidad y así convenga para evitar el crecimiento del pasivo o el deterioro de la Masa, el conciliador ó el comerciante, previa opinión de los interventores, en caso de que existan, podrá solicitar al juez que ordene el cierre de la empresa, que podrá ser total o parcial, temporal o definitivo. Lo anterior se substanciará por la vía incidental..."

♦ LA SENTENCIA DE CONCURSO Y EL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

Sobre este punto, me llama la atención el hecho de que en la sentencia que declara el Concurso Mercantil, incluya un listado de los acreedores que el visitador hubiese identificado en la contabilidad del comerciante, donde se deberán especificar los montos de los adeudos.

No obstante, la actual Ley señala que el listado antes mencionado no agotará el procedimiento de reconocimiento de créditos, también es cierto que la inclusión del multicitado listado en la sentencia que declara el Concurso Mercantil carece de motivo alguno y podría dar pie a múltiples interpretaciones sobre la calidad de los acreedores cuyos créditos sean referenciados en la resolución declarativa.

En efecto, considero que la sentencia que declara el Concurso Mercantil, por principio de Ley, debe remitirse a resolver sobre la situación patrimonial del comerciante y no hacer alusión expresa de los acreedores y sus créditos, sobre todo cuando no media petición alguna sobre el reconocimiento de los mismos, sabemos que el pasivo del comerciante es un elemento esencial que el Juzgador deberá tomar en cuenta al momento en que emita su resolución, más esto no obsta para que en la sentencia se incluya un listado de los mismos.

Creo que el Juzgador solo se debe limitar a razonar los motivos que establezcan la existencia del estado de cesación de pagos del comerciante, dentro de los cuales obviamente se debe incluir el análisis del monto del pasivo en contra del activo del comerciante y no hacer publicas, mediante sentencia, cuestiones que resultan ajenas a lo que resulta la litis planteada, ya que, a nuestro juicio, el Juzgador está reconociendo de manera anacrónica, incongruente, expresa y oficiosa, la existencia de los adeudos y la calidad de los acreedores que se relacionen en el listado.

Asimismo, se desvirtúa la naturaleza de la sentencia Concursal, puesto que como lo he venido analizando, esta tiene la función de constituir al comerciante en estado de Concurso y a su vez ser el detonador que da inicio el procedimiento Concursal, por lo que cualquier otro evento reconocido en la misma carece de la debida motivación y fundamentación legal.

Bajo esta tesis, considero que se debe eliminar como requisito de la sentencia que declara el Concurso Mercantil, la inclusión del listado que detalla a los acreedores y el monto de sus adeudos, no obstante, la obligación del Juzgador de citar y razonar, con la debida fundamentación y motivación, los elementos que le llevan a determinar la procedencia o improcedencia de la declaración del Concurso Mercantil, debe quedar intacta.

Por otra parte, también estimo pertinente que se incluya como uno de los requisitos que debe contener la sentencia de declara el Concurso Mercantil del comerciante, un término común para que los acreedores se presenten al procedimiento Concursal a solicitar el reconocimiento de sus créditos.

Me manifestó contrarios a que la Ley de Concursos Mercantiles establezca diversos momentos para que el acreedor solicite el reconocimiento de su crédito, sobre todo el que establece la fracción III del artículo 122 del ordenamiento legal en cita, donde permite al acreedor presentar su solicitud de reconocimiento de crédito, dentro del plazo para la interposición del recurso de apelación a la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

Lo anterior, según mi óptica, resulta incongruente e irregular, dado que la ley no prevé el procedimiento para que sean reconocidos aquellos créditos que se presenten una vez dictada la sentencia de reconocimiento respectiva.

De tal manera que se deja en estado de indefensión a los acreedores del Concursado que se presentasen con posterioridad a que se dicte la sentencia de reconocimiento de crédito o bien cuyo crédito se constituya a partir de ese momento, como lo es el caso de los créditos contingentes, que sucede si el Concursado fungió como aval o fiador de diversa persona de quien su acreedor no puede, por alguna circunstancia, obtener el cumplimiento de la obligación por parte del deudor principal, viéndose obligado a efectuar el cobro al garante, haciéndose presente la contingencia en el patrimonio del Concursado.

Cabe hacerse notar que los pasivos contingentes no son considerados para efectos del balance, es decir no se refleja su existencia en los elementos que determinan el capital del comerciante, los mismos se consideran para efectos contables en las cuentas de orden.

En virtud de lo anterior, se viola el principio de seguridad jurídica, por lo que considero que la Ley de Concursos Mercantiles deberá establecer un plazo único para que concurran los acreedores al procedimiento Concursal, así como contemplar la posibilidad de reclamar el reconocimiento de créditos en la vía incidental y en cualquier momento hasta antes de iniciar la enajenación del activo en caso de quiebra o aprobar en definitiva el convenio para el caso de la etapa de conciliación.

El acreedor que pretenda presentar a reconocimiento su crédito en la vía incidental, deberá justificar la situación que le impidió presentarla dentro del término de Ley, en caso de no hacerlo, se deberá desechar su petición y declarar perdido su derecho a cobro.

Con independencia de lo anterior, la Ley de Concursos Mercantiles deberá contemplar sanciones para aquellos acreedores morosos que no comparezcan dentro del término que esta señala al efecto.

Basado en el principio de igualdad de las partes y el de economía procesal, considero que, si la Ley de Concursos Mercantiles establece sanciones para los deudores que incurren en mora, porque no debería hacerlo para los acreedores morosos, aunado a que esto también redundaría en beneficio de la celeridad del procedimiento Concursal, ya que se evitaría la presentación de solicitudes de reconocimiento de créditos una vez que inclusive ya se ha dictado la sentencia correspondiente.

Entiendo que las sanciones que establecía la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, tal como la pérdida de beneficios, resultaban excesivas, pero esto no obsta para que la Ley de Concursos Mercantiles deje de sancionar la falta de interés del acreedor, la cual, porque no, también influye en la mora del acreedor.

Resulta necesario que la Ley De Concursos Mercantiles contemple la posibilidad de ejercer coerción sobre los acreedores, a efecto de que los mismos comparezcan al procedimiento Concursal dentro del término que la misma Ley señale, de tal manera que aquellos acreedores morosos en cuanto a la presentación de su solicitud de reconocimiento de créditos sean sancionados con la pérdida de ciertos privilegios que pudiesen haber tenido, sin llegar a los extremos que contemplaba la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, aunado a que su crédito sería tramitado por cuerda separada en la vía incidental y sin ser considerado en la sentencia definitiva de reconocimiento de créditos que emita el Juez Concursal.

Lo anterior, a efecto de que los acreedores eviten hacer caso omiso de la existencia del procedimiento Concursal, al respecto, el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez señala en sus comentarios a la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos lo siguiente:

"...La primera sanción que afecta a los acreedores morosos es la pérdida de su condición de acreedores privilegiados, si esta les hubiese correspondido normalmente. De este modo, cualquiera que sea la calidad jurídica del acreedor moroso, aunque tenga a su favor hipoteca o prenda, o pueda invocar un derecho de retención o cualquier otro, por el hecho de su mora queda reducido a la simple categoría de acreedor común..."¹⁵⁴

Por otra parte, el tratadista Antonio Brunetti afirma: *"...Los acreedores, morosos en su presentación, no pueden alegar derecho alguno sobre los repartos ya efectuados, ni oponerse a los ordenados por el Juez, pero concurrirán a los posteriores en proporción a su crédito y, si son admitidos provisionalmente, en porción a la suma establecida por el tribunal. Esta pérdida del derecho sobre los dividendos distribuidos es una sanción adecuada a su negligencia..."¹⁵⁵*

¹⁵⁴ RODRIGUEZ, Rodríguez Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 256

¹⁵⁵ BRUNETTI, Antonio, *Op. Cit.* Pág. 174

La obligación del acreedor de comparecer al Concurso Mercantil, debe emanar de la misma Ley, y en caso de que el acreedor ignore u omite acatar las disposiciones relativas a dicha obligación, se deberá hacer acreedor a sanciones previamente establecidas.

En virtud de lo expuesto, de las propuestas contenidas en este trabajo la presente se encamina a que se le sancione al acreedor moroso con la pérdida de ciertos privilegios que no resulten tan gravosos como los que establecía la abrogada legislación Concursal, un ejemplo sería el hecho de que el monto de su adeudo se congele a la fecha en la que venza el término para presentar su solicitud, al tipo de cambio vigente para las Udis en esa fecha.

Que su petición se tramite a través de la vía incidental y que por supuesto no se incluya dentro de la sentencia de reconocimiento de créditos, quedando en suspenso algunos de sus derechos hasta en tanto se resuelva el incidente respectivo, como el no poder participar en la designación de interventor.

Que se les obligue a señalar y acreditar el motivo por el cual no concurrieron en tiempo al Concurso Mercantil, en caso de que no lo justifiquen que se deseche su reclamación y se les tenga por perdido su derecho de cobro.

Tratándose de acreedores con garantía real, que los intereses de su adeudo solo se reconozcan hasta el monto del valor de su garantía, sancionándole con la pérdida al cobro del remanente de su crédito, en el caso de que la garantía no lo cubriera en su totalidad.

En virtud de lo anterior, propongo la modificación de los artículos 43, fracción XIV y 122 de la Ley de Concursos Mercantiles, para quedar en los siguientes términos:

“...XIV. El aviso a los acreedores para que aquellos que así lo deseen, soliciten dentro del término señalado en el artículo 122 de la presente ley, el reconocimiento de sus créditos, y...”

“...Artículo 122.- Los acreedores podrán solicitar el reconocimiento de sus créditos:

I. Dentro de los veinte días naturales siguientes a la fecha de la última publicación de la sentencia de Concurso Mercantil;

II. Dentro del plazo para formular objeciones a la lista provisional a que se refiere el artículo 129 de esta Ley, y

Transcurrido el plazo de la fracción II, el reconocimiento de crédito se tramitará en la vía incidental y con las sanciones que ésta Ley establece para cada caso”

En el caso de que el reconocimiento de crédito se tramitará en la vía incidental, el acreedor deberá justificar las causas que le impidieron comparecer al procedimiento dentro de los términos señalados por ésta Ley, en caso de que no lo hiciera o que a criterio del juzgador no justificara su impedimento, se dictara sentencia que declare improcedente la acción...”

♦ LA NO ACUMULACIÓN DE OTROS JUICIOS

Uno de los principios que rigen al Derecho Concursal, es el denominado de universalidad mediante el cual se procura establecer la unidad del patrimonio del concursado, extendiendo sobre los efectos del Concurso sobre los bienes que los integran, con las excepciones que establece la Ley.

Desde las ordenanzas de Bilbao se establecía, que los acreedores no podían cobrar sus créditos fuera del procedimiento concursal, al efecto basta leer la Ley 51 del capítulo XVII de dichas ordenanzas, la cual establece:

"...Si sucediera que a bienes correspondientes a la quiebra y concursos se hiciere algún embargo en otro cualquier juzgado, dentro o fuera de estos reinos, pretendiendo alguno o algunos acreedores cobrar en ellos, apartándose del juicio universal y devenir a la masa común con los demás de su calidad; se ordena, que en conformidad de lo dispuesto por derechos se acuda luego al remedio, despachando carta de exhorto y inhibición para que se remita todo al juicio universal..."¹⁵⁶

El objetivo del principio en cita es evitar que el procedimiento Concursal, pueda atomizarse, ya que es uno solo conformado en base al principio Concursalidad que establece la concurrencia forzosa de los acreedores al Concurso, debiendo sujetarse a las normas que lo rigen, para los efectos de obtener el pago de sus créditos.

El artículo 84 de la Ley de Concursos Mercantiles, desde mi perspectiva, va en contra del principio antes mencionado¹⁵⁷, ya que contempla la continuación de los juicios seguidos por y en contra del comerciante, que tengan un contenido patrimonial, no permitiendo su acumulación al proceso Concursal.

La no acumulación de juicios que contempla el artículo en comento, desvirtúa el principio de universalidad y su derivación lógica que es el de Concursalidad, donde todos los acreedores con título o crédito anterior a la fecha de presentación del Concurso o declaración de Quiebra, quedan sometidos al régimen Concursal.

Asimismo, se omite considerar que el procedimiento Concursal es un juicio universal que tiene como característica principal la de atracción, por lo que resulta ocioso el trámite por parte de los acreedores, de otros procedimientos ajenos al Concurso, para obtener el pago de sus adeudos, ya que no obstante obtengan sentencia firme en su favor, estarán impedidos para ejecutarla.

Lo anterior, tiene lugar en virtud de que el procedimiento Concursal produce el efecto de que ningún crédito constituido con anterioridad a la sentencia constitutiva, puede ser exigido o pagado, con excepción de los laborales, por lo tanto, si la Ley de la materia dispone la cesación temporal del pago de las deudas principales a cargo del

¹⁵⁶ Droit et nature des lettres de répit, Trabajos del Coloquio celebrado en Tolsa (Francia) del 16 al 21 de septiembre de 1964. Dalloz, Paris, 1965, pág. 45

¹⁵⁷ Artículo 84.- Las acciones promovidas y los juicios seguidos por el Comerciante, y las promovidas y los seguidos contra él, que se encuentren en trámite al dictarse la sentencia de Concurso Mercantil, que tengan un contenido patrimonial, no se acumularán al Concurso Mercantil, sino que se seguirán por el Comerciante bajo la vigilancia del conciliador, para lo cual, el Comerciante debe informar al conciliador de la existencia del procedimiento, al día siguiente de que sea de su conocimiento la designación de éste.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, el conciliador podrá sustituir al Comerciante en el caso previsto en el artículo 81 de esta Ley.

Concurtido, resulta lógico el que se suspenda también la ejecución de sentencias y de cualquier otro mandamiento que afecte el patrimonio en Concurso.

En efecto, toda vez que al declararse el Concurso Mercantil, se prohíbe al comerciante hacer pago de sus adeudos, por lo que al existir una prohibición judicial para cumplir con los pagos, es obvio que no existe contumacia por parte del deudor, de tal modo que no puede ser forzado a cumplir con una obligación de pago a favor de acreedor alguno.

Luego entonces, la Ley de Concursos Mercantiles, debería ordenar la acumulación de todos aquellos juicios seguidos en contra del Concurtido que tuviesen un contenido patrimonial, con excepción de aquellos que tengan sentencia firme y lo que por su naturaleza puedan ser cobrados con preferencia y exclusión de cualquier otro acreedor, claro sin permitir su ejecución fuera del procedimiento Concursal.

El proceso Concursal solo debe contemplar la posibilidad para que el acreedor de continúe con su procedimiento hasta contar con sentencia definitiva firme, más esto no implica que la Ley deba permitir la ejecución de sentencias fuera del procedimiento Concursal, puesto que de lo contrario se estarían violando los principios de universalidad y concursabilidad, ya que el pago de los créditos a cargo del Concurtido se debe hacer siempre dentro del procedimiento Concursal y bajo las normas que éste señala.

No obstante lo anterior, el artículo 213 de la Ley de Concursos Mercantiles¹⁵⁸ de manera tácita establece la posibilidad de que cualquier acreedor con garantía real, lleve a cabo el procedimiento de ejecución en el juicio que haya iniciado o continuado, con la única obligación de hacer del conocimiento del síndico los datos que identifiquen al procedimiento ejecutorio.

Asimismo, el precepto legal en cita establece la posibilidad de que el síndico intervenga en el procedimiento de ejecución, en defensa de los intereses de la masa. Sobre este punto, me permito abrir un pequeño paréntesis, para hacer algunas observaciones que considero importante, para el desarrollo del presente análisis.

La facultad que la Ley de Concursos Mercantiles pretende otorgar al síndico, para que concurra a un diverso procedimiento a "defender los intereses de la masa", ya que según nuestro criterio la redacción del párrafo en análisis, faculta al síndico para actuar en calidad de un representante, lo cual resulta incongruente dada la naturaleza del proceso Concursal, y nos preguntamos si en estos casos el síndico se constituirá en defensa de los intereses de los acreedores, del deudor o en términos simples, de la masa, como llanamente dice la Ley, no demos olvidar que la masa Concursal no solo la conforman los bienes del deudor, sino también sus deudas.

Aunado a lo anterior, la función de la sindicatura en el procedimiento Concursal, no contempla de ninguna manera la representación de parte alguna en el procedimiento. Si bien es cierto, la Ley y la Doctrina permiten que el síndico intervenga en los juicios seguidos por y en contra del Concurtido y le faculta para administrar su bienes, también

¹⁵⁸ Artículo 213.- Los Acreedores Reconocidos con garantía real que inicien o continúen un procedimiento de ejecución conforme a lo establecido en las disposiciones que resulten aplicables, deberán notificarlo al síndico, haciéndole saber los datos que identifiquen el procedimiento de ejecución.

El síndico podrá participar en el procedimiento de ejecución en defensa de los intereses de la Masa.

es cierto que dichas facultades no implican que éste representando al acreedor, sino que lo está sustituyendo en sus funciones.

En efecto, toda vez que el síndico es un órgano del procedimiento, que actúa en nombre y derecho propio y que en virtud de un mandato judicial que le ordena tutelar intereses de particulares, está facultado para disponer de los bienes de un tercero, comerciante sujeto a Concurso, sustituyéndose en los derechos de goce y ejercicio que este tiene sobre sus bienes, esto en virtud del desapoderamiento que se da en la Quiebra. Por lo tanto no resulta legalmente factible que represente los intereses del deudor, mucho menos de los acreedores y por supuesto que no representa a la masa Concursal, por que la misma no es considerada una persona para efectos de la Ley.

Por lo tanto, si el remate de bienes se llevará, como debe de ser dentro del procedimiento Concursal, bajo las normas que lo rigen, tanto el comerciante, el síndico, los acreedores, interventores, el Ministerio Público, así como cualquier tercero con interés jurídico, podrían hacer valer algún lo que a sus intereses convenga ya sea en contra o a favor de la ejecución, sin necesidad de tener que estar ilegal y forzosamente representados por la sindicatura, quien a su vez no vería desnaturalizada su función.

Regresando al tema central, que data sobre la acumulación de juicios. Diremos que es principio general de derecho en materia Concursal, que los acreedores no pueden cobrar sino en el modo y forma que indica la Ley de la materia, aunado a que dicho ordenamiento debe obligar al acreedor a presentar su solicitud de reconocimiento de créditos dentro de un término establecido para tal efecto y de esta manera legitimar la procedencia en la forma del pago.

Al iniciarse un procedimiento judicial donde se embargan bienes propiedad del suspenso, se afecta en forma especial ese patrimonio, estableciéndose con el embargo, una limitación del derecho de propiedad, por lo tanto no puede ejecutarse el remate, ya que estos bienes siguen perteneciendo al patrimonio del deudor, por lo que aún con sentencia firme que condene al pago, esta se debe acumular al procedimiento Concursal y no podrá ser ejecutada, toda vez que existe una prohibición expresa sobre el comerciante de hacer pago alguno, lo que es motivo de excepción para llevara cabo el pago al que fue condenado, por lo tanto el deudor no ocurre en contumacia de manera premeditada, sino que se encuentra jurídicamente impedido en virtud de la sentencia que lo declara en Concurso Mercantil.

Luego entonces, no existe una justificante para que cualquier acreedor, sobre todo común continúe con un procedimiento que probablemente tarde más en resolverse, que el Concurso Mercantil y en el que no pueda ejecutar la sentencia que obtenga, debiendo acumularse al Concurso finalmente.

En virtud de lo anterior, el juicio de Concurso Mercantil debe tener como objetivo que los acreedores recuperen, en la parte proporcional que les corresponda y en el orden relativo, las prestaciones a cargo del deudor Concursado, por lo tanto la sentencia que se pronuncie en diverso procedimiento, no tiene más efectos jurídicos que los de depurar y hacer inobjetable el crédito reclamado, sin conceder a éste ningún otro privilegio, toda vez que debe ser obligación del acreedor concurrir al Concurso en tiempo y forma para que, dentro de él, cobre su crédito en el orden que le corresponda, con la única diferencia de que dicho crédito no será sometido a reconocimiento, puesto que existe una sentencia que lo ha declarado exigible, y con mayor razón, cuando la misma se encuentra firme,

porque entonces la existencia del crédito se constituye como una verdad legal, con la autoridad de cosa juzgada.

Así que durante la tramitación del procedimiento Concursal, no puede ser exigido ni pagado ningún crédito que se haya constituido con anterioridad a la sentencia de Concurso Mercantil, por lo tanto, se deberán acumular al Concurso todos aquellos juicios seguidos en contra del Concursado que tuviesen un contenido patrimonial, con excepción de aquellos que tengan sentencia firme y lo que por su naturaleza puedan ser cobrados con preferencia y exclusión de cualquier otro acreedor.

Al efecto el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez señala en sus comentarios a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos lo siguiente:

"...Ni los créditos definitivamente reconocidos por sentencia judicial, ni los créditos hipotecarios o prendarios pueden ser hechos efectivos sino sobre los bienes comprendidos en la quiebra o sobre aquellos específicamente afectados al cumplimiento de la obligación hipotecaria o prendaria por eso, aunque estos créditos no se acumulen al juicio de quiebra, ello solo es en cuanto a su reconocimiento, no en cuanto a efectos de graduación y pago, pues entonces deben cobrar en la quiebra según las normas dadas al efecto..."¹⁵⁹

En tal virtud, la acumulación es para el solo efecto de la graduación del crédito para su pago, es decir, para que el Juez del conocimiento señale el lugar y orden que debe ocupar para ser pagado con arreglo a los de su clase.

No obstante lo anterior, el titular del crédito ya juzgado debe tener la obligación de concurrir, en tiempo y forma, al juicio Concursal demandando su reconocimiento, graduación y prelación, es decir que su calidad en cuanto a grado y prelación le deberá ser reconocida siempre y cuando haya comparecido al procedimiento Concursal dentro del término que para tal efecto establezca la ley de la materia.

De lo contrario, no debe importar que el acreedor cuente con sentencia firme que le reconozca sin objeción alguna la existencia de un adeudo en su favor, ya que si bien es cierto, dentro del procedimiento Concursal será acreedor reconocido, también en cierto que se no se podrá considerar por parte del juez Concursal la existencia de determinados privilegios que tendría por concurrir en tiempo y forma al Concurso Mercantil, por la simple y sencilla razón de que el Juez Civil en su sentencia, no se ocupará de resolver sobre la calidad y naturaleza del crédito, sino únicamente sobre la procedencia de su cobro.

Considero que antes que cualquier otra cosa, se debe distinguir entre la legitimidad del crédito y el reconocimiento jurídico de los derechos que en materia Concursal se otorguen a su titular en virtud de su propia naturaleza.

Por todo lo anteriormente expuesto, propongo que se modifiquen los artículos 84 y 213 de la Ley de Concursos Mercantiles, para quedar en los siguientes términos:

"...Artículo 84.- Las acciones promovidas y los juicios seguidos por el Comerciante, y las promovidas y los seguidos contra él, que se encuentren en trámite al dictarse la sentencia de Concurso Mercantil, que tengan un contenido patrimonial, se seguirán por el Comerciante bajo la vigilancia del conciliador.

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ Rodríguez Joaquín, op. cit., pág. 111

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, el conciliador podrá sustituir al Comerciante en el caso previsto en el artículo 81 de esta Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, se deberán acumular al Concurso Mercantil, todos los juicios seguidos en contra del concursado con excepción de aquellos cuyo pago se encuentre garantizado con prenda o hipoteca, así como los que no afecten el patrimonio del concursado y los que por disposición legal no resulten acumulables.

La acumulación será procedente una vez que se dicte sentencia definitiva y la misma haya causado estado, será obligación del Comerciante informar, de la existencia del procedimiento, desde que sea declarado en Concurso Mercantil, al juez concursal, quien deberá dar vista al conciliador y notificar del Concurso Mercantil al juzgador que conozca del litigio, solicitándole remita los autos una vez que la sentencia definitiva sea ejecutable.

"...Artículo 213.- Los Acreedores Reconocidos con garantía real que cuenten con sentencia ejecutoriada y que pretendan iniciar o continuar procedimiento de ejecución, una vez acumulados los autos respectivos, en términos del artículo 84 de la presente ley, deberán solicitarlo al juez concursal, quien dará vista por el término de tres días a las partes y al síndico, para que se manifiesten al respecto.

Una vez oídas a las partes, el juez dictará resolución que, conforme a lo establecido en las disposiciones que resulten aplicables, determine sobre la procedencia de la ejecución solicitada..."

♦ LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA INTERPONER APELACIÓN.

Resulta de explorado derecho, que dentro de un procedimiento judicial que contemple la posibilidad de interponer recursos como el de apelación, quienes están legitimados para hacerlo valer, son las partes que han sometido a litigio sus pretensiones derivadas de un derecho y por lo tanto a quienes en un momento determinado causara perjuicio la resolución que decida sobre el litigio, dando lugar al nacimiento del interés jurídico que legitima al promovente del recurso de apelación, quien deberá señalar en sus agravios el perjuicio que le ocasiona la resolución combatida, así como los extremos a los que se hubiese llegado en caso de que no se hubiesen presentado las violaciones que constituyen el perjuicio.

También sabemos que el recurso de apelación se rige bajo determinados principios que el Tribunal de alzada deberá analizar de oficio al momento de entrar al estudio de los agravios respectivos, así pues resulta ocioso el estudio de agravios que nada tienen que ver con la litis, es decir no puede ser materia de apelación lo que no fue materia de la acción o de la excepción.

Asimismo, deberá existir un perjuicio en contra del recurrente, dado que el perjuicio es elemento esencial de todo agravio y sin el mismo es obvio que no se integra el mismo, de tal manera que la Alzada no tendrá materia sobre la cual determinar la procedencia del recurso de apelación.

No obstante lo anterior, la Ley de Concursos Mercantiles va más allá, y pretende legitimar a terceros carentes de interés jurídico, para hacer valer el recurso de apelación.

Los artículos 49 y 136 de la Ley de Concursos Mercantiles, otorgan legitimación para apelar la sentencia de que declare o niegue el Concurso Mercantil y la de reconocimiento de créditos, por sí o por conducto de sus representantes, no solo a los acreedores, interventores, Ministerio Público y al comerciante en Concurso, que en principio, son a los que para perjuicio dichas resoluciones generando con ello el interés jurídico necesario que los legitima para hacer valer el recurso de apelación, sino que también legitima a el visitador, el conciliador y en su caso al sindico.

Tanto el visitador como el conciliador y en su caso al sindico, carecen del interés jurídico necesario que los legitime para hacer valer el recurso de apelación, ya sea contra la sentencia que niegue o declare el Concurso Mercantil, en el caso del visitador, como la sentencia de reconocimiento de créditos, en el caso de los demás, toda vez que su actuación dentro del procedimiento no se equipara a la de parte con interés en el litigio, sino que son meros auxiliares de la impartición de justicia, que constituyen los órganos del Concurso y que por lo tanto deben actuar de manera imparcial, dado que no son representantes ni de los acreedores, ni del comerciante sujeto a Concurso.

No debemos olvidar que la teleología del Concurso Mercantil es la de liquidar el patrimonio del comerciante deudor, para llevar a cabo el cumplimiento de sus obligaciones vencidas y liquidas, por lo que se requiere de una administración que facilite dichos fines, de tal manera que surge la necesidad de que el Juzgador cuente con auxiliares que se constituyan en los órganos idóneos y capaces de llevara cabo dicha finalidad, entre los cuales se encuentran el visitador, el conciliador y en su caso al sindico

En efecto, el visitador, el conciliador y en su caso al sindico, son meros auxiliares en la impartición de justicia, y como lo analicé en el capítulo correspondiente, su intervención debe ser imparcial ya que dentro del procedimiento no representan interés particular alguno, actuando siempre en nombre y por Derecho propio, consecuentemente no pueden constituirse en representantes de alguna de las partes en el juicio.

La abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en su artículo 294¹⁶⁰ contemplaba que el recurso de apelación en contra de la sentencia de reconocimiento de créditos solo podía hacerse valer por la intervención, los acreedores y el quebrado, lógicamente por que los mismos cuentan con el interés jurídico suficiente para interponer dicho recurso.

Bajo este orden de ideas, si alguno de los órganos auxiliares en la administración de justicia hiciera valer el recurso de apelación, ya sea contra la interlocutoria que niega o declara el Concurso Mercantil, para el caso del visitador, o contra la de reconocimiento de créditos, dicho recurso sería estéril, dado lo siguiente:

Las resoluciones antes mencionadas, no generan un perjuicio directo a los pretendidos recurrentes, toda vez que no se afectan sus derechos dentro del procedimiento, por que teóricamente no existe una pretensión de su parte que se encuentre sustentada en un derecho cuyo cumplimiento busque satisfacer, por lo tanto, al no existir un perjuicio directo, no se integra un agravio deviniendo en inoperante cualquier intento de hacerlo valer.

¹⁶⁰ Artículo 249.- La intervención, los acreedores y el quebrado podrán apelar de la sentencia del juez.

Así pues, sin se niega o declara el Concurso Mercantil, que perjuicio puede pararle dicha resolución al visitador, considero que ninguna, por que su actuación se limita solo a señalar al Juzgador la probable existencia de elementos que determinen la procedencia del Concurso Mercantil, sin que dichos elementos constituyan una probanza o un alegato que le beneficie en lo personal, por que se supone que el visitador no tiene interés en que se declare o no el Concurso Mercantil a determinada persona y si así fuera, su actuación se vería desnaturalizada e incongruente, dado que si apelara la interlocutoria, en el sentido que ésta se dicte, solo se demostraría le existencia de un interés, ajeno a su función, no jurídico, por parte del visitador.

Lo mismo acontece para el caso de la sentencia de reconocimiento de créditos, en que le afecta al conciliador ó en su caso al sindico, que se reconozca en menor o mayor grado y cuantía el crédito de un acreedor, que perjuicio les genera, es obvio que no recibirán un porcentaje de la recuperación, apelar dicha resolución, solo demostraría lo contrario, igualmente, desnaturalizando su función para convertirse en defensor de los intereses de alguna de las partes, claro sin que exista un interés jurídico de por medio.

Resulta claro, que los únicos legitimados para hacer valer el recurso de apelación en contra de las interlocutorias antes citadas, son los acreedores, los interventores, el Ministerio Público y el comerciante en Concurso, toda vez que es a ellos a quienes ocasionan un perjuicio directo que afecta su esfera jurídica.

Por otra parte, los citados órganos del Concurso Mercantil en ningún momento hacen valer acción o excepción en el procedimiento, dado que no persiguen la satisfacción de pretensión alguna en su favor, por lo que sus argumentos no pueden ser materia de agravio la apelación que se haga valer en contra de las interlocutorias referidas.

Un claro ejemplo, lo constituye el visitador quien ni siquiera ha sido designado al momento en que un acreedor o el comerciante, solicita la declaración del Concurso Mercantil. En el caso de que sea uno o más acreedores quienes soliciten la declaración en Concurso Mercantil de una persona, la litis se conformará entre los solicitantes y el comerciante, quienes deberán acreditar los extremos de su petición o de su defensa mediante los alegatos y pruebas que estimen conducentes, integrándose la litis respectiva, misma en la que en ningún momento interviene el visitador, así se desprende de los artículos 23, 24 y 26 de la Ley de Concursos Mercantiles¹⁶¹, por lo que si el

¹⁶¹ Artículo 23.- La demanda que presente un acreedor, deberá acompañarse de:

I. Prueba documental que demuestre que tiene tal calidad;

II. El documento en que conste de manera fehaciente que se ha otorgado la garantía a la que se refiere el siguiente artículo, y

III. Los documentos originales o copias certificadas que el demandante tenga en su poder y que hayan de servir como pruebas de su parte.

Los documentos que presentare después no le serán admitidos, salvo tratándose de los que sirvan de prueba contra las excepciones alegadas por el Comerciante, los que fueren posteriores a la presentación de la demanda y aquéllos que, aunque fueren anteriores, manifieste el demandante, bajo protesta de decir verdad, que no tenía conocimiento de ellos al presentar la demanda.

Si el demandante no tuviera a su disposición los documentos a que se refiere este artículo, deberá designar el archivo o lugar en que se encuentran los originales, para que, antes de darle trámite a la demanda, a costa del demandante, el juez mande expedir copia de ellos.

Artículo 24.- Si el Juez no encuentra motivo de improcedencia o defecto en el escrito de solicitud o demanda de Concurso Mercantil, o si fueren subsanadas las deficiencias, admitirá aquélla. El auto admisorio de la solicitud o demanda dejará de surtir sus efectos si el actor no garantiza los honorarios del visitador, por un monto equivalente a mil quinientos días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se le notifique el auto admisorio.

La garantía se liberará a favor del actor si el juez desecha la solicitud o demanda o dicta sentencia que declare el Concurso Mercantil. En caso de que la demanda la presente el Ministerio Público no se requerirá la garantía a la que se refiere este artículo.

visitador no interviene de manera directa en la litis, es obvio que la sentencia que se dicte no le para perjuicio y por lo tanto no cuenta con la legitimación necesaria para apelar dicha resolución.

En este orden de ideas y a efecto de evitar el tramite de recursos que resulten frívolos e improcedentes, así como que los órganos del Concurso Mercantil caigan en el juego de la corrupción volviéndose representantes de los intereses ya sea del Concursado o de los acreedores y por técnica jurídica, propongo que la Ley de Concursos Mercantiles limite la legitimación otorgada a los órganos del procedimiento, para hacer valer no solo el recurso de apelación, sino también el de revocación en contra de resoluciones y proveídos que no les generen perjuicio, con excepción de aquellos que les impidan llevar a cabo sus funciones o que afecten los derechos que tutelan en virtud de la naturaleza del cargo que les fue conferido.

◆ SENTENCIA DE QUIEBRA.

Resulta obtuso y debatible, a criterio del suscrito, el párrafo primero del artículo 169 de la Ley de Concursos Mercantiles, precepto que hace referencia al contenido de la sentencia de Quiebra, el cual es del tenor siguiente:

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

1. La declaración de que se suspende la capacidad de ejercicio del Comerciante sobre los bienes y derechos que integran la Masa, salvo que esta suspensión se haya decretado con anterioridad..."

En contra de los principios que rigen al Derecho Concursal, nuestra Legislación contempla a la sentencia de Quiebra, no solo como declarativa sino también le da efectos de condenatoria, ya que con independencia de declarar la Quiebra al comerciante, lo sanciona con la suspensión de su capacidad de ejercicio.

La sentencia de Quiebra, se vuelve condenatoria al privar al comerciante de su capacidad de ejercicio, aún y que se trate solo de los bienes y derechos que integran la masa Concursal, el efecto es que al comerciante se le condena a pasar prácticamente por una persona en estado de interdicción, es decir lo declara incapaz, lo cual de alguna

Artículo 25.- El acreedor que demande la declaración de Concurso Mercantil de un Comerciante, podrá solicitar al juez la adopción de providencias precautorias o, en su caso, la modificación de las que se hubieren adoptado. La constitución, modificación o levantamiento de dichas providencias se regirán por lo dispuesto al efecto en el Código de Comercio.

Artículo 26.- Admitida la demanda de Concurso Mercantil, el juez mandará citar al Comerciante, concediéndole un término de nueve días para contestar. El Comerciante deberá ofrecer, en el escrito de contestación, las pruebas que esta Ley le autoriza.

El juez, a solicitud del Comerciante, o de oficio, dictará las providencias precautorias que considere necesarias a fin de evitar que se ponga en riesgo la viabilidad de la empresa con motivo de la demanda o de otras que se presenten durante la visita, o que se agrave dicho riesgo, para lograr salvaguardar el interés público previsto en el artículo primero de la presente Ley.

Al día siguiente de que el juez reciba la contestación dará vista de ella al demandante para que dentro de un término de tres días manifieste lo que a su derecho convenga y, en su caso, adicione su ofrecimiento de pruebas.

Al día siguiente de que venza el plazo a que se refiere el primer párrafo de este artículo sin que el Comerciante haya presentado su contestación, el juez deberá certificar este hecho declarando precluido el derecho del Comerciante para contestar y se continuará con el procedimiento. La falta de contestación en tiempo hará presumir, salvo prueba en contrario, como ciertos los hechos contenidos en la demanda que sean determinantes para la declaración de Concurso Mercantil. El juez deberá dictar sentencia declarando el Concurso Mercantil dentro de los cinco días siguientes.

manera constituye una sanción, que no está ni debe estar vinculada con el procedimiento Concursal.

La suspensión en la capacidad de ejercicio tampoco debe ser considerada como una sanción inmediata, que prejuzgue sobre la conducta del comerciante, pues a la luz de la Ley de Concursos Mercantiles, el hecho de ser declarado en Quiebra, no necesariamente implica insolvencia sino iliquidez, la cual ocurre con frecuente facilidad dentro de una economía tan dependiente y por lo mismo vacilante y frágil como la de nuestro país.

De mayor relevancia resulta que, al ordenar privar al comerciante de su capacidad de ejercicio, el Legislador incurre, según nuestro criterio, en un error por confusión, dado que de conformidad con los principios jurídicos que rigen al procedimiento Concursal, los efectos que debe tener la sentencia de Quiebra deben recaer primordialmente sobre el patrimonio del fallido y no directamente sobre su persona, ya que los atributos de su personalidad no constituyen la garantía de pago para sus acreedores, además de que se desnaturaliza la función de órganos como la sindicatura.

Si bien es cierto, la *ratio legis* de las incapacidades es la de salvaguardar intereses privados, también es cierto que el objeto del proceso Concursal, al ser de interés público, es el de salvaguardar los intereses de la colectividad.

Ahora bien, se debe considerar la competencia del Juez Concursal para declarar judicialmente la incapacidad de ejercicio del comerciante, así como que elementos son los tomará en cuenta para declarar dicha incapacidad y si con la declaración de incapacidad deberá nombrar tutor del incapaz, repetimos el síndico no puede ser tutor dada sus funciones en la Quiebra.

No se debe pasar por alto que, para los casos en que se exista incapacidad natural o legal nuestro Código Civil contempla la institución de la Tutela, que tiene como objeto la guarda de la persona y de sus bienes, así como la representación del incapaz, institución cuya naturaleza no aplica en los ámbitos del Derecho Concursal, pues como se ha venido mencionando en este trabajo, el síndico no representa los intereses del fallido, es decir no puede ser considerado como su tutor.

Luego entonces, por el simple hecho de que la Ley declare incapaz al comerciante, teóricamente se le debería nombrar un tutor, papel que de ninguna manera puede desempeñar el síndico, por lo que se tendría que dar la intervención a un tercero que representará los intereses del incapaz, situación que resulta totalmente inaplicable a la Quiebra.

Es de explorado Derecho, que los efectos de la sentencia de Quiebra deben recaer primordialmente sobre el patrimonio del deudor, ordenando su aseguramiento y otorgando su posesión al síndico, configurándose de esta manera el desapoderamiento, que sin duda constituye el principal efecto de dicha interlocutoria y del cual derivan la mayoría de las normas y principios relativos a la administración y disposición del patrimonio del fallido.

El desapoderamiento y su extensión, la administración y disposición de los bienes en la Quiebra, así como la legitimación procesal del fallido y todos aquellos efectos que se generen sobre su patrimonio presente y futuro, quedan sujetos a las normas que regulan

la Quiebra, las cuales para tal efecto contemplan el principio de inmediatez en su aplicación, con la finalidad de evitar que el deudor este en posibilidades de ocultar o distraer los bienes que integran su patrimonio, otorgando la seguridad jurídica necesaria a los acreedores concurrentes.

Considero que el Legislador omitió analizar la naturaleza jurídica del desapoderamiento en la Quiebra, así como sus características principales, razón por la que llegamos a la conclusión de que existe una falta de técnica jurídica en la redacción del precepto analizado.

En efecto, resulta obsoleta e innecesaria la suspensión de la capacidad de ejercicio al comerciante ya que no es una característica o elemento esencial para que se configuren los lineamientos principales del desapoderamiento en la Quiebra.

El desapoderamiento en la Quiebra, establece la necesidad de desposeer materialmente al fallido de los bienes que integran su patrimonio, a efecto de privarle de los derechos de administración y disposición de los mismos. Debiendo sustituirle, que no representarle, en esos derechos el sindico, quien deberá actuar de conformidad a lo establecido en la Ley.

No obstante lo anterior, la propiedad de los bienes continúa perteneciendo al comerciante, solo de manera nuda, ya que no los posee materialmente y porque una vez que se concluya con el pago de los créditos, obtenido en base al producto generado por su enajenación, los bienes restantes, en caso de que existieran, regresan a ser poseídos materialmente por el comerciante, consecuentemente el desapoderamiento es temporal y condicionado.

En tal virtud, las consecuencias del desapoderamiento en la Quiebra no puede ser asimilables a las que genera la incapacidad de ejercicio, puesto que bajo ese supuesto, el incapaz no está impedido para poseer materialmente los bienes de su propiedad, si bien es cierto existe una limitante en cuanto a su disposición, también es cierto que esa limitación, a diferencia del fallido, no le impide disfrutar del producto generado por la enajenación de sus bienes, dado que los mismos no están destinados necesariamente a cubrir adeudos.

Ahora bien, de conformidad con el principio de universalidad, el desapoderamiento aplica, desde la declaración de Quiebra, sobre todos los bienes presentes y futuros del fallido, hasta su total rehabilitación o liquidación, mientras que en la incapacidad de ejercicio, ni existe desapoderamiento y no necesariamente opera sobre todos los bienes

Por otra parte, no es necesario que el desapoderamiento se declare de manera expresa por el juzgador, ya que el mismo es resultado propio e inmediato de la declaratoria de Quiebra, por lo tanto el mismo se produce de pleno Derecho, de tal manera que considero innecesario que se declare incapaz al fallido, para que el desapoderamiento surta sus efectos legales.

Asimismo, recordemos que en algunos casos la incapacidad de ejercicio debe ser declarada de manera expresa por autoridad competente, mediante resolución que se resultado de un procedimiento fundado en normas expedidas con antelación al caso concreto y donde el declarado incapaz haya tenido la oportunidad de ser debidamente

oído y vencido en juicio, lo que no ocurre en nuestro caso, pues sin que sea materia de litis y sin respetar la garantía de audiencia del comerciante, se le priva de un Derecho.

Como podemos observar, el desapoderamiento en la Quiebra, es en verdad una desposesión material de los bienes y derechos que integran el patrimonio del comerciante fallido, para lo cual no es necesario que el deudor tenga que ser declarado incapaz, como erróneamente se señala en la Ley de Concursos Mercantiles.

Por último, no se debe prestar a confusión la falta de legitimación para obrar del fallido, originada en virtud del desapoderamiento del que es objeto, con la incapacidad de ejercicio, ya que para llevar a cabo determinados actos jurídicos no es suficiente contar con la capacidad de ejercicio, sino que además, se debe tener un vínculo con los bienes y derechos objeto del acto jurídico que le faculte legítimamente para disponer de los mismos, es decir que se encuentre legitimado para obrar.

En conclusión, propongo que se elimine del artículo 169 de la Ley de Concursos Mercantiles, la declaración de suspender la capacidad de ejercicio del comerciante fallido.

Considero que con la eliminación del precepto legal antes citado, se evitarían retrasos innecesarios del procedimiento, en virtud de la tramitación de recursos y amparos, porque como ya lo mencioné, la suspensión en la capacidad de ejercicio del comerciante, no es materia de la litis ni un efecto de la Quiebra, porque no se respetan las garantías de audiencia, de justo proceso, de aplicación exacta de la norma y por consiguiente la de legalidad, y por que jurídicamente no es necesaria su declaración para proceder con la ocupación de los bienes y derechos del fallido por parte del sindico.

♦ CONSIDERACIONES GENERALES.

A manera de epílogo hago una reflexión sobre aspectos usuales de la Ley de Concursos Mercantiles, haciendo una serie de propuestas generalizadas, que según mi punto de vista, contribuirían a obtener un mejor desempeño en la tutela de los intereses que se ponen en juego durante el trámite del procedimiento Concursal.

Considero para tal efecto, no solo los principios jurídicos admisibles en nuestra legislación, sino que también recorro a la observancia de aspectos comunes tales como, las actuales condiciones económicas, la costumbre, la constante proliferación de abusos de los medios legales, la distorsión del crédito y la corrupción, consecuentemente y de manera general propongo lo siguiente:

1). Estimo importante la inclusión en la Ley de Concursos Mercantiles de un capítulo que regule diversas opciones para que, en casos factibles, los trabajadores mantengan su empleo, también se puede contemplar la creación de una bolsa de trabajo especial que les permita colocarse inclusive con los mismos acreedores, crear medidas que permitan garantizar una indemnización equitativa, como por ejemplo la creación de un fideicomiso o fondo especial por parte de las autoridades fiscales y laborales, que se les confiera un documento oficial que les permita acreditar que no son imputables a estas las causas que dieron origen a su desempleo, a menos que se demuestre lo contrario.

2). Por otra parte, resulta inconveniente que la Ley enumere los actos y hechos que presuman la existencia del estado de insolvencia y de los que de origen al Concurso, considero que se deberá otorgar al Juzgador una facultad más amplia para poderla apreciar y para investigar sobre su efectividad, permitiéndole en caso de duda, tal y como lo contempló la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, ordenar a su arbitrio las medidas que considere conducentes, siempre y cuando no constituyan un retraso en el desarrollo del procedimiento.

3). A efecto de impedir abusos en la solicitud de Concurso Mercantil, propongo que sea limitada solamente a los acreedores y al comerciante, excluyendo a las autoridades fiscales y al Ministerio Público, es decir que no sea oficiosa la declaración de Concurso Mercantil, asimismo, se deberá prohibir solicitar la declaración del Concurso Mercantil a las personas que guarden cualquier parentesco con el comerciante, en el caso de los acreedores con privilegio se deberá establecer la obligación para estos de acreditar fehacientemente que el valor de la garantía resulta insuficiente para cubrir el importe total de su adeudo, incluyendo accesorios generados a la fecha de su solicitud. Asimismo la Ley deberá contemplar la manera de resarcir a la persona cuya declaración en Concurso Mercantil fuese declarada improcedente, facultando al Juez Concursal para que una vez levantado el Concurso, pueda determinar en vía incidental sobre la cuantificación y pago de los daños y perjuicios que le fueran ocasionados por el solicitante, lo mismo deberá suceder en los casos en que el solicitante, pretenda desistirse de su petición.

a. En los casos en que sea el comerciante quien solicite su declaración en Concurso Mercantil, deberá impedirse que se desista, continuado con el procedimiento hasta que se determine la existencia o no del estado de insolvencia, en caso de que no se den los extremos para declarar el Concurso Mercantil, se deberá prever como sanción para el comerciante, la prohibición para solicitar la declaración en Concurso Mercantil, propia o de terceros, así como la obligación del comerciante para indemnizar a sus acreedores. El tiempo que dure la prohibición y el monto de la indemnización serán fijados por el Juez Concursal, lo anterior, no deberá extinguir o afectar de manera alguna las acciones penales que se generen por el dolo en su conducta.

b. Cuando el Concurso Mercantil sea solicitado por una persona moral, deberá hacerlo a través de sus órganos de representación y no por apoderado, la solicitud deberá estar debidamente ratificada en asamblea general de accionistas, celebrada de conformidad con los estatutos del contrato social e inscrita en el Registro Público correspondiente, la misma deberá ser exhibida adjunto a su solicitud, bastando que se acredite el trámite de la inscripción.

4). Debe regularse la actuación dentro y fuera del procedimiento de los acreedores, restringiendo su actuación al juicio Concursal, debiendo verificar su crédito dentro del Concurso bajo los términos y regulaciones aplicables al mismo, una vez que haya fenecido el término de Ley, ningún acreedor podrá reclamar que se reconozca su crédito en la interlocutoria correspondiente, debiendo tramitarse en vía incidental y con las sanciones que establezca la Ley.

a. Para los acreedores comunes, la declaración del Concurso Mercantil deberá no solo interrumpir la tramitación de los juicios pendientes, sino una vez que la interlocutoria se encuentre firme, el Juzgador deberá ordenar su acumulación a los autos del Concurso, sobre todo en el caso de Quiebra.

b. Por otra parte, los acreedores cuyo crédito cuente con garantía real, podrán continuar con su procedimiento hasta obtener sentencia ejecutoriada, debiendo efectuar el remate de los bienes objeto de la garantía dentro del procedimiento y bajo las normas que para tal efecto señale la ley Concursal.

c. La Ley también deberá regular la actuación en juicio de los denominados acreedores de dominio, eliminando lo que conocemos como la reivindicación en la Quiebra y determinar los casos en que la masa está obligada a restituir bienes, siendo inaplicable durante la etapa de conciliación.

d. Asimismo, deberá estimarse al acreedor que por méritos propios localice bienes del Concursado que no hayan sido declarados por este, y que por lo tanto no se encuentren incluidos dentro de la masa, reconociéndole el derecho de preferencia sobre un porcentaje del producto que se obtenga con su venta, en caso de que el inmueble no se enajenado, la cantidad que importe dicho porcentaje será adicionada al monto de su adeudo, al momento en que se le pague. El porcentaje será fijado por el Juez a su criterio y de conformidad con las particularidades del caso.

5). De conformidad con las teorías contemporáneas del Derecho Concursal y en congruencia con el objetivo señalado en la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, para asegurar la preservación de la empresa, nuestra Ley deberá establecer medidas que permitan agilizar la conservación del patrimonio del deudor, a efecto de continuar, solo en casos factibles, con la explotación de la empresa, que permita obtener beneficios tanto para los acreedores como para el deudor.

a. Bajo este orden de ideas, se propone que al momento en que se declare el Concurso Mercantil, el comerciante que así lo decida podrá plantear a los órganos del procedimiento, uno o varios proyectos que contemplen, tanto la viabilidad para que la empresa continúe funcionando, así como las estrategias que le permitan salir de su crisis financiera, ya sea bajo su administración o con la intervención de especialistas, obviamente con la supervisión del conciliador, del sindico en su caso y de los interventores.

b. Las propuestas del comerciantes deberán ser soportadas con análisis financieros elaborados por especialistas certificados o que sean miembros de colegios profesionales, dichas propuestas serán analizadas por los órganos auxiliares del procedimiento debiendo emitir un dictamen que servirá de base al Juez, para determinar la procedencia de la solicitud, el Juzgador podrá apoyarse en el dictamen de peritos especialistas, cuyos honorarios serán a cargo del comerciante. El Juez podrá negar la petición en los casos en que la contabilidad del comerciante resulte deficiente para reflejar de manera ordenada la marcha de sus negocios.

c. Asimismo, la Ley deberá prohibir las solicitudes de comerciantes que no cuenten con la documentación contable necesaria, y para los que sean considerados por las leyes como irregulares, ya sea porque carezcan de inscripción ante el Registro Publico

de Comercio, en el caso de sociedades o cualquier otra situación que de origen a considerarlos como irregulares.

d. Es importante considerar la experiencia y conocimiento que el comerciante tiene de su negocio, y si bien es cierto se encuentra en crisis, la misma no siempre obedece a la ignorancia o negligencia del comerciante, por lo cual aún el caso de Quiebra, podría permitirse al comerciante participar en la administración de la empresa como un asesor del sindico, quien finalmente contará con el voto de calidad en las decisiones que se tomen.

e. Asimismo, podría admitirse bajo el control judicial adecuado, la conformación de una sociedad entre el comerciante y sus acreedores, de tal manera que la capitalización de las deudas, la enajenación de activos y la conformación de comités de administración o liquidación, deberá ser siempre homologada por el Juzgador, lo importante es que no se limiten las soluciones de la insolvencia en la Quiebra, ni las posibilidades de rehabilitación del comerciante, con la simple liquidación de la empresa.

BIBLIOGRAFIA

1. ALEGRIA, Héctor. "Algunas Cuestiones de Derecho Concursal." Edt. Ábaco. Buenos Aires 1990, 238 Pp.
2. ANAYA, Laje. "Quebrados y otros deudores punibles." Edt. Depalma. Argentina 1987. 123 Pp.
3. ARCE, Gargollo Javier. "Contratos Mercantiles Atípicos." Edt. Trillas. México 1989. 270 Pp.
4. ARHUR, Hilsenrad. "Las obligaciones Precontractuales." Edt. Gongora. S/F 219 Pp.
5. BARBIERI, C. Pablo. "Nuevo Régimen de Concursos y Quiebras." Edt. Universidad. Buenos Aires 1995, 1ª. Edición, 505 Pp.
6. BATIZA, Rodolfo. "El Fideicomiso. Teoría y Practica" Edt. Jus. México 1991. 471 Pp.
7. BECERRA, Bautista José. "El proceso Civil en México." Edt. Porrúa S.A. México 1996. 827 Pp.
8. BISBAL, Méndez Joaquín. "La Empresa en Crisis y el derecho de Quiebras." Edt. Bolonia 1986. 383 Pp.
9. BONFANTI, Etal. "Concursos y Quiebras." Tercera impresión segunda reimpresión. Edt. Abeledo-Perrot. Argentina 1981. 998 Pp.
10. BORJA, Soriano Manuel. "Teoría General de las obligaciones." Edt. Porrúa México 1995. 732 Pp.
11. BRUNETTI, Antonio. "Tratados de las Quiebras." Edt. José Porrúa Hnos. México 1945. 336 Pp.
12. BURGOA, Ignacio. "Derecho Constitucional Mexicano." Edt. Porrúa. México 1982. 997 Pp.
13. BURGOA, Ignacio. "El Juicio de Amparo." Edt. Porrúa. México 1991. 1088 Pp.
14. CABALLERO, Lozano José Ma. "La Mora del Acreedor." Edt. Bosch. Barcelona 1992. 366 Pp.
15. CASTRO, V. Juventino. "El Sistema del Derecho de Amparo." Edt. Porrúa. México 1999. 258 Pp.
16. CERVANTES, Martínez Daniel. "La Suspensión de Pagos y las Quiebras" Edt. Angel. México 1998. 269 Pp.
17. CREUS, Carlos. "Quebrados y otros Deudores punibles." Edt. Depalma Buenos Aires 1993. 233 Pp.

18. DE LA GARZA, Sergio Francisco. "Derecho Financiero Mexicano". Edt. Porrúa. México 1981. 924 Pp.
19. DE PINA, Vera Rafael. "Diccionario de Derecho". Edt. Porrúa. México 1999. 525 Pp.
20. DOMINGUEZ, Del Río A. "Quiebras". Segunda Edición, Edt. Porrúa México 1981. 382 Pp.
21. GARCIA, Rodríguez Salvador. "Derecho Mercantil". Los Títulos De Crédito y El Procedimiento Mercantil. Tercera Edición. Edt. Porrúa. México 1998. 296 Pp.
22. GARCIA, Villaverde R. "Textos de Derecho Concursal Europeo." Edt. Dykinson, Madrid, 1993. 185 Pp.
23. GONZALEZ, Cosío. "El Juicio del Amparo". Edt. Textos universitarios. México 1993. 181 Pp.
24. GUTIERREZ, y González Ernesto. "Derecho de las Obligaciones." Edt. Porrúa. México 1995. 1215 Pp.
25. HARTASÁNCHEZ, Noguera Miguel Angel. "La Suspensión de Pagos." (Un Instituto para la Conservación de la Empresa), Segunda Edición, Edt. Porrúa México 1998, 565 Pp.
26. MAJADA, Arturo. "Manual de Concursos, Suspensión de Pagos y Quiebras". Edt. Bosch. Barcelona 1990. 739 Pp.
27. MANTILLA, Molina Roberto L. "Derecho Mercantil." Edt. Porrúa. México 1990. 530 Pp.
28. MARQUEZ, Piñero Rafael. "Delitos de Quiebras". Edt. Porrúa. México 1998. 251 Pp.
29. MARTIN, Reyes Ma. "La Retroacción Absoluta de la Quiebra y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo". Edt. Aranzadi. Pamplona España. 1995. 197 Pp.
30. MONTESI, Víctor Luis y Pablo Gustavo. "Extensión de Quiebras". Segunda Edición, Edt. Astrea. Buenos Aires 1997. 173 Pp.
31. PALLARES, Eduardo. "Tratados de las Quiebras". Edt. José Porrúa Hijos. México 1937. 491 Pp.
32. PEREZ, Fernández del Castillo Bernardo. "Contratos Civiles". Edt. Porrúa. México 1995. 389 Pp.
33. PUIALTO, Pedro. Etal. "Quiebras y Suspensiones de Pagos, S.A." Edt. España 1997. 319 Pp.
34. PULGAR, Ezquerria Juana. "La Reforma del Derecho Concursal Comparado y Español" (los nuevos institutos Concursales y Reorganizativos), Edt. Civitas, Madrid, 1994. 525 Pp.

35. RAMIREZ, A. José. "La Quiebra". (Derecho Concursal Español), Segunda Edición puesta al día. Tomo I, II y III. Edt. Bosh. Barcelona 1998. 807 Pp.
36. RIVERA, Julio César. "Instituciones de Derecho Concursal." Tomo I, Edt. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe Argentina 1996, 399 Pp.
37. RIVERA, Julio César. "Instituciones de Derecho Concursal." Tomo II, Edt. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires. 1997, 387 Pp.
38. ROCCO, Ugo. "La Naturaleza del Proceso de Quiebra". Edt. TEMIS , Bogotá - Colombia 1994. 157 Pp.
39. RODRIGUEZ, Joaquín. "La Separación de Bienes en la Quiebra". Edt. Imprenta Universitaria. México 1999. 322 Pp.
40. RODRIGUEZ, Rodríguez Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". Edt. Porrúa. México 1994. 441 Pp.
41. ROJINA, Villegas Rafael. "Derecho Civil Mexicano". (Contratos) Edt. Porrúa. México 1994. 708 Pp.
42. ROJINA, Villegas Rafael. "Derecho Civil Mexicano". (Obligaciones) Edt. Porrúa. México 1992. 613 Pp.
43. SEPÚLVEDA, Sandoval Carlos. "De los Derechos Personales, de Crédito u Obligaciones". Edt. Fontana Tomo I. México 1995. 343 Pp.
44. SEPÚLVEDA, Sandoval Carlos. "De los Derechos Personales, de Crédito u Obligaciones". Edt. Fontana Tomo II. México 1995. 561 Pp.
45. TOMILLO, Urbina Jorge Luis. "El Vencimiento Anticipado de las Deudas en la Quiebra". Edt. Civitas. España 1996. 183 Pp.
46. TORRES, De Cruells Joaquín. "Suspensión de Pagos". 6ª. Edición (reimpresión), Edt. Bosch, Barcelona 1995. 988 Pp.
47. VASQUEZ, Del Mercado Oscar. "Contratos Mercantiles". Edt. Porrúa. México 2000. 601 Pp.
48. WALSH. Ciaran. "Ratios Clave para la Dirección de Empresas" (Como evaluar al instante la situación de la empresa), Edt. Folio, Barcelona 1994. 253 Pp.

Legislación y Jurisprudencia

- La jurisprudencia en Bancos e Instituciones Financieras. Torres Herrera Gustavo. Edt. Pereznieto Editores. México 1994.
- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.- Comentarios de Rodríguez Rodríguez Joaquín. 16ª. Edición, Edt. Porrúa México 1999.
- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.- Comentarios de Amor Medina Alberto. Edt. Sista. México 1996.
- Poder Judicial de la Federación. "100 Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación." (Novena Época). Edt. Semanario Judicial de la Federación. México 2000. 245 Pp.
- CD-ROM. IUS 8, Producido por la Suprema corte de Justicia de la Nación, que contiene Jurisprudencia y Tesis Aisladas de 1917 a 1998.
- CD-ROM. Compila. Producido por la Suprema corte de Justicia de la Nación, que contiene todas y cada una de las Legislaciones vigentes en la República Mexicana a 1998.
- Código de Comercio
- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Ley de Concursos Mercantiles
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
- Ley de sociedades Mercantiles.
- Código Penal para el Distrito Federal
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Española 1.922 de Suspensión de Pagos.
- Ley 24.522 de Concursos y Quiebras de la Nación Argentina.