

EL NUEVO DERECHO CONCURSAL EN MÉXICO (ANÁLISIS Y CRÍTICA)

Luis Fernando Sanromán Martínez

SUMARIO: I. *Antecedentes.* II. *Principales diferencias entre la actual ley y la derogada.* III. *Características del concurso mercantil:* a) *Interés Público.* b) *Universalidad del concurso.* c) *La oficiosidad.* IV. *Supuestos del concurso mercantil:* a) *Ser comerciante.* b) *Incumplimiento generalizado de las obligaciones.* c) *Estado de concurso mercantil.* d) *Pluralidad de acreedores.* V. *Procedimiento para la declaración del concurso mercantil (etapa previa):* a) *Aspectos generales.* b) *La visita domiciliaria de verificación.* VI. *La sentencia de concurso mercantil:* a) *Disposiciones relativas a los órganos.* b) *Disposiciones relativas a la publicidad de la sentencia.* c) *Disposiciones relativas al aseguramiento de bienes.* d) *Disposiciones generales.* VII. *Los órganos del concurso mercantil:* a) *El Juez.* b) *El Visitador.* c) *El Conciliador.* d) *El Síndico.* e) *Obligaciones aplicables a los visitadores, conciliadores y síndicos.* f) *Los Interventores.* g) *El IFECOM.* VIII. *Efectos de la declaración de concurso mercantil:* a) *Suspensión de los procedimientos de ejecución.* b) *Tratamiento de los créditos fiscales.* c) *De la administración de la empresa.* d) *De los efectos en cuanto a la actuación en otros juicios.* e) *De los efectos en relación con las obligaciones del comerciante.* f) *De los contratos pendientes.* g) *De los actos realizados en fraude de acreedores.* h) *La separación de los bienes de la masa.* IX. *El reconocimiento de créditos:* a) *Solicitud de reconocimiento de créditos y elaboración de las listas de acreedores.* b) *La graduación de los créditos.* X. *La conciliación y el convenio.* X. *La quiebra:* a) *Efectos particulares de la quiebra.* b) *Enajenación del activo y graduación.* c) *Pago de los acreedores reconocidos.* XI. *Terminación del concurso mercantil:* a) *Aprobación del convenio.* b) *Por pago íntegro a los acreedores reconocidos.* c) *Por pago a los acreedores reconocidos, mediante cuota concursal y no hubieren bienes por realizarse.* d) *Si la masa es insuficiente para el pago de los acreedores contra la masa.* e) *Si el comerciante y la totalidad de los acreedores solicitan la terminación de concurso mercantil.* XII. *Incidentes y recursos concursales:* a) *Incidentes.* b) *Apelación y revocación.* XIII. *Los delitos concursales:* a) *Artículo 271.* b) *Artículo 272.* c) *Artículo 274.* d) *Otras reglas penales.* XIV. *Actualidad concursal.* XV. *Comentarios y conclusiones.*

ANTECEDENTES

El origen del derecho concursal podemos encontrarlo en documentos tan antiguos como el Código de Hamurabi y la Biblia (Deuteronomio). En las primeras normas jurídicas los deudores respondían personalmente por sus deudas, así encontramos la *manus injectio* romana (Ley de las doce tablas), donde el deudor era esclavizado e incluso ejecutado por el simple hecho de no pagar sus deudas. Posteriormente surge la *lex poetilia* con la cual el derecho romano se vuelve real, ya que el deudor empieza a responder con sus bienes.

En la Edad Media surgió el derecho estatutario italiano y algunas leyes españolas como la *Lex visigotorum*, el Fuero Real y las Siete Partidas.

En el siglo XVII, Francisco Salgado de Somoza, escribe la obra *Labyrinthus creditorum concurrentium* la cual propuso la mayoría de las soluciones aplicables al derecho concursal; su influencia llega hasta nuestros días.

Posteriormente, el mayor avance en la materia lo encontramos con el Código de Napoleón que influyó el derecho concursal de toda Europa.

En México, la primera legislación en la materia fueron las Ordenanzas de Bilbao, más tarde se aplicó la Ley de Bancarrotas de 1853 y después los Códigos de Comercio de 1854, 1883 y 1889.

La última Ley que rigió la materia fue la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos (LQSP) de 1953, derogada por la actual Ley de Concursos Mercantiles (LCM) del 12 de mayo de 2000.

La actual LCM, del 12 de mayo de 2000, derogó a la controvertida LQSP. La finalidad de la promulgación de la actual Ley fue la de agilizar los procedimientos concursales, modernizar el marco legal y abaratar los créditos bancarios.

Hay que hacer notar, que la actual Ley fue aprobada finalmente en la Cámara de Senadores con 78 votos a favor y 23 en contra. A favor votaron el Partido Revolucionario Institucional (PRI) y el Partido de la Revolución Democrática (PRD) y en contra votó el Partido Acción Nacional. Al parecer, la aprobación de la LCM fue producto más de una negociación política que de un análisis jurídico y económico, ya

que en algunos medios informativos se dijo que el PRI negoció con el PRD la aprobación de la LCM a cambio de incrementar el techo de endeudamiento en el Distrito Federal a seis mil millones de pesos¹.

Bajo la derogada Ley, se lograron reestructurar muchas empresas que hoy son exitosas, tales como Electra, Cervecería Cuauhtémoc Moctezuma, e incluso Aeroméxico. Sin duda, la antigua Ley fue eficaz, y podemos considerarla como una de las mejores leyes que han existido en el Derecho mexicano. Debemos recordar que en la comisión redactora de dicha Ley participaron algunos de los mejores conocedores de la materia mercantil, tales como Rodríguez y Rodríguez, Mantilla Molina, entre otros. Por las razones que expondré a lo largo del presente ensayo, en mi opinión la LQSP se debió reformar con el fin de adaptarla a la nueva realidad jurídica y comercial en México.

Algunos criticaron la LQSP por defender en demasía a las empresas insolventes, y consideraron que se había utilizado con mala fe, con el fin de que comerciantes sin escrúpulos no pagaran sus créditos, situación que de hecho sucedió y alarmó a los bancos dado el riesgo que esto les creaba. Por lo anterior, y dada la crisis provocada por el error de diciembre de 1994, algunos sectores como los bancos, presionaron para cambiar el marco regulatorio concursal.

II. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA ACTUAL LEY Y LA DEROGADA

Es de hacer notar que la LCM, no tiene ningún parecido con la derogada LQSP. Las diferencias más importantes son las siguientes:

- La LCM elimina la suspensión de pagos y lo sustituye por un período de conciliación limitado a 365 días (incluyendo las prórrogas).
- Se elimina la junta de acreedores.
- Se crea el órgano del visitador y del conciliador.
- Se crea el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (IFECOM).
- Se limitan las facultades del juez.
- Se delimitan los tiempos procesales.

¹ Página electrónica: <http://www.imagenzac.com.mx/1999/12/19/opinion1.htm>

- Las reglas generales en la LQSP se contienen en los capítulos referentes a la quiebra, en el caso de la LCM las reglas generales las encontramos en los capítulos referentes a la conciliación.

III. CARACTERÍSTICAS DEL CONCURSO MERCANTIL

Interés Público: De conformidad con el artículo 1o. de la LCM, la Ley es de interés público, por lo que no está sujeta a negociación ni a convalidación en su cumplimiento. Por otro lado, no podrá sujetarse en ningún momento a arbitraje. Dicho interés público está en duda en virtud de que el artículo 28 de LCM permite al comerciante² y a los acreedores desistirse de su acción. Este Interés Público también está en duda ya que el concurso mercantil puede terminarse por pacto entre todos los acreedores y el comerciante (artículo 262 fracción V).

Universalidad del concurso: El deudor responde ante todos sus acreedores con todos sus bienes. Esta característica tiene su origen en el artículo 2964 de Código Civil Federal.

La oficiosidad: Quiere decir que el impulso inicial y la continuación del procedimiento puede ser oficial (artículo 21 de la LCM).

IV. SUPUESTOS DEL CONCURSO MERCANTIL

Hay ciertos requisitos que debemos cumplir para que pueda declararse a un comerciante en concurso mercantil; deben cumplirse *todos* ellos para que sea posible jurídicamente la declaración de concurso mercantil.

a) Ser comerciante: El concurso mercantil sólo puede aplicarse a las personas físicas o morales que de conformidad con la LCM (artículo 4o.) son consideradas comerciantes. Como sabemos, las personas civiles, en caso de su insolvencia, se les declara en concurso civil.

Hay que destacar que, hoy día, es posible declarar en concurso mercantil a los fideicomisos siempre y cuando el patrimonio fideicomitido afecte a la realización de actividades empresariales. Igualmente, la LCM incluye en el concepto de comerciante a las sociedades controladoras o controladas a que se refiere el artículo 15 de la Ley.

² Para efectos del presente trabajo, el término «comerciante» se refiere al comerciante sujeto a un procedimiento concursal.

Por otro lado, considero que la LCM es discriminatoria ya que no todos los comerciantes pueden acogerse a la misma. De conformidad con su artículo 5o., los comerciantes que sean considerados pequeños –es decir los que tienen obligaciones por vencer por un monto menor a 400,000 UDIs–, no podrán ser declarados en concurso mercantil, a menos que acepten por escrito que se les declare en dicho estado jurídico. Es importante mencionar que la Ley no da una solución alternativa a estos comerciantes, y los acreedores tendrán la necesidad de promover las demandas que en su caso procedan, por lo que se generarán muchos problemas. También es importante decir que estos comerciantes no pueden acudir al concurso civil por su calidad de comerciante. Realmente nos encontramos en el limbo jurídico ya que no hay fácil solución en caso de que el pequeño comerciante no quiera acudir al concurso mercantil. Por último, considero que la LCM no cumple con el requisito de ser una norma general, por lo que considero criticable el artículo 5o. y por otra parte de dudosa constitucionalidad ya que el artículo 13 de la Constitución prohíbe las leyes privativas y los fueros.

Asimismo, debemos comentar que hay reglas específicas que deben aplicarse dependiendo el tipo de comerciante:

- Comerciante persona física: Hay reglas de la LCM que sólo se pueden aplicar a estos comerciantes; por ejemplo, la declaración de concurso de la sucesión del comerciante (artículo 12) y se pueden incluir ciertos bienes del cónyuge, de la concubina y concubinario en la masa mediante la presunción munciana establecida en los artículos 187 y 188 LCOM.

- Sociedades ilimitadamente responsables: La declaración de concurso mercantil de una sociedad en la que los socios son ilimitadamente responsables, provoca el concurso mercantil de dichos socios.

- Sociedades irregulares: El tratamiento del concurso de estas sociedades es igual al de las sociedades ilimitadamente responsables. Se debe criticar que no hay mayor sanción a estas sociedades a diferencia de la derogada Ley, en la que se calificaba penalmente las quiebras de estos comerciantes (quiebra culpable) y se les negaba el beneficio de la suspensión de pagos.

• Concurso de Fideicomisos: La LCM como ya lo comentamos, permite declarar en concurso a los fideicomisos que afecten la realización de actividades empresariales. Dado el tratamiento de estos fideicomisos, da la impresión que los mismos tienen cierta personalidad jurídica, lo que contradice algunas posiciones doctrinarias³ y tesis aisladas (*Fideicomiso es un negocio jurídico y no persona moral correspondiendo su representación a la fiduciaria*).

b) Incumplimiento generalizado de las obligaciones: Este elemento descansa sobre el concepto de insolvencia, aunque el incumplimiento generalizado de las obligaciones se puede generar por causas ajenas a ésta. El cumplimiento o incumplimiento son hechos jurídicos pero la insolvencia es un hecho económico. Por lo anterior, puede haber incumplimiento pero ser solvente o puede hablarse de insolvencia sin incumplimiento.

c) Estado de concurso mercantil: La LCM trató de objetivar las presunciones de incumplimiento generalizado de las obligaciones. La LCM en sus artículos 9, 10 y 11 establece presunciones específicas para presumir que un comerciante está en incumplimiento general de las obligaciones.

El artículo 9, distingue dos supuestos por los cuales puede presumirse el incumplimiento generalizado de las obligaciones:

- Si el comerciante solicita la declaración de concurso mercantil y se ubica en *cualquiera* de los supuestos del artículo 10.
- Si el concurso lo demanda un acreedor o el ministerio público, el comerciante deberá ubicarse en los dos supuestos del artículo 10.

Los supuestos que establece el artículo 10 son los siguientes:

- Que las obligaciones vencidas tengan por lo menos treinta días de haber vencido y representen el treinta y cinco por ciento de todas las obligaciones a cargo del comerciante, a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso.
- 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.

Para efectos de la LCM se consideran activos el efectivo en caja, los depósitos a la vista, los depósitos e inversiones a plazo cuyo vencimiento no sea superior a noventa días naturales a la fecha de

³ Ver, BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Editorial Porrúa, cuarta reimpresión, México, 2000, página 265.

admisión de la demanda, clientes y cuentas por cobrar cuyo plazo de vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de admisión de la demanda y los títulos valores para los cuales se registren regularmente operaciones de compra y venta en los mercados relevantes que pudieran ser vendidos en un plazo máximo de treinta días hábiles bancarios, cuya valuación a la fecha de la presentación de la demanda sea conocida.

Es importante destacar que, para efectos de la LCM, no se consideran activos los bienes inmuebles, el mobiliario, la maquinaria o los automóviles del comerciante. La razón de lo anterior, estriba en que estos activos no son de fácil realización.

El artículo 11 sanciona algunas conductas del comerciante y presume que el comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones, en los siguientes casos:

1. 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.
2. Incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores distintos.
3. Ocultación o ausencia, sin dejar al frente de la administración u operación de su empresa a alguien que pueda cumplir con sus obligaciones.
4. En iguales circunstancias que en el caso anterior, el cierre de los locales de su empresa.
5. Acudir a prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias para atender o dejar de cumplir sus obligaciones.
6. Incumplimiento de obligaciones pecuniarias contenidas en un convenio celebrado en términos del Título Quinto de esta Ley.
7. En cualesquiera otros casos de naturaleza análoga.

Considero criticable y contradictorio lo establecido en la fracción segunda del artículo comentado; presume el incumplimiento generalizado de las obligaciones por el simple hecho de no pagar a dos o más acreedores sin tomar en cuenta lo establecido en el artículo 10 del mismo ordenamiento, donde se establecen ciertas condiciones para considerar que un comerciante está en incumplimiento generalizado de las obligaciones.

d) Pluralidad de acreedores: Es un requisito indispensable, para que proceda la declaración de concurso mercantil que el comerciante

deba a por lo menos dos acreedores. El primer párrafo del artículo 10 de la LCM, establece que el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones consiste en el incumplimiento del pago a dos o más acreedores distintos y se presenten las condiciones a que se refiere dicho artículo. De lo anterior concluimos que es una condición indispensable para declarar a un comerciante en concurso mercantil, que éste deba a por lo menos dos acreedores.

V. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO MERCANTIL (ETAPA PREVIA)

a) **Aspectos generales** : Esta etapa del procedimiento concursal se extiende desde la solicitud o demanda de concurso mercantil hasta la sentencia que declara el concurso mercantil.

Pueden *demandar* la declaración de concurso mercantil los acreedores y el ministerio público. Asimismo, los jueces que tengan conocimiento de que un comerciante está en los supuestos de incumplimiento generalizado de las obligaciones, deberá notificarlo al ministerio público para que éste demande el concurso mercantil. También el comerciante puede *solicitar* su declaración de concurso mercantil.

El procedimiento no se suspende por excepciones procesales, incluyendo la incompetencia y la de falta de personalidad. Si procede la excepción de falta de personalidad, se podrán subsanar los defectos del poder. Lo que se intentará probar en esta etapa, es que el comerciante se encuentra en los supuestos establecidos en los artículos 9, 10 y 11.

La demanda de concurso mercantil debe contener el nombre del tribunal, el nombre y domicilio del demandante, en su caso el nombre o domicilio del comerciante demandado incluyendo las oficinas, planta, bodegas y almacenes, los hechos que motiven su petición, los fundamentos de derecho y la solicitud de declarar al comerciante en concurso mercantil (artículo 22). Asimismo, en caso de que el demandante sea acreedor, deberá acompañar a su demanda la prueba documental en donde acredite tal calidad, documento donde conste que se han garantizado los honorarios del visitador y los documentos base de su acción.

Es importante decir, que en caso de no garantizar los honorarios del visitador, el auto admisorio de la demanda dejará de surtir

efecto. Por lo anterior, considero que el artículo 24 de la LCM es de dudosa constitucionalidad ya nuestra carta magna establece el principio de gratuidad de la justicia.

En caso de que sea el comerciante el que solicite el concurso, deberá incluir en su solicitud su nombre completo o en su caso denominación social, domicilio para oír y recibir notificaciones, incluyendo el domicilio social y el de las diversas oficinas y establecimientos tales como plantas, almacenes o bodegas; estados financieros de los últimos tres años; una memoria en la que razone las causas que lo llevaron al incumplimiento general de sus obligaciones; una relación de deudores en la que indique las características de las operaciones así como los datos generales de cada acreedor o deudor; y un inventario de todos los bienes de la empresa.

A partir de que se admita la demanda, el comerciante tendrá nueve días para contestar, en caso de que no conteste se tendrán por ciertos los hechos contenidos en la demanda. El comerciante podrá presentar cualquier prueba para desvirtuar los supuestos establecidos en los artículos 9, 10 y 11. En principio y de conformidad con lo establecido en el artículo 27, la LCM sólo permite ofrecer como pruebas la documental y la opinión de expertos, pero posteriormente dicho artículo se contradice, ya que el segundo párrafo del mismo permite que se ofrezca cualquier prueba.

b) **La visita domiciliaria de verificación:** Dentro de las novedades del nuevo derecho concursal, destaca la visita de verificación. La visita se debe realizar bajo ciertas reglas y procedimientos que son:

- El visitador es un órgano del procedimiento concursal, que tiene la característica de entrar en funciones aun cuando no se haya dictado la sentencia de concurso mercantil.
- Los objetivos de la visita serán determinar si el comerciante está en los supuestos de los artículos 9, 10 y 11 y, por otro lado, proteger a la masa⁴.

⁴ Es importante señalar que la Ley nos da el concepto de masa y lo define en su artículo 4o., fracción V, como «la porción del patrimonio del Comerciante declarado en concurso mercantil integrada por sus bienes y derechos, con excepción de los expresamente excluidos por esta Ley, sobre la cual los Acreedores Reconocidos y los demás que tengan derecho, pueden hacer efectivos sus créditos». Consideramos que el concepto de masa expuesto en la LCM es doctrinariamente incorrecto y se aleja por completo de nuestra tradición jurídica. La masa debe ser un patrimonio fijo y cuantificable, y esto sólo puede suceder cuando el síndico toma posesión de los bienes de la empresa. Como veremos más adelante, esto no sucede en la etapa de conciliación ya que el comerciante conserva la administración de la empresa y ésta sigue operando de manera ordinaria ya que tendrá salidas y entradas de capital.

- Al día siguiente en que se admita la solicitud o demanda de concurso mercantil, debe remitirse copia al IFECOM para que este instituto nombre al visitador. Al día siguiente, el IFECOM deberá informar quién es el visitador designado y el nombre de las personas que lo auxiliarán. Asimismo, deberá informar a las autoridades fiscales que correspondan.

- El juez, una vez recibida la notificación del IFECOM, deberá dictar el auto de nombramiento del visitador y de sus auxiliares. También fijará el lugar o lugares donde se realizará la visita y los libros, registros y demás documentos sobre los que versará la visita y la duración de la misma.

- A partir del auto que ordene la visita, el visitador tendrá cinco días para presentarse en el domicilio del comerciante. Si no se presenta, el juez o los acreedores podrán solicitar al IFECOM la sustitución del visitador.

- El visitador podrá solicitar al juez que dicte las medidas precautorias semejantes a las del concurso mercantil, como prohibición de realizar pagos, suspensión de todo procedimiento de ejecución, asegurar bienes, intervenir la caja, prohibir la transferencia de recurso a terceros e, incluso, la orden de arraigo del comerciante.

- Es atacable el dictamen de la visita, ya que el artículo 41 permite que el comerciante, el Ministerio Público y los acreedores aleguen en un término de diez a partir de que se ponga a la vista el dictamen.

En mi opinión, este dictamen puede ser impugnado mediante la vía incidental o la revocación de conformidad con lo establecido en los artículos 267 y 268 de la LCM.

VI. LA SENTENCIA DE CONCURSO MERCANTIL

Existe mucha discusión sobre la naturaleza de esta sentencia. Para algunos, no podemos hablar de una verdadera sentencia ya que la misma no resuelve ninguna cuestión de fondo o incidental. Sin embargo, se le ha denominado ya desde la antigua Ley como *sentencia* por la importancia y los efectos que tiene.

Esta sentencia tiene el carácter de ser declarativa ya que establece que un comerciante recayó en los supuestos de incumplimiento general

de las obligaciones. También tiene un carácter constitutivo ya que se afecta un patrimonio.

En el análisis del contenido de la sentencia de concurso mercantil, podemos clasificar las fracciones del artículo 43 de la siguiente manera:

1. *Disposiciones relativas a los órganos.* Orden al IFECOM para que nombre conciliador (IV). Orden al comerciante para que permita al conciliador y a los interventores la realización de las actividades propias a su cargo (VII). La orden al conciliador de iniciar el procedimiento de reconocimiento de créditos (XIII). La orden de dar aviso a los acreedores para que puedan solicitar el reconocimiento de créditos (XIV).

2. *Disposiciones relativas a la publicidad de la sentencia.* La orden relativa al comerciante de poner los recursos necesarios para sufragar el gasto de las publicaciones (VI). Orden al conciliador de publicar un extracto de la sentencia por dos veces consecutivas en el Diario Oficial de la Federación y en uno de los diarios de mayor circulación de la localidad dentro de los cinco días a partir de su designación (XI y artículo 45). La orden de registrar la sentencia en el Registro Público de Comercio (XII). La orden de que se expida a quien lo solicite copia certificada de la sentencia (XV).

3. *Disposiciones relativas al aseguramiento de bienes.* La orden al comerciante de poner a disposición del conciliador la contabilidad (VI). La orden de suspender el pago de cualquier adeudo (menos los necesarios para la operación ordinaria de la empresa) contraído con anterioridad a la fecha de la sentencia de concurso mercantil (VIII). La orden de suspender todo procedimiento de embargo o ejecución contra bienes o derechos del comerciante (IX). La fecha de retroacción (X).

4. *Disposiciones generales.* Determinar el nombre, denominación o razón social, domicilio y, en su caso, nombre y domicilio de los socios ilimitadamente responsables (I). Fecha en que se dicte (II). Fundamentación de la sentencia, lista de los acreedores que el visitador hubiere identificado y señalando los montos de dichas deudas (III). La declaración de apertura de la etapa de conciliación (V). La sentencia produce los efectos del arraigo para el comerciante persona física y para personas morales se arraigarán a los responsables de la administración (artículo 47).

Al día siguiente de la sentencia, ésta debe ser notificada personalmente al comerciante, al visitador, al IFECOM y a las autoridades

fiscales. El conciliador tendrá la obligación de realizar las publicaciones en el Diario Oficial de la Federación dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su nombramiento. Las partes que no hayan sido notificadas se tendrán por notificadas a partir de la última publicación⁵.

El conciliador, dentro de los tres días siguientes a su designación, deberá hacer del conocimiento de los acreedores su nombramiento y deberá señalar domicilio dentro de la jurisdicción del juez que conozca del asunto.

En caso de que la demanda sea declarada improcedente, provocará que las cosas vuelvan a su estado original, salvo los actos de administración legalmente realizados. Las costas y los gastos deberán ser pagados por el demandante. En nuestra opinión es imposible que las cosas vuelvan a su estado original ya que de hecho se afectó la fama pública del comerciante y, por otro lado, se revisó toda su documentación contable.

La sentencia de concurso mercantil puede ser apelada. Pueden apelar el ministerio público, los acreedores, el comerciante y el visitador. Considero criticable que dicha sentencia pueda ser apelada por el visitador ya que, en mi opinión, no tiene interés jurídico.

La apelación debe interponerse dentro de los nueve días siguientes a la fecha en que surta efecto la notificación de la sentencia y deberán acompañarse a su escrito los agravios, pruebas y constancias. La contraparte tendrá que contestar en un término no mayor de nueve días y deberán acompañar a su escrito los mismos documentos. Una vez realizado lo anterior, el juez ordenará asentar dicha apelación en los autos y remitirá el cuaderno respectivo al tribunal de alzada dentro de un plazo de 3 días, si remite autos originales o de cinco si tratare de testimonio. El tribunal de alzada tendrá dos días para dictar el auto que admita o deseche el recurso y resolverá sobre la admisión de pruebas, y abrirá un término de quince días para su desahogo. Posteriormente, se abrirá un término de diez días para alegar donde primero alegará el apelante y luego las otras partes. Realizado lo anterior, el tribunal de alzada tendrá cinco días para dictar la sentencia que corresponda.

⁵ Considero excesiva la publicidad ordenada en los artículos 43 fracción XI y 45. Por otra parte, este sistema de publicidad es caro, poco efectivo y no cumple con los objetivos de la LCM. Por lo anterior, sería más sencillo y barato el obligar al comerciante a sellar todos sus documentos (facturas, recibos, contrarecibos, correspondencia, etcétera) con la siguiente leyenda: «(Nombre del Comerciante), ha sido declarado en concurso mercantil mediante sentencia dictada por el Juez _____ el día _____».

En caso de que se revoque la sentencia, se deberá inscribir en el Registro Público de Comercio y deberá darse la misma publicidad que a dicha sentencia.

VII. LOS ÓRGANOS DEL CONCURSO MERCANTIL

La LCM considera como órganos del concurso mercantil al visitador, al conciliador y al síndico. En esta clasificación agregaremos al juez, a la intervención y al IFECOM, ya que los últimos tres pueden tener gran influencia en el procedimiento de concurso mercantil.

Por otro lado, sólo se establecerán las facultades más importantes de cada órgano, dados los objetivos del presente trabajo.

a) El Juez: De conformidad con el artículo 7o. de LCM, es el rector del procedimiento y tendrá todas las facultades necesarias para que se cumpla la Ley. Por lo anterior, considero que el juez tendrá todas las facultades, inclusive las que no sean específicas, siempre y cuando tengan como objeto hacer cumplir la LCM.

De conformidad con el artículo 17 de la LCM, sólo podrán conocer de estos asuntos los Jueces de Distrito que tengan jurisdicción en el domicilio del comerciante. Es lógico pensar que esta disposición es inconstitucional ya que la Constitución en su artículo 104 fracción I establece la jurisdicción concurrente en los asuntos del orden civil que afecten sólo a intereses particulares. Sin embargo, algunos abogados conocedores como Víctor Manuel Montoya Rivero⁶ y José Ovalle Favela⁷ coinciden en que son los Jueces de Distrito quienes deben conocer de estos asuntos ya que la LCM es de interés público y, por otro lado, regula los créditos fiscales ya que los considera como concursales.

El juez tiene diversas facultades de resolución, tales como resolver las excepciones de personalidad; admitir la demanda de concurso mercantil; dictar la sentencia de concurso mercantil, condenar al

⁶ IV Programa de continuidad y actualización para graduados. Conferencia de «Actualización en materia concursal», 31 de agosto de 2000, Universidad Panamericana, México.

⁷ Seminario «Ley de Concursos Mercantiles», Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 8 y 9 de septiembre de 2000, México.

demandante al pago de costas y gastos judiciales; dictar la sentencia de reconocimiento de crédito; desechar apelaciones contra la sentencia de reconocimiento de crédito; resolver sobre la solicitud de ampliación del término de conciliación; ordenar la terminación anticipada de la etapa de conciliación; declarar la quiebra; declarar concluido el concurso mercantil; dictar las sentencias interlocutorias: dictar las providencias precautorias, interponer medidas de apremio; ordenar el cierre de la empresa; y remover al comerciante de la administración de la empresa.

El Visitador: El visitador es un perito auxiliar de la administración de justicia, quien tendrá como objetivo principal elaborar un análisis sobre la viabilidad de la empresa, analizando si ésta se encuentra en los supuestos de los artículos 9, 10 y 11 de la LCM.

Él posee diversas facultades y obligaciones como: solicitar al juez las medidas precautorias que estime necesarias; presentarse en el domicilio del comerciante; citar al comerciante; tendrá acceso a toda la contabilidad del comerciante; solicitar al juez las medidas de apremio necesarias para que el comerciante colabore con la visita; reproducir cualquier documentación; apelar la sentencia de concurso mercantil; contratar a los auxiliares que considere necesarios; y apelar la sentencia que dé por terminado el concurso mercantil.

Considero un error de la LCM, el facultar al visitador para apelar las sentencias de declaración de concurso mercantil y la de terminación del mismo. El visitador como tal no tiene interés jurídico para apelar dichas sentencias y, en todo caso, tendría dicha facultad en su calidad de acreedor contra la masa.

El Conciliador: El conciliador es uno de los nuevos órganos del concurso mercantil. Esta figura realiza funciones de administrador, conciliador, economista, contador y financiero. Al conciliador lo nombra el IFECOM, y tendrá como objetivos principales la vigilancia y supervisión de la administración de la empresa durante el período de conciliación y actuar como mediador para el fin de que los acreedores y el comerciante lleguen a un acuerdo.

Consideramos que este órgano es el de más importancia dentro del nuevo derecho concursal, que tiene la naturaleza de ser un órgano auxiliar de la administración de justicia, el cual actúa en nombre propio aclarando que no es un funcionario público.

El conciliador tiene múltiples facultades y obligaciones tales como: contratar con permiso del juez a los auxiliares que considere; vigilar la administración de la empresa; oponerse a las acciones separatorias; decidir sobre la resolución de contratos pendientes; solicitar nuevos créditos para el comerciante; decidir sobre la conveniencia de mantener la empresa en operación; convocar a los órganos internos de la empresa; solicitar la remoción del comerciante en la administración de la empresa y tomar la posesión de dicha administración; podrá oponerse al cumplimiento de contratos preparatorios y definitivos; determinar si se resuelven los contratos de depósito, apertura de crédito, de comisión y de mandato; resolver los contratos de arrendamiento; podrá solicitar que se fije otra fecha de retroacción; deberá presentar al juez una lista provisional de acreedores y recibirá las solicitudes de reconocimiento de crédito.

El Síndico: La LCM en su artículo 170, establece que el conciliador puede ser también síndico, siempre y cuando sea ratificado en dicho puesto por el IFECOM. El síndico tendrá todas las facultades que posea el conciliador, salvo aquéllas dirigidas a la firma del convenio o para el reconocimiento de créditos (artículo 177).

De conformidad con la actual legislación, el síndico es una figura dirigida a la liquidación de la empresa. En cuanto a su naturaleza, es un auxiliar de la administración de justicia ya que actúa en nombre propio y por derecho propio, con facultades sobre bienes ajenos⁸.

El síndico tiene diversas funciones, entre las cuales encontramos que puede solicitar una ampliación del plazo para cumplir con sus obligaciones; tiene derecho a que se le entregue la posesión y administración de la empresa; podrá prohibir a los deudores del comerciante que paguen o entreguen bienes del comerciante; podrá iniciar la ocupación de los bienes a partir de su designación; podrá contratar crédito nuevos; podrá recibir la correspondencia del comerciante; podrá requerir al comerciante que se presente ante su presencia; podrá enajenar las masas aun cuando no se haya realizado el reconocimiento de créditos; podrá enajenar los bienes de la masa por cualquier medio distinto al de la LCM.

⁸ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho mercantil*, Editorial Porrúa, vigésima cuarta edición, México, 1999, tomo II, página 284.

Obligaciones aplicables a los visitadores, conciliadores y síndicos:

Estos tres órganos del concurso tienen la obligación de registrarse (artículo 326); de caucionar su correcto desempeño (artículo 327); de excusarse (artículo 328); ejercer con probidad y diligencia sus funciones; supervisar el correcto desempeño de sus auxiliares; efectuar las actuaciones procesales que les impone la LCM; rendir cuentas al juez; guardar la confidencialidad respecto a los secretos industriales, procedimientos, patentes y marcas; abstenerse de divulgar información que obtenga por sus funciones; permitir al IFECOM que lo inspeccione y supervise; y cumplir con las disposiciones de carácter general que emita el IFECOM (artículo 332).

Los Interventores: La figura del interventor sigue siendo decorativa. La falta de facultades y de influencia en los procedimientos seguidos bajo la derogada LQSP provocó, en gran medida, la dilatación de los procedimientos. Lamentablemente, la actual LCM mantiene este error ya que la utilidad de este órgano sigue estando cuestionada.

La principal función del interventor es vigilar al conciliador, al síndico y al comerciante.

Los interventores pueden ser uno o varios y éstos son nombrados por los acreedores. Cualquier acreedor o acreedores que representen por lo menos el diez por ciento del monto de los créditos, puede nombrar interventor.

Entre sus facultades encontramos que puede denunciar las omisiones o actos de los visitadores; vigilar al conciliador y al síndico; gestionar la publicación de sentencia; solicitar al conciliador o síndico el examen de cualquier libro; puede oponerse a la separación de bienes de la masa; opinar respecto a las resoluciones del conciliador respecto a los contratos pendientes de cumplimiento; solicitar que se amplíe el período de retroacción; apelar la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de crédito; asistir a la diligencia de ocupación del síndico; oponerse a la enajenación por parte del síndico de bienes de la masa; y objetar el procedimiento de enajenación propuesto.

El IFECOM: El IFECOM es otra de las grandes novedades de la LCM. El IFECOM es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, con autonomía técnica y operativa. El IFECOM tiene como órgano supremo a la Junta Directiva, formada por un director y cuatro vocales.

Entre las facultades del IFECOM encontramos que es el órgano que nombra al visitador, al conciliador y al síndico, así como a los visitadores suplentes y conciliadores sustitutos; emite los formatos que ordena la Ley; fija los pagos y depósitos para quien solicite información de peritajes, avalúos y demás estudios; emite disposiciones de carácter general respecto a los procedimientos aleatorios para designar a los visitadores, conciliadores y síndicos; elabora los procedimientos públicos de selección y actualización de visitadores, conciliadores y síndicos; autoriza, mantiene y revoca la inscripción de los visitadores, conciliadores y síndicos; establece el régimen de remuneración de los visitadores, conciliadores y síndicos; supervisa los servicios de los visitadores, conciliadores y síndicos; promueve la capacitación de los visitadores, conciliadores y síndicos; elabora estadísticas relativas a concursos mercantiles; impone sanciones administrativas a los visitadores, conciliadores y síndicos; y podrá cancelar los registros de los visitadores, conciliadores y síndicos.

VIII. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO MERCANTIL

a) Suspensión de los procedimientos de ejecución: La LCM señala en su artículo 65 que no podrá realizarse ningún mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes del comerciante excepto los que sean de carácter laboral.

Por lo anterior, tampoco pueden ejecutarse los créditos hipotecarios y prendarios; sin embargo, el artículo 219 permite que los créditos hipotecarios y prendarios se cobren con el producto de los bienes afectados en garantía. Estos créditos siguen generando intereses ordinarios hasta el monto de la garantía. Otra característica de estos créditos es que no se convierten en UDIS y se mantienen en la moneda original en que se haya originado el crédito. Tales créditos no pueden ejecutarse, salvo la excepción establecida en el artículo 160, donde se establece que en caso de que el acreedores con garantía real no firmen el convenio, podrán iniciar o continuar con los trámites de ejecución. Se exceptúa de lo anterior los bienes sujetos a la prenda sin transmisión de la posesión, ya que estos créditos sí pueden ejecutar con fundamento en el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El artículo 68 de la LCM permite la ejecución de la autoridad laboral sobre bienes sujetos a garantía real, aunque el conciliador puede sustituir dichos bienes por una fianza a satisfacción de la autoridad laboral. Si no es posible la sustitución antes mencionada, el conciliador realizará la ejecución de los bienes y registrará como crédito contra la masa a favor del acreedor con garantía real de que se trate. Considero dicha regulación como inconstitucional en perjuicio del acreedor ya que, en mi opinión, viola el artículo 14 de nuestra carta magna ya que puede ser privado un particular de sus derechos sin un juicio seguido por los tribunales previamente establecidos.

En caso de embargo laboral, se considera como depositaria a la persona que tenga a su cargo la administración de la empresa (artículo 67).

b) Tratamiento de los créditos fiscales: Es novedoso que los créditos fiscales estén sujetos a procedimientos de concursos. Estos créditos tampoco pueden ser ejecutados por lo establecido en los artículos 69 LCM y 144 del Código Fiscal. Este último artículo establece las modalidades de la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución. Por otro lado, el artículo 146-B del precitado código permite exenciones fiscales en caso de que se llegue a un convenio. En mi opinión, esta regulación contradice al artículo 149 del Código Fiscal donde se establece claramente que el fisco no entrará en juicios universales.

El artículo 69 de la LCM permite que dichos créditos sigan causando actualizaciones, multas y accesorios pero se cancelarán los que se causen en la etapa de conciliación, sin embargo, el comerciante deberá seguir pagando las contribuciones fiscales y de seguridad social ordinarias por considerarlo como parte de las operaciones ordinarias de la empresa.

Es criticable que la LCM, al igual que la LQSP, no defina qué debe entenderse por operaciones ordinarias de la empresa. Esta falta de definición puede provocar abusos e interpretaciones erróneas como las que se generaron bajo la antigua LQSP.

c) De la administración de la empresa: En la etapa de conciliación, el comerciante mantiene la administración de la empresa y podrá realizar las operaciones ordinarias de la misma. Sin embargo, las funciones del comerciante estarán sujetas a la vigilancia o, en su caso, aprobación del conciliador. Incluso, existe la posibilidad de que en el período de conciliación el comerciante pierda la administración de la

empresa a favor del conciliador de conformidad con el artículo 81.

El conciliador puede decidir sobre los contratos pendientes de resolución y puede aprobar, previa opinión de los interventores, la contratación de nuevos créditos, la sustitución de garantías y la enajenación de activos. En relación a las operaciones antes descritas, no se toma en cuenta la opinión del comerciante.

Igualmente el conciliador está facultado para realizar la venta de bienes que sean percederos, pero deberá informar al juez de lo anterior (artículo 77). Considero que este artículo está mal ubicado y no debería de aplicarse a la conciliación sino a la quiebra, ya que dicha forma parte de las operaciones ordinarias de la empresa.

Por otro lado, se debe intentar conservar la empresa en operación pero, si el conciliador considera que puede resultar perjudicial para la masa podrá solicitar el cierre de la empresa (79).

d) De los efectos en cuanto a la actuación en otros juicios: Es una novedad de la LCM que no sea necesaria la acumulación de los juicios seguidos por el comerciante ya sea como actor o demandado. El conciliador no debe sustituir al comerciante en la actuación en estos juicios, salvo en caso de que el conciliador sustituya al comerciante en la administración de la empresa (artículo 84).

Para interpretar el presente efecto, se debe tener en cuenta lo establecido por el artículo 65 ya que el mismo, como ya lo explicamos, prohíbe la ejecución de estos juicios.

e) De los efectos en relación con las obligaciones del comerciante: La actual Ley tiene grandes novedades en este tema. Por ejemplo, se consideran nulas las estipulaciones contractuales que agraven la situación del comerciante en caso de solicitud, demanda o declaración de concurso mercantil (artículo 87). Como sabemos, es muy común que en los contratos mercantiles se establezca como causa de rescisión la declaración de quiebra, concurso o estado de insolvencia, cláusula que es nula dada la actual legislación, siempre y cuando perjudique al comerciante.

Por otro lado, hay ciertos efectos que nos describe el artículo 88:

- Se tendrán por vencidas las obligaciones pendientes de cumplimiento. Aquí se trata de defender el principio concursal de trato igual a los acreedores (*pars conductio creditorum*).

- Los créditos sujetos a condición suspensiva se consideran como si la condición no se hubiere realizado (ver artículo 1939 del Código Civil Federal).
- Los créditos sujetos a condición resolutoria se considerarán como si la condición se hubiere realizado sin que la partes deban devolverse las prestaciones recibidas.
- La cuantía de los créditos por prestaciones periódicas o sucesivas se determinará según su valor presente considerando la tasa de interés pactada.
- Los acreedores por concepto de renta vitalicia tendrán derecho a que se reconozca su crédito a su valor de reposición en el mercado.
- La obligaciones que tengan una cuantía indeterminada o no pecuniaria deberán ser valoradas en dinero.

También la LCM, ordena que los créditos dejen de generar intereses y se conviertan a Unidades de Inversión (UDIS). El valor que se deberá tomar para la conversión a UDIS será el que fije el Banco de México mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación el día en que se dicte la sentencia que declare el concurso mercantil. Asimismo, los créditos en moneda extranjera, dejan de generar intereses, se convierten en moneda nacional al tipo de cambio que fije el Banco de México y se convierten a su vez en UDIS.

Se exceptúan de lo anterior, los créditos con garantía real ya que éstos se mantienen en moneda nacional y seguirán generando intereses hasta alcanzar el monto del valor de la garantía.

La conversión a UDIS antes señalada, ha sido ampliamente criticada por conocedores de la materia tales como Emilio Aarún Tame⁹, Justino Montes de Oca¹⁰ y José Antonio Marván Lizardi¹¹, quienes consideran perjudicial dicha operación tanto para el comerciante como para los acreedores ya que en estos procedimientos difícilmente se paga el principal. Para otros conocedores como Luis Manuel C. Méjan, la intención de la LCM es evitar la práctica nociva en la suspensión de pagos que al suspender la generación de intereses, la inflación comía al capital.

⁹ AARÚN TAME, Emilio y RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Comentarios a la Ley de Concurso Mercantiles* (proyecto al 30 de septiembre de 1999), México, 1999, página 17.

¹⁰ MONTES DE OCA, Justino A. y otros, «Análisis crítico del proyecto de la Ley de Concursos Mercantiles» (Conferencia en el Centro Libanés), México D.F., septiembre de 1999.

¹¹ MARVÁN LIZARDI, José Antonio. *Análisis y Comentarios de la Ley de Concursos Mercantil*, México, 2000, página 14.

f) De los contratos pendientes: La declaración de concurso mercantil no puede afectar los contratos del comerciante que tengan un carácter personal (artículo 91). Sin embargo, sí se pueden afectar todos los demás contratos tales como:

- **Compraventa:** No se puede exigir al vendedor la entrega de los bienes al comerciante a menos que pague el precio o garantice el pago. En caso de que sea el vendedor el declarado en concurso, tendrá el comprador derecho a exigir la entrega de la cosa previo pago del precio.

- **Contrato de depósito, de apertura de crédito, de comisión y de mandato:** Estos contratos no se resuelven por la declaración de concurso, salvo que el conciliador decida lo contrario.

- **Contrato de reporto:** Si el comerciante es el reportador, debe transmitir al reportado en un plazo no mayor a quince días contados a partir de la declaración de concurso, los títulos de la especie que corresponda contra el reembolso del precio más el premio acordado; en el caso de que sea el reportado, el contrato se tendrá por abandonado y el reportador podrá solicitar el pago de la diferencia que, en su caso, exista a su favor, mediante el reconocimiento del crédito; y en el caso de los reportos celebrados entre el comerciante y su contraparte en forma recíproca se darán por vencidos en forma anticipada. Los prestamos de valores celebrados por el comerciante en moneda nacional, se sujetarán a estas mismas reglas.

- **Contrato diferenciales o de futuros:** Los contratos diferenciales o de futuros que tengan una fecha de vencimiento posterior a la declaración de concurso mercantil se darán por terminados anticipadamente.

- **Contrato de arrendamiento:** La declaración de concurso mercantil no rescinde los contratos de arrendamiento de inmuebles, sin embargo el conciliador podrá decidir sobre la rescisión del mismo. En materia de arrendamiento se deben diferenciar dos casos, ya que es muy diferente si el comerciante concursado es el arrendador o el arrendatario. Si es el arrendador, seguirá percibiendo los pagos de manera ordinaria pero si es el arrendatario, será el conciliador el que puede decidir sobre la conveniencia de rescindir o no el contrato.

También, hay que aclarar que tanto los contratos preparatorios, como definitivos, pendientes de ejecución deben ser cumplidos por el comerciante, a menos que el conciliador se oponga por convenir a los intereses de la masa.

En mi opinión, es criticable la regulación de la LCM en relación a los contratos pendientes de cumplimiento. Estos efectos surgen por la declaración de concurso mercantil y están dirigidos en gran medida a inmovilizar el patrimonio del comerciante, ya que la mayoría de estos efectos fueron tomados del Título III de la LQSP, que se refiere a los efectos de la quiebra. Recordemos que, en la etapa de conciliación, el comerciante generalmente mantiene la administración de la empresa y, por otra parte, la empresa puede seguir realizando sus operaciones ordinarias por lo que resulta contradictorio tratar de inmovilizar el patrimonio cuando la empresa tiene la obligación de seguir realizando sus operaciones ordinarias.

g) De los actos realizados en fraude de acreedores: Como es natural en este tipo de asuntos, es probable que el comerciante haya realizado actos en el pasado que pueden generar graves daños en la masa. Hay que decir que estos actos son en principio válidos ya que se realizaron por el comerciante cuando gozaba de plenas facultades sobre sus bienes. Por esta razón, la LCM al igual que lo regulaba la LQSP, puede tener efectos sobre las operaciones realizadas en el pasado.

La novedad de la actual legislación es que fija la fecha de retroacción o período sospechoso a 270 días anteriores a la fecha de declaración de concurso mercantil. Sin embargo, el conciliador, los interventores o cualquier acreedor podrán solicitar que se determine una fecha anterior. Los actos realizados en fraude de acreedores durante el período sospechoso pueden ser anulados si éstos perjudican a la masa y se reúnen los requisitos de Ley que comentaremos más adelante.

La intención de esta regulación es evitar un daño a la masa y, por otro lado, un beneficio injustificado de un acreedor sobre los demás.

Los actos realizados en fraude de acreedores tienen ciertas características como (artículo 113):

- Son actos que realiza el comerciante.
- Son actos realizados antes de la declaración de concurso mercantil.
- Son actos que se realizan con un tercero que conoce y sabe que se realiza con la intención de defraudar.
- Si son actos de carácter gratuito, no será necesario probar que el tercero tenía conocimiento de que se tenía la intención de defraudar a los acreedores.

La LCM en su artículo 114 y 115, establece algunas conductas que son consideradas en fraude de acreedores tales como operaciones donde se paguen cantidades notoriamente mayores o reciba contraprestaciones notoriamente menores que la contraparte; operaciones donde el comerciante pacte condiciones o términos que se aparten de las condiciones prevalecientes en el mercado; remisiones de duda; pago de obligaciones no vencidas; descuentos, incremento de garantías; y pagos de deuda en especie cuando ésta sea diferente a la originalmente pactada.

Por otro lado, la LCM presume otros actos en fraude de acreedores entre los que encontramos las operaciones realizadas en contra de la masa, hechas con los parientes hasta cuarto grado del comerciante, o en su caso del administrador o miembros del consejo de administración de la empresa y las operaciones realizadas con sociedades mercantiles en las cuales dichos parientes sean administradores o formen parte del consejo de administración.

Por último, hay que aclarar que estas operaciones son nulas por lo que en principio deben devolverse los bienes a la masa, aunque la LCM aclara que también debe incluirse en la masa el producto y los intereses que hayan generado dichos bienes.

h) La separación de los bienes de la masa: Merece la pena criticar a la LCM, ya que la definición de masa establecida en su artículo 4o., se aleja completamente del concepto tradicional de este término. La LCM define a la masa como «*la porción del patrimonio del Comerciante declarado en concurso mercantil, integrada por sus bienes y derechos, con excepción de los expresamente excluidos en términos de esta Ley, sobre la cual los Acreedores Reconocidos y los demás que tengan derecho, pueden hacer efectivos sus créditos*». Dada la definición de la LCM, no podemos determinar fácilmente qué bienes integran la masa ya que no hay un procedimiento de formación de la misma, por lo anterior no hay un inventario ni lista de bienes y, así, estamos en el mundo de la especulación. La anterior Ley tenía un procedimiento donde se formaba la masa mediante la toma de posesión de los bienes por parte del síndico. Por esta razón, en la actual Ley, el término más adecuado para referirnos a las acciones separatorias debió ser: «reivindicación».

Las acciones separatorias tienen como finalidad sustraer, de la masa, bienes que no debieron ser incluidos por ser éstos de un tercero. Por

lo anterior, podemos concluir que estas acciones separatorias son muy parecidas a las tercerías excluyentes de dominio civiles.

La LCM nos señala qué bienes pueden ser separados de la masa. Así, la Ley no señala que pueden ser separados de la masa cualquier bien que sea identificable cuya propiedad no sea del comerciante. En caso de que no haya oposición a la acción separatoria, ésta procede de plano.

Ya que los bienes separables de la masa deben ser identificables, debemos preguntarnos si los bienes fungibles pueden ser sujetos de una acción separatoria. Si seguimos la postura de Rodríguez y Rodríguez¹², las acciones separatorias sólo pueden efectuarse sobre bienes que sean específicamente individualizables y cuando estos bienes son fungibles no estamos en posibilidad de identificarlos. Por lo anterior, las cosas fungibles son separables en tanto sean identificables.

Asimismo, las acciones separatorias deben fundarse en un derecho de dominio y deben tramitarse en forma incidental mediante el procedimiento especificado en los artículos 70 y 267 de la LCM.

Pueden ser separados los bienes que señala el artículo 71 de la LCM:

1. Los que pueden ser reivindicados por ser de un tercero y sea posible que se recuperen.

2. Los inmuebles vendidos al comerciante, no pagados por éste, siempre y cuando la venta no se haya inscrito en el Registro Público de la Propiedad.

3. Los bienes muebles adquiridos al contado, si el comerciante no hubiere pagado la totalidad del precio al tiempo de la declaración de concurso mercantil.

4. 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.

5. 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.

6. Las contribuciones retenidas, recaudadas o trasladadas por el comerciante por cuenta de las autoridades fiscales.

¹² RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, vigésima cuarta edición, México, 1999. Tomo II, página 325 y 326.

7. Los bienes que tenga el comerciante por concepto de depósito, usufructo, fideicomiso, que haya recibido en administración o consignación, por comisión de compra, venta, tránsito, entrega o cobro; así como los que tenga para entregarlos a persona determinada por cuenta y en nombre de un tercero.

Para que pueda realizarse la separación, se deben respetar las siguientes reglas (artículo 72):

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

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 cobrarse y el importe de su crédito.

En el segundo caso previsto en el párrafo anterior, el separatista no podrá presentarse como acreedor en el concurso mercantil.

IV. Podrán separarse los bienes que hubieren sido remitidos, recibidos en pago o cambiados por cualquier título jurídico, equivalente con los que eran separables.

V. La prueba de la identidad podrá hacerse aun cuando los bienes hubiesen sido privados de sus embalajes, desenfardados o parcialmente enajenados.

VI. 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.

IX. EL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

a) *Solicitud de reconocimiento de créditos y elaboración de las listas de acreedores*: El procedimiento de reconocimiento de créditos es totalmente diferente a la derogada LQSP. En la anterior legislación era una obligación de los acreedores demandar su reconocimiento de crédito en el procedimiento y en caso de que no lo hiciera en los plazos de Ley, perdía derechos (privilegios) o inclusive se podía llegar al extremo de no escucharlo (artículo 225 de la LQSP).

Actualmente, no existe la obligación de solicitar el reconocimiento de crédito dada la redacción del artículo 122 de la LCM.

Por otra parte, es importante señalar que el procedimiento de reconocimiento de créditos bajo la actual LCM, depende en gran medida del conciliador ya que éste debe elaborar una lista provisional y otra definitiva de los créditos. En base a estas listas, el juez dictará la sentencia de reconocimiento de créditos.

El artículo 122, manifiesta cuándo se puede solicitar el reconocimiento de crédito por parte de un acreedor:

- Dentro de los 20 días naturales siguientes a la última publicación de la sentencia de concurso mercantil.
- Dentro del plazo para formular objeciones a la lista provisional a que se refiere el artículo 129 de la LCM.
- Dentro del plazo para la interposición del recurso de apelación a la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

Por su parte el artículo 123, establece una especie de suplencia de la queja a favor de los acreedores, ya que aun cuando éstos no soliciten el reconocimiento de crédito deben ser incluidos en la lista provisional, siempre y cuando se puedan determinar los adeudos conforme a la contabilidad del comerciante.

Dada la redacción de los artículos 122 y 123 podemos concluir que la LCM defiende en exceso a los acreedores inactivos, lo que en mi opinión es injustificable. En definitiva, se premia la falta de interés e irresponsabilidad de los acreedores.

Otra cuestión criticable, es que las solicitudes de reconocimiento de créditos deben ser presentadas ante el conciliador y no ante el juez (artículo 125), lo que en mi opinión es de dudosa constitucionalidad

ya que el conciliador, al recibir documentos, está realizando una actividad jurisdiccional. Por otro lado también es criticable lo dispuesto por el artículo 125, ya que el Juez, al dictar sentencia, no tendrá conocimiento cabal de los créditos en cuestión lo que sin duda dificultará que la sentencia esté debidamente motivada.

La LCM presume, salvo prueba en contrario, que las deudas entre el comerciante y su cónyuge, concubina o concubinario han sido pagadas, por lo que en principio estas personas no pueden ser acreedores del comerciante.

La lista provisional de acreedores se pone a la vista del comerciante y de los acreedores por un término de cinco días en los cuales se podrán realizar objeciones. Después de realizadas, el conciliador cuenta con diez días para presentar al juez la lista definitiva. Por otro lado, el conciliador no será responsable por errores u omisiones de la lista definitiva cuando estos errores deriven en la falta de registro de algún crédito y que el acreedor en cuestión no haya solicitado el reconocimiento respectivo.

Realizada la lista definitiva, el juez tendrá cinco días para dictar la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

b) La graduación de los créditos: La LCM, en su artículo 217, establece cuatro tipos de acreedores: los acreedores singularmente privilegiados, los acreedores con garantía real, acreedores con privilegio especial y los acreedores comunes. Sin embargo, podemos hablar de seis tipos de acreedores realmente, que en orden jerárquico son:

1. Acreedores contra la masa: El artículo 225 de la LCM, establece que son créditos contra la masa, los laborales generados en los dos últimos años anteriores al concurso mercantil por concepto salario o sueldo. También se consideran como créditos contra la masa los generados por la administración de la masa, tales como los honorarios del visitador, conciliador, síndico y los gastos realizados para conservar los bienes que integran la masa.

2. Acreedores singularmente privilegiados: Estos acreedores son los que se generan por los gastos de entierro en caso de que la sentencia de concurso mercantil sea posterior a su fallecimiento y los gastos por concepto de enfermedad que haya causado la muerte. Es importante decir que, dentro de estos gastos, no debemos incluir los

gastos por concepto de ceremonias religiosas y a los gastos por concepto de publicaciones del fallecimiento del comerciante.

3. Acreedores con garantía real: Éstos son los acreedores hipotecarios y prendarios. Es importante señalar que la LCM no hace referencia a los créditos de habilitación y avío ni a los créditos refaccionarios, por lo que estos créditos no gozan de los privilegios que tienen los acreedores con garantía real.

4. Créditos laborales que no se encuentren dentro del supuesto constitucional (artículo 123 fracción XXIII) y créditos fiscales: Son los créditos laborales por concepto de salario o indemnización que se generen antes de los dos años anteriores a la declaración de concurso mercantil.

5. Acreedores con privilegio especial: Son los acreedores con derecho de retención tales como el comisionista, el vendedor de cosa mueble, el porteador, el constructor de obra mueble y el hospedero.

6. Acreedores comunes: Aquí deben colocarse todos los créditos que no puedan entrar en las anteriores clasificaciones.

Es importante señalar que, dada la redacción de la LCM, ningún crédito debe ser pagado hasta en tanto no se dicte la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Por lo anterior, es criticable que los trabajadores visitadores, conciliadores y síndicos sólo puedan cobrar cuando se dicte dicha sentencia ya que estos créditos se deberían considerar como parte de los gastos ordinarios del concurso. Será muy difícil convencer a verdaderos especialistas para que soliciten al IFECOM su registro como visitador, conciliador o síndico si sólo podrán cobrar hasta que se dicte la sentencia antes referida.

Por último, es importante señalar que la sentencia de reconocimiento, rectificación y graduación de créditos debe ser considerada como la sentencia definitiva para efectos de amparo directo. La razón de lo anterior se debe a que es esta sentencia la que define los derechos y la obligaciones de las partes y resuelve definitivamente el fondo del asunto, aun cuando esta sentencia no pone fin al procedimiento concursal. Sin embargo, hay quien opina que la sentencia definitiva para efectos de amparo directo es la sentencia que pone fin al concurso mercantil a que se refiere el artículo 262 de la LCM¹³.

¹³ LOPERENA RUIZ, Carlos, «Seminario sobre la Ley de Concursos Mercantiles». Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 8 y 9 de septiembre de 2000.

X. LA CONCILIACIÓN Y EL CONVENIO

El artículo 145 nos señala que la etapa de convenio tendrá una duración de ciento ochenta y cinco días naturales contados a partir de la última publicación en el Diario Oficial de la Federación de la sentencia de declaración de concurso mercantil. Sin embargo, existe la posibilidad de ampliar el término antes señalado dos veces por períodos de noventa días siempre y cuando se cubran los requisitos señalados en el precitado artículo. Por lo anterior, el período de conciliación tendrá una duración máxima de 365 días.

Para que proceda la primera prórroga de la conciliación será necesario que el conciliador o los acreedores reconocidos que representen dos terceras partes del monto del crédito reconocido (no del número de acreedores), soliciten al juez la ampliación. Para que proceda la segunda prórroga, será necesario que lo solicite el noventa por ciento de los acreedores reconocidos (no del monto).

Dado el diseño de la LCM, se corre el peligro de que dentro del primer período, no se haya dictado la sentencia de reconocimiento, rectificación y graduación de créditos, por lo que en muchas ocasiones se dependerá de la voluntad del conciliador para que haya una ampliación de dicho término. Igualmente, será importante que se dicte dicha sentencia para que pueda darse la segunda prórroga.

La consecuencia de no llegar a un convenio dentro del período que marca la Ley y sus respectivas prórrogas es la quiebra (artículo 167 frac. II).

El conciliador deberá realizar todo su esfuerzo con el fin de llegar a un convenio, por lo que podrá reunirse con el comerciante y los acreedores de manera conjunta o separada. En caso de que el conciliador considere que hay una imposibilidad de llegar a un convenio, podrá solicitar al juez la terminación de la etapa de conciliación.

Es importante señalar que el convenio debe tener en cuenta a todos los acreedores, e incluso se considerarán nulos los convenios particulares entre el comerciante y uno de los acreedores, ya que dicha situación rompe el principio de igualdad de trato entre los acreedores «*pars conductio creditorum*».

La LCM da las más amplias libertades de negociación y no limita ni la espera ni la quita en ningún porcentaje, por lo que la única limitante será la imaginación de las partes.

La sentencia en la cual se apruebe el convenio, dará por terminado el concurso mercantil y cesarán las funciones de los órganos del mismo.

XI. LA QUIEBRA

La quiebra es la tercera etapa del procedimiento (etapa previa, etapa de conciliación y etapa de quiebra). El objetivo de la quiebra ya no es la rehabilitación de la empresa sino la liquidación de la misma y el pago de los acreedores. Por otra parte, al ser una etapa del procedimiento, será necesario que primero se lleven a cabo las dos etapas anteriores para poder declarar la quiebra.

Lo anterior lo concluimos de la interpretación del artículo 177 de la LCM que dice:

Las facultades y obligaciones atribuidas por esta Ley al conciliador, distintas a las necesarias para la consecución de un convenio y el reconocimiento de créditos, se entenderán atribuidas al síndico a partir de su designación. Cuando la etapa de conciliación termine anticipadamente debido a que el Comerciante hubiere solicitado su declaración de quiebra y el juez la hubiere concedido, la persona que hubiere iniciado el reconocimiento de créditos permanecerá en su encargo hasta concluir esa labor.

Por lo anterior, debemos concluir que el síndico no puede realizar actividades referentes al reconocimiento de créditos por lo que es necesario que esta actividad se inicie necesariamente en la etapa de conciliación mediante el conciliador. Para efectos de la quiebra, es muy importante que se dicte la sentencia de reconocimiento de créditos ya que sin la misma no podremos pagar a los acreedores lo que les corresponde.

La quiebra procede en los siguientes casos:

- La solicite el comerciante.
- Transcurrido el término para la conciliación y sus prórrogas no se haya aprobado el convenio.
- El conciliador solicite la declaración de quiebra y ésta sea concedida.

En los dos primeros casos, la resolución se dictará de plano, y en el tercero, el procedimiento deberá realizarse en forma incidental. Sin embargo, debemos tener en cuenta que para dictar la sentencia de

concurso mercantil será necesario que se realice el reconocimiento de créditos.

En cuanto a la publicidad de la sentencia de quiebra, ésta deberá publicarse en los mismos términos que la de concurso mercantil.

a) Efectos particulares de la quiebra: La declaración de quiebra produce los mismos efectos que la declaración de concurso mercantil. Lo anterior podemos deducirlo de la interpretación del artículo 2o. y del 176 de la LCM, ya que la quiebra es una etapa del concurso mercantil. Sin embargo, la quiebra produce ciertos efectos particulares entre los que encontramos los siguientes:

Administración de la empresa: Mediante la sentencia de quiebra, se remueve de la administración de la empresa al comerciante sin necesidad de que se realice algún trámite adicional. Las facultades de administración de la empresa pasarán al síndico, el cual tendrá las más amplias facultades de dominio (artículo 178), por lo que podrá vender, rentar, afectar, hipotecar, modificar, etcétera, cualquier bien comprendido en la masa.

El síndico podrá mantener, si lo considera conveniente, las actividades ordinarias de la empresa.

Las actividades del síndico referentes a la administración de la empresa, debe realizarlas como un administrador diligente en negocio propio, por lo que será responsable de las pérdidas o menoscabos que la empresa sufra.

Los pagos que se realicen al comerciante, posteriores a la última publicación de la sentencia de declaración de quiebra, no tendrán efecto liberatorio. Tampoco tendrán efecto liberatorio en caso de que el deudor pague al comerciante a sabiendas que se ha declarado la quiebra del mismo.

En el caso de las personas morales, las responsabilidades del comerciante las tendrá quien cuente con las facultades de representación de la empresa de conformidad con lo establecido en el artículo 196 de la Ley concursal. Se debe tener en cuenta que el artículo antes comentado se encuentra ubicado en el Capítulo II del Título Sexto, referido a los efectos particulares de la quiebra, por lo que dicha disposición sólo es aplicable a la quiebra.

Ocupación de los bienes por parte del síndico: Desde el momento de su designación, deberá iniciar las diligencias de ocupación de los

bienes del comerciante. En dicha ocupación, se deberá levantar inventario en el cual se describirán los bienes muebles e inmuebles, los títulos valores, géneros de comercio y derechos a favor del comerciante.

Los depositarios que tengan bienes del comerciante que hayan sido embargados, deberán entregar dichos bienes al síndico.

La presunción munciana: Esta presunción de origen romano se ha seguido aplicando hasta nuestros días. Sin embargo, las legislaciones modernas han ampliado el concepto romano, ya que hoy la presunción incluye a las concubinas. La presunción munciana, consiste en considerar todos los bienes adquiridos por el cónyuge (en el régimen de separación de bienes), concubina o concubinario, dentro de los dos años anteriores a la fecha de retroacción como pertenecientes al comerciante por lo que se integran a la masa.

La presunción munciana debe ser promovida por el síndico en la vía incidental en contra del cónyuge, la concubina o el concubinario en donde bastará que se pruebe el matrimonio o el concubinato durante el período sospechoso aplicable al caso (dos años anteriores al período de retroacción).

Hay un vacío en la Ley, ya que no se hace mención al caso de los divorciados. Aquí nos encontramos ante el problema de que haya una sentencia firme de divorcio donde se le reconocen derechos al cónyuge sobre un patrimonio que en un momento dado pudiera ser reclamado por el síndico en la quiebra. Podemos encontrar dos posturas, una a favor de la divorciada o divorciado la cual fundaría su dicho en derechos adquiridos por la sentencia de divorcio y la segunda que entendería a dichos bienes como parte de la masa ya que se debe respetar el Interés Público de la LCM.

b) Enajenación del activo y graduación: Desde la declaración de quiebra, el síndico podrá iniciar las enajenaciones de bienes procurando obtener el mejor precio posible. También existe la posibilidad de vender los bienes como unidad productiva siempre y cuando el producto de la venta sea mayor a las demás posibilidades (artículo 197).

La enajenación deberá realizarse en subasta para lo cual se deberá realizar una convocatoria que reúna los requisitos del artículo 199 y dicha subasta deberá realizarse en un plazo comprendido entre diez a noventa días a partir de la mencionada convocatoria.

Las posturas deberán cumplir con los requisitos del artículo 201, incluyendo la manifestación, bajo protesta de decir verdad respecto a los vínculos familiares o patrimoniales con el comerciante, administradores del comerciante o personas relacionada directamente con él.

Terminada la subasta, el juez ordenará la adjudicación de los bienes previo pago, a favor del postor. En todos los casos deberá realizarse el pago íntegro en los diez días siguientes a la fecha de celebración de la subasta y, en caso de que no se realice el pago, se descartará la postura y la subasta se tendrá por no realizada.

Los bienes que, por su naturaleza, deban venderse con prontitud porque no puedan conservarse sin que se deterioren o sufran una disminución del precio o que su conservación sea costosa podrán ser vendidos por el síndico bajo su responsabilidad.

Es importante señalar que no podrán ser vendidos los bienes que estén sujetos a una demanda de separación de bienes. Otro punto importante es que el síndico no responde por vicios ocultos o evicción salvo pacto en contrario.

En esta parte del procedimiento, los acreedores reconocidos con garantía real, pueden iniciar o continuar los procedimientos de ejecución conforme a los procedimientos y reglas que resulten aplicables.

El síndico tendrá la obligación de que toda reserva e inversión debe depositarse en instrumentos de renta fija en una institución de crédito, cuyos rendimientos protejan el valor de dichos recursos en relación a la inflación y tengan suficiente seguridad, rentabilidad, liquidez y disponibilidad (artículo 215).

c) Pago a los acreedores reconocidos: Se debe reconocer un avance en la actual legislación respecto a este tema ya que limita los tiempos procesales, lo que sin duda evitará dilataciones innecesarias en perjuicio de los acreedores.

El síndico a partir de la sentencia de quiebra, deberá realizar informes cada dos meses sobre las enajenaciones realizadas y sobre la situación del activo, así como una lista de los acreedores que serán pagados. Respecto a los créditos que sean impugnados se deberá realizar una reserva del importe que pudiera corresponderle, y resuelta la impugnación se le pagará al acreedor o en su caso se reintegrará el monto en disputa a la masa. Si la impugnación es sólo sobre una

parte del crédito, se deberá pagar la parte que no esté en disputa y se reservará la parte impugnada.

El juez deberá poner a la vista de los acreedores reconocidos y del comerciante, el reporte y la lista antes referidas para que, dentro del término de tres días, las partes manifiesten lo que a su derecho corresponda. Transcurrido dicho término el juez debe resolver la manera y término en que se procederá a los repartos de efectivo disponibles.

En tanto no sea dictada la sentencia de reconocimiento de crédito, el producto de las ventas deberá invertirse conforme a las reglas del artículo 215.

No se podrá declarar terminado el concurso mercantil, mientras haya créditos pendientes de reconocimiento por haber sido impugnada la sentencia que lo reconoció.

Los acreedores reconocidos, que no hayan obtenido el pago íntegro, conservarán individualmente sus derechos y acciones por el saldo contra el comerciante.

En caso de que se haya terminado el concurso mercantil, y se descubran nuevos bienes que debieron haber sido incluidos en la masa, se podrán vender y distribuir conforme a la LCM, lo que se conocía en la antigua LQSP como reapertura de la quiebra.

XII. TERMINACIÓN DEL CONCURSO MERCANTIL

El concurso mercantil termina por las causas a que se refiere el artículo 262 de la LCM. Estas causas son las siguientes:

a) Aprobación del convenio: Como ya vimos anteriormente, la aprobación del convenio da por terminado el concurso mercantil.

b) Por pago íntegro a los acreedores reconocidos: Ésta es una forma muy improbable de terminación la cual está alejada del mundo concursal y de la insolvencia.

c) Por pago a los acreedores reconocidos mediante cuota concursal y no hubieren bienes por realizarse: Esta forma de terminación también puede ser conocida como terminación por falta de activos.

d) Si la masa es insuficiente incluso para el pago de los acreedores contra la masa: Esta forma de terminación se relaciona con la anterior, ya que se termina el concurso por falta de activos. No tiene

ningún caso continuar con el procedimiento cuando no podemos pagar ni siquiera el primer grado de acreedores.

e) Si el comerciante y la totalidad de los acreedores solicitan la terminación del concurso mercantil: Esta forma de terminación no merece mayor explicación ya que es un pacto expreso entre todas las partes.

Por último, es criticable que la LCM no haya tenido en cuenta la terminación de concurso mercantil por falta de pluralidad de acreedores ya que como sabemos, este tipo de asuntos tienen la naturaleza de ser universales. Por otro lado, si sólo contamos con un acreedor, el procedimiento se debería resolver en las instancias mercantiles ordinarias.

XIII. INCIDENTES Y RECURSOS CONCURSALES

1. Incidentes: Debemos recordar que doctrinalmente los incidentes son procedimientos que tienden a resolver controversias de carácter adjetivo relacionadas inmediata y directamente con el asunto principal¹⁴. Generalmente, en el medio del litigio se entiende al incidente como un pequeño juicio que trata de resolver una controversia específica relacionada con el juicio original.

El artículo 267 de la Ley regula los incidentes y establece que las cuestiones que se suscitaren en la tramitación del concurso que no tengan prevista una substanciación especial se plantearán por el interesado en la vía incidental y se observarán las siguientes reglas:

a) Del escrito inicial se correrá traslado por cinco días a la parte o partes interesadas en la cuestión. Si no se desahoga la vista se tendrá por confesa a dicha parte salvo prueba en contrario. Es decir, a partir del acuerdo que admita el incidente, se le dará traslado a la contraria y ésta deberá contestarlo en el término de cinco días.

b) El escrito inicial de la demanda incidental, así como la contestación, deberán estar acompañadas de pruebas, las cuales deberán expresar sobre qué puntos versan y no podrán ser éstas extrañas al incidente planteado.

c) Transcurridos los cinco días antes referidos, el juez citará a una audiencia de desahogo de pruebas y alegatos, la cual debe celebrarse en los diez días siguientes.

¹⁴ BECERRA BAUTISTA, José. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo III, voz «Incidente». Editorial Porrúa, décimo segunda edición, México, 1998, página 1665.

d) Si se ofrecen la testimonial y la pericial, exhibirán con el escrito de ofrecimiento, copia de los interrogatorios al tenor de los cuales serán examinados los testigos o cuestionados los peritos y se tendrá que dar el nombre y domicilio del testigo o perito en cuestión.

e) Si se promueve la pericial, el juez podrá designar peritos o los que estime necesarios, sin perjuicio de los que nombren las partes.

f) Con el fin de que las partes puedan rendir sus pruebas en la citada audiencia, los funcionarios o autoridades tienen la obligación de expedir las copias y documentos que soliciten, apercibidas que de no hacerlo estarán sujetas a las medidas de apremio que el juez considere convenientes y se dejarán de recibir las que no se hayan preparado oportunamente.

g) Concluida la audiencia, el juez dictará la sentencia que corresponda.

El incidente no suspenderá, por ningún motivo, el procedimiento principal.

Debemos hacer ciertos comentarios. Tenemos que hacer notar que el legislador comete un error ya que no se limita en ninguna parte el número de peritajes ni testimoniales, por lo que se podrán ofrecer el número que quieran las partes según su conveniencia. También debemos advertir que las periciales que se ofrezcan deben estar preparadas en un término de diez días y estar listas para la audiencia, cuando todo aquel que haya postulado, sabe que es común la tardanza en estos peritajes y que debido a su complejidad duren mucho más tiempo.

La Ley ordena en dos casos que la impugnación se realice en la vía incidental y establece reglas especiales, dichos casos son:

- La impugnación del nombramiento del visitador, conciliador o síndico realizada por los acreedores o por el comerciante debe realizarse dentro de los tres días siguientes a su nombramiento de conformidad a los artículos 31, 149 ó 172. La impugnación sólo se admitirá cuando se verifiquen los supuestos del artículo 328. Esta impugnación debe realizarse en la vía incidental (artículo 56).

- La impugnación de la valuación del síndico por parte de cualquier acreedor reconocido procede en la vía incidental pero no suspende la enajenación del síndico y su resultado no afectará la validez de la enajenación. Mientras se resuelve el incidente, el síndico deberá separar del producto de la venta, la diferencia entre el valor

atribuido por el síndico y el valor reclamado por el acreedor inconforme y deberá invertirla conforme lo marca la Ley (artículo 214).

2. *Apelación y revocación*: El artículo 268 regula la apelación y revocación. Para el mejor estudio de lo anterior presentamos las siguientes reglas:

a) Para que proceda la apelación será necesario que la Ley lo establezca de manera explícita.

b) La apelación sólo procederá en el efecto que indique explícitamente la Ley.

c) En caso de no proceder la apelación procederá la revocación.

La Ley no establece, en su articulado, la forma de tramitación de la apelación o revocación, por lo que tendremos que acudir a la legislación adjetiva supletoria de la Ley que conforme al artículo 8o., es el Código de Comercio.

En mi opinión, el sistema de impugnación de la Ley tiene problemas ya que no es uniforme y es difícil saber hasta qué punto serán aplicables las reglas del Código de Comercio. Lo anterior deberá ser resuelto en el foro mediante la práctica.

XIV. LOS DELITOS CONCURSALES

Uno de los temas que sufrió mas modificaciones se refiere a la responsabilidad penal de los concursados. La antigua Ley, heredando el sistema concursal español, distinguía tres tipos de quiebras y por lo mismo había tres tipos de responsabilidades. Los tres tipos de quiebra que había son:

- Quiebras fortuitas
- Quiebras culpables
- Quiebras fraudulentas

En la antigua Ley no era posible aplicar este esquema a la Suspensión de Pagos ya que el artículo 427 de la Ley derogada simplemente remitía a las reglas generales de la quiebra por lo que era evidentemente inconstitucional ya que en materia penal no se permite la analogía.

El sistema actual, deja a un lado la clasificación de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, creando tipos penales nuevos los cuales encontramos en el título undécimo de la nueva Ley.

Hay tres delitos concursales que son:

A)

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.

Encontramos que la declaración de concurso mercantil es un elemento del delito, y no un requisito de procedibilidad, ya que no hay delito si no existe dicha declaración y que ésta sea firme. Como vemos, el delito es por no llevar una contabilidad que permita conocer su verdadera situación financiera; por lo que los comerciantes que no sean ordenados tendrán muchos problemas en esta situación. Por lo anterior, si se revoca la sentencia de concurso mercantil deja de existir el delito.

B)

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 de 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.

En mi opinión, este artículo es criticable ya que convierte la rebeldía procesal por incumplimiento de una carga, igualmente procesal, en un delito. Por otra parte, no es un elemento del mismo la declaración de concurso mercantil, y bastará con la simple demanda o solicitud de concurso mercantil para que cualquier supuesto acreedor pueda querellarse.

C)

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.

Éste es un delito totalmente nuevo ya que la antigua Ley no contenía ninguna pena por la solicitud de reconocimiento de un crédito inexistente.

D)

Otras reglas penales: Hay ciertas reglas que hay que tomar en cuenta para la aplicación de los delitos concursales:

- Si el comerciante es persona moral, la responsabilidad penal recaerá sobre los miembros del consejo de administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores que sean autores o partícipes del delito.

- Los delitos se perseguirán por querrela y tendrán derecho a la misma, el comerciante y cada uno de los acreedores, estos últimos aun cuando algún otro acreedor se hubiere desistido de su querrela o hubiere concedido el perdón. Por lo anterior, no pueden querrellarse ni los conciliadores, ni los visitadores, ni los síndicos.

- El juez penal no conocerá de la reparación del daño ya que lo anterior le corresponde al juez concursal.

- Los delitos concursales 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.

Es de hacer notar que no se necesita ser acreedor reconocido para actuar penalmente contra el comerciante, aunque se deberá probar ante el juez penal la calidad de acreedor del comerciante en concurso.

Por último, de conformidad con la opinión del especialista, licenciado Jaime García Priani, debemos comentar que las acciones penales iniciadas con fundamento en la derogada LQSP, han quedado sin materia por lo dispuesto en el artículo Quinto transitorio de la LCM, ya que dicha disposición señala lo siguiente: «*Los procedimientos de quiebra y de suspensión de pagos que hubiesen sido iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por la Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de abril de 1943*». De la redacción antes transcrita podemos concluir que el artículo Quinto transitorio solamente se refiere a los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos, excluyendo por lo tanto a los procedimientos penales iniciados bajo la derogada LQSP, así la nueva Ley dejó sin materia a los asuntos penales iniciados bajo la derogada Ley.

XV. ACTUALIDAD CONCURSAL

Del 1º de diciembre de 2002 a 31 de mayo de 2002, se han admitido 24 juicios de los 47 que forman el total de los asuntos. El impacto económico de los juicios admitidos en este período asciende a 13,700 millones de pesos, euivalente al 44% del total de los asuntos concursales.

Dentro de la etapa de conciliación, encontramos 13 procesos que involucran a 32 empresas que tienen 23,439 millones de pesos en deudas con 5,378 acreedores. Respecto a las quiebras, encontramos únicamente 3 procesos que involucran a 4 empresas que poseen 1,847 millones de pesos de deuda con 50,521 acreedores.

Hay que destacar que el 38% de los asuntos radican en la ciudad de México. Por otro lado, debe mencionarse que el 48% de los casos ha sido promovido por el propio comerciante y el 52% ha sido demandado por los acreedores¹⁵.

Con los datos antes referidos, podemos concluir que estos asuntos empiezan a tener una mayor importancia en el foro, ya que en un principio no había muchas solicitudes ni demandas de concurso mercantil, dado el desconocimiento de la nueva Ley.

Hay que destacar dos casos, en particular, que son la declaración de concurso mercantil de las constructoras Grupo Tribasa S.A. de C.V y la declaración de la quiebra de Bufete Industrial Arrendamiento de Maquinaria S.A. de C.V. Será interesante saber cómo se están desarrollando estos asuntos, ya que son los primeros concursos importantes regidos bajo la LCM.

Lamentablemente, hasta el día de hoy no hay información respecto de asuntos que se hayan terminado por convenio. Para efecto de valorar las bondades o defectos de la LCM, éste es el dato más importante ya que el principal objetivo de la Ley, es la conservación de las empresas.

XVI. COMENTARIOS Y CONCLUSIONES

Evidentemente, la LCM tiene muchos defectos y por lo tanto podría ser mejorada sensiblemente. Por esto, propongo las siguientes modificaciones:

¹⁵ Cuarto Informe Semestral del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, 1º de diciembre de 2001 a 31 de mayo de 2002.

a) Eliminar la absurda distinción entre pequeños y grandes comerciantes establecida en el artículo 5o. o, en su caso, regular el concurso de los pequeños comerciantes.

b) Aumentar el tiempo de conciliación, ya que 365 días para llegar a un convenio será insuficiente, en muchas ocasiones, dada la complejidad de los asuntos concursales. Asimismo, deberían ser menos estrictos los requisitos para la ampliación del plazo de ciento ochenta días establecido en el artículo 145.

c) Deberían aumentarse las facultades de la Intervención, ya que éste sigue siendo un órgano meramente decorativo.

d) Debería aclararse la forma de cobro de visitadores, conciliadores y síndicos. Tal y como lo comentamos anteriormente, éstos son créditos contra la masa, y aun cuando la Ley establece que estos acreedores cobran antes que cualquier otro crédito, no se especifica que puedan cobrar sus honorarios en forma periódica durante el procedimiento. Por lo antes explicado, estos acreedores tendrán que esperar hasta la sentencia de reconocimiento de créditos, lo que puede durar más de seis meses en ser dictada.

e) Debería eliminarse la garantía de pago del visitador, establecida en el artículo 24 de la LCM, ya que es de dudosa constitucionalidad por el principio de gratuidad de la justicia.

f) Debería haber un tipo penal específico que castigara los abusos de los visitadores, conciliadores y síndico.

g) En mi opinión, es absurdo que haya tantos órganos en el procedimiento concursal ya que fácilmente la figura del conciliador puede absorber a la del síndico o viceversa.

h) El procedimiento de reconocimiento de créditos debería poder realizarlo el síndico en la etapa de quiebra. La Ley establece en su artículo 177, que el síndico no puede realizar el reconocimiento de créditos.

i) Debería definir el concepto de operaciones ordinarias de la empresa.

j) Debería ser considerada la imposibilidad del comerciante de realizar las operaciones ordinarias de la empresa, como causal de quiebra (artículo 167).

Merece la pena realizar ciertos comentarios y críticas finales:

1. Existen contradicciones entre la finalidad de la Ley y su diseño. Por un lado se dice que es de interés público conservar las empresas

(principio de conservación de la empresa), pero por otro se perjudica al comerciante sujeto a estos procesos. Por ejemplo, los tiempos procesales para llegar a un convenio son cortos. Tampoco ayuda a la conservación de la empresa la conversión a UDIS, ya que la actualización de las deudas agravará la situación del comerciante. Tampoco ayuda a la conservación de la empresa la excesiva protección de la Ley a los acreedores ya que inclusive establece una especie de suplencia de la queja a los acreedores que no soliciten su reconocimiento de crédito, ya que pueden ser incluidos en la lista provisional si el conciliador los puede deducir de la información del comerciante (artículo 123).

2. Considero insuficientes los controles sobre los órganos del concurso, a pesar de la gran responsabilidad que éstos poseen en el procedimiento.

3. Hay que hacer notar la falta de técnica jurídica en la actual legislación, la cual es evidente en los artículos 214 y 296 de la LCM ya que los mismos tienen dos fracciones I y dos fracciones II.

4. Es criticable, también, que en los artículos 112, 133 y 265 se haga referencia a la publicación por boletín, a pesar que los tribunales federales hasta ahora no cuentan con dicho medio de publicación.

5. Hay que señalar que la generación de nuevas legislaciones no es la solución de fondo para resolver los problemas económicos. La mayoría de las empresas que acudieron a la suspensión de pagos por la crisis generada en diciembre de 1994, no fueron responsables directas de su insolvencia, ya que los errores gubernamentales y de los bancos provocaron gran parte de estos problemas financieros.