

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“DE LOS DELITOS EN SITUACIÓN DE CONCURSO MERCANTIL: ESTUDIO
DOGMÁTICO DEL DELITO EN QUE INCURRE UN COMERCIANTE AL
CAUSAR O AGRAVAR DOLOSAMENTE EL INCUMPLIMIENTO
GENERALIZADO EN EL PAGO DE SUS OBLIGACIONES.
(SITUACIÓN TÍPICA PREVISTA EN EL PRIMER
PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 271 DE LA LEY
DE CONCURSOS MERCANTILES)”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JOSÉ ANTONIO HUITRÓN SANTOYO

LIC. ANGEL ALGER ESTRADA TURRUBIATES
A S E S O R



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

A MI MADRE.

Por todo su amor y apoyo desinteresado que me ha brindado, y por ser la persona más importante en mi vida.

A MIS HERMANOS.

Por su apoyo y porque siempre los querré.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO.

Por tener la suerte de pertenecer a la Máxima Casa de Estudios, por el orgullo que representa ser universitario.

A MIS AMIGOS.

Con todo afecto y toda la hermandad del mundo, porque fuimos y somos compañeros en el trayecto de la vida de aprender, tropezarnos, caer y levantarnos juntos de nuevo.

**“DE LOS DELITOS EN SITUACIÓN DE CONCURSO MERCANTIL: ESTUDIO
DOGMÁTICO DEL DELITO EN QUE INCURRE UN COMERCIANTE AL
CAUSAR O AGRAVAR DOLOSAMENTE EL INCUMPLIMIENTO
GENERALIZADO EN EL PAGO DE SUS OBLIGACIONES.
(SITUACIÓN TÍPICA PREVISTA EN EL PRIMER
PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 271 DE LA LEY
DE CONCURSOS MERCANTILES)”**

I N D I C E

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO

“ ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO CONCURSAL MERCANTIL ”

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	1
1.1.1. DERECHO ROMANO.	1
1.1.2. EDAD MEDIA.	3
1.1.3. ÉPOCA MODERNA Y CONTEMPORÁNEA.	5
1.1.4. MÉXICO.	9
1.1.4.1. LAS ORDENAZAS DE BILBAO.	9
1.1.4.2. LEY SOBRE BANCARROTAS (31 DE MAYO DE 1853).	11
1.1.4.3. CÓDIGO DE COMERCIO DE 1854.	12
1.1.4.4. CÓDIGO DE COMERCIO DE 1884.	13
1.1.4.5. CÓDIGO DE COMERCIO DE 1889.	14
1.1.4.6. LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSIÓN DE PAGOS DE 1942.	16
1.1.4.7. LEY DE CONCURSOS MERCANTILES.	22
1.2. DEFINICIÓN DE DERECHO CONCURSAL.	27
1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO CONCURSAL.	28
1.4. EL CONCURSO Y LA QUIEBRA.	32

1.5. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CONCURSAL.	36
1.5.1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS ACREEDORES.	36
1.5.2. EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD DEL PATRIMONIO.	37
1.5.3. EL PRINCIPIO DE COLECTIVIDAD DE ACREEDORES.	38
1.5.4. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL PROCESO CONCURSAL.	38
1.5.5. EL PRINCIPIO DE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.	39
1.6. PRESUPUESTOS DE LOS PROCESOS CONCURSALES.	40
1.6.1. PRESUPUESTO SUBJETIVO.	41
1.6.2. PRESUPUESTO OBJETIVO.	42

CAPÍTULO SEGUNDO

“ EL PROCEDIMIENTO DE CONCURSO MERCANTIL ”

2.1. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN UN CONCURSO MERCANTIL.	45
2.1.1. COMERCIANTE.	45
2.1.2. ACREEDORES.	46
2.1.3. JUEZ DE DISTRITO.	48
2.1.4. MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN.	49
2.1.5. ÓRGANOS DEL CONCURSO MERCANTIL.	50
2.1.5.1. VISITADOR.	50
2.1.5.2. CONCILIADOR.	51
2.1.5.3. SÍNDICO.	52
2.1.5.4. LOS INTERVENTORES.	53
2.1.6. EL INSTITUTO FEDERAL DE ESPECIALISTAS DE CONCURSOS MERCANTILES (IFECOM).	53
2.2. SECUENCIA DEL CONCURSO MERCANTIL.	55
2.2.1. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE CONCURSO MERCANTIL.	55
2.2.2. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE CONCURSO MERCANTIL.	64

3.5.1. LA IMPUTABILIDAD.	116
3.5.2. LA RESPONSABILIDAD.	117
3.5.3. ACCIONES LIBERAE IN CAUSA.	118
3.5.4. INIMPUTABILIDAD.	118
3.6. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.	120
3.6.1. NOCIÓN DE CULPABILIDAD.	120
3.6.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD.	120
3.6.3. FORMAS DE CULPABILIDAD.	121
3.6.3.1. EL DOLO.	121
3.6.3.2. LA CULPA.	123
3.6.4. INCULPABILIDAD.	124
3.7. LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.	129
3.7.1. NOCIÓN DE PUNIBILIDAD.	129
3.7.2. EL PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.	130
3.7.3. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD (EXCUSAS ABSOLUTORIAS).	130
3.7.4. LA CONDICIONALIDAD OBJETIVA.	131

CAPÍTULO CUARTO

**“ ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO EN QUE INCURRE UN COMERCIANTE
AL CAUSAR O AGRAVAR DOLOSAMENTE EL INCUMPLIMIENTO
GENERALIZADO EN EL PAGO DE SUS OBLIGACIONES,
TIPIFICADO EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO
271 DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES ”**

4.1. CLASIFICACIÓN DEL DELITO.	136
4.2. CONDUCTA Y SU AUSENCIA.	138
4.3. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.	141
4.4. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.	146
4.5. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.	149
4.6. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.	151

4.7. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	153
4.8. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.	155
4.9. ASPECTOS COLATERALES DEL DELITO.	155
CONCLUSIONES	157
PROPUESTA	160
BIBLIOGRAFIA	161

INTRODUCCIÓN

Bajo la denominación de “Delitos Especiales” se comprenden todas esas conductas típicas existentes en leyes del ámbito Federal que contemplan en un apartado de su contenido, un capítulo represivo en el que señalan dichas conductas delictuosas sancionables en su gran mayoría con penas de prisión y multa. Esta serie de disposiciones punitivas que se encuentran diseminadas en esas leyes, vienen a formar parte también de nuestro Derecho Penal Positivo, que a pesar de su importancia y trascendencia han sido poco exploradas por la doctrina y la investigación, prueba de ello es la escasa bibliografía que existe sobre el tema en nuestro país, siendo que nuestra realidad jurídica merece un análisis más amplio al hasta ahora realizado.

Estos Delitos Especiales han surgido con motivo de los cambios y evolución de la sociedad en cada momento, siendo que el legislador –que no siempre es un connotado jurista-, de una manera simple incorpora o añade a cualquier ley un capítulo dentro de la misma, bajo el epígrafe de delitos, infracciones y/o sanciones, que comprende determinadas figuras penales.

Estas figuras penales, adquieren positividad represiva de acuerdo al artículo 6o. del Código Penal Federal que señala: “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta tomando en cuenta las disposiciones conducentes de este Código”. De lo anterior se desprende que el llamado Derecho Penal Especial, está íntimamente vinculado al contenido del Libro Primero del citado Código, ya que deberán aplicarse las generalidades del mismo. En apoyo a lo anterior, es de destacarse el siguiente criterio Jurisprudencial sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“LEYES PENALES. Las leyes penales no se circunscriben al contenido del código de la materia, sino que

hay muchas disposiciones de carácter específico dispersas en la codificación general que, por su naturaleza o por la calidad de los infractores o por su objeto, no pueden ser incluidas en una ley general, sino en disposiciones especiales, debiendo agregarse que así lo reconoce el artículo 6o. del Código Penal Federal que expresa que cuando se cometa un delito no previsto en dicho código, pero si en una ley especial, se aplicará ésta, observando las disposiciones conducentes del mencionado Código Penal.

Sexta Epoca, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, XII, Página: 69.”

Ahora bien, la Ley de Concursos Mercantiles publicada el 12 de mayo del año 2000, en el Diario Oficial de la Federación, misma que abrogó a la obsoleta Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, es una más de esas leyes que forman parte de nuestro Derecho Positivo Mexicano, que dentro de su contenido cuenta con un apartado especial que regula determinadas figuras penales, específicamente en su Título Décimo Primero, intitulado “Aspectos Penales del Concurso Mercantil”, el cual cuenta con un Capítulo Único denominado “De los Delitos en situación de Concurso Mercantil”.

Es de destacar que nuestra regulación en materia concursal ha evolucionado en respuesta a las diversas realidades políticas, económicas y sociales de nuestro país, ya que un adecuado marco jurídico no puede permanecer al margen del avance de la sociedad, sino que debe de contribuir eficazmente a la solución de los múltiples problemas que se puedan presentar.

Así las cosas, el ordenamiento concursal en vigor reconoce que el concurso mercantil es un fenómeno económico en que el Estado tiene un interés preponderante y fundamental, pues se trata de una cuestión de interés público, ya que los problemas económicos y financieros del comerciante no sólo interesa a los particulares que en él intervienen, sino que afecta a todos los que tienen relación con el comerciante que ha sido declarado en concurso mercantil, repercutiendo en todo su entorno social; por lo que en congruencia con lo que establece la fracción I

del artículo 104 Constitucional, se estableció que fuera competencia de los Tribunales Federales conocer del concurso mercantil de los comerciantes.

Cabe señalar que de conformidad con el artículo 9º. de la Ley de Concursos Mercantiles, “será declarado en concurso mercantil, el comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones”, en relación a este punto, es de precisarse que dicho incumplimiento de pagos se da cuando el comerciante carece de los recursos líquidos para cumplir puntualmente con sus obligaciones a su vencimiento (fenómeno de liquidez), ó cuando su activo total es inferior a su pasivo total (fenómeno de insolvencia).

Por otro lado, cabe mencionar que nuestra nueva legislación concursal, tiene como objetivos centrales, concretamente, los siguientes:

- Maximizar el valor social de la empresa;
- Conservar el equilibrio entre deudor y acreedores, para que ambos sean plenamente respetados;
- Inducir el flujo de información relevante que permita a los interesados participar constructivamente;
- Respetar en lo posible las relaciones contractuales preexistentes;
- Adecuar 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.

La ley vigente contempla dos etapas dentro del concurso mercantil: la conciliación y la quiebra. La etapa de la conciliación opera ipso facto e ipso jure solamente por la voluntad del comerciante, pero limitada a un plazo fatal de seis meses, con la posibilidad de una sola ampliación a dicho plazo de otros tres meses, que podrá concederla el Juez cuando en ello consientan el comerciante y una mayoría de sus acreedores, teniendo como finalidad el alcanzar un convenio entre el comerciante y sus acreedores. Por su parte, la finalidad de la etapa de la quiebra será que, cuando no sea posible alcanzar un arreglo durante la etapa de la conciliación, se proceda a la liquidación ordenada de los bienes del comerciante para que el producto que se obtenga por su venta se reparta proporcionalmente entre los acreedores del comerciante, de conformidad con las reglas de graduación y prelación de los créditos.

Por otro lado, en lo concerniente a nuestro tema en estudio, es de precisarse que el principio de que el acreedor tiene un derecho de prenda sobre el patrimonio del deudor, conforme al cual el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, justifica que se sancione penalmente al deudor comerciante que, dolosamente, se coloca en una situación de incumplimiento generalizado de sus obligaciones.

En la derogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos el régimen penal de las quiebras era poco eficaz y rara vez se llegaban a aplicar las sanciones previstas para los casos de quiebra culpable o fraudulenta; sin contar con los casos de los quebrados que se sustraían a la acción de la justicia mediante la fuga. Ello se debía, en gran parte, a que los tribunales consideraban necesario para incoar el proceso penal, el que se haya agotado los medios de impugnación en contra de la sentencia declarativa de la quiebra

Tratando de acabar con todas esas inconsistencias, la nueva Ley de Concursos Mercantiles independiza al procedimiento penal respecto del procedimiento concursal, al establecer que los delitos en situación de concurso

mercantil podrán ser perseguidos sin esperar a la conclusión del concurso mercantil y sin perjuicio de la continuación de éste, además de que las decisiones que tome el juez que conoce del concurso mercantil no vincularán a la jurisdicción penal, todo ello en base a que los intereses de la justicia exigen que ambos procedimientos avancen sin estorbarse. Asimismo, desaparece la institución de la calificación de la quiebra, que sólo servía como escudo de protección de delincuentes, otorgándose con todo ello autonomía al Derecho Penal.

No obstante lo anterior, resta una relación entre ambos procedimientos, al establecerse que los procedimientos penales únicamente podrán iniciarse cuando el juez de lo concursal haya declarado, por sentencia firme, al comerciante en concurso mercantil, revistiendo dicha declaración el carácter de requisito de procedibilidad y elemento del tipo.

El tipo penal objeto de estudio en el presente trabajo de titulación, es el descrito en el primer párrafo del artículo 271 de la Ley de Concursos Mercantiles, el cual textualmente establece lo siguiente:

“Artículo 271. El Comerciante declarado, por sentencia firme, en concurso mercantil, será sancionado con pena de uno a nueve años de prisión por cualquier acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el Comerciante ha causado o agravado dolosamente el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones cuando lleve su contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera; o la altere, falsifique o destruya.

El juez tendrá en cuenta, para individualizar la pena, la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores y su número.”

Como puede observarse se trata de un tipo abierto, puesto que la conducta típica no se circunscribe a un comportamiento determinado, por lo que existe la necesidad de completar la norma penal con criterios normativos contenidos en la

legislación mercantil y concursal, razón por la cual resulta necesario dividir el estudio del presente trabajo en dos áreas, abordando inicialmente dentro los dos primeros capítulos la figura del concurso mercantil (aspectos generales y su procedimiento), como preámbulo indispensable para tener una completa y clara comprensión del ilícito materia del presente análisis.

Es importante destacar que los delitos en situación de concurso mercantil no se perseguirán de oficio sino por querrela de parte, teniendo derecho a querrellarse el propio comerciante y cada uno de sus acreedores, estos últimos aun en el caso de que algún otro acreedor hubiese desistido de su querrela o hubiere concedido el perdón.

Ahora bien, como ya se mencionó en un principio, los Delitos Especiales han sido objeto de un reducido estudio y análisis por parte de la doctrina, siendo ésta la razón que me ha motivado a realizar el presente trabajo, en el que se estudiara el delito tipificado en el primer párrafo del artículo 271 de la ley de Concursos Mercantiles, ya que en nuestro país ha sido nulo el interés respecto del tema, ya que su conocimiento rebasa el campo del Derecho Penal, y exige el estudio de cuestiones de Derecho Mercantil como de Derecho Procesal.

Así las cosas, sin pretender realizar un estudio completo de la figura concursal, el mismo puede resultar una fuente de consulta para todo aquel estudiante que se encuentre interesado en dicha materia, ya que dentro del mismo se estudia la institución del concurso mercantil, con apoyo en bibliografía extranjera, además de hacerse el respectivo estudio dogmático del delito comprendido en el primer párrafo del artículo 271 de la legislación concursal, objeto de análisis del presente trabajo de titulación, precisando que éste sería imposible de realizar sino se estudia en primera instancia la figura del Concurso Mercantil, por las razones expresadas con antelación.

Una vez que han sido expuestas someramente las características del delito materia de estudio, he de señalar que la propuesta principal del presente trabajo consiste en lo siguiente: a) delito que se persiga de oficio, b) aumento de la penalidad, y c) la inhabilitación del comerciante para realizar cualquier actividad con el ánimo de lucro, en caso de reincidencia, ello con la finalidad de evitar que dicho sujeto vuelva a cometer un delito de naturaleza concursal.

En conclusión, dicha propuesta tiende a complementar el tipo penal previsto en el primer párrafo del artículo 271 de la Ley de Concursos Mercantiles, a efecto de que no se deje lugar a la impunidad, siendo esto último tan común que ocurra en nuestro días en esta clase de delitos.

CAPÍTULO PRIMERO

“ ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO CONCURSAL MERCANTIL ”

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1.1. DERECHO ROMANO

Como la mayoría de las instituciones jurídicas de nuestro tiempo, el concurso mercantil que conocemos en nuestros días proviene de los romanos, aunque ellos específicamente no tenían un sistema concursal o de quiebras, sí tenían una forma de exigir de manera forzosa el cumplimiento de las obligaciones.

“En la Ley de las XII Tablas la ejecución forzosa de las obligaciones era personal y en caso de incumplimiento, el acreedor podía disponer de la persona del deudor incumplido, aún con su vida, a esta figura se le denominada *manus injectio*, cuya denigrante instrumentación consistía en el rezo de una fórmula sacramental con la mano del acreedor sobre la cabeza del deudor obligándosele de este modo al fallido a comparecer ante el pretor, quien además de efectuar los mismos rituales exigía al deudor el pago de sus obligaciones, y para el caso de que el deudor no pagara se le podía detener y/o ser vendido, también podía ser constituido como esclavo y con el producto de su venta o de su trabajo se cancelaba la deuda, pero también existía una medida mucho más cruel y sangrienta, puesto que siendo el deudor incumplido propiedad del acreedor, éste último podía tomar la decisión de descuartizarlo sin que nadie pudiera oponerse, dado que el deudor se constituía como una cosa propiedad del acreedor.”¹

¹ ACOSTA Romero, Miguel y ROMERO Miranda, Tania. “Manual de Concursos Mercantiles y Quiebras”. Editorial Porrúa, México, 2001, Pág. 15.

“Posteriormente con la entrada en vigor de la *Lex Poetelia Papiria* ó *Ley Poetelia*, se mitigaron los inhumanos excesos represivos de que se hacía víctima al deudor, ya que prohibía la muerte y la venta como esclavo del deudor y establecía que lo único que podía responder de la deuda de un individuo eran los bienes del mismo y no su cuerpo, figuras como la *missio in possessionem*, la *pignus pretorium*, la *bonorum venditio*, aplicables sin distinción a los deudores tenían por finalidad, sucesivamente, poner los bienes del deudor bajo la custodia de sus acreedores, constituir un especie de prenda transitoria y lograr la realización y venta del patrimonio, y se daba la designación de *bonorum captor* al adquirente, quien asumía la obligación de pagar a los acreedores, hasta donde el valor de los bienes alcanzara.”²

“Así pues, en el año 737 de Roma, el deudor se pudo librar de la infamia mediante la *Lex Julia*, en donde se introdujeron dos figuras muy importantes: la *bonorum cessio* y la *bonorum venditio*. La primera consistía en la cesión voluntaria que hacía el deudor de sus bienes a sus acreedores; y la segunda radicaba en la venta en bloque de todos los bienes del deudor para así cubrir los créditos del mismo, entrañando para el deudor la nota de infamia, aquí cabe resaltar el hecho de que dicha venta aprovechaba igualmente a todos los acreedores, independientemente de si la pretensión fue formulada por un solo acreedor, estableciendo así el principio de universalidad que caracteriza al concurso mercantil.”³

“Con posterioridad, surge la figura denominada *bonorum distractio*, en la cual los bienes del deudor eran vendidos a detalle, siendo efectuada dicha operación por un curador nombrado ex profeso para ello y elegido por la mayoría de los acreedores. Este curador tenía la función de administrar provisionalmente

² Cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo. “Tratado de Concursos y Quiebras. Introducción a la Temática General del Concurso y la Quiebra”. Tomo I, Editorial Depalma, Argentina, 1998, Pág. 28.

³ ACOSTA Romero, Miguel y ROMERO Miranda, Tania. Op. Cit. Pág. 16.

los bienes del deudor, de este cargo se puede decir que proviene la figura del síndico en los concursos.”⁴

Lo anteriormente señalado fueron las instituciones más relevantes del derecho romano que persistieron cronológicamente hasta la caída del imperio, destacando que dentro de este derecho no existía el perdón para el deudor.

1.1.2. EDAD MEDIA

“En las florecientes ciudades comerciales italianas del medievo, es donde se hallan los primeros gérmenes de la quiebra o concurso de quienes hacían del comercio su ocupación habitual, estableciéndose reglas muy severas encaminadas a proteger a los acreedores contra el incumplimiento de los deudores, tales reglas se desarrollan tanto en el Estatuto de Bolonia como en el Estatuto de Lucca, en el primero de ellos se condenaba a muerte al deudor que se ocultaba y persistía en seguir oculto, y en el segundo se aceptaba la tortura como medio para obligar al deudor a pagar, y en ambos se permitía la pública infamia al quebrado, la pérdida de su ciudadanía y la incapacidad para ejercer profesión u oficio alguno, además de que se le equiparaba a ladrón o estafador.”⁵

“A la quiebra se le denomina en un principio como decoctio, decozione y decoctor que significa que el patrimonio de éste se consume como alimento arrojado al fuego; luego se le llama fallimento, de falliere que quiere decir faltar; y posteriormente, al estado de ruina económica del deudor comerciante se le designa bancarrota, esto porque los negociantes italianos acostumbraban efectuar sus operaciones en una banca instalada en la plaza pública y la cesación de sus pagos se simbolizaba mediante la ruptura o destrucción de la banca de ejercicio,

⁴ Idem.

⁵ RAMÍREZ, José A. “La Quiebra. Derecho Concursal Español”. Tomo I, 2ª. Edición, Editorial Bosch, España, 1998, Pág. 98.

lo cual también era una medida punitiva e infamante. Asimismo, la lengua inglesa la acogió en el sustantivo bankruptcy para designar al concurso del comerciante, siendo a Enrique VIII (1543) a quien deben los ingleses su primer estatuto sobre esta materia.”⁶

“Es de destacar, que en esta época y a pesar de la evolución del proceso de quiebra, se retornara al barbarismo de las sanciones personales hacia el deudor, al cual se le detenía y se le encerraba en mazmorras, pero también podía ser muerto. Se le sometía a torturas para que confesara bienes, acreedores, socios y deudores suyos; se marcaba la comuna con alguna insignia para que toda la gente supiera que esa persona estaba en quiebra, considerándosele a este acto como el antecedente de la inscripción en el Registro Público de Comercio. El proceso antes descrito era el llamado forzoso pero también existía la cesión voluntaria de los bienes del deudor para sus acreedores, era la llamada Cedo Bonis, en la que el deudor era condenado a llevar de por vida un gorrito de cierto color para que fuera identificado y si alguno de sus acreedores lo llegaba a ver sin ese gorrito podía detenerlo, éste era la indicación del incumplimiento por parte del deudor que lo seguía durante toda la vida como advertencia de que no podía confiarse en él.”⁷

“Por otro lado, con la obra legislativa alfonsina de las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao, en lo relativo a quiebras, bien merecido tiene España un lugar de honor en la evolución del derecho concursal. Las Siete Partidas, en sus Leyes I a XII, forman un sistema legislativo de quiebras previsor y completo, sobresaliendo en este ordenamiento la autorización de la cesión voluntaria de bienes, el concordato de los acreedores con el deudor común bastando solo el consentimiento de la mayoría de aquellos, además de que se trata de corregir los fraudes y engaños que el deudor puede intentar en perjuicio de sus acreedores. Mención especial requieren la Cartas de Moratoria, las cuales son consideradas

⁶ Ibidem, Pág. 99.

⁷ ACOSTA Romero, Miguel y ROMERO Miranda, Tania. Op. Cit. Pág. 19.

como el primer antecedente de la figura de la suspensión de pagos, dado que anulaban el concurso, la cárcel y otras consecuencias, dichas cartas eran emitidas por los reyes a favor de deudores imposibilitados para pagar, sólo en casos extraordinarios en los cuales la relación y los antecedentes personales tenían una importancia particular. En lo que concierne a las Ordenanzas de Bilbao, se hará mención a dicho ordenamiento más adelante al referirnos a la legislación que tuvo vigencia en nuestro país.”⁸

“Ahora bien, en Francia la primera institución sobre quiebras se observa en las ordenanzas de Carlos XI de 1560, que comprendía a todos los deudores sin hacer ninguna distinción entre los comerciantes y los que no lo eran. La quiebra se estimaba adherida a una presunción de culpabilidad, razón por la que se dictaron múltiples disposiciones encaminadas a reprimirla penalmente, imponiéndosele a los fallidos la pena de muerte; tiempo después por decreto del Parlamento al suplicio se agregó la infamia, así pues, la quiebra constituía delito.”⁹

“Por otro lado, en su Bula de 3 de noviembre de 1570, el Papa Pío V se pronunció a favor de la pena de muerte para el concursado fraudulento y, asimismo, se mostró de acuerdo con la brutalidad de las sanciones cuya magnitud ascendía según la mayor o menor cantidad de la deuda.”¹⁰

1.1.3. ÉPOCA MODERNA Y CONTEMPORÁNEA.

Como bien se sabe la época moderna da comienzo con la toma de la Bastilla y la Revolución Francesa, la cual cambió por completo la vida del mundo

⁸ DOMÍNGUEZ del Río, Alfredo. “Quiebras. Culpable. Fraudulenta. Ensayo Histórico Dogmático”. 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1981, Pág. 58.

⁹ ACOSTA Romero, Miguel y ROMERO Miranda, Tania. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁰ Cfr. DÁVALOS Mejía, Luis Carlos Felipe. “Introducción a la Ley de Concursos Mercantiles”. Editorial Oxford University Press, México, 2002, Pág. 9.

occidental en todos los modos posibles: político, social, jurídico, económico, etcétera.

“El Código de Comercio francés de 1808, y su postura ante el problema que venimos tratando, ejerció poderosa influencia en el mundo, al grado de que muchos de los códigos modernos se basan precisamente en este ordenamiento. El Código de Napoleón era demasiado riguroso para con los quebrados, la pena de muerte aún se consignaba en este ordenamiento como una posible sanción para el quebrado fraudulento, siempre y cuando se comprobara el ánimo delictivo por parte del quebrado, estipulaba como primer paso para aquel que caía en esta situación, su detención y encarcelamiento y posteriormente la explicación y valoración de la actitud del quebrado.”¹¹

“Dos columnas seculares e inmovibles han sostenido al Derecho concursal francés: protección desmedida a los acreedores (por lo menos en la letra de la Ley) y sanciones tan numerosas como inútiles, para el deudor común. Ambos postulados se asocian para tomar mayor cuerpo en la teoría de la presunción legal de fraude, preconizada en Francia...”¹²

En España, desde la publicación de su ley de 1829 (basada en los postulados del Código de Napoleón) hasta hace unos cuantos años la tipificación penal de la quiebra estaba subordinada a la suerte del proceso concursal.

“En Alemania, el Código de Quiebras (Konkursordnung) del año de 1877, refrendado mediante una segunda promulgación de 1893, se aplica por igual a los deudores comerciantes y a los no comerciantes, la única diferencia que se hace es en atención a cuando en el concurso emergen motivos para perseguir

¹¹ Cfr. ACOSTA Romero, Miguel y ROMERO Miranda, Tania. Op. Cit. Pág. 22.

¹² DOMÍNGUEZ del Río, Alfredo. Op. Cit. Pág. 65.

criminallymente al deudor, siendo más rigurosa la forma en que se aquilata la conducta del deudor, si tiene la calidad mercantil.”¹³

Es Francia, en su decreto-ley de marzo de 1889, la primera nación en suprimir del texto de la ley las sanciones penales, puesto que la pena de muerte ya no fue considerada, mas aún, en todo caso la posibilidad de tipificación delictuosa se enviaba a las leyes y los jueces penales generales. De igual forma, el derecho francés postula la posibilidad de separar al comerciante concursado de su negocio a fin de ponerlo a disposición de un juez que organizaría la venta de sus bienes y el pago de las deudas insolutas del comerciante.

La moderna legislación italiana sobre quiebras es, posiblemente, una de las más vigorosas y completas, destacando la esmerada atención que en su complejo normativo se concede al concordato o convenio preventivo, facilitando al comerciante los medios lícitos de que se puede valer cuando suspende sus pagos, de manera inculpable, para impedir su declaración en quiebra. Esta actitud evidencia el interés del Estado en conservar la empresa como valor económico objetivo.

Mención aparte merece la institución en estudio dentro del derecho anglosajón, dónde impera el sistema jurídico del Common Law, destacándose las legislaciones de Gran Bretaña y los Estados Unidos de América; allí la institución de la quiebra recibe el nombre de bankruptcy, y ha tenido la característica fundamental de consistir en una transmisión fiduciaria del dominio de los bienes del deudor a un trustee, realizándose a través de un procedimiento sencillo y práctico, para el cual se requiere únicamente la declaración judicial, pues se hace la prudente distinción entre estado de insolvencia (hecho) y estado de quiebra (derecho). La administración y reparto equitativo de los bienes del deudor, se confía a apoderados profesionales, assignies o “tenedores de bienes”, fiduciarios,

¹³ DOMÍNGUEZ del Río, Alfredo. Op. Cit. Pág. 67.

trustees de índole privada, que desempeñan funciones cuasi judiciales y de administración, por un honorario.

En la Gran Bretaña, como ya se mencionó con antelación, la primera manifestación legal fue la ley de 1543, dictada bajo el reinado de Enrique VIII, dirigida contra los deudores que buscaban por medios fraudulentos sustraerse al pago de sus deudas.

Posteriormente, la ley que reglamentaba las figura de la quiebra en Inglaterra fue la llamada Bankruptcy Act of 1883, en la que se consideraba a la quiebra como un puro negocio entre particulares, sometiendo su vigilancia al Board of Trade (Consejo de Comercio). Esta ley fue modificada varias veces hasta la Bankruptcy Act de 1914, que recopiló todas las disposiciones sobre falencia contenidas en varias leyes.

“A partir del Decreto o Acta de Quiebras de 1841, el derecho norteamericano se emancipa de la influencia inglesa extendiendo la regulación de los concursos a las personas no comerciantes, reconociendo la necesidad de conservación de un patrimonio familiar considerable, en razón de la posición económica y social del deudor y admitiendo la rehabilitación del quebrado sin necesidad de la aprobación de sus acreedores.”¹⁴

En los Estados Unidos de Norteamérica rigen las leyes de 1º. de julio de 1898 y 5 de febrero de 1903; existe la nulidad de los actos ejecutados en fraude de acreedores y, en seis casos es factible declarar la quiebra de una persona física o moral, que a saber consisten:

- a) Por incurrir el deudor en actos de ocultación o disminución fraudulenta de su patrimonio;

¹⁴ HARTASÁNCHEZ Noguera, Miguel A. “La suspensión de Pagos. Un Instituto Legal para la Conservación de la Empresa”. Editorial Porrúa, México, 1998, Pág. 60.

- b) Por dar el deudor preferencia indebida a alguno o algunos de sus acreedores, o por el sólo intento de hacerlo;
- c) Por permitir que un acreedor saque a remate judicial los bienes del deudor sin comunicar éste el hecho a los demás acreedores;
- d) Por hacer el deudor cesión voluntaria de sus bienes a los acreedores;
- e) Por permitir que le sea nombrado un trustee (en la acepción de administrador), o que éste sea puesto en posesión de los bienes de aquél; y
- f) Cuando admite por escrito su incapacidad para pagar sus deudas y acepta quedar sujeto a un procedimiento de quiebra (confesión).

En la Unión Americana la quiebra es un negocio de interés preponderantemente privado, en donde las operaciones de ésta quedan bajo los auspicios del trustee, quien es elegido por los propios acreedores.

Es importante resaltar el hecho de que tanto en la Gran Bretaña como en los Estados Unidos de Norteamérica, se sanciona severamente al o a los acreedores que sin motivo pidan la quiebra del deudor.

1.1.4. MÉXICO

1.1.4.1. LAS ORDENANZAS DE BILBAO.

La influencia del Derecho Español es innegable debido a que fuimos colonia suya durante mucho tiempo y nos regimos por sus leyes, es por eso que las Ordenanzas de Bilbao tienen para nosotros una relevancia histórica, política y jurídica, ya que estuvieron vigentes en el país hasta el año de 1854, en que, como bien es sabido, se promulgó el primer Código de Comercio del México independiente llamado “Código de Lares” por el nombre de su redactor, don Teodocio Lares.

“En las Ordenanzas de Bilbao se conceptuaba a la quiebra como el acto en donde los negociantes no querían o no podían cumplir con los pagamentos a su cargo, y se regulaba como una institución propia de los comerciantes. Este ordenamiento dividía a los fallidos en tres clases, a saber: **i)** los atrasados que tuvieran bienes suficientes como para cubrir sus obligaciones o que por algún tipo de accidente no puedan cumplir con ellas de manera puntual; **ii)** los incursos en quiebra fortuita, los cuales por infortunios que inculpablemente les acaecieron quedan alcanzados en sus caudales y precisados a dar punto a sus negocios; y **iii)** los quebrados fraudulentos o ladrones públicos, robadores de hacienda ajena.”¹⁵

Se señalaban las condiciones que debían reunirse para ser declarado en quiebra, además, establecía cómo y de qué manera debían de practicarse las diligencias de aseguramiento e inventario en los bienes del fallido, la citación a acreedores presentes y ausentes, así como del reconocimiento de créditos y de la posibilidad de llegar a un convenio. También se regulaba la figura del síndico y las facultades de la junta de acreedores cuyas decisiones debían de ser tomadas por las tres cuartas partes de acreedores con los dos tercios de créditos, o bien, los dos tercios de acreedores con las tres cuartas partes de créditos.

Asimismo, se establecían acciones separatorias a favor de quienes habiendo operado con el deudor en fecha inmediata anterior (retroacción) al acontecimiento de la quiebra, no hubiesen recibido de aquél la debida compensación o sólo hubiesen recibido parte de ella. Además, regulaba la imposición de sanciones de tipo penal para los actos fraudulentos, aplicables tanto al fallido como a sus cómplices.

¹⁵ MÁRQUEZ Piñero, Rafael. “Delitos de Quiebra”. Editorial Porrúa, México, 1998, Pág. 57.

1.1.4.2. LEY SOBRE BANCARROTAS (31 DE MAYO DE 1853).

La primera ley que reguló la institución de la quiebra en México, ya como un país independiente, fue la Ley sobre Bancarrotas, que se publicó en el Diario Oficial el 31 de mayo de 1853.

Esta ley estaba integrada por 148 artículos, y dejaba totalmente en claro su competencia mercantil, al establecer en uno de sus artículos que sólo el que tuviera la condición de comerciante podía ser declarado en estado de quiebra.

“El proceso que esta ley regulaba, era justamente el de quiebra, es por eso, que a pesar de que la figura de la suspensión de pagos esta contemplada en ésta ley, no esta prevista como parte del proceso, sino como un hecho que marca la realidad del comerciante, es decir, la quiebra del mismo.”¹⁶

“El comerciante debía manifestar ante el juez su cesación de pagos a más tardar en los tres días siguientes a que se hubiera dado este supuesto y así el juez debía declarar la quiebra. Después de declarada la quiebra, el síndico era nombrado y tomaba la administración de la quiebra, posteriormente se hacía el examen y reconocimiento de los créditos, y podía llegarse a un acuerdo, el cual debía ser entre todos los acreedores con créditos reconocidos y con el deudor, siendo requisito para su celebración la satisfacción de una fianza suficiente que los acreedores imponían, asimismo, el quebrado no tenía derecho de ser beneficiado con un convenio cuando hubiera caído en quiebra de forma dolosa, es decir, si la quiebra era fraudulenta, o bien, se hubiera dado a la fuga.”¹⁷

Posteriormente, si no se llegaba a un convenio, se graduaban los créditos y eran pagados.

¹⁶ Cfr. ACOSTA Romero, Miguel y ROMERO Miranda, Tania. Op. Cit. Pág. 26.

¹⁷ Cfr. Idem.

“Para esta ley, la quiebra era un indicio de culpabilidad (art. 113) por lo que posteriormente a la declaración de la misma, se detenía al deudor hasta que la quiebra fuera calificada y aún así, el deudor debía otorgar una fianza. Le correspondía a los síndicos realizar la calificación de la quiebra y el deudor podía oponerse a la misma. Esta ley hacía una referencia casuística de los supuestos en los que un sujeto podía caer en la hipótesis de quiebra culpable al igual que la quiebra fraudulenta, en caso de que el juez declarará que la quiebra no se pudiera calificar como culpable o fraudulenta, ponía en libertad al deudor, en caso contrario, remitía el expediente al juez de lo criminal, para que este resolviera lo conducente. Sanción fuerte que les era impuesta a los quebrados calificados como fraudulentos era la inhabilitación permanente para realizar la actividad comercial.”¹⁸

Los comerciantes podían ser rehabilitados únicamente cuando hubieren pagado todas sus obligaciones, con excepción de los quebrados calificados como fraudulentos.

1.1.4.3. CÓDIGO DE COMERCIO DE 1854.

Este Código fue publicado en el Diario Oficial el 16 de mayo de 1854, y en su Libro Cuarto, Título II, artículos 775 al 924, regulaba la quiebra.

La regulación de la quiebra en este Código abrogó la Ley de Bancarrotas de 1853, sin embargo, lo que realmente se hizo fue trasladar casi por completo el texto de la misma al apartado antes mencionado de éste ordenamiento.

Al haberse insertado la quiebra dentro del Código de Comercio se confirmó el carácter mercantil de la misma, además de que adquirió el carácter de federal.

¹⁸ Ibidem, Pag. 28.

Se estableció que todo comerciante que suspendía el pago de sus obligaciones comerciales, líquidas y cumplidas, estaba en estado de quiebra; lo anterior significa que la obligación incumplida debía de proceder de operaciones de comercio, es decir, que si dichas obligaciones provenían de actos civiles del comerciante no podían determinar la declaración de quiebra.

“Autorizaba la incoación de la quiebra de oficio, cuando la notoriedad pública hacía patente el estado de quiebra en que se hallaba el deudor, así como la retroacción, debiendo arrancar la época de la quiebra por disposición expresa desde “el día en que se comenzaron a suspender los pagos”. Prevé los casos de revocación de los actos presuntivamente ejecutados en fraude de acreedores.”¹⁹

El deudor era objeto de infamia, privándosele de sus derechos de ciudadano por todo el curso del juicio, además de que se le incapacitaba civilmente y se le despojaba de su fuero criminal.

1.1.4.4. CÓDIGO DE COMERCIO DE 1884.

“Este Código divide la regulación de la quiebra en parte sustantiva y parte procedimental, quedando comprendida la parte sustantiva en su Libro Quinto, esto es, a partir del artículo 1450 hasta el 1500, y el procedimiento de la quiebra se encontraba dentro del Libro Sexto dedicado a los procedimientos mercantiles, en su Título Tercero, el cual abarcaba a partir del artículo 1507 al 1619 de dicho ordenamiento.”²⁰

Dentro de este Código, se definía a la quiebra como el estado de un comerciante o de una negociación mercantil que ha suspendido el pago de sus

¹⁹ DOMÍNGUEZ del Río, Alfredo. Op. Cit. Pág. 74 y 75.

²⁰ Cfr. ROCHA Díaz, Salvador. “Estudios Jurídicos y Otros Escritos”. Editorial Oxford, University Press, México, 1991, Pág. 156.

créditos líquidos y de plazo cumplido; o que se encuentra en la imposibilidad de cumplir con puntualidad sus obligaciones. Aquí cabe destacar, que se estipulaba que la quiebra no produciría los efectos que le atribuía dicho Código, sino en virtud del auto que la declarara.

Asimismo, distinguía entre síndico provisional y el síndico definitivo, imponiéndose a éste último la obligación de que procurará vender la negociación fallida como unidad económica, admitiéndose la posibilidad de su conservación; por otro lado, también se estipulaban quitas y esperas que los acreedores podían conceder al deudor, antes de la quiebra (convenio preventivo) o en el curso de ésta (convenio concursal).

“Distinguió entre quiebra fortuita, culpable y fraudulenta; la primera reconoce por origen circunstancias desgraciadas que no eran posible prever ni evitar, la segunda tenían por causa hechos que aunque de gravedad, constituían un delito leve, y la tercera derivaba de fraudes o infracciones que importaban la comisión de un delito. Asimismo, enumeraba una larga lista de hecho que producían las calificaciones de quiebras culpables y fraudulentas.”²¹

Este ordenamiento es notoriamente menos riguroso para tratar al deudor, pues expresamente lo deja en el goce de todos sus derechos civiles, pese a la declaración de la quiebra.

1.1.4.5. CÓDIGO DE COMERCIO DE 1889.

Nuestro vigente Código de Comercio fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de septiembre de 1889, siendo en aquél entonces un Código ambicioso, puesto que regulaba toda figura mercantil del tiempo.

²¹ Cfr. Ibidem. Pág. 157.

Actualmente, nuestro Código de Comercio es uno de los más mutilados, perdurando aún las disposiciones de orden sustantivo y general así como el procedimiento mercantil, las demás materias se han ido separando poco a poco, por la necesidad de la vida económica y jurídica en la que estamos inmersos, adquiriendo cada una de ellas, por la especialización que requieren, su autonomía legislativa.

El tema de la quiebra estuvo contemplado dentro de éste Código hasta la fecha de su separación en el año de 1942, siendo regulada en los artículos 945 a 1037, abordando únicamente la materia de la quiebra, sin existir, la suspensión de pagos como una opción para salvar la empresa.

Establecía que la administración, realización y reparto de los bienes de la quiebra, quedarán bajo los auspicios de la masa de acreedores, al conferir a éstos la facultad de nombrar síndico definitivo, siendo éste último un simple mandatario de aquellos. Asimismo, la quiebra seguía siendo culpa del comerciante y debía éste responsabilizarse.

Es importante resaltar el hecho de que, la declaratoria de la quiebra consistía en un elemento sine qua non para su punibilidad, esto es, no existía el delito de quiebra sin previa declaración civil de ésta. El artículo 901 de éste ordenamiento, establecía que la declaración de quiebra era una cuestión prejudicial para la persecución penal de la misma, y no sólo era prejudicial la declaración de quiebra sino su calificación de culpable o fraudulenta, que correspondía hacer al juez civil.

Al igual que en la legislación precedente, las figuras delictivas de la quiebra se encontraban dentro del cuerpo normativo del presente Código, hasta que en el año de 1931, en lo relativo a los delitos relacionados con la quiebra, rigió en la materia el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y para toda la República en materia Federal, que tipificó en un capítulo denominado “De los

Delitos Cometidos por los Comerciantes Sujetos a Concurso”, los hechos delictivos que nos venimos ocupando.

1.1.4.6. LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSIÓN DE PAGOS DE 1942.

El 20 de abril de 1943 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, integrada por 469 artículos, entrando en vigor el 20 de julio del mismo año.

El presente ordenamiento fue resultado de un acucioso estudio en la materia, mismo que estuvo delegado a una Comisión especial presidida por el connotado jurista español, refugiado en nuestro país, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, entendiéndose a este hecho como el motivo por el cual la ley de quiebras estuvo influenciada con intensidad por la más moderna corriente de origen español.

En efecto, al igual que en la legislación española, ésta ley considera que la quiebra no es un asunto de interés privado, sino de interés social y público; de que no son los acreedores los más interesados en la quiebra, y los que deban orientarla y dirigirla bajo su administración y control, sino que la quiebra interesa sobre todo al Estado, por corresponder a éste la tutela de los intereses colectivos. Esta doctrina deriva directamente de la propugnada por el gran jurista Salgado de Somoza.

Es por lo anterior, que la conservación de la empresa es norma directiva del presente ordenamiento, dando para ello toda clase de facilidades a efecto de evitar la declaración de quiebra (procedimiento de suspensión de pagos y el convenio preventivo), y una vez declarada ésta se procura hacer posible la conclusión de un convenio que ponga fin a la quiebra con el mantenimiento de la empresa, siendo que, si lo anterior resulta imposible, se tendrá que realizar la

liquidación de los bienes para pagar a los acreedores, estableciendo la presente ley la obligación de que la enajenación de la empresa se realice como conjunto económico de bienes, cuya separación resultaría perjudicial a la masa de acreedores, y cuyo mantenimiento coinciden intereses superiores a los del empresario y a los de los acreedores.

Esta ley establecía en su artículo primero que sólo podía ser declarado en estado de quiebra el comerciante que cesara en el pago de sus obligaciones, fijando con ello los elementos jurídicos de necesaria comprobación para que el juez pudiera declarar la existencia del estado jurídico de la quiebra, siendo dichos elementos: que la persona de quien se va a declarar tal estado sea comerciante y que haya cesado en sus pagos. Asimismo, al referirse a la declaración del estado de quiebra, la ley hace alusión a que la quiebra es un estado jurídico y que el comerciante que cesó de hacer sus pagos no se halla en estado de quiebra, sino hasta que el juez haya procedido a declararlo, con lo cual se deja de confundir los términos cesación de pagos y quiebra, los cuales en los ordenamientos anteriores se solían utilizar como sinónimos.

La declaración de quiebra podía hacerse de oficio en los casos que la propia ley lo disponía, o a solicitud escrita del comerciante, de uno o varios de sus acreedores o del Ministerio Público.

Por otro lado, el quebrado quedaba privado del derecho de la administración y disposición de sus bienes y de los que adquiriere, hasta la finalización de aquélla, no limitándosele sus derechos civiles, sino sólo en casos específicos, al quebrado no se le permitía desempeñar ciertos cargos para los que se requiriera la plena posesión de aquéllos.

El síndico tenía el carácter de auxiliar de la administración de la justicia y era nombrado por el juez en la sentencia declarativa de la quiebra, y dicho nombramiento podía recaer en la Cámara de Comercio o en la de Industria, a la

cual perteneciera el fallido, o bien, en la Sociedad Nacional de Crédito que señalara la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; siendo su obligación la buena conservación y administración ordinaria y extraordinaria de los bienes de la quiebra, así como la realización de todos los actos necesarios para su liquidación y reparto, confiriéndosele para ello una serie de facultades dispersas dentro del cuerpo del presente ordenamiento.

Por otro lado, se establece que la quiebra se podía extinguir: por haberse efectuado el pago a los acreedores, por la falta de activo, por falta de concurrencia de acreedores al proceso concursal, por el acuerdo unánime de los acreedores concurrentes, o bien, por convenio entre el quebrado y sus acreedores.

Como ya se mencionó con antelación, en esta ley se estableció la institución de la suspensión de pagos, siendo ésta una institución paraconcursal, es decir, que evita y previene la quiebra. La suspensión de pagos, en cuanto evitaba la declaración de la quiebra y algunas de sus consecuencias más dolorosas y perjudiciales, era un auténtico beneficio que se concedía al comerciante fallido, siendo sus características principales las siguientes:

- Evitaba la declaración de la quiebra.
- El suspenso no perdía la administración de sus bienes.
- El procedimiento de suspensión concluye si el comerciante puede pagar.
- Se declara de pleno derecho, a favor del suspenso, desde la sentencia de declaración hasta la celebración del convenio, una moratoria forzosa que obliga a todos sus acreedores.
- No se imponen al suspenso restricciones a su capacidad personal.

Como requisito sine qua non, a la demanda de suspensión de pagos se debía de anexar la proposición de convenio, a falta del mismo no podía ser admitida la suspensión. Como bien es sabido, dicha institución paraconcursal con

el paso del tiempo se fue viciando, debido al abuso de que fue objeto por parte de comerciantes sin escrúpulos que se amparaban en los beneficios de dicha institución, razón por la cual surgió la necesidad de una nueva ley concursal.

En lo que concierne a los aspectos penales de la quiebra, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos regulaba, a partir de su artículo 91 al 114, “La Responsabilidad Penal en la Quiebra”, distinguiendo para los efectos legales conducentes tres clases de quiebras: fortuitas, culpables y fraudulentas, advirtiéndose que sólo las dos últimas eran sancionadas penalmente.

Esta ley consideraba “quiebra culpable la del comerciante que con actos contrarios a las exigencias de una buena administración mercantil haya producido, facilitado o agravado el estado de cesación de pagos” (artículo 93), y se enumeraban una serie de actos que originaban la presunción *juris et de jure* de que la quiebra era culpable, a saber:

- I. Si los gastos domésticos y personales hubieren sido excesivos y desproporcionados en relación a sus posibilidades económicas;
- II. Si hubiere perdido sumas con desproporción de sus posibilidades en juego, apuestas y operaciones semejantes en bolsas o lonjas;
- III. Si hubiese experimentado pérdidas como consecuencia de compras, de ventas o de otras operaciones realizadas para dilatar la quiebra;
- IV. Si dentro del período de retroacción de la quiebra hubiere enajenado con pérdida, por menos del precio corriente, efectos comprados a crédito y que todavía estuviere debiendo;
- V. Si los gastos de su empresa son mucho mayores de los debidos, atendiendo a su capital, su movimiento y demás circunstancias análogas.

Y el artículo 94 agregaba tres hechos más, los cuales generaban la presunción *iuris tantum* de que la quiebra debía de ser culpable:

- I. No hubiere llevado su contabilidad con los requisitos exigidos por el código, o que llevándolos haya incurrido en ella en falta que hubiere causado perjuicio a tercero;
- II. No hubiere hecho su manifestación de quiebra en los tres días siguientes al señalado como el de su cesación de pagos;
- III. Omitiere la presentación de los documentos que esta ley dispone en la forma, casos y plazos señalados.

A los declarados en quiebra calificada de culpable se les imponía la pena de uno a cuatro años de prisión (artículo 95).

El artículo 96 de éste ordenamiento, reputaba como quiebra fraudulenta la del comerciante que:

- I. Se alce con todo o parte de sus bienes, o fraudulentamente realice, antes de la declaración, con posterioridad a la fecha de retroacción o durante la quiebra, actos u operaciones que aumenten su pasivo o disminuyan su activo;
- II. No llevare todos los libros de contabilidad, o los altere, falsificare o destruyere en términos de hacer imposible deducir la verdadera situación;
- III. Con posterioridad a la fecha de retroacción favoreciere a algún acreedor haciéndole pagos o concediéndole garantías o preferencias que éste no tuviere derecho a obtener.

A los comerciantes declarados en quiebra fraudulenta se les imponía la pena de cinco a diez años de prisión y multa, la cual podía ser hasta del diez por ciento del pasivo (artículo 99).

Además de las sanciones señaladas con antelación, se establecía que los comerciantes y demás personas reconocidas como responsables de quiebra,

culpable o fraudulenta, podían, además, ser condenados: a no ejercer el comercio hasta por el tiempo que dure la condena principal y/o a no ejercer cargos de administración o representación en ninguna clase de sociedades mercantiles durante el mismo tiempo (artículo 106).

La declaración de la quiebra, era condición de procedibilidad penal, puesto que la ley establecía que no se procedería por los delitos definidos en esta Sección sin que el juez competente haya hecho la declaración de quiebra o de suspensión de pagos (artículo 111).

Además de la declaración de la quiebra, o sea del hecho judicial consistente en la resolución judicial que reconoció el estado legal de quiebra, y de que ésta se haya constituido como cosa juzgada, procesalmente se requería como requisito indispensable para su punibilidad, que la misma hubiere sido calificada de fraudulenta o de culpable en el correspondiente proceso penal (artículo 113), esto es, la ley no sancionaba a los comerciantes declarados en quiebra, sino a los comerciantes cuya quiebra haya sido calificada de culpable o fraudulenta.

Al atribuírsele a la jurisdicción penal la competencia para que calificara de culpable o fraudulenta a la quiebra, se requería, conforme a la ley, que el juez concursal, primero comunicara al Ministerio Público Federal el estado de quiebra, y después que dicha representación social, Ministerio Público Federal, ejercitara las acciones penales correspondientes, e inmediatamente se remitiere el expediente de la averiguación previa a un juez penal y éste llevara a cabo la calificación de la quiebra, para que finalmente, el Ministerio Público Federal ejercitara la acción penal acusatoria.

De lo expresado anteriormente y, como bien apunta el maestro Mariano Jiménez Huerta, se deduce que para que se incoara el respectivo proceso penal de los delitos contemplados en la derogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, era necesario “la existencia de los siguientes momentos estelares: a)

Comunicación al Ministerio Público Federal por el Juez Civil del estado de quiebra que ha declarado; b) Ejercicio por parte del Ministerio Público Federal de las correspondientes acciones penales de calificación; c) Calificación de la quiebra por el juez penal; d) Ejercicio por parte del Ministerio Público de la acción penal acusatoria una vez que la quiebra ha sido calificada de culpable o fraudulenta”²²

1.1.4.7. LEY DE CONCURSOS MERCANTILES.

La Ley de Concursos Mercantiles publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo del año 2000, abrogó a la obsoleta Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 20 de abril de 1943. Este nuevo ordenamiento viene a satisfacer la necesidad de contar con una legislación acorde con el contexto social, económico y jurídico actual.

El ordenamiento concursal en vigor, reconoce que el concurso mercantil es un fenómeno económico en que el Estado tiene un interés preponderante y fundamental, pues se trata de una cuestión de interés público, ya que los problemas económicos y financieros del comerciante no sólo interesa a los particulares que en él intervienen, sino que afecta a todos los que tienen relación con el comerciante que ha sido declarado en concurso mercantil, repercutiendo en todo su entorno social; por lo que en congruencia con lo que establece la fracción I del artículo 104 Constitucional, se estableció que fuera competencia de los Tribunales Federales conocer del concurso mercantil de los comerciantes.

Cabe señalar que de conformidad con el artículo 9º. de la Ley de Concursos Mercantiles, “será declarado en concurso mercantil, el comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones”, en relación a este punto, es de precisarse que dicho incumplimiento de pagos se da cuando el comerciante

²² JIMÉNEZ Huerta, Mariano. “Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio”. Tomo IV, 6ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, Pág. 296.

carece de los recursos líquidos para cumplir puntualmente con sus obligaciones a su vencimiento (fenómeno de iliquidez), ó cuando su activo total es inferior a su pasivo total (fenómeno de insolvencia).

Por otro lado, cabe mencionar que nuestra nueva legislación concursal, tiene como objetivos centrales, concretamente, los siguientes:

- Maximizar el valor social de la empresa;
- Conservar el equilibrio entre deudor y acreedores, para que ambos sean plenamente respetados;
- Inducir el flujo de información relevante que permita a los interesados participar constructivamente;
- Respetar en lo posible las relaciones contractuales preexistentes;
- Adecuar 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.

La ley vigente contempla dos etapas dentro del concurso mercantil: la de conciliación y la de quiebra. La etapa de la conciliación opera ipso facto e ipso jure solamente por la voluntad del comerciante, pero limitada a un plazo fatal de seis meses, con la posibilidad de una sola ampliación a dicho plazo de otros tres meses, que podrá concederla el Juez cuando en ello consientan el comerciante y una mayoría de sus acreedores, teniendo como finalidad la conservación de la empresa, al alcanzarse un convenio entre el comerciante y sus acreedores. Por su parte, la finalidad de la etapa de la quiebra será que, cuando no sea posible

alcanzar un arreglo durante la etapa de la conciliación, se proceda a la liquidación ordenada de los bienes del comerciante para que el producto que se obtenga por su venta se reparta proporcionalmente entre los acreedores del comerciante, de conformidad con las reglas de graduación y prelación de los créditos.

La Ley de Concursos Mercantiles, es una más de esas leyes que forman parte de nuestro Derecho Positivo Mexicano que dentro de su contenido cuenta con un apartado especial que regula determinadas figuras penales, específicamente en su Título Décimo Primero, intitulado “Aspectos Penales del Concurso Mercantil”, el cual cuenta con un Capítulo Único denominado “De los Delitos en situación de Concurso Mercantil”.

En lo que concierne a nuestro tema en estudio, es de precisarse que el principio de que el acreedor tiene un derecho de prenda sobre el patrimonio del deudor, conforme al cual el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, justifica que se sancione penalmente al deudor comerciante que, dolosamente, se coloca en una situación de incumplimiento generalizado de sus obligaciones.

La Ley de Concursos Mercantiles independiza al procedimiento penal respecto del procedimiento concursal, al establecer que los delitos en situación de concurso mercantil podrán ser perseguidos sin esperar a la conclusión del concurso mercantil y sin perjuicio de la continuación de éste, además de que las decisiones que tome el juez que conoce del concurso mercantil no vincularán a la jurisdicción penal, todo ello en base a que los intereses de la justicia exigen que ambos procedimientos avancen sin estorbarse. Asimismo, desaparece la institución de la calificación de la quiebra, que sólo servía como escudo de protección de delincuentes, otorgándose con todo ello autonomía al Derecho Penal.

No obstante lo anterior, resta una relación entre ambos procedimientos, al establecerse que los procedimientos penales únicamente podrán iniciarse cuando el juez de lo concursal haya declarado, por sentencia firme, al comerciante en concurso mercantil, revistiendo dicha declaración el carácter de requisito de procedibilidad y elemento del tipo.

Así, la Ley de Concursos Mercantiles tipifica los siguientes cuatro delitos especiales:

1. Causar o agravar dolosamente, el comerciante, el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones (primer párrafo del artículo 271).
2. Presunción de causar o agravar el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, cuando el comerciante lleve su contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera, o la altere, falsifique o destruya (artículo 271, segundo párrafo).
3. No poner la contabilidad a disposición de quien designe el juez concursal (artículo 272).
4. Solicitar reconocimiento de un crédito inexistente o simulado (artículo 274).

El tipo penal, objeto de estudio en el presente trabajo, es el descrito en el primer párrafo del artículo 271 de la Ley de Concursos Mercantiles, el cual se trata de un tipo abierto, en virtud de que, resulta imposible enumerar exhaustivamente las múltiples y diversas conductas mediante las cuales el deudor comerciante puede lograr su finalidad de burlar a sus acreedores, por lo que el legislador busco englobar a todas, y no dejar impune a ninguna, mediante éste tipo que se refiere, genéricamente, a toda conducta dolosa que cause o agrave la situación de

incumplimiento generalizado de las obligaciones líquidas y exigibles, quedando comprendidas dentro del mismo todas las ocultaciones, simulaciones, falsificaciones y engaños que pueda realizar el deudor comerciante, y cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 271.

El Comerciante declarado, por sentencia firme, en concurso mercantil, será sancionado con pena de uno a nueve años de prisión por cualquier acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

...”

Es importante destacar que, como la conducta típica descrita con antelación no se circunscribe a un comportamiento determinado, existe la necesidad de completar la norma penal con criterios normativos contenidos en la propia legislación concursal y en la mercantil.

Los delitos en situación de concurso mercantil no se perseguirán de oficio sino por querrela de parte, teniendo derecho a querellarse el propio comerciante y cada uno de sus acreedores, estos últimos aun en el caso de que algún otro acreedor hubiese desistido de su querrela o hubiere concedido el perdón. La querrela deberá de presentarse ante el Ministerio Público Federal para la integración de la Averiguación Previa respectiva, y en caso de que se resuelva el ejercicio de la acción penal, la administración de la justicia tocara a un Juez de Distrito en Materia Penal, lo anterior en acatamiento a lo establecido por el inciso a) de la fracción I del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

1.2. DEFINICIÓN DE DERECHO CONCURSAL.

Bonfanti, señala que “El derecho concursal debe configurarse como una amalgama de normas referentes al derecho procesal, al derecho civil y comercial, administrativo y penal; normas ya de derecho público substancial y, sobre todo, formal, así como de derecho privado, cuya conexión no llega a constituir, según algunos, una rama jurídica, orgánicamente autónoma.”²³

Se califica al derecho concursal como “procedimiento de procedimientos”, en virtud de las instituciones que él mismo comprende y que implican en su mayoría un haz normativo.

Se define al derecho concursal como el “conjunto de normas legales, consuetudinarias y jurisprudenciales, de contenido sustantivo y procedimental, que regulan la repercusión que provoca un patrimonio insuficiente para el cumplimiento de las obligaciones económicas, tanto de las personas físicas como jurídico-colectivas.”²⁴

“Definiciones como la anteriormente mencionada, de tipo descriptiva, como bien dice Bonfanti deben ampliarse, si se pretende abarcar dentro del derecho concursal además de la idea de quiebra también la idea de prevención (concurso preventivo), esto último en aras del interés público y social.”²⁵

Pese a tener claro la impropiedad de formular definiciones, no deja de ser un razonable punto de partida, intentar siquiera definir al derecho concursal, entendiendo a éste como “un complejo orgánico de normas de carácter formal y sustancial de los actos jurídicos prevalentemente procesales que tienen por

²³ BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. “Concursos y Quiebra”. 3ª. Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1978, Pág. 22.

²⁴ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 11ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, Pág. 969.

²⁵ BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. Op. Cit. Pág. 22.

finalidad última el intento de reversión de los cuadros de insolvencia o, en su caso, la liquidación del patrimonio insolvente y la repartición proporcional de lo recaudado entre todos sus acreedores, organizados unitariamente.”

1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO CONCURSAL.

El maestro Rodríguez Rodríguez nos menciona al respecto, que “resulta difícil la determinación de la naturaleza jurídica de la quiebra, lo que además es un problema que sólo puede resolverse sobre la base de especiales estudios de derecho procesal.”²⁶

La naturaleza de la quiebra ha sido durante muchos años un tema muy discutido, se han realizado varias teorías intentando explicar el fondo de la materia concursal. Actualmente existen tendencias que van adoptando una u otra naturaleza intentando encontrar la correcta y la más funcional. A pesar de todo, es indudable la dificultad de encontrar un punto coincidente entre los diversos estudiosos del tema, no existiendo unanimidad al respecto, como a continuación veremos, al hacer referencia de manera somera a las principales corrientes doctrinarias:

a) El concurso como proceso sui géneris. Según esta corriente doctrinaria, el concurso, es un proceso sui géneris, en cuanto reúne en sí elementos del proceso de cognición, de ejecución, de voluntaria jurisdicción y de pura administración, armónicamente fundidos, aunque en sí distintamente identificables.

“Bonelli, principal exponente de esta corriente, entiende que la naturaleza específica del concurso es distinta, según quien fuere el iniciador del

²⁶ RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín. “Derecho Mercantil”. Tomo II, 23ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, Pág. 251.

procedimiento. Al efecto afirma que, provocado por los acreedores, tiene la apariencia de un proceso ejecutivo; provocado por el deudor, se acerca más a los actos de la llamada jurisdicción voluntaria, y de terminado ex officio, se presenta como una medida de orden público, afecta a los poderes del Estado. Acaba sin embargo, proclamando que, no es el concurso propiamente y exclusivamente una de tales cosas, sino una mezcla de todas ellas.”²⁷

“El procedimiento concursal constituye una clase por sí, es sui generis, y se haya regulado por una ley propia, a cuyo tenor el Tribunal desarrolla, alternativamente, una actividad administrativa y judicial, más frecuentemente administrativa que judicial, de naturaleza voluntaria y contenciosa.”²⁸

Podemos, pues, resumir diciendo que, para esta corriente encabezada por Bonelli, la institución procesal del concurso no ofrece un carácter definido, razón por la cual le asigna una naturaleza especial, compleja o sui generis, que es tanto como sustraerse al problema de su específico encuadramiento.

b) El concurso como procedimiento administrativo. “Hay un sector doctrinal que atribuye al concurso carácter administrativo, basándose en que predomina en ella el interés colectivo, poco menos que público. Para esta corriente la finalidad del proceso concursal es la liquidación de las empresas comerciales insolventes. A este grupo pertenece D’Avack.”²⁹

El interés que predomina en la apertura del concurso y su desenvolvimiento es puramente estatal.

“Para D’Avack, el fin que la quiebra persigue es suprimir del mundo económico los organismos comerciales que se encuentran en condiciones tales

²⁷ RAMÍREZ, José A. Op. Cit. Pág. 25.

²⁸ Cfr. Idem.

²⁹ Ibidem. Pág 27

que, la prosecución de su actividad, pueda ser causa de grave perjuicio para el crédito en general y para la circulación de los bienes.”³⁰

c) El concurso como juicio de jurisdicción voluntaria. “Otro grupo doctrinal incluye al juicio concursal en la llamada jurisdicción voluntaria. Entre los autores que patrocinan esta tesis cabe citar, como más característicos, a Kleinfeller y Carnelutti.”³¹

“Para Kleinfeller, el procedimiento concursal no es sólo ejecutivo; tiene también un aspecto declarativo, se desenvuelve sin la existencia de partes; persigue no sólo la satisfacción de los créditos, sino también y al mismo tiempo el aseguramiento de los derechos, sin que se dé una acción de aseguramiento; el pago de los créditos no se realiza conforme al principio que rige en la ejecución, o sea, el de prioridad, sino conjuntamente, tras haber liquidado completamente el patrimonio.”³²

“El fin del proceso concursal (se embarga, se liquida y se distribuye el patrimonio del deudor), consiste en asegurar la par condicio creditorum.”³³

d) El concurso como juicio contencioso, de naturaleza ejecutiva. “Finalmente, el grupo más importante de autores patrocina la opinión de que el concurso es un juicio propiamente como tal, o sea, un acto de jurisdicción contenciosa, de naturaleza ejecutiva. Esta corriente, a su vez, se subdivide en dos grupos, quienes admiten que el concurso es un proceso pura y simplemente ejecutivo, y quiénes afirman que se trata de un proceso de ejecución distinto del

³⁰ Idem.

³¹ Ibidem, Pág. 29.

³² Idem.

³³ ACOSTA Romero, Miguel y ROMERO Miranda, Tania. Op. Cit. Pág. 62

singular, o sea, un proceso de ejecución especial, inclinándose a esta última postura, la inmensa mayoría de los autores.”³⁴

“Satta, uno de los máximos exponentes de esta corriente, califica al concurso de ejecución colectiva, diciendo que este difiere de la ejecución singular sólo desde dos puntos de vista, estrictamente conexos y dependientes el uno del otro: la extensión a todos los acreedores, y la liquidación de las relaciones de todos los acreedores con todos los bienes, según el principio de la distribución de las pérdidas en igual medida (llamado par condicio creditorum).”³⁵

“Semo, otro autor de esta corriente, por su parte, indica que el concurso es un proceso ejecutivo, en el que la ejecución no es singular, sino ejecutiva, en virtud de que, por un lado tiende a la satisfacción de la totalidad de los acreedores, y de otro, mira a la liquidación, no de un bien singular, sino del entero patrimonio del deudor.”³⁶

“La moderna doctrina italiana dice que el concurso es un proceso de ejecución forzosa, en base al principio fundamental en materia de responsabilidad patrimonial, por el cual el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con la totalidad de sus bienes, presentes y futuros; y los acreedores tienen un igual derecho de ser satisfechos sobre los bienes del deudor, esto es, se hallan legitimados para proceder a la ejecución coactiva sobre dichos bienes.”³⁷

Sencillamente, podemos resumir que, el concurso es un proceso de ejecución forzosa colectiva o universal, puesto que afecta a la totalidad de los bienes del quebrado y a la totalidad de los acreedores del mismo.

³⁴ Cfr. RAMÍREZ, José A. Op. Cit. Pág. 30.

³⁵ Ibidem, Pág. 31.

³⁶ Ibidem, Pág. 37.

³⁷ Cfr. Ibidem, Pág. 34 y 35.

En lo concerniente a la naturaleza jurídica del concurso, no es nuestra intención encontrar el hilo negro dentro de ésta cuestión que, aún hoy se haya en controversia, puesto que ni siquiera los peritos en la materia se ponen de acuerdo, por lo tanto, lo único que podemos afirmar es que el concurso involucra demasiados conceptos que van entrelazados y que no pueden ser separados puesto que todos ellos son parte del mismo.

1.4. EL CONCURSO Y LA QUIEBRA.

El proceso de quiebra o la quiebra como se expresa comúnmente es la figura central y prototipo de toda legislación concursal, siendo el régimen concursal el género y el de quiebra la especie, por lo que resulta imposible escindir el tratamiento de los principios generales de los concursos de los del proceso de quiebra propiamente dicho, tanto es así que nada obsta, desde un punto de vista puramente jurídico, una ley de concursos que sólo reglamente el régimen de la quiebra con exclusión de cualquier otra figura aledaña o proceso preventivo, en cambio, mal podría concebirse un régimen concursal sin aquélla.

Es por lo anterior, que en este primer apartado denominado “ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO CONCURSAL MERCANTIL”, se utilice indistintamente el término concurso y quiebra como sinónimos, lo cual se hace conscientemente y en beneficio de una mayor armonía y claridad expositiva.

Aclarado lo anterior, a continuación nos especializaremos un poco más en las nociones de la materia, entendiendo lo que denota la quiebra, a partir de la óptica por la cual se le quiera ver y analizar, así tenemos:

a) La quiebra como fenómeno económico. “La quiebra como fenómeno económico es un hecho patológico en el desenvolvimiento de la economía crediticia, determinado y caracterizado por la impotencia o insuficiencia patrimonial

del deudor para hacer frente, cumplidamente, a la satisfacción de los créditos en su contra. Quien no tiene suficiencia patrimonial para el pago de sus deudas, se haya en quiebra, bajo el punto de vista económico. Económicamente, pues, quiebra es tanto como desequilibrio deficitario entre el patrimonio realizable de un deudor y el pasivo a satisfacer.”³⁸

La quiebra es un fenómeno económico que deviene al campo del derecho a través de su reconocimiento y proclamación por los tribunales; esto deja sentado que el hecho económico de la quiebra es anterior, o ha de serlo, al de su entrada en la esfera del derecho.

b) La quiebra como fenómeno jurídico. Hemos dicho antes que, el hecho económico de la quiebra, sólo deviene al campo del derecho a través de su reconocimiento y proclamación por los tribunales, y es que la declaración judicial del estado de quiebra es la *conditio iuris* del estado jurídico de la quiebra.

“La resolución judicial, si bien, no crea el estado de quiebra, que desde el punto de vista económico es anterior a la misma, y se limita a reconocer y declarar su existencia, es indispensable para que exista la quiebra desde el punto de vista jurídico y legal. Dicha declaración transforma, *ex iure*, el estado de hecho en estado de derecho, principiando desde este momento a producir efectos jurídicos como tal.”³⁹

c) La quiebra como entidad de derecho material. “La quiebra entraña *prima facie*, bajo el punto de vista jurídico, con anterioridad a su reconocimiento y proclamación por los tribunales, esto es, antes de su entrada a la esfera del derecho procesal, una doble circunstancia, a saber: incumplimiento por parte del

³⁸ Ibidem, Pág. 7.

³⁹ Cfr. Ibidem, Pág. 8 y 9.

deudor de sus obligaciones patrimoniales, e insuficiencia del patrimonio del deudor para el cumplido pago de las obligaciones a su cargo.”⁴⁰

“Para que pueda hablarse de quiebra, es preciso que el incumplimiento de las obligaciones sea derivación o efecto de la insuficiencia patrimonial del deudor y, sólo cuando entre ambas circunstancias hay relación de causa a efecto, cabe comprender el concepto jurídico de la quiebra. Lo anterior, se debe a la sencilla y poderosa razón de que la quiebra, en el orden jurídico presupone la existencia del fenómeno económico de la quiebra, y éste se haya determinado, según se ha dicho antes por la impotencia o insuficiencia patrimonial del deudor para afrontar cumplidamente el pago de las obligaciones en su contra, es decir, el deudor no paga porque no puede.”⁴¹

“Además de los dos referidos factores y su relación, debe tenerse en cuenta a un tercer factor consistente en la concurrencia de varios acreedores y, sólo cuando se da este tercer factor con los dos primeros, entendemos que hay quiebra bajo el punto de vista del derecho material.”⁴²

“El cuadro se muestra ya completo, en primer lugar, un hecho patológico de índole puramente económica, esto es, un desequilibrio deficitario entre el activo o patrimonio realizable de un deudor y pasivo o masa crediticia en su contra a satisfacer; y segundo lugar, dentro del campo jurídico, tres circunstancias concurrentes, a saber: incumplimiento por parte del deudor de sus obligaciones, insuficiencia patrimonial del deudor para el cumplido pago de aquellas obligaciones y la concurrencia en su contra de varios acreedores.”⁴³

⁴⁰ Ibidem, Pág. 11.

⁴¹ Ibidem, Pág. 16.

⁴² Cfr. Ibidem, Pág. 17.

⁴³ Cfr. Ibidem, Pág. 17 y 18.

d) La quiebra como proceso: el juicio de quiebra. “En el derecho de quiebras, suele distinguirse una parte de derecho material y una de derecho formal o puramente procesal, la primera, comprende las normas sobre los supuestos de la quiebra y sobre los efectos que la misma produce sobre el patrimonio del deudor y sobre los derechos de sus acreedores, la segunda, contiene las normas relativas a la organización administrativa y a los diversos procedimientos especiales a que la quiebra da lugar. Precisándose que aquellas modificaciones en las relaciones materiales del derecho, que son efecto del estado de cesación de pagos, no se producen sino en cuanto éste sea judicialmente sea declarado, por lo que la parte de derecho material está en la quiebra esencialmente subordinada a la procesal y conexas con ella.”⁴⁴

Se llama juicio de quiebra, al juicio especial que se inicia con la declaración judicial de dicho estado jurídico, y el cual basándose en la idea de la justicia distributiva persigue que la afección teórica del patrimonio del deudor al cumplimiento de sus obligaciones se lleve a cabo con sujeción al principio de la par condicio creditorum.

En el derecho positivo mexicano, el concurso tiene una doble connotación. Por una parte, expresa el estado jurídico en que se ubica un comerciante cuando es declarado en concurso por un juez, declaratoria que lo somete a una esfera normativa personal diferente de la que tenía antes de haber concursado; por otra parte, así se llama al juicio especial que se inicia con la declaración de dicho estado jurídico.

Lo anterior quiere decir, que el concurso es el status al que se reduce a un comerciante y al mismo tiempo es el juicio que se lleva en su contra. Son dos cosas diferentes: un estado jurídico y un juicio.

⁴⁴ Ibidem, Pág. 22.

1.5. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CONCURSAL.

Cada rama del derecho tiene sus propios principios, que son precisamente, los que le dan su autonomía científica y legislativa. Dichos principios se encuentran por encima del derecho positivo, en consecuencia, actúan como criterios orientadores.

En cuanto a los principios característicos del régimen concursal, vamos a referirnos a cada uno de ellos por separado.

1.5.1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS ACREEDORES.

“Por el principio de igualdad, derivación de la imposición por el Estado, en el concurso, de la *par condicio creditorum*, todos los acreedores del deudor quedan bajo un pie de igualdad frente a éste *-ius paris conditionis creditorum-* compartiendo en común las pérdidas que se sufran por la insuficiencia de su patrimonio. Razón por la cual no pueden subsistir, al margen del concurso, juicios o reclamaciones privadas contra el concursado porque ello quebrantaría la paridad de condición que se pretende, al permitir que uno o más acreedores quedaran sustraídos a las resultas del concurso.”⁴⁵

“La *par condicio* no significa nivelación de todos los acreedores o de todos los créditos, sino que todos ellos se hayan protegidos en un pie de igualdad. Lo anterior significa que, cada acreedor correrá la suerte que su personal posición jurídica le tenga asignada, y si tiene un crédito privilegiado (hipotecario, pignoratario, etcétera), no por el hecho del concurso, ni por la fuerza del principio de igualdad, perderá su privilegio.”⁴⁶

⁴⁵ Ibidem, Pág. 47.

⁴⁶ BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. Op. Cit. Pág. 48.

Como bien lo anotó el maestro Rodríguez Rodríguez, la *par condicio* no implica pago por igual, sino pago según el orden y en la proporción que establece la ley.

Por razón de la *par condicio*, si bien los acreedores compartirán en común las pérdidas dimanantes de la insuficiencia patrimonial del deudor, no las compartirán en igual medida, sino sólo dentro de la posición jurídica que la ley le asigne a sus respectivos créditos.

1.5.2. EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD DEL PATRIMONIO.

“Por el principio de universalidad, el entero patrimonio del quebrado queda a satisfacción de todos los créditos en su contra, sin distinción alguna entre patrimonio mercantil y civil, ni entre los bienes presentes y futuros.”⁴⁷

En virtud de la universalidad el patrimonio entero del quebrado responde frente a todos los acreedores conjuntamente, por lo que éste principio es nota característica del procedimiento de quiebra, en cuanto comprende todo el patrimonio del deudor y afecta a la totalidad de los acreedores del mismo.

Para el maestro Rodríguez y Rodríguez se puede hablar de una universalidad subjetiva, relativa a todos los acreedores del deudor común, y a una universalidad objetiva, integrada por todos los bienes del deudor en una sola masa activa.

“Conforme a esta perspectiva, el concurso sería doblemente universal, porque, desde el punto de vista objetivo, afectaría todo el patrimonio del deudor, y

⁴⁷ RAMÍREZ, José A. Op. Cit. Pág. 44.

desde el punto de vista subjetivo, se desarrollaría en interés de todos los acreedores.”⁴⁸

1.5.3. EL PRINCIPIO DE COLECTIVIDAD DE ACREEDORES.

“Por el principio de colectividad, que naturalmente descansa, en la pluralidad de acreedores del común deudor, todos los acreedores del quebrado quedan sujetos al procedimiento de quiebra y a sus resultados.”⁴⁹

“Este principio de colectividad es característico del juicio de quiebra, en cuanto que si no hay pluralidad de acreedores no es admisible el procedimiento concursal.”⁵⁰

Es de advertir que los acreedores afectados por la quiebra no aparecen ni actúan en ella como individuos, sino como agrupación o colectividad –masa pasiva-, en la que sus contrapuestos intereses se armonizan en el común propósito de realizar y repartir el patrimonio del deudor.

1.5.4. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL PROCESO CONCURSAL.

“Este principio consiste en que no puede existir más de un procedimiento concursal contra un mismo deudor simultáneamente, en atención al carácter universal del juicio de quiebra, que alcanza a todo el patrimonio del deudor y

⁴⁸ MARTORELL, Ernesto Eduardo. Op. Cit. Pág. 261 y 262.

⁴⁹ RAMÍREZ, José A. Op. Cit. Pág. 46.

⁵⁰ CERVANTES Ahumada, Raúl. “Derecho de Quiebras”. 3ª. Edición, Editorial Herrero S.A., México, 1981, Pág. 30.

produce efectos erga omnes, razón ésta por la cual se considera que la quiebra debe ser única.”⁵¹

Derivación de tal principio es que no pueden subsistir, al margen del concurso, juicios o reclamaciones privadas contra el concursado, ya que de lo contrario, parte del patrimonio del deudor o parte de los acreedores en su contra quedarían sustraídos a las resultas del concurso.

Por otro lado, la mayoría de las legislaciones nacionales en la materia, contemplan dos etapas dentro del procedimiento concursal, a saber, una de carácter meramente preventivo o conciliatoria y la de quiebra propiamente, por lo que en este sentido, también se habla de una unidad, al existir un sólo juicio concursal compuesto de las dos etapas ya referidas, y no de diversos procedimientos.

1.5.5. EL PRINCIPIO DE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.

Poco a poco fue avanzando en la doctrina y en las legislaciones modernas, el principio de conservación de la empresa, como principio general de derecho concursal.

“La conservación de la empresa ha dejado de considerarse como un simple medio de reservación de los intereses de los acreedores, entendiéndose actualmente como una solución de fondo, no como un medio de lograr una mejor liquidación de la empresa, sino como una de los fines del derecho concursal moderno, como solución de la crisis económica y de preservación de la empresa

⁵¹ Cfr. RAMÍREZ, José A. Op. Cit. Pág. 45.

en dificultades, apartándola de la figura del empresario; ya no se trata de liquidar para repartir, sino de conservar para salvar.”⁵²

Sus fundamentos los podemos encontrar en la Exposición de Motivos de la ley mexicana de 1942 (Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos), primera legislación en consagrar expresamente este principio: “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 se dota de un especial valor, y el Estado, como tutor de los intereses generales. *La conservación de la empresa es norma directiva fundamental...*”⁵³

“La aplicación del principio de conservación significa la compatibilidad entre intereses contrapuestos, a fin de mantener y recuperar la empresa en crisis. En el caso, deben compaginarse los intereses de los acreedores, interesados en cobrar sus créditos, con los intereses del deudor, y con los intereses de la sociedad, a efecto de permitir el alivio de la situación de crisis.”⁵⁴

1.6. PRESUPUESTOS DE LOS PROCESOS CONCURSALES.

Para la doctrina universal, “los presupuestos de los procesos concursales son aquellos requisitos que tienen la calidad de esenciales y sustanciales, y básicamente son dos: la calidad que debe reunir el deudor (presupuesto subjetivo) y el estado de cesación de pagos o insolvencia (presupuesto objetivo).”⁵⁵

⁵² GARCÍA Martínez, Roberto. “Derecho Concursal. Primera Parte”. Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1997, Pág. 36.

⁵³ RODRÍGUEZ y Rodríguez, Joaquín. “Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos”. 14ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, Pág. 14.

⁵⁴ GARCÍA Martínez, Roberto. Op. Cit. Pág. 37.

⁵⁵ BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. Op. Cit. Pág. 30.

1.6.1. PRESUPUESTO SUBJETIVO.

El deudor como titular del patrimonio afectado por la quiebra, es el sujeto pasivo de la misma.

“Entre los diversos regímenes jurídicos no hay identidad plena en lo que atañe al sujeto pasivo del juicio concursal, esto es, acerca de quién puede ser sometido a concurso. Sin embargo, la doctrina universal considera que las legislaciones, atendiendo al sujeto pasivo, pueden clasificarse en los siguientes grupos:

- a)** Grupo francés, aquellas legislaciones en que la quiebra es aplicable únicamente a los comerciantes.
- b)** Grupo germánico, legislaciones en que la quiebra se aplica indistintamente a comerciantes y no comerciantes.
- c)** Grupo español, comprende a las legislaciones en que existen dos tipos de procesos concursales: uno para los comerciantes (quiebra o concurso mercantil) y otro para los no comerciantes (concurso civil).”⁵⁶

De conformidad con lo anterior, nuestra legislación concursal pertenece al grupo español, en virtud de que distingue entre concurso mercantil y concurso civil, el primero instituido para los comerciantes y regulado por la Ley de Concursos Mercantiles, y el segundo reservado para los no comerciantes y previsto por el Código Civil.

⁵⁶ MARTORELL, Ernesto Eduardo. Op. Cit. Pág. 346.

1.6.2. PRESUPUESTO OBJETIVO.

El estado de cesación de pagos es, objetivamente hablando, el fundamento mismo para que pueda iniciarse, abrirse y aún existir como tal, un proceso concursal, dicho de otro modo, se trata de un requisito *sine qua non*.

“La cesación de pagos o insolvencia -siguiendo a la doctrina italiana- es aquel estado del patrimonio en razón del cual el deudor no puede hacer frente a sus obligaciones líquidas y exigibles, traduciéndose en la imposibilidad de cumplimiento.”⁵⁷

“Es en este punto dónde debe de resaltarse que lo uno no implica lo otro, en otras palabras, pueden mediar incumplimientos sin que haya estado de cesación de pagos y, viceversa, puede producirse el estado de cesación de pagos aunque no se hayan producido incumplimientos. La cesación de pagos, la constituye un todo complejo, una situación de hecho, económica, que puede tener otros hechos o circunstancias indiciarias además del incumplimiento de las obligaciones.”⁵⁸

La doctrina en general considera a la cesación de pagos como aquel estado patrimonial de impotencia frente a las deudas; la discrepancia surge en cuanto a su interpretación, es decir, el cómo se exterioriza ese estado, razón por la que se han desarrollado diversas teorías para estudiar dicho fenómeno, las cuales se pasan a analizar a continuación:

a) Teoría materialista. Esta tesis “considera a la cesación de pagos como sinónimo de incumplimiento, se basa extremando la máxima de que lo esencial en el comercio es el cumplimiento estricto de las obligaciones. Desde este punto de vista, basta un incumplimiento, por insignificante que sea, para que deba

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, Pág. 306.

⁵⁸ BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. Op. Cit. Pág. 33.

declararse necesariamente la falencia sin tener en cuenta para nada las causas que lo originen, ni el estado patrimonial del deudor.”⁵⁹

La cesación de pagos no es un estado patrimonial sino una expresión sinónima de incumplimiento.

b) Teoría intermedia. “Considera la cesación de pagos como estado patrimonial, pero que sólo puede exteriorizarse por incumplimientos efectivos. No hay cesación de pagos sin incumplimientos, pero estos no conducen necesariamente a la quiebra, sino que deben ser apreciados por el juez para determinar si obedecen a falta de recursos y denotan realmente un estado de impotencia patrimonial frente a las deudas.”⁶⁰

Si bien no puede haber quiebra sin incumplimientos, puede haber incumplimientos sin quiebra. Esta teoría contempla más que a los incumplimientos en sí, a la situación económica del deudor, por eso sus partidarios sostienen que la cesación de pagos debe ser general y permanente.

“Esta corriente entiende a la cesación de pagos como un estado patrimonial de impotencia para atender las obligaciones a su vencimiento, que se manifiesta por los incumplimientos efectivos, pero sólo por ellos, es por eso que mientras el deudor cumpla no puede decirse que sea insolvente.”⁶¹

Ahora bien, como el incumplimiento puede obedecer a otras causas que no importen un malestar económico permanente y general, es al juez a quien corresponde apreciar en cada caso si el deudor se encuentra realmente en estado de cesación de pagos.

⁵⁹ Ibidem, Pág. 39.

⁶⁰ Ibidem, Pág. 40.

⁶¹ MARTORELL, Ernesto Eduardo. Op. Cit. Pág. 316.

c) Teoría amplia. Considera a la cesación de pagos como estado patrimonial que puede revelarse por numerosos hechos no enumerables taxativamente.

“Esta teoría prevé que la cesación de pagos no es un hecho ni un conjunto de hechos, sino un estado patrimonial de impotencia frente a las deudas a su vencimiento, estado que para producir efectos legales debe revelarse por hechos exteriores, cuya enumeración taxativa es imposible, bastando con que denoten que el deudor se encuentra en la imposibilidad de pagar.”⁶²

“Según esta posición la insolvencia o cesación de pagos preexiste al incumplimiento, pues si el deudor no cumple es precisamente porque su estado económico no se lo permite; el incumplimiento es un hecho jurídico generado por el fenómeno económico de la cesación de pagos, estado patrimonial que se revela por hechos exteriores entre los cuales el incumplimiento figura en primer término.”⁶³

⁶² BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. Op. Cit. Pág. 41.

⁶³ Idem.

CAPÍTULO SEGUNDO

“ EL PROCEDIMIENTO DE CONCURSO MERCANTIL ”

2.1. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN UN CONCURSO MERCANTIL.

2.1.1. COMERCIANTE.

Será declarado en concurso mercantil, el comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones, reza el artículo 9 de la Ley de Concursos Mercantiles.

Así tenemos, que sólo pueden ser sujetos a concurso mercantil aquellos que tengan el carácter de comerciante, pues como ya sabemos, a las personas civiles se les declara en concurso civil.

El concepto de comerciante deriva de comercio, y éste, a su vez del latín *commercium*, de *cum*, con y *merx-cis*, mercancía, el que comercia con mercancías.

La Real Academia Española define la palabra comerciante como un participio activo de comerciar: “el que comercia”. Se utiliza también como sustantivo común: “propietario de un comercio”, o bien, como “persona a la que son aplicables las especiales leyes mercantiles”⁶⁴

La propia Ley de Concursos Mercantiles nos dice qué debemos de entender por comerciante para efectos de la misma, así tenemos que ésta legislación entiende por comerciante a la persona física o moral que tenga ese

⁶⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 21ª. Tomo I A-G, Edición, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1992, pág. 517.

carácter conforme al Código de Comercio, precisando que dicho concepto comprende al patrimonio fideicomitido cuando se afecte a la realización de actividades empresariales, e igualmente, comprende a las sociedades mercantiles controladoras o controladas (fracción II del artículo 4).

Ahora bien, de acuerdo con el artículo tercero del Código de Comercio, se reputan comerciantes las personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria; las sociedades constituidas conforme a las leyes mercantiles; y las sociedades extranjeras o las agencias o sucursales de éstas que ejerzan actos de comercio dentro del territorio nacional. Como se ve, el Código de Comercio distingue entre dos tipos de comerciantes, los individuales y los colectivos y establece para la atribución de tal carácter criterios diversos, así en cuanto a los comerciantes individuales, se basa en un criterio material, como lo es el hacer del comercio su ocupación ordinaria; en cuanto a las sociedades, distingue si se trata de sociedades mexicanas, a las que les aplica un criterio estrictamente formal (que se constituyan conforme a las leyes mercantiles), de las sociedades extranjeras o agencias o sucursales de éstas para las cuales establece un criterio mixto, consistente, por una parte, en que reúnan los requisitos exigidos por las leyes de las que son nacionales para considerarse como sociedades y, por la otra, que realicen actos de comercio en el territorio nacional.

El comerciante es la persona física o moral que tiene capacidad legal para realizar, de manera habitual y profesional, actos de comercio con el fin de obtener un lucro, es decir, de conseguir una ganancia, un provecho o un beneficio.

2.1.2. ACREEDORES.

La palabra acreedor viene del latín *creditor*, de *credere*, dar fe, que tiene acción o derecho a pedir el pago de una deuda.

“El acreedor es la persona ante quien y en cuyo interés otra, llamada deudor, debe tener un cierto comportamiento económicamente apreciable; es el titular de la prestación a cargo de otra llamada deudor. El acreedor es el titular del derecho a la prestación debida por el deudor, es decir, es el sujeto activo de la obligación, del vínculo jurídico por el cual una persona (deudor o “prominente”) queda constreñida o comprometida frente a otra (acreedor o “estipulante”) a cumplir una prestación, o sea, a desarrollar una actividad determinada, patrimonialmente valorable que consiste en un dar, hacer o no hacer, y que atribuye a la segunda (acreedor) un correspondiente poder que consiste en la pretensión de esa prestación.”⁶⁵

Para efectos de nuestro estudio, debe entenderse como acreedor a toda aquella persona con la que el comerciante declarado en concurso mercantil tiene algún adeudo y el cual puede adquirir el carácter de “acreedor reconocido” por virtud de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Nuestra Ley de Concursos Mercantiles habla de “acreedores reconocidos”, clasificando a tales acreedores, dentro del concurso, según la naturaleza de sus créditos (artículo 217):

- a) Acreedores singularmente privilegiados. Son aquéllos cuyos créditos derivan de los gastos de entierro del comerciante o de los gastos de la enfermedad que haya causado su muerte, en ambos casos, siempre y cuando la sentencia de concurso mercantil sea posteriormente al fallecimiento (artículo 218).

- b) Acreedores con garantía real. Aquéllos acreedores que tengan créditos con garantías reales de prenda e hipoteca, y quienes cobrarán con el producto de la venta de los bienes dados en garantía (artículo 219).

⁶⁵ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 11ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo I A-B, Pág. 86.

- c) Acreeedores con privilegio especial. Son todos aquéllos que, según el Código de Comercio o leyes de su materia, tengan un privilegio especial o un derecho de retención, y cobrarán en los mismos términos que los acreedores con garantía real o de acuerdo con la fecha de su crédito (artículo 220).

- d) Acreeedores comunes. Por exclusión, son todos aquéllos que no entran en las otras categorías de acreedores y cobrarán a prorrata sin distinción de fechas (artículo 222).

Respecto de los créditos laborales y los créditos fiscales, éstos se pagarán después de que se hayan cubierto los créditos singularmente privilegiados y los créditos con garantía real, pero con antelación a los créditos con privilegio especial.

2.1.3. JUEZ DE DISTRITO.

La palabra *juez* deriva del latín *iudex iudicis*. “Es la persona designada por el Estado para administrar justicia, dotada de jurisdicción para decidir litigios. En nuestro medio, la palabra juez puede tener dos significados. El primero de ellos más general (*lato sensu*) es aquel que se refiere a todo funcionario titular de jurisdicción; el juez, se dice, es el que juzga. Por otro lado, y de manera más particular y precisa (*stricto sensu*), juez es el titular de un juzgado, tribunal de primera instancia unipersonal...”⁶⁶

El artículo 7 de la Ley de Concursos Mercantiles establece que el juez es el rector del procedimiento de concurso mercantil y tendrá las facultades necesarias para dar cumplimiento a lo que la propia ley concursal establece.

⁶⁶ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 11ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo IV F-L, Pág. 729-730.

La propia ley determina que es competente para conocer del concurso mercantil el juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el comerciante tenga su domicilio (artículo 17).

2.1.4. MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN.

El Ministerio Público es la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales, en conclusión, su función es la de un representante social.

Dentro del proceso concursal como en cualquier otro procedimiento universal, el Ministerio Público tiene la participación que conviene a la representación de los intereses de la sociedad en su conjunto.

En principio, si durante la tramitación de un juicio mercantil el juez instructor advierte que un comerciante se ubica en cualquiera de los supuestos de los artículos 10 u 11 de la Ley de Concursos Mercantiles, de oficio procede a hacerlo del conocimiento del Ministerio Público para que, en su caso, este último sea el que demande la declaración de concurso (artículo 21).

Conforme a lo anterior, el Ministerio Público tiene legitimación para demandar el concurso, caso en el cual no tiene necesidad de garantizar los honorarios del visitador. Adicionalmente, la ley obliga al conocimiento del Ministerio Público, de las cuestiones siguientes: el dictamen del visitador, la sentencia de concurso, la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos y la sentencia que declara la terminación del concurso.

2.1.5. ÓRGANOS DEL CONCURSO MERCANTIL.

2.1.5.1. VISITADOR.

Es un especialista con experiencia en contabilidad, auditoría, costos, análisis e interpretación de estados financieros. Su función radica en la realización de una auditoría limitada que recibe el nombre de visita de verificación, con el objeto de dictaminar si el comerciante incurrió en el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, así como determinar la fecha de vencimiento de los créditos, además de sugerir al juez, para efecto de proteger la masa, las providencias precautorias que estime necesarias.

El visitador es figura determinante en el nuevo procedimiento concursal, porque es principalmente en función de su labor que se dictará o no, la sentencia de concurso.

Su designación opera de la siguiente forma: El Juez de Distrito al admitir la demanda de concurso, envía una copia al Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (IFECOM), el cual tiene la obligación de designar un visitador dentro de los cinco días siguientes, y al día siguiente al de la designación, el IFECOM comunicará el nombramiento del visitador al juez. Por su parte, dentro de los cinco días de su nombramiento el visitador debe de comunicar al Juez quiénes serán sus auxiliares.

Al día siguiente de que el Juez reciba la designación del visitador por el Instituto, ordenará la visita, y el visitador deberá de presentarse en el domicilio del comerciante dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya dictado dicha orden. Al practicarse 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 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.

Al término de la visita el visitador levantará acta en la que se harán constar en forma circunstanciada los hechos u omisiones que se hubieren conocido por él y sus auxiliares relativos al objeto de la visita y, con base en la información que conste en el acta de visita, deberá rendir al juez en un plazo de quince días naturales contados a partir de la fecha de inicio de la visita, un dictamen razonado y circunstanciado.

2.1.5.2. CONCILIADOR.

Es un especialista con experiencia en reestructuras financieras y en rescate de empresas, cuya función es maximizar el valor social de la empresa declarada en concurso mercantil.

La figura del conciliador aparece hasta que se haya dictado sentencia de declaración de concurso mercantil y comience la etapa denominada de conciliación, debiendo contener dicha sentencia la orden al Instituto para que designe al respectivo conciliador. Una vez que se haya designado conciliador, y para el desempeño de sus funciones, éste debe permanecer en su encargo con independencia de que la etapa de conciliación se haya dado por terminada.

Dentro de sus funciones más sobresalientes se encuentran:

- i) Elaborar y presentar al Juez la lista provisional y, posteriormente, la lista definitiva de reconocimiento de créditos;

- ii) Procurar que el comerciante y sus acreedores reconocidos logren llegar a un convenio;
- iii) Vigilar la contabilidad y todas las operaciones que realiza el comerciante en su empresa o negociación, a quien incluso puede llegar a sustituir en la administración, previa solicitud autorizada por el Juez, si estima que es lo más conveniente para la protección de los bienes y derechos del comerciante en concurso mercantil;
- iv) Considerar junto con el comerciante, la conveniencia de mantener la empresa en operación; y,
- v) Conducir el proceso de determinación de los acreedores del comerciante y la medida de sus derechos para que el Juez pueda dictar la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.
- vi) Puede solicitar al Juez la terminación anticipada de la etapa de conciliación cuando considere que hay falta de disposición del comerciante o de los acreedores para suscribir un convenio conciliatorio, o ante la imposibilidad para hacerlo.

2.1.5.3. SÍNDICO.

Es un especialista que interviene en el concurso mercantil una vez que ha sido declarada la quiebra de la empresa o negociación. Dicho especialista se hace cargo de la administración de la empresa del comerciante y entra en posesión de los bienes y derechos sujetos a concurso, mediante inventario.

El IFECOM puede ratificar al especialista que fungía en la etapa previa del procedimiento como conciliador o, en su defecto, puede designar uno distinto.

Es el encargado de enajenar los bienes y derechos del comerciante, para que con su producto se paguen los adeudos a los acreedores reconocidos.

Su responsabilidad general, consiste en que, en su desempeño como administrador de la empresa, debe obrar siempre como un administrador diligente en negocio propio, en la inteligencia de que será responsable de las pérdidas o menoscabos que la masa sufra por su culpa o negligencia. Para tales efectos, el síndico contará con las más amplias facultades de dominio que en derecho procedan.

2.1.5.4. LOS INTERVENTORES.

El interventor es un órgano del concurso mercantil que representa los intereses de los acreedores, el cual es nombrado por el Juez a propuesta del acreedor o grupo de acreedores que representen al menos el diez por ciento (10%) del monto total de los créditos a cargo del comerciante.

Su función principal consiste en vigilar la actuación del conciliador y del síndico, así como los actos realizados por el comerciante en su administración.

2.1.6. EL INSTITUTO FEDERAL DE ESPECIALISTAS DE CONCURSOS MERCANTILES (IFECOM).

Instituto creado por disposición de la Ley de Concursos Mercantiles como órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, dotado de autonomía técnica y operativa, las cuales se refieren a la determinación de sus estructura interna, así como al ejercicio de las atribuciones que le son propias y que se encuentran establecidas en la propia legislación concursal.

Tiene por objeto autorizar el registro de los especialistas (visitadores, conciliadores o síndicos) encargados de apoyar al juzgador en los aspectos

técnicos (financieros, administrativos, contables y económicos) de los procedimientos de concurso mercantil, así como promover una cultura concursal.

El IFECOM se encuentra integrado por una Junta Directiva, la cual a su vez está conformada por el Director General, un vocal administrativo, un vocal contable, un vocal jurídico y un vocal económico y financiero, así como las Unidades de Registro y Control de Especialistas y de Normatividad y Estadística y una Dirección Administrativa.

El Instituto tiene, como principales atribuciones, las siguientes:

- a) 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;
- b) Constituir y mantener los registros de visitadores, conciliadores y síndicos;
- c) Revocar la autorización para actuar como visitador, conciliador y síndico;
- d) Diseñar el proceso aleatorio mediante el cual designará a los especialistas que desempeñarán las funciones de visitador, conciliador y síndico en cada concurso mercantil;
- e) Elaborar y aplicar los procedimientos públicos de selección y actualización para la autorización de visitador, conciliador o síndico;
- f) Establecer el régimen aplicable a la remuneración de los visitadores, conciliadores y síndicos;
- g) Supervisar la prestación de los servicios que realicen los visitadores, conciliadores y síndicos;
- h) Promover la capacitación y actualización de los visitadores, conciliadores y síndicos;
- i) Realizar y apoyar análisis, estudios e investigaciones relacionados con sus funciones;

- j) Elaborar y dar a conocer estadísticas relativas a los concursos mercantiles; y
- k) Expedir reglas de carácter general necesarias para el ejercicio de sus atribuciones

La creación del organismo elimina vicios que en la práctica había producido la anterior legislación de quiebras, estableciendo en la actualidad arreglos extrajudiciales que eviten llegar a los procedimientos judiciales, donde el IFECOM surge como un intermediario entre el comerciante y los acreedores, con la finalidad de lograr una solución, sin tener necesidad de iniciar el procedimiento concursal en contra del comerciante.

2.2. SECUENCIA DEL CONCURSO MERCANTIL.

2.2.1. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE CONCURSO MERCANTIL.

Sólo serán declarados en concurso mercantil, aquéllos comerciantes que incumplan generalizadamente en el pago de sus obligaciones.

El incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de un comerciante, consiste en el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y se presenten las siguientes condiciones (artículo 10):

- a) Que de las obligaciones vencidas a cargo del comerciante, 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 su cargo, a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso, y

- b)** Que el comerciante no tenga activos para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de la demanda.

Asimismo, se presumirá que un comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones, cuando se presente alguno de los siguientes casos (artículo 11):

- a)** 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;
- b)** Incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores distintos;
- c)** Ocultación o ausencia, sin dejar al frente de la administración u operación de su empresa a alguien que pueda cumplir con sus obligaciones;
- d)** El cierre de los locales de su empresa;
- e)** Acudir a prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias para atender o dejar de cumplir sus obligaciones;
- f)** Incumplimiento de obligaciones pecuniarias contenidas en un convenio celebrado entre el propio comerciante y sus acreedores; y
- g)** Cualesquiera otros casos de naturaleza análoga.

Ahora bien, el procedimiento concursal propiamente se inicia con la solicitud que presenta el comerciante o la demanda que interponga cualquiera de sus acreedores o el Ministerio Público. Si un juez, durante la tramitación de un juicio mercantil, advierte que un comerciante ha incumplido generalizadamente en el pago de sus obligaciones, 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.

I. A solicitud del comerciante.

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 la ley concursal, 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 de ser una persona física el domicilio donde vive, además de lo anterior, deberá acompañar los siguientes anexos:

- i. Los estados financieros del comerciante de los últimos tres años;
- 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, indicando sus nombres y domicilios, fecha del 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 valor, géneros de comercio y derechos de cualquier otra especie.

II. *Demanda de Concurso Mercantil.*

Como ya ha quedado señalado cualquier acreedor del comerciante o el Ministerio Público podrán demandar la declaración de concurso mercantil, demanda ésta que debe ser firmada por quien la promueva y deberá contener el nombre del tribunal ante el cual se promueva, nombre y domicilio del demandante, el nombre, denominación o razón social y domicilio del comerciante demandado, los hechos que motiven la petición, los fundamentos de derecho y la solicitud de que se declare al comerciante en concurso mercantil.

La demanda que presente un acreedor, deberá acompañarse de lo siguiente:

- i. Prueba documental que demuestre que tiene tal calidad;
- ii. El documento en que conste de manera fehaciente que se ha otorgado la garantía correspondiente a los honorarios del visitador;
- iii. Los documentos originales o copias certificadas que el demandante tenga en su poder y que hayan de servir como pruebas de su parte.

Además, el acreedor que demande la declaración de concurso mercantil, podrá solicitar al juez la adopción de providencias precautorias o, en su caso, la modificación de las que se hubieren adoptado.

Admitida la demanda de concurso mercantil, el juez mandará citar al comerciante, concediéndole un término de 9 días para contestar y, una vez, recibida ésta el juez dará vista con ella al demandante para que dentro de un término de 3 días manifieste lo que a su derecho convenga. La falta de contestación hará presumir 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 5 días siguientes

LA VISITA DE VERIFICACIÓN.

Resulta de vital importancia la visita de verificación, toda vez que será a partir de su resultado que el comerciante sea o no declarado en concurso mercantil, es decir, será el visitador quien a través de su dictamen corrobore que el comerciante se ubica en el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

Al día siguiente de que el juez admita la demanda, deberá remitir copia de la misma al IFECOM, ordenándole que designe un visitador dentro de los 5 días siguientes a que reciba dicha comunicación. A más tardar al día siguiente de la designación del visitador, el IFECOM lo deberá informar al juez y al visitador designado.

La visita que se le practique al comerciante, tendrá por objeto que el visitador:

- a)** Dictamine si el comerciante incurrió en los supuestos previstos en el artículo 10 de la ley concursal, así como la fecha de vencimiento de los créditos relacionados con esos hechos.

- b)** Sugiera al juez las providencias precautorias que estime necesarias para la protección de la masa, las cuales podrán consistir en:
- i. La prohibición de hacer pagos de obligaciones vencidas con anterioridad a la fecha de admisión de la solicitud o demanda de concurso mercantil;
 - ii. La suspensión de todo procedimiento de ejecución contra los bienes y derechos del comerciante;
 - iii. La prohibición al comerciante de realizar operaciones de enajenación o gravamen de los bienes principales de su empresa;
 - iv. El aseguramiento de bienes;
 - v. La intervención de la caja;
 - vi. La prohibición de realizar transferencias de recursos o valores a favor de terceros;
 - vii. 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; y
 - viii. Cualesquiera otras de naturaleza análoga.

Al día siguiente de que el juez reciba la designación del visitador por el IFECOM, ordenará la visita, dictando el auto correspondiente en el que se deberá de expresar: el nombre del visitador y el de sus auxiliares; el lugar o los lugares donde deba efectuarse la visita correspondiente; y los libros, registros y demás documentos del comerciante sobre los cuales versará la visita, así como el periodo que abarque la misma.

El visitador tendrá que presentarse en el domicilio del comerciante dentro de los 5 días siguientes a aquel en que se dicte la orden de visita y tendrá acceso a sus libros de contabilidad, registros y estados financieros, así como a cualquier otro documento o medio electrónico de almacenamiento de datos en los que conste la situación financiera y contable del comerciante y que estén relacionados

con el objeto de la visita. Asimismo, podrá 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).

Al término de la visita el visitador levantará acta en la que se harán constar en forma circunstanciada los hechos u omisiones que se hubieren conocido por el visitador. El acta de visita deberá levantarse ante dos testigos nombrados por el comerciante, para lo cual el visitador debe comunicarle por escrito con 24 horas de anticipación, el día y hora en que levantará el acta; en caso de negativa del comerciante a efectuar el nombramiento de los testigos, el acta se levantará ante el secretario de acuerdos del Juzgado concursal.

El visitador, con base en la información que conste en el acta de visita, deberá rendir al juez, en un plazo de 15 días naturales contados a partir de la fecha de inicio de la visita, un dictamen razonado y circunstanciado, anexando al mismo el acta de visita. 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 10 días presente sus alegatos por escrito.

Dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del plazo para la formulación de alegatos, el juez dictará la sentencia que conforme a derecho corresponda, tomando en consideración lo manifestado, probado y alegado por las partes además del dictamen del visitador.

La sentencia de declaración de concurso mercantil, contendrá: (artículo 43)

- I. Nombre, denominación o razón social y Domicilio del Comerciante y, en su caso, el nombre completo y domicilios de los socios ilimitadamente responsables;

- II. La fecha en que se dicte;
- III. La fundamentación de la sentencia en términos de lo establecido en el artículo 10 de esta Ley, así como, en su caso, una lista de los acreedores que el visitador hubiese identificado en la contabilidad del Comerciante, señalando el monto de los adeudos con cada uno de ellos, sin que ello agote el procedimiento de reconocimiento, graduación y prelación de créditos a que se refiere el Título Cuarto de esta Ley;
- 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;
- V. La declaración de apertura de la etapa de conciliación, salvo que el Comerciante haya solicitado su quiebra;
- VI. La orden al Comerciante de poner de inmediato a disposición del conciliador los libros, registros y demás documentos de su empresa, así como los recursos necesarios para sufragar las publicaciones previstas en la presente Ley;
- VII. El mandamiento al Comerciante para que permita al conciliador y a los interventores, la realización de las actividades propias de sus cargos;
- VIII. La orden al Comerciante de suspender el pago de los adeudos contraídos con anterioridad a la fecha en que comience a surtir sus efectos la sentencia de concurso mercantil; salvo los que sean indispensables para la operación ordinaria de la empresa, respecto de

los cuales deberá informar al juez dentro de las veinticuatro horas siguientes de efectuados;

- IX. La orden de suspender durante la etapa de conciliación, todo mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos del Comerciante, con las excepciones previstas en el artículo 65;
- X. La fecha de retroacción;
- XI. La orden al conciliador de que se publique un extracto de la sentencia en los términos del artículo 45 de esta Ley;
- XII. La orden al conciliador de inscribir la sentencia en el registro público de comercio que corresponda al Domicilio del Comerciante y en todos aquellos lugares en donde tenga una agencia, sucursal o bienes sujetos a inscripción en algún registro público;
- XIII. La orden al conciliador de iniciar el procedimiento de reconocimiento de créditos;
- XIV. El aviso a los acreedores para que aquéllos que así lo deseen soliciten el reconocimiento de sus créditos, y
- XV. La orden de que se expida, a costa de quien lo solicite, copia certificada de la sentencia.

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 comerciante, el visitador, los acreedores demandantes y el Ministerio Público, dentro de los 9 días siguientes a la fecha en que surta efectos la notificación de la sentencia,

debiéndose expresar en el mismo escrito los agravios que ésta le cause y ofrecer pruebas.

2.2.2. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE CONCURSO MERCANTIL.

La vida del comerciante concursado cambia a partir de la sentencia declarativa de concurso, con efectos para él y sus terceros. La ley de concursos mercantiles comprende los siguientes efectos:

1. Suspensión de los procedimientos de ejecución.

La sentencia suspende todo mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos del comerciante, existiendo tan sólo dos excepciones: a) Cuando se trata de mandamientos laborales y b) Cuando se trata de mandamientos de carácter fiscal.

Este efecto paraliza estos procedimientos durante la etapa conciliatoria, colocando al Juez de Distrito que conozca del concurso por encima de los Jueces del Fuero Común y aún de otros Jueces de Distrito.

2. Separación de bienes que se encuentren en posesión del comerciante.

Es la acción mediante la cual el titular de algún bien en posesión del comerciante concursado, que no se le haya transferido por título legal definitivo e irrevocable, podrá demandar su devolución ante el Juez que conoce de concurso mercantil. Para efecto de la devolución existen dos hipótesis:

a) Si el comerciante, el conciliador o los interventores no se oponen a la devolución del bien, el Juez ordenará la separación a favor del demandante.

b) Para el caso de haber oposición del comerciante, conciliador o los interventores, la acción de separación se tramitará por cuenta separada en la vía incidental.

Pueden separarse de la masa los bienes que estén en las situaciones siguientes o en cualquier otra naturaleza análoga: (artículo 71)

- I. Los que pueden ser reivindicados con arreglo a las leyes;
- II. Los inmuebles vendidos al comerciante, no pagados por éste, cuando la compraventa no hubiere sido debidamente inscrita en el Registro Público correspondiente;
- III. Los muebles adquiridos al contado, si el comerciante no hubiere pagado la totalidad del precio al tiempo de la declaración de concurso mercantil;
- IV. Los muebles o inmuebles adquiridos a crédito, si la cláusula de resolución por incumplimiento en el pago se hubiere inscrito en el Registro Público correspondiente;
- V. Los títulos valor de cualquier clase emitidos a favor del comerciante o que se hayan endosado a favor de éste, como pago de ventas hechas por cuenta ajena, siempre que se pruebe que las obligaciones así cumplidas proceden de ellas y que la partida no se asentó en cuenta corriente entre el comerciante y su comitente;
- VI. Las contribuciones retenidas, recaudadas o trasladadas por el comerciante por cuenta de las autoridades fiscales, y
- VII. Los que estén en su poder en cualquiera de los supuestos siguientes:

- a) Depósito, usufructo, fideicomiso o que hayan sido recibidos en administración o consignación, si en este caso el concurso mercantil se declaró antes de la manifestación del comprador de hacer suyas las mercancías, o si no ha transcurrido el plazo señalado para hacerla;
- b) Comisión de compra, venta, tránsito, entrega o cobro;
- c) Para entregar a persona determinada por cuenta y en nombre de un tercero o para satisfacer obligaciones que hubieren de cumplirse en el domicilio del comerciante;

Cuando el crédito resultante de la remisión hubiere sido afectado al pago de una letra de cambio, el titular legítimo de ésta podrá obtener su separación, o

- d) Las cantidades a nombre del comerciante por ventas hechas por cuenta ajena. El separatista podrá obtener también la cesión del correspondiente derecho de crédito.

En lo relativo a la existencia o identidad de los bienes cuya separación se pida, se tendrá en cuenta lo siguiente: (artículo 72)

- I. Las acciones de separación sólo procederán cuando los bienes estén en posesión del comerciante desde el momento de la declaración de concurso mercantil;
- II. Si los bienes perecieren después de la declaración de concurso mercantil y estuvieren asegurados, el separatista tendrá derecho a

obtener el pago de la indemnización que se recibiere o bien para subrogarse en los derechos para reclamarla;

- III. Si los bienes hubieren sido enajenados antes de la declaración de concurso mercantil, no cabe separación del precio recibido por ellos; pero si no se hubiere hecho efectivo el pago, el separatista podrá subrogarse en los derechos contra el tercero adquirente, debiendo en su caso entregar a la Masa el excedente entre lo que cobrara y el importe de su crédito.
- IV. En el segundo caso previsto en el párrafo anterior, el separatista no podrá presentarse como acreedor en el concurso mercantil;
- V. Podrán separarse los bienes que hubieren sido remitidos, recibidos en pago o cambiados por cualquier título jurídico, equivalente con los que eran separables;
- VI. La prueba de la identidad podrá hacerse aun cuando los bienes hubiesen sido privados de sus embalajes, desenfardados o parcialmente enajenados, y
- VII. Siempre que los bienes separables hubieren sido dados en prenda a terceros de buena fe, el acreedor prendario podrá oponerse a la entrega mientras no se le pague la obligación garantizada y los accesorios a que tenga derecho.

3. La administración de la empresa del comerciante.

Durante la etapa de conciliación, a la que se hará referencia más adelante, el comerciante podrá conservar la administración de su empresa, siempre y

cuando, el conciliador considere que no se afectará la masa, en caso contrario el Juez resolverá sobre la remoción del comerciante.

Cuando el comerciante continúe con la administración de su empresa el conciliador vigilará la contabilidad y todas las operaciones que realice el comerciante, asimismo, decidirá sobre la resolución de contratos pendientes y aprobará previa opinión de los interventores, 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. También estará facultado el conciliador para convocar a los órganos de gobierno de la empresa del comerciante.

El conciliador y el comerciante deberán considerar la conveniencia de conservar la empresa en operación, no obstante lo anterior, y cuando así convenga a efecto de evitar el crecimiento del pasivo o el deterioro de la masa, el conciliador previa opinión de los interventores podrá solicitar al Juez que ordene el cierre de la empresa, que podrá ser total o parcial, temporal o definitivo.

Ahora bien, si se llegara a decretar la remoción del comerciante de la administración de su empresa, el conciliador asumirá, además de las propias las facultades y obligaciones de administración que la ley concursal atribuye al síndico para tal administración, además, el conciliador que tenga la administración deberá realizar las gestiones necesarias para identificar los bienes propiedad del comerciante declarado en concurso mercantil que se encuentre en posesión de terceros.

4. Respecto a la actuación en otros juicios.

Todas aquellas 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. Sin embargo el conciliador podrá sustituir al comerciante en aquellos juicios que estime conveniente con el objeto de proteger la masa.

5. En relación a las obligaciones del comerciante.

En esta materia serán aplicables a toda obligación y contrato las disposiciones legales que dispone la ley, así como las estipulaciones contractuales. Es decir, siguiendo la máxima jurídica de que la mayoría de las partes es la ley suprema de los contratos, subsisten las obligaciones, los contratos y los pactos entre las partes, salvo los casos de excepción que la propia ley establece.

Con el objeto de proteger la masa, no tendrá validez legal cualquier modificación a las cláusulas contractuales que perjudiquen al comerciante con motivo de la solicitud o demanda de concurso mercantil.

a) Del vencimiento anticipado.

Para efecto de determinar la cuantía de los créditos a cargo del comerciante e impedir que a partir de la sentencia de declaración de concurso mercantil el monto de la deuda siga aumentando, se tendrá en cuenta lo siguiente: (artículo 88)

- I. Se tendrán por vencidas sus obligaciones pendientes;

- II. Respecto de los créditos sujetos a condición suspensiva, se considerará como si la condición no se hubiere realizado;
- III. Los créditos sujetos a condición resolutoria se considerarán como si la condición se hubiere realizado sin que las partes deban devolverse las prestaciones recibidas mientras la obligación subsistió;
- IV. La cuantía de los créditos por prestaciones periódicas o sucesivas se determinará a su valor presente, considerando la tasa de interés convenida o, en su defecto, la que se aplique en el mercado en operaciones similares tomando en consideración la moneda o unidad de que se trate y, de no ser esto posible, intereses al tipo legal;
- V. El acreedor de renta vitalicia tendrá derecho a que se le reconozca el crédito a su valor de reposición en el mercado o, en su defecto, a su valor presente calculado conforme a las prácticas comúnmente aceptadas;
- VI. Las obligaciones que tengan una cuantía indeterminada o incierta, precisarán su valoración en dinero, y
- VII. Las obligaciones no pecuniarias deberán ser valoradas en dinero; de no ser posible lo anterior, el crédito no podrá reconocerse.

Con la misma intención de que la deuda no siga incrementándose respecto del capital e intereses pactados a la fecha en que se dicte la sentencia de concurso, se deberán observar las siguientes reglas: (artículo 89)

- I. El capital y los accesorios financieros insolutos de los créditos en moneda nacional, sin garantía real, dejarán de causar intereses y se convertirán a UDIs utilizando al efecto la equivalencia de dichas

unidades que da a conocer el Banco de México. Los créditos que hubieren sido denominados originalmente en UDIs dejarán de causar intereses;

- II. El capital y los accesorios financieros insolutos de los créditos en moneda extranjera, sin garantía real, independientemente del lugar en que originalmente se hubiere convenido que serían pagados, dejarán de causar intereses y se convertirán a moneda nacional al tipo de cambio determinado por el Banco de México para solventar obligaciones denominadas en moneda extranjera pagaderas en la República Mexicana. Dicho importe se convertirá, a su vez, a UDIs en términos de lo previsto en la fracción anterior, y
- III. Los créditos con garantía real, con independencia de que se hubiere convenido inicialmente que su pago sería en la República Mexicana o en el extranjero, 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.

b) De los contratos pendientes.

El concurso mercantil no afectará la validez de los contratos celebrados sobre bienes de carácter estrictamente personal, de índole no patrimonial o relativos a bienes o derechos cuya administración y disposición conserve el Comerciante.

Los contratos preparatorios o definitivos, pendientes de ejecución deberán ser cumplidos por el Comerciante, salvo que el conciliador se oponga por así convenir a los intereses de la Masa.

El que hubiere contratado con el Comerciante, tendrá derecho a que el conciliador declare si se opondrá al cumplimiento del contrato. Si el conciliador manifiesta que no se opondrá, el Comerciante deberá cumplir o garantizar su cumplimiento. Si el conciliador hace saber que se opondrá, o no da respuesta dentro del término de veinte días, el que hubiere contratado con el Comerciante podrá en cualquier momento dar por resuelto el contrato notificando de ello al conciliador.

Cuando el conciliador esté a cargo de la administración o autorice al Comerciante la ejecución de los contratos pendientes, podrá evitar la separación de los bienes, o en su caso exigir su entrega, pagando su precio.

LA FECHA DE RETROACCIÓN.

La fecha de retroacción, es el día a partir del cual se retrotraen, es decir, retroceden en el tiempo, las consecuencias de la falta de liquidez y del concurso.

“Técnicamente, la fecha de retroacción es, *a posteriori*, el día a partir del cual la ley considera que el comerciante debió haberse conducido de forma que no desprotegiese ni perjudicase los intereses que sus acreedores de buena fe hubiesen creado en relación con, o respecto de, su negocio. Es *a posteriori* porque, por una parte, el comerciante y sus acreedores no la conocerán antes de la fecha de la sentencia de concurso, y por otra, porque dicha fecha se señala en un tiempo ocurrido mucho “antes” de dicha sentencia. Durante ese periodo, la ley establece reglas sobre determinados actos que, de no haberse cumplido, acarrear sanciones severas para los agentes de dichos actos.”⁶⁷

⁶⁷ DÁVALOS Mejía, Luis Carlos Felipe. Op. Cit. Pág. 169.

La ley establece que por fecha de retroacción se entenderá el día 270 natural inmediato anterior a la fecha de la sentencia de declaración del concurso mercantil. El juez, a solicitud del conciliador, de los interventores o de cualquier acreedor, podrá establecer como fecha de retroacción una anterior a la señalada con antelación.

2.2.3. EL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS.

Es aquella etapa, que paralelamente a la conciliación o a la quiebra, se abre por orden dada en la sentencia declarativa de concurso, en la cual los acreedores a través del conciliador, solicitan al Juez en los formatos emitidos por el IFECOM, que se le sean reconocidos y aprobados sus créditos en el grado de preferencia y prelación que les corresponda, mediante una sentencia declarativa denominada de reconocimiento, graduación y prelación de créditos, con la finalidad de que puedan intervenir en el procedimiento, participar en el convenio que en su caso se llegue a celebrar en la etapa conciliatoria, o en su caso se les pague hasta donde alcance en la etapa de quiebra.

El conciliador tendrá en el reconocimiento de créditos tres obligaciones principales que son: 1) recibir de los acreedores sus solicitudes de reconocimiento de crédito; 2) formular la lista provisional de acreedores y sus correspondientes créditos; y 3) formular la lista definitiva de acreedores.

SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE CRÉDITO.

Los propios acreedores podrán solicitar al conciliador el reconocimiento de sus créditos dentro de los siguientes plazos: **a)** veinte días naturales siguientes a la fecha de la última publicación de la sentencia de concurso mercantil; **b)** dentro de los cinco días correspondiente para la formulación de objeciones a la lista

provisional; o bien, **c)** dentro de los nueve días para la interposición del recurso de apelación a la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Transcurrido el plazo legal, no podrá exigirse reconocimiento de crédito alguno.

Las solicitudes de reconocimiento de crédito que se presenten al conciliador deberán contener lo siguiente: (artículo 125)

- 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 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.

LISTA PROVISIONAL DE CRÉDITOS.

Dentro de los 30 días naturales siguientes a la fecha de la última publicación de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial, el conciliador deberá presentar al Juez una lista provisional de créditos a cargo del comerciante con el formato que determine el institutito. Dicha lista deberá elaborarse con base en la contabilidad del comerciante, los demás documentos que permitan determinar su pasivo, la información que el propio comerciante

proporcione al conciliador así como la información que se desprenda del dictamen del visitador y de las solicitudes de reconocimiento de créditos que se presenten.

La lista provisional de créditos deberá incluir, respecto de cada crédito la información siguiente: (artículo 128)

- I. El nombre completo y el domicilio del acreedor;
- II. La cuantía del crédito que estime debe reconocerse;
- III. Las garantías, condiciones, términos y otras características del crédito, entre ellas, el tipo de documento que evidencie el crédito; y
- IV. El grado y prelación que estime le correspondan al crédito.

El conciliador deberá integrar a la lista provisional de créditos una relación en la que exprese, respecto de cada crédito las razones y las causas en las que apoya su propuesta, justificando las diferencias que, en su caso, existan con respecto a los registrados 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.

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 de los 5 días naturales siguientes presenten por escrito al conciliador, por conducto del Juez, sus objeciones.

LISTA DEFINITIVA DE RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS.

El conciliador contará con un plazo improrrogable de 10 días contados a partir de aquel en que venza el plazo para la formulación de objeciones a la lista

provisional, para la formulación y presentación al Juez de la lista definitiva de reconocimiento de créditos presentados, así como los fiscales y laborales que hasta ese momento hubieren sido notificados al comerciante.

Una vez presentada la lista definitiva de reconocimiento de créditos, el juez dentro de los 5 días siguientes, dictará la Sentencia de Reconocimiento, Graduación y Prelación de Créditos tomando en consideración la lista definitiva, así como todos los documentos que se le hayan anexado.

2.2.4. ETAPA CONCILIATORIA.

Esta etapa tiene como finalidad que el comerciante concursado y sus acreedores, por mediación del conciliador lleguen a un convenio que permita, por una parte salvar y continuar la empresa del comerciante concursado y por otra, determinar la forma en que pueden en todo o en parte pagarse a los acreedores sus créditos.

Lo que persigue la conciliación es poder terminar el procedimiento concursal por convenio, el cual por el acuerdo de voluntades de quienes lo suscriban y, en algunos supuestos, hasta de algunos acreedores que no lo firmen, modificará o extinguirá las obligaciones que tiene el comerciante concursado con sus acreedores y que salva a la empresa del comerciante.

La etapa de conciliación se abre a partir de la última publicación de la Sentencia decorativa de concurso mercantil en el Diario Oficial de la Federación, y tendrá una duración de 185 días naturales.

El conciliador o los acreedores reconocidos que representen por lo menos las dos terceras partes del monto total de los créditos reconocidos, podrán solicitar al juez una prórroga de hasta 90 días naturales contados a partir de la fecha en

que concluya el plazo señalado en el párrafo anterior, cuando consideren que la celebración de un convenio esté próxima a ocurrir.

El Comerciante y el noventa por ciento de los acreedores reconocidos podrán solicitar al Juez una ampliación de hasta por noventa días más de la prórroga a que se refiere el párrafo anterior.

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.

El Comerciante estará obligado a colaborar con el conciliador y a proporcionarle la información que éste considere necesaria para el desempeño de sus funciones. El conciliador podrá solicitar al juez la terminación anticipada de la etapa de conciliación cuando considere la falta de disposición del Comerciante o de sus acreedores para suscribir un convenio en términos de esta Ley o la imposibilidad de hacerlo.

CELEBRACIÓN Y APROBACIÓN DEL CONVENIO.

El convenio deberá considerar el pago de los créditos que existan contra la masa, 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.

De igual modo, 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.

Se considerarán nulos los convenios particulares entre el comerciante y cualesquiera de sus acreedores celebrados a partir de la declaración de concurso mercantil. El acreedor que los celebre perderá sus derechos en el concurso mercantil.

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.

Para que el convenio sea eficaz, deberá ser suscrito por el comerciante y sus acreedores reconocidos que representen más del cincuenta por ciento de la suma de: (artículo 157)

- a) El monto reconocido a la totalidad de los acreedores reconocidos comunes, y
- b) El monto reconocido a aquellos acreedores reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio.

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: (artículo 158)

- 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

(Los dos pagos anteriores deben hacerse dentro de los 30 días siguientes a la aprobación del convenio, considerando el valor de la UDIs del día en que se efectúe el pago.)

- 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.

Respecto de los acreedores reconocidos comunes que no lo suscriban, el convenio sólo puede estipular lo siguiente: (artículo 159)

- I. Una espera, con capitalización de intereses ordinarios, con una duración máxima igual a la menor que asuman los acreedores reconocidos comunes que hayan suscrito el convenio y que representen al menos el treinta por ciento del monto reconocido que corresponda a dicho grado;
- II. Una quita de saldo principal e intereses devengados no pagados, igual a la menor que asuman los acreedores reconocidos comunes que

hayan suscrito el convenio y que representen al menos el treinta por ciento del monto reconocido que corresponda a dicho grado, o

- III. Una combinación de quita y espera, siempre que los términos sean idénticos a los aceptados por al menos el treinta por ciento del monto reconocido a los acreedores reconocidos comunes que suscribieron el convenio.

Por lo que hace a 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, 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.

Una vez que el conciliador 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 10 días para que opinen sobre ésta y, en su caso, suscriban el convenio, debiendo adjuntar 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 7 días contados a partir de que venza el plazo de 10 días a que se refiere el párrafo anterior, el conciliador presentará al juez el convenio debidamente suscrito por el comerciante y al menos la mayoría requerida de acreedores reconocidos.

El juez al día siguiente de que le sea presentado el convenio y su resumen para su aprobación, deberá ponerlos a la vista de los acreedores reconocidos por el término de 5 días, a fin de que, en su caso:

- a)** Presenten las objeciones que consideren pertinentes, respecto de la autenticidad de la expresión de su consentimiento, y
- b)** Ejercen su derecho de veto (el convenio podrá ser vetado por una mayoría simple de acreedores reconocidos comunes, o bien por cualquier número de éstos, cuyos créditos reconocidos representen conjuntamente al menos el cincuenta por ciento del monto total de los créditos reconocidos a dichos acreedores. No podrán ejercer el veto los acreedores reconocidos comunes que no hayan suscrito el convenio si en éste se prevé el pago de sus créditos.)

Transcurrido el plazo de 5 días referido con antelación, el juez verificará que la propuesta de convenio reúna todos los requisitos de ley y no contravenga disposiciones de orden público, debiendo dictar la resolución que apruebe el convenio.

El convenio aprobado por el juez obligará:

- a)** Al comerciante;
- b)** A todos los acreedores reconocidos comunes;
- c)** A los acreedores reconocidos con garantía real o privilegio especial que lo hayan suscrito, y
- d)** A los acreedores reconocidos con garantía real o privilegio especial para los cuales el convenio haya previsto el pago de sus créditos.

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.

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.

2.2.5. ETAPA DE QUIEBRA.

El comerciante en concurso mercantil será declarado en estado de quiebra cuando:

- a) El propio comerciante así lo solicite;
- b) Transcurra el término para la conciliación y sus prórrogas si se hubieren concedido, sin que se someta al juez, para su aprobación, un convenio en términos de lo previsto en esta Ley, o;
- c) El conciliador solicite la declaración de quiebra y el juez la conceda, por falta de disposición del comerciante para suscribir el convenio.

La sentencia de declaración de quiebra deberá contener: (artículo 169)

- 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.

El síndico deberá inscribir la sentencia de quiebra en los registros públicos que correspondan y hará publicar un extracto de la misma, por dos veces consecutivas, en el Diario oficial de la Federación y en uno de los diarios de mayor circulación en la localidad donde se siga el juicio. Asimismo, 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 sus obligaciones.

El síndico designado 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.

La sentencia de quiebra será apelable por el comerciante, cualquier acreedor reconocido, así como por el conciliador en los mismos términos que la sentencia de concurso mercantil.

Los efectos particulares de la Sentencia de Quiebra, a saber, son los siguientes:

- a) La remoción del comerciante en la administración de su empresa.
- b) La administración de la empresa por parte del síndico, para lo cual contará con las más amplias facultades de dominio que en derecho procedan.
- c) La inmediata ocupación de la empresa por parte del síndico, lo que implica la toma de posesión de los libros, papeles, documentos, medios electrónicos de almacenamiento y proceso de información y todos los bienes que se encuentren en posesión del Comerciante, mediante inventario.

LA ENAJENACIÓN DEL ACTIVO.

Puesto que la finalidad primordial de la quiebra es la enajenación de los bienes que comprenden la masa, con la mayor rapidez posible y obteniendo las

mejores condiciones de venta, es en virtud de ello que una vez que ésta haya sido declarada, aún y cuando no se hubiere concluido el reconocimiento de créditos, el síndico procederá a la enajenación de los bienes y derechos que integren la masa, procurando obtener el mayor producto posible por su enajenación.

Ahora bien, 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.

La enajenación de los bienes deberá realizarse a través del procedimiento de subasta pública, salvo que el síndico considere que mediante un procedimiento distinto se pueda obtener un mayor valor, o bien, cuando los bienes requieran una inmediata enajenación porque no puedan conservarse sin que se deterioren o corrompan, o que estén expuestos a una grave disminución en su precio, o cuya conservación sea demasiado costosa en comparación a su valor.

La subasta deberá realizarse dentro de un plazo no menor a 10 días naturales ni mayor de 90 días naturales a partir de la fecha en que se publique por primera vez la convocatoria, la cual deberá contener: (artículo 199)

- I. Una descripción de cada uno de los bienes o conjunto de bienes de la misma especie y calidad que se pretende enajenar;
- II. El precio mínimo que servirá de referencia para determinar la adjudicación de los bienes subastados, acompañado de una explicación razonada de dicho precio y, en su caso, la documentación en que se sustente;
- III. La fecha, hora y lugar en los que se propone llevar a cabo la subasta, y

- IV. Las fechas, lugares y horas en que los interesados podrán conocer, visitar o examinar los bienes de que se trate.

Desde el día en que se haga la publicación señalada en el artículo anterior hasta el día inmediato anterior a la fecha de la subasta, cualquier interesado en participar podrá presentar al juez, en sobre cerrado, posturas por los bienes objeto de la subasta.

El juez o, en su caso, el secretario de acuerdos del juzgado presidirá la subasta en la fecha, hora y lugar autorizados por el juez, observando lo siguiente:

- I. El acceso a la subasta será público;
- II. A la hora señalada para la subasta, quien la presida la declarará iniciada y; enseguida, procederá, a abrir ante los presentes los sobres con las posturas recibidas, desechando aquellas que no cumplan con los requisitos de ley o sean por un precio menor al mínimo señalado en la convocatoria;
- III. De no haberse recibido ninguna postura válida, se declarará desierta la subasta;
- IV. Quien presida la subasta leerá en voz alta el monto de cada una de las posturas admitidas, haciendo mención expresa de aquellas realizadas por personas que tengan un vínculo familiar o patrimonial con el comerciante;
- V. Terminada la lectura, quien presida la subasta indicará la postura con el mayor precio por los bienes objeto de la subasta y preguntará si alguno de los presentes desea mejorarla. Si alguno la mejora dentro de un plazo de quince minutos, preguntará nuevamente si algún otro

postor se interesa en mejorarla, y así sucesivamente con respecto a las pujas que se hagan, y

- VI. En caso de que pasado cualquier plazo de quince minutos de hecha la última solicitud por una puja mayor, no se mejorare la última postura o puja, ésta se declarará ganadora.

Al concluir la sesión, el juez ordenará la adjudicación de los bienes, previo pago, en favor del postor que haya realizado la postura ganadora. En todos los casos, el pago íntegro deberá exhibirse dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que se celebró la subasta. De lo contrario, se descartará la postura y la subasta se tendrá como no realizada. En este caso, el postor perderá el depósito o se hará efectiva la garantía correspondiente en beneficio de la masa.

Ahora bien, si no se hubiese enajenado la totalidad de los bienes de la masa transcurrido un plazo de 6 meses a partir de iniciada la etapa de quiebra, cualquier persona interesada podrá presentar al juez una oferta para la compra de cualquier bien o conjunto de bienes de entre los remanentes. La oferta deberá presentarse en los formatos y conforme a las bases que al efecto expida el Instituto, señalando los bienes que comprende y el precio ofrecido y acompañarse de la garantía que determine el Instituto mediante reglas de aplicación general.

Al día siguiente de recibida la oferta, el juez la pondrá a la vista del comerciante, de los acreedores reconocidos y de los interventores por un plazo de 10 días. Si, al término de este plazo no han manifestado por escrito al juez su oposición a la oferta, el juez ordenará al síndico convocar, dentro de los 3 días siguientes a la recepción de la orden, a una subasta, debiéndose señalar como precio base el de la oferta recibida. La subasta se celebrará en un plazo no menor a 10 días naturales ni mayor a 90 días naturales a partir de la convocatoria. La oferta recibida se considerará como postura en la subasta y la persona que la hubiere presentado no podrá mejorarla ni participar en las pujas.

Si la enajenación prevé la adjudicación de la empresa del comerciante como unidad en operación, o de partes de ella que consistan en unidades de explotación, el síndico deberá notificar a los terceros que tengan contratos pendientes de ejecución, relacionados con la empresa o con la unidad objeto de enajenación, haciéndoles saber que tienen un término de 10 días naturales, contados a partir de la fecha de la notificación, para manifestar por escrito al síndico su voluntad de dar por terminados sus respectivos contratos. Respecto de los contratantes que no se opongan, sus contratos se continuarán con el adjudicatario.

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, y éste podrá participar en el procedimiento de ejecución en defensa de los intereses de la Masa. Durante los primeros 30 días naturales de la etapa de quiebra, el síndico podrá evitar la ejecución separada de una garantía cuando considere que es en beneficio de la Masa enajenarla como parte de un conjunto de bienes.

Cuando se proceda a la ejecución de una garantía o a su enajenación, se deducirá del producto de la venta la cantidad con la que el acreedor debe contribuir al pago de los acreedores singularmente privilegiados y de los créditos con cargo a la Masa.

DEL PAGO DE LOS CRÉDITOS Y ACREEDORES RECONOCIDOS.

Los créditos contra la Masa serán pagados con anterioridad a cualquiera de los acreedores y en el orden que a continuación se refiere:

- i. Los referidos en la fracción XXIII, apartado A, del artículo 123 constitucional y sus disposiciones reglamentarias aumentando los salarios a los correspondientes a los dos años anteriores a la declaración de concurso mercantil del Comerciante;
- ii. Los contraídos para la administración de la Masa por el Comerciante con autorización del conciliador o síndico o, en su caso, los contratados por el propio conciliador;
- iii. Los contraídos para atender los gastos normales para la seguridad de los bienes de la Masa, su refacción, conservación y administración;
- iv. Los procedentes de diligencias judiciales o extrajudiciales en beneficio de la Masa, y
- v. Los honorarios del visitador, conciliador y síndico y los gastos en que éstos hubieren incurrido, siempre y cuando fueren estrictamente necesarios para su gestión y hayan sido debidamente comprobados conforme a las disposiciones que emita el Instituto.

En lo concerniente al pago de los acreedores reconocidos, a partir de la fecha de la sentencia de quiebra, por lo menos cada dos meses, el síndico deberá presentar al juez un reporte de las enajenaciones realizadas y de la situación de activo remanente, y una lista de los acreedores que serán pagados, así como la cuota concursal que les corresponda, y el juez pondrá a la vista de los acreedores reconocidos y del comerciante el reporte y la lista referida, para que dentro del término de 3 días manifiesten lo que a su derecho corresponda. Transcurrido ese término, el juez resolverá sobre la manera y términos en que se procederá a los repartos de los efectivos disponibles.

Los repartos concursales se continuarán haciendo mientras existan en el activo bienes susceptibles de realización. Se considerará que se han realizado todos los bienes del activo, aun cuando quede parte de éste, si el síndico demuestra al juez que carecen de valor económico, o si el valor que tienen resultare inferior a las cargas que pesan sobre ellos o a los gastos necesarios para su enajenación. En estos casos el juez, oyendo a los interventores decidirá sobre el destino que se dará a estos bienes.

Concluido el concurso mercantil, los acreedores que no hubiesen obtenido pago íntegro conservarán individualmente sus derechos y acciones por el saldo contra el comerciante.

Una vez concluido el concurso mercantil, si se descubrieren bienes del comerciante o se le restituyeran bienes que debieron comprenderse como parte de la masa, se procederá a su correspondiente enajenación y distribución.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONCURSO MERCANTIL.

El juez declarará concluido el concurso mercantil en los siguientes casos:
(artículo 262)

- I. Cuando se apruebe un convenio;
- II. Si se hubiere efectuado el pago íntegro a los acreedores reconocidos;
- III. Si se hubiere efectuado pago a los acreedores reconocidos mediante cuota concursal de las obligaciones del comerciante, y no quedaran más bienes por realizarse;

- IV. Si se demuestra que la masa es insuficiente, aun para cubrir los créditos contra la masa, o
- V. En cualquier momento en que lo soliciten el comerciante y la totalidad de los acreedores reconocidos.

Si se dio por terminado el concurso mercantil porque no quedaren más bienes por realizarse, o bien, porque la masa es insuficiente, cualquier acreedor reconocido que dentro de los 2 años siguientes a su terminación, pruebe la existencia de bienes por lo menos suficientes para cubrir los créditos contra la masa, podrá obtener la reapertura del concurso mercantil. El concurso mercantil se continuará en el punto en que se hubiere interrumpido.

La sentencia de terminación del concurso mercantil se notificará a través del Boletín Judicial o por los estrados del juzgado.

La sentencia de terminación del concurso mercantil será apelable por el comerciante, cualquier acreedor reconocido, y el Ministerio Público así como por el visitador, el conciliador o el síndico en los mismos términos que la sentencia de concurso mercantil.

CAPÍTULO TERCERO

“ NOCIONES FUNDAMENTALES DE TEORIA DEL DELITO ”

3.1. EL DELITO.

3.1.1. DEFINICIÓN DE DELITO.

La palabra delito deriva del verbo latino “*delinquere*”, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

A través de la historia, el delito ha sido considerado como la transgresión a los valores fundamentales que resultan necesarios para mantener el orden y hacer posible la convivencia cotidiana dentro de una sociedad. En consecuencia, el delito implica una oposición a los intereses colectivos, salvaguardados por el Estado.

“Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas, y al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos.”⁶⁸

Francisco Carrara, definió al delito como “la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto

⁶⁸ CASTELLANOS Tena, Fernando. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”. 42ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, Pág. 125.

externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.”⁶⁹

Para Jiménez de Asúa, el delito “es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”⁷⁰

Por su parte el Código Penal Federal, en el primer párrafo de su artículo 7º. establece literalmente lo siguiente: “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”

3.1.2. ELEMENTOS DEL DELITO Y FACTORES NEGATIVOS.

A la “teoría del delito”, corresponde al análisis de los elementos que constituyen al delito, tanto en su aspecto positivo como negativo, así como sus diversas formas de manifestación, concretándose al estudio de:

1. La existencia del delito.
2. La no aparición o inexistencia del mismo.

Para tener una idea más completa en la presente investigación, seguiremos el mismo sistema que el del ilustre penalista Jiménez de Asúa, quien refiere que los elementos integrantes del delito son siete y a cada uno de ellos corresponde

⁶⁹ Ibidem, Pág. 125 y 126.

⁷⁰ JIMÉNEZ de Asúa. “Lecciones de Derecho Penal”. Tomo 7, Editorial Oxford University Press, México, 1997, Pág. 18.

un aspecto negativo, el cual, impide su integración. Es importante, señalar que el aspecto negativo de los elementos del delito fue una de las aportaciones del jurista alemán Guillermo Saber, pero en razón de que no los expuso metódicamente, fue el propio Luis Jiménez de Asúa quien perfeccionó su doctrina, de acuerdo con el método aristotélico de *sic et non*, contraponen lo que el delito es a lo que no es:

ASPECTO POSITIVO

1. Conducta o hecho
2. Tipicidad
3. Antijuridicidad
4. Imputabilidad
5. Culpabilidad
6. Punibilidad
7. Condiciones Objetivas de Punibilidad.

ASPECTO NEGATIVO

- Ausencia de Conducta o Hecho
- Atipicidad
- Causas de Justificación
- Causas de Inimputabilidad
- Causas de Inculpabilidad
- Excusas Absolutorias
- Ausencia de Condiciones
Objetivas de Punibilidad.

3.1.3. PRESUPUESTOS DEL DELITO.

Los autores se refieren a ellos, como las circunstancias jurídicas o de hecho, cuya existencia debe ser previa a la realización del delito.

“Podemos definir a los presupuestos del delito como aquellos antecedentes jurídicos necesarios para la realización de la conducta o hecho descrito por el tipo penal, de cuya existencia depende el delito.”⁷¹

⁷¹ LÓPEZ Betancourt, Eduardo. “Teoría del Delito”. Editorial Porrúa, México, 2002, Pág.33.

Se ha clasificado a los presupuestos en generales y especiales. Son generales cuando necesariamente deben concurrir para la configuración de cualquier delito, pues su ausencia implica la imposibilidad de integrarlo; mencionan como tales a la norma penal, al sujeto activo, al pasivo y al bien jurídico. Estiman como presupuestos especiales a los condicionantes de la existencia de un delito concreto y cuya ausencia puede originar la no aparición del delito, como la falta de preñez para la comisión del aborto.

La ausencia de los presupuestos de la conducta o del hecho, implica que sea imposible encuadrarlos en un tipo penal, ocasionando la inexistencia de un delito.

3.1.4. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.

I. POR LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.

- a)** Delitos de acción, aquellos que se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva.

- b)** Delitos de omisión, son aquellos en los que el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley; en ellos se viola una ley dispositiva. Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados de omisión impropia.
 - i.** Los delitos de simple omisión, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan, es decir, se sancionan por la omisión misma.

- ii. Los delitos de comisión por omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material.

II. POR EL RESULTADO.

- a) Delitos formales, son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal e en la omisión de la agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción (u omisión) en sí misma.
- b) Delitos materiales, son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material.

III. POR LA LESIÓN QUE CAUSAN.

- a) Delitos de daño, son los que causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada.
- b) Delitos de peligro, son aquellos que no causan daño directo a los intereses jurídicamente protegidos, pero los ponen en peligro.

IV. POR SU DURACIÓN.

- a) Instantáneo, cuando la acción que lo consuma se perfecciona en un sólo momento.
- b) Instantáneo con efectos permanentes, es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en

un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo.

- c) Continuado, en éste se dan varias acciones y una sola lesión jurídica, es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Se dice que el delito continuado consiste: unidad de resolución, pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución), unidad de lesión jurídica y unidad de sujeto pasivo.

- d) Permanente, cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos. En éste delito puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo, hay continuidad en la conciencia y en la ejecución, persistencia del propósito.

V. POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.

- a) Doloso, cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico.

- b) Culposo, cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, mas éste surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas.

VI. DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS.

- a) Simples, son aquellos en los cuales la lesión jurídica es única.

- b) Complejos, son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura

delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente.

VII. DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES.

- a) Unisubsistentes, son los que se forman por un solo acto.
- b) Plurisubsistentes, son aquellos que constan de varios actos.

VIII. DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS.

Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo.

IX. POR LA FORMA DE SU PERSECUCIÓN.

- a) Privado o de querrela necesaria, son aquellos delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes y, por tanto, procede su perdón.
- b) Perseguibles previa denuncia o de oficio, son todos aquellos en los que la autoridad está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de los ofendidos, consecuentemente, no surte efecto alguno el perdón del ofendido.

3.2. LA CONDUCTA Y SU ASPEPECTO NEGATIVO.

3.2.1. NOCIÓN DE CONDUCTA.

La conducta es el comportamiento humano voluntario, que consiste en hacer o no hacer algo, encaminado a la producción de un resultado, ya consista

éste en una modificación del mundo exterior o en el peligro de que ésta llegue a producirse.

Lo anterior significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad, respectivamente; y es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque al realizarse la acción u omisión se tiene una finalidad.

Para expresar a éste elemento del delito se han usado otros vocablos, a saber: acto, acción u hecho. Así tenemos que Jiménez de Asúa emplea el término “acto”, definiendo a éste como “la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja inerte ese mundo externo, cuya mutación se aguarda.”⁷²

Este acto a que hace referencia Jiménez de Asúa, no es otra cosa sino una conducta humana voluntaria que produce un resultado.

En conclusión, para entender a la conducta en sentido amplio, debemos comprenderla tanto en su aspecto positivo como tal como en su aspecto negativo como omisión, esto es, por actos y abstenciones.

3.2.1.1. LA ACCIÓN “STRICTO SENSU” Y SUS ELEMENTOS (ACTIVIDAD VOLITIVA, RESULTADO Y NEXO CAUSAL).

La acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca.

⁷² JIMÉNEZ de Asúa, Luis. “Teoría del Delito”. Editorial IURE editores, S.A. de C.V., México, 2003, Pág. 90.

“La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.”⁷³

Así, la acción es aquella actividad que realiza el sujeto, produciendo consecuencias en el mundo jurídico, en dicha acción debe darse un movimiento por parte del sujeto, de esta manera, la conducta de acción tiene tres elementos:

- 1) Manifestación de voluntad (movimiento)
- 2) Resultado
- 3) Relación de causalidad

La acción consta de un elemento físico y de un elemento psíquico, el primero es el movimiento y el segundo la voluntad del sujeto, ésta actividad voluntaria produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado.

La voluntad se refiere al querer de la acción, por eso se dice que existe una relación de causalidad, al presentarse un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad, donde la voluntad va dirigida a la realización del tipo de injusto.

El movimiento corporal es la parte externa de la acción, y consiste en el cambio de posición del cuerpo o parte de él que realiza el sujeto, sin olvidar, que se necesita la existencia de la opción psíquico voluntad.

El resultado de la acción es la modificación del mundo exterior o el peligro de su producción.

⁷³ AMUCHATEGUI Requena, Irma Griselda. “Derecho Penal. Cursos Primero y Segundo”. 2ª. Edición, Editorial Oxford University Press, México, 2003, Pág. 49.

En la conducta debe establecerse la relación de causalidad entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto, esto es, debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material.

Existen diversas doctrinas respecto a la causalidad de la conducta y el resultado; una es la generalizadora, la cual toma en cuenta todas las condiciones como causa del resultado, y la individualizadora que considera sólo a una de las condiciones como productora del resultado, en relación a una característica temporal, cuantitativa o cualitativa.

En la teoría generalizadora también llamada teoría de la equivalencia de las condiciones, todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todas son su causa, es decir, que si se suprimiera una de las condiciones, el resultado no se produciría.

La corriente individualizadora se presenta con diversos aspectos, por tanto, emergen diferentes directrices:

- a) Teoría de la última condición: parte de un criterio temporal y se debe estimar como causa del resultado producido, la última condición realizada (criterio temporal).
- b) Teoría de la condición más eficaz: considera como la causa más eficaz, la condición que más contribuyo al resultado (criterio cuantitativo).
- c) Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada: únicamente considera como verdadera causa del resultado la condición normalmente adecuada para producirlo (criterio cualitativo).

3.2.1.2. LA OMISIÓN.

La omisión es la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar, o dicho de otro modo, es toda conducta humana que sin necesidad de una acción material (movimiento corpóreo), produce algún cambio en el mundo exterior.

Los delitos de omisión consisten en la abstención del sujeto, cuando la ley ordena la realización de un acto determinado.

Esta omisión es la conducta inactiva, es decir, es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente en una inactividad.

Dentro de la omisión debe distinguirse la *omisión simple* u omisión propia de la *comisión por omisión* u omisión impropia. La primera consiste en un no hacer voluntario, violando con ello una norma preceptiva con una consecuencia consistente en un resultado típico, sin requerir de resultado material alguno; mientras que en la *comisión por omisión* se infringe tanto una norma preceptiva como una de carácter normativo, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material. En los delitos de *omisión simple* el tipo se llena con la inactividad, en los de *comisión por omisión* cuando por la inactividad emerge el resultado material.

Los elementos de la omisión son: a) manifestación de la voluntad, b) una conducta pasiva (inactividad), c) deber jurídico de obrar y d) resultado típico jurídico; mismos que aparecen tanto en la *omisión simple* como en la *comisión por omisión*, mas en ésta emerge un factor más consistente en la producción de un resultado material.

3.2.2. ASPECTO NEGATIVO: AUSENCIA DE CONDUCTA.

Es la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito.

La ausencia de conducta se presenta por:

- a) Vis absoluta o fuerza física superior exterior irresistible, entendiéndose por ésta cierta violencia hecha al cuerpo del agente proveniente de otro sujeto, que da por resultado que éste ejecute, irremediamente, lo que no ha querido ejecutar, en virtud de lo cual no hay voluntad por parte del agente.

Es importante mencionar que la fuerza debe ser física porque es la única que puede obligar al sujeto a actuar contra su voluntad, así como exterior e irresistible porque el sujeto que recibe la fuerza física, no la puede dominar o resistir y es vencido por ella.

- b) Vis maior o fuerza mayor, se presenta cuando el sujeto realiza una acción (en sentido amplio) coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.
- c) Los movimientos reflejos, los cuales consisten en actos corporales involuntarios, son otra causa de ausencia de conducta porque tampoco participa la voluntad del sujeto.

- d) El sueño, “estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos”.⁷⁴

En este estado no existe voluntad, en virtud de que el sujeto no tiene dominio sobre sí mismo, por estar dormido.

- e) El hipnotismo, es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales. En dicho fenómeno psíquico el sujeto actúa sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.
- f) El sonambulismo, es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo, y debe de considerarse dentro de las causas de ausencia de conducta por no existir voluntad del sujeto.

3.3. TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

3.3.1. EL TIPO PENAL.

Se debe de tener cuidado de no confundir tipicidad con tipo. “El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.”⁷⁵

⁷⁴ PAVÓN Vasconcelos, Francisco. “Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General”. 16ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, Pág. 259.

⁷⁵ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 167.

Es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito, de este modo, en la descripción de los tipos penales, siempre intervendrán elementos de alcance diverso, a saber:

- a) El presupuesto de la conducta o del hecho (comportamiento).
- b) El sujeto activo
- c) El sujeto pasivo.
- d) El objeto jurídico.
- e) El objeto material.
- f) Las modalidades de la conducta:
 - i) Referencias temporales.
 - ii) Referencias espaciales.
 - iii) Referencia a otro hecho punible.
 - iv) De referencia a otra índole.
 - v) Medios empleados.
- g) Elementos normativos.
- h) Elemento subjetivo del injusto.

En concreto, el tipo es el injusto recogido y descrito en la ley penal.

3.3.2. TIPICIDAD.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal. En este contexto, diversos autores han dado su definición de tipicidad, así tenemos que:

El maestro Castellanos Tena consideró que “la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.”⁷⁶

⁷⁶ Ibidem, Pág. 168.

Para Jiménez de Asúa, la tipicidad es “la exacta correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción”⁷⁷

La tipicidad se encuentra fundamentada en el artículo 14 Constitucional, párrafo tercero, que a la letra dice: *“En los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”*

Para concluir, diremos que la importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal, podemos afirmar que no hay delito (*nullum crimen sine lege*).

3.3.3. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.

Respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo, se han dado distintas clasificaciones por los diferentes autores, sólo haremos referencia a las más comunes:

I. Por su composición:

- a) Normales, aquellos que se limitan a hacer una descripción objetiva.
- b) Anormales, además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos.

II. Por su ordenación metodológica:

- a) Fundamentales o básicos, constituyen la esencia o fundamento de otros tipos.

⁷⁷ JIMÉNEZ de Asúa. Op. Cit. Pág. 84.

- b) Especiales, son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial.
- c) Complementados, se integran con el tipo fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta. Se diferencian de los tipos especiales, en el hecho de que éstos últimos excluyen la aplicación del tipo básico, mientras que los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

III. En función de su autonomía o independencia:

- a) Autónomos o independientes, son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo.
- b) Subordinados, aquellos que dependen de otro tipo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan, sino se subordinan.

IV. Por su formulación:

- a) Casuísticos, son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única sino varias formas de ejecutar el ilícito. Se clasifican en alternativamente formados y acumulativamente formados. En los primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas; mientras que en los acumulativamente formados se requiere el concurso de todas las hipótesis.
- b) Amplios, describen una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución.

c) Normales, aquellos que se limitan a hacer una descripción objetiva.

V. Por el daño que causan:

a) De daño, tutelan los bienes frente a su destrucción o disminución.

b) De peligro, cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado.

3.3.4. ASPECTO NEGATIVO.

Dentro de la teoría del delito, suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad.

3.3.4.1. AUSENCIA DE TIPO.

La ausencia de tipo se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos.

La falta de tipo no es otra cosa que la inexistencia de descripción de la conducta o hecho en la norma penal.

3.3.4.2. ATIPICIDAD.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad.

“La atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal.”⁷⁸

⁷⁸ LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit., Pág.140.

Ahora, de manera destacada, nuestro Código Penal Federal se refiere a la ausencia de tipicidad, incluyéndola en el artículo 15, fracción II, relativo a las causas de exclusión del delito, estableciendo que no habrá delito “cuando falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate”.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

- a) Ausencia del tipo.
- b) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto al sujeto activo y pasivo.
- c) Ausencia del objeto jurídico o del objeto material.
- d) Las modalidades de la conducta:
- e) Ausencia de referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.
- f) Al no realizarse el hecho por los medios comisitos específicamente señalados en la ley.
- g) Falta de elementos del injusto legalmente exigidos.
- h) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

3.4. ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

3.4.1. DEFINICIÓN DE ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad es lo contrario a derecho, y radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. Así pues, una conducta es antijurídica cuando vulnera dichos bienes o valores.

La doctrina ha dividido a la antijuridicidad en *formal* y *material*. El acto será *formalmente* antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley), y *materialmente* antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Lo anterior no significa que existan dos antijuridicidades, una formal y otra material, sino que se refiere al doble contenido de la antijuridicidad, ya que ésta constituye en sí un concepto unitario, resultado de un juicio sustancial desvalorativo sobre una conducta, en el que no es suficiente la contradicción al orden jurídico, sino que dicha contrariedad, a su vez, ha de representar una sustancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser de dicho orden.

3.4.2. ASPECTO NEGATIVO: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica, por lo que en tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho.

A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad y/o causas de licitud.

Las causas de justificación son objetivas, ya que recaen sobre la acción realizada, esto es, se refieren al hecho y no al sujeto; sus efectos son *erga omnes* respecto de los partícipes, en cuanto que favorecen a todos; y no acarrear ninguna clase de responsabilidad jurídica, por resultar la conducta apegada al orden jurídico.

Las excluyentes de antijuridicidad, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuridicidad formal a que da vida también una declaración legal.

“El Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos

intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del más valioso.”⁷⁹

Por ello, las causas de justificación se fundan en:

a) La ausencia de interés, consistente en que el delito se excluye por actuar con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado; y

b) La protección del interés preponderante, que se da cuando existen dos intereses incompatibles, y ante la imposibilidad de que ambos subsistan, se opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor.

Nuestro Código Penal Federal, señala como causas de justificación a las siguientes:

I. La legítima defensa.

Para Jiménez de Asúa la legítima defensa “es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.”⁸⁰

La legítima defensa se fundamenta en la necesidad de repeler una agresión injusta, ante la imposibilidad en que el Estado se encuentra para acudir en defensa de quien injustamente es agredido.

Los elementos de la defensa son los siguientes:

a) Una agresión injusta y actual;

⁷⁹ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 187.

⁸⁰ JIMÉNEZ de Asúa. Op. Cit. Pág. 136.

- b) Un peligro inminente de daño, derivado de la agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados; y
- c) Repulsa de dicha agresión.

En relación a esta causa de justificación, el artículo 15, fracción IV, del Código Penal Federal establece que se excluirá el delito cuando: *“se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.”*

Del análisis de la fracción referida anteriormente, se tiene que para que se pueda dar esta causa de justificación, deben concurrir los siguientes requisitos:

- i) Repulsa de la agresión (conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos), lo cual equivale a rechazar, evitar, impedir, no quererla.
- ii) La agresión ha de ser real, no hipotética o imaginaria; debe también ser actual o inminente, es decir, presente o muy próxima, en virtud de que si la agresión ha sido consumada, no existiría la defensa legítima, sino una venganza privada; también debe ser injusta, sin derecho.
- iii) Dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados pertenecientes al que se defiende o a terceros a quienes se defiende.
- iv) Se exige que exista necesidad de la defensa, racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Ésta causa de justificación se apoya en función del interés preponderante, habida cuenta de que se considera de mayor importancia el interés de quien es agredido en relación al de aquél que arremete injustamente.

II. Estado de necesidad.

El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.

Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley. Indudablemente ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado opta por la salvación de uno de ellos, por lo que en esta justificante sigue cobrando vigor el principio del interés preponderante, nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado, porque sólo entonces el atacante obra con derecho.

Los elementos del estado de necesidad son:

- a) Una situación de peligro, real, actual o inminente;
- b) Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente;
- c) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno);
- d) Un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y,

- e) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Nuestro Código Penal Federal en su artículo 15, fracción V, considera al estado de necesidad como una de las causas de exclusión del delito, cuando: *“se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.”*

La doctrina estima que el estado de necesidad implica un conflicto de intereses desiguales, en que se opta por sacrificar el de menor valor. Así, cuando el sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se estará ante una causa de justificación; pero si por el contrario, se lesiona uno de mayor valía, el delito se configurará, excepto si se presenta alguna otra circunstancia que justificara el hecho. En el caso de que los bienes sean equivalentes, el delito será inexistente, no porque sea anulada la antijuridicidad, sino en función de una causa de justificación.

Es importante señalar que el estado de necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto la defensa es reacción contra el ataque; además del hecho de que en el primero existe un conflicto de intereses legítimos, mientras en la segunda, habrá uno legítimo y otro ilegítimo.

III. El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

La fracción VI del multireferido artículo 15 de nuestro Código Penal Federal, establece como excluyentes del delito al cumplimiento de un deber y al ejercicio

de un derecho, al disponer que: *“La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir con el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.”*

En cuanto al cumplimiento de un deber, éste existe cuando alguien debe comportarse como se comporta, en virtud de que una norma jurídica o una orden obligatoria de la autoridad pública se lo impone, sea por razón de su oficio, sea por su situación subjetiva de subordinado. Es en ese tenor que el cumplimiento de un deber, deriva de funciones públicas, o sea, de deberes de servicio y/o de un deber que la propia ley impone a un particular, en tales casos, el sujeto no actúa antijurídicamente, sino que su conducta es lícita por estar autorizada legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber.

El ejercicio del derecho posee eficacia eximente por la razón de que, si el ordenamiento jurídico ha atribuido a una persona una determinada facultad, quiere decir que ha establecido el predominio de su interés sobre los que se le contraponen, esto es, obra en ejercicio legítimo de un derecho la persona que ejecuta determinado comportamiento o desarrolla especiales actividades con el expreso respaldo legal. Así pues, se tiene que si la acción o la omisión está permitida y mandada por la ley, entonces el daño ocasionado no será ilegítimo.

IV. Consentimiento del titular del bien jurídico afectado.

Nuestro Código Penal Federal recoge, en forma expresa, como causa excluyente del delito el consentimiento del interesado, al establecer en su artículo 15, fracción III, lo siguiente: *“Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) que el bien jurídico sea disponible; b) que el titular del bien tenga la capacidad jurídica; y c) que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, o bien, que*

el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.”

Por otra parte, consideramos importante señalar que antes de las reformas del 10 de enero de 1994, nuestra legislación penal establecía a la “obediencia jerárquica” y al “impedimento legítimo”, como causas de justificación.

3.5. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

3.5.1. LA IMPUTABILIDAD.

Se define a la imputabilidad como “la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.”⁸¹

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

“Imputabilidad es la capacidad de querer y entender, en el campo del Derecho Penal. El querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.”⁸²

⁸¹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 11ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo I-O, Pág. 1969.

⁸² LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit., Pág.180.

“Conceptualmente la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta.”⁸³

“La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.”⁸⁴

Para que el individuo sea imputable debe conocer la ilicitud del acto y querer realizarlo, esto es, debe tener capacidad de entender y querer (aptitud intelectual y volitiva). Existiendo discernimiento y voluntad hay imputabilidad.

3.5.2. LA RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado y de sufrir sus consecuencias al someterse a juicio.

La responsabilidad resulta de la relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.

Así pues, sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho están obligados, previa sentencia firme, a responder de él.

⁸³ VELA Treviño, Sergio. “Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito”. 2ª. Edición, 4ª. Reimpresión, Editorial Trillas, México, 2000, Pág 18.

⁸⁴ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 218.

3.5.3. ACCIONES LIBERAE IN CAUSA.

“Estamos frente a una conducta libre en su causa, cuando el sujeto con capacidad de culpabilidad, se pone por su propia decisión en forma dolosa o culposa en un estado de inimputabilidad, produciendo un resultado típico.”⁸⁵

En esos casos se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, por lo que el fundamento de la imputabilidad se encuentra en la acción o acto precedente, o sea, aquél en el cual el individuo sin carecer de tal capacidad, voluntaria o culposamente se colocó en una situación de inimputabilidad, y por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable.

En este tipo de conductas, el sujeto hace uso de su persona como medio, como un instrumento, ya que en el momento de tener una capacidad de querer y entender, se pone el mismo en un estado de inconsciencia (provoca la inimputabilidad), para realizar el delito.

3.5.4. INIMPUTABILIDAD.

Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Jiménez de Asúa sostiene que, “son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico,

⁸⁵ LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit., Pág.180.

no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró.”⁸⁶

Nuestro Código Penal Federal en su artículo 15, relativo a las circunstancias excluyentes del delito, específicamente, en la fracción VII, se alude a las causas de inimputabilidad, estableciendo literalmente lo siguiente: *“Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.”*

El segundo párrafo de la fracción VII consagra la llamada imputabilidad disminuida: *“Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 Bis de este Código.”* Ahora bien, este último precepto dispone: *“Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor”.*

Cabe hacer notar que en la imputabilidad disminuida la ley no excluye el delito, únicamente reduce la pena o, en su caso, la medida de seguridad o ambas.

Para concluir, podemos decir que las causas de inimputabilidad son las siguientes:

⁸⁶ JIMÉNEZ de Asúa. Op. Cit. Pág. 177.

- a) El trastorno mental, que consiste en la perturbación de las facultades psíquicas, que impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse de acuerdo con esa comprensión.

- b) La minoría de edad, en Derecho Penal comúnmente se considera que los menores de 18 años son inimputables y, por lo mismo, cuando realizan comportamientos típicos no se configuran los delitos respectivos.

- c) El miedo grave, que puede producir la inconsciencia o un verdadero automatismo en el sujeto y por ello constituye una causa de inimputabilidad, toda vez que afecta la capacidad o aptitud psicológica.

3.6. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

3.6.1. NOCIÓN DE CULPABILIDAD.

Se considera a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa.

3.6.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD.

Dos son las principales doctrinas que se ocupan sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad: el psicologismo y el normativismo.

- a) Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad. Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico; considera que la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor, y que su estudio requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido sus actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. Lo cierto es que la culpabilidad desde el punto de vista psicológico, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado.
- b) Teoría normativa o normativista de la culpabilidad. Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.

3.6.3. FORMAS DE CULPABILIDAD.

La culpabilidad reviste dos formas, dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

3.6.3.1. EL DOLO.

El dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

Luis Jiménez de Asúa lo define como “la producción de un resultado antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”.⁸⁷

En conclusión, el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber; el volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto.

Cada tratadista establece su propia clasificación de las especies de dolo, en esa tesitura para el profesor Castellanos Tena las especies de dolo de mayor importancia práctica son:

- a) Dolo directo, es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere.
- b) Dolo indirecto, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.
- c) Dolo eventual, es en el que hay una representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo, porque no se quiere el resultado, sino se acepta en caso de que se produzca.

⁸⁷ Ibidem, Pág. 208.

- d) Dolo indeterminado, es aquel en el que el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial.

Nuestro Código Penal Federal en su artículo 9o., párrafo primero, establece literalmente lo siguiente: “*Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley...*”

3.6.3.2. LA CULPA.

Existe culpabilidad cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley.

El maestro Pavón Vasconcelos define la culpa como “aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.”⁸⁸

El maestro Castellanos Tena considera “que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.”⁸⁹

Dos son las especies principales de la culpa: consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación.

- a) La culpa consciente, con previsión o con representación, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no

⁸⁸ PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 371.

⁸⁹ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 248.

solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción.

- b) La culpa inconsciente, sin previsión o sin representación, existe cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible, es una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada.

El último párrafo del artículo 9o. de nuestro Código Penal Federal, establece literalmente lo siguiente: *“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”*

Debe tenerse presente que muchos tipos requieren necesariamente de una ejecución dolosa, es decir, sólo pueden actualizarse mediante una conducta dirigida subjetivamente a la realización típica.

3.6.4. INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

Este aspecto negativo operará cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad, es decir, habrá

inculpabilidad siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúa libre y espontáneamente.

“La inculpabilidad consiste en la falta de nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, esto es, la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.”⁹⁰

Solamente puede obrar a favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad.

Las causas de inculpabilidad, son aquellas que eliminan al elemento intelectual o volitivo, o bien, a ambos; así pues, tenemos como causas de inculpabilidad las siguientes:

- a) El error y la ignorancia. Ambos pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta; pues el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el derecho.

En el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

El error se divide en error de hecho y de derecho; el de hecho, a su vez, se clasifica en esencial y accidental.

⁹⁰ LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit., Pág.238.

El error de derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación.

El error de hecho esencial es el que recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal; y para que éste pueda tener efectos de inculpabilidad, debe ser invencible, ya que de lo contrario, dejará subsistente la culpa.

La doctrina contemporánea divide el error en dos clases: de tipo y de prohibición, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal (el agente ignora obrar típicamente), o el sujeto sabiendo que actúa típicamente, cree hacerlo protegido por una justificante.

Nuestro Código Penal Federal considera en su artículo 15, fracción VIII, como causa de exclusión del delito, el hecho de que se *“realice la acción o la omisión bajo un error invencible: a) sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o b) respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.”*

El error de hecho accidental, es aquel que no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias y es ineficaz para borrar la culpabilidad. Se subdivide en error en el golpe, error en la persona y error en el delito. El error en el golpe se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente; el error en la persona se da cuando el error versa sobre la persona objeto del delito; y existe error en el delito cuando se ocasiona un suceso diferente al deseado.

- b) La obediencia jerárquica. “Es el cumplimiento que un subordinado debe hacer de una orden proveniente de una persona que tiene mando sobre el.”⁹¹

Este caso se presenta cuando un subordinado carece de facultades para examinar la orden y tiene el deber de obedecer, o sea, la orden es incuestionable en cuanto a su contenido e impostergable respecto de su cumplimiento. Se da la eximente porque la verificación de la conducta se hace en función de la orden recibida y de la obediencia debida, no en razón de la voluntad del sujeto que actúa.”⁹²

El maestro Castellanos Tena, al respecto manifiesta que “resulta muy discutible la verdadera naturaleza jurídica de la eximente por obediencia jerárquica, por lo que en ella hay que distinguir diversas situaciones:

- I. Si el subordinado tiene poder de inspección sobre la orden superior y conoce la ilicitud de ésta , su actuación es delictuosa, ya que debe abstenerse de cumplir el mandato en acatamiento de la ley, norma de mayor categoría que el acto de voluntad de quien manda.
- II. Si el inferior posee el poder de inspección, pero desconoce la ilicitud del mandato y ese desconocimiento es esencial e invencible, se configura una inculpabilidad en virtud de un error esencial de hecho.

⁹¹ OSORIO y Nieto, César Augusto. “Síntesis de Derecho Penal. Parte General”. 4ª. Edición, Editorial Trillas, México, 2002, Pág. 72.

⁹² Idem.

III. El inferior, conociendo la ilicitud del mandato y pudiendo rehusarse a obedecerlo no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias, se integra una inculpabilidad en vista de la coacción sobre el elemento volitivo o emocional o una no exigibilidad de otra conducta.

IV. Cuando el subordinado carece del poder de inspección y legalmente tiene el deber de obedecer, surge la única hipótesis de la obediencia jerárquica constitutiva de una verdadera causa de justificación y no de una no exigibilidad de otra conducta.”⁹³

- c) Las eximentes putativas. Son aquellas situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, permitida, lícita, sin serlo. Participan todas las actuaciones típicas y antijurídicas en donde el sujeto considera, de manera fundada, encontrarse ante una causa de justificación, tal es el caso de la legítima defensa putativa, el estado necesario putativo, el deber y derechos legales putativos.
- d) El temor fundado. Puede constituir una causa de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad, ya que el temor encuentra su origen en procesos materiales (causa externa) y no psicológicos. Aunque para muchos especialistas, el fundado temor es uno de los casos típicos de la no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que el Estado, no puede exigir un obrar diverso.
- e) La no exigibilidad de otra conducta. Con la frase “no exigibilidad de otra conducta”, se da a entender que una conducta no puede considerarse culpable, cuando el agente, dadas las circunstancias de su situación,

⁹³ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 269.

no pueda exigírsele una conducta distinta de la observada, y dicha excluyente del delito encuentra su fundamento en la fracción IX, del artículo 15 del Código Penal Federal, cuyo tenor literal es: “*Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.*”

Para concluir, el maestro Castellanos Tena hace notar “que para desaparecer la culpabilidad precisa la anulación de alguno de sus dos elementos, o de ambos, de lo cual se infiere que las causas de inculpabilidad son aquellas capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo; en consecuencia, las inculpabilidades están constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.”⁹⁴

3.7. LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.7.1. NOCIÓN DE PUNIBILIDAD.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, tal merecimiento acarrea la conminación legal de la aplicación de esa sanción.

Pavón Vasconcelos afirma que la punibilidad es “la amenaza de pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.”⁹⁵

⁹⁴ Ibidem, Pág. 271.

⁹⁵ PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 395.

Por su parte, el maestro Castellanos Tena nos dice que “punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.”⁹⁶

3.7.2. EL PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

En la doctrina aún se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito, y al respecto para la mayoría de los especialistas la punibilidad no es elemento esencial del delito, en virtud de que si falta el delito permanece inalterable.

La pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito, es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria. Así pues, un acto es punible porque es delito, pero no es delito por ser punible.

En conclusión, la punibilidad no es un elemento sino una consecuencia del delito.

3.7.3. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD (EXCUSAS ABSOLUTORIAS).

Al aspecto negativo de la punibilidad se le llaman excusas absolutorias, y en función de ellas no es posible la aplicación de la pena.

⁹⁶ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 275.

Jiménez de Asúa dice que “son excusas absolutorias las causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.”⁹⁷

El maestro Castellanos Tena por su parte afirma que las excusas absolutorias “son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo excluye la posibilidad de punición.”⁹⁸

Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente establecidas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente, y las especies de mayor importancia son:

- a) Excusa en razón de menor temibilidad.
- b) Excusa en razón de la maternidad consciente.
- c) Excusa por encubrimiento de parientes y allegados.
- d) Excusa por graves consecuencias sufridas.

3.7.4. LA CONDICIONALIDAD OBJETIVA.

Las condiciones objetivas de penalidad tampoco son elementos esenciales del delito, si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo, si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios y/o fortuitos.

⁹⁷ JIMÉNEZ de Asúa. Op. Cit. Pág. 253.

⁹⁸ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 278 y 279.

Las condiciones objetivas de punibilidad “son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.”⁹⁹

Las condiciones objetivas de punibilidad, son elemento valorativos y más comúnmente, modalidades del tipo, en caso de no presentarse constituirán formas atípicas, impidiendo la tipicidad de la conducta ilícita.

Cuando en la conducta falta la condición objetiva de punibilidad, no podrá castigarse la conducta. Asimismo, la falta de estas circunstancias ajenas o exteriores al delito, e independientes de la voluntad del agente, impedirán que la conducta se adecúe a alguno de los tipos penales, por lo que no podrá sancionarse.

En conclusión, las condiciones objetivas de punibilidad, son requisitos que la ley exige en delitos específicos y son situaciones que deben realizarse, porque en caso de que se incumplieren, el hecho no sería punible.

⁹⁹ Idem.

CAPÍTULO CUARTO

“ ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO EN QUE INCURRE UN COMERCIANTE AL CAUSAR O AGRAVAR DOLOSAMENTE EL INCUMPLIMIENTO GENERALIZADO EN EL PAGO DE SUS OBLIGACIONES, TIPIFICADO EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 271 DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES ”

Previo al estudio del delito que nos ocupa, es preciso señalemos el contexto en que él mismo se ubica, ello con la finalidad de que la presente exposición sea más clara y comprensible, así pues, tenemos que la Ley de Concursos Mercantiles cuenta con un apartado especial que regula determinadas figuras penales, específicamente en su Título Décimo Primero, intitulado “Aspectos Penales del Concurso Mercantil”, el cual cuenta con un Capítulo Único denominado “De los Delitos en situación de Concurso Mercantil”, comprendiendo de los artículos 271 al 277, cuyo texto literal es el siguiente:

“Artículo 271. El Comerciante declarado, por sentencia firme, en concurso mercantil, será sancionado con pena de uno a nueve años de prisión por cualquier acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el Comerciante ha causado o agravado dolosamente el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones cuando lleve su contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera; o la altere, falsifique o destruya.

El juez tendrá en cuenta, para individualizar la pena, la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores y su número.”

“Artículo 272. El Comerciante contra el cual se siga un procedimiento de concurso mercantil será sancionado con pena de uno a tres años de prisión cuando requerido por el juez del concurso mercantil, no ponga su contabilidad, dentro del plazo que para ello el juez concursal le hubiere concedido, a disposición de la persona que el juez designe, salvo que el Comerciante demuestre que le fue imposible presentarla por causas de fuerza mayor o caso fortuito.”

“Artículo 273. Cuando el Comerciante sea una persona moral, la responsabilidad penal recaerá sobre los miembros del consejo de administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores de la misma que sean autores o partícipes del delito.”

“Artículo 274. El que por sí o por medio de otra persona solicite en el concurso mercantil el reconocimiento de un crédito inexistente o simulado será sancionado con pena de uno a nueve años de prisión.”

“Artículo 275. Los delitos en situación de concurso mercantil se perseguirán por querrela. Tendrán derecho a querrellarse el Comerciante y cada uno de sus acreedores, estos últimos aun en el caso de que algún otro acreedor hubiese desistido de su querrela o hubiere concedido el perdón.”

“Artículo 276. En los delitos en situación de concurso mercantil, el juez penal no conocerá de la reparación del daño, materia que corresponde al juez del concurso mercantil.”

“Artículo 277. Los delitos en situación de concurso mercantil, cometidos por el Comerciante, por personas que hayan actuado en su nombre o por terceros, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso mercantil y sin perjuicio de la continuación de éste.

Las decisiones del juez que conoce del concurso mercantil no vinculan a la jurisdicción penal. No será necesaria calificación para perseguir estos delitos.”

Ahora bien, en cuanto hace a los presupuestos del delito, consistentes en aquellos antecedentes jurídicos necesarios para la realización de la conducta o hecho descrito por el tipo penal y de cuya existencia depende el delito, también resulta indispensable hacer mención a los mismos antes de entrar al análisis de mérito.

De este modo, tenemos que los presupuestos del delito en estudio son los siguientes:

- a) Sujeto activo. El delito contenido en el primer párrafo del artículo 271 de la ley de concursos mercantiles, es un delito especial, en virtud de que el tipo penal exige que el sujeto activo tenga determinada calidad, por lo que el delito que nos ocupa solamente puede ser cometido por quienes ostentan la calidad de comerciantes y hayan sido declarados previamente en concurso mercantil.

Así pues, sólo los comerciantes declarados en concurso podrán ser autores de éste delito.

- b) Sujeto pasivo. Sólo podrán serlo los acreedores integrantes de la masa del procedimiento concursal, en otras palabras, el sujeto pasivo de nuestro delito viene a coincidir con la denominada masa pasiva, que está constituida sin excepción por todos los acreedores de un comerciante previamente declarado en concurso mercantil.

Luego todos y cada uno de los acreedores es individualmente considerado, sujeto pasivo.

- c) Bien jurídico tutelado. El objeto de protección lo es el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del deudor, por tanto, se trata de un bien de contenido patrimonial.

El derecho penal no protege al acreedor frente a cualquier incumplimiento de una obligación, pues precisa que se siga de él una frustración del derecho del crédito y que ésta sea consecuencia de la realización de una conducta dolosa, o si se prefiere, de la práctica de ciertas maquinaciones en perjuicio de los acreedores.

En nuestro delito objeto de estudio, el contenido del injusto radicará en el daño que los derechos de crédito de los acreedores puedan sufrir a

consecuencia de la causación del incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones por parte del comerciante.

- d) Objeto material. La conducta típica ha de recaer siempre sobre los bienes propios del comerciante.

4.1. CLASIFICACIÓN DEL DELITO.

I. SEGÚN LA CONDUCTA DEL AGENTE.

- a) De acción, entendiéndose por ello la exteriorización de movimientos corporales tendientes a lograr el fin propuesto, en el delito objeto de estudio, consistirán en causar o agravar el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones; y/o
- b) De omisión, ya que el tipo penal materia de análisis, al ser un tipo abierto permite alojar directamente en su seno determinadas conductas omisivas por parte del agente, capaces de causar o agravar el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

II. POR EL RESULTADO.

- a) Material, porque la naturaleza del tipo exige que se cause un perjuicio a los acreedores del comerciante declarado en concurso mercantil, y dicho perjuicio debe derivar del incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones.

III. POR LA LESIÓN QUE CAUSAN.

- a) De daño, toda vez que se causa un daño directo y efectivo en el interés jurídicamente protegido, esto es, en el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del deudor.

IV. POR SU DURACIÓN.

- a) Instantáneo con efectos permanentes, porque el hecho de bancarrota (conducta) puede lesionar el bien jurídico tutelado en forma instantánea, en un solo momento, pero sus consecuencias permanecerán por un determinado tiempo; y/o
- b) Continuado, porque la naturaleza de éste tipo de delitos permite que exista una pluralidad de conductas (hechos de bancarrota) pero una sola lesión jurídica, así como unidad en cuanto hace al sujeto pasivo.

V. POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.

- a) Doloso, por así exigirlo necesariamente el tipo penal.

VI. DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS.

- a) Simples, en virtud de que la lesión jurídica es única (el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones).

VII. DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES.

- a) Unisubsistentes, ya que se puede configurar el tipo por la realización de un sólo hecho de bancarrota suficiente para provocar el incumplimiento; y/o

- b) Plurisubsistentes, porque el tipo puede realizarse a través de varios actos.

VIII. DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS.

- a) Unisubjetivo, en virtud de que el sujeto que interviene para ejecutar el hecho descrito en el tipo, lo es el comerciante declarado en concurso mercantil.

IX. POR LA FORMA DE SU PERSECUCIÓN.

- a) Privado o de querrela necesaria, por así exigirlo el diverso artículo 275 de la Ley de Concursos Mercantiles, cuyo texto establece: *“Los delitos en situación de concurso mercantil se perseguirán por querrela...”*

4.2. CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

I. LA CONDUCTA.

El artículo 271, primer párrafo, contiene un tipo abierto, dado que la conducta típica no se circunscribe a un comportamiento determinado, lo cual permite admitir, como ya apuntamos, tanto conductas de acción como de omisión por parte del agente, ya que únicamente se requiere que el comerciante declarado en concurso cause o agrave dolosamente el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones (insolvencia).

Efectivamente, la norma penal en comento, no determina qué conductas son susceptibles de calificarse de delito, para ello es indispensable acudir *prima*

faciae a la normativa mercantil, y una vez que de acuerdo a ésta haya sido declarado el concurso, podrá entonces recurrirse a la norma penal, y verificar que además del ilícito civil, concurren los presupuestos legales propios del tipo penal, para verificar su carácter delictivo.

Lo anterior es así, ya que sería impensable, absurdo y disparatado, que el juez penal calificara de quiebra una conducta que no lo fuere conforme a la normativa mercantil, esto es, el juez penal no puede calificar como delito en situación de concurso mercantil cualquier conducta, sino únicamente podrá pronunciarse sobre aquéllas que previamente haya seleccionado el juez concursal.

Así, la actuación penal consiste en decidir conforme a la normativa penal cuáles conductas, seleccionadas previamente conforme a la regulación concursal, constituyen delito, es decir, cuales resultaron suficientes para causar o agravar el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones por parte del comerciante.

No podrá calificarse como delictiva una conducta, si no viene definida por la legislación concursal como un hecho de bancarrota, toda vez que los preceptos de dicha legislación actúan como indicadores de lo que es una conducta desordenada de administración del propio patrimonio, constituyendo el presupuesto para luego, si concurren además los requisitos típicos del primer párrafo del artículo 271, definirla como una infracción penal. De esta forma al combinar a criterios normativos con criterios formales se alcanza la plena determinación del hecho punible.

Ahora bien, la necesidad de acudir a criterios normativos contenidos en la legislación concursal, no significa que por su sola concurrencia ya exista delito,

toda vez que para que esto suceda, debe primero valorarse cuáles de las conductas son idóneas para ajustarse a las exigencias materiales requeridas por el tipo penal, y luego comprobar en el caso concreto si efectivamente han causado o agravado dolosamente la situación de insolvencia provocando un perjuicio en los acreedores. Por tanto, al examinar el requisito típico de haber causado o agravado la situación de insolvencia, tendremos que determinar de entre todos los hechos de bancarrota, cuáles son idóneos para causar o agravar dicha situación, y sólo los que puedan producir este resultado, serán relevantes a los efectos del delito en situación de concurso.

A título de ejemplo, pueden señalarse como comportamientos típicos más habituales del delito en comento:

- En primer lugar, aparecerían las conductas que ocasionan una disminución del activo, como son: distraer partes del patrimonio que en caso de apertura del concurso deberían ser integradas en la masa; destruir o mutilar partes del patrimonio; la venta a pérdidas de mercancías y valores comprados a crédito en el marco de las llamadas quiebras planeadas; los comportamientos destinados a retrasar la declaración de concurso (acciones de saneamiento); y también, ciertos negocios de riesgo donde existe un irracional ánimo de ganancia.
- En segundo lugar, encontraríamos una serie de conductas que suponen aumentar fraudulentamente el pasivo del deudor.
- Y en tercer lugar, determinados supuestos especiales, como serían los casos de violación del deber u obligación de declararse en concurso; comportamientos de dispersión patrimonial de una empresa a favor de otra del mismo grupo de empresas.

En conclusión, al derecho penal sólo le interesan aquéllas conductas (hechos de bancarrota) idóneas para causar o agravar el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones por parte del comerciante, que revistan el carácter de fraudulentas, y que sean al menos susceptibles de originar un perjuicio económico.

II. AUSENCIA DE CONDUCTA.

Dentro de la doctrina se señalan como causas de ausencia de conducta: la vis absoluta (fuerza física superior exterior irresistible), la vis maior (fuerza mayor), los movimientos reflejos, el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo.

Como ya se apuntó, la conducta es el comportamiento humano voluntario, esto es, requiere fundamentalmente para su existencia la manifestación de voluntad, luego entonces, existe ausencia de conducta cuando la acción u omisión del agente son involuntarias.

En virtud de lo anterior, en el delito que nos ocupa no concurren las hipótesis que doctrinalmente son consideradas como causas de ausencia de conducta.

4.3. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

I. TIPICIDAD.

La tipicidad, es la adecuación de la conducta a la descripción legal abstracta, es decir, al tipo penal descrito por la norma.

El tipo penal materia de estudio, se encuentra descrito en el artículo 271, primer párrafo, de la ley de concursos mercantiles, y cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 271. El Comerciante declarado, por sentencia firme, en concurso mercantil, será sancionado con pena de uno a nueve años de prisión por cualquier acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

...

El juez tendrá en cuenta, para individualizar la pena, la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores y su número.”

En esa tesitura, tenemos que en el caso los elementos del tipo son:

- a) Sujeto activo: El comerciante declarado en concurso mercantil.
- b) Sujeto pasivo: Cada uno de los acreedores integrantes de la masa del procedimiento concursal.
- c) Conducta: Cualquier comportamiento suficiente para causar o agravar el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones por parte del comerciante.
- d) Presupuesto de la conducta: La existencia de la previa declaración de concurso mercantil por la jurisdicción civil.
- e) Objeto jurídico: El derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del deudor.
- f) Objeto material: La conducta típica ha de recaer siempre sobre los bienes propios del comerciante.

- g) Modalidades de la conducta:** El tipo penal distingue dos modalidades típicas, a saber: causar y agravar el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones.

En la modalidad típica consistente en causar el incumplimiento, el comerciante declarado en concurso mercantil, habrá ya llevado a cabo hechos de bancarrota que son los que desencadenan la solicitud de sus acreedores, o bien, a instancia del mismo sujeto; pero la conducta causante del incumplimiento habrá sido muy anterior.

Por el contrario, en la segunda modalidad típica, consistente en agravar, el sujeto no causó el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones, pero sí agravó dicha situación mediante comportamientos fraudulentos.

En cuanto hace a la *referencia temporal*, como modalidad de la conducta, conviene precisar que el artículo 271, primer párrafo, no hace alusión alguna en el sentido de que los comportamientos que desencadenen el incumplimiento hayan de haberse realizado desde, después o partir de la declaración de concurso, por lo que naturalmente dichos comportamientos pueden, y en la mayoría de los casos serán, anteriores a tal declaración. En virtud de ello, la declaración de concurso, no desempeña papel alguno en cuanto a fijar el momento temporal de realización de la conducta.

- h) Criterio material:** Del último párrafo del artículo 271 de la ley de concursos mercantiles, se infiere que el perjuicio es un elemento del tipo, toda vez que si no hay perjuicio no puede haber pena.

La exigencia de perjuicio para imponer la pena hace que este elemento desempeñe, un doble papel: el de resultado del delito y el de situación típica determinante de la penalidad.

Ahora bien, que el tipo requiera la causación de un perjuicio económico para los acreedores, no comporta un necesario enriquecimiento del comerciante, ni siquiera un empobrecimiento del sujeto pasivo, porque como ya se mencionó, se trata de un delito *sui generis*, en el que el ataque al patrimonio ajeno se articula sobre un uso ilícito del propio, de forma que siempre nace un perjuicio económico del acreedor, que no se satisface en sus legítimas expectativas de cobro.

- i) Elementos normativos: El tipo penal no hace referencia a criterios normativos, por lo que en el caso es necesario acudir al criterio normativo procedente de la legislación concursal, consistente en el principio de gestión o administración ordenada, a fin de que el juez penal esté en posibilidades de determinar cuándo determinada conducta implica un riesgo desaprobado jurídicamente.
- j) Elemento subjetivo del injusto: Resulta necesario exista el ánimo de perjudicar a los acreedores, la intención de defraudar a la masa de acreedores, lo cual se encuentra implícito en el tipo penal al referir en su texto a la expresión “*cualquier acto o conducta dolosa*”.

II. ATIPICIDAD.

La atipicidad supone una conducta que no llega a ser típica, por la falta de alguno o algunos de los elementos del tipo.

Atento a ello, la conducta no es relevante si no concurren todos y cada uno de los elementos típicos descritos con antelación. Así pues, en el delito en comento, habrá atipicidad cuando exista:

- i.** Ausencia de la calidad de comerciante en el sujeto activo.
- ii.** Ausencia de la calidad de acreedor dentro del procedimiento concursal, en cuanto hace al sujeto pasivo.
- iii.** Insuficiencia del comportamiento para causar o agravar el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones por parte del comerciante.
- iv.** La ausencia de la previa declaración de concurso mercantil por la jurisdicción civil.
- v.** Falta de objeto jurídico, es decir, que los acreedores no tengan crédito alguno a su favor.
- vi.** Ausencia de objeto material, esto es, que el comerciante no cuente con patrimonio propio.
- vii.** Inexistencia de perjuicio alguno a los acreedores.
- viii.** Falta del elemento subjetivo, o sea, que no exista el ánimo de perjudicar a los acreedores, la intención de defraudarlos.

III. CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO.

- i. Por su composición: Es un tipo anormal, porque contiene un elemento subjetivo, consistente en el ánimo de perjudicar a los acreedores.
- ii. Por su ordenación metodológica: Es un delito fundamental o básico, en virtud de que constituye la esencia o fundamento de los demás delitos en situación de concurso mercantil.
- iii. En función de su autonomía o independencia: Es un tipo autónomo, ya que tiene vida propia, no depende de la realización de ningún otro tipo penal para su perpetración.
- iv. Por su formulación: Es casuístico, en virtud a que está formado por dos hipótesis, ya que se puede cometer el delito por causar o agravar el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones.
- v. Por el daño que causan: Es de daño, porque el resultado material lesiona directamente al bien jurídicamente tutelado.

4.4. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

I. ANTIJURIDICIDAD.

Como ya sabemos, la antijuridicidad, es la oposición al derecho, luego entonces, habrá antijuridicidad en el momento en que la conducta sea contraria a derecho, es decir, surge al momento de violarse la norma.

Así pues, al cometer el agente el delito en comento está realizando una conducta antijurídica, es decir, contraria a derecho. Ahora bien, para que esta antijuridicidad se presente, el agente no debe haber actuado bajo ninguna causa de justificación.

II. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

La aplicación de las causas de justificación presupone, necesariamente, la previa afirmación de haberse realizado completamente el tipo penal. Por tanto, una vez que se concluya que la conducta es típica, resulta posible evaluar si en última instancia está justificada, es decir, si a pesar de ello es conforme a derecho por concurrir una causa de justificación.

La concurrencia de una causa de justificación, conceptualmente significará que el hecho es jurídicamente correcto, es decir, que el hecho típico está justificado o lo que es lo mismo, que se tenía derecho a actuar así.

La justificación, como reverso de la antijuricidad, se explica desde la existencia de un conflicto de intereses, por tanto, podrá hablarse de una insolvencia típica pero justificada, cuando la conducta de bancarrota que conduce a un incumplimiento generalizado en el cumplimiento de las obligaciones, con la finalidad de perjudicar a algún acreedor, esté dirigida a salvar un interés superior.

Ahora bien, en relación a qué causas de justificación pueden presentarse en el delito materia de estudio, tenemos lo siguiente:

- i. La legítima defensa, consiste en repeler una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o

ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Atento a lo anterior, en el delito que nos ocupa no son fácilmente imaginables hipótesis de legítima defensa.

- ii. Estado de necesidad, se actualiza cuando el agente obra por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por él, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

En principio, podría pensarse en actuaciones realizadas en perjuicio de los acreedores, causantes de un incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones, pero con la intención de comprar medicinas o pagar tratamientos médico o quirúrgicos que alivien la salud, o para procurarse alimentos indispensables para la subsistencia. En este sentido, ha de tenerse presente que el conflicto de intereses surge entre la salud y el derecho de crédito de los acreedores. No obstante, la justificación en este delito ha de ser sumamente excepcional, y la razón es muy sencilla, puesto que normalmente los delitos en situación de concurso afectan a sociedades, entonces resulta poco creíble que los gastos derivados de estas finalidades son la causa o agravante. Ahora bien, si en un determinado supuesto, se demuestra que la causa del incumplimiento es el gasto hecho en alimentos, tratamiento médico o quirúrgico, o medicinas, no habrá inconveniente en apreciar la eximente, pero obviamente, tendría que tratarse de procedimientos concursales abiertos por una insolvencia de relativa cuantía.

- iii. El cumplimiento de un deber, existe cuando alguien debe comportarse como se comporta, en virtud de que una norma jurídica o una orden obligatoria de la autoridad pública se lo impone, sea por razón de su oficio, sea por su situación subjetiva de subordinado.

En nuestro delito, difícilmente podrá alegarse el cumplimiento de un deber como causa de justificación, si el cumplimiento de las instrucciones no es adecuado a la más elemental diligencia del buen administrador o gestión ordenada.

- iv. Ejercicio legítimo de un derecho, se actualiza cuando el agente hace predominar sus propios intereses sobre los que se le contraponen, con el expreso respaldo legal. En virtud de ello, resulta difícil imaginar hipótesis de ejercicio legítimo de un derecho en el seno de un proceso concursal, esto es, de derechos que justifiquen crear o agravar el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones.

4.5. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

I. IMPUTABILIDAD.

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, para que un sujeto pueda ser autor del delito, debe tener la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal, esto es, para que se pueda ser culpable de la comisión de un delito, se requiere que al momento de realizar la conducta tenga la capacidad de conocer y comprender la ilicitud de la misma, para así estar en condiciones de autodeterminarse de acuerdo con dicha comprensión.

II. INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad es el elemento negativo de la imputabilidad; consiste en la incapacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

Las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Así pues, tenemos que en el delito objeto de estudio no resultan fácil de imaginar hipótesis de alguna de las causas de inimputabilidad; no obstante ello, no está por demás hacer las siguientes acotaciones en relación a la minoría de edad y capacidad de contratación del sujeto activo:

Como en cualquier otra infracción criminal se requiere que el sujeto sea imputable, sin embargo en los delitos en situación de concurso mercantil, esta cuestión se halla estrechamente vinculada al problema de la capacidad civil para realizar válidamente negocios jurídicos o actos de disposición patrimonial, de este modo, mientras que la edad penal, en algunas legislaciones, es la de dieciséis años, la mayoría de edad civil se sitúa en los dieciocho años, lo que puede ocasionar cierta falta de sintonía entre ambos ordenes normativos. Pero sobre esta cuestión se impone una nítida y terminante distinción, porque una cosa es la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto activo del delito, y otra cosa muy distinta que éste no tuviese capacidad de contratar, esto es, de obligarse; porque entonces el problema no será de imputabilidad o inimputabilidad penal, sino de su posible falta de condición de deudor, por tanto así planteado, se transforma en una cuestión de tipicidad, y más exactamente, de poder ser sujeto activo del delito.

4.6. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

I. CULPABILIDAD.

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable.

La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto; y, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.

La culpabilidad reviste dos formas, dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

Nuestro delito materia de análisis, sólo admite como forma de culpabilidad el “dolo”, puesto que así lo exige expresamente el tipo penal previsto en el primer párrafo del artículo 271 de la ley de concursos mercantiles.

Ahora bien, en el delito objeto de estudio, el dolo comporta, en primer lugar, el conocimiento o conciencia de todos los elementos del tipo, que incluye fundamentalmente, el conocimiento de la relación obligacional previa, la realización de los hechos de bancarrota, y el resultado de incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones, así como el de perjuicio. El conocimiento del perjuicio pertenece al tipo, luego ha de ser abarcado y querido por el sujeto; y lo mismo ha de decirse del resultado de incumplimiento. Es decir, en el momento de realizar la conducta, el comerciante debe conocer y asumir que la misma es idónea para crear o agravar el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, y por tanto para perjudicar a sus acreedores.

II. INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, y opera al existir ausencia de cualquiera de los dos elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Toda causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad,

Ahora bien, las causas de inculpabilidad que pueden presentarse en el delito materia de estudio, son las siguientes:

- i. Error esencial de hecho invencible. La inculpabilidad se puede presentar por error de tipo y error de licitud.

Por error de tipo, cuando el agente por error esencial e invencible no sabe que está realizando alguno de los elementos del tipo. Esta clase de error invencible, sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, determinará la exclusión del dolo, y por consiguiente de la responsabilidad criminal. Y si el error es vencible, al no existir precepto legal alguno que incrimine la culpabilidad, no podrá imputarse por esta vía, generando igualmente la impunidad de la conducta.

Por error respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma (error de prohibición), o porque crea que está justificada su conducta (eximentes putativas); si ésta clase de error es invencible excluirá asimismo la responsabilidad penal; pero si el error es vencible dará lugar a la aplicación de una pena hasta de una tercera parte del delito.

- ii. No exigibilidad de otra conducta, se actualiza cuando atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho. En relación a esta eximente de culpabilidad, parece muy difícil de alegarse dentro del delito en situación de concurso mercantil.

4.7. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

I. PUNIBILIDAD.

Las conductas contenidas en el primer párrafo del artículo 271 de la ley de concursos mercantiles, se sancionan con penas de prisión de uno a nueve años de prisión.

Pero como ya se ha advertido, al configurarse como un delito de resultado, que precisa causar un perjuicio económico, la penalidad se gradúa legalmente atendiendo al mayor o menor daño real o potencial ocasionado en el patrimonio de los acreedores, su número y condición económica, como reza el tercer párrafo del precepto en cita. Esto es, se atiende a la cuantía del perjuicio ocasionado, como ocurre en otras infracciones contra el patrimonio.

Así pues, y toda vez que el marco de la pena es muy amplio (prisión de uno a nueve años), el legislador recoge dos criterios que los jueces deberán obligatoriamente tomar en consideración a la hora de concretarla, a saber:

- El primer criterio reside en el perjuicio inferido a los acreedores. Se fundamenta en la graduación del contenido de injusto, consustancial a todo delito patrimonial de resultado. Como resulta obvio ha de evaluarse la concreta lesión a los derechos de crédito, o sea, de la denominada masa activa, de todos y cada uno de los sujetos pasivos.
- El segundo criterio se refiere al número de acreedores afectados, lo que parece sugerir una mayor gravedad cuanto más elevado sea el número de afectados.

II. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En función de las llamadas excusas absolutorias, no es posible la aplicación de la pena, por lo que constituyen el aspecto negativo de la punibilidad.

Como ya fue referido en el capítulo anterior, las excusas absolutorias son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

El estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. Así pues, las excusas absolutorias se encuentran específicamente establecidas en la propia ley penal.

En el delito en estudio, la única excusa absoluta que, en su caso, podrá aplicarse sería la prevista en artículo 55 del Código Penal Federal, referente a la senilidad o precario estado de salud del agente, circunstancias estas que harían innecesarias e irracionales la imposición de una pena privativa o restrictiva de la libertad.

4.8. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

Las condiciones objetivas de punibilidad, son elementos valorativos y más comúnmente, modalidades del tipo, en caso de no presentarse constituirán formas atípicas, impidiendo la tipicidad de la conducta ilícita.

En esas condiciones, la previa declaración judicial de concurso mercantil, constituye una condición objetiva de punibilidad exigida dentro del tipo penal objeto del presente estudio, y su ausencia haría imposible que se castigara la conducta delictiva.

4.9. ASPECTOS COLATERALES DEL DELITO.

I. VIDA DEL DELITO.

- a) Fase interna. Se desarrolla en la psique del agente, empieza con la idea criminosa de cometer el delito, después el agente delibera si lo realiza o no y finalmente decide ejecutarlo.
- b) Fase externa. Se presenta desde el momento en que el agente exterioriza su decisión de cometer el delito, después prepara todos los elementos necesarios para la realización y finalmente lo ejecuta.
- c) Ejecución.

- i. Consumación. El delito de incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones se consuma en el momento en que se ocasione la lesión del bien jurídicamente protegido, aunque entre la efectiva lesión y el comienzo de la realización de los hechos de bancarrota, medie un lapso de tiempo.

- ii. Tentativa. La tentativa no es punible en esta materia delictiva.

II. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN.

En cuanto a la autoría se configura como un delito especial, pues únicamente podrá cometerse por quienes ostentan la calidad de comerciantes y hayan sido previamente declarados en concurso mercantil.

Respecto a la autoría en relación con las personas jurídicas morales, la responsabilidad penal recaerá sobre los miembros del consejo de administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores de la misma, quienes responderán por la producción o agravación del incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones.

Ahora bien, nada impide en esta figura delictiva, para aceptar la participación de terceros, es decir, de personas que no ostentan la calidad de comerciantes, de suerte que podrán responder en concepto de inducción, de cooperación necesaria o de complicidad, siempre y cuando realicen los actos correspondientes en relación al hecho típico, esto es, induzcan o colaboren en causar o agravar la situación de incumplimiento generalizado en el pago de obligaciones.

CONCLUSIONES

PRIMERA. A través de la historia ha prevalecido un común denominador en la materia de estudio del presente trabajo, consistente en que siempre se ha sancionado, de alguna u otra forma, al deudor que ha incumplido con sus obligaciones en perjuicio de sus acreedores.

SEGUNDA. El concurso mercantil es una institución jurídica sumamente compleja, en virtud del conjunto de normas que convergen en ella, que tiene como finalidad proteger, conservar y dar continuidad a la empresa como interés público, así como el pago de los créditos de los acreedores.

TERCERA. La Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo del año 2000, trajo consigo una transformación de primera magnitud en la regulación penal de las insolvencias punibles, adecuándose dicha normativa a los cambios sociales y económicos de nuestro país.

CUARTA. Como consecuencia de ese giro político-criminal, se dio una mayor autonomía al derecho penal, al concederse una desvinculación del proceso civil, tanto material como procesal, a diferencia de la legislación anterior. Pero la novedad ahora radica en que el proceso penal podrá iniciarse sin esperar a la conclusión del proceso concursal y sin perjuicio de la continuación de éste.

Efectivamente, para iniciar el proceso penal por algún delito en situación de concurso mercantil no es necesario ya esperar la conclusión del procedimiento concursal, ni mucho menos todo está condicionado a que el juez civil concursal

dicte providencia para proceder criminalmente, basta simplemente con que el juez declare el estado de concurso mercantil.

QUINTA. Por otro lado, se simplificó la regulación penal de la quiebra, al suprimirse la distinción entre quiebra fraudulenta y quiebra culpable, que por la complejidad que revestían la integración de las averiguaciones previas correspondientes casi no se perseguían dichos delitos, es más, se podría decir que los tipos penales relativos a quiebras o concursos estaban en desuso.

SEXTA. En virtud de que resulta imposible enumerar exhaustivamente las múltiples y diversas conductas mediante las cuales el deudor comerciante puede lograr su finalidad de burlar a sus acreedores, el legislador busco englobar a todas, y no dejar impune a ninguna, mediante un tipo que se refiere, genéricamente, a toda conducta dolosa que cause o agrave la situación de incumplimiento generalizado de las obligaciones líquidas y exigibles, quedando comprendidas dentro del mismo todas las ocultaciones, simulaciones, falsificaciones y engaños que pueda realizar el deudor comerciante.

SÉPTIMA. Para los efectos del derecho penal, la naturaleza del tipo contenido en el primer párrafo del artículo 271 de la ley concursal, exige la producción de una insolvencia real, entendida esta como la incapacidad para hacer frente a las obligaciones contraídas, o dicho de otra forma, el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones.

OCTAVA. En el delito en comento, el bien jurídico protegido se halla constituido por los derechos de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del comerciante, pero cabe precisar que el derecho penal no

protege al acreedor frente a cualquier incumplimiento de una obligación, pues precisa que se siga de él una frustración del derecho de crédito y que ésta sea consecuencia de la realización de una conducta fraudulenta, o si se prefiere, de ciertas maquinaciones en perjuicio de los acreedores.

NOVENA. La querrela deberá de presentarse ante el Ministerio Público de la Federación para la integración de la Averiguación Previa respectiva, y en caso de que se resuelva el ejercicio de la acción penal, la administración de la justicia tocara a un Juez de Distrito en Materia Penal, lo anterior en acatamiento a lo establecido por el inciso a) de la fracción I del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

DÉCIMA. Los delitos cometidos en situación de concurso mercantil son una realidad cotidiana, realidad en la que nosotros los Abogados estamos muy poco preparados, ello se debe a una falta de cultura concursal que viene desde la elaboración de los programas de estudio en las diferentes Universidades, al no incluir la materia como obligatoria.

PROPUESTA

Reformar el artículo 271 de la Ley de Concursos Mercantiles, a efecto de que el delito materia del presente estudio, se persiga de oficio, en lugar de que sea a petición de parte ofendida; se aumente la penalidad con que se sanciona dicho injusto; y se contemple, además de la pena privativa de la libertad, la inhabilitación del comerciante declarado en concurso mercantil para realizar cualquier actividad con el ánimo de lucro, en caso de que reincida en la comisión de un delito de naturaleza concursal.

Lo anterior obedece al gran impacto social y económico que representa la declaración en concurso mercantil de la empresa, en donde el Estado debe procurar salvaguardar los intereses de todo el entorno social que rodea a la empresa fallida, pues se trata de un cuestión de interés publico, ya que las repercusiones que deriven de dicha declaración no sólo interesan a los particulares, sino a una pluralidad de personas que de alguna forman tienen relación con el comerciante declarado en concurso mercantil.

En esas condiciones, la reforma que se propone al tipo penal contenido en el artículo 271 de la legislación concursal, parte del hecho de que con la comisión de la conducta delictiva prevista en dicho precepto no sólo se afectan intereses particulares, sino a toda la colectividad que rodea al comerciante, por lo que en atención a ello es que no puede admitirse que el delito en comento permita un arreglo entre particulares, ya que se deja a un lado los demás intereses que se vieron afectados por la dolosa y fraudulenta conducta del comerciante.

Así pues, tomando en consideración lo anterior, es que la pena que se impone por dicho delito debe ser más severa, debiendo incluir la inhabilitación del comerciante para realizar cualquier actividad con el ánimo de lucro, en caso de reincidencia, ello con la finalidad de evitar que dicho sujeto vuelva a cometer un delito de naturaleza concursal.

BIBLIOGRAFIA

1. ACOSTA Romero, Miguel y ROMERO Miranda, Tania. "Manual de Concursos Mercantiles y Quiebras", Editorial Porrúa, México, 2001.
2. ACOSTA Romero, Miguel y LÓPEZ Betancourt, Eduardo. "Delitos Especiales", 6ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
3. AMUCHATEGUI Requena, Irma Griselda. "Derecho Penal. Cursos Primero y Segundo", 2ª. Edición, Editorial Oxford University Press, México, 2003.
4. BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. "Concursos y Quiebra", 3ª. Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1978.
5. BUOMPADRE, Jorge E. "Derecho Penal. Parte Especial", Tomo 2, Editorial Mario A. Viera Editor, Argentina, 2000.
6. CARMONA Castillo, Gerardo Adelfo. "La Imputabilidad Penal", 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
7. CASTELLANOS Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", 37ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
8. CERVANTES Ahumada, Raúl. "Derecho de Quiebras", 3ª. Edición, Editorial Herrero S.A., México, 1981.
9. DE LEÓN Rodríguez, Iram L. "La Nueva Legislación Concursal", Editorial Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, División de Posgrado, México, 2002.

10. DÁVALOS Mejía, Luis Carlos Felipe. "Introducción a la Ley de Concursos Mercantiles", Editorial Oxford University Press, México, 2002.
11. DOMÍNGUEZ del Río, Alfredo. "Quiebras. Culpable, Fraudulenta. Ensayo Histórico Dogmático", 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1981.
12. DONNA, Edgardo Alberto. "Derecho Penal. Parte Especial", Tomo II-B, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina 2003.
13. GARCÍA Martínez, Roberto. "Derecho Concursal. Primera Parte", Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1997.
14. GÓNZALEZ Cussac, José Luis. "Los Delitos de Quiebra", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
15. HARTASÁNCHEZ Noguera, Miguel A. "La suspensión de Pagos. Un Instituto Legal para la Conservación de la Empresa", Editorial Porrúa, México, 1998.
16. JIMÉNEZ de Asúa, Luis. "Teoría del Delito", Editorial IURE editores, S.A. de C.V., México, 2003.
17. JIMÉNEZ de Asúa. "Lecciones de Derecho Penal", Tomo 7, Editorial Oxford University Press, México, 1997.
18. JIMÉNEZ Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio", Tomo IV, 6ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
19. LÓPEZ Betancourt, Eduardo. "Teoría del Delito", Editorial Porrúa, México, 2002.

20. MÁRQUEZ Piñero, Rafael. "Delitos de Quiebra", Editorial Porrúa, México, 1998.
21. MARTORELL, Ernesto Eduardo. "Tratado de Concursos y Quiebras. Introducción a la Temática General del Concurso y la Quiebra", Tomo I, Editorial Depalma, Argentina, 1998.
22. MEJÁN, Luis Manuel. "Competencia Federal en Materia de Concurso Mercantil", Editorial Poder Judicial de la Federación, México, 2001.
23. OCHOA Olvera, Salvador. "Quiebras y Suspensión de Pagos – Notas sustantivas y procesales –", Editorial Publicaciones Mundonuevo S.A. de C.V., México, 1992.
24. OSORIO y Nieto, César Augusto. "Delitos Federales", 5ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
25. OSORIO y Nieto, César Augusto. "Síntesis de Derecho Penal. Parte General", 4ª. Edición, Editorial Trillas, México, 2002.
26. PAVÓN Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General", 16ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
27. PRIETO-CASTRO y Ferrandiz, Leonardo. "Derecho Concursal, Procedimientos Sucesorios, Jurisdicción Voluntaria, Medidas Cautelares", 2ª. Edición, Editorial Tecnos S.A., España, 1986.
28. QUINTANA Adriano, Elvia Arcelia. "Concursos Mercantiles – Doctrina, Ley, Jurisprudencia –", Editorial Porrúa, México, 2003.

29. RAMÍREZ Delgado, Juan Manuel. “El llamado Derecho Penal Especial o Delitos Especiales – En el Ámbito Federal –”, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
30. RAMÍREZ, José A. “La Quiebra. Derecho Concursal Español”, Tomos I, II y III, 2ª. Edición, Editorial Bosch, España, 1998.
31. REYNOSO Dávila, Roberto. “Teoría General del Delito”, 4ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
32. ROCHA Díaz, Salvador. “Estudios Jurídicos y Otros Escritos”, Editorial Oxford University Press, México, 1991.
33. VELA Treviño, Sergio. “Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito”, 2ª. Edición, 4ª. Reimpresión, Editorial Trillas, México, 2000.

LEGISLACIÓN

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1ª. Edición, Editorial Ediciones Delma, México, 2004.
- LEY DE CONCURSOS MERCANTILES, 13ª. Edición, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México, 2004.
- CÓDIGO PENAL FEDERAL, 9ª. Edición, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México, 2004.
- CÓDIGO DE COMERCIO, 13ª. Edición, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México, 2004.

- LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, 13ª. Edición, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México, 2004.
- LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSIÓN DE PAGOS, 6ª. Edición, 1ª. Reimpresión, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México, 2000.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM., 11ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- DICCIONARIO DE DERECHO PENAL. Francisco Pavón Vasconcelos, Editorial Porrúa, México, 1997.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo I-XXVI, Editorial Driskill, Argentina, 1989.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA. Tomo I-IV, Editorial Civitas, España, 1995.

OTRAS FUENTES

- REVISTA “ARS IURIS” de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, número 28, México, 2002.
- <http://www.ifecom.cjf.gob.mx>