

Algunas Reflexiones Sobre la Reforma Concursal Mexicana de Diciembre del 2007 y las Reformas Olvidadas.

Por: Jorge J. Sepúlveda García.

1.- INTRODUCCIÓN.- Después de varios meses de permanecer congelada en el Congreso de la Unión la iniciativa reforma a la Ley de Concursos Mercantiles, finalmente, mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación del 27 de Diciembre del 2007, entrando en vigor el día siguiente de su publicación, la Ley de Concursos Mercantiles mexicana sufrió su primer reforma desde su creación, en el año 2000.

Las citadas reformas en la mayoría de los casos tan sólo precisan cuestiones procedimentales que en la aplicación de la ley habrían surgido, sin embargo, a juicio del suscrito se perdió una oportunidad para modificar cuestiones torales que al no ser resueltas, mantienen a la institución concursal alejada de los ojos y del pensamiento del comerciante insolvente como un método de solución al conflicto económico financiero por el que algunos ineludiblemente atravesarán.

No debe mal interpretarse lo señalado en el párrafo anterior pues las reformas que se estructuraron eran necesarias, sin embargo, un buen número de ellas ya eran aplicadas por los criterios federales que resolvieron los problemas de aplicación de la ley.

En primer término tocaré brevemente algunos de los temas y artículos materia de la reforma para posteriormente referirme a las cuestiones que no se abordan por y que a juicio del suscrito deben tocarse si es que en verdad se desea contar con un instrumento que auxilie al comerciante a resurgir de su crisis o bien a transitar por la liquidación ordenada de los activos del insolvente.

2.- LA REFORMA DE DICIEMBRE DEL 2007.

Las reformas a la ley concursal publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de diciembre del 2007, en general realizaron precisiones y adiciones para aclarar cuestiones que en la práctica habían probado llevar a litigantes y jueces a confusiones, así como ocasionando complicaciones para los especialistas (Visitadores, conciliadores y síndicos) designados por el IFECOM, consistiendo esta reforma en modificación de los textos existentes y en la adición de nuevos párrafos o fracciones, algunos de los cuales abordo en los siguientes párrafos, de acuerdo al nivel de importancia que a juicio del suscrito revisten.

Así, se reformó la fracción II del artículo 10, que refiere a los presupuestos objetivos para la declaración del concurso mercantil del comerciante, por cuanto a que los activos que se definen y que pueden o deben ser considerados por el visitador para esclarecer si el comerciante se encuentra en insolvencia. De acuerdo a ellos se estima que ha existido incumplimiento generalizado de las obligaciones si “el comerciante no tiene activos enunciados en el párrafo siguiente para hacer frente a por lo menos el ochenta por cientos

de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la demanda o solicitud.” Las palabras subrayadas son las que se le adicionaron al artículo correspondiente.

La aclaración que efectuó la reforma fue la de precisar que la fotografía contable del comerciante debe realizarse y observarse a la fecha de presentación de la demanda o solicitud, en tanto la ley distingue la demanda como la formulada por los acreedores, Ministerio Público, etc., y a la solicitud como la promovida por el propio comerciante.

Esta reforma al artículo 10 fracción II y los incisos b), c) y d) del segundo párrafo se realizó con el objeto de mover la fecha de la fotografía de la insolvencia para observar no en la de la fecha del auto de admisión de la demanda de concurso mercantil, sino la de la fecha de presentación de la misma, esto derivado de que en la práctica ha acontecido que el auto admisorio de la demanda o solicitud tarda como consecuencia de apercibimientos, aclaraciones o prevenciones del juez, lo que de suyo modifica la situación financiera y económica de la empresa.

Del artículo 15 se reformó la segunda parte del inciso III al definir los requisitos que para la ley debe entenderse por sociedad mercantil controladora, señalando que para esos efectos no se considera acción con derecho a voto aquellas que lo tengan limitado y aquellas que conforme a la ley mercantil tan solo se denominen acciones de goce.

El artículo 20 que dispone lo referente a la solicitud de declaración de concurso mercantil cuando es promovida por el propio comerciante, realizándose adiciones a la misma aumentando los documentos que se deben de acompañar y aclarando en el primer párrafo que también puede solicitar se declare el concurso y se omita la etapa conciliatoria para de manera directa entrar a la etapa de quiebra.

En cuanto a los requisitos o documentos adicionales que se le deben acompañar a la solicitud son dos, a saber:

- 1.- Una relación de los juicios en los que el comerciante sea parte, precisando los nombres de las partes del procedimiento, así como los datos de identificación del expediente y el estado en que se encuentra.
- 2.- Hacer el ofrecimiento de otorgar la garantía de los honorarios del visitador por el monto que establece el artículo 24 de la ley.

En este mismo sentido se reforma la fracción II del artículo 23 de la ley, modificando la redacción del mismo, exigiendo como requisito necesario del texto de la demanda de concurso mercantil promovida por un acreedor, el ofrecimiento de garantizar los honorarios del visitador, siendo que el texto anterior obligaba al demandante a exhibir la garantía efectiva de esos honorarios, en este caso con el mero ofrecimiento debe proceder a la admisión.

El artículo 24 bajo la reforma adiciona un nuevo primer párrafo y mantiene casi intacto el que existía antes de la modificación como un segundo párrafo, siendo más preciso en los motivos que pueden llevar al juez que conozca del concurso mercantil a realizar prevenciones, así señala que en caso de considerar obscura, irregular o deficiente la

demanda o solicitud de concurso mercantil, el juez deberá señalar con precisión en qué consisten estos y podrá prevenir al promovente para que la aclare o subsane dentro de un plazo de diez días, quedando facultado el juez para desechar la demanda y devolver los documentos al interesado.

Esta facultad del juez de dictar prevenciones previo a la admisión de una demanda o solicitud ha dado lugar a abusos por parte de los jueces que sin más desechan las solicitudes de concurso bajo argumentos absurdos, con conocimiento de que con ello evitarán el conocimiento del juicio, toda vez que al ser presentada de nueva cuenta la demanda o solicitud el sistema de distribución de la Oficialía de Partes de los Juzgados de Distrito por alguna razón desconocida no le asigna el mismo juzgado, que de hacerlo así evitaría estas malas costumbres.

Otra reforma que merece algún comentario es la que se realizó al artículo 31 de la ley referente a los elementos que debe contener el auto que dicte el juez que contenga la orden de visita al comerciante, eliminándose la obligación del juez de delimitar el tiempo o periodo de tiempo que puede abarcar la visita, incluyendo en el segundo párrafo de la fracción III algo que los criterios federales ya habían dejado asentado, por cuanto a que en caso de oposición a la visita por parte del comerciante dará lugar a que se decrete el concurso mercantil como castigo y sin lograr la verificación de los presupuestos objetivos que establece el artículo 10 de la ley, es decir, la declaración de concurso mercantil como sanción.

En la reforma al artículo 34 de la ley, elimina la facultad del visitador de realizar verificaciones directas de bienes y mercancías o de las operaciones del comerciante.

La reforma al artículo 40 permite al visitador solicitar una prórroga no solo del plazo de presentación de su dictamen una vez realizada la visita, sino que ahora se le permite que realice una solicitud de ampliación del plazo para practicar o continuar practicando la visita misma. En la práctica sucedía con frecuencia que el plazo concedido para la realización de la visita era insuficiente y como consecuencia la presentación del dictamen se realizaba por fuera del plazo establecido por la ley y por el juez en sus prórrogas.

Con la modificación al texto del artículo 41 de la Ley concursal, se hizo una delimitación de las personas a las que el juez le debía ordenar vista con el dictamen del visitador, de tal suerte que ahora se conceda a favor solamente del acreedor o acreedores que demandaron el concurso mercantil, pues de acuerdo al texto anterior se generaba la duda acerca de si esa vista debía darse a todos los acreedores aun los que no hubiesen demandado el concurso.

Al reformar la fracción III del artículo 43, relativo a los elementos que debe contener la sentencia de concurso se eliminó la obligación del Juez de incluir en ella el monto de los adeudos de cada uno de los acreedores que el visitador haya identificado en la contabilidad del comerciante, lo que de suyo iba en sentido contrario con lo dispuesto por los artículos 88 y 89 de la ley que convierte las deudas a dólares al tipo o equivalencia de las mismas a la fecha de dictado de la sentencia, lo que hacía complicada la labor del Juez y no tenía razón de ser pues más adelante en el proceso le corresponde al conciliador elaborar el

listado provisional de acreedores y de sus montos.

La reforma al artículo 47 elimina el Arraigo cuando sea el propio comerciante e que solicite la declaratoria de Concurso Mercantil.

En la reforma al artículo 48 de la Ley se adiciona la facultad al juez que conoce de una demanda o solicitud de concurso mercantil de condenar al pago de gastos y costas judiciales, incluidos los gastos y honorarios del visitador al solicitante, pues bajo el esquema del texto anterior esa condena solo podía realizarse a cargo de los demandantes y no a los solicitantes. Recordemos, como se dijo líneas más arriba, que bajo nuestra ley se le llama demanda a la promovida por el o los acreedores o el Ministerio Público y solicitud cuando es el propio comerciante que pide ser declarado en concurso.

Se adicionó el artículo 75 para dejar asentado algo que era obvio pero que estaba trayendo múltiples complicaciones en la práctica por el exceso positivismo de los jueces y conciliadores, esto es, la evidente facultad del comerciante declarado en concurso de poder efectuar los gastos que corresponden a las operaciones ordinarias de la empresa que continúa en operación “incluyendo los gastos indispensables para ellas”.

La reforma limita la actuación del Ministerio Público así como sus facultades, de tal suerte que solamente se le permite una actuación destacada cuando haya sido él quien demandó el Concurso Mercantil del comerciante, y en este sentido son las reformas a los artículos 49, 59 y 60 entre otros.

La modificación al artículo 177 de la Ley se realizó con el objetivo de precisar que en caso de iniciarse un concurso mercantil directamente en etapa de quiebra, el síndico designado por el IFECOM también gozará de las facultades y obligaciones que conllevan la elaboración de las listas provisional y definitiva de acreedores, esto va en armonía con la reforma que permite iniciar un concurso en etapa de quiebra.

Se estableció también dentro de la fracción V del artículo 262, la posibilidad de concluir el concurso ya dentro de la etapa de quiebra mediante la adopción de un convenio, situación que no estaba planteada con anterioridad a la reforma y que los jueces a criterio lo estaban realizando.

Mediante la reforma de las fracciones I y II del artículo 333 de la Ley relativo al derecho de cobro de honorarios de los especialistas designados por el IFECOM en los procedimientos concursales, se dejó en claro que estos son considerados como gastos de la operación ordinaria de la empresa del comerciante, ordenando que no se puede interrumpirse su pago.

La novedad es la inclusión a la ley de un nuevo título conformado por cuatro artículos, esto es, el Título Décimo Cuarto, “Del Concurso Mercantil con Plan de Reestructura Previo”, imitando al ya conocido “Prepackage Agreement” del Derecho Anglosajón, que a juicio del suscrito es algo digno de destacar y constituye un avance para ampliar las posibilidades de utilización del concurso mercantil, aunque consideramos que pudo ser más destacada y precisa la reforma en esta parte pues en la práctica puede dar lugar a limitaciones por

criterio en la aplicación de la ley.

La solicitud de concurso mercantil con plan de reestructura previo, de acuerdo con la reforma, debe ser suscrito por el comerciante y los titulares de los créditos que representen cuando menos el cuarenta por ciento (40%) del total de los adeudos a cargo del comerciante, debiendo contener la declaración bajo protesta de encontrarse en los supuestos objetivos del concurso o de ser inminente encontrarse en un plazo de treinta días, además de acompañar precisamente la propuesta del plan de reestructura de pasivos del comerciante firmada por los acreedores representativos de ese 40%.

Se establece la facultad de solicitar dentro del mismo escrito la adopción de medidas precautorias que establece el artículo 37 de la ley, así como también se precisa que en este caso no se requiere de la designación de visitador y por lo tanto de la visita para el dictado de la sentencia de concurso mercantil.

La carencia de visita puede ocasionar en la práctica algunos problemas, entiéndase que el suscrito apoya la eliminación de esta etapa, pero vislumbro dificultades prácticas en su implementación derivadas de la concatenación del proceso posterior con el dictamen del visitador, como por ejemplo, en el dictado de la sentencia de concurso mercantil pues el artículo 43 fracción III (reformada) al precisar los elementos que debe contener toda sentencia de concurso mercantil, detalla que dentro de la misma el Juez debe fundamentar la acreditación de los elementos objetivos del artículo 10 (incumplimiento generalizado de sus obligaciones) que en este caso no lo podrá hacer por no contar sino con la confirmación del comerciante, además de señalar esta disposición en conocimiento que la sentencia debe contemplar una lista de los acreedores que el visitador hubiere identificado en la contabilidad del comerciante, dato que se encontrará en el dictamen del visitador con el que no contará.

Sin entrar a fondo en los temas de la reforma y la que puede consultarse de forma rápida en el sitio de internet del IFECOM , procedo a puntualizar lo que a juicio del suscrito son las reformas que deben realizarse a la ley para que efectivamente se vea al instituto del concurso mercantil como una herramienta útil por parte de los comerciantes del país, pues tal como lo he sostenido en otros trabajos que he presentado en distintos foros, a mi juicio, la legislación mexicana en este momento carece de una institución de ayuda al comerciante que tiene el infortunio de caer en insolvencia, máxime que en este año 2008 se presentan al norte del país negros nubarrones que anuncian la proximidad de una tormenta financiera.

3.- LAS REFORMAS NECESARIAS PERO OLVIDADAS.

Si efectivamente se desea que el comerciante acuda a la institución del concurso mercantil, no será a través del establecimiento de obligaciones o de penas, sino de reales modificaciones que le hagan considerarlo como una opción ante la crisis de insolvencia o de iliquidéz por la que atraviesa. Probablemente para mis colegas del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal les parezcan simples, lógicas y de esencia en cualquier proceso, pero si las menciono es porque precisamente se carece de ellas en el sistema Concursal Mexicano.

Ya en la exposición que realicé en el Primer Congreso Nacional de Derecho concursal celebrado en Junio del 2007 en la Ciudad de México , tocaba algunos de ellos al abordar el tema de la crisis sistémica del año de 1994 y el desbordamiento de procesos concursales que fueron estigmatizados y culpados de la carencia de crédito en el país en los años subsecuentes.

Debe realizarse alguna modificación de fondo al artículo 2 de la ley que señala que el concurso mercantil consta de dos etapas, pues lo correcto es precisar que una vez declarado el concurso se dividirá en dos etapas que no necesariamente serán sucesivas pues esto necesariamente ahuyenta a cualquiera.

Debe eliminarse por completo el sistema del arraigo del comerciante o desde luego del representante legal de la sociedad mercantil o persona física, aun cuanto en la reforma esta institución no aplica para aquel que solicitó expresamente su declaración en concurso, en la realidad no tiene sentido su existencia y es mas una reminiscencia histórica.

De la misma manera debe ajustarse el contenido del artículo 65 de la ley para estar acorde con el texto de la LCM así como los artículos 67 y 68 de la ley.

Si es el propio comerciante el que solicita se le declare en Concurso Mercantil existe la confesión expresa del estado de insolvencia por lo que debe eliminarse la etapa de visita que solo encarece el procedimiento y, en todo caso será el conciliador quien analice la situación financiera del concursado y haga las propuestas de convenio a las partes, por lo que deberán ser reformados el artículo 24 y el último párrafo del artículo 20. Esto va en armonía con el nuevo título Décimo Cuarto de la ley Concursal, referente al concurso mercantil con plan de reestructura previo, en donde se prevé que no es necesaria la designación de visitador, entonces por analogía deberá extenderse a los casos en que se solicita el concurso por el propio comerciante, debiendo hacer las modificaciones correspondientes a la ley para que se ajuste el procedimiento posterior a la carencia de la visita, siendo el primer cambio el que modifique la fracción 1 del artículo 9 de la ley.

Considero que el hecho de que el artículo 29 de la ley solamente hable de la demanda debe llevarnos a meditar que muy probablemente el legislador consideraba que si se trataba de una solicitud del propio comerciante, entonces no sería necesaria la visita.

Se debe aprovechar la experiencia que en el curso de ocho años ha adquirido el IFECOM y potenciar sus facultades, así como también construir el andamiaje legal adecuado para que se cumpla la encomienda del segundo párrafo del artículo primero de la ley, esto es, la conservación de la empresa mediante el convenio.

El plazo con el que se dota al conciliador para procurar llegar a un convenio es sumamente limitado y va en directa contradicción con el objetivo de la ley que es elevado al rango de interés público. Es sabido que el Concurso Mercantil, se divide en dos etapas sucesivas, según dice la ley, la primera denominada conciliación y la segunda quiebra. La etapa de Conciliación tiene, en principio, una duración de ciento ochenta y cinco días naturales,

contados a partir de la publicación que se haga en el Diario Oficial de la Federación, de la sentencia que decreta el concurso mercantil.

Tenemos que la etapa de conciliación sin tomar en cuenta sus difíciles prórrogas, consta de 185 días naturales mismos que comienzan desde la fecha en que se publique el edicto de la misma en el Diario Oficial de la Federación, que debe ocurrir en cuanto el conciliador es designado y acepta el cargo, luego entonces, los primeros treinta días cuando menos se le van al conciliador en su labor de elaboración de las listas provisional y definitiva de reconocimiento de créditos de los acreedores.

En virtud de ello y suponiendo que la sentencia definitiva de reconocimiento de créditos se dicte de inmediato, el plazo real para saber quienes son los acreedores reconocidos se ha reducido a ciento cincuenta días.

Tocante al fuero de atracción se insiste como lo hice ver en trabajo “Fuero de Atracción” preparado y expuesto en el Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal celebrado en Ciudad de Mérida en el mes de noviembre del año 2006, así como en el “Crisis de los Principios Concursales” trabajo expuesto en el Primer Congreso Nacional de Derecho Concursal celebrado en Ciudad de México en el mes de junio del 2007, es necesario modificar el artículo 84 de la ley para que todas las demandas, juicios, o acciones de contenido patrimonial seguidas en contra del concursado se acumulen al procedimiento concursal, con las conocidas ventajas y apego al “Pars conditio creditorum”, tanto por los costos de desplazamiento y atención de los juicios como por el orden que se impone entre los acreedores en la ejecución de los bienes del concursado.

De mantenerse así la regla, el conciliador y en su momento el síndico tendrán que acudir a representar a la masa, a cuantos lugares y ciudades en las que exista algún procedimiento en contra del patrimonio concursado, además de ver mermado el patrimonio sujeto a Concurso por sentencias dictadas en una multiplicidad de lugares.

En el trabajo correspondiente señalaba:

Debe realizarse un esfuerzo considerable para fortalecer el principio de unidad del procedimiento concursal, obligando a todos los acreedores a concurrir ante el Juez Concursal cuando menos en la etapa final de cada juicio o proceso para la ejecución en bienes del concursado, modificando en lo correspondiente al artículo 84 de la ley que establece la regla general en el sentido contrario, esto es, que ningún procedimiento debe acumularse.

En este mismo sentido debe actualizarse y armonizarse el artículo 67 de la ley con lo dispuesto por el apartado A del artículo 123 Constitucional, toda vez que al otorgarle la ley un beneficio adicional a los trabajadores al permitirles asegurar los sueldos y salarios devengados e indemnizaciones en los dos últimos años, duplicando así el plazo constitucional, en realidad está afectando directamente a los demás acreedores y su derecho de cobro sobre los bienes de la masa. ”

Al ser necesario el fortalecimiento del principio de conservación de la empresa concursa

debe necesariamente someterse a cirugía legislativa el Título Quinto de la Ley (Artículos 145 a 166) de tal suerte que no solamente se establezca un buen deseo al señalar que el conciliador procurará un convenio entre acreedores y concursado, sino que se obliga establecer como un deber del conciliador y dotársele de armas para la consecución de tal fin. En este sentido sugiero la modificación de los artículos 150 a 153 de la ley, para permitir la imposición del convenio y por ello, la reforma de los artículos 158, 159 y 165 de la ley, para establecer una fórmula mas sencilla o menos dura de cumplir para la imposición del convenio a los acreedores, que respetando su graduación y sus privilegios, también cedan ante el privilegio universal de conservación de la empresa.

Especial mención requiere el segundo párrafo del artículo 65 de la ley que confirma el carácter meta concursal a los créditos laborales, caminando mas allá del privilegio que constitucionalmente existe, pues el artículo 123 apartado A fracción XXIII, señala que los salarios del último año en entrarán a concursos, y la ley de Concursos lo amplía a dos años este privilegio.

La existencia de este privilegio nulifica los deseos de conservación de la empresa que establece el artículo primero de la ley, por ello, debe considerarse la forma en que se atienda el privilegio de los créditos laborales en el procedimiento sin eliminar con ello los soportes del concurso.

En el año del 2003 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo en revisión número 1226/2003 , con mayoría de tres votos, habiendo sido disidentes los Ministros Cossío Díaz y Sánchez Cordero de García Villegas, en el que la tesis consideró constitucional esta disposición bajo el argumento de que el artículo 123 apartado A fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tan solo establecía una garantía mínima a favor de los trabajadores, "...la cual válidamente puede ampliarse por el Congreso de la Unión al expedir las leyes secundarias..."

Deben reformarse los artículos 75 y 79 de la ley, el primero de los cuales establece la posibilidad de que el conciliador intervenga en las operaciones ordinarias de la empresa, decidiendo sobre la resolución de contratos pendientes; y el segundo, señala la posibilidad de que el conciliador solicite el cierre de la empresa parcial, total, temporal o de forma definitiva. Asimismo, no encuentro que pueda ser atractivo al comerciante cuando existe la facultad que establecen los artículos 81 y 82 que le permite al conciliador solicitar al Juez la remoción del comerciante de la administración de su empresa durante la etapa de conciliación, teniendo como requisito etéreo el que conciliador lo considere útil para la protección de la masa.

Es necesario la reforma del artículo 264 de la Ley para introducir un auténtico "Discharge" en la ley mexicana (Capítulo Tercero del Título Séptimo de la Ley de Concursos Mercantiles), en especial del artículo 235 de la ley que dispone que una vez concluido el concurso mercantil, los acreedores que no se vieron satisfechos en su totalidad con el pago íntegro de su crédito, conservarán individualmente sus derechos y acciones por el saldo en contra del Comerciante.

De igual forma, el artículo 236 señala que se debe proceder a la enajenación y distribución del producto si se le descubren bienes al comerciante una vez que el Concurso Mercantil hubiese concluido por alguna de las causales III o IV del 262 de la Ley, esto es porque se haya efectuado el pago concursal y no existan mas bienes o bien porque se haya demostrado insuficiencia de la masa para cubrir siquiera los créditos laborales, los contratados por el propio conciliador, los derivados de las diligencias judiciales, los honorarios del visitador, conciliador o síndico. Aun cuando el 264 limita la reapertura del concurso a los Dos Años siguientes a la terminación del concurso mercantil, las acciones ordinarias para obtener el pago del saldo por parte de los acreedores seguirán activas, situación que debe corregirse.

Lo cierto es que de lo antes dicho tan solo se concluye que si en verdad se estima la conservación de la empresa como algo necesario y que debe de procurarse en los procedimientos concursales, deberemos entonces plantear nuevas y más detalladas reformas a nuestra ley.