



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

MARCO ANTONIO PEÑA BARBA

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA FIGURA DEL
VISITADOR EN LOS CONCURSOS
MERCANTILES

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez Oficial
de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 CON FECHA 13-VIII-86.

Zapopan, Jalisco, Julio de 2004



55090



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA
BIBLIOTECA

MARCO ANTONIO PEÑA BARBA

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA FIGURA DEL VISITADOR EN LOS CONCURSOS MERCANTILES

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., Julio de 2004.

REF: TE DER ZOOY PEN
QUIS: 55090 ej-1
A: 08/11/04
DONATIVO DE _____
\$ _____ 114p.

1. Derecho comercial

500 Incluye un diskette



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

ESCUELA DE DERECHO

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. MARCO ANTONIO PEÑA BARBA
Presente

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA FIGURA DEL VISITADOR EN LOS CONCURSOS MERCANTILES”** presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar ocho ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN


LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA

LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD PANAMERICANA,
SEDE GUADALAJARA.
P R E S E N T E .

Muy estimado Licenciado Alarcón:

He revisado y supervisado en mi carácter de asesor, la tesis intitulada "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA FIGURA DEL VISITADOR EN LOS CONCURSOS MERCANTILES" que como trabajo de recepción profesional presenta el estudiante de derecho MARCO ANTONIO PEÑA BARBA, la cual en mi concepto y en los términos establecidos por la institución, reúne los requisitos de un trabajo de carácter recepcional.

Por este motivo, otorgo a la tesis mencionada mi voto aprobatorio.

Sin más por el momento, aprovecho para enviarle un saludo y quedar como siempre a sus apreciables órdenes.

Atentamente,
Guadalajara, Jalisco. 28 de Enero de 2004.


LIC. SALVADOR CORONA PADILLA

ÍNDICE

PÁGINA

INTRODUCCIÓN	4
I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONCURSO MERCANTIL	8
A. DERECHO ROMANO	8
B. EDAD MEDIA Y MODERNA	21
C. CORTES CATALANAS DE BARCELONA	23
D. LA OBRA DE FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA	23
E. LAS ORDENANZAS DE BILBAO	24
F. CÓDIGO DEL COMERCIO FRANCÉS DE 1808	25
G. ANTECEDENTES EN MÉXICO	26
II. LOS PRINCIPIOS ORDENADORES DEL DERECHO CONCURSAL	32
A. EL INTERÉS PÚBLICO	32
B. LA ORGANIZACIÓN COLECTIVA DE ACREEDORES	33
C. LA IGUALDAD DE TRATO PARA LOS ACREEDORES	33
D. LA UNICIDAD E INTEGRIDAD DEL PATRIMONIO DE LAS UNIDADES ECONÓMICAS	35
E. UNICIDAD Y GENERALIDAD DEL PROCEDIMIENTO	36
F. LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA	36
III. SINOPSIS DEL PROCEDIMIENTO DE CONCURSO MERCANTIL	39
A. SINOPSIS DEL PROCEDIMIENTO DEL CONCURSO HASTA LA SENTENCIA QUE PUEDE DECLARARLO O NO	39

B. SINOPSIS ILUSTRADA	44
IV DE LOS ÓRGANOS DEL CONCURSO MERCANTIL	45
A. VISITADORES, CONCILIADORES Y SÍNDICOS	45
V. NATURALEZA JURÍDICA Y ATRIBUCIONES DE LOS VISITADORES CONFORME A LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES	52
A. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS VISITADORES	52
B. FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL VISITADOR EN LOS CONCURSOS MERCANTILES	56
C. DE LA IMPUGNACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DEL VISITADOR	67
VI. DE LAS FORMAS DE INICIAR EL CONCURSO MERCANTIL, Y LA NECESIDAD DE LA VISITA EN CADA UNA DE ELLAS	70
A. DE LA ACTUACIÓN DEL VISITADOR EN LA DEMANDA DE DECLARACIÓN DE CONCURSO MERCANTIL PROMOVIDA CONTRA UN COMERCIANTE POR SU(S) ACREEDOR(ES) O POR EL MINISTERIO PÚBLICO	71
B. DE LA ACTUACIÓN DEL VISITADOR EN LA SOLICITUD PLANTEADA POR EL PROPIO COMERCIANTE PARA SER DECLARADO EN CONCURSO MERCANTIL	72
C. DE LA SOLICITUD DE CONCURSO MERCANTIL DEL MISMO COMERCIANTE CON PETICIÓN EXPRESA DE DECLARACIÓN DE QUIEBRA	90
VII. DE LOS HONORARIOS DEL VISITADOR.	95

ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DEL ARTÍCULO
24 DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES

CONCLUSIONES	104
PROPUESTAS	107
FUENTES DE CONSULTA	112

INTRODUCCIÓN

En San Lázaro, sede de la H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, el 26 de Abril de 2000, haciendo uso de la voz, el C. Diputado Ricardo Pedro Cortés, en representación del Grupo Parlamentario del Partido del Trabajo planteó lo siguiente: *"La nueva Ley de Concursos Mercantiles que sustituirá a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos no es un instrumento perfecto y contiene aspectos parciales que no satisfacen las exigencias derivadas de las formas complejas de contratación de créditos entre acreedores y deudores. Pero aun así es un avance importante en el saneamiento del viciado ambiente que envuelve el mundo de los negocios en México."*¹ Ese mismo día, después de la discusión parlamentaria, nace el cuerpo normativo, que rige al día de hoy los procedimientos concursales en este país.

Ahora, después de casi cuatro años del nacimiento de esta ley y de enfrentarnos a este tipo de procedimientos como litigantes, confirmamos su falta de aplicabilidad por las obscuridades y confusiones en su texto, la falta de conocimiento de los tribunales en esta materia, no obstante que se confinó para su conocimiento a los juzgados federales presumiendo un grado excelso de conocimientos jurídicos y un profesionalismo inalcanzable por los limitados tribunales del Fuero común.

¹ *Exposición de Motivos de la Ley de Concursos Mercantiles.* Discutido en la cámara de diputados el 26 de abril de 2000, www.cddhcdcu.gob.mx

La exposición de motivos de la ley a la que nos hemos avocado, establece lo siguiente:

El marco jurídico no puede permanecer al margen del avance de la sociedad. Para impulsar un crecimiento económico sano y sostenido, que ofrezca oportunidades de desarrollo a toda la población, una condición necesaria es la de contar con un marco jurídico apropiado que ofrezca certidumbre y confianza en la solución, de conflictos entre particulares, facilite la reasignación eficiente de los recursos productivos en la economía y contribuya a que la salida de empresas de los mercados afecte lo menos posible su entorno social y económico.²

De lo anterior podemos concluir que la intención de crear una nueva ley no era mala, sino por el contrario, se pretendió crear un marco jurídico que no permaneciera al margen del avance de la sociedad. Además, se pretendía que la nueva legislación ofreciera certidumbre y confianza en la solución de conflictos entre los particulares. Las intenciones fueron loables, el problema es que en la *praxis* no ha resultado como se esperaba, sino que por el contrario se creó un procedimiento elitista, porque desde el inicio es necesario desembolsar una importante cantidad de dinero si se quiere acceder a esta herramienta legal, y tortuoso para aquellos comerciantes que solicitan su propio concurso en un acto de buena fe para con sus acreedores de llegar a un acuerdo. La Ley de Concursos Mercantiles es una ley que lejos de brindar certidumbre y confianza en la solución de conflictos, sugiere incertidumbre y desconfianza por sus múltiples inconsistencias en su redacción, por las facultades otorgadas de forma desmesurada a los diferentes órganos de reciente creación y por muchas otras razones que se atenderán en esta investigación.

² *Ibidem.*

Sin embargo, no es posible realizar una crítica a un cuerpo normativo sin una intención propositiva, puesto que como ciudadano mexicano, la única intención de profundizar en la presente es la contribución a la mejora de la misma, realizando observaciones a los defectos que se han encontrado interviniendo como litigante en diversos procedimientos de concursos mercantiles.

El tema de este trabajo de investigación se centra en la figura del visitador por varias razones. En primer lugar, puesto que esta figura es totalmente novedosa y tiene intervención antes del inicio de los procedimientos concursales, puesto que el numeral 2 de la ley que nos ocupa establece que el concurso mercantil consta de dos etapas sucesivas, y en ninguna de las dos tiene injerencia el personaje al que nos hemos avocado. Sin embargo, no es posible acceder al concurso mercantil sin antes resolver la etapa prejudicial de la visita, e inclusive no es posible siquiera ejercer nuestro derecho de pedir la impartición de justicia, contenido en una garantía individual, sin antes haber asegurado los emolumentos del mismo. Es por eso que se ha considerado indispensable su estudio y análisis, puesto que aunque existen muchas cuestiones por aclarar en la redacción de esta ley referentes propiamente al procedimiento del concurso mercantil, considero de vital importancia tratar de dilucidar primero aquellos obstáculos anteriores al mismo.

Además quiero manifestar que la presente tesis y sus consideraciones se encuentran basadas en hechos reales acontecidos en procedimientos concursales que se encuentran

actualmente resolviéndose ante los tribunales federales competentes, por lo que aún no existen criterios jurisprudenciales que resuelvan los problemas a que me referiré en esta tesis.

El presente trabajo de tesis desarrollará una parte histórica, a través de la cual arribaré al tema concursal en su evolución, partiendo desde sus orígenes y finalizando con su antecesora directa, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Después viene una parte analítica y propositiva del tema que nos ocupa, en donde se analizarán algunas de las actuaciones de los visitadores, su naturaleza, sus honorarios entre otros temas. Por último, se establece un capítulo de conclusiones, la cual debe ser muy breve y concisa para no alejar al lector de la propuestas concretas que deriven del presente trabajo de tesis.

I.-ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONCURSO MERCANTIL

A. DERECHO ROMANO

No obstante que algunos doctrinistas no lo aceptan, el derecho en la antigua Roma comprendió algunas figuras en la ejecución de las obligaciones que más tarde fueron adoptadas por el derecho concursal, por lo que se puede afirmar que esta herramienta legal tiene sus primeros orígenes en el derecho romano.

Legis Actio Per Pignoris Capionem

La *legis actio per pignoris capionem* no era ejecutoria directamente sobre la persona del deudor, sino solamente sobre sus bienes; el problema es que no era necesaria una sentencia judicial. Sólo se sabe que eran pronunciadas algunas palabras sacramentales en el momento de tomar posesión de la cosa y que era llevada a cabo *extra ius*, esto es, no delante del pretor, de tal modo que algunos dudaban si podía o no considerarse como una verdadera y propia *legis actio*. Gayo se limita a decir que era concedida en casos determinados por las leyes o las costumbres, en orden a las relaciones públicas o religiosas; a los soldados, para su paga; a los caballeros, para la suma necesaria para adquirir el caballo y el forraje; contra quien hubiera comprado un animal para destinarlo a un sacrificio y no hubiera pagado el precio; contra quien no hubiera pagado el alquiler de un jumento, cuando esa suma estaba destinada por el acreedor a un sacrificio; a favor de los impuestos contra los

contribuyentes morosos. Este procedimiento, que es bastante antiguo, desapareció mas bien pronto.³

Según las inducciones de Vincenzo Arangio-Ruiz, derivadas de la analogía de este procedimiento con el dispuesto por el Tirano Hieron (*lex hieronica*) y mantenida en vigor por los romanos después de la conquista de Sicilia, el deudor se podía oponer iniciando un procedimiento declarativo para el desconocimiento de la deuda: si era vencido pagaba el doble, mientras que si el que perdía era el pretendido acreedor, su responsabilidad se elevaba al cuádruplo.⁴

Actio Per Manus Iniunctionem

La *Actio Per Manus Iniunctionem* era el procedimiento normal para ejecutar la sentencia condenatoria de una obligación. El actor llevaba al demandado ante el pretor, ante quien proclamaba que el deudor ya condenado no le había pagado la suma de dinero o la cosa debida, agregando que por tal razón "le ponía la mano encima". Solamente se aplicaba en los casos determinados por la ley y era necesario una solemnidad por parte del magistrado que declaraba que se llevaba a cabo la *manus iniectio*.⁵

³ Volterra, Eduardo, *Instituciones de Derecho Romano Privado*, Civitas, 1ª Ed. castellana, p. 231.

⁴ Arangio-Ruiz Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1986, traducción de la 10ª Ed. italiana p. 135.

⁵ "Quod tu mihi iudicatus (o damnatus) es tertium decem milium iudicati manum inicio" (supuesto que tu fuiste condenado a mi favor a pagar 10 mil sestercios y no lo has cumplido, realizo sobre ti la *manus iniectio* por 10 mil sestercios).

Quien sufre la ejecución no puede hablar, ni rechazar la *manus iniectio* (*depellere manum*) pero podía aparecer un tercero que respondiera por él (*vindex*), con lo cual el procedimiento se detiene. Si el deudor no "daba" o no aparecía este *vindex*, era llevado por el acreedor a su casa y era encadenado. Esta situación duraba 60 días, y si no existía ninguna solución de pago, el procedimiento desembocaba en que el deudor condenado debía responder con su propio cuerpo, en calidad de esclavo.⁶ El procedimiento aparece en la Ley de las XII Tablas;⁷ de manera específica la Tabla III incluía dicho procedimiento como a continuación transcribo:

LEY DE LAS XII TABLAS
TABLA III

1. El término según derecho para (pagar) la deuda reconocida y la impuesta por sentencia será de treinta días.
2. Inmediatamente después apréndasele. Llévasele ante el Magistrado.
3. Si no cumple lo juzgado o nadie sale en el acto garante por él ante el Magistrado, lléveselo consigo (el actor) y átelo con una correa o un grillete de, al menos, quince libras o, si quiere, de más.
4. Si (el así apresado) quisiere, viva a su propia costa. Si no lo hace, el que lo tenga preso déle una libra diaria de farro. Si quisiere, déle más.
5. Todavía se permitía practicar y, si no practicaban, se les mantenía encadenados sesenta días. Durante ese tiempo eran llevados al comicio, ante el pretor, en tres mercados consecutivos, pregonando la cantidad de dinero a la que habían sido condenados. Transcurridos los tres mercados, les daban

⁶Di Pietro Alfredo, *Derecho Romano Privado*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996, p. 53. Apud, Gayo, Instituciones de Gayo 4.21

⁷ Ambrosioni E. Carlos Y Co., *Lecciones de Derecho Romano*, Buenos Aires. Ed. Ábaco De Rodolfo Depalma p. 45 Esta Ley es una importante conquista de los plebeyos en la producción del derecho. El tribuno Caio Terentilio Arsa, en el año 461 a. C., propuso que se dictara un código conforme al cual los cónsules decidieran los pleitos entre los plebeyos. Sin embargo, sólo en el año 453 a. C. el senado se avino a una transición. Los plebeyos renunciaban a que se dictara un código propio y especial para ellos; por su parte, el senado apoyaba el dictado de un código común a patricios y plebeyos. Para esto se formó una comisión de tres miembros que se envió al extranjero, a Grecia, a estudiar la legislación de otros países. Vuelta la comisión a Roma, se suspendieron las magistraturas ordinarias y se creó una extraordinaria, llamada decenvirato, constituida por diez miembros patricios, quienes redactaron diez tablas, no completando su tarea. Se designó un nuevo decenvirato, en el año 451 a. C. Por intermedio de la Ley Canuleia. Nació así la Ley de las XII Tablas. El segundo decenvirato quiso perpetuarse en el poder y fue depuesto violentamente, restableciéndose en el año 449 a.C. las magistraturas ordinarias.

muerte o los ponían a la venta al otro lado del Tiber fuera de la ciudad.

6. Después del tercer mercado córtesele en pedazos. Si cortaren de más o de menos, no se considerará fraude.⁸

Esta última solución fue un enigma hasta para los mismos romanos de la época de Aulo Gellio, para quien tomando la expresión literal del texto legal lo consideraba repugnante, estableciendo que no se recuerda ningún caso en que hubiera sucedido así. Se han dado varias explicaciones. Así, que se trataba de una intimidación legal para que se pagaran las deudas, con lo cual no se explica qué pasaba si no obstante el deudor no pagaba⁹.

Esta disposición de ejecución sobre la persona del deudor fue eliminada por la *Lex Poetilia Papiria* del año 326 a.C. como analizaré en el siguiente capítulo. Sin embargo en el capítulo 61 de la *Lex Coloniae Genetivae Iuliae*, del año 44 a.C., existe la posibilidad de llevar consigo al deudor, aunque no la de venderlo o matarlo. Según algunos autores, con el paso del tiempo el acreedor habría tenido sólo la posibilidad de obligar al deudor prisionero a trabajar para él sin retribución, hasta que quedara satisfecho su crédito¹⁰.

⁸ Rascón García César Y González José María, *Ley de las XII Tablas*. Traducción y observaciones de España, Editorial Tecnos, S.A., 1993. p. 38.

⁹ Di Pietro Alfredo *Op. Cit.* p. 54. hay que pensar que el verbo *secare*, mas que en su sentido primero ("cortar"), hay que leerlo como "dividir", de tal modo que la división no es física sino una atribución jurídica como esclavo por parte de los acreedores, que pasarían a ser sus *domini*. Siendo así se explicaría la frase final sobre la no consideración de fraude ante una atribución proporcional incorrecta, como dando a entender que la situación debía quedar concluida, sin poderse alegar más situaciones problemáticas.

¹⁰ Volterra Eduardo, *Op. Cit.* p. 230.

El *Nexum*

Para atenuar el procedimiento inflexible de la *manus iniectio*, se permitió que por medio del *nexum*, el deudor contratase voluntariamente con su acreedor y se entregase personalmente en garantía de la deuda, o constituyese como rehenes a uno o varios miembros de su familia¹¹.

El *nexum* es el negocio más antiguo para obligarse que se conoció en Roma. Se trataba de un negocio *per aes et libram*, igual que la *mancipatio* pero con matices diferentes como la solemnidad, puesto que se trataba de un rito de adquisición de *potestas* sobre una cosa o una persona, que operaba con efectos obligacionales.

Era una autoemancipación que el deudor hacía de su persona, en garantía de que iba a pagar su obligación. Con lo que se demuestra el vigor y la solemnidad del lazo vinculante de obligarse en la Roma antigua.

Esta autoemancipación estaba ligada directamente con la vía ejecutiva de la *manus iniectio*, que como abordé en el tema anterior significaba la reducción a la esclavitud del deudor en el caso de que no satisficiera al acreedor en el pago de lo debido¹².

El modo de formación del *nexum* era la siguiente: debían concurrir las partes, cinco testigos por lo menos y el *libripens*; el mismo material porque requiere también el empleo

¹¹ Cervantes Ahumada Raúl, *Derecho de Quiebras*, Herrero, 1990, 3ª Ed., México, p. 20.

¹² Cfr. Di Pietro Alfredo *Op. Cit.* p. 181

de la balanza y un trozo de metal; en el mismo acto concreto, ya que debía pesarse el metal en la balanza; sin embargo ésta pesada, que en un principio fue real, terminó por ser ficticia, en razón de la Ley de la XII Tablas, convirtiendo al *nexum* entendido como el contrato de préstamo, en una formula general para contratar, y autorizaba al acreedor para usar contra el deudor, una vez vencida la deuda, el ejercicio de la *actio per manus iniectioem* ya analizada.¹³

Lex Poetelia Papiria

Esta ley abolió la prisión por deudas, así como la venta y muerte del *iudicatis*.¹⁴ El *nexum* representa en el derecho quirritario la más repugnante a la igualdad que debía existir entre los miembros de una misma comunidad, pues en definitiva eran solo los plebeyos los que soportaban su rigor.

Roma en sus primeros siglos estuvo llena de luchas suscitadas por las deudas entre los plebeyos y los patricios, y por los excesos cometidos por los acreedores sobre los deudores *nexi*. Esos abusos y excesos provocaron una medida legislativa. Hacia el año 428 de Roma (326 a.C.), esta ley intervino a favor de los *nexi*; declaró libres a los ciudadanos que eran *nexi* en el momento de su promulgación; prohibió encadenar en lo sucesivo a los deudores, y decidió que no podrían ya comprometer a sus personas en provecho del acreedor, sino

¹³ Carames Ferro José, *Curso de Derecho Romano*, 10ª Ed., Buenos Aires, p. 198.

¹⁴ Iglesias Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones.*, 11ª Ed., Barcelona. Ariel Derecho, 1993. p. 195.

solamente sus bienes. Despojada de sus principales efectos, la formalidad del *nexum* cayó poco a poco en desuso.¹⁵

La historia narrada por Tito Livio relata cómo el pueblo romano obtuvo una libertad nueva al liberarse de la prisión por deudas. El maestro Cervantes Ahumada no puede dejar de transcribir en su obra dicha historia, la cual transcribo en el presente trabajo:

*En este año, el pueblo romano recibió en cierta manera una libertad nueva con la abolición de la servidumbre por deudas; este cambio en el derecho se debió a la infame pasión y tremenda crueldad de un usurero llamado L. Papirio. Éste retenía en su casa a C. Publilio que se había entregado para rescatar las deudas de su padre. La edad y belleza del joven, que debía excitar su compasión, sólo sirvieron para inflamar su inclinación al vicio y al libertinaje más odioso. Considerando aquella flor de juventud como aumento de su crédito, trató primeramente de seducirle con obscenas palabras; y después, como Publilio, despreciándole no daba oído a sus impúdicas palabras, trató de asustarle con amenazas, poniéndole constantemente delante de sus ojos su espantosa miseria; al fin, viendo que piensa más en su condición de hombre libre que en su situación presente, le hace desnudar y azotar con varas. Lacerado el joven por los golpes consigue escapar por la ciudad, que llena con sus quejas contra la infamia y crueldad del usurero; la multitud, que se había engrosado compadecida por su juventud, indignada por el ultraje, animada también por la consideración de que le aguarda, tanto a ella como a sus hijos, marcha al foro y desde allí se dirige precipitadamente hacia la Curia. Obligados los cónsules por aquel tumulto imprevisto, habiendo convocado al Senado, a medida que los Senadores entraban, el pueblo se arrojaba a sus pies, mostrándoles el lacerado cuerpo del joven. Por el atentado y violencia de un solo hombre, aquel día quedó roto uno de los lazos más fuertes de la fe pública. Los cónsules recibieron órdenes de proponer al pueblo que en adelante ningún ciudadano podría, sino por pena merecida y esperando el suplicio, quedar sujeto con cadenas o grillos; de la deuda deberían responder los bienes y no el cuerpo del deudor. Por esta razón pusieron en libertad a todos los detenidos por deudas y se tomaron disposiciones para que en adelante ningún deudor pudiese ser reducido a prisión.*¹⁶

¹⁵ Petit Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, España, 9ª Ed., Nacional. p. 320.

¹⁶ Cervantes Ahumada Raúl.- Op. Cit. p. 21.

Entonces el sistema de la ejecución sobre la persona del deudor fue suprimido, a consecuencia de una victoria de los pobres sobre los ricos, y eliminando el encarcelamiento privado *corpus obnoxium* por las deudas civiles, dejándolo subsistente, sólo para cuestiones surgidas a consecuencia de delitos privados.¹⁷ Desde entonces, en general, el deudor de un préstamo respondía con sus bienes *bona debitoris*, pero ya no con su libertad o con su vida.¹⁸

Cesio Bonorum

Cuando el deudor se encontraba en una situación de insolvencia, podía ofrecer a sus acreedores los bienes que le restaban, para que los acreedores a través de la *missio in bona* y la *bonorum venditio* (que analizaré en los siguientes dos temas) pudiesen cobrar sus créditos por la venta de dichos bienes. Los acreedores debían aceptar esta solución cuando el deudor la solicitaba del magistrado (*beneficium cessionis ex lege Iulia*), y se excluía así toda posibilidad de ejecución personal.¹⁹

La exclusión de la nota infamante (*proscriptio*) propia de la insolvencia forzosa, y de la salvaje ejecución personal de la *manus iniectio* fue posible desde mediados del siglo I a. C. mediante el juramento *in iure* (ante el magistrado) del mismo deudor en el que éste reconocía su insolvencia, sin embargo este beneficio no era extensible a los deudores que se habían hecho insolventes por su propia culpa. Se atenuaba el rigor con

¹⁷ Ejecución personal.

¹⁸ Ejecución al patrimonio.

¹⁹ D'ors Alvaro, *Derecho Romano Privado*, 5ª Ed., Ediciones Universidad Navarra, Pamplona 1983, p. 164.

que se trataba a los deudores por su declaración del estado de insolvencia al magistrado, y no era posible que lo solicitara cualquier *deudor decotor* (aquel que ocultaba su insolvencia).

Missio In Bona

(También llamado *missio in possessionem rei servandae causa*)

Esta institución se define como la entrega de la posesión de bienes concretos ordenada por el pretor en beneficio de una persona a costa de otra.²⁰

Las primeras manifestaciones de ejecución en el patrimonio del deudor se tienen en el derecho pretorio, a través de la *missio in bona*, o entrada de los bienes por y a solicitud del acreedor favorecido en sentencia.²¹

En este procedimiento el pretor ordenaba ante el pedido del acreedor, el embargo del patrimonio del deudor. El acreedor es puesto en posesión de los bienes del deudor, al solo efecto de retener, conservar y administrar el patrimonio (*rei servandae causa*). Esta *missio in bona* era dada por un decreto pudiéndose pedir al magistrado un *curator bonorum*.

El procedimiento a seguir en este embargo de bienes era el siguiente:

- 1) En principio, cuando uno de los acreedores pide la *missio in bona*, se le otorga a él, pero también tienen acceso los otros acreedores, siempre permitiéndolo el magistrado (Paulo, D.42.5.16) igualmente un *vir consularis* a una *femina consularis* (Ulp. D.1.9.1.); también los hijos respecto a los parientes más alejados (Ulp. D.50.16.56.1).

²⁰ Gutiérrez-Alviz Y A. Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, 3ª Ed. REUS, Madrid, 1982. p. 466.

²¹ Iglesias Juan. Op. Cit. p. 196.

- 2) El favorecido con la *missio in bona* deberá dar publicidad de lo ocurrido mediante avisos públicos, durante 30 días si el deudor está vivo, y 15 días si ha fallecido (Gayo, 3.79). Con ello se facilita el conocimiento de los demás acreedores que se quieran presentar al concurso, y también para que se presente alguien que quiera pagar por el deudor evitándole la tacha de infamia. Por ello se explica que se conceda un plazo mayor respecto del deudor vivo que de uno fallecido, "para que no se vendan expuestos tan fácilmente a sufrir la venta de sus bienes" (Gayo, 3.79).²²

En caso de ser varios los acreedores podían sumarse todos a la posesión de los bienes y esta figura se llamaba la *missio in rem*.

Transcurridos los plazos de quince o treinta días, respectivamente, se nombraba un *magister bonorum*, que era uno de los acreedores concursados, y a quien se confería el encargo de vender los bienes, se realizaba la *bonorum venditio* que analizaré en el siguiente tema.

Bonorum Venditio

Es la venta en bloque de los bienes de un deudor insolvente en beneficio de sus acreedores. Al adquirente del patrimonio se le llamaba *bonorum emptor*.

Esta venta podía tener lugar, bien viviendo el deudor, o bien después de su muerte. Se hacía durante su vida: si estando demandado se sustraía a la persecución sin dejar un representante; si había dejado sus bienes a sus acreedores, como le autorizaba una *Ley julia*; si no pagaba su deuda después de haber sido condenado por una sentencia del juez (*judicatus*) o después de haberla reconocido delante del magistrado

²² Di Pietro, Alfredo. Op. Cit. p. 70

(*confessus in iure*). Tenía lugar después de su muerte cuando no dejaba heredero alguno, ni civil ni pretoriano.

Este modo de transmisión *per universitatem* fue introducido por el pretor P. Rutilio en la primera mitad del siglo VII de Roma.²³

La ejecución patrimonial no era en beneficio solamente de uno solo de los acreedores, cuando existían mas, sino que eran más bien concursales.²⁴ El fin primordial siempre era el de satisfacer en lo posible a todos los acreedores, aunque no siempre alcanzaba la masa para liquidar a todos, por lo que se prevenía que algunos créditos quedaran insolutos.

Los titulares de las prendas e hipotecas excluían de las ventas en general los objetos materia de las mismas y con estos se satisfacían sus propios créditos. El fisco tenía un privilegio similar para cubrir los adeudos de los contribuyentes insolventes.

Alvaro D'ors establece lo siguiente de esta venta en masa del patrimonio deudor:

Como la insolvencia es compatible con la existencia de bienes, aunque no sean inmediatamente liquidables, solía especularse con enorme lucro en las compras de los patrimonios concursados, que se liquidaban después sin prisas, en buenas condiciones. De la masa concursal hay que separar, no sólo los bienes ajenos al deudor, sino también los suyos afectados en garantía real. Por otro lado puede haber acreedores privilegiados, que deben cobrar sus créditos enteros en tanto alcancen los bienes. Este privilegio crediticio se da ante todo al Fisco, pero también a otros créditos privilegiados como son los de las ciudades (*res*

²³ Petit Eugenio, *Op. Cit.* p. 608.

²⁴ D. 42.1.61 D'ors Alvaro, *El Digesto de Justiniano*, Tomo III. Versión castellana, Pamplona 1975, ARANZADI. p. 349. "Sin embargo en esta acción ejecutiva no se debía tener preferencia a aquel a cuyo favor el deudor fue condenado antes"

publicae), lo de gastos de entierro, el de restitución de la dote, el del incapaz contra su tutor o curador, el del que dio dinero para reparar un edificio (acreedor refaccionario), etc.; sobre hipotecas privadas, eventualmente, se deben separar masas patrimoniales, ej., el peculio, que responde de las deudas del hijo; sobre las *separationes bonorum* hereditarias, el magistrado podía autorizar que la casa del deudor fuera sellada.²⁵

Así la *bona* del deudor concursado se atribuía al mejor licitador.

El *bonorum emptor* (o mejor licitador) se convierte por derecho pretorio en propietario de los bienes, y para poder reclamar la posesión efectiva de los de estos existía un interdicto (llamado *quod quidam possessorium vocant*) para que pudiera subrogarse en las acciones compradas a favor del deudor concursado.²⁶

Al momento del reclamo de los créditos en contra del deudor, este *bonorum emptor* debía introducir en la *condemnatio* de la fórmula, si lo exigía el demandado, el hecho de que el juez compensara las deudas pendientes o recíprocas entre las partes.²⁷

Cuando el deudor ocultaba su insolvencia y no se adelantaba a hacer la *cesio bonorum*, su situación quedaba agravada por su dolo, y la ejecución se hacía forzosa. El decreto de la *missio in bona* se publicaba en forma infamante, se procedía rápidamente esta *venditio bonorum*, y en este caso el deudor no

²⁵ D'ors, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, p. 165.

²⁶ En la cita de Cicerón (pro Caec. 19, 56. citado por el maestro Alvaro D'ors en su obra *Derecho Privado Romano* ya citado) establece que el *Ius Civile* se funda en la autoridad de la Jurisprudencia que era *auctoritas* de los *praetores*.

²⁷ La estructura general de las fórmulas es la de una instrucción de condenar al demandado si el juez comprueba que se da un determinado supuesto, y de absolver en caso contrario. La cláusula por la que se manda condenar es la *condemnatio*.

quedaba defendido respecto a sus deudas residuales por el beneficio de la competencia, y los acreedores podían volver a solicitar la venta de todos los nuevos bienes que adquiriría el deudor.

El *Digesto de Justiniano* establece la existencia de una acción *Pauliana* que a la letra decía:

...veamos en general cuándo entran los frutos en la acción personal.....(4) se deben restituir los frutos en la acción *Pauliana*, por la que se revoca lo enajenado en fraude de acreedores, pues el pretor interviene para que todo quede como si nada se hubiese enajenado, lo que no es injusto pues la palabra "restituirás" que el pretor usa en este edicto tiene un sentido lo bastante amplio para comprender la restitución de frutos.²⁸

Así pues, si la *venditio bonorum* no satisfacía todos los créditos de los acreedores, éstos podían ejercitar a través de un *curator* el interdicto llamado *interditum frautorium* por medio del cual exigían que se les restituyera esos bienes que se habían enajenado cuando el deudor ya lo era de aquellos que habían resultado perjudicados por su insolvencia; debían restituirlos quienes podían hacerlo habiendo conocido la previsión del fraude por parte del deudor, pero incluso los adquirientes sin previsión del fraude, mediante el mismo interdicto como "útil", cuando el magistrado lo consideraba justo, como por ejemplo, por haber aquellos adquirido a causa lucrativa.²⁹

²⁸ D. 22,1.38.4

²⁹ D'ors Alvaro, *Derecho privado Romano*, p. 122.

Distractio Bonorum

Era la venta de bienes singulares, uno a uno, del deudor para satisfacer a los acreedores; a diferencia de la *venditio bonorum*, no se vendía en bloque el patrimonio del deudor, sino que el pretor nombra un *curator bonorum* que proceda a la venta de los distintos objetos separadamente.

Sólo era permitido en consideración a algunos deudores, como lo eran los incapaces sin tutor, o curador, que heredan bienes del deudor concursado, y como las personas de familia senatorial, e inclusive por acuerdo de los acreedores.

El embargo ejecutivo no tenía que ser necesariamente sobre todo el patrimonio, sino que puede ser sobre bienes particulares³⁰ (*pignus ex iudicati causa captum*)³¹.

B. EDAD MEDIA Y MODERNA

Derecho germánico

El Derecho germánico ejerce una influencia en los ordenamientos legales especialmente en cuanto que aportó definitivamente el concepto patrimonial de la obligación, en relación con el cual se concibió la ejecución para satisfacción directa del acreedor.

³⁰ D'Ors Alvaro.-Derecho privado Romano.- Op. Cit. P. 128.

³¹ Petit Eugène. Op. Cit. p. 646. Según parece, este procedimiento debió ser empleado por el magistrado para asegurar el efecto de sus decisiones, cuando era él quien juzgaba *extra ordinem*. Un rescripto de Antonio el Piadoso le generalizó permitiendo, además, usarlo para la ejecución de las sentencias dadas por el juez. El acreedor puede estar autorizado por el magistrado a quedarse con los muebles a título de prenda, y siendo estos insuficientes, también podía hacerlo con los inmuebles del deudor. Al cabo de dos meses de hecho esto, si el deudor no era ejecutado, se vendía la prenda y el acreedor se cobraba sobre el precio, dando el sobrante al deudor. Este procedimiento seguramente que no tenía más que aplicaciones limitadas; pero se ignora en qué casos era empleado, preferentemente a la *bonorum venditio*.

También es propio del derecho germano la intervención de órganos públicos y de tribunales especiales en los casos de quiebra, así como *datio in solutum* (*dación en pago*), tanto voluntaria como *per iudicem*³².

Siglos XIII Y XIV. Comunas italianas

Italia es considerado la cuna de la quiebra. En sus estatutos se establecieron las reglas de la quiebra profundamente acotadas; incluso ha sido tal la influencia italiana de este siglo que los tratadistas siguen afirmando que las legislaciones hoy vigentes han sido heredadas de las aportaciones del derecho estatutario italiano a la teoría de la quiebra.

Sin embargo a pesar de su evolución se podía seguir observando las características de crueldad y persecución al deudor.

En esta época el comerciante que dejaba de pagar sus créditos era considerado en quiebra y es aquí donde se incorporan dos conceptos importantes, el de la quiebra virtual o económica, en la que los intereses o las personas que no tuvieran ningún interés, podían presentarse ante la autoridad basados en rumores de insolvencia y pedir la detención del deudor, sin ninguna intervención judicial. También de gran importancia para el derecho de quiebras actual, resultó la sindicatura, para el inventario, administración y repartición de los bienes.

³²Rodriguez Y Rodriguez Joaquin, *Derecho Mercantil*, Segundo Tomo, Porrúa, 19ª Ed. p. 290.

En el siglo XIII, en Venecia, se fundó una oficina llamada *Sopraconsoli* cuya función era la de apoderarse de los bienes del deudor y adjudicarlos en beneficio de los acreedores. Esto dio origen a la *Sindicatura Oficial*.³³

C. CORTES CATALANAS

En el año 1229 aparece la Ley IV de Alfonso X *El Sabio* en donde además de instaurar la expresión de *quiebra* crea un proceso que permitía al deudor liberarse de sus deudas cediendo sus bienes y así pagar a sus acreedores. Por otro lado, adoptan el principio romano que englobaba la *acción pauliana* revocando las enajenaciones hechas en fraude de acreedores. En las cortes catalanas se utiliza por primera vez la palabra *bancarrota* que significaba la quiebra de aquellos que fungían como agentes de cambio de monedas, y los cuales al incumplir sus obligaciones, eran encarcelados y solamente se les alimentaba a pan y agua hasta que se pagaran sus deudas, y toda vez que éstos laboraban físicamente en una *banca*, la cual se rompía públicamente. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto es que se adoptó el nombre de *bancarrota*; con esto se demostraba la deshonra y la imposibilidad de volver a ejercer su oficio.

D. LA OBRA DE FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA

La obra de Francisco Salgado de Somoza es considerada la primera y más completa obra sobre quiebras hasta finales del

³³ Acosta Romero Miguel, y Romero Miranda Tania, *Manual De Concursos Mercantiles Y Quiebras* Porrúa, p. 20.

siglo XIX. La obra está dividida en cuatro partes. En la primera se trata la declaración de concurso; en la segunda, las características especiales del juicio de concurso y la situación de algunos acreedores; en la tercera se considera la enajenación de bienes y el sindico, y en la cuarta se comprenden cuestiones diversas sobre cesión de bienes, créditos del fisco, créditos hipotecarios y otros temas diversos.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez afirma que antes de esta obra no existía otra sistemática sobre el concurso, que la literatura alemana concursal parte de esta obra, que el sistema español de quiebras ejerció una influencia decisiva en toda Europa durante más de dos siglos y que el mismo sistema español también fue expuesto por Salgado quien concibe claramente el concurso como juicio universal y atractivo, que el mismo autor inventó y difundió las palabras *concurso* y *deudor común*.³⁴ Por lo tanto resulta de gran importancia esta obra.

E. LAS ORDENANZAS DE BILBAO

Las Ordenanzas de Bilbao establecen tres clases de quiebra: una para los atrasados que tengan suficientes bienes para hacer frente a sus obligaciones, pero que por accidente no pueden hacerlo puntualmente. A esta clase se les guardaba el honor de su crédito, buena opinión y buena fama. La segunda clase consistía en la de aquellos que por situaciones infortunadas quedaran imposibilitados, sin que mediara su culpa, a hacer frente a sus obligaciones. Y por último la tercera clase que pertenecía a la de los fraudulentos, los cuales merecían los

³⁴ Rodríguez y Rodríguez, Op. Cit p. 293

adjetivos de ladrones públicos, infames, robadores de hacienda ajena.

En este ordenamiento se regulan los efectos de la quiebra con relación a la persona del quebrado, sobre los pagos efectuados y por efectuar, sobre la responsabilidad penal, sobre las diversas relaciones jurídicas, así como los problemas relativos a la separación en la quiebra y la revocación en los actos en fraude de acreedores.³⁵

Las Ordenanzas de Bilbao también hablan de los reconocimientos de créditos y de los convenios a realizarse entre las partes así como del inventario de bienes.

F. CÓDIGO DE COMERCIO FRANCÉS DE 1808

El Código Napoleónico establecía como delito la bancarrota. Era un ordenamiento sumamente rígido en contra del quebrado. Su normatividad tenía como cuerpo el procedimiento de liquidación sobre los bienes de los deudores, previa declaración, y si dentro de los tres días posteriores a la cesación de pagos no era saldado el crédito se declaraba el delito de bancarrota.

Es un sistema de quiebras aplicado únicamente a los comerciantes con miras a realizar convenios entre el quebrado y sus acreedores, y en caso contrario a liquidar los bienes del primero.

³⁵ *Idem.*

G. ANTECEDENTES EN MÉXICO

La evolución histórica que desembocó en la Ley de Concursos Mercantiles, básicamente se finca en ordenamientos mercantiles y en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, abrogada por la actual Ley de Concursos Mercantiles.

Ley sobre bancarrotas

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1853, la Ley sobre bancarrotas establecía la obligatoriedad de tener la condición de comerciante para poder ser declarado en estado de quiebra.

Este ordenamiento se enfocó principalmente al proceso de quiebra, estableciendo la obligación del comerciante de manifestar ante el juez la cesación de pagos a más tardar en los tres días siguientes a este hecho para que acto seguido el juez declarara la quiebra.

A diferencia de la legislación actual, este ordenamiento establecía la competencia del fuero común para conocer estos juicios.

Esta ley protegía principalmente a los acreedores dejando al deudor en estado de indefensión pues por lo general declaraba la quiebra de forma culposa, sin dejar mucha alternativa para el deudor de poder sacar adelante su empresa.

Código de Comercio de 1854

Este ordenamiento legal abrogó la Ley de bancarrotas de 1853. Sin embargo, sus dispositivos en esta materia fueron una copia del ordenamiento abrogado. Por su inserción de la materia de la quiebra en un Código de Comercio se acotó el carácter mercantil de la misma.

Una novedad en esta ley es la descripción que realiza de la clasificación de los créditos siendo mucho más concretos que la ley de 1853 abrogada.

Código de Comercio de 1884

El Código de Comercio de 1884 tuvo como principal característica una protección a los acreedores que se encontraran en el territorio nacional pues en su artículo 1476 establecía que la declaración de quiebra en el extranjero no era válida frente a acreedores en el territorio mexicano.

A su vez estableció una graduación de créditos que respondía a cinco tipos de acreedores, comenzando por acreedores de dominio, con privilegio general, con privilegio especial, hipotecarios y por último simples o comunes.

Código de Comercio de 1889

Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de septiembre de 1889, tiene vigencia hasta nuestros días, sin embargo ya no regula lo referente a la materia concursal; es

antecesor inmediato de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Este ordenamiento no contemplaba la oportunidad de una suspensión de pagos, faltando una óptica de la conservación de la empresa, y culpando al comerciante por su estado, teniendo como consecuencia una responsabilidad directa. Fue desincorporada de este ordenamiento la materia de la quiebra en 1943.

La Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos de 1943

La Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos consideraba a la quiebra como un asunto de interés social y público, sustentado en la corriente española fundada en la obra de Salgado de Somoza.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, quien fue precursor de esta ley, menciona que está fundada en el principio de que la empresa representa un valor objetivo de organización, en cuyo mantenimiento están interesados tanto el titular como su personal.³⁶

Esta ley establecía dos procedimientos diferentes de los comerciantes: uno era el beneficio de la suspensión de pagos lo que significaba una cesación en el pago de las obligaciones de los comerciantes hacia sus acreedores, bajo la consigna de una recuperación para poder salvar las fuentes de riqueza y de

³⁶ Rodríguez Y Rodríguez Joaquín, *Op. cit.* p. 296

empleos, y el segundo el estado de quiebra cuyo fin era darle finiquito de una manera legal al ente económico.³⁷

Este ordenamiento fue rebasado por la realidad. La inmersión mexicana en la globalización requirió que esta ley dejara de tener vigor. Fue tan criticada que inclusive Raúl Cervantes Ahumada estableció que "es la peor ley que se haya promulgado jamás en la historia del derecho mexicano y en derecho comparado es ejemplo único de desacato a la ciencia del derecho"³⁸. Por su parte, Carlos Dávalos Mejía señaló que "el mayor error de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos es estar diseñado y dirigida a un pueblo que no existe, cuando menos no en nuestro país; es una Ley que se creó a partir de un esquema dogmático perfecto, pero los dogmas nada tienen que hacer con la realidad de la vida diaria, y mucho menos en la realidad del comercio."³⁹ En fin, la doctrina en general la consideró en su momento como un ordenamiento inepto para su deambular judicial. Respetuosamente, se difiere de dicha opinión.

Se considera que la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos preparada por la Comisión de Legislación y Revisión de Leyes asesorada por el jurista español Joaquín Rodríguez y Rodríguez fue un gran esfuerzo y dio un paso enorme para legislar lo relativo a la insolvencia de las empresas. Claro, como toda obra humana, la Ley de Quiebras era perfectible, y como cualquier trabajo con más de cinco décadas auestas, era también indispensable su actualización.

³⁷ A diferencia de la Ley de Concursos Mercantiles que establece un solo procedimiento concursal con dos etapas diferentes: el concurso mercantil y la quiebra.

³⁸ Citado por Acosta Romero Miguel, *Manual de Concursos Mercantiles y Quiebras*. Op. Cit. p. 35

³⁹ *Idem*.

El gran problema de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos fue el poco estudio de la misma por parte de jueces y litigantes. Esto se puede apreciar claramente por el hecho de que los procedimientos regidos por dicha ley no presentaban avances por dos grandes y sencillas razones: la primera, que no era posible celebrar las Juntas de Acreedores porque nadie publicaba los edictos; la segunda, porque ante la multiplicidad de acreedores cada resolución tardaba meses en notificarse, lo que provocaba que cada año se dictaran únicamente tres o cuatro acuerdos. Ambas contrariedades, a juicio personal, resultaban superables en la práctica, y de fácil corrección mediante reformas legales.

El primer problema, se podía superar en la práctica por cualquier acreedor si éste solicitaba autorización para realizar la publicación de edictos, cuyo gasto resultaba ser un crédito contra la masa (artículo 270-II, de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos). Mediante una reforma a la ley, el obstáculo se podía eliminar obligando a quienes solicitaran la quiebra o la suspensión de pagos a sufragar el gasto de los edictos, bajo pena de perder algún beneficio, así como eliminando la obligación de realizar las publicaciones en el Diario Oficial de la Federación, medio caro y poco leído.

El segundo inconveniente, el de la lentitud de las notificaciones, se podía resolver en la práctica simplemente auxiliando a los notificadores a llevar a cabo su pesada tarea, mediante una reforma legal, modificando el artículo 27 de la ley, para efectos de que ninguna notificación fuera personal, salvo las contadas excepciones que ahí se establecieran.

El legislador optó por abrogar, en lugar de reformar, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, y aprobar la Ley de Concursos Mercantiles, ordenamiento que suprimió múltiples beneficios para los deudores que les concedía la ley abrogada, pero que también restringió el acceso a este tipo de procedimientos a comerciantes que, por lo menos, deben estar dispuestos a invertir de inicio un monto equivalente a mil quinientos días de salario mínimo para garantizar los honorarios del visitador. Esto provocó que en los primeros años de vigencia de la nueva ley, se iniciaran únicamente algunas pocas decenas de procedimientos, y que el recién creado Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles tuviera muy poco trabajo. Cabe señalar que aunque el número de procedimientos va en aumento, hoy en día los asuntos vigentes no llegan a un centenar, según la *pizarra de concursos mercantiles* que publica el instituto citado.⁴⁰

⁴⁰ Consultable en la página web del IFECOM: www.ifecom.cjf.gob.mx

II. LOS PRINCIPIOS ORDENADORES DEL DERECHO CONCURSAL

Los principios ordenadores del derecho concursal, en su mayoría son los mismos que Raúl Cervantes Ahumada establecía en su obra *Derecho de Quiebras*⁴¹, refiriéndose a la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, sin embargo permanecen vigentes en su mayoría para la Ley de Concursos Mercantiles.

A. EL INTERES PÚBLICO

Los procedimientos concursales no solamente son de interés para los acreedores, sino que satisfacen intereses también del propio concursado o quebrado y de la sociedad en general, pues la conservación de las fuentes de trabajo es de su interés, por lo que el Estado mismo vigila e interviene en estos procedimientos a través de auxiliares de la administración de justicia, de juzgadores y del Ministerio Público para poder llevar a cabo los procedimientos a que esta tesis se refiere. Así que la misma ley tutela a este principio en el artículo primero en su primer párrafo como a continuación transcribo a la letra:

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

Es de *interés público* conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios.⁴²

⁴¹ Cervantes Ahumada Raúl, *Derecho de Quiebras*, México, Editorial Herrero, 3ª Ed. 1981 pp. 29-32.

⁴² Artículo 1º de la Ley de Concursos Mercantiles.

En los mismos términos aparece la Exposición de Motivos de la ya mencionada ley en vigor, de la cual transcribo un fragmento:

Así, la situación de una empresa que enfrenta problemas económicos o financieros que amenacen su supervivencia se constituye en un *objeto de interés público*, el cual requiere una participación congruente con la realidad económica, apoyándose en las instituciones para la impartición de Justicia y, por otra parte, en la experiencia y conocimientos que agentes independientes puedan aportar a este tipo de procesos.⁴³

B. LA ORGANIZACIÓN COLECTIVA DE ACREEDORES

Los procedimientos concursales pretenden agrupar a los acreedores en igualdad de circunstancias.

La concurrencia de acreedores es palpable en lo consagrado por el artículo 10 de la Ley de Concursos Mercantiles, al establecer que el incumplimiento generalizado de pago debe ser a más de un acreedor, evitando así que existan procedimientos concursales que contemplen a un solo acreedor, puesto que siguiendo el principio de economía procesal no se justificaría un procedimiento tan complejo si solo fuese un acreedor singular.

C. LA IGUALDAD DE TRATO PARA LOS ACREEDORES

Como establece Carlos Felipe Dávalos Mejía en su obra *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras*, la naturaleza del Concurso Mercantil es eminentemente judicial, atractiva y concursal, porque éste debe ser declarado por un juez, porque

⁴³ *Supra*. Introducción.

es acumulativo de otros juicios en curso y porque deben de concurrir todos los acreedores sin excepción alguna.⁴⁴

La antigua Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos establecía en su artículo 297 primer párrafo, el requisito de que los convenios entre los acreedores y el deudor se debían acordar en una junta de Acreedores, y en su artículo 304 consagraba que cualquier proposición de convenio, para poder ser admitida y aprobada, debía mantener la más "absoluta igualdad en el trato de los acreedores".

En la Ley de Concursos Mercantiles, la igualdad de trato para los acreedores se materializó mediante la inclusión de una nueva figura llamada "conciliador" con el propósito de ser una especie de "amigable componedor" entre el deudor y los acreedores con el propósito de llegar a un acuerdo entre las partes, cumpliendo con la igualdad de trato que plantea este principio ordenador.

La obligación principal de la figura mencionada en el párrafo anterior es la de realizar una valoración de la factibilidad del ente económico de rehabilitarse, procurando un convenio entre las partes, y en caso de resultar imposible convenir, ya sea por la poca o nula disposición de las partes, deberá pedirle al juez que se termine la etapa de conciliación. Dentro de la etapa de "reconocimiento de créditos", el conciliador debe presentarle al juez una lista provisional de los créditos a que el comerciante está obligado en un orden de cuantía, de grado y prelación de dichos créditos; y

⁴⁴ Dávalos Mejía Carlos Felipe, *Titulos y contratos de crédito*. Quiebras, tomo III, ED. Harla pp. 113-114.

posteriormente éste debe realizar una lista definitiva, la cual se presentará ante el juez.

Durante esta etapa se procura resguardar la igualdad de trato para los acreedores, ya que los pactos particulares podrían ser una fuente de tentación para romper con este principio, pues el comerciante deudor pudiese hacer diferencias entre acreedores derivado de su situación, favoreciendo a alguno o varios acreedores y desfavoreciendo a otros, y los acreedores con tal de recibir su parte bajo mejores condiciones pudiesen convenir en contravención a los intereses de otros acreedores.

En conclusión, este principio se rige con el *par condicio creditorum*, que significa que todos aquellos acreedores en igualdad de circunstancias serán tratados en igualdad de condiciones; ignorando el principio de *primo temporis primo iuris*.⁴⁵

D. LA UNICIDAD E INTEGRIDAD DEL PATRIMONIO DE LAS UNIDADES ECONÓMICAS

Este principio contempla al patrimonio del ente económico unificado, lo que significa que será sometido al concurso integralmente. Así que a estos procedimientos se incluyen todos los bienes que integran el activo patrimonial y deberán ser llamados al proceso la totalidad de los acreedores.

Estos procedimientos concursales prevén acciones persecutorias para devolver los bienes a la masa de la empresa

⁴⁵ "Primero en tiempo, primero en derecho".

concurada de los cuales sea propietaria, así como acciones por virtud de las cuales los terceros titulares legítimos de los bienes tanto muebles como inmuebles, de los cuales sean propietarios, se separen de la masa activa del concurso mercantil. Dichas acciones demuestran este principio.

E. UNICIDAD Y GENERALIDAD DEL PROCEDIMIENTO

Solamente puede instaurarse un proceso concursal, en un mismo tiempo, sobre una empresa; y todos los bienes embargables de la empresa pasarán a formar la masa activa de la misma, y todos los créditos en contra de la empresa formarán la masa pasiva.

F. LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

La desaparición de una empresa significa una ruptura en la armonía de la sociedad; trae consigo desempleo, menores contribuciones al gasto público, falta de confianza en el sector inversionista y bancario, y trasciende a otras secuelas en el ámbito social como es la disminución en los servicios o bienes producidos; por lo que los procedimientos concursales no pueden tender a la liquidación de dichos entes económicos. Por el contrario, deben tutelar a la permanencia de los mismos.

La nueva Ley de Concursos Mercantiles rompió la óptica que se tenía del concepto de conservación de empresa. En la ley abrogada se buscaba la suspensión de los pagos de las obligaciones de los deudores para que fuera la misma producción la que capitalizara a éstos, y así poder solventar sus deudas. Ahora con la nueva ley se busca proteger la

conservación de la empresa y de ser imposible, se buscaría eliminar la cadena económica que causa una empresa que incumple sus obligaciones con otros entes económicos considerados acreedores. Por lo tanto la antigua ley tutelaba la protección de la empresa deudora y la actual tutela la conservación de la movilización en la economía sustentada en no desamparar a la mayoría de empresas involucradas como acreedores, al observarse en muchas ocasiones una imposibilidad fáctica de que el ente deudor cumpla con sus obligaciones.

Prueba de esto es la exposición de motivos de la Legislación Concursal que dice:

La legislación Concursal también desempeña un papel estratégico. Su propósito es el de ordenar los procesos de reestructuración de empresas, buscando en primer término aprovechar la experiencia y conocimientos del empresario falimentario y, por otra parte, procurar que los acreedores, ya sean comerciales o financieros, también puedan continuar operando. Cuando una instancia no puede concluir exitosamente, el Estado puede desempeñar una función central coordinando los esfuerzos, proveyendo un foro donde la información fluya y que las empresas viables puedan aprovechar para reestructurarse, seguir operando y mantener el empleo. Por otra parte, cuando es el caso que las empresas han dejado de ser viables, el Estado desempeña un papel fundamental en la reasignación de factores productivos, de modo que los trabajadores puedan encontrar nuevas fuentes de empleo productivo y bien remunerado en tanto que los bienes sean aprovechados por otras empresas más productivas. En este proceso, los acreedores y los comerciantes obtienen el mayor valor de la empresa o de los bienes que la integran y con oportunidad pueden retomar otros negocios y actividades que contribuyan al bienestar general de la sociedad.⁴⁶

Es concluyente que los principios ordenadores del concurso mercantil deben ser respetados, para que pueda llevarse el cometido de esta institución, contribuyendo al bienestar general de la sociedad.

⁴⁶ Exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, discutido en la Cámara de Diputados el 26 de abril de 2000.

En el capítulo siguiente se analizará el procedimiento del concurso mercantil de acreedores hasta la sentencia interlocutoria que lo declara, puesto que es en esa primera etapa en el cual actúa el visitador que es en quien se centra este trabajo de tesis.

III. SINOPSIS DEL PROCEDIMIENTO DEL CONCURSO MERCANTIL

A. SINOPSIS DEL PROCEDIMIENTO DEL CONCURSO HASTA LA SENTENCIA QUE PUEDE DECLARALO O NO

En este capítulo se pretende realizar un resumen general del procedimiento llevado a cabo para la declaratoria del concurso mercantil.

En el presente trabajo de investigación no se realiza la descripción del procedimiento concursal posterior a la sentencia de concurso, pues ello excedería el objetivo del presente, que es analizar la figura del visitador, el cual únicamente se desempeña en la etapa previa a la declaratoria de concurso.

Pueden demandar la declaración de concurso mercantil, cualquiera de los acreedores del comerciante y/o el Ministerio Público. El comerciante que considere que ha incurrido en el incumplimiento generalizado de sus obligaciones puede solicitar ser declarado en concurso mercantil. Se permite que un juez que conozca de un juicio en materia mercantil, que tenga pruebas o indicios de los señalados en el capítulo anterior, de oficio haga del conocimiento de la autoridad fiscal y del Ministerio Público esta situación, para que por medio de este último, se demande la declaración de concurso mercantil. Se hace mención expresa que las autoridades fiscales sólo podrán demandar el concurso en su carácter de acreedores, a diferencia de la abrogada Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos, en la cual había una remisión expresa en el artículo 26 de la misma al

Código Fiscal de la Federación, puesto que establecía que los créditos fiscales tendrían el grado y prelación que fijaran las leyes fiscales. Por su parte el Código Fiscal de la Federación establece en su artículo 149 que en ningún caso el fisco entrará en los juicios universales, y que cuando se inicie un procedimiento de quiebra, suspensión de pagos o de concurso, el juez que conozca del asunto deberá dar aviso a las autoridades fiscales para que, en su caso, hagan exigibles los créditos fiscales a su favor a través del procedimiento administrativo de ejecución. Por lo tanto, el fisco no era llamado al juicio universal, ni sus créditos eran acumulables a éste. Sin embargo, en virtud del principio que establece que la ley nueva deroga a la anterior, y que la ley especial deroga a la general, con la entrada en vigor de la Ley de Concursos Mercantiles se considera al fisco como un acreedor más, aunque con una graduación clasificada después de los créditos singularmente privilegiados y los créditos garantizados con garantía real, pero con antelación a los créditos singularmente privilegiados (artículo 221 de la Ley de Concursos Mercantiles).

Cuando un acreedor interponga la demanda, deberá acompañar la prueba documental que demuestre que tiene tal carácter frente al comerciante. La demanda incluirá la solicitud de que se declare al comerciante en concurso mercantil, debiendo el actor garantizar los honorarios del visitador por un monto equivalente a mil quinientos días de salario mínimo, garantía la cual se liberará a su favor si no se admite la demanda o bien, si se declara el concurso mercantil.

Hecho lo anterior, el juez emplazará al comerciante concediéndole un término de nueve días para contestar, debiendo éste último ofrecer en su escrito las pruebas que correspondan, dándose nueva vista al actor para que manifieste lo que a su derecho convenga. Los acreedores que hayan promovido el concurso mercantil podrán desistirse siempre que exista el consentimiento expreso de todos ellos; el mismo derecho tiene el comerciante en caso de que él mismo haya solicitado ser declarado en concurso mercantil. Sin embargo bajo nuestra apreciación no es necesario el consentimiento expreso de todos los acreedores en el primer supuesto, ya que hasta este momento no han sido llamados al procedimiento todavía.

Por virtud de la Ley de Concursos Mercantiles, se crea un nuevo órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal con autonomía técnica y operativa, denominado Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles (en lo sucesivo IFECOM). Dicho instituto debe ser notificado por el juez una vez que admita la demanda de concurso mercantil, para que designe un visitador en un plazo de cinco días. La misma notificación debe efectuarse a las autoridades fiscales competentes para que estén enteradas del asunto. El visitador deberá informar al juez del personal auxiliar que colaborará con él. Acto seguido, realizará una visita al comerciante para determinar incurrió en los actos previstos en el artículo 10 de la Ley de Concursos Mercantiles y sugerirá al juez las providencias precautorias a tomarse. El visitador y sus auxiliares para poder desempeñar sus funciones, tendrán acceso a los libros de contabilidad, cuentas de bancos e inversiones, estados financieros, documentos electrónicos, entre otros. Además, podrán verificar bienes y mercancías, operaciones, entrevistarse con el personal

directivo y gerencial, asistentes contables, legales, y demás funcionarios. El comerciante y su personal están obligados a brindar todas las facilidades al visitador y su equipo, ya que en caso contrario, el juez podrá decretar las medidas de apremio que considere convenientes, bajo pena de declarar al comerciante en concurso mercantil. Al terminar su inspección, el visitador levantará una acta de los hechos ocurridos, ante dos testigos nombrados por el comerciante, o en caso de negativa, ante el secretario de acuerdos del Juzgado de Distrito que conozca del concurso. El visitador podrá solicitar al juez la adopción, modificación o levantamiento de las providencias precautorias que considere convenientes, con el fin de proteger a la masa (patrimonio conformado por los bienes y derechos del comerciante sujeto al procedimiento de concurso mercantil). Con la información obtenida, el visitador deberá rendir al juez un dictamen de la situación del comerciante en un lapso de quince días, el cual se pondrá a la vista de los acreedores y del mismo comerciante para que expresen sus alegatos por escrito en un plazo de diez días.

Una vez formulados los alegatos, el juez dictará sentencia dentro de los cinco días siguientes, tomando en consideración dichos alegatos y el dictamen del visitador.

La sentencia de declaración de concurso mercantil contendrá los requisitos expresados en el artículo 43, de los cuales se deduce que se inicia un procedimiento de conciliación de la Ley de Concursos Mercantiles, ya que se solicita al IFECOM la designación de un conciliador que desempeñe las funciones

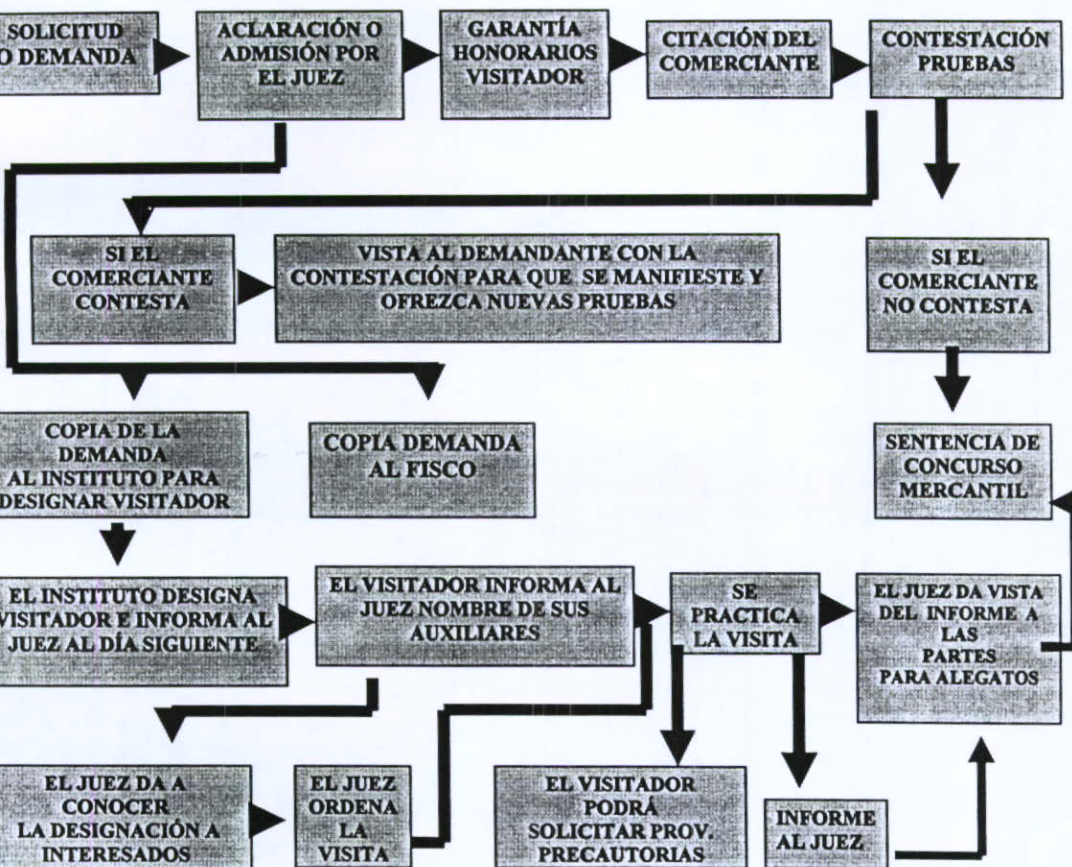
propias del cargo. El conciliador, entre muchas otras funciones, deberá de inscribir la sentencia en los registros públicos que correspondan, así como publicar un extracto de la sentencia en el Diario Oficial de la Federación y en un periódico de circulación nacional, para efectos de notificar a aquellas partes interesadas en la declaratoria de concurso mercantil.

La sentencia producirá efectos de arraigo contra del comerciante, o en el caso de las personas morales en contra de quienes sean responsables de la administración, pudiendo cualquiera de ellos separarse de su domicilio siempre y cuando nombren apoderado con facultades amplias, debidamente expensado, con mandato irrevocable que cumpla con las obligaciones a su cargo.

A continuación presento una sinopsis ilustrada del procedimiento que acabo de describir, para su esquematización y mejor comprensión.

B. SINOPSIS DEL PROCEDIMIENTO DEL CONCURSO MERCANTIL HASTA LA SENTENCIA QUE LO DECLARA ILUSTRADO.⁴⁷

PROCEDIMIENTO



⁴⁷ Peña Briseño Victor Manuel, material proyectado en el "Panel de Análisis y Comentarios de la Ley de Concursos Mercantiles" sustentado en el auditorio Carlos Ramírez Ladewig de la Universidad de Guadalajara en mayo de 2003.

IV. DE LOS ÓRGANOS DEL CONCURSO MERCANTIL

A. VISITADORES, CONCILIADORES Y SÍNDICOS

Se crean en virtud de la Ley de Concursos Mercantiles dos nuevas figuras que son el visitador, el conciliador, y continúa la figura del síndico que ya existía en la anterior Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Dentro del título de la Ley de Concursos Mercantiles que regula a los órganos del procedimiento, se regula también la figura del interventor, que ya existía en la ley abrogada.

El visitador, que es la figura central de este trabajo de tesis, tiene la función de realizar las visitas de verificación a los comerciantes para verificar si se encuentran o no en los supuestos del artículo 10 de la Ley de Concursos Mercantiles, como más adelante se analiza pormenorizadamente.

El conciliador básicamente interviene una vez que se haya dictado la sentencia que declara el estado de concurso mercantil, y su función es la de lograr una conciliación en los intereses tanto del comerciante como de los acreedores para lograr un convenio entre las partes.

El síndico interviene en la etapa de la quiebra, y su función es la de lograr la enajenación total de los bienes y derechos que integran la masa activa para realizar el pago a los acreedores reconocidos.

Las personas interesadas en desempeñar las funciones de visitador, conciliador o síndico deben solicitar al IFECOM su inscripción en el registro respectivo (lo anterior se encuentra regulado por el artículo 325 de la Ley de Concursos

Mercantiles, por los Criterios de Selección y Actualización de Especialistas de Concursos Mercantiles y por las Reglas de Carácter General de la Ley de Concursos Mercantiles).

Para ser registrado como visitador, conciliador o síndico, las personas interesadas deben presentar su solicitud al Instituto, debiendo tener experiencia relevante de cuando menos cinco años en materia de administración de empresas, de asesoría financiera, jurídica o contable, cumplir con los procedimientos de selección que le aplique el IFECOM, así como los procedimientos de actualización que determine el mismo (Art. 326, Ley de Concursos Mercantiles). Las Reglas de Carácter General de la Ley de Concursos Mercantiles detallan a profundidad los requisitos que debe cumplir el especialista, el funcionamiento del registro, los criterios de selección así como los medios por los cuales cada especialista deberá mantenerse actualizado para conservar su registro.

Para que puedan desempeñarse como órganos de los Concursos Mercantiles, es necesario que se encuentren registrados ante el IFECOM, el cual mantendrá un registro actualizado de visitadores, conciliadores y síndicos (Art. 334 L.C.M.).

El visitador, conciliador y síndico sólo podrán excusarse de su designación cuando exista impedimento legal o medie causa suficiente (Art. 331 L.C.M.).

Los visitadores, conciliadores y síndicos deben supervisar y vigilar el correcto desempeño de las personas que los auxilien en la realización de sus funciones, y también deben efectuar las actuaciones procesales que les son impuestas por ley, en forma clara y ordenada. Además, deben también rendir ante el juez cuentas de su gestión con la periodicidad

establecida en la ley concursal. Por otro lado deben guardar la debida confidencialidad respecto de secretos industriales, procedimientos, patentes y marcas, que por su desempeño lleguen a conocer, así como el sentido de las actuaciones procesales que en términos de la ley concursal se encuentren obligados a efectuar.

Deben también abstenerse de divulgar o utilizar en beneficio propio o de terceros la información que obtengan en el ejercicio de sus funciones (Art. 332 L.C.M.).

El visitador, conciliador y el síndico, así como sus auxiliares, tendrán derecho al cobro de honorarios por la realización de las funciones encomendadas por la ley y dichos honorarios se considerarán créditos en contra de la masa, además de que se pagarán en los términos que determine el IFECOM y que serán acordes con las condiciones del mercado laboral y tendientes a lograr la inscripción de personas idóneas y debidamente calificadas para el desempeño de sus funciones en el registro; en todo caso, la remuneración del conciliador y del síndico estará vinculada a su desempeño (Art. 333 L.C.M.)

Los criterios para el pago de los honorarios a los especialistas se detallan en el Título VI de las Reglas de Carácter General de la Ley de Concursos Mercantiles, que establecen que el visitador será remunerado de conformidad con el tiempo dedicado; el conciliador de acuerdo con los conceptos de capital contenidos en la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos, excluyendo algunos conceptos; y los síndicos percibirán honorarios de acuerdo con el valor de realización de los activos, excluyendo los gastos requeridos para la realización. En la remuneración se tomará en

cuenta la categoría en la cual se encuentre registrado el especialista, que puede ser Categoría 1 para los especialistas con experiencia y capacidad de organización, de convocatoria y económica, a quienes se les asignan las empresas que el IFECOM considera "grandes o complejas", y la Categoría 2 para la atención a las demás empresas (Regla 6 de las Reglas de Carácter General de la Ley de Concursos Mercantiles).

Así, por ejemplo, un visitador Categoría 1 percibe por concepto de honorarios la cantidad equivalente a 625 UDIS por hora trabajada, mientras que un visitador Categoría 2 percibe únicamente 310 UDIS por hora, con independencia de los honorarios que perciben sus auxiliares, que se encuentran regulados por la Regla 46 de las Reglas de Carácter General de la Ley de Concursos Mercantiles. Adicionalmente, por el tiempo que empleen en los trámites procesales de su función ante los órganos jurisdiccionales competentes, cobrarán una cuota fija de 1500 UDIS.

La ley concursal garantiza el derecho de los visitadores a recibir sus honorarios que generaren con motivo de su actuar; así pues el artículo 24 de dicha ley establece una obligación tanto para el acreedor que demande el concurso mercantil, como para el comerciante que solicite su propio concurso mercantil, de garantizar los honorarios del visitador hasta por un monto equivalente a 1,500 salarios mínimos vigentes en el Distrito Federal.

En el caso en que sea un acreedor el que demande el concurso mercantil y la sentencia declare que no es procedente el concurso mercantil de acreedores, el juez condenará al demandante a pagar los honorarios del visitador. Sin embargo si la sentencia declara el concurso mercantil del comerciante,

entonces la garantía antes mencionada se libera a favor del demandante y es el comerciante quien sufragará los honorarios del visitador; si se desecha la demanda, se libera la garantía a favor del demandante.

En el caso en que es el propio comerciante quien solicita su concurso, es éste mismo quien pagará los honorarios del visitador; si se desecha su solicitud, se libera la garantía en su favor.

Los honorarios del visitador se consideran un crédito contra la masa, lo que significa que serán pagados con anterioridad a cualquier otro de los contenidos en el artículo 217 de la ley concursal.

Es de tal relevancia el estudio completo de el artículo 24 de la mencionada ley, respecto a la obligación de garantizar los honorarios del visitador, que se incluye un *capítulo VII* al final de este trabajo donde se analiza su apego a la Constitución.

La tarifa de honorarios para el conciliador y para el síndico se fija en la Regla 51 de las Reglas de Carácter General de la Ley de Concursos Mercantiles.

Los gastos en que incurran los especialistas en el desempeño de sus funciones serán créditos contra la masa, siempre y cuando sean estrictamente necesarios y estén documentados cumpliendo con los requisitos fiscales. Los especialistas presentarán los gastos al IFECOM, quien calificará si se cumplen o no los requisitos para su reembolso. En ningún caso se podrán incluir como gastos los gastos propios de la oficina del especialista (Regla 52 de las Reglas de Carácter General de la Ley de Concursos Mercantiles).

Los especialistas deberán caucionar su correcto desempeño, tal y como lo ordena el artículo 327 de la Ley de Concursos Mercantiles, caución que podrá otorgarse a través de fianzas o seguros, individuales o grupales, o mediante aquellos mecanismos aprobados por el IFECOM (Regla 53 de las Reglas de Carácter General de la Ley de Concursos Mercantiles). Los montos que deberán quedar cubiertos en la caución están establecidos en la Regla 57 de las Reglas de Carácter General de la Ley de Concursos Mercantiles, donde por ejemplo, en el caso del visitador, deberá garantizar su manejo por un monto de 1500 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

En el caso de que estos órganos actúen de forma indebida, el IFECOM podrá imponer como sanción administrativa a los visitadores, conciliadores y síndicos, según la gravedad de la infracción cometida, amonestación, la suspensión temporal o la cancelación de su registro (Art. 336 L.C.M.); y la Junta Directiva del mismo resolverá sobre la amonestación, la suspensión temporal o la cancelación del registro de los visitadores, conciliadores y síndicos, dando audiencia al interesado. Contra la resolución que dicte la Junta Directiva no procederá recurso alguno.

Una vez habiendo analizado las reglas comunes a los especialistas de concursos mercantiles, en el siguiente capítulo se analizará la naturaleza jurídica y las atribuciones de la figura del visitador, que es el objetivo del presente trabajo.

V. NATURALEZA JURÍDICA Y ATRIBUCIONES DE LOS VISITADORES CONFORME A LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES

En el presente capítulo se estudia la naturaleza jurídica de los visitadores en los procedimientos concursales, y se realiza un análisis de las diversas funciones y atribuciones que les confiere la ley.

A. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS VISITADORES

En este apartado se pretende establecer cuál es la naturaleza jurídica de los visitadores, desde el punto de vista de su función en el procedimiento de la impartición de justicia. Se demostrará que el visitador es un auxiliar en la administración de justicia y aunque no se le puede considerar un funcionario público por las razones que expondremos en los siguientes párrafos, sí se puede establecer que el visitador *se encuentra encargado del ejercicio específico de una función pública, no permanente, en su carácter de auxiliar de la administración de justicia.*

Ricardo López Vallejo, secretario técnico del IFECOM, establece lo siguiente:

De acuerdo con los artículos 81 y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como 311 de la Ley de Concursos Mercantiles, al Consejo de la Judicatura Federal corresponde entre otras funciones, la Administración del Poder Judicial de la Federación, a fin de que el servicio público de impartición de justicia se preste en forma regular, continua y uniforme, lo que incluye la coordinación y supervisión del funcionamiento de los órganos Auxiliares, entre los que se incluye el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles. Toca a este último la autorización de inscripción en el registro correspondiente, de las personas en aptitud de desempeñarse como especialistas, así como la designación de la persona que ejercerá su función en cada Concurso Mercantil, además de la supervisión de la prestación del servicio, entre otros aspectos. De lo anterior se sigue el carácter de Auxiliar de la Administración de Justicia de los visitadores, conciliadores y síndicos.

Aún cuando lo hace en referencia a otros Auxiliares, como son los peritos, se describe el alcance de la función de los Auxiliares en la Tesis aislada identificada con el número 230,222, correspondiente a la Octava época, visible en el Semanario Judicial de la Federación Tomo II, Segunda Parte- 2, correspondiente al lapso de julio a diciembre de 1988, página 386, dictada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el juicio de amparo directo 2878/87, que dice: *" PERITOS. SU FUNCIÓN EN EL PROCESO. En la legislación nacional, los peritos son simples Auxiliares de la impartición de Justicia y su función se limita a proporcionar una ayuda al Juzgador con sus conocimientos técnicos sobre ciencias, artes u oficios, en los cuales son especialistas; pero dicha asistencia no comprende la dilucidación de puntos jurídicos en los que el Juez encargado de decir el derecho en el caso controvertido es docto. Por lo tanto no cabe aceptar que la decisión o interpretación de cuestiones meramente Jurídicas, deba sustentarse en el juicio de los peritos, porque tales actividades son exclusivas del Juzgador".*

Se identifica la actividad de los especialistas con la descripción anterior, dado que en términos del artículo 326 fracciones I y II de la Ley de Concursos Mercantiles, se trata de un particular con conocimientos óptimos en diversas disciplinas, experiencia en su especialidad, que con recursos propios ejerce su actividad de manera independiente, quien debe desarrollar actividades para-Judiciales que apoyan la prosecución del juicio de Concurso, como son efectuar publicaciones y registro de sentencias y convocatorias a subastas, acopio de datos y dictamen para efectuar el reconocimiento de créditos, Administración, etc., así como aportar al Juez datos útiles derivados de su dominio técnico de un área del conocimiento, necesarios para conocer la verdad y para que se perciba con claridad la situación real del Comerciante y que el Juzgador requiere para decidir.

Doctrinalmente se describe al funcionario y empleado Público en tal forma que no es posible calificar como tales a los especialistas. Al efecto es de citarse a don Andrés Serra Rojas quien en su texto titulado Derecho Administrativo, 6ª. Edición, Editorial Porrúa, México, páginas 381 y 383, considera que el funcionario *"... necesariamente obedece a una designación legal; con el carácter de permanencia en el ejercicio de la función pública, que le da poder propio...";* y el empleado *"... se caracteriza porque tiene una relación contractual con el Estado del cual obtiene una remuneración, pero que de ninguna forma representa ni ejerce función propia del Estado..."*, descripción que desde luego no se ajusta a la función de los especialistas⁴⁸.

Sobre el anterior estudio, se coincide en que el visitador tiene el carácter de auxiliar de la administración de justicia,

⁴⁸ López Vallejo Ricardo, *Consideraciones a los Concursos Mercantiles*, consultable en la página Web: www.ifecom.cfj.gob.mx

sin embargo como bien apunta el autor citado, como su actividad consiste en aportar datos útiles al órgano jurisdiccional derivados de su conocimiento técnico de un área del conocimiento, necesarios para conocer la verdad y para que se perciba con claridad la situación real del comerciante y que el juzgador requiere para decidir (y que además carece de la capacidad para apreciarlo, puesto que no es perito en la materia), consideramos que dicho visitador no obstante que no es un funcionario público, *se encuentra encargado del ejercicio específico de una función pública, no permanente, en su carácter de auxiliar de la administración de justicia*, puesto que el juzgador dictará la sentencia interlocutoria declarando o no el estado de concurso mercantil directamente supeditado a un parecer de orden técnico, como lo es precisamente el dictamen razonado y circunstanciado a que se refiere el numeral 40 de la ley concursal, en donde se ilustra al juzgador en cuestiones técnicas sobre la situación del comerciante; de lo que es válido asegurar que la información que le provea el visitador al juez en su dictamen será el fundamento para que el juzgado resuelva sobre el sentido de la sentencia interlocutoria que declara o no el estado de concurso mercantil. Lo anterior lo confirma el texto del artículo 42 de la ley de la materia, que establece que la sentencia de concurso mercantil deberá ser dictada considerando el dictamen del visitador.

Los tribunales Colegiados de Circuito en la Tesis reiterada en tres ocasiones con el rubro: "Agrario. Prueba Pericial. Perito Designado Por El Tribunal, No Tiene Derecho A Recibir

Honorarios De Las Partes,"⁴⁹ han identificado que en materia agraria también existen auxiliares de la administración de justicia, otorgándole tal carácter a los peritos designados por el juzgado asimilándose esta figura a la del visitador. El cuerpo de esta tesis, aunque se refiere a la materia de amparo agrario, tiene una aplicabilidad conceptual, porque se refiere al caso en que el perito designado por un tribunal constitucional se encuentra encargado del ejercicio específico de una función pública, no permanente, en su carácter de auxiliar en la administración de justicia, ya que al ser el perito el que proporciona al juzgador la consulta de aquellas reglas técnicas que se salen del ámbito de su preparación técnico-jurídica, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados en un amparo está directamente supeditada a un parecer de orden técnico. Es decir, la resolución que se dicte dependerá en gran medida del dictamen del experto.

Tanto los peritos a que se refiere la tesis citada, como el visitador en la materia concursal, se encuentran encargados del *ejercicio específico de una función pública, no permanente, en su carácter de auxiliar en la administración de justicia*, por lo que analógicamente, dicha ejecutoria de los tribunales colegiados concurren en igualdad conceptual, con la materia concursal.

Así las cosas, la función del visitador resulta más importante que la de un simple perito en un juicio ordinario, ya que en éstos los dictámenes, además de que son varios, pueden ser desestimados o valorados a criterio por el juez. Lo anterior no sucede en la materia concursal, ya

⁴⁹ Vid. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 23, Séptima Parte, p. 48.

que en gran medida, la declaración o no del concurso dependerá de los resultados que arroje el dictamen del visitador, ya que la propia ley así lo impone.

Es concluyente que la naturaleza jurídica del visitador en los concursos mercantiles es la de un auxiliar en la administración de justicia, y aunque no es un funcionario público, sí realiza un ejercicio específico de una función pública no permanente precisamente en su carácter de auxiliar en la administración de justicia.

Una vez analizado lo correspondiente a la naturaleza jurídica de los visitadores, en el siguiente capítulo se analizará cuáles son sus atribuciones y funciones derivadas de la ley concursal.

B. FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL VISITADOR EN LOS CONCURSOS MERCANTILES

Como se ha analizado anteriormente, la ley concursal crea una nueva figura que se denomina "visitador". Sus atribuciones se encuentran reglamentadas en el Título Segundo Capítulo Primero de la Ley de Concursos Mercantiles.

Esta figura del visitador tiene como finalidad una especialización de la materia, siendo pues un auxiliar de la justicia que sea perito en materias financieras, contables y económicas, colaborando así con la función analítica sobre una empresa en crisis para que pueda el juez allegarse de los elementos necesarios para que pueda garantizar el cumplimiento del objetivo de esta ley. Jaime Cervantes Martínez señala que esta asistencia que siempre debió darse al juzgador concursal con los peritos contables, hoy es una realidad que busca que

todos los participantes del proceso se encuentren seguros con la opinión especializada de economistas, financieros, contadores y administradores así como que no se generen errores que extingan empresas cuando había alguna duda acerca de su viabilidad económica.⁵⁰

La principal actividad de esta figura es llevar a cabo una visita de verificación que tiene por objeto concluir con un dictamen, que determine si el comerciante se encuentra en un incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, así como la fecha de vencimiento de los créditos relacionados con los hechos que derivan de dicho incumplimiento generalizado, y por otro lado sugiere al juez el establecimiento de las providencias precautorias que más tarde se enunciarán.

La Ley de Concursos Mercantiles establece en su artículo 29, que una vez que el Juez admita la demanda, éste deberá remitir al día siguiente copia de la misma al IFECOM para que dicho instituto designe un visitador en los 5 días siguientes, y una vez designado dicho órgano concursal el Instituto debe informar su designación al juez y al visitador designado a más tardar al día siguiente.

Los detalles sobre la designación del visitador se regulan por las Reglas 34 y siguientes de las Reglas de Carácter General de la Ley de Concursos Mercantiles, donde se establece que el procedimiento será aleatorio, tomando en cuenta la ubicación geográfica más adecuada según la sede del juzgado donde se encuentre el concurso y la categoría del especialista,

⁵⁰ Cervantes Martínez, Jaime D. NUEVA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2ª Ed., México, 2001, p.122.

que como ya se analizó puede ser Categoría 1 o Categoría 2, dependiendo de su experiencia y capacidad.

El visitador designado debe comunicar dentro de los 5 días siguientes al de su designación el nombre de las personas de las que se auxiliará para el desempeño de sus funciones, y solamente dichas personas podrán actuar en la visita. Sobre dichas designaciones deberá recaer un acuerdo que las dé a conocer a los interesados y se les dará vista a estos últimos; el visitador debe fundar la razón por la que se considera necesario la contratación de sus auxiliares, y debe ser autorizada la contratación por el juez, por lo que el visitador sólo puede contratar a los auxiliares que realmente sean indispensables.

Una vez que se desahogue la vista a que se refiere el párrafo anterior se deberá practicar la visita al comerciante, previo auto que ordena la visita dictado por el juez que conozca del concurso, el cual expresará el nombre del visitador y el de sus auxiliares, el lugar o lugares donde deba efectuarse la visita correspondiente y los libros, registros y demás documentos del comerciante sobre los cuales versará la visita, así como el período que abarque la misma. El auto que ordene la visita tiene efectos de mandamiento al comerciante para que permita la realización de la misma, por lo que el empresario debe cooperar con el visitador en lo que éste último le requiera para la sana realización de la visita.

El visitador está obligado a presentarse en el domicilio del comerciante dentro de los 5 días siguientes a aquel en que se dicte la orden de visita, de lo contrario el juez de oficio

o los acreedores que hayan demandado al comerciante, por conducto del juez, pueden solicitar al IFECOM la designación de un especialista que lo sustituya. Las reglas de la visita deben estar acotadas a lo establecido en el numeral 33 de la Ley de Concursos Mercantiles, y que siguen algunos principios generales que dan seguridad jurídica a los visitados tales como que el visitador debe dejar citatorio con la persona que se encuentre, en el evento en que no se encontrara al comerciante o a su representante legal al momento en que se presente dicho auxiliar de la justicia en el lugar en que se verifique la visita para que lo espere a cierta hora del día siguiente para darse por enterado del contenido de la orden de visita. Sin embargo, la ley señala que en el caso de que se insista con la omisión que tenga como consecuencia una falta de persona con quien entender la visita, el visitador deberá solicitar al Juez que previa inspección que practique el Secretario de Acuerdos del juzgado, se prevenga al Comerciante que se procederá a declarar el Concurso Mercantil de insistir en su omisión.

El artículo 33 de la Ley de Concursos Mercantiles hace mención de un "secretario de acuerdos del juzgado concursal", lo que mas bien parece un error en la técnica legislativa puesto que los Juzgados competentes para conocer de los concursos mercantiles serán los jueces de distrito, ya que se concedió el monopolio sobre la materia concursal a la jurisdicción federal, al parecer desconfiando de los juzgados del fuero común, y no se han instaurado juzgados especializados en la materia concursal.⁵¹

⁵¹ Solamente en la Ciudad de México existían los juzgados concursales del fuero común. Sin embargo al ser del fuero común ya no eran competentes para resolver los conflictos a la luz de esta ley concursal, sino que únicamente conocían de los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos que continuaban vigentes. Posteriormente, estos procedimientos se remitieron a diversos juzgados civiles para su conocimiento.

Si el visitador considera que es necesaria la designación de otros lugares para desahogar la visita, lo solicitará al juez para que éste acuerde lo conducente.

Tanto el visitador como sus auxiliares deben cumplir con el requisito de identificarse con el comerciante antes de proceder a la visita y además deben acreditar su nombramiento con la orden respectiva, de donde una vez más se cumple con un requisito de seguridad jurídica, que ha sido interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para la materia fiscal, en una jurisprudencia por contradicción de tesis, que es aplicable de manera analógica porque ambas visitas son un acto de molestia al gobernado.⁵²

Durante la visita de verificación, el visitador y sus auxiliares tendrán acceso a toda la documentación en la que conste la situación financiera y contable de la empresa que se pretende declarar en concurso y podrán llevar a cabo verificaciones directas de bienes y mercancías, de las operaciones, e incluso pueden entrevistarse con el personal

⁵² VISITAS DOMICILIARIAS. REQUISITOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LOS INSPECTORES QUE LAS PRACTICAN. Para satisfacer con plenitud el requisito legal de identificación en las visitas domiciliarias, es necesario que en las actas de auditoría se asienten todos los datos necesarios que permitan una plena seguridad de que el visitado se encuentra ante personas que efectivamente representan a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y que por tal motivo pueden introducirse a su domicilio, por lo que es menester se asiente la fecha de las credenciales y el nombre de quien las expide para precisar su vigencia y tener la seguridad de que esas personas efectivamente prestan sus servicios en la Secretaría, además de todos los datos relativos a la personalidad de los visitadores y su representación, tomando también en cuenta que mediante la identificación mencionada se deben dar a conocer al visitado cuestiones relacionadas con esa personalidad, para protegerlo en sus garantías individuales, ya que de esas prácticas de inspección o visita, pueden derivar posibles afectaciones a sus intereses jurídicos.

Octava Época:

Contradicción de tesis 6/89. Entre las sustentadas por el Tercero y Cuarto Tribunales Colegiados en Materia Administrativa del Primer Circuito. 20 de agosto de 1990. Unanimidad de cuatro votos.

Octava Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: Tomo III, Parte SCJN Tesis: 576. Página: 419.

directivo, gerencial, y administrativo del comerciante incluyendo a sus asesores externos, contables o legales. Con esta medida el visitador cuenta con un margen muy amplio para poder conocer la real situación financiera de la empresa, pues su tarea es realizar una radiografía de la empresa que evidencie la situación del comerciante, llegando al extremo de que el comerciante y su personal están obligados a colaborar con el visitador y sus auxiliares, ya que de lo contrario el visitador puede solicitarle al juez se le impongan medidas de apremio y se aperciba al comerciante de que de no colaborar se le declarará en concurso mercantil.

Al final de la visita se levantará una acta que deberá cumplir con los siguientes requisitos:

a).- El visitador debe comunicarle al comerciante por escrito con veinticuatro horas de anticipación, el día y la hora en que se levantará el acta.

b).- Al término de la visita, el visitador levantará el acta en la que se harán constar en forma circunstanciada los hechos u omisiones que se hubieren conocido por el visitador y sus auxiliares relativos al objeto de la visita.

c).- El acta de visita se levantará ante dos testigos nombrados por el comerciante. En caso de negativa del comerciante a nombrar testigos, se levantará ante el secretario de acuerdos del Juzgado Concursal (es decir, el Juzgado de Distrito que conozca del procedimiento).

d).- El acta de visita deberá ser firmada por el comerciante y los testigos. Si se rehúsan a hacerlo, se asentará esta circunstancia en el acta, sin que por ello se vea afectada su validez.

e).- El visitador y sus auxiliares podrán reproducir por cualquier medio de la documentación para que, previo cotejo, sea anexada al acta de visita.

Todo lo anterior se regula por el artículo 36 de la Ley de Concursos Mercantiles.

Con base en la información que conste en el acta de visita, el visitador debe rendir al Juez, dentro de los 15 días naturales a partir de la fecha de inicio de la visita, un dictamen razonado y circunstanciado tomando en consideración los hechos planteados en la demanda y en la contestación, y le anexará al mismo el acta de visita.⁵³ Dicho dictamen puede ser

⁵³ Para entender el concepto de *circunstanciación*, se puede acudir a la jurisprudencia de la Corte, que ha regulado en forma extensa la *circunstanciación* en materia de las actas levantadas con motivo de las visitas domiciliarias en materia fiscal. Haciendo una analogía de dichos precedentes a la materia concursal, podemos entonces establecer que el visitador deberá en el dictamen detallar pormenorizadamente los datos, libros y demás documentos que tuvo a la vista, que hagan posible determinar la situación real del comerciante. Por otro lado, en la misma tesitura debemos entender que el *razonamiento* del que habla la ley concursal es precisamente el vínculo entre los documentos que se tuvieron a la vista con los hechos planteados en la demanda y en la contestación para llegar al resultado concluyente de su dictamen.

La jurisprudencia mencionada en el párrafo anterior es de la novena época dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en el tomo XII, en diciembre de 2000 con el número de tesis 2a./J. 99/2000 en la página 271 y que dice textualmente:

"ACTAS DE VISITA DOMICILIARIA. SU CIRCUNSTANCIACIÓN DEBE CONSTAR EN EL PROPIO DOCUMENTO QUE LAS CONTIENE Y NO EN UNO DIVERSO. El requisito de circunstanciación de las actas de visita domiciliaria a que se refiere el artículo 46, fracción I, del Código Fiscal de la Federación, consiste en detallar pormenorizadamente los datos de los libros, registros y demás documentación que integren la contabilidad del contribuyente visitado, así como de los discos, cintas o cualquier medio de procesamiento de datos que éste tenga en su poder, o bien, de los objetos y mercancías que se encontraron en el domicilio visitado y de la información proporcionada por terceros, que hagan posible la identificación particular de cada uno de los hechos u omisiones que conocieron los auditores durante el desarrollo de una visita domiciliaria. Ahora bien, la circunstanciación de una acta de visita debe realizarse en el propio documento que la contiene y no en uno diverso, pues no existe precepto constitucional, legal o reglamentario que así lo autorice; por el contrario, del examen de lo dispuesto en los

presentado en un plazo de 15 días naturales, y podrá prorrogarse por una sola vez por quince días naturales más, siempre y cuando se justifique.⁵⁴

El juez, al día siguiente en que reciba el dictamen del visitador, lo pondrá a la vista de los acreedores y del Ministerio Público para que presenten sus alegatos por escrito en un plazo común de 10 días.

El artículo 37 de la Ley de Concursos Mercantiles establece que el visitador podrá solicitar al juez en el transcurso de la visita la adopción, modificación o levantamiento de ciertas providencias precautorias, con el objeto de proteger a la masa y los derechos de los acreedores,

artículos 46 y 49 del Código Fiscal de la Federación se desprende que la referida circunstanciación del acta de visita debe constar en el cuerpo de la propia acta, ya que dichos numerales expresamente señalan que de toda visita en el domicilio fiscal 'se levantará acta en la que se hará constar en forma circunstanciada los hechos u omisiones que se hubieren conocido por los visitadores'."

Contradicción de tesis 49/99. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero del Sexto Circuito y el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 11 de octubre del año 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero.

Tesis de jurisprudencia 99/2000. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del diez de noviembre del año 2000.

⁵⁴ En materia de justificaciones sobre prórrogas de visitas domiciliarias en materia fiscal, la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en el sentido que dichas justificaciones deben de estar circunstanciadas dado que se trata de situaciones concretas de las que se tiene conocimiento con motivo de la visita y hasta antes de su emisión era desconocido para el visitador. En la materia concursal sólo es atendible una justificación de prórroga si el juzgador considera que dichas situaciones concretas que auspician una prórroga son razones de peso, y se deja solamente al arbitrio del juzgador puesto que la ley no establece los casos en que dicho plazo puede ser prorrogado, a diferencia de la materia fiscal que sí establece dichas situaciones concretas precisamente en el artículo 46-A del Código Fiscal de la Federación.

Lo anterior es consultable en la jurisprudencia de la Novena Época, sentada por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en diciembre de 2001 con el número de Tesis XIV.lo. J/8 página: 1644, bajo el rubro:

"VISITA DOMICILIARIA, LA NOTIFICACIÓN DE LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO PARA LA CONTINUACIÓN DE LA, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 46-A, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, DEBE HACERSE CONSTAR EN ACTA CIRCUNSTANCIADA, TAL COMO SE PREVENE EN EL DIVERSO 46 DEL INVOCADO CÓDIGO TRIBUTARIO. "

debiendo fundamentar en todos los casos las razones de su solicitud. Dichas providencias precautorias podrán ser las siguientes:

a).- La prohibición de hacer pagos de obligaciones vencidas con anterioridad a la fecha de admisión de la solicitud o demanda de concurso mercantil, para que no se privilegie a ningún acreedor por separado, protegiendo el principio de igualdad de acreedores;

b).- La suspensión de todo procedimiento de ejecución contra los bienes y derechos del comerciante, para que no hagan efectivos sobre la masa activa ejecuciones de algún acreedor singular, en perjuicio de la masa de acreedores;

c).- La prohibición al comerciante de realizar operaciones de enajenación o gravamen de los bienes principales de su empresa, con el fin de que no se dilapiden o desaparezcan los bienes para la protección de todos los acreedores;

d).- El aseguramiento de bienes;

e).- La intervención de la caja, para verificar el real ingreso y el gasto justo de la empresa para la protección de todos los acreedores;

f).- La prohibición de realizar transferencias de recursos o valores a favor de terceros;

g).- La orden de arraigar al comerciante, para el solo efecto de que no pueda separarse del lugar de su domicilio sin dejar, mediante mandato, apoderado suficientemente instruido y expensado. Cuando quien haya sido arraigado demuestre haber dado cumplimiento a lo anterior, el Juez levantará el arraigo; y

h).- Cualesquiera otras de naturaleza análoga, para lo cual el juzgador podrá acudir a la legislación supletoria que señala el artículo 8 de la ley concursal.

El mismo artículo 37 de la ley concursal, establece que el juez podrá dictar las providencias precautorias que estime necesarias, una vez que reciba su solicitud, o bien de oficio, sin embargo se considera que debe de ser taxativa la adopción de algunas medidas precautorias (de manera específica las señaladas en los anteriores incisos a), b), c), y f)) con el fin de salvaguardar el principio de "*la conservación de la empresa*".⁵⁵

Tal parece que dicho numeral 37 propicia inseguridad jurídica para el comerciante deudor y para los acreedores, ya que se le otorgan facultades discrecionales al Juez del concurso para que pueda dictar las providencias precautorias, pero no se puede pasar por alto que el concurso mercantil es un procedimiento de interés público, por lo que debería ser taxativo para el juez la imposición de aquellas medidas precautorias que se resguarden la masa en beneficio todos.⁵⁶

⁵⁵ véase capítulo II referente a "Los principios ordenadores del derecho concursal".

⁵⁶ La palabra "puede", corresponde realmente a una facultad discrecional del Juzgador, toda vez que no aplica la jurisprudencia por contradicción de tesis sustentada por la Segunda

Por ejemplo la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos establecía en su artículo 404 la obligación del juez de dictar la sentencia que declaraba la suspensión de pagos en un plazo máximo de 48 horas de presentada la solicitud. Dicha sentencia en los términos del artículo 408 de la misma ley abrogada, determinaba taxativamente las medidas tendientes a la protección del patrimonio del deudor en beneficio de sus acreedores, por lo que no quedaba lugar a dudas que cobijándose con este beneficio, se atendería a la necesidad de resguardar los bienes del patrimonio Deudor.

Volviendo a la Ley de Concursos Mercantiles, ya que la facultad del juez a imponer las medidas precautorias es discrecional, el patrimonio deudor se encuentra en manos y a la voluntad del administrador de justicia, para que éste imponga, o no, las medidas necesarias que resguarden los intereses de los acreedores y del comerciante, poniendo en peligro el principio de la "conservación de la empresa".

Por lo anterior, se considera necesario, que sea *taxativa* la obligación del juez en dictar las medidas precautorias que salvaguarden el principio de conservación de la empresa, no

Sala de nuestro más alto Tribunal, consultable Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VI, Agosto de 1997 Tesis: 2a. LXXXVI/97 Página: 217 bajo el rubro:

"PODER. EL USO DE ESTE VERBO EN LAS DISPOSICIONES
LEGALES, NO NECESARIAMENTE IMPLICA UNA FACULTAD
DISCRECIONAL."*

La anterior tesis se refiere a los casos en que la norma deje lugar a duda cuando se utilice el vocable "podrá", o alguno referente al "poder", sin embargo el numeral en comento, además del vocable "podrá", también establece la frase: "que estime necesarias", de lo que se desprende la clara facultad discrecional del juzgador para otorgar las medidas precautorias tendientes a resguardar el patrimonio del comerciante, y otras que considere él mismo, para beneficio del deudor, o para el de sus acreedores, y poniendo en riesgo el principio de la "conservación de la empresa".

bastando su responsabilidad prevista en el artículo 7 de la Ley de Concursos Mercantiles.

Finalmente la ley concursal señala que el visitador también puede interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia de concurso mercantil. En el caso en que se niegue la declaración de concurso mercantil, procede la apelación en ambos efectos; en caso de que se declare el concurso, procede la apelación en efecto devolutivo.

Sin embargo, se considera excesiva esta facultad del visitador para interponer el recurso de apelación, puesto que realmente el sentido de la sentencia de concurso mercantil no le puede ocasionar un agravio al visitador puesto que no es parte en el procedimiento.

C. DE LA IMPUGNACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DEL VISITADOR

El nombramiento del visitador que antes hemos analizado puede ser impugnado por el comerciante o por cualquiera de los acreedores ante el juez dentro de los 3 días siguientes a la fecha en que la designación se hubiera hecho de su conocimiento, siempre y cuando se verifique alguno de los siguientes supuestos:

a).- Ser cónyuge, concubina o concubinario o pariente dentro del cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad, del comerciante sujeto a concurso mercantil, de alguno de sus acreedores o del juez ante el cual se desarrolle el procedimiento;

b).- Estar en la misma situación a que se refiere el inciso anterior respecto de los miembros de los órganos de administración, cuando el comerciante sea una persona moral y, en su caso, de los socios ilimitadamente responsables;

c).- Ser abogado, apoderado o persona autorizada del comerciante o de cualquiera de sus acreedores, en algún juicio pendiente;

d).- Mantener o haber mantenido durante los seis meses inmediatos anteriores a su designación, relación laboral con el comerciante o alguno de los acreedores, o prestarle o haberle prestado durante el mismo periodo, servicios profesionales independientes siempre que éstos impliquen subordinación;

e).- Ser socio, arrendador o inquilino del comerciante o algún acreedor.

f).- Tener interés directo o indirecto en el concurso mercantil o ser amigo cercano o enemigo manifiesto del comerciante o de sus acreedores.

g).- La incompatibilidad a que se refiere el inciso d), será de libre apreciación judicial, para lo cual el juzgador se deberá de allegar de elementos de convicción que justifiquen esta facultad discrecional, de lo contrario se traduciría en una inseguridad jurídica.

La impugnación del nombramiento del visitador no impide su entrada en funciones, ni suspende la continuación de la visita, por lo que esta impugnación se ventila en la vía incidental; lo

anterior se encuentra consagrado en los artículos 56 y 57 de la Ley de Concursos Mercantiles, y parece que realmente deja en estado de indefensión al comerciante y a los acreedores puesto que la visita de verificación es muy corta y como no se interrumpe el proceso de la visita con dicha impugnación a las características personales del visitador, es muy probable que la visita concluya inclusive antes de que se resuelva el incidente respectivo sobre dicha impugnación, lo que transgrediría la esfera jurídica del que se quejare por la vía incidental, limitando su derecho de defensa consagrado en los artículos 14 y 16 constitucionales.

En el siguiente capítulo se analizará si es correcto que para iniciar cualquier procedimiento concursal (en cualquiera de sus etapas), sea un presupuesto indispensable la práctica de la visita que hemos analizado hasta el momento.

VI. DE LAS FORMAS DE INICIAR EL CONCURSO MERCANTIL, Y LA NECESIDAD DE LA VISITA EN CADA UNA DE ELLAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Concursos Mercantiles, el procedimiento puede iniciar de dos formas:

a).- Por la solicitud del propio comerciante, en cuyo caso la ley la denomina "solicitud".

b).- Por demanda planteada en contra del deudor común por cualquier acreedor o por el Ministerio Público, en cuyo caso la ley la denomina "demanda".

Según el estudio del secretario técnico del IFECOM, en la práctica tanto la solicitud como la demanda, presentan variantes mismas que se catalogan de la siguiente forma: ⁵⁷

a) Demanda de declaración de concurso mercantil promovida contra un comerciante por su(s) acreedor(es) o por el Ministerio Público.

b) Solicitud de ser declarado en concurso mercantil planteada por el propio comerciante, sin petición en ninguna etapa en particular.

c) Solicitud de ser declarado en concurso mercantil planteada por el propio comerciante, con petición expresa en la etapa de conciliación.

⁵⁷ López Vallejo Ricardo, "Obligación de efectuar visita de verificación en el procedimiento de concurso mercantil con independencia de la etapa de apertura", consultable en www.ifecom.cfj.gob.mx.

d) Solicitud de concurso mercantil del mismo comerciante con petición expresa de declaración de quiebra.

e) Solicitud de declaración de quiebra formulada por el comerciante.

Se considera, sin embargo, que las iniciativas de los incisos "b)" y "c)", al igual que las últimas dos iniciativas comprenden la misma hipótesis, por lo que el estudio que a continuación se realiza sólo analiza las tres iniciativas identificadas con los incisos "a)", "c)", "d)", citadas por el autor mencionado.

Una vez hecha la anterior distinción, se analizará el diferente papel que juega el visitador, dependiendo del tipo de iniciativa de concurso, así como el análisis de la justificación en su actuar dependiendo cómo haya sido la iniciativa del concurso mercantil.

A. DE LA ACTUACIÓN DEL VISITADOR EN LA DEMANDA DE DECLARACIÓN DE CONCURSO MERCANTIL PROMOVIDA CONTRA UN COMERCIANTE POR SU(S) ACREEDOR(ES) O POR EL MINISTERIO PÚBLICO.

La función del visitador en la demanda de concurso mercantil es indispensable para llegar a dilucidar si realmente el comerciante se encuentra dentro de los supuestos del artículo 10 de la Ley Concursal, y puesto que éste es el caso típico en que se hace necesaria dicha visita de verificación, toda vez que no es el propio comerciante quien lo solicita, sino sus acreedores, entonces se deberá llevar a cabo la ya mencionada visita, para que se elabore un dictamen circunstanciado y razonado, que ya se trató en el anterior capítulo, para que el juzgador se haga llegar de elementos de

convicción que acrediten la situación real del comerciante, y así entonces, decretar o no el estado de concurso mercantil.

Esto resulta muy lógico puesto que ningún acreedor, ni el Ministerio Público, cuenta con los elementos suficientes para afirmar sin lugar a dudas que un comerciante ha incurrido en el incumplimiento generalizado de sus obligaciones, presentando las condiciones de que aquellas obligaciones de pago vencidas a dos o más acreedores distintos representen el 35% o más de todas las obligaciones a cargo del comerciante a la fecha en la que se haya presentado la demanda, y que el comerciante no tenga activos líquidos suficientes para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de la demanda. Para determinar con precisión estas circunstancias, es evidente que se requiere que un profesional técnico haga un cuidadoso análisis de los documentos contables y financieros de la empresa que se pretende declarar en concurso mercantil, a la cual no tiene acceso el acreedor.

B. DE LA ACTUACIÓN DEL VISITADOR EN LA SOLICITUD PLANTEADA POR EL PROPIO COMERCIANTE PARA SER DECLARADO EN CONCURSO MERCANTIL

En este apartado se demostrará que no se justifica la actuación del visitador cuando la solicitud de concurso mercantil es realizada por el propio comerciante, para lo cual se hará alusión a un caso práctico de una solicitud de concurso mercantil que actualmente se ventila en los juzgados de Distrito, y cuya experiencia ha demostrado que la visita de verificación en estos casos no es realmente necesaria y ha retrasado el procedimiento, poniendo en peligro inclusive el patrimonio del comerciante en perjuicio de éste y de sus acreedores.

El artículo 20 de la Ley de Concursos Mercantiles establece la posibilidad de que un comerciante que considere que ha incurrido en el incumplimiento generalizado de sus obligaciones en cualquiera de los dos supuestos establecidos en el artículo 10 de la ley citada (no en ambos, como acontece para las demandas) pueda solicitar que se le declare en concurso mercantil.

En el último párrafo de este numeral se dice que dicha solicitud deberá tramitarse conforme a las disposiciones aplicables a la demanda, sin hacer distinción alguna; no obstante, se trata de casos muy diversos. En el caso de la demanda, el acreedor no tiene más información que la que le consta: no le ha sido liquidado un crédito vencido. Pero en principio, lo más seguro es que no conozca el número y la cuantía de los créditos que pueda tener el deudor, ni qué porcentaje se encuentren vencidas, ni con qué activos líquidos cuenta a la fecha de presentación de la demanda. En el segundo caso, el de la solicitud, el comerciante proporciona al juez todos estos datos, ya que es necesario que acredite que ha incumplido en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos, y que se ha presentado alguna de las dos condiciones mencionadas por el artículo 10 de la ley de la materia.

El artículo 29 de la ley citada establece la obligación del juez de remitir copia de la demanda al IFECOM ordenándole que designe un visitador dentro de los 5 días siguientes a que reciba dicha comunicación. Dicho numeral solamente se refiere a la demanda sin establecer el procedimiento que se debe llevar a cabo para el caso de solicitud del propio comerciante, cuestión que me parece una omisión de la ley, puesto que no dilucida si

debe o no requerirse la presencia de un visitador para ese tipo de solicitudes.

Sin embargo, el artículo 24 del mismo ordenamiento aclara esta duda al señalar que el auto admisorio de la solicitud o demanda dejará de surtir sus efectos si el actor no garantiza los honorarios del visitador, por un monto equivalente a mil quinientos días de salario mínimo vigente para el Distrito Federal.⁵⁸

Lo anterior nos da la pauta para considerar que la intención del legislador fue la de incluir la actuación de un visitador en las solicitudes de concurso. Esto se ve reforzado por lo establecido en el numeral 28 que establece que en caso de desistimiento de la solicitud o demanda, el comerciante o los acreedores demandantes sufragarán los honorarios del visitador.

El artículo 20, que regula lo relativo a la solicitud de concurso mercantil hecha por el propio comerciante no hace referencia alguna a la visita de verificación, e incluso no establece en forma específica la obligación de garantizar los honorarios del visitador:

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

La Solicitud de declaración de Concurso Mercantil presentada por el propio Comerciante deberá contener el nombre completo, denominación o razón social del Comerciante, el domicilio que señale para oír y recibir notificaciones, así como en su caso el

⁵⁸ Ver capítulo séptimo en donde se toca más a fondo este tema.

domicilio social, el de sus diversas oficinas y establecimientos, incluyendo plantas, almacenes o bodegas, especificando en caso necesario en dónde tiene la Administración principal de su empresa o en caso de ser una persona física, el domicilio donde vive y además, a ella deberán acompañarse los anexos siguientes:

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

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

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

IV. Un inventario de todos sus bienes inmuebles y muebles, títulos valores, géneros de comercio y derechos de cualquier otra especie.

La Solicitud deberá tramitarse conforme a las disposiciones subsiguientes relativas a la Demanda.⁵⁹

A diferencia de lo anterior, el artículo 23, que regula lo relativo a la demanda, sí especifica la necesidad de acompañar el documento que acredite que se ha otorgado la garantía de los honorarios del visitador, por lo que resulta evidente que en esta hipótesis si es indispensable la visita de verificación:

Artículo 23.- La Demanda que presente un Acreedor, deberá acompañarse de:

I. Prueba documental que demuestre que tiene tal calidad;

II. El documento en que conste de manera fehaciente que se ha otorgado la garantía a la que se refiere el siguiente artículo, y

III. Los documentos originales o copias certificadas que el Demandante tenga en su poder y que hayan de servir como pruebas de su parte.⁶⁰

⁵⁹ Vid. Artículo 20 de la Ley de Concursos Mercantiles.

⁶⁰ Vid. Artículo 23 de la Ley de Concursos Mercantiles.

En el artículo 24, como ya se mencionó anteriormente, se disipa cualquier duda al establecer que el auto admisorio de la solicitud o de la demanda dejará de surtir sus efectos si el actor (sin distinguir si es el propio comerciante o algún acreedor) no garantiza los honorarios del visitador:

Artículo 24.- Si el Juez no encuentra motivo de improcedencia o defecto en el escrito de Solicitud o Demanda de Concurso Mercantil, o si fueren subsanadas las deficiencias, admitirá aquélla. El auto admisorio de la Solicitud o Demanda dejará de surtir sus efectos si el actor no garantiza los honorarios del visitador, por un monto equivalente a mil quinientos días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se le notifique el auto admisorio.

La garantía se liberará a favor del actor si el Juez desecha la Solicitud o Demanda o dicta sentencia que declare el Concurso Mercantil.

En caso de que la Demanda la presente el Ministerio Público no se requerirá la garantía a la que se refiere este artículo.⁶¹

Una vez convencidos de que para que se declare el Concurso Mercantil, independientemente de que se inicie el proceso con demanda o solicitud, la ley obliga a la práctica de la visita de verificación, a continuación se expone por qué dicha visita resulta innecesaria, cuando el concurso es solicitado por el comerciante, tal y como ya anticipamos:

a).- El artículo 20 de la Ley de concursos mercantiles señala la obligación de anexar los estados financieros del comerciante de los últimos tres años, los cuales deberán estar auditados cuando exista dicha obligación para el comerciante. Deberá también anexar una memoria en donde se razonan las causas que lo llevaron al estado de incumplimiento en que se encuentra (lo que en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos se denominaba "valoración conjunta y razonada"), así como una

relación de sus acreedores y deudores, indicando sus nombres y domicilios, la fecha de vencimiento de los créditos, y el grado con que estima se les debe reconocer indicando las características particulares de dichos créditos, así como de las garantías, reales o personales, que haya otorgado para garantizar deudas propias y de terceros. Finalmente, deberá anexar un inventario de todos sus bienes inmuebles y muebles, títulos, valores, géneros de comercio y derechos de cualquier otra especie.

b).-El numeral 30 establece cuál es el objeto de la visita, la cual es dictaminar si el comerciante incurrió en los supuestos previstos en el artículo 10 de la ley, así como la fecha de vencimiento de los créditos relacionados con esos hechos, y sugerir al juez las providencias precautorias que estime necesarias para la protección de la masa. Lo anterior se considera innecesario y redundante, puesto que del contenido de la solicitud y de los documentos que se le anexan, se puede desprender si se ha incumplido generalizadamente en el pago de las obligaciones. En el remoto caso de que no quedara claro al juzgador si se actualizan o no los supuestos de concurso mercantil, podría prevenir al comerciante en los términos del artículo 24 para que aclarara dicha situación.

c).-En la vida empresarial, el estado de concurso mercantil es fuertemente estigmatizado. En el ánimo de la mayoría de los empresarios, es señal de derrota empresarial, considerando al afectado como "un quebrado". A su vez, las líneas de crédito, indispensables para el comercio y la actividad empresarial, se hacen casi imposibles puesto que se pierde la confianza en las empresas en este estado, y muy probablemente los

⁶¹ Vid. Artículo 24 de la Ley de Concursos Mercantiles.

proveedores dejarán de surtirle materia prima a crédito, puesto que temen arriesgar sus patrimonios y que les dejen de pagar. Por otro lado la actividad bancaria penaliza fuertemente a los que se someten al estado de concurso, puesto que con algunos abusos en el pasado del beneficio de las suspensiones de pagos e incluso de las quiebras, el sistema financiero mexicano tuvo fuertes crisis, por lo que una institución de crédito o una casa de bolsa difícilmente otorgará créditos a este tipo de empresas. Por todo lo anterior, considero categóricamente que nadie solicita que se le declare en concurso, si no tiene la *necesidad verdadera* de acudir a esta figura para conservar su empresa. Por lo tanto, el legislador debió de confiar en el empresario que acude voluntariamente al cobijo de esta figura, y no poner en tela de duda sus afirmaciones, obligándolo a garantizar los honorarios de un visitador que realizará una visita de verificación que confirme lo que ya manifestó el propio comerciante, haciendo más largo y gravoso el procedimiento. La ley no valora lo anterior, puesto que como ya se analizó no hace un distinguo para los efectos de la visita de verificación, entre la iniciativa de concurso por una solicitud del propio comerciante y la iniciativa por demanda del acreedor para que se declare en concurso al comerciante. Incluso, para el improbable caso de que el comerciante mienta en las afirmaciones que realice en su solicitud, y el juez no advierta esta situación con los documentos que se acompañan, cualquier acreedor que se sintiera afectado tendría el recurso de apelar la sentencia que declare el concurso mercantil.

Por otro lado, no se debe pasar por alto que la Ley de Concursos Mercantiles es una ley de interés público, y que es de interés público conservar a las empresas y evitar que se ponga en riesgo la viabilidad de las mismas. Este es el

espíritu de la ley concursal, por lo que uno de los objetivos principales es maximizar el valor de la empresa, induciendo la búsqueda rápida y expedita de una conciliación entre los deudores y los acreedores. Dicha conciliación por otro lado tiene un plazo cierto, en el cual se debe llegar a un convenio, de lo contrario se procede a la quiebra de la empresa, por lo que se inhibe la posibilidad de que se extienda el cobijo del concurso mercantil por un tiempo indefinido en perjuicio de los acreedores. Por todo esto qué caso tendría desconfiar de la manifestación de un comerciante de que se encuentra en el estado de incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, si al ser de orden público la ley promueve resguardar un bien mayor que es el de la conservación de la empresa en beneficio de sus acreedores, se debe atender a este valor, que es un valor mayor al de cualquier acreedor singular.

d).- La solicitud de concurso mercantil la realiza un comerciante que se encuentra en una situación de incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, lo que se traduce en una falta de liquidez. El problema al que un comerciante en este estado se enfrenta es precisamente que no tiene bienes líquidos suficientes para afrontar las obligaciones vencidas con sus acreedores, y probablemente tampoco cuenta con la liquidez suficiente para depositar el monto de la garantía de los honorarios del visitador. La opción de obtener una fianza resulta compleja puesto que ninguna compañía afianzadora otorgaría una fianza sabiendo que se utilizará para acceder a un concurso mercantil. Estas condicionantes inhiben el acceso a esta herramienta legal y por lo tanto podría orillar a los comerciantes con problemas de liquidez a acudir a prácticas incluso ilegales tales como los llamados "tornillos" o huelgas

disfrazadas buscando obtener los beneficios que organizada y legítimamente podría obtener en el juicio concursal.

Por ello, se considera innecesario obligar al comerciante con problemas financieros a contratar los servicios de uno o varios profesionales, pagando honorarios altos, para que revisen el dicho del propio comerciante, el cual se encuentra acreditado con los documentos que se anexan a su escrito de solicitud.

En otras legislaciones no ponen por ningún motivo en tela de duda el dicho de los comerciantes que solicitan su concurso. Así, por ejemplo, en la Ley 22/2003 de España, del 9 de julio de 2003, establece en su artículo 14, apartado 1, que cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos constitutivos del concurso, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor. De lo anterior se desprende que dicha legislación por ningún motivo pone a juicio la manifestación que hace de buena fe el deudor de que se encuentra en estado de insolvencia, y cabe destacar que la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos operaba bajo el mismo principio en lo relativo a la figura de la suspensión de pagos, tal y como se desprende del artículo 404 de dicho ordenamiento abrogado.

Se narrará a continuación un caso práctico de un concurso mercantil solicitado por un grupo empresarial tapatío cuyo nombre se reserva para resguardar el secreto profesional; sin embargo con el mismo se justifican las propuestas de este trabajo.

Caso práctico:

Un grupo de empresas con más de 10 años como líderes en su ramo se enfrentan a un serio problema de liquidez porque la globalización trajo como consecuencia importaciones agresivas y masivas de productos que competían con los suyos, lo que ocasionó el cierre de las plantas productivas en México del mismo ramo por falta de competitividad, y los productos importados inundaron el mercado nacional, ocasionando una baja importante en el precio de la mercancía que producían. Dicho grupo empresarial, no obstante que luchó para salvar a las empresas del grupo, también se vio alcanzada por la misma situación de falta de liquidez que obligó a otros empresarios mexicanos dedicados a la misma actividad al cierre de sus empresas; aunado a lo anterior, el pago de altos intereses a los bancos afectó directamente toda utilidad que generara la operación, y a su vez sus proveedores internacionales les recortaron las líneas de crédito y los plazos para efectuar los pagos correspondientes por las causas ya señaladas. Por otro lado, uno de sus proveedores realizó un embargo de toda la negociación mercantil, ocasionando la semiparalización de las plantas productivas. En este contexto y por la situación de iliquidez de este grupo empresarial, se decidió solicitar el concurso mercantil de la empresa controladora y de las empresas controladas, a efecto de iniciar la etapa de conciliación y lograr la celebración de un convenio con los acreedores con el afán de salvar al grupo y seguir generando empleos.

Dicha solicitud se presentó el 14 de enero del 2003 ante el Juzgado de Distrito en Materia Civil en turno.

Se anexaron a la solicitud los estados financieros auditados, las memorias en las que se razonaba las causas del

estado generalizado de incumplimiento y la relación de acreedores y deudores, así como el inventario de bienes que señala la ley.

También acreditaron con un billete de depósito, que estaban debidamente garantizados los honorarios del visitador.

A su vez, solicitaron al juez que dictara la providencia precautoria consistente en la orden de suspender todo procedimiento de mandamiento de embargo o ejecución en contra de los bienes o derechos del grupo empresarial, con el objeto de proteger a la masa para que ningún acreedor se excediera en alguna ejecución, y fuere en perjuicio de todos los demás acreedores, salvaguardando así el principio de la "*par condicio creditorum*", puesto que se encontraban varios procedimientos de ejecución inminentes.

Con fecha 17 de enero del año 2003, el juez de Distrito de manera inexplicable, dictó un auto por el cual apercibía a la solicitante de acompañar 500 copias fotostáticas simples del escrito inicial de solicitud de concurso para así "... poder emplazar a todos los acreedores..." que el solicitante había enumerado, concediéndole el término de tres días para cumplimentarlo y de lo contrario se desecharía la solicitud.

La solicitante, ante la urgencia de que fuese admitida su solicitud y decretada la medida precautoria, tuvo que exhibir las copias solicitadas por el juez aunque fuera un apercibimiento ilegal, puesto que en primer lugar, la ley de la materia en ningún momento las exige, y en segundo lugar, la única razón de su exhibición era la de emplazar a los acreedores, lo cual era indebido procesalmente puesto que aún no se encontraba la empresa en el estado de concurso mercantil,

ni tampoco bajo el cobijo de ninguna medida precautoria por no haber sido todavía admitida dicha Solicitud.

Con fecha 30 de enero de 2003 (dieciséis días después de presentada la solicitud) el juez de Distrito admitió la solicitud de concurso mercantil ordenando girar oficios acompañados de copias simples de la solicitud a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público así como al IFECOM; además impuso como medidas precautorias la prohibición al comerciante de realizar operaciones de enajenación o gravamen de los bienes principales de su empresa al igual que decretó todas las medidas precautorias que establece el artículo 37 de la Ley Concursal y ordenó dar vista a todos los acreedores de la solicitante con copia del escrito de solicitud del concurso para que "...si estimaban pertinente participaran en la visita que realizaría el funcionario visitador del IFECOM...", comisionando al actuario judicial de su juzgado para que le diera vista a todos los acreedores cuyo domicilio estuviera bajo su jurisdicción y ordenó girar exhortos a los jueces de Distrito de diversos estados de la República para que se sirvieran dar vista de la solicitud a los acreedores cuyos domicilios estuvieran bajo su *iuris dictio*, así como ordenaba publicar edictos para notificar aquellos acreedores de la solicitante que no hubieren sido notificados personalmente (todo esto, sin fundamentar tales medidas).

Con fecha 12 de febrero de 2003, las solicitantes interpusieron un recurso de revocación en contra del auto de fecha 30 de enero alegando como único agravio la orden de darle vista a los acreedores con copia del escrito de solicitud de concurso, la cual era totalmente ilegal, puesto que en ningún precepto de la ley se concedía el derecho a todos los

acreedores del comerciante en la etapa de la visita a participar en ella, ni tampoco se les podía dar vista previamente a que se dictara la sentencia de concurso mercantil (nótese que hasta este momento ni siquiera habían empezado la visita domiciliaria), y se estaba poniendo en riesgo la viabilidad del grupo empresarial al notificar la solicitud a 500 acreedores perdiendo el tiempo para que se dictara la sentencia del concurso mercantil e iniciaran los efectos de la misma, no obstante que la ley establece que la visita debía durar únicamente 15 días prorrogables por 15 más, y con estas acciones se propició que se excediera notablemente este término fatal.

Con fecha 23 de febrero de 2003 el juez de Distrito confirmó el auto de fecha 17 de enero de 2003 bajo el argumento de que en los términos del artículo 1 de la Ley de Concursos Mercantiles, al ser de interés público su tramitación, con relación a los acreedores, sí era necesaria su intervención durante la visita, apuntando que a la luz del artículo 28 de la misma ley, para que pudiera existir desistimiento de la Solicitud, debía existir el consentimiento expreso de todos ellos y esto no se podría materializar si los acreedores no estaban enterados de la solicitud del concurso, confundiendo en forma notoria los conceptos de "solicitud" y "demanda".

Con fecha 10 de marzo de 2003, casi dos meses después de la presentación de la solicitud, los solicitantes interpusieron demanda de amparo indirecto en contra de la resolución señalada en el párrafo anterior, y el 11 de marzo de 2003 fue otorgada la suspensión provisional, cuyos efectos consistían en que dicho órgano jurisdiccional se abstuviera de seguir notificando a los acreedores. Desacatando la suspensión provisional, el

juez de Distrito ordenó la notificación de un buen número de acreedores, lo que trajo como consecuencia una inmediata reacción de decenas de acreedores encolerizados que presentaron sus respectivas acciones judiciales; los proveedores recortaron absolutamente todas las líneas de crédito; sobrevino un alud de embargos precautorios y ejecuciones judiciales; las compañías aseguradoras se negaban a renovar las pólizas de seguros, y lo más grave es que toda esta situación estaba siendo generada sin que se dictara aún la sentencia de concurso mercantil con sus efectos tanto en los juicios, en los contratos, y en el tipo de cambio que al momento de la solicitud era de \$10.50 (diez pesos con cincuenta centavos) por cada dólar americano, y en el momento al que nos referimos ya estaba a \$11.30 (once pesos con treinta centavos) por cada dólar americano, y solamente de pérdidas financieras ya se había causado un daño muy cuantioso a la empresa.

Sesenta días después de que fue presentada la solicitud de concurso mercantil, hizo su aparición el visitador y sus auxiliares, y como era de esperarse, la visita fue prorrogada por 15 días más en virtud de que debía de revisarse la información financiera de todo el grupo de empresas que conforman el grupo industrial. El visitador rindió su informe al juez del concurso avalando por supuesto la información financiera que habían presentado las solicitantes del concurso mercantil. Por ese trabajo de validación el visitador cobró por honorarios profesionales la cantidad de \$350,000.00, suma extremadamente gravosa para el grupo empresarial, deudor que carece de liquidez. El fundamento para esta suma fue la tabulación incluida en las Reglas de Carácter General.

Es conveniente señalar que el juez de Distrito que conoció del amparo indirecto ya mencionado, dictó sentencia en la audiencia constitucional, concediendo el amparo y la protección de la justicia federal en contra de los actos ilegales del juez del concurso, para los efectos de que no fueran notificados los acreedores ni se les diese intervención en la etapa de la visita. Esta ejecutoria de amparo demostró que efectivamente era improcedente la resolución del juez del concurso y su insistencia de que fuesen notificados y se les diera intervención en esta etapa procesal a los acreedores.

Sin embargo en el mismo auto en que quedó sin efectos respecto a la orden de notificar a todos los acreedores, también se contenía la orden de practicar la visita domiciliaria, y no especificó el juez de amparo si el fallo ordenaba modificar sólo parcialmente el auto impugnado, por lo que juez que conocía el concurso dejó sin efectos la primera visita y ordenó que se realizara una nueva visita, para la cual el visitador y sus auxiliares volvieron a cobrar sus honorarios. El resultado arrojado en esta segunda visita fue solamente la confirmación de los resultados de la primera visita y de los datos que había manifestado el solicitante en su solicitud, y tan sólo fue un gasto innecesario y una pérdida de tiempo.

Es el caso que hasta el día 14 de octubre del año 2003, se dictó la sentencia declarando en concurso mercantil al grupo empresarial. Nótese que ya habían transcurrido 264 días (doscientos sesenta y cuatro días) desde la fecha en que fue presentada la solicitud de declaración de concurso mercantil.

Ante la irregularidad de la actuación judicial del juez federal que conoce de este procedimiento concursal, es válido el planteamiento de las siguientes interrogantes:

- a) Con la abrogación de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos mediante la promulgación de la nueva Ley de Concursos Mercantiles, ¿realmente se logró una mayor seguridad jurídica para las partes interesadas y para la sociedad?
- b) ¿Fue oportuna la decisión del legislativo federal de que solamente los jueces de Distrito pudiesen conocer de los procedimientos concursales, no obstante que es de todos conocido que no les agrada tramitar procedimientos diversos a los juicios de amparo? ¿Realmente un juez de Distrito es mucho más docto que un juez del Fuero Común?
- c) ¿Realmente el Consejo de la Judicatura Federal se ha preocupado por capacitar y actualizar a los jueces de Distrito en la materia concursal?
- d) ¿Con este nuevo procedimiento concursal realmente se ha garantizado el principio de la *par condicio creditorum* en beneficio de todos los acreedores?
- e) ¿Realmente se justifica la actuación del visitador y de sus auxiliares en casos como el narrado en líneas anteriores cuando es el propio comerciante deudor el que

solicita su declaración de concurso mercantil? Debe tomarse en cuenta que el visitador cobró una considerable suma únicamente para confirmar lo que ya había acreditado el propio comerciante.

f) ¿Es justificable que la propia ley concursal favorezca el cobro de elevados gastos y honorarios del visitador y de sus auxiliares en los casos en que precisamente por falta de liquidez el comerciante deudor acuda voluntariamente a este procedimiento concursal

Estas interrogantes fueron precisamente las que motivaron a realizar este trabajo de tesis profesional tratando de buscar las respuestas adecuadas y propician mis propuestas que más adelante preciso.

Del anterior caso práctico se colige que en la *praxis* no debería de existir la visita de verificación cuando es el propio comerciante quien solicita su propio concurso, ya que de haberse seguido el principio marcado en la Ley Concursal española -que reza que cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos constitutivos del concurso, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor- no se hubieran tenido tantos desgastes en la operación de este grupo empresarial, ni se hubiese perdido la confianza en el mismo, ni se hubiesen tenido tantos detrimentos económicos, por el solo hecho de que el mismo grupo empresarial actuó de buena fe, y como ya hemos visto dicha visita resultó gravosa, poco dinámica y sobre todo

inútil, ya que sólo vino a confirmar lo que meses antes había afirmado el propio comerciante. Tampoco se salvaguardó el principio de la conservación de la empresa, ya que el procedimiento estuvo viciado de errores en donde peligró el patrimonio de la masa en perjuicio del grupo empresarial, de sus acreedores, de sus proveedores, de sus clientes, y por supuesto de sus trabajadores y del fisco, y no se resguardó el bien jurídico tutelado por la ley concursal de conservar la viabilidad de la empresa, ni se alcanzó el objetivo de maximizar el valor de la empresa, ya que no se logra la rápida y expedita conciliación entre los deudores y los acreedores, al haber sido tan larga, tan cara y tan tortuosa la visita de verificación, desatendiendo un bien mayor que es el de la conservación de la empresa en beneficio de sus acreedores y que la ley de orden público promueve resguardar, que es un valor mayor al de cualquier acreedor singular.

Es por ello que uno de los puntos primordiales propuestos en esta tesis es que debe ser eliminada la visita de verificación para este tipo de solicitudes.

C. DE LA SOLICITUD DE CONCURSO MERCANTIL DEL MISMO COMERCIANTE CON PETICIÓN EXPRESA DE DECLARACIÓN DE QUIEBRA

En este tipo de solicitud de concurso mercantil, la ley es confusa ya que existe duda en el sentido de si es o no necesaria la actuación del visitador y el desahogo de una visita de verificación, porque nos encontramos en el supuesto de excepción del artículo 43 fracción V de la multicitada Ley Concursal, el cual establece que la sentencia de declaración de concurso mercantil contendrá la declaración de apertura de la etapa de conciliación, *salvo que el comerciante haya solicitado*

su quiebra, por lo que podría parecer que si el comerciante en su escrito inicial solicita su propia quiebra, no será necesaria la visita de verificación, porque no es necesario comprobar que el mismo se encuentra dentro de los supuestos del artículo 10.

En principio, en estas solicitudes en que el propio comerciante solicita su concurso mercantil con petición expresa de declaración de quiebra, no debería ser necesaria la visita de verificación, puesto que es claro que el comerciante no está interesado en una etapa de conciliación, ni tampoco en llegar a ningún convenio con sus acreedores. Solamente desea ser llevado a la quiebra.

El conflicto es que la Ley de Concursos Mercantiles es confusa al referirse a estos supuestos.

Como ya hemos visto, el concurso mercantil consta de dos etapas: el concurso mercantil y la quiebra.

El artículo 43 fracción V de la citada ley concursal establece que la sentencia de concurso mercantil contendrá la declaración de apertura de la etapa de conciliación, salvo que el comerciante haya solicitado su quiebra, lo que significa que en este supuesto no se llevaría a cabo la etapa de conciliación. Sin embargo, sí sería necesaria una sentencia que declare el concurso mercantil de acreedores, lo que significaría que el comerciante debe agotar este procedimiento para que se le declare la quiebra, por lo que el procedimiento sería el siguiente:

1. Se debe solicitar el concurso mercantil del propio comerciante, cumpliendo con el requisito de garantizar los honorarios del visitador establecido en el artículo 24 de la ley concursal.
2. Se debe realizar una visita de verificación.
3. Se debe dictar una sentencia interlocutoria que declare el estado de concurso mercantil, con la salvedad de la fracción V del artículo 43 que establece que no contendrá dicha sentencia la declaración de apertura de la etapa de conciliación por haber sido solicitado por el comerciante su quiebra.
4. Posteriormente y una vez solicitada la quiebra por el propio comerciante, se deberá dictar una sentencia que declare la quiebra en los términos del artículo 167.

Lo anterior, por absurdo que parezca, es el procedimiento tortuoso que se debería de seguir según la redacción de la Ley de Concursos Mercantiles. Es obvio que resulta impráctico, sin embargo es muy claro el artículo 167 de la ley al establecer que será declarado en quiebra el propio comerciante *en concurso mercantil* cuando así lo solicite, por lo que es un requisito previo que se encuentre concursado.

Tal parece que el camino más fácil para que un comerciante sea declarado en quiebra es que, cometiendo un fraude a la ley, provoque ser demandado por un acreedor o por el Ministerio Público, y que el comerciante no produzca la contestación a la

demanda, para que el juez en los términos del artículo 26 certifique este hecho, declare precluido el derecho del comerciante rebelde a contestar, y dentro de los cinco días siguientes dicte la sentencia de concurso mercantil. Una vez en el estado de concurso, el comerciante solicitará su propia quiebra y entonces se dictará la sentencia que declare la quiebra.

Aunque parezca absurdo, tal parece que esta manera es más sencilla, menos costosa, menos tardada que la primera. Sin embargo, se considera innecesario todo este pandemio procesal, cometiendo "fraudes a la ley", cuando podría realizarse una sencilla modificación a la Ley de Concursos Mercantiles para que contemple un procedimiento especial en estos casos.

El anterior estudio arroja las siguientes consideraciones:

- No debería ser necesaria una visita de verificación en el caso en que el mismo comerciante solicite su quiebra, ya que nadie en su sano juicio solicitaría ser declarado en quiebra sin una *necesidad verdadera* a sabiendas que será removido de la administración de su empresa y que los bienes de la misma serán enajenados. Sin embargo el texto de la ley hasta ahora en el artículo 167 establece que para poder ser declarado en quiebra, es presupuesto procesal que el comerciante se encuentre en concurso.
- Además se justifica la supresión de practicar una visita al comerciante que desee ser declarado en concurso mercantil en la etapa de quiebra, por todas las

consideraciones hechas valer en el capítulo 6.2. "De la actuación del visitador en la solicitud planteada por el propio comerciante para ser declarado en concurso mercantil".

- Es absurdo que la ley señale que para ser declarado en concurso mercantil en la etapa de quiebra se deban dictar dos sentencias distintas, ya que se debe prever que cuando el comerciante pida su concurso en la etapa de quiebra, se dicte una sola sentencia de concurso mercantil con la apertura de la etapa de la quiebra.
- Es absurdo que se tengan que garantizar los honorarios de un visitador en la solicitud de concurso mercantil con petición expresa de quiebra, cuando lo que se debe procurar es evitar gastos innecesarios.
- Es absurdo que se demore la declaración del concurso mercantil y posteriormente de la quiebra, porque la ley no exime de que se practique la visita de verificación en estos casos.

La omisión de un tratamiento más ágil en estos casos en que el comerciante sea quien solicite su propia quiebra es una equivocación, puesto que se debería establecer categóricamente que cuando es el propio comerciante quien solicita su quiebra, no deben de garantizarse los honorarios del visitador, y mucho menos debe realizarse la visita de verificación, puesto que se entorpecería enormemente la intención del comerciante de ser declarado en quiebra.

En el capítulo de propuestas se hacen las que se consideran necesarias, derivadas de este punto, para que tanto el comerciante como sus acreedores gocen de una mayor seguridad jurídica, y no existan trabas auspiciadas por la propia ley para la impartición de la justicia.

VII. DE LOS HONORARIOS DEL VISITADOR. ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DEL ARTÍCULO 24 DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES

En el capítulo quinto de este trabajo se ha abordado el hecho de que los especialistas en concursos mercantiles tienen derecho a percibir sus honorarios por sus actuaciones; por otro lado se ha dicho que en el caso específico del visitador es requisito garantizar sus honorarios pues de lo contrario no se admitirá la solicitud o demanda de concurso. En este capítulo se quiere demostrar que las medidas tomadas por la ley en el caso de no garantizar los honorarios a que nos hemos referido son excesivas a tal grado que resultan inconstitucionales.

El artículo 24 de la Ley de Concursos Mercantiles se refiere a que si un juez no encuentra motivo o defecto en el escrito de solicitud o demanda de concurso mercantil, o si fueran subsanadas las deficiencias, admitirá aquella. Instituye que el auto admisorio de la solicitud o demanda dejará de surtir sus efectos si el actor no garantiza los honorarios del visitador, por un monto equivalente a mil quinientos días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se le notifique el auto admisorio.

Este numeral 24 de la ley concursal, adolece de vicios de inconstitucionalidad. Desde nuestro punto de vista viola el artículo 17 de la Carta Magna, lo cual se demostrará en este capítulo.

El artículo 17 constitucional consagra la garantía de seguridad jurídica establecida a favor del gobernado: *"Toda persona tiene derecho a que se le administre Justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las Leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales"*.

Como se colige de la simple lectura de esta disposición, la garantía de seguridad jurídica aludida se puede dividir en cuatro conceptos:

- a).-Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales.
- b).-Los tribunales estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes.
- c).-Los tribunales emitirán sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.
- d).-El servicio de los tribunales será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Ahora bien, analizaremos cada una de los anteriores conceptos en que se divide la garantía individual que nos ocupa.

El inciso "a)" que dice que "toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales" tiene un antecedente remoto en el *Deuteronomio* que establecía lo siguiente:

"Establecerás jueces y maestros en todas puertas, que el Señor Dios tuyo te diere en cada una de las tribus; para que juzguen al pueblo con justo juicio";⁶²

Ahora se conoce como el derecho a la justicia, es decir el derecho de acudir a los tribunales y que se ha concebido tradicionalmente como un derecho individual. Sin embargo, la tendencia a la socialización del derecho en el presente siglo le ha dado a esta facultad una proyección y un contenido sociales, porque se trata de lograr una justicia real y no sólo formal. Por ello, el derecho de acudir a la jurisdicción del Estado se ha convertido en un verdadero derecho a la justicia, entendida ésta como un valor social que debe ser realizado.⁶³

El derecho del individuo de acceso a la jurisdicción se traduce correlativamente en la obligación que tiene el Estado de instituir la administración de justicia como servicio público. Para ello debe crear los tribunales y otros organismos de administración de justicia, cuyo acceso debe estar *libre de obstáculos innecesarios*.⁶⁴

El inciso "b)" dice que "los tribunales estarán expeditos para impartir la justicia en los plazos y términos que fijen las Leyes"; se entiende por *expeditos* que se encuentren libres de estorbos,⁶⁵ y se traduce en la imposibilidad que tienen las autoridades judiciales de retardar o entorpecer indefinidamente la función de administrar Justicia, teniendo, en consecuencia, la obligación de sustanciar y resolver los juicios ante ellas ventilados dentro de los términos consignados por las Leyes procesales respectivas. La obligación estatal que se deriva de

⁶² Sagrada Biblia, capítulo XVI, versículos 18 y 20.

⁶³ Burgoa O. Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Porrúa 34 edición, México 2002, pp. 638- 639.

⁶⁴ Fix Fierro Héctor, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y Concordada*, Tomo I, 15*. Ed., editorial Porrúa, México 2000, p 224.

⁶⁵ *Breve Diccionario Porrúa De La Lengua Española*, 21*. Ed.

esta garantía de seguridad jurídica es eminentemente positiva, puesto que las autoridades estatales, judiciales, o tribunales tienen el deber de actuar en favor del gobernado, en el sentido de despachar los negocios en que éste intervenga en forma expedita. Es más, el hecho de que un juez se niegue a despachar un negocio pendiente ante él, bajo cualquier pretexto, aun cuando sea el de oscuridad o silencio de la ley, constituye un delito de abuso de autoridad.⁶⁶

La tercer idea señalada en el anterior inciso "c") que dice que "los tribunales emitirán sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial" significa que no exista una falta de prevención a favor o en contra de personas o cosas, pueda ser de una manera conciente o inconsciente, haciendo alusión a la Justicia de *Ulpiano* definida como *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*,⁶⁷ y que es el fin último de la administración de justicia.

La última parte del artículo constitucional que nos ocupa consagra la *manera gratuita de desempeñar la función jurisdiccional*. En vista de esta declaración, ninguna autoridad judicial puede cobrar a las partes remuneración alguna por el servicio que presta, lo que se traduce en la *prohibición constitucional de las costas Judiciales*, de lo contrario se desnaturalizaría esta función.⁶⁸

Aplicando las anteriores consideraciones al caso del Artículo 24 de la Ley de Concursos Mercantiles y en general a los honorarios del visitador, se llega a la conclusión de que el mismo adolece de vicios que violan el principio de seguridad

⁶⁶ Burgoa O. Ignacio Op. cit., p. 638

⁶⁷ Institutas d.1,1,10 pr. La constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho.

⁶⁸ Burgoa O. Ignacio. Op. cit. p. 638.

jurídica consignada en el artículo 17 de la Constitución Política de la República, por las siguientes consideraciones:

I.- Dicho numeral 24 somete al actor a la obligación de garantizar los honorarios del visitador, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se le notifique el auto admisorio; de lo contrario dejará de surtir efectos el acto admisorio y por lo tanto dejará de tener acceso a la *jurisdictio*, que como hemos visto dicho derecho se traduce correlativamente en la obligación que tiene el Estado de instituir la administración de justicia como servicio público, cuyo acceso debe estar *libre de obstáculos innecesarios* y el obstáculo consistente en garantizar los honorarios del visitador es realmente innecesario para que se administre justicia, puesto que sólo busca salvaguardar los intereses de un mero auxiliar de la justicia.

La ley no puede imponer obstáculos a la administración de la justicia, contraviniendo a la constitución, y menos tratándose de una ley de interés público, por lo que esta norma debería ser declarada Inconstitucional para que los tribunales puedan administrar justicia libres de estorbos, de retardos y sin que se entorpezca dicha función, y puedan cumplir con su obligación de sustanciar y resolver los juicios ante ellos ventilados.

En el caso en que es el propio comerciante el que solicita su concurso mercantil, ya sea en etapa de conciliación o de quiebra, es evidente este vicio de inconstitucionalidad, puesto que como se ha analizado en el capítulo anterior, no es necesaria una visita de verificación para que el juez se allegue de los elementos de convicción de la situación real del comerciante, porque estos son proporcionados por el propio

solicitante en su solicitud. Por lo que el hecho de que el artículo 24 de la ley concursal condicione la admisión de la solicitud a que se garanticen los honorarios del visitador, resulta absurdo y violatorio del artículo 17 de nuestra Carta Magna.

55090

En el caso en que sea un acreedor el que demande el concurso mercantil de un comerciante es también violatorio del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que se pone un obstáculo innecesario para poder acceder a la impartición de justicia por los tribunales.

No obstante que en estos casos la visita de verificación si es de utilidad para comprobar que el comerciante se encuentra en los supuestos del artículo 10 de la ley concursal, se considera que existen otras formas en que la ley podría regular el aseguramiento de los honorarios del visitador, pero sin que se supeditase la admisión de la demanda a esta garantía de los honorarios del visitador.

No perdamos de vista que el visitador es un auxiliar de la justicia, igual que los peritos en otras materias, por lo que es interesante comparar con las leyes en otras materias cual es el tratamiento que se le da para asegurar los emolumentos de los especialistas. Así por ejemplo el Código de Comercio, en su artículo 1257 en el último párrafo regula los casos en que el juez nombra un perito tercero en discordia y establece que sus honorarios serán cubiertos por ambas partes. El tratamiento que le da esta ley a la forma de garantizar los honorarios del perito es la siguiente:

Artículo 1257.- (...).

En todos los casos en que el tribunal designe a los peritos, los honorarios de éstos se cubrirán por mitad por ambas partes, y

aquella que no pague lo que le corresponde será apremiada por resolución que contenga ejecución y embargo en sus bienes. En el supuesto de que alguna de las partes no cumpla con su carga procesal de pago de honorarios al perito designado por el juez, dicha parte incumplida perderá todo derecho para impugnar el peritaje que se emita por dicho tercero.⁶⁹

Por lo tanto en el caso en que una de las partes deje de cubrir los honorarios del perito será apremiada por resolución que contenga ejecución y embargo en sus bienes, además de que perderá el derecho a impugnar el peritaje que se emita.

La anterior es una solución interesante, que bien pudiese ser tomada por la legislación concursal para que estableciera que si una parte que esté obligada al pago de los honorarios del visitador incumple con el pago de los mismos, se le apremia con una resolución que contenga ejecución y embargo en sus bienes, de esta manera el visitador no quedaría desprotegido ante quien estuviera obligado al pago de sus honorarios, y además se eliminaría el estorbo innecesario que está prohibido en el artículo 17 constitucional.

Además cabe hacer la siguiente reflexión: la garantía a la que se está obligado en el artículo 24 de la ley concursal, asciende a 1500 días de salario mínimo que se traducen aproximadamente en \$65,000.00 pesos; en el caso práctico que se narró en párrafos anteriores se pagó por concepto de honorarios del visitador y de sus auxiliares la cantidad de \$350,000.00 (trescientos cincuenta mil pesos), proporcionalmente, la garantía que se otorga para los honorarios del visitador, que tanto realmente pueden asegurar que el visitador logre cobrar sus honorarios. Y por otro lado, qué tan válido puede ser que una ley federal transgreda una garantía de seguridad jurídica, por salvaguardar el derecho de los visitantes a cobrar sus

⁶⁹ Vid. Artículo 1257 del Código de Comercio.

honorarios; máxime cuando existen formas de garantizarse sin que violen un artículo constitucional y una garantía individual, como la que sugiere el Código de Comercio, pues si el obligado a cubrir los honorarios del visitador, dejare de hacerlo se le apremiará mediante una resolución que contenga ejecución y embargo en sus bienes.

Por otro lado toda vez que estamos convencidos que cuando el solicitante del concurso sea el propio comerciante, no es necesaria la visita de verificación. La anterior adición sólo sería aplicable cuando sean los acreedores quienes demanden el concurso mercantil.

Por último al supeditar la impartición de justicia a garantizar los honorarios del visitador, se violenta el interés público que tutela la ley, puesto que la conservación de la empresa es el bien jurídico tutelado por la ley, no se puede ver coartado por no garantizar al visitador sus honorarios, puesto que se debe atender a un bien mayor que es la viabilidad de las empresas en beneficio de sus acreedores.

Existen algunos doctrinistas que se inclinan por aseverar que la orden de cubrir los honorarios del visitador es inconstitucional por que los consideran costas judiciales, de las prohibidas en el Artículo 17 de la Carta Magna. Las razones que arguyen es que el visitador está encargado del ejercicio específico de una función pública en su carácter de auxiliar de la administración de la justicia, y el hecho de que las partes en el juicio cubran a los encargados de la administración de la justicia, así sean auxiliares, los emolumentos que devenguen

por la realización de la función pública, *contraviene el principio de gratuidad en la impartición de la justicia*⁷⁰.

Se ha señalado que como el juez de Distrito debe de ser ilustrado sobre los conocimientos técnicos a fin de que esté en aptitud de resolver sobre la sentencia que declare o no el Concurso Mercantil, no debería ser impuesto a las partes los honorarios del visitador, ya que se devengan de una función pública realizada y absolutamente unida a la del juez de Distrito.

Sin embargo no se sostiene este criterio en la presente tesis toda vez que no se considera que sean costas judiciales.

Por todo lo anterior se considera que el artículo 24 de la Ley de Concursos Mercantiles contraviene el artículo 17 de la Constitución. A continuación se establece un capítulo de conclusiones y propuestas que arroja los resultados del presente trabajo de investigación.

⁷⁰ Acosta Romero Miguel, *Op. Cit.* p. 182.

CONCLUSIONES:

PRIMERA. Los principios ordenadores del concurso mercantil son: el interés público, la organización colectiva de acreedores, la igualdad de trato para los acreedores, la unicidad e integridad del patrimonio de las unidades económicas, unicidad y generalidad del procedimiento, la conservación de la empresa, procedimiento oficioso, los cuales deben ser respetados para que se cumpla el objetivo de los procedimientos concursales.

SEGUNDA. Para que el juez esté en aptitud de declarar a un comerciante en el estado de concurso mercantil, ordena que se realice una visita al comerciante para determinar si el comerciante incurrió en los actos previstos en el artículo 10 de la Ley de Concursos Mercantiles.

TERCERA. El visitador, tiene la función de realizar las visitas de verificación a los comerciantes para verificar si se encuentran o no en los supuestos del artículo 10 de la Ley de Concursos Mercantiles, y sugerirá al juez las providencias precautorias a tomarse.

CUARTA. El visitador, así como sus auxiliares, tendrán derecho al cobro de honorarios por la realización de las funciones encomendadas por la ley y dichos honorarios se considerarán créditos en contra de la masa.

QUINTA. El artículo 24 de dicha ley establece una obligación tanto para el acreedor que demande el concurso mercantil, como para el comerciante que solicite su propio concurso mercantil, de garantizar los honorarios del visitador hasta por un monto equivalente a 1,500 salarios mínimos vigentes en el Distrito Federal.

SEXTA. Se considera necesario que sea *taxativa* la obligación del juez en dictar las medidas precautorias que salvaguarden el principio de conservación de la empresa.

SÉPTIMA. La naturaleza jurídica del visitador es la de un auxiliar en la administración de justicia; no se le puede considerar un funcionario público, pero sí se puede establecer que el visitador se encuentra encargado del ejercicio específico de una función pública, no permanente, en su carácter de auxiliar de la administración de justicia.

OCTAVA. Se considera excesiva esta facultad del visitador para interponer el recurso de apelación, puesto que realmente el sentido de la sentencia de concurso mercantil no le puede ocasionar un agravio al visitador puesto que no es parte en el procedimiento.

NOVENA. Cuando se demanda la declaración de concurso mercantil promovida en contra de un comerciante por un acreedor o por el Ministerio Público, sí es necesaria la visita de verificación para que el juzgador se haga llegar de elementos de convicción

que acrediten la situación real del comerciante, y así entonces, decretar o no el estado de concurso mercantil.

DÉCIMA. Cuando la Solicitud de ser declarado en concurso mercantil se plantea por el propio comerciante no debería ordenarse la visita de verificación por resultar innecesaria.

DÉCIMA PRIMERA. Cuando la Solicitud de ser declarado en Concurso Mercantil con petición expresa de declaración de quiebra se plantea por el mismo comerciante, es innecesaria la visita de verificación, por lo que no debería de ordenarse.

DÉCIMA SEGUNDA. El artículo 24 de la ley concursal obliga al actor a garantizar los honorarios del visitador, con lo que se vulnera la garantía de seguridad jurídica contenida en el artículo 17 constitucional al no permitir que toda persona tenga el derecho a que se le administre justicia, puesto que se imponen obstáculos innecesarios, y no se logra el espíritu de la ley concursal de la conservación de la empresa, puesto que se supedita la impartición de justicia a garantizar los honorarios del visitador, violentando el interés público.

PROPUESTAS

Por lo anterior se propone en este estudio de tesis las siguientes modificaciones a la Ley de Concursos Mercantiles⁷¹:

PRIMERA.- Modificación al artículo 20 de la Ley de Concursos Mercantiles en el sentido de que la solicitud se tramitará conforme a las disposiciones relativas a la demanda, con excepción de lo que se refiera al visitador y a la visita de verificación para quedar como sigue:

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

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

⁷¹ Todo lo resaltado en éste capítulo corresponde a las adiciones o modificaciones que son propuestas en este estudio de tesis.

- I.
- II. ...
- III. ...
- IV.

La Solicitud deberá tramitarse conforme a las disposiciones subsiguientes relativas a la Demanda, con excepción de lo relativo al visitador y a la visita de verificación, a menos que el solicitante decida someterse voluntariamente a dicha visita.

SEGUNDA.- Modificación al artículo 24 de la Ley de Concursos Mercantiles en el sentido de eliminar la obligación del solicitante de garantizar los honorarios del visitador, y eliminando la prevención consistente en los tres días que tiene el Demandante para acreditar la garantía de los honorarios del visitador, puesto que el artículo 23 establece la obligación de acompañar dicho documento a la Demanda y el Juzgado puede apercibirle para que lo acompañe, para quedar como sigue:

"Artículo 24.- Si el Juez no encuentra motivo de improcedencia o defecto en el escrito de Solicitud o Demanda de Concurso Mercantil, o si fueren subsanadas las deficiencias, admitirá aquélla.

TERCERA.- Adición de un artículo 42-A que sea en el mismo sentido que el artículo 13 de la Ley Concursal Española que diga:

"Artículo 42-A.- Cuando el Comerciante haya solicitado que se le declare en Concurso Mercantil, el Juez dictará la Sentencia declarando el Concurso Mercantil."

CUARTA.- Modificación al artículo 43, en el sentido de que la Sentencia de Concurso Mercantil señale la lista de acreedores establecida por el propio comerciante en su Solicitud, y a la fracción V para que se prevea la posibilidad de que la Sentencia de Concurso Mercantil abra la etapa de quiebra si así lo solicitó el comerciante en su solicitud, para quedar como sigue:

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

I...

II...

III. La fundamentación de la sentencia en términos de lo establecido en el artículo 10 de esta Ley, así como, en su caso, una lista de los Acreedores que el visitador hubiese identificado en la contabilidad del Comerciante **en el caso de la Demanda, y en el caso de que lo haya solicitado el propio Comerciante la lista de Acreedores que**

acompaña en su Solicitud, señalando el monto de los adeudos con cada uno de ellos, sin que ello agote el procedimiento de reconocimiento, graduación y prelación de créditos a que se refiere el Título Cuarto de esta Ley;

IV...

V.- La declaración de apertura de la etapa de conciliación, salvo que el comerciante haya solicitado su quiebra, **en cuyo caso la declaración de apertura de la etapa de quiebra.**"

QUINTA.- Propongo una modificación en el numeral 37 de la ley concursal para que sea taxativa la obligación del Juez de dictar las medidas precautorias que den seguridad jurídica al comerciante deudor, quedando de la siguiente manera:

"Artículo 37.- Además de las providencias precautorias a que hace referencia el artículo 25, el visitador podrá solicitar al Juez en el transcurso de la visita la adopción, modificación o levantamiento de las providencias precautorias a las que se refiere este artículo, con el objeto de proteger la Masa y los derechos de los acreedores, debiendo fundamentar en todos los casos las razones de su solicitud.

El Juez **deberá** dictar las providencias precautorias, **contenidas en las fracciones I, II, III, VI, del presente artículo, así como las**

demás que estime necesarias una vez que reciba la solicitud, o bien de oficio.”

SEXTA.- se debe adicionar un artículo que establezca que si el obligado al pago de los honorarios del visitador no paga lo que le corresponde, será apremiado por resolución que contenga ejecución y embargo en sus bienes. En el supuesto de que las partes no cumplan con su carga procesal de pago de honorarios al visitador designado, dicha parte incumplida perderá todo derecho a ofrecer los alegatos respecto al dictamen, modificando por lo tanto el artículo 41 de la Ley de Concursos Mercantiles para efectos de incorporar esta modificación.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Romero Miguel y Romero Miranda Tania. *Manual De Concursos Mercantiles Y Quiebras*, Porrúa, México, 2001.
- Ambrosioni E. Carlos Y Co. *Lecciones de Derecho Romano*. Buenos Aires, editorial ábaco de Rodolfo DePalma.
- Arangio Ruiz Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano Traducción de la 10ª Ed. Italiana*, ediciones DePalma, Buenos Aires, 1986.
- Burgoa O. Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Porrúa 34ª Ed., México, 2002.
- Carames Ferro José, *Curso de Derecho Romano*. 10ª Ed., Buenos Aires.
- Cervantes Ahumada Raúl, *Derecho de Quiebras*, México, Editorial Herrero, 3ª Ed., 1981.
- Cervantes Martínez Jaime D., *Nueva Ley de Concursos Mercantiles*, Cárdenas Editor Y Distribuidor, 2ª Ed., México, 2000.
- Dávalos Mejía Carlos Felipe. *Títulos Y Contratos De Crédito, Quiebras*, Tomo III, Ed. Harla.

- D'ors Alvaro. *Derecho Romano Privado*. 5ª edición. Pamplona 1983. Ediciones Universidad Navarra.
- D'ors ALVARO. *El Digesto de Justiniano*. Tomo III. Versión castellana. Pamplona 1975. ARANZADI.
- Fix Fierro Héctor, *Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos Comentada Y Concordada*, Tomo I, 15ª Ed., Porrúa, México, 2000.
- Floris Margadant S. Guillermo, *El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*. 24ª Ed. México 1999. Esfinge.
- Gayo, *Instituciones de Gayo* 4.21.
- Gutiérrez Alviz Y A. Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, 3ª Ed., Madrid 1982, REUS.
- Iglesias Redondo Juan. *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 11ª Ed., Barcelona 1993, Ariel Derecho.
- Petit Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 9ª Ed., Reimpresión España, NACIONAL.
- Rascón García César Y González José María, *Ley de las XII Tablas, traducción y observaciones*, España, Tecnos S.A., 1993.
- Rodríguez Y Rodríguez Joaquín , *Derecho Mercantil*, Segundo Tomo, Ed. Porrúa, 19ª Ed.

- Volterra Eduardo, *Instituciones de Derecho Romano Privado*, 1ª Impresión en castellano, Civitas.

PÁGINAS WEB

- [WWW.IFECOM.CFJ.GOB.MX/ INFORMACION/ESTUDIOS_LISTA.ASP](http://WWW.IFECOM.CFJ.GOB.MX/INFORMACION/ESTUDIOS_LISTA.ASP)
- HTTP:WWW.CDDHCU.GOB.MX/AVISO.HTM

LEYES

- Ley de Concursos Mercantiles.
- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
- Código de Comercio.
- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Ley Concursal Española.

PUBLICACIONES

- López Vallejo Ricardo , "Obligación de Efectuar Visita de Verificación en el Procedimiento de Concurso Mercantil con Independencia de la Etapa de Apertura", consultable en la página WEB: www.ifecom.cfj.gob.mx
- López Vallejo Ricardo, secretario técnico del Ifecom, "Consideraciones a Los Concursos Mercantiles", Consultable En La Pagina Web www.Ifecom.cfj.gob.mx

DICCIONARIOS

- Breve Diccionario Porrúa de la Lengua Española, 21^a Ed.

ImpreTesis

TESIS PROFESIONALES

TEL. 36-14-03-95

**ENRIQUE GONZALEZ MARTINEZ No.30
GUADALAJARA, JAL. ZONA CENTRO**