

LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES MEXICANA

LUÍS MANUEL C. MÉJAN*

1. Cómo fue concebida la Ley de Concursos Mercantiles

En la historia del Derecho mexicano se conocen varios antecedentes legislados en materia de insolvencia: En 1853, sobre las bases del código francés de 1808 y del código español de 1829 se produce la Ley de Bancarrota; los códigos de comercio de 1854, 1884 y el vigente de 1890 contemplaron capítulos *ad hoc* sobre el tema. Finalmente el jurista Joaquín Rodríguez y Rodríguez encabezó el equipo de trabajo que redactó en 1942 el proyecto de Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, aprobado por el Congreso y en vigor hasta el 12 de mayo del 2000 habiendo sufrido tan sólo una reforma en 1987.

La jurisprudencia existente en la Suprema Corte de Justicia contempla las resoluciones tomadas sobre aplicación de esta última y ley, así como sobre el capítulo correspondiente del Código de Comercio.

La que había sido una buena ley cuando fue concebida a principios de los años cuarenta, cuando las condiciones sociales, eco-

* Director General del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.

¹ "Effective Insolvency Systems: Principles and Guidelines".

nómicas y empresariales eran muy distintas, había dejado de ser una buena solución, por el contrario, se convertía en una herramienta que obstaculizaba la inversión económica y que produjo un ambiente de estigma en torno del uso de las medidas resolutorias de la insolvencia.

Diversos esfuerzos fueron hechos para reformar dicha ley o para producir un nuevo texto sin que dichos esfuerzos hubieran tenido un mayor resultado. La crisis económica de 1995 trajo al medio empresarial, financiero, laboral y económico de México, la necesidad de hacer una reflexión de fondo respecto a muchos de los entornos en los que se desarrollaba la vida productiva del país, entre los que se contaba el tratamiento de la insolvencia.

Era menester el revisar el marco jurídico que se había distorsionado, y restaurar la vigencia del Estado de Derecho. Era menester también observar las cosas desde el punto de vista de lo que las condiciones sociales, económicas y tecnológicas, estaban aportando a la sociedad de fines del siglo XX para ponerse a tono con ellas.

La situación económica y empresarial que el país vivía a fines del siglo XX, era francamente diversa a la que había conocido en los años cuarenta cuando la antigua ley se elaboró.

De vivir una economía regional, cerrada y regulada, se había pasado a una economía nacional, abierta y competitiva en la que se habían activado importantemente los mercados de dinero y bursátil y en donde en el producto interno bruto tenían mayor participación los sectores industrial y de servicios sobre el sector de básicos. La tecnología informática y de comunicaciones, había abierto al país a una exposición abierta a los vaivenes de la economía mundial.

La población del país se había quintuplicado y, dentro de ella, la población económicamente activa había pasado de un 30% a un 56%. El Producto Interno Bruto se había multiplicado 17 veces, creciendo el porcentaje de participación de los sectores de servicios y secundario que es donde se concentran las empresas. El número

de establecimientos comerciales censados se incrementó en 19 veces, mientras que el número de patrones registrados en el Instituto Mexicano del Seguro Social creció treinta veces. El financiamiento bancario se había multiplicado once veces, las exportaciones cincuenta, las importaciones otro tanto, el crédito externo ¡430 veces! y las líneas telefónicas por millar de habitantes, once veces.²

La forma de hacer negocios también presentaba variantes importantes. Las cadenas productivas se integran vertical y horizontalmente, nacional e internacionalmente, tecnológica y sectorialmente. Las empresas unipersonales o familiares se convierten en grandes conglomerados o por lo menos toman un sistema de administración institucional.

Nuevas formas de crédito y de financiamiento han venido a impulsar la actividad económica. Los mercados bursátil, de mercado de dinero y de derivados han tomado un papel importante en la vida económica.

Esta economía abierta y competitiva con alta movilidad de los factores productivos, hacía requerir una legislación mercantil moderna, como había venido sucediendo en otros países del mundo.

El caldo de cultivo en el que se gesta la nueva Ley es una época en la que:

- a) Ha habido una crisis económica, la más dañina de las muchas habidas en los últimos treinta años. Además de lo grave de la misma, el país resiente la debilidad que le han dejado las anteriores.
- b) Ante las dificultades económicas ha surgido una fuerte cultura de no pago, en la que algunos no pagan porque no pueden; muchos no pagan porque sienten injusto el tener que cargar con las consecuencias de una inflación, que se provoca por lo

² Las cifras han sido tomadas de INEGI, Banco de México, Comisión Nacional Bancaria y de Valores e IMSS.

que juzgan incompetencia del gobierno o abuso de las entidades financieras; muchos otros no pagan porque aprovechan la situación y buscan obtener un provecho.

- c) La vida de las empresas tiene un cambio radical:
 - a. La tecnología hace diversa la operación.
 - b. La economía se globaliza y la competencia ya no es local.
 - c. Se acaban las protecciones del Estado.
 - d. El manejo familiar de la empresa empieza a desaparecer.
- d) El crédito institucional se escasea y encarece.
- e) Una pluralidad de participación social y política muy activa reorienta el quehacer de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Ciertamente las crisis y los problemas no se resuelven con leyes, al menos no se resuelven sólo con leyes, sin embargo, éstas son indispensables para que los otros factores de mejora puedan actuar.

La Ley de Concursos Mercantiles se emite en este contexto, dentro de un paquete legislativo, en el que se incluyen las legislaciones de garantías y de comercio electrónico, que persigue:

- a) Reactivar el crédito en el país.
- b) Incrementar el concepto de Estado de Derecho dando seguridad jurídica.
- c) Crear instrumentos modernos en el contexto de una actividad globalizada.

En síntesis, debe encontrarse la *ratio legis* de la Ley en el entorno social, económico y político de un momento histórico que exige al Derecho nuevas definiciones y soluciones.

Toma especial significado la atención que el legislador le presta al fenómeno internacional, para incorporar las contribuciones que

éste puede brindar a la realidad y a la necesidad mexicana, en los inicios del siglo XXI. Pocas leyes en la historia legislativa del país, pueden decir que han sido creadas con plena conciencia de estar incorporando al derecho nacional, principios estudiados, creados y aplicados internacionalmente, a la vez que se respeta el contexto jurídico nacional, como es el caso de la Ley de Concursos Mercantiles.

En el momento histórico de la creación de la Ley habían venido surgiendo, en diversas partes del mundo movimientos reformistas en materia de legislación de insolvencia, tanto países desarrollados, como economías emergentes habían venido rehaciendo su legislación o preparando proyectos de cambio. Este es un impulso que se ha prolongado durante la primera década del siglo XXI.

Cuando se toman en cuenta modelos extranjeros o producto de convenciones internacionales, con frecuencia se puede caer en dos extremos: *a)* copiar indiscriminadamente o, *b)* intentar incorporar al derecho nacional (tropicalizar), algunas instituciones creadas bajo esquemas y circunstancias diversos. En ambos casos el fracaso está prácticamente garantizado.

Es necesario encontrar un punto de equilibrio, las convenciones internacionales producen cuerpos que son (o al menos deben ser), principios con una generalidad tal que apliquen en cualquier sistema jurídico del mundo y en cualquier realidad social, política y económica. Por ello cuando un país adopta un cuerpo internacional, debe saber respetar ese principio general e injertarlo en la realidad nacional de modo que no resulte un engendro o una malformación.

2. Los inconvenientes de la anterior legislación

La anterior Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos mexicana, había venido presentando algunos inconvenientes debidos a elementos contenidos en su concepto y redacción, pero más que a eso, a lo que la práctica había venido haciendo de ella.

El propio deudor era el que tenía el control, especialmente en la suspensión de pagos, pues él era el único que podía proponer un convenio y en la negociación del mismo podía, ignorando las diferencias de los créditos de acreedores, prolongar por muy largo tiempo el proceso de la suspensión durante el cual ni se hacían pagos ni se generaban intereses. Esto hacía ver el proceso como una verdadera amenaza para quienes facilitaban recursos (proveedores y financieros) al comerciante.

La participación de los acreedores, colegiados en una junta de acreedores para, entre otras funciones, reconocer y calificar los créditos, eran verdaderos obstáculos para arribar a acuerdos constructivos, dado el debate contradictorio que se establecía entre todos ellos. Lejos de buscar el fin común era una guerra de todos contra todos.

El ejercicio de la sindicatura se confería a las cámaras industriales y de comercio —pues los bancos, por regla general, rechazaban sistemáticamente el encargarse de ellas—, quienes ejercían la función delegándola en las personas físicas que ellas estimaban adecuadas.

En el proceso, demasiado formal y burocrático, largos tiempos se consumían en el camino; el juez asumía una gran cantidad de funciones y facultades decisorias que poco tenían que ver con su especialidad: el Derecho, acercándose más a temas financieros, contables, administrativos e incluso de ingeniería financiera.

La regulación de la insolvencia en México era vista con un cierto desprecio, y no era considerada ni por deudores ni por acreedores como un camino que la Ley daba para resolver la situación, ya fuese tratando de llegar a una reorganización, ya produciendo una liquidación ordenada.

El resultado fue que muchos inversionistas detuvieron sus planes de incremento en la actividad económica, los financieros se vieron desalentados de seguir participando. Las gráficas económi-

cas muestran cómo el principal proveedor de recursos dejó de ser el sistema financiero para mudarse a los proveedores.

3. Los propósitos y fundamentos de la Ley de Concursos Mercantiles

3.1. *El principio rector*

Una nueva legislación se construye de conformidad con los principios jurídicos que emanan de la Constitución, especialmente los relativos a las garantías de legalidad y de audiencia y la protección a los derechos de los trabajadores, respetando los derechos y obligaciones contractuales preexistentes.

Pero sobre todo se trataba, y este es el énfasis fundamental de la Ley, de fomentar la empresa, en el contexto de una economía de mercado, preservando el valor social de la empresa. Es decir, considerar a la empresa por el valor que representa a la comunidad, la existencia de una fuente de trabajo, de una fuente de generación de recursos, de un espacio de creación y desempeño humanos. Por lo que hace al valor intrínseco de los bienes de la empresa, es menester visualizarlos como un todo, agrupados tienen más valor que aislados, realizados en el contexto de un concurso son más redituables que ejecutados por acreedores individuales o, incluso por el mismo deudor.

Este *preservar el valor social de la empresa*, que se convierte en el eje y motivo de toda la ley, implica las facilidades que la ley da para propiciar los arreglos entre deudores y acreedores, dentro del procedimiento o privilegiando soluciones extrajudiciales; para apoyar a los jueces en los aspectos técnicos y administrativos (misión que cubrirá el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles) y, especialmente, para simplificar los trámites procesales en el juicio.

Se reconoce que el problema de insolvencia de las empresas no es sólo un problema entre deudor y acreedores, es un problema social, es un problema que lastima a toda la vida económica del país.

Se trataba de proponer reglas claras que permitiesen a todas las partes involucradas tener la información que es relevante y que se reconociesen las diferencias entre los derechos y obligaciones de todos los concursantes, a fin de establecer un ambiente de predecibilidad, transparencia y equidad que favoreciese a la situación tanto *ex ante* como *ex post*.

Esto significa que al existir ese marco claro, tanto las empresas como los acreedores harán sus estrategias con conocimiento del panorama, lo cual propiciará medidas sanas de prevención. La Ley estará surtiendo frutos aún antes de que tenga que aplicarse. Por otro lado, si no hay más remedio que acudir al procedimiento legal, se tienen los procesos sencillos ágiles y claros que permitirán resolver el conflicto a la brevedad.

3.2. Nomenclatura

La Ley arranca con un cambio sustancial de inicio, se eliminan las tradicionales designaciones de Quiebra, Bancarrota, Falencia, Insolvencia, a las que se les ha venido dando un cierto sesgo peyorativo, para reemplazarlo por el término más técnico de “concurso”.

Para la Real Academia de la Lengua, Concurso significa, en primer lugar: concurrencia y, como término de derecho, Concurso de Acreedores significa “juicio universal para aplicar los haberes de un deudor no comerciante al pago de sus acreedores”.³

La primera acepción sirve al propósito de la materia, pues lo que sucede en uno de estos procesos es precisamente eso: la concurrencia de todos los acreedores y deudores de una persona a fin de saldar los negocios entre ambos.

³ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima primera edición. Madrid, 1992.

La segunda, ya calificada como “de acreedores” conlleva un concepto sinónimo al de quiebra, solamente que aplicado a personas no comerciantes. En este sentido ha venido siendo usado por los códigos civiles de México.

El legislador mexicano se ha inclinado por el uso de estos últimos términos: “Concurso” y “Derecho Concursal”, fundamentalmente por tratarse de términos técnicos que describen adecuadamente la naturaleza de lo que se ocupan.

Del término “Concurso” puede derivarse el concepto de “Derecho Concursal” cuando se refiere a la normatividad y trato jurídico que se le dan a los fenómenos de insolvencia.

Cuando la Ley mexicana usa la expresión “concurso mercantil”, acierta por referir al fenómeno de concurrencia y acierta al calificarlo como mercantil, para diferenciarlo del que atañe a los no comerciantes. Hierra, sin embargo, pues se trata de un término que hace referencia a un juicio y a la liquidación de bienes, lo cual excluiría los arreglos extrajudiciales y las posibilidades de conciliación y reestructura que se convierten en el principal propósito de la misma Ley.

3.3. *Ámbito personal de validez*

Siendo la materia civil competencia exclusiva de los estados miembros de la federación mexicana, la Ley se aplica a todo el que tiene (persona física o moral), conforme al Código de Comercio, el carácter de comerciante, se aplica también a los patrimonios en fideicomisos que se han convertido en unidades empresariales y puede extenderse, según los supuestos de la Ley, a Controladoras y Controladas. Quedan excluidas del ámbito material de aplicación de la Ley las insolvencias de personas físicas no comerciantes. Se ha creado un régimen *ad hoc* para entidades que tienen peculiaridades, como es el caso de empresas que actúan como concesionarios públicos, Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares del Crédito y se han excluido de la aplicación a las empresas Ase-

guradoras y Afianzadoras, para dejarles su propio régimen previsto en sus leyes reglamentarias. En la mente de las autoridades y del sector financiero del país está el producir a futuro una regulación *ad hoc* para los concursos de las entidades financieras.

Se crean dos exclusiones dedicadas a pequeños comerciantes quienes, si se encuentran en los supuestos, podrán optar o no por acogerse a las normas de la Ley. Uno es el caso de los pequeños comerciantes que, a la entrada en vigor de la Ley tuviesen obligaciones que no excedan a las 500,000 UDIs;⁴ otra es para cualquier comerciante que, en el curso de vigencia de la ley acumule adeudos (tanto vencidos como vigentes) superiores a las 400,000 UDIs. Las fórmulas para los cálculos de tales cantidades difieren entre sí (véanse artículos 9º transitorio y 5º de la Ley).⁵

3.4. *Protección del acreedor*

En sus orígenes históricos la figura del concurso surge como la creación de un mecanismo para asegurar el retorno de los créditos de los acreedores, pues el derecho no puede permitir que haya obligaciones que queden sin cumplirse, ni derechos que no puedan hacerse valer.

Uno de los elementos importantes que incide en la fluidez del crédito es que los acreedores (financieros, proveedores, etc.) tengan, además de un sistema de recuperación de créditos individuales eficiente, un sistema de insolvencia que les dé la seguridad de un proceso ordenado y eficiente de recuperación cuando hay concurso de acreedores.

⁴ UDI: Unidades de Inversión. Medida de indexación del poder adquisitivo de la moneda. A su creación (abril de 1995) una UDI equivalía a un peso, ese valor se ajusta para cada día, por parte del banco central mexicano dos veces al mes para revelar los efectos de la inflación o deflación en el poder adquisitivo de la moneda. Creada sobre todo para transacciones mercantiles

⁵ Artículo 5º: ... "Para efectos de esta Ley se entenderá como pequeño comerciante al Comerciante cuyas obligaciones vigentes y vencidas, en conjunto, no excedan el equivalente de 400 mil UDIs al momento de la solicitud o demanda".

Artículo Noveno Transitorio: "la presente Ley no se aplicará a los Comerciantes que, a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, tengan un pasivo que, computado como la suma del valor nominal de cada crédito a la fecha de su contratación, no exceda de su equivalente a quinientas mil UDIs.

La salud de los mercados financieros depende en cierta medida de la existencia de un sistema de trato de la insolvencia efectivo. Es obvio que en las listas de verificación de los inversionistas institucionales, figura en sitio preponderante la calificación que se da al sistema de insolvencia, que aplica en el país donde se pretende hacer la inversión.

Muchas figuras jurídicas se crean dentro de un sistema concursal alrededor de la protección de los derechos de los acreedores: las juntas de acreedores, las prelaciones y grados de éstos, la posibilidad de ejercer garantías específicas obtenidas por éstos, etcétera. Aunque la Ley mexicana ha suprimido la junta de acreedores, contiene muchas figuras jurídicas que permite un trato justo e igual a los acreedores, brindándoles toda la oportunidad de defensa de sus derechos.

3.5. *Protección del deudor*

La Ley mexicana asume que el proceso concursal debe permitir al deudor afligido, la oportunidad de lograr una reestructuración de su empresa y de sus adeudos. Debe permitir también que sus bienes sean valuados en conjunto para tener un mayor valor de retorno, de modo que no quede a merced de la voracidad del primer acreedor que llegue a ejecutarlo.

Si su salida del negocio es inevitable, ésta debe hacerse de una manera ordenada, dando el máximo valor a los bienes que aún le quedan al comerciante, de modo que cumpla hasta la mayor medida posible con sus obligaciones y se elimine el estigma que la sociedad impone al insolvente. Se trata de “cerrar bien” las cosas.

El único caso en donde no se justifica ninguna protección al deudor, es cuando ha sido éste el que deliberadamente se ha colocado en una situación de insolvencia, para burlar el cumplimiento de sus obligaciones y frustrar a sus acreedores. En estos casos la Ley provee un camino de sanción para tales conductas.

3.6. *Insolvencia e iliquidez*

Usualmente se han dado dos grandes criterios para determinar si se está en el supuesto de aplicar la legislación concursal: el primero de ellos es el concepto de insolvencia, consistente en una ecuación entre valores del activo y del pasivo, cuando éste es superior a aquél se dice que hay insolvencia. (Artículo 2166 Código Civil Federal).

El segundo de los criterios es el de iliquidez que consiste en la carencia de los flujos de efectivo, necesarios para cumplir con las responsabilidades y su servicio. La experiencia mundial ha concurrido en que es la iliquidez la que debe definir el *estatus* concursal. (Ver “Sistemas efectivos de insolvencia. Principios y Pautas.” del Banco Mundial, principio 9). La Ley mexicana sigue este criterio como detonador del proceso.

3.7. *Universalidad del proceso*

El proceso concursal, lo mismo que los procesos sucesorios, son llamados “universales” porque son atractivos de todo un patrimonio, junto con una maduración o vencimiento de todo lo que se debe, la realización de los activos y la liquidación total del conjunto de derechos y obligaciones.

La Ley de Concursos Mercantiles aplica el concepto de universalidad con una limitación hacia el concepto de “empresa”, pues cuando define lo que es la “Masa” dice: Masa, 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.

Con ello se admite la posibilidad del concurso (quiebra en su caso), de una empresa propiedad de un comerciante persona moral, comerciante que puede ser aún propietario de otra empresa no quebrada.

3.8. Reestructura o liquidación

Ambas alternativas: reestructuración o liquidación, pueden darse por separado o concatenarse uno al otro. En muchos sistemas jurídicos tales procesos están separados e incluso existen posibilidades alternativas: judiciales, administrativas o voluntarias, que pueden ser intentadas. Parece ser deseable el que exista una continuidad entre ellos, pues el hecho de encontrarse en un solo cuerpo legal ayuda a la fluidez entre uno y otro, evitando desgaste en tiempo y esfuerzos.

La lógica indica que debe buscarse primero la reorganización y sólo si ello no es posible, entonces deberá buscarse la liquidación. No debe despreciarse sin embargo el que se pueda buscar directamente la liquidación, sobre todo cuando es posible obtener un mayor valor de la empresa en forma inmediata, antes de que se desgaste con intentos de reorganización que difícilmente tendrán éxito.

Lo que sí parece ser difícil es el camino inverso, iniciar buscando la quiebra y la liquidación y luego encontrar un camino hacia la conciliación y la reestructuración. Si bien este es un panorama muy poco dable en la realidad, no debería eliminarse la posibilidad.

La Ley de Concursos Mercantiles mexicana opta por concentrar ambos procedimientos como etapas sucesivas de un macro proceso: primero la conciliación y luego la quiebra; admite el que se pueda, en determinadas circunstancias, migrar directamente a la quiebra, o abortar la etapa de conciliación cuando ésta se ve irrealizable; no contempla el que estando en la quiebra pueda encontrarse un convenio que permita la subsistencia, sin embargo como se trata de la voluntad de los interesados, bien podría admitirse el que se pudiera lograr, requiriendo, eso sí, la concurrencia del 100% de los acreedores con el deudor.

3.9. Inicio voluntario o forzado

El proceso concursal debe tener una doble línea de detonación: por un lado, la propia persona física o moral que sufre de iliquidez o insolvencia, quien puede descubrir que el mejor camino para reorganizar su empresa, u optar por terminarla ordenadamente es el concurso y, por otro, los acreedores que lo inician a fin de evitar que el deterioro manifiesto de la empresa afligida, acabe los activos que pueden ser fuente de repago.

Una decisión a tomar aquí es si se requiere una concurrencia de más de un acreedor para detonar el proceso, o basta que lo haga uno, habida cuenta de que se conoce la existencia de otros. Algunos sistemas piden la suma de un porcentaje de los acreedores lo cual es muy difícil de conocer, puesto que precisamente una de las etapas necesarias en el proceso, será la de determinar a cuánto ascienden los pasivos, cuántas acreencias existen y cuánto vale cada una de ellas. Tratar de sumar éstas y asignarles un porcentaje *a priori* resulta muy difícil.

Es de gran importancia para los acreedores, el comprender que no se está ante una acción similar a las que tienen para lograr el cobro de un crédito específico. El proceso concursal tiene dimensiones mucho mayores y un propósito mucho más amplio que el simple deseo de obtener la recuperación de un crédito.

En México, la Ley de Concursos Mercantiles opta por dar las opciones: al propio deudor, a cualquier acreedor, entre los cuales debe incluirse el fisco, y al ministerio público a quien también deberá ocurrir el juez que se percate que un deudor requiere del proceso. No se contempla que ninguna entidad administrativa pueda ser el que tome la iniciativa.

3.10. Buena o mala fe

El hecho de que el deudor haya actuado de buena o de mala fe durante la temporada, y en las decisiones que le llevaron a la insol-

vencia es un ingrediente importante para el proceso concursal, pues evidentemente no es lo mismo el caso de que una empresa falle por circunstancias externas, por impericia de su principal o por mala fe de éste. El tratamiento que la ley debe dar a esos supuestos debe ser diverso.

En otras épocas u otras legislaciones, este elemento ha sido clave para exigir la “calificación” de la conducta del comerciante, de donde se desprendía que hubiesen: quiebras fortuitas, culposas o dolosas.

Este es el elemento que ha contribuido importantemente al fenómeno de estigma de las personas que incurren en el fenómeno, por lo mismo la actual Ley de Concursos Mercantiles no hace énfasis en ello, se desea desterrar el que se asocie necesariamente el proceso concursal a una conducta de mala fe, o el que se use el mismo como medida de amenaza de parte de los acreedores hacia el deudor, por la calificación penal que ello suponía.

En la Ley de Concursos Mercantiles se sostienen, no obstante, dos instituciones para los casos de mala fe: la regulación de actos en fraudes de acreedores sobre todo realizados en el llamado “período sospechoso” o de retroacción, en donde los actos hechos en fraude de acreedores pueden ser nulificados, y la existencia de un tipo penal al respecto pues si bien la ley concursal no debe ser persecutoria, tampoco debe tolerarse el que haya personas que con dolo hayan causado el fracaso de la empresa, frustrando los derechos de todas las personas físicas y morales con ella relacionadas.

En cualquiera de los casos, la ley mexicana ha desterrado la figura de la inhabilitación (y la consecuente de rehabilitación).

3.11. Fenómeno Multidisciplinario

Es menester entender el fenómeno de la insolvencia como un problema de amplio espectro, en cuanto a las disciplinas que lo componen y que pueden participar en su solución. Se trata de un problema

corporativo que afecta a la vida de una empresa, por ello el problema concursal no es solamente jurídico.

Desde luego que como se trata de poner una definición a los derechos, garantizar que éstos se satisfagan y saldar los créditos y obligaciones que los diversos involucrados han contraído, hay un ingrediente jurídico fundamental, pero ese no es el único.

Incluso dentro de lo jurídico no es un fenómeno meramente procesal, se trata de uno de los sucesos importantes en la vida de una empresa, así como se habla de la constitución de la empresa, de la forma que debe tomar, de cómo integrar sus órganos de gobiernos, de cómo relacionarse con terceros, de cómo fusionarse o escindirse, etcétera, así debe de hablarse de cuando tiene problemas de iliquidez o de insolvencia, y si debe buscar una reorganización o debe llegar forzosamente a la liquidación. Dentro del Derecho, en materia mercantil, debe ser visto como parte del Derecho Corporativo, un fenómeno que se presenta en la vida de las empresas. En materia civil es un problema sustantivo respecto al estatus jurídico de las personas.

La insolvencia es un problema que involucra la ciencia contable, pues en ocasiones un defectuoso registro de las partidas contables, puede llevar a una empresa peligrosamente a un estado de iliquidez. Es sobre todo en este terreno donde pueden aparecer huellas de mala fe en el caso de que así haya sucedido.

Se trata también y fundamentalmente, de un problema financiero pues no se logró mantener el equilibrio sano entre los activos y su uso con los riesgos tomados; se pudieron haber tomado decisiones de apalancamiento inadecuadas; la aridez financiera puede provenir de una disminución de los flujos de efectivo, o de un incremento desmedido de tasas de interés, o de un retorno pobre de inversiones de tesorería. Resolver una empresa insolvente supone fundamentalmente el análisis financiero de la misma y de su viabilidad.

Es también un problema de management. Muchas veces la situación difícil de una empresa se debe a decisiones erróneas en el enfoque del mercado, en el balance de compras de materia prima con la producción, en el asignar de más o de menos los recursos humanos necesarios, en desviar recursos a otras actividades, etcétera. De ello se deriva que muchos sistemas de insolvencia, lo primero que hacen es remover de la administración al comerciante que la ha llevado equivocadamente y poner a un profesional independiente a cargo de ella.

La Ley de Concursos Mercantiles se hace cargo de este fenómeno y por ello concibe a los “especialistas” como profesionales en todas esas disciplinas que deberán aportar, dentro del proceso los elementos de juicio para que el juez tome las decisiones que correspondan y, dentro del proceso de reestructura o de liquidación de activos las mejores decisiones técnicas para ello.

Otra muestra de la constatación de esta multidisciplinariedad, es la integración que ordena del Instituto administrador de los procesos y de los especialistas, pues su junta directiva debe estar compuesta por personas que provengan de toda esa gama de profesiones y disciplinas, que inciden en el fenómeno concursal.

3.12. *Estigma*

Históricamente ha existido siempre y en todos lados, una percepción generalizada en el sentido de que incurrir en estos procesos es un baldón que mancha. La sociedad castiga con desprecio al fracaso, podrá ser injusto e irracional, pero así es.

También ha sido origen de ese estigma el que haya habido quienes han llegado a la situación concursal, como una manera de burlar el cumplimiento de obligaciones contraídas y lastimar legítimos derechos.

Esto no debe ser así sobre todo cuando no ha existido mala fe de parte del comerciante quebrado, o cuando circunstancias imponderables e incontrolables son las que han llevado a esta situación.

Por el contrario, llegar a procesos concursales puede incluso llegar a ser visto como una respuesta honrada y plausible de quien sufre el problema. Eso es lo que quiere la Ley de Concursos Mercantiles, que se vea como una herramienta honesta, jurídica para resolver ordenadamente un problema que, originado en una entidad, afecta a muchos a su alrededor.

Institutos legales que han ayudado a la visualización como estigma del proceso han sido las calificativas penales de la situación falencial, así como la práctica de producir una inhabilitación (prácticamente una *capitis diminutio*), para continuar siendo comerciante.

La calificativa penal fue además el arma usada por acreedores que buscaban el cobro de su crédito, a través precisamente de arrojar el baldón sobre el comerciante deudor incumplido, usando del proceso penal como arma de cobro a pesar de la disposición constitucional que excluye las penas de prisión por deudas ordinarias.

Precisamente por ello, en la Ley de Concursos Mercantiles se han eliminado tanto la calificación de la quiebra como la inhabilitación del comerciante, para no reforzar la idea de estigma.

Lo anterior no impide que cuando la conducta del deudor ha sido de colocarse en la insolvencia mediante actos fraudulentos, tal comportamiento pueda ser sancionado penalmente.

3.13. *Proceso Judicial o Administrativo*

Algunos países dejan todo o parte del proceso a instancias administrativas, llevadas a cabo ante autoridades del Poder Ejecutivo. El sistema puede funcionar perfectamente con una adecuada regulación.

No debe olvidarse que se trata de la definición de los derechos de los involucrados y que algunos de éstos puedan ser medidos y determinados durante el proceso, en ocasiones incluso en contra de la voluntad del acreedor. Este tipo de decisiones es típico de un proceso judicial, a fin de no dejar al afectado sin oportunidad de ser oído y vencido en su caso.

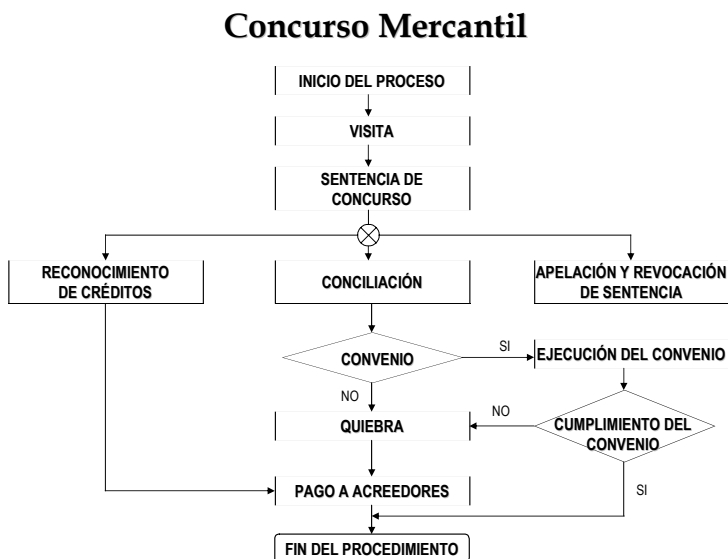
Por lo mismo en las etapas finales que suponen la quiebra y liquidación del patrimonio del comerciante siempre serán asignadas a un tribunal.

En el caso de México todo el proceso se desenvuelve ante el órgano jurisdiccional, aunque se da un gran valor a los arreglos particulares que se alcancen, pero éstos están acotados dentro del proceso genérico.

4. Proceso del concurso mercantil

El procedimiento contempla dos grandes etapas: el Concurso cuya finalidad es lograr la conservación de la empresa y la Quiebra cuyo propósito es lograr la realización de la empresa en su conjunto, por unidades empresariales o, si ya no es posible lo anterior, por activos individuales.

El siguiente esquema ilustra este proceso:



ESQUEMA DEL PROCESO DE CONCURSO MERCANTIL.

En general puede describirse el proceso como sigue:

Una vez solicitada la declaración de concurso, el juez ordena a un *Especialista* que realice una visita y determine si se dan los supuestos de conformación de activos y pasivos que detonan el proceso.⁶ Si ello es así, se abre la etapa de Concurso en la que otro *Especialista*, el Conciliador, procurará lograr la mediación entre los intereses que concurren para encontrar un camino de preservación de la empresa. Si no se encuentra ese camino, o se decide que lo mejor es la ejecución de la empresa, el Síndico buscará realizar la empresa, en su conjunto, por unidades o, si ello no es posible, activo por activo, buscando obtener el mejor de los resultados para hacer la distribución entre los acreedores.

La administración del negocio la conserva el comerciante durante la época de concurso, salvo que el Juez la otorgue al Conciliador. En la etapa de quiebra, la administración la ejerce el síndico.

Todas las etapas del proceso tienen tiempos definidos y perentorios, con ello se busca evitar la prolongación casi sin límite que hace de los procesos de insolvencia, un remedio nugatorio de los derechos de todas las partes involucradas.

El detonante de un proceso o, dicho de otra manera, el supuesto para que un comerciante pueda ser declarado en Concurso, es el haber incumplido generalizadamente en el pago de sus obligaciones. Esa situación puede ser presumida por diversas causas que se enuncian en el artículo 11 de la Ley, pero en las que deben concurrir fundamentalmente los siguientes supuestos en la composición de los activos y los pasivos del comerciante:

Por lo que toca a los pasivos es menester que el comerciante haya incumplido a dos ó más acreedores distintos; las obligaciones no pagadas tengan por lo menos treinta días de haber vencido, y representen el 35% ó más de todas las obligaciones a la fecha de la solicitud de concurso.

⁶ Esos supuestos se contienen en los artículos 10 y 11 de la Ley.

Por el lado de los activos se requiere que no se cuente con suficientes de éstos, para hacer frente a por lo menos el 80% de sus obligaciones vencidas. Los activos que deben ser tomados en cuenta para estos propósitos son: efectivo en caja y depósitos a la vista; depósitos e inversiones cuyo vencimiento no sea superior a 90 días naturales; clientes y cuentas por cobrar con vencimiento no superior a 90 días naturales; y títulos valor que puedan venderse máximo en 30 días hábiles bancarios.

Si es el propio comerciante quien solicita el concurso le bastará que se produzca la situación en uno de ambos lados del balance; en el lado del activo o del pasivo; pero si es un tercero el que solicita el concurso deberán darse ambos supuestos.

Por lo que toca a la parte procesal, se podrán dar tres sentencias: la de Concurso, la de Reconocimiento de Créditos y la de Quiebra. La Ley no admite más recursos que el de apelación para unas cuantas decisiones, y todas las controversias que surjan se resolverán vía incidental y ningún incidente será de previo y especial pronunciamiento.⁷

En el lado penal, la Ley contempla sólo la existencia de tres posibles tipos penales: a) el comerciante declarado en concurso mercantil por sentencia firme, que por cualquier acto o conducta dolosa haya causado o agravado la insolvencia (uno a nueve años de prisión); b) el comerciante que al ser requerido por el juez no ponga su contabilidad a disposición, salvo que demuestre fuerza mayor o caso fortuito (1 a 3 años); y c) el que solicite en el concurso el reconocimiento de un crédito inexistente o simulado (uno a nueve años).⁸

⁷ Título Décimo de la Ley.

⁸ Título Décimo Primero de la Ley.

5. La legislación mexicana en el contexto internacional

En el caso de la ley mexicana puede hacerse referencia a cuatro documentos internacionales, los dos primeros fueron sin duda tomados en cuenta para la elaboración de la misma, y los otros dos que han surgido posteriormente muestran la validez de la norma adoptada.

Tales documentos son:

1. UNCITRAL - Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza.
2. Banco Mundial.- “Sistemas efectivos de insolvencia. Principios y Pautas.”⁹
3. INSOL.- Principios para los trabajos de equipos de acreedores en caso de Insolvencia.
4. UNCITRAL - Guía legislativa sobre el Régimen de Insolvencia.

5.1. UNCITRAL - Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza

La Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza, fue concluida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1997, y fue puesta a disposición de los Estados miembros para su adopción. A la fecha de escribir el presente cinco, países la han incorporado a su legislación. México fue el segundo de ellos.¹⁰

Las propias Naciones Unidas resumen de la siguiente manera su contenido y finalidades:

⁹ “Effective Insolvency Systems: Principles and Guidelines”.

¹⁰ Eritrea, México, Sudáfrica, Yugoslavia, Montenegro.

La finalidad de la Ley Modelo, aprobada en 1997, es promover la adopción de una normativa legal moderna y equitativa, para aquellos casos en los que un deudor insolvente tenga bienes en más de un Estado. El texto de la Ley regula las condiciones bajo las cuales el administrador en un procedimiento extranjero de insolvencia, tiene acceso a los tribunales del Estado que haya adoptado la Ley Modelo, define las condiciones que han de darse para el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y para que se concedan las medidas solicitadas por el representante de ese procedimiento extranjero, al tiempo que faculta a los tribunales y administradores de patrimonios en insolvencia de diversos países a cooperar más eficazmente entre sí, y contiene disposiciones para la coordinación de los procedimientos de insolvencia que se estén celebrando simultáneamente en diversos Estados. Se ha publicado una Guía para la incorporación al derecho interno (A/CN.9/442) destinada a servir de ayuda a las autoridades nacionales competentes al respecto en su labor de preparación de normas legales basadas en la Ley Modelo.¹¹

El legislador mexicano incorporó el texto de la Ley Modelo, convirtiéndola en el Título XII de la ley de Concursos Mercantiles. El texto usado por el legislador mexicano es una copia fiel del texto de la Ley Modelo, haciendo las adaptaciones propias que requiere el esquema jurídico mexicano. En el Anexo 1 puede verse que los temas que tratan los artículos de la ley mexicana, son prácticamente idénticos a los tratados por la Ley Modelo.

Supuestos tocados por la Ley Modelo y su correspondiente el título XII de la Ley mexicana:

- a) el deudor insolvente tiene bienes en más de un Estado,
- b) el administrador en un procedimiento extranjero de insolvencia, tiene acceso a los tribunales del Estado que haya adoptado la Ley Modelo,
- c) condiciones que han de darse para el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia,

¹¹ www.uncitral.org

- d) condiciones para que se concedan las medidas solicitadas por el representante de un procedimiento extranjero,
- e) cooperación eficaz entre sí de tribunales y administradores de patrimonios en insolvencia de diversos países,
- f) coordinación de los procedimientos de insolvencia celebrándose simultáneamente en diversos Estados.

La gran novedad para efectos de la legislación mexicana, es la posibilidad de establecer comunicaciones directas de órgano jurisdiccional mexicano con el extranjero, y entre las partes relevantes en un concurso con el de otro país sin las formalidades que son tradicionales.

La Ley Modelo es ciertamente un gran avance, sólo queda cuestionar por qué sólo pocos países la han adoptado. Seguramente se debe porque a fin de cuentas ninguna jurisdicción nacional aceptará jamás, someterse a otra jurisdicción nacional y en este tipo de procesos la mayor complicación, es que siempre habrá en cada país una autoridad judicial que ve el asunto como de su plena jurisdicción, y ninguna Ley Modelo puede sugerir que una jurisdicción se someta a la otra.

5.2. Banco Mundial.- “Sistemas efectivos de insolvencia. Principios y Pautas”.¹²

El Banco Mundial, con motivo de la crisis financiera que apareció en gran parte del planeta, en los años 1987 y 1988 (México incluido en ese fenómeno), se dio a la tarea de conjuntar el staff del propio Banco y pedir la participación de los bancos regionales de desarrollo y de otras organizaciones como la OECD, INSOL, el Fondo Monetario Internacional, la UNCITRAL y muchos otros para ir preparando un enunciado de principios y guías que recibieran una validación de

¹² “Effective Insolvency Systems: Principles and Guidelines”.

todos los países y que pudieran constituirse en orientación a los países que desearan hacer modificaciones en su legislación de insolvencia. Más de 700 especialistas de todo el mundo (alrededor de 75 países), se unieron a los miembros del equipo de trabajo del Banco Mundial para contribuir al trabajo.¹³

Esos principios y pautas se han venido presentando y discutiendo en foros celebrados en las diversas regiones, por ejemplo: Asia en Sydney 1999, América en México 2000, África y países árabes en El Cairo 2000; Europa celebró su reunión y Asia hizo una segunda reunión. El Banco Mundial conduce en la actualidad un programa de observación de cómo han funcionado los cambios legislativos introducidos por los países que han tomado en cuenta estos principios y pautas. México está entre ellos aunque su experiencia todavía es incipiente.

Se han encontrado, redactado y enunciado 35 principios agrupados en cinco grandes temas que cubren toda la extensión de la problemática concursal. Se presenta a continuación un resumen de los mismos. En un anexo se transcriben los enunciados de los mismos, las versiones completas con comentarios adicionales pueden ser consultadas en la página del Banco Mundial citada arriba.

De la comparación de estos principios con la legislación mexicana, se encuentra una casi total armonía. Incluso, de la lectura cuidadosa de la exposición de motivos de la iniciativa de la Ley, se descubre fácilmente la influencia que el texto del documento del Banco Mundial, tuvo en ella.

Habría quizá algunas excepciones significativas en donde la ley mexicana se aparta del espíritu de los “Principios y Pautas”:

a) El primero de los principios clama por una congruencia entre la legislación de insolvencia y las leyes que regulan el retorno de las

¹³ Los documentos relativos pueden ser consultados en el directorio de Mejores Prácticas en la base de datos de legislación mundial sobre insolvencia en www.worldbank.org/gild

inversiones de los acreedores. Si bien la Ley de Concursos Mercantiles es una legislación moderna que incorpora todo este tipo de principios, no ha sucedido lo mismo con otras leyes que protegen derechos de acreedores. Ha habido un intento de legislación que agilice las garantías, especialmente en los casos de prenda, fideicomiso e hipotecas. Algunas legislaciones estatales hicieron algunas reformas para facilitar tanto la bursatilización de las carteras hipotecarias, como la recuperación de los créditos pero dista mucho de ser una situación generalizada; paralelamente a la Ley de Concursos Mercantiles se promovieron reformas a leyes mercantiles, para agilizar garantías mobiliarias y fiduciarias. El problema con estas legislaciones es que olvidan lo que la Ley de Concursos Mercantiles no olvidó: precisamente el ángulo internacional del problema y la existencia de leyes modelo producida por instancias como la OEA y UNCITRAL.

b) La ley mexicana ha eliminado la junta o comité de acreedores con base en su experiencia, pues ella fue un motivo de conflictos y dilaciones que en el pasado entorpecieron la aplicación del sistema concursal. En su lugar se ha establecido un sistema en el cual un especialista, el conciliador, se ocupa de identificar los derechos de los acreedores con la facultad de éstos de poder hacer correcciones y hablar por sí. Asimismo podrán tener derecho a designar interventores (uno por cada acreedor o grupo de éstos que represente un 10% de los créditos). Desde luego no se prohíbe el que si así lo desean, los acreedores puedan celebrar reuniones de trabajo entre sí o con el conciliador, o con el concursado.

c) En la Ley de Concursos Mercantiles la administración de la empresa concursada la conserva el comerciante concursado, y solamente pasa al especialista en circunstancias especiales y a petición del propio especialista, contra la recomendación del principio del Banco Mundial.

d) Si bien la ley mexicana alienta y favorece la posibilidad de acuerdos extrajudiciales, carece de normas orientadoras o facilitadoras para ello como lo pide el documento del Banco Mundial, con

la única excepción de la posibilidad de acudir a los conciliadores del registro de especialistas, para usarlos como amigables componedores (artículo 312).

e) Tribunales especializados. La ley mexicana no creó tribunales concursales *ad hoc* sino lo que hizo fue concentrar la jurisdicción de este tema en los juzgados federales, excluyendo la competencia de juzgados locales al amparo de que se trata de materia mercantil (federal por naturaleza), y de que no se discuten en estos asuntos solamente intereses particulares. Por otro lado el número de asuntos que tradicionalmente se generaban en este país bajo la antigua ley y los que se han presentado bajo la nueva, no justifican aún la creación de juzgados especializados.

f) Ejecución de las decisiones judiciales ejecutadas con eficacia y prontitud. Aquí es donde México aún enfrenta un problema. La principal angustia de quienes reclaman un sistema de seguridad jurídica y Estado de Derecho es precisamente esa.

5.3. *Los Principios de INSOL para los trabajos de equipos de acreedores en caso de Insolvencia*

La organización Internacional llamada INSOL (Federación Internacional de Profesionales de la Insolvencia) produjo (Octubre de 2000), un muy interesante y útil documento para todos aquellos grupos de acreedores que buscan cómo resolver su situación frente a un deudor que ha incurrido en insolvencia.

El documento es el resultado de los trabajos de un grupo especialmente designado con tal propósito entre las instituciones financieras, que usualmente están presentes y viven el fenómeno de la insolvencia directamente.

Durante varios años de trabajo a partir de la llamada reunión de Nueva Orleans, el documento fue tomando forma y, aunque ha sido ya dado a conocer, todavía espera que pueda mejorarse con

las recomendaciones y retroalimentación de quien pueda y desee hacerlo.

El texto completo que puede ser consultado en los sitios de INSOL (www.insol.org) y de IFECOM (www.ifecom.cjf.gob.mx), contiene el enunciado de los principios y una serie de comentarios generales y particulares de cada uno. La invitación es permanente a reflexionar sobre los principios y los comentarios, dependiendo de la situación particular de cada acreedor o deudor y del país en donde se encuentren.

A continuación se presentan los principios de INSOL con un pequeño comentario, de cómo son tratados en la Ley de Concursos Mercantiles mexicana:

Primero.- Cuando un deudor se encuentra en dificultades financieras, los principales acreedores deben estar preparados para cooperar entre ellos, otorgando al deudor un tiempo suficiente, aunque limitado, para que se pueda reunir, conocer y evaluar la información relevante del deudor, a fin de formular una propuesta de solución. Debe admitirse que este paso no siempre será lo adecuado.

El principio en la Ley de Concursos Mercantiles.- El periodo de conciliación abre un espacio limitado (seis meses con posibles prórrogas que no lo llevan más allá de un año), en donde estas actividades se dan facilitadas por un especialista: el conciliador. Se admite la posibilidad de acabar anticipadamente este periodo de conciliación, o incluso no abrirlo, para pasar directamente a la etapa de quiebra.

Segundo.- Durante este periodo los acreedores deben abstenerse de iniciar acciones, para lograr el cobro de sus créditos y reducir su riesgo, aunque tendrán el derecho de proteger su posición frente a otros acreedores. (La transmisión de su crédito a un tercero no se opone a este principio).

El principio en la Ley de Concursos Mercantiles.- El ejercicio de las acciones queda expedito, pero deben detenerse al llegar a la

etapa de ejecución en donde se concentran con todo el proceso concursal. Los derechos de los acreedores incluyen la designación de interventores, la comunicación con el conciliador para valorar sus créditos y, desde luego, la posibilidad de transmitir el crédito con un requisito administrativo de información.

Tercero.- Durante ese mismo periodo el deudor debe abstenerse de cualquier acción, que pueda perjudicar la recuperación de los créditos de los acreedores relevantes (ya sea colectiva o individualmente), en comparación a la situación que guardaban al inicio del periodo de espera.

El principio en la Ley de Concursos Mercantiles.- Los arreglos particulares hechos por el comerciante están prohibidos y los que se hagan pueden ser nulificados.

Cuarto.- Los intereses de los acreedores relevantes se verán mejor servidos si coordinan su respuesta al deudor. Tal coordinación puede facilitarse mediante la designación de uno o más comités o la designación de especialistas que puedan asesorar a acreedores y deudor.

El principio en la Ley de Concursos Mercantiles.- La junta de acreedores está eliminada como órgano ordinario del concurso. No hay, sin embargo, prohibición, si así lo desean pueden constituirse comités o grupos de trabajo. Sí se reconoce el derecho de un grupo “relevante” cuando conjuntan determinado porcentaje. El especialista que coordine los intereses para lograr una solución concertada, está previsto por la Ley y el Instituto administrador de los procesos¹⁴ lo nombra por orden del juez.

Quinto.- Durante el periodo de espera, el deudor debe proporcionar a los acreedores relevantes y a los especialistas acceso razonable a su información financiera a fin de facilitar la evalua-

¹⁴ Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.

ción de su situación financiera y la formación de una propuesta de solución.

El principio en la Ley de Concursos Mercantiles.- La entrega de la información está ordenada por la Ley, su recopilación y puesta a disposición de todos corre a cargo del Conciliador. Alguna de esta información se presenta en formatos predeterminados. Existe incluso un delito que pueden cometer aquellos comerciantes que se niegan a entregar la información.

Sexto.- Las propuestas de solución deberán tomar en cuenta el derecho aplicable y la peculiar posición de los acreedores relevantes.

El principio en la Ley de Concursos Mercantiles.- Uno de los principios sobre los que está sustentado el régimen del concurso, es el respeto a las obligaciones contractuales existentes previamente, los cambios que se introducen al régimen jurídico son los mínimos necesarios. La posición de acreedores que tienen un régimen especial (trabajadores, fisco, garantizados), tienen sus provisiones especiales.

Séptimo.- La información en cuestión debe hacerse disponible a todos pero deberá ser tratada en forma especialmente confidencial.

El principio en la Ley de Concursos Mercantiles.- La información se maneja a través del Juez, los especialistas tienen una obligación específica de confidencialidad.

Octavo.- Si durante el periodo de espera, es necesario proveer con recursos financieros adicionales, éstos deberán tener un tratamiento preferencial para su pago.

El principio en la Ley de Concursos Mercantiles.- Tales créditos son considerados créditos contra la Masa y encuentran un tratamiento especial en cuanto a gradación.

En resumen: el procedimiento de la Ley de Concursos Mercantiles, provee que durante el periodo de conciliación se dan todos los supuestos de los principios: la espera, la cooperación, la presencia de un especialista, el flujo de información, la congelación de acciones, la abstención de actos perjudiciales, la confidencialidad, la preferencia en el pago para recursos adicionales y todo ello dentro de la ley y respetando la posición particular de cada acreedor. Todo esto significa que la ley mexicana es una ley de avanzada, que consigna los más destacados avances en la insolvencia internacional.

5.4. UNCITRAL - Guía legislativa sobre el Régimen de Insolvencia

Este esfuerzo nacido a proposición de Australia en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés), en 1999 consideró la idea de preparar una Ley Modelo en materia de insolvencia, para descubrir que eso sería una tarea poco práctica debido a las diferencias sociales, políticas y económicas que se ponen en juego en esta materia, por ello el grupo decidió orientar sus esfuerzos a la elaboración de una “guía legislativa”.

El documento es por ahora un índice de los temas que deben ser tocados por una ley de insolvencia, cada tópico del índice tiene un subcapítulo de *propósito* en donde se define cuál es el objetivo que debe buscarse y un subcapítulo de *recomendaciones* en el que se ponen los principios más generales sobre el tema y en donde se encuentran grandes coincidencias con los otros documentos examinados en este artículo.

El grupo de trabajo lleva ya varias sesiones y reportes, avanzando en su labor e instrumentando la petición de la Asamblea de tomar en cuenta lo hecho por otras instancias en el mismo sentido (Banco Mundial, INSOL, Asociación Internacional de Abogados, Bancos Regionales de Desarrollo, etcétera). El documento trabajado tiene ya una buena forma acercándose a un posible texto final que no parece lejano.

El material es sin duda un vademécum de qué hacer si se quiere legislar en materia de insolvencia. En el caso de México que viene de estrenar una flamante ley, el documento es analizado, en primer sitio, comparando con lo legislado para encontrar una validación a lo que se tiene normado y, en segundo lugar, sumando la experiencia de la práctica que se va dando con las recomendaciones de la Guía para descubrir aquellos puntos en donde cabría hacer correcciones y reforma al sistema y a la Ley. Habrá que esperar, desde luego, la versión final del trabajo de UNCITRAL en donde México ha sido un importante participante.

6. Los órganos del concurso. Los Especialistas

En materia de órganos la Ley es novedosa, desde luego que deja al Juez como al rector principal de todo el procedimiento; los acreedores, al desaparecer la junta de acreedores, podrán designar un interventor que represente sus intereses (se requiere un mínimo de 10% del monto de créditos reconocidos para la designación de uno) y, en lugar del síndico de la legislación anterior, la Ley novedosamente designa tres “especialistas”.

Estos especialistas serán:

- a) el *Visitador*, cuya función será la de verificar que en la empresa del comerciante se den los supuestos de composición, de activos y pasivos que la Ley establece como supuesto detonador del Concurso;
- b) el *Conciliador*, figura clave en el nuevo sistema, cuya función es lograr los acuerdos necesarios entre las partes concursantes para mantener en operación la empresa, o para llegar a una realización concertada de la misma, pudiendo ejercer algunos actos de administración o, eventualmente, hacerse cargo de la misma, y

- c) el *Síndico* quien será el encargado de administrar la empresa en liquidación, para lograr su realización y el pago a los acreedores.

Estos especialistas, personas físicas, serán designados por el Instituto (del que se habla más adelante), quien elaborará los procedimientos de selección para la autorización, autorizará su inscripción en el registro correspondiente y establecerá los requisitos necesarios para la realización de sus funciones. La Ley abre la posibilidad de que pueda actuar como Conciliador y/o Síndico la persona física o moral que el Comerciante y los Acreedores Reconocidos (75%) acuerden aunque no esté inscrito en el registro del Instituto.

La Ley establece como requisitos generales para ser registrado como Especialista, el tener una experiencia de cinco años en la asesoría de empresas en los terrenos jurídico, económico, financiero; no ejercer un puesto público, ser probo, no haber sido inhabilitado para el comercio por sentencia, y cubrir los procesos de selección que designe el Instituto.

El Instituto ha establecido en sus Criterios Generales de Selección y en sus Reglas de Carácter General, que en los procesos de selección deberán cubrirse los siguientes perfiles.¹⁵

El Visitador deberá mostrar sólidos conocimientos y su experiencia en manejo de contabilidad, auditoria, costos, análisis e interpretación de estados financieros.

El Conciliador lo hará en una o varias de las actividades siguientes: reestructura financiera, ingeniería financiera, negociación de adeudos, mediación, rescate y dirección de empresas, fusiones y adquisiciones.

¹⁵ Los Criterios generales se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de Julio de 2000 y las Reglas de Carácter General fueron aprobadas por la Junta Directiva del Instituto para entrar en vigor el 11 de agosto del mismo año y han sufrido algunas reformas posteriores. Su contenido actual puede ser consultado en la página de Internet del Instituto: www.ifecom.cjf.gob.mx

Para el Síndico la experiencia deberá girar en torno a intervención en procesos concursales, liquidación de empresas, fusiones, joint ventures, adquisiciones, coinversiones, rescate y valuación de empresas.

Los Especialistas que sean registrados deberán mantenerse actualizados en los términos que el Instituto determine, y caucionarán su desempeño cuando sean designados, por proceso aleatorio para fungir en un concurso. Sus honorarios, fijados por el instituto, serán pagaderos con cargo a la masa.

Finalmente, otro órgano posible son los interventores que pueden ser nombrados por los acreedores para vigilar sus intereses. Se requiere un mínimo de 10% del monto de los créditos, reconocidos para la designación de uno de ellos. Su remuneración depende del o de los acreedores que le han designado.

7. El Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles

Este Instituto no es una creación arbitraria del legislador mexicano, no es tampoco una copia de lo que existe en algún otro país del mundo, es tan sólo seguir una tendencia que se viene dando en muchos países, que han creado organismos administradores de procesos de quiebras.¹⁶

El Instituto forma parte del Poder Judicial y específicamente del Consejo de la Judicatura Federal pues es un órgano, con autonomía técnica y operativa, que proporciona auxilio a la administración de justicia, facilitando dicha tarea.

¹⁶ Por no citar sino unos cuantos ejemplos: el Reino Unido, Canadá, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Colombia, Perú, Chile, Sudáfrica, cuentan con organismos similares. Existe incluso una organización mundial que agrupa estos entes para intercambio de experiencias: la International Association of Insolvency Regulators.

El Instituto es manejado por una Junta Directiva y un Director General del Instituto que la preside. Son designados por el Consejo de la Judicatura Federal a proposición que haga el presidente de la Suprema Corte de Justicia, por plazos que se alternan, el Director General por seis años, los vocales por ocho años.

La junta debe integrarse por especialistas en diversas ramas del saber, que tienen que ver con lo que sucede en un concurso: derecho, economía, administración, finanzas. Esto revela el fenómeno fundamental de tratarse de un asunto que requiere una concurrencia de especialidades y disciplinas, lo mismo necesita del jurista que del experto en ingeniería financiera. El concurso no es una cuestión procesal, es una cuestión mercantil, refiere a la empresa en su totalidad, la ley reconoce esta realidad y provee a ella.

Las funciones básicas del Instituto son dos: la primera es la administración del registro de especialistas con todo lo que ello implica y la segunda es la promoción de una cultura concursal.

Por lo que hace a la primera de sus funciones, es competencia del Instituto determinar los procesos de selección que deben aprobar los candidatos que pretenden ser registrados como especialistas; diseñar los procesos de actualización que deban cubrir para mantener vigente su registro e integrar el registro en las diversas categorías que defina.

En el caso específico de un concurso, el Instituto deberá designar, aplicando el proceso aleatorio que tenga diseñado, al especialista que le toque participar, deberá calificar las excusas y causas de impedimento que los especialistas indiquen y supervisará su desempeño, función esta que es crucial pues convierte al Instituto en un verdadero impulsor de que la Ley se cumpla puntualmente.

El Instituto debe determinar cómo se remunerará a los especialistas, cuidando de fijar una remuneración que compense adecuadamente una buena calidad del servicio, pero que al mismo tiempo no agote los de por sí escasos recursos que hay en una

empresa en insolvencia. Proveerá asimismo las normas para que los especialistas caucionen su desempeño pues esta caución no debe prestarse, como sucede en los casos de comisarios y administradores, a ser simbólicas. Las cauciones deben ser suficientes para realmente respaldar los posibles daños causados por su desempeño, pero no tan gravoso que su costo anule los honorarios que pueda percibir.

La fijación de los honorarios de los especialistas y de sus auxiliares, así como la caución que deben otorgar se hace a partir de las diversas categorías de empresas y de especialistas que la Ley dispone que el Instituto deba determinar.

El Instituto tiene también la facultad de imponer sanciones administrativas a los especialistas. Estas sanciones pueden consistir en una amonestación o en una suspensión temporal o definitiva del registro.

Por lo que toca a la promoción de una cultura concursal, el Instituto tiene la responsabilidad de promover en la sociedad una conciencia de estos fenómenos, realizando análisis, estudios e investigaciones, obteniendo estadísticas y dándolas a conocer. La difusión es una labor importante del Instituto.

Dentro de esta línea el Instituto debe ser una verdadera instancia en capacitación, ya sea directamente, ya asociada con otras entidades (universidades, colegios profesionales, asociaciones, etcétera), para tanto los especialistas como para todos los interesados o posibles interesados. Una parte importante de esta labor deberá ser colaborar la formación del personal del Poder Judicial.

Entre las facultades del Instituto la ley le asigna la obligación de elaborar una serie de formatos, para contener determinadas comunicaciones vitales en el procedimiento. La finalidad de dichos formatos no es inhibir la capacidad o posibilidad de las partes (ni la de sus abogados), de poder expresar al Juez lo que deseen. Se trata tan solo de procurar que la información (muchas veces de tipo

técnico), se presente de manera ordenada, fácil de comprender y de consultar.

Finalmente, la Ley pide al Instituto la elaboración de una serie de “Reglas de Carácter General” que apoyen el trabajo del mismo, de los especialistas y de algunos terceros que a él concurren. En cumplimiento de esta obligación y facultad, el Instituto produjo tal Reglamentación cuyo índice se presenta a continuación.

- I – Disposiciones Generales (Definiciones y Política de Difusión)
- II – Registro de Especialistas
- III – Selección de Especialistas
- IV – Actualización
- V – Procedimiento Aleatorio de Designación.
- VI – Remuneración
- VII – Caución de correcto desempeño.
- VIII – Publicidad (créditos transmitidos y subastas)
- IX – Garantías de Posturas
- X – Bases de ofertas de compra
- XI – Estudios obtenidos por el síndico.
- XII – Revisión de las Reglas
- Transitorios

Finalmente, el Instituto ha decidido que, independientemente de la estructura organizativa que tome para desempeñar sus funciones, el principal medio de comunicación con todo el mundo, esto es, especialistas, interesados, etcétera, sea su página de Internet, en donde pondrá toda la información útil o necesaria, así como un aforo para poder recibir opiniones y análisis hechos por el público en general. El domicilio es: www.ifecom.cjf.gob.mx

8. Los primeros resultados de la Ley

La Ley ha iniciado su aplicación con un paso lento pero seguro. Era de esperarse que en un país donde el uso de los sistemas reguladores de insolvencia, nunca haya sido incorporado al pensamiento de los interesados, se viera con recelo una nueva legislación y fuera usada modestamente.

Poco a poco la Ley ha venido siendo usada, hay un buen número de especialistas ya registrados y operando, varios de los asuntos iniciados han llegado a su resolución final, ya sea por el camino de la reorganización de la empresa, ya sea por el de la liquidación de los activos de la misma. En general el manejo de los tiempos procesales ha demostrado ser, si bien no todo lo ideal que la Ley busca lograr, sí muy superior a los tiempos de la antigua legislación y a los usuales en otros procesos judiciales.

De los asuntos iniciados poco más de la mitad lo han sido por petición de los propios comerciantes afligidos y el resto por sus acreedores. Los asuntos se distribuyen por toda la geografía del país.

Las objeciones que surgieron como opinión doctrinal al inicio de la vigencia de la Ley, se han venido superando y algunos litigios de constitucionalidad han venido siendo superados, aunque conforme el sistema legal mexicano, éstos pueden seguir surgiendo en el futuro.

9. Beneficios de la nueva Ley

Podrían sumarse los principales beneficios que aporta la Ley mexicana de la siguiente manera:

- a) *Proceso unificado*. Todos los pasos que pueden ser dados en un caso de insolvencia, están conjuntados en la ley de forma que da continuidad y consistencia a las etapas.

b) *Apoyo de Especialistas*. La tradicional labor del síndico y las conocidas en otras legislaciones como “bankruptcy practitioners” se han dividido en tres tipos de profesionales que se desempeñan conforme la etapa del concurso: un Visitador para determinar si la situación financiera de la empresa está en el supuesto del concurso; un Conciliador para tratar de sacar adelante la empresa mediante la aceptación de un convenio entre las partes y un Síndico para actuar como liquidador de la empresa.

Estas personas son profesionales independientes, calificados que devienen un auxilio del juez a quien apoyan aportando la experiencia y conocimientos en materias que no son de la especialidad del juez: contabilidad, finanzas, economía, administración, etcétera, es decir: la visión empresarial. Los honorarios de los especialistas se han concebido como una justa retribución por un trabajo de excelencia y el hecho de que se han establecido cauciones reales para su desempeño, garantiza la imparcialidad y eficacia de su actuación.

c) *Papel del Juez*. El Juez conserva el rol de conductor de todo el proceso y, finalmente, todas las decisiones son tomadas dentro del juicio conducido por el juez.

d) *Materia Federal*. La Ley determina que la materia de concursos es de interés público, dado que se trata en el fondo de la conservación de las empresas, que representa un interés superior a los meramente particulares de los acreedores y del comerciante. Esto, además de ser un reconocimiento a la trascendencia que tiene el mantener el valor social de las empresas, permite unificar criterios de aplicación de la Ley y permite una supervisión sólida de los mismos por parte del Poder Judicial Federal.

e) *Tiempos medidos*. Los diferentes pasos y etapas del proceso tienen tiempos estrictos fijados por la ley, para evitar que se alarguen excesivamente, deteriorando, así las posibilidades de

salvación de la empresa, recuperación de los créditos y manutención de la fuente de trabajo y de producción.

- f) *Agilidad en los procesos.* No sólo los tiempos están medidos, sino que se ha diseñado un proceso simplificado para evitar atrasos innecesarios. Por ejemplo: los juicios que tiene pendiente el comerciante, no se concentran con el Juez del concurso sino que se siguen litigando por separado, sólo se juntan una vez dictada la sentencia; El proceso de reconocimiento de créditos se realiza automáticamente, sin que las posiciones particulares de cada acreedor afecten el camino del conjunto; los recursos en el proceso están acotados y, en todo caso, ninguno detiene el proceso principal.
- g) *Entidad administradora de insolvencia.* Se crea el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, quien goza de autonomía técnica y operativa, con la encomienda de ser el certificador de los especialistas, seleccionándolos, capacitándolos, asignándolos por un proceso aleatorio a los concursos en operación y, muy importante, supervisando el desempeño de su labor dentro del marco legal. El Instituto también cubre la función de ser el difusor de una cultura concursal, de modo que se pueda lograr que sea el menor número de empresas posible el que recurra al proceso concursal. La existencia de estas entidades han sido un apoyo valioso, demostrado por la experiencia de países como el Reino Unido, Canadá, Estados Unidos, Chile, Perú y Colombia.
- h) *La participación de los acreedores.* Reconociendo un fundamental interés en la solución del problema de la empresa, debe entenderse también que los acreedores no son los únicos involucrados. Se ha suprimido como órgano oficial el concepto de “Junta de acreedores” o “comité de acreedores”, lo cual no impide que éstos puedan asociarse informalmente entre sí. La ley contempla algunas decisiones que pueden ser tomadas por la conjunción de determinado porcentaje de votación de acreedores. Tienen asimismo los acreedores que representen por lo

menos un diez por ciento, el derecho de designar un “Interventor” del proceso que vigile los intereses de éstos dentro del juicio.

- i) *Un manejo penal muy sencillo.* Se establecen tres conductas que pueden ser delictivas, y que resultan de sencilla aplicación y quita algunos temores respecto de ser procesado penalmente cuando se ha incurrido en una quiebra. Se persiguen conductas realmente dolosas.
- j) *Los arreglos extrajudiciales.* La Ley busca que las empresas no se deban de liquidar, siempre debe buscarse la manutención de la empresa. Todas sus disposiciones van orientadas a tal propósito. Siendo esa la filosofía, es lógico que la ley aliente la celebración de acuerdos particulares que eviten llegar a tribunales, es el espíritu sobre el que está basada la primera parte del concurso: la conciliación. Más aún, la ley contiene la disposición que permite a los comerciantes que enfrentan cualquier conflicto, no necesariamente concursal, puedan acudir a conocer las listas de especialistas designados por el Instituto, para de entre ellos escoger a alguien a quien puedan acudir, para servirse de un amigable componedor como mediador de su conflicto.

10. Lo que debe esperarse que sea la conducta de los jugadores del proceso

El Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles se ha propuesto trabajar con dos consignas fundamentales a cuya realización convoca a todos los interesados: *Profesionalismo*, pretendiendo contar con los especialistas más capaces y competentes y ofreciendo los análisis más serios técnicamente hablando que se puedan producir, y *Transparencia*, dando a conocer todo lo que sucede en los procesos abiertos, proveyendo toda la información relevante y actuando y promoviendo una actuación siempre enmarcada dentro de la ética y el derecho.

Para quienes son o pretenden ser *Especialistas*, esta Ley representa un nuevo nicho de actividad profesional, especialmente atractiva por cuanto representa el sumarse a un esfuerzo loable de cuidado de las empresas. Ser Especialista es un reconocimiento a la capacidad profesional del individuo. En otros países algunos profesionistas han hecho de la insolvencia un nicho muy importante de actividad.

Para los abogados postulantes y asesores de empresas representa un nuevo terreno de estudio y competencia profesional, es algo distinto a las quiebras, es una disciplina corporativa más.

Las empresas deben estructurarse a la luz de las normas de la ley y organizar los activos y los pasivos, con miras a lo que puede pasar si se rompe el balance que los llevaría a un concurso. Actuar con esa previsión es el primer efecto benéfico de la Ley.

Los acreedores, proveedores y financieros, harán lo mismo. Sabrán cuándo y cómo otorgar crédito a la empresa de modo que sea sano, deben mejorar las prácticas crediticias para que no haya crédito irracional sino sólido, basado en las más sanas normas financieras. Tendrán la confianza de un proceso breve y un retorno del mayor valor posible de su crédito.

Uno de los grandes frutos de la ley se da aún cuando no haya una sola empresa en concurso. El marco de la ley provee un beneficio ex-ante que será precisamente esa higiene de estructuración financiera que harán las empresas y sus acreedores.

Si se llega a la lamentable situación de un concurso, la ley permitirá optimizar el valor de la empresa concursada, para mayor beneficio no sólo del comerciante, sus trabajadores y acreedores, sino para la sociedad y para la economía. El marco de la ley provee un beneficio ex-post.

Los jueces tienen una especial misión: la de lograr que esta ley se aplique con toda intensidad y con toda eficacia

Los abogados deben estudiar la Ley con los ojos puestos en esas intenciones, en esa *ratio legis*. De los juristas debe esperarse una actitud de renovación. Es menester un nuevo tipo de jurista que vea cómo el Derecho puede ser la herramienta para que los hombres del siglo XXI actúen y convivan.

11. Conclusión

- La Ley de Concursos Mercantiles es una ley moderna, congruente con las tendencias internacionales, que maneja procesos sencillos. Los nuevos documentos y eventos que sobre el tema se producen en el contexto internacional, ratifican la validez de la ley mexicana y la califican como un documento de vanguardia.
- Siendo el juez rector natural del procedimiento y responsable del mismo, puede contar con especialistas que brindarán apoyo a su labor, no necesariamente jurídica.
- Los especialistas pueden servir, además, de árbitros o mediadores en asuntos que interesen tanto a los comerciantes como a los acreedores participantes.
- El Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles es un órgano autónomo del Poder Judicial para brindar apoyo a los jueces, para prever la existencia de una lista de profesionales capaces y actualizados al desempeñar la labor de visitadores, conciliaciones y síndicos y para difundir la cultura de lo concursal.
- El concurso ya no tiene que ser visto como algo ignominioso, quien desea una terminación ordenada de negocios puede acudir a la legislación concursal para encontrar una solución.

- Las empresas, deudoras y acreedoras, pueden ver el Concurso Mercantil como una herramienta de solución a los problemas de iliquidez e insolvencia a los que se enfrenten.
- El gran valor de la Ley de Concursos Mercantiles radica en su visión de preservar el valor social de las empresas.

México, D.F. febrero de 2004