

CAPÍTULO II: “LA RETROACCIÓN DENTRO DEL CONCURSO MERCANTIL”

CAPÍTULO II: LA RETROACCIÓN DENTRO DEL CONCURSO MERCANTIL.

2.1. Introducción.

Durante el transcurso del tiempo la forma de llevar a cabo el comercio ha venido evolucionando, ha dejado de ser un simple trueque con sus elementos mínimos para convertirse en una actividad que ha obligado a los países a abrir sus fronteras y entrar al mundo de la globalización y a su ardua competencia.

El comerciante se ha visto con una mayor protección jurídica con el otorgamiento de derechos y a la vez se le han impuesto deberes que con la historia se ha visto que es necesario imponer para lograr que realmente exista una igualdad y equidad entre las personas que realizan los actos mercantiles.

El fin de cualquier comerciante es obtener una liquidez y un florecimiento en su empresa, es por eso que hoy en día son más las materias que se suman para llevar un correcto y eficaz control sobre lo mercantil, el auge que se tiene ha invocado que el Estado asuma la tutela de salvaguardar los intereses generales de los comerciantes y de sus actividades, siempre con el fin de que debido al impacto que cada empresa o bien tan solo un comerciante produce en el medio en que se establezca afecta de una manera positiva o negativa en los sectores económicos, demográficos, ambientales, entre otros; es por ello que la toma de sus decisiones deben de estar respaldadas por una legitimidad y deben de estar ausentes de cualquier clase de vicios. Como bien lo establece la exposición de motivos de la Ley de Concurso Mercantil:

“La empresa considerada como la organización de trabajo, bienes materiales e intangibles destinados a producir u ofrecer profesionalmente bienes y servicios al mercado, con fines lucrativos, puede tener éxito o bien encontrarse en serias dificultades que amenacen su supervivencia. La quiebra de una empresa no trata de un incumplimiento singular y concreto de una obligación, sino de un

incumplimiento, que afecta a todos los que tienen relación con la empresa e igualmente afecta la supervivencia económica de los trabajadores que laboran en ella, de manera que su quiebra repercute en todo su entorno social.”¹

La planeación y dirección que hagan las personas físicas o morales mercantiles es de vital importancia ya que de ello dependen las acciones que deberán seguir para lograr de manera satisfactoria el lucro que se busca.

Han existido diversas posturas en cuanto al trato que se le debe otorgar al comerciante cuando no da un correcto cumplimiento a las obligaciones que fue adquiriendo para su negocio. La evolución a las condiciones en que se sitúa al comerciante han ido cambiando de acuerdo a las ideologías, costumbres y prioridades de la época. De igual forma se han optado medidas para aquellos que cesan en el incumplimiento, colocándolos en un estado jurídico pues dejaron de cumplir con sus obligaciones líquidas y vencidas.

Cuando un comerciante llega al punto de la quiebra es importante que se establezcan las razones por las cuales llegó a este hecho. Es por ello que el juez debe de realizar una valoración de los actos que se llevaron a cabo en la administración del negocio para poder verificar las causas y así comprobar si cayó en quiebra por un caso fortuito, culpable o por fraude. Es de recordar que se busca siempre la protección a los terceros que tienen relación con el comerciante así como al medio que lo rodea, entonces en base a este amparo, el juez buscara la manera de salvar la empresa para que esta continúe con su existencia o bien la de asegurar evitar un daño al patrimonio de los acreedores que actúan de acuerdo a derecho.

En la Ley de Concursos Mercantiles el fin primordial que se persigue es el de dar una protección tanto a empresarios, acreedores, consumidores, clientes, proveedores, trabajadores y a la sociedad, de manera que cuando surjan irregularidades en el desenvolvimiento de actividades de la empresa esta se

¹ Texto de la Exposición de Motivos de la Ley de Concursos Mercantiles.

pueda ver respaldada por un sistema que ampara su buen funcionamiento; como bien se ve plasmado en su primer artículo que a la letra señala:

Artículo 1.-...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.

La legislación mexicana contempla a la figura de la retroacción, misma que adoptó del sistema del Derecho Francés; como uno de los medios de aseguramiento hacia las partes, para que en dado momento la situación financiera de una empresa no afecte de manera drástica el funcionamiento de otras que están en conjunto trabajo con la misma.

Para el Diccionario de la Lengua Española, retroactividad es “calidad de retroactivo”, y retroactivo, aquello “que obra o tiene fuerza sobre lo pasado”². Salvador Ochoa Olvera nos dice que “se entiende por retroacción el lapso que transcurre entre el día de la declaración de quiebra y la fecha a la que la sentencia de la misma retrotrae sus efectos”³

Es por eso que la figura de la retroacción juega un papel importante en el concurso mercantil ya que en base a ella se podrá garantizar el efectivo fin del juicio, la fijación de la fecha será un indicador sobre cual era la intención del comerciante al momento de celebrar obligaciones y de dejar de cumplirlas.

La retroacción es una figura sin duda de carácter sumamente condenable, pero el criterio que sigue el juez es flexible, con el fin de saber en que momento debe de aplicarla en su esplendor.

2.2. Nociones del Concurso Mercantil.

² Consultado en la página web: <http://www.rae.es/>

³ Ochoa Olvera, Salvador. *Quiebras y Suspensión de Pagos*. Editorial Mundo Nuevo. México 1992. Pág.144.

El nacimiento de la materia concursal en nuestro país es reciente, hace apenas seis años aproximadamente cuando se dio inicio a la vigencia y aplicación de una verdadera Ley concursal.

A partir del siglo XIX es cuando surgen los antecedentes inmediatos de nuestra legislación actual. De acuerdo a varios autores, la disposición que vino a solucionar los problemas y controversias de índole mercantil durante ésta época, fueron las Ordenanzas de la Ilustre Universidad y casa de Contratación de la muy noble y muy leal villa de Bilbao, cuya vigencia y aplicación en México tuvo lugar a partir del año de 1841. Posteriormente comienza el desarrollo de la codificación de las disposiciones mercantiles mexicanas, y así para 1854 se instituye nuestro primer Código de comercio. Para 1883 surge nuestra segunda codificación mercantil y en 1889 nace el Código de comercio que nos rige actualmente.

En 1943 se aprueba la primera ley de Quiebras y Suspensión de pagos y con esto se la materia reguladora de la Quiebra se separa del Código de comercio. El 12 de mayo del 2000 se abroga la ley de Quiebras y surge la Ley de Concursos Mercantiles vigente hasta este momento.

Resulta de especial atención el código de 1883 debido a que es la primera legislación mercantil que incluye el régimen de la Retroacción en la Quiebra, tema que es motivo de éste análisis.

La Retroacción dentro de la Quiebra se establece debido a que tanto la cesación de pagos como la insolvencia, son situaciones en las que se puede incurrir en una fecha anterior a aquella en que se comprueba su existencia y se declara judicialmente la Quiebra. Durante esta etapa de retroacción lo que se persigue es verificar y analizar aquellas actividades que realizó sujeto el declarado en estado de Quiebra, tendientes a empobrecer su patrimonio, con el fin de no cumplir con las obligaciones adquiridas con sus acreedores.

La retroacción en la Quiebra consiste en que algunos efectos de la misma se produzcan no a partir de la fecha de declaración de la Quiebra, sino a partir del momento anterior que el juez señale, por estimar que ya entonces el comerciante se hallaba en cesación de pagos.

Así mismo, consideramos de suma importancia conocer el procedimiento que se lleva a cabo dentro del concurso mercantil para poder comprender con mayor precisión sus alcances y sus etapas.

De acuerdo a lo ya mencionado anteriormente, todo concurso mercantil involucra un procedimiento de interés público cuya finalidad inmediata es promover la preservación de las empresas y evitar que se ponga en riesgo la viabilidad de las mismas debido al incumplimiento generalizado de pago de las obligaciones adquiridas.

Las disposiciones concursales se inspiran esencialmente en la necesidad, de orden público, que tiene el Estado de tutelar la situación de los acreedores, quienes contratan con el empresario en función de una expectativa de responsabilidad que naturalmente y en forma espontánea trasunta la empresa. También se protege al deudor de buena fe; y esencialmente, se busca sancionar al empresario de mala fe que con su conducta, de manera ilegítima, disipa aquellas expectativas de responsabilidad y defrauda a sus acreedores enajenando su patrimonio y tornando vacua la garantía de su establecimiento como prenda común. De esta manera, se acepta que la finalidad esencial del proceso concursal consiste en la organización legal, colectiva y general de los acreedores, con el propósito de integrar, depurar y conservar el patrimonio del deudor insolvente...⁴

Dicho proceso consta de dos etapas sucesivas, la conciliación y la quiebra, de acuerdo a lo que establece el artículo segundo de la Ley de Concursos Mercantiles, sin embargo, para algunos autores no solamente existen dos etapas, sino tres: la etapa anterior al concurso, la conciliación y la Quiebra.

⁴ Miguel, Juan Luís. *Retroacción en la Quiebra*. Editorial depalma. Buenos Aires, Argentina, 1984. Pags. 4, 9.

Rosa María Rojas Vértiz estima que la etapa anterior al concurso es imprescindible, debido a que dentro de ella se busca determinar si se cumplen los supuestos para la declaración del Concurso Mercantil. Las dos últimas etapas pueden ser alternativas. La etapa anterior al concurso se inicia con la demanda o solicitud de concurso que pueden presentar ante el juez el comerciante, sus acreedores o el Ministerio Público. El juez ordena al Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles la designación de un visitador que en un periodo de quince a treinta días debe rendir un dictamen sobre la situación de la Empresa del comerciante. Se da un periodo al comerciante para contestar la demanda, y un periodo para formular alegatos. En caso de que se considere procedente la declaración de concurso, el juez dicta la Sentencia de declaración de Concurso Mercantil, con la que inicia la etapa de conciliación.⁵

Para comprender con mayor precisión lo anteriormente expuesto, es menester advertir a que sujetos la ley mercantil considera comerciantes. De acuerdo con el artículo tercero del Código de Comercio se reputan comerciantes:

1. Las personas que teniendo la capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
2. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;
3. Las sociedades extranjeras o las agencias o sucursales de estas que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Por otra parte, la misma ley establece que el juez es el rector del procedimiento del concurso, otorgándole las facultades necesarias para dar cumplimiento a lo que las disposiciones aplicables establecen. La competencia del juez depende de la jurisdicción, siendo apto para conocer aquél que tenga jurisdicción en el lugar en donde se ubique el domicilio del comerciante.

⁵ Rojas Vértiz, Rosa María. *El nuevo concurso mercantil mexicano*. Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM. Revista jurídica: "Boletín Mexicano de Derecho comparado", número 105, septiembre-diciembre 2002 .www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/el/el12.htm

La conciliación es una etapa cuyo fin es lograr la conservación de la empresa por medio de un convenio que suscriba el comerciante con sus acreedores reconocidos, lo cual le permitirá a éste evitar la Quiebra. Se inicia con la sentencia de concurso y su duración será entre 185 y 365 días naturales, contados a partir de la publicación en el Diario Oficial de la Federación de dicha sentencia.

De acuerdo con la ley de concursos mercantiles son acreedores reconocidos todos aquellos que adquieran tal carácter por virtud de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

El convenio de conciliación dentro del concurso es una especie de "renegociación" de las obligaciones entre las partes que intervienen en él. La intervención dentro de esta fase otorga consecuencias favorables para las partes, ya que se puede pactar una forma de pago que convenga a ambos, ya que la finalidad de todo el procedimiento va encaminada a tomar las medidas pertinentes para salvaguardar la empresa.

La quiebra es la etapa final en la que se procede a la venta de la empresa del comerciante, así como de sus unidades productivas o de los bienes que la integran, para que el producto de esa venta se implemente para el pago a los acreedores reconocidos.

La quiebra se aplica tanto a personas físicas como a personas morales. El objetivo que busca la quiebra en las personas morales es la disolución y liquidación de la sociedad mercantil para que se realice la distribución de los bienes de la misma entre los acreedores hasta el monto que alcance para pagar las deudas que adquirió, posterior a esto viene la liquidación.

A diferencia de la conciliación, la quiebra trae consecuencias ruinosas y poco benéficas para los comerciantes; el comerciante queda en un estado de insolvencia o crisis económica, pierde capital e inversiones, fracasa en su negocio, etc. En el caso concreto de las personas físicas las deja en un estado de imposibilidad o limitante para desempeñar para desempeñar algún cargo, por ejemplo, el artículo 12 del Código de comercio, en su fracción segunda,

establece que no pueden ejercer el comercio las personas quebradas que no hayan sido rehabilitadas.

La insolvencia de la empresa es determinada por las siguientes cuestiones:

1. Porque sus pasivos sean mayores a sus activos.
2. Por falta de liquidez para cubrir sus obligaciones.

La misma Ley concursal establece los supuestos por los que un comerciante puede ser declarado en estado de Quiebra, y estos son:

1. Porque el propio comerciante así lo solicite.
2. Debido a que transcurra el término para la conciliación y las prorrogas que se hubieren concedido, sin que se someta al juez, para su aprobación, un convenio en términos de la ley. En este supuesto, la ley le permite al comerciante decidir de manera unilateral si se va directamente a la etapa de quiebra, saltándose la conciliación.
3. Porque el conciliador solicite la declaración de la quiebra y el juez la conceda debido a que considere la falta de disposición del comerciante o de sus acreedores para suscribir el convenio de conciliación. La solicitud del conciliador se tramitará vía incidental y deberá estar motivada la causa de dicha solicitud.

El concurso mercantil puede terminar por las siguientes causas:

1. Por la aprobación del convenio de conciliación;
2. Por la realización del pago de las obligaciones dentro de la etapa de conciliación;
3. Cuando se efectúa el pago a los acreedores reconocidos mediante cuota concursal de las obligaciones del comerciante, y no quedaran más bienes por realizarse;
4. Si se demuestra que la masa es insuficiente para cubrir las deudas, o
5. En cualquier momento que lo solicite el comerciante y la totalidad de los acreedores reconocidos.

Así mismo, una vez que el juez emita la sentencia de concurso mercantil las partes podrán promover los recursos y medios que les otorgue la ley.

A groso modo este es el proceso que se lleva a cabo dentro del concurso mercantil, obviamente existen cuestiones que no se abordaron dentro de esta explicación debido a que cualquier cuestión puede suscitarse en él y que depende de cada caso concreto.

2.3. Fijación de la fecha de retroacción: Estado de Hecho y Estado de Derecho

Es importante tomar dos momentos a distinguir para que el juez pueda llegar a fijar la retroacción; el primero es la quiebra de hecho, que ocurre cuando ya el comerciante esta sufriendo la insuficiencia patrimonial y la quiebra de derecho que es finalmente cuando se declara ya en concurso. El distinguir estos dos momentos es la raíz de la retroacción puesto que es casi inimaginable que al momento en que se dicte sentencia de la declaración coincida con el hecho en que el comerciante esta comenzando con el cesamiento del pago de sus obligaciones; es decir; se trata de una protección al principio de la *par condicio creditorum*,

Cuando existe una cesación de pagos por parte del deudor se da como resultado dos efectos: 1) la indisponibilidad del patrimonio que debe ser en un futuro para satisfacer a los acreedores, y 2) la afirmación del "*iuris paris conditionis*" que es el dar una igualdad al momento de satisfacer.

El principio de igualdad para los acreedores ha sido siempre buscado en todas las legislaciones, ya que ante la desprotección de éstos, el comerciante puede burlar este principio evadiendo sus responsabilidades o bien privilegiando solo a unos cuantos, y es ahí cuando la mejor solución es inhabilitar al comerciante desde la fecha en que se considera que su patrimonio se esta viendo afectado.

El principio de la retroacción descansa en la necesidad de imponer la “*par condicio creditorum*”⁶, es decir que cuando se dicte la sentencia de concurso mercantil se lleve a tiempo anterior sus efectos de su declaración judicial, produciendo con esto la inhabilitación del comerciante para administrar y disponer de sus bienes y ya con esta retroacción el legislador devenga ineficaces todos aquellos actos que el comerciante haya llevado a cabo en detrimento de la paridad entre sus acreedores.

La retroacción entonces se va a diferenciar en observar en cuando al deudor se encuentra ya judicialmente en un estado de incumplimiento generalizado de pagos y el establecimiento de una fecha anterior de cuando comenzó a caer en esa situación. En otras palabras cuando esta en estado de derecho y cuando esta en estado de hecho.

No todo comerciante que este en estado de hecho sobre la cesación de pagos lo llega a estar en estado de derecho; es decir que sus acreedores le lleguen a exigir sus ya vencidas obligaciones o bien el mismo lo llegue a solicitar o en dado caso el Ministerio Público.

En ese lapso de tiempo entre su estado de hecho y derecho puede el comerciante llegar a perjudicar a sus acreedores.

Encontramos la fundamentación de la retroacción en esos dos momentos que se han ido señalando entre ese estado de hecho anterior al estado de derecho en que se encuentra el comerciante y que durante ese lapso intermedio se respete la “*par condicio*”.

El juez al fijar la fecha de retroacción o periodo de sospecha encuadra todos aquellos actos que el deudor haya cometido; les da un cauce de ineficaz; existen diversas posturas del por que de esta acción, en donde bien se dice que es por la actitud fraudulenta que el comerciante tiene al momento de efectuarlas; es decir; por la ilicitud del acto, o bien por la ilicitud de la causa ya

⁶ Ramírez, A. José. “*La Quiebra*” *Derecho Concursal Español*. Tomo II. 2 Edición. Bosch Casa Editorial S.A.. Marzo 1998. Pág.1140.

que se busca el perjuicio de los acreedores, otros autores lo relacionan con el derecho que tienen los acreedores sobre todos aquellos bienes del deudor que finalmente son la garantía que se otorga en caso de no cumplirse con la obligación pactada; en este caso; hablamos de un derecho de carácter real, como de igual forma el hecho de que el deudor no esta ya en facultad de la disposición de su patrimonio, pero el legislador se basa en el hecho de que su estado de derecho precede al de hecho y de que la “*par condicio creditorum*” es la base del juicio, por imperio en tal de la justicia distributiva sobre la conmutativa como bien lo señala José A. Ramírez que debe prevalecer el derecho que tienen los acreedores para cobrar sus créditos sobre los bienes del deudor.

El que la masa de acreedores no se vea perjudicada es el fundamento de la finalidad de la retroacción.

2.4. Aspectos Negativos y Positivos de la Retroacción.

Es de suma importancia señalar de igual forma los aspectos negativos y positivos que produce la retroacción, entre los aspectos negativos encontramos que al querer buscar el legislador una protección a esa masa de acreedores se deja en un estado de inseguridad jurídica al comerciante, ya que el acto dispositivo que el deudor realiza en el tiempo en donde se encuadra el periodo de sospecha se debe tomar en cuenta que en el momento en que el deudor llevo a cabo la operación no estaba imposibilitado, es decir no existía incapacidad alguna que le prohibiese llevar a cabo operaciones ordinarias sobre los bienes de la empresa, de la mano con esta inseguridad jurídica se encuentra ahora bien la confianza que se va a depositar en el comerciante ya que cuando éste trate de hacer uso de su crédito para tratar de proteger a su empresa y evitar que esta llegue a perecer se podrá ver en la situación de que se le niegue dicha ayuda justo cuando mas lo necesita.

Y yendo aun más allá esta inseguridad en donde no solo pone en ese plano al comerciante, sino a sus acreedores que pensando siempre en su bienestar y

protección se verán siempre bajo la presión de cobrar de la manera mas pronta y eficaz para que en un momento dado no tengan que llegar a recurrir ante las vías legales que afectarían en dado caso a su patrimonio.

En el aspecto positivo se cuestiona el hecho de que exista o no una inseguridad jurídica, ya que no se puede estar siempre dudando si cada vez que se celebre un contrato con algún comerciante este va a caer en un incumplimiento generalizado de pagos o bien si el acto celebrado va a ser válido. El enfoque que se le debe de dar es el que ocurriría con la suerte de los acreedores en caso de no existir esta figura, como asegurarían ellos su pago y si éste se llegara a dar como saber si se esta dando un correcto cumplimiento a la "*par condicio creditorum*". Sin el empleo de la retroacción en el juicio de concurso mercantil entonces no se vería en si un verdadero fin del juicio ya que en la primera etapa del juicio su principal objetivo es el armonizar los intereses a través de la elaboración de un convenio entre acreedores y comerciante, en caso de no lograrse éste sin la retroacción cuál sería la finalidad del juicio en su etapa de quiebra, es decir como se daría la correcta repartición y el adecuado trato a los acreedores.

2.5. Sistemas Legales

Nuestro sistema legal tiene dos vertientes al establecer la fecha de retroacción así partiendo del artículo 112 de la ley de concursos mercantiles dice:

"...Para efectos de lo previsto en el presente capítulo, se entenderá por fecha de retroacción, el día doscientos setenta natural inmediato anterior a la fecha de la sentencia de declaración del concurso mercantil.

El juez, a solicitud del conciliador, de los interventores o de cualquier acreedor, podrá establecer como fecha de retroacción una anterior a la señalada en el párrafo anterior, siempre que dichas solicitudes se presenten con anterioridad a la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Lo anterior se substanciará por la vía incidental.

La sentencia que modifique la fecha de retroacción se publicará por Boletín Judicial o, en su caso, por los estrados del juzgado.”

Anteriormente se hizo mención a que son dos los sistemas que perfilan en el campo legislativo mundial, para unos la retroacción debe ser fijada por la ley estableciendo un plazo rígido para cada clase de actos y para otros sistemas es el juez quien debe fijar esa fecha, es decir para el primer caso es un sistema legal y para el segundo un sistema judicial.

Dentro del sistema judicial se puede establecer una subdivisión “con un criterio absoluto que afecte a todos los actos o uno relativo que fundado estrictamente en el interés de los acreedores afecte sólo a determinados actos del deudor”⁷.

Dentro del sistema judicial nuestra legislación se basa en encuadrar solo aquellos actos que son realizados en perjuicio de los acreedores sin llegar a establecer un criterio absoluto pues dentro del capítulo VI de la Ley de Concursos Mercantiles se establecen hipótesis de actos considerados como fraude de acreedores así como presunciones, en las cuales el comerciante puede encuadrar.

Joaquín Rodríguez Rodríguez señala que la ley mexicana *“ha adoptado el sistema italiano que es ampliamente flexible, en cuanto deja al juez en libertad de fijar la fecha a la que se han de retrotraer los efectos de la declaración de quiebra y de modificarlo, ampliando o restringiendo el plazo, según la situación que resulte de los autos.”*⁸

Se puede entonces observar que nuestro sistema tiende a combinar el sistema legal con el judicial ya que tanto se da un término de doscientos setenta días como bien el juez esta facultado para ampliar ese plazo a petición de parte.

⁷ Garriguez citado por Ramírez, A. José. *“La Quiebra” Derecho Concursal Español*. Tomo II. 2 Edición. Bosch Casa Editorial S.A.. Marzo 1998.Pág. 1153

⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa. México 2001. Pág.915.

2.6. Fijación de la Fecha de Retroacción

Otro punto a analizar es la fijación de la fecha de retroacción, ya que como bien la Ley de Concursos Mercantiles lo señala, se da ya un plazo del día doscientos setenta natural inmediato anterior de que se dicte la sentencia en donde se declara en concurso mercantil al comerciante, pero por la adopción que tenemos tanto del sistema judicial como del legal en nuestra legislación entonces existe una flexibilidad en establecer el criterio a seguir en la fijación de la retroacción; es decir el comerciante puede estar en un estado de hecho y en un estado de derecho mismos que se diferencian uno del otro ya que uno ocurre con antelación y no precisamente el encontrarse en un estado de hecho implica forzosamente después estar en un estado de derecho, el criterio a seguir que debe satisfacer el juez es el encontrar el lapso intermedio en que esos dos estados se produjeron, en fijar una fecha en la que a consideración del juez el comerciante haya comenzado a cesar en el pago corriente de sus obligaciones.

Mas podrían tomarse a consideración dos criterios para que el juez fije la fecha de retroacción el primero es como se señala en líneas anteriores aquel momento en que el comerciante cese en el pago corriente de sus obligaciones y como segundo criterio la impotencia patrimonial del deudor y si en dado caso se cuestionara sobre como establecer la cesación de los pagos corrientes se debe seguir el mismo método el estudio correcto de cuando éstos se llevaban acabo y la interrupción de los mismos.

El doctor Juan Luís Miquel de la Universidad de Mendoza expone en su obra *Retroacción de la quiebra* que en el Derecho comparado “se tienen tres sistemas ó métodos para extender el período de sospecha: 1)Legal: el que establece un lapso temporal determinado, computado retroactivamente a partir de la fecha del auto declarativo de la quiebra y variable según la naturaleza del acto, 2) Judicial: donde no se establece un período temporal limitado, sino se atribuye la facultad al tribunal de determinar la fecha en que tuvo lugar la efectiva cesación de pagos, que se puede retrotraer indefinidamente y 3)Mixto

establece un lapso temporal delimitado, atribuye al magistrado la facultad de determinar la fecha en que se produjo la cesación de pagos.”⁹

Ya dictada la sentencia declarando el concurso mercantil cabe señalar que los actos que intente celebrar el comerciante serán declarados nulos, esto con motivo que precisamente se esta tomando ya al deudor como imposibilitado para efectuar el cumplimiento de sus obligaciones entonces sería una contradicción el permitirle seguir celebrando actos de los cuales ya se sabe que esta imposibilitado en su pago, en esta parte del juicio ya se sitúa al comerciante como incapaz, ya no esta en la libre disposición del uso de sus bienes pues es totalmente contraria su situación y el que celebre actos posteriores a la declaración del concurso no es por el hecho de que se consideren fraudulentos o anormales sino simplemente están fuera de lugar son llevados a cabo después de declarado el concurso. El punto de partida de la revocación de los actos no es cuando se declara el concurso mercantil sino cuando se fija el periodo de retroacción en la misma sentencia.

La fijación de la fecha de retroacción en la declaración de concurso mercantil y en modificaciones que llegara a tener con posterioridad cabe señalar que tienen un carácter provisional, que no va a causar estado sino hasta después de que se lleve a cabo el reconocimiento de créditos. El juez decide y el síndico solicita el que se amplíe o acorte este plazo, ahora bien la intervención y acreedores sólo pueden solicitar la ampliación de este plazo ya que sería contradictorio el que solicitaran el acortamiento y resultaría contrario a sus intereses.

Joaquín Rodríguez Rodríguez aclara que la oposición puede venir del síndico ya que puede apelar por entender que el plazo fijado por el juez es demasiado amplio o demasiado corto; de la intervención y los acreedores sólo pueden apelar para pedir la ampliación del plazo, no el acortamiento, por que su interés

⁹ Citado por Ochoa Olvera, Salvador. *Quiebras y Suspensión de Pagos*. Editorial Mundo Nuevo. México 1992. Pág.144.

es contrario a esto; o de un tercero que resultara perjudicado por la resolución judicial.¹⁰

2.7. Clasificación de los Actos.

La ley de Concursos Mercantiles establece que para modificar la fecha de retroacción se debe de llevar por vía incidental por la relación directa e inmediata con el juicio, en su capítulo VI del Título Tercero de la ley se hace una distinción o bien podría nombrársele como clasificación “entre los actos considerados como fraude de acreedores, por su simple realización dentro del período de retroacción del concurso y los actos que se presumen realizados en fraude de acreedores dentro del mismo lapso. Que admiten prueba en contrario”¹¹ (Artículos 114° a 114° LCM).

Dentro de los actos considerados como fraude de acreedores llevados a cabo a partir de la fecha de retroacción:

- Actos a título gratuito, en los que aunque no se haga mención alguna en la ley, resulta obvio pues serán bienes que regalará para restarlos de los que se pudieran cobrar los acreedores llegado el momento de la quiebra.

- Actos y enajenaciones en donde el comerciante pague una contraprestación de valor notoriamente menor o superior de la que debiera ser, un ejemplo de ello es que sus productos empezara a venderlos a un precio extremadamente inferior a comparados con otros precios de venta de su competencia.

¹⁰ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa. México 2001. Pag.915.

¹¹ Ordóñez González. *Derecho Concursal Mercantil*. Editorial Porrúa. México 2004. Pág. 115.

- Operaciones que realice el comerciante fuera de condiciones o precios de mercado o usos y prácticas mercantiles, donde bien se den mayores beneficios y facilidades bien pueda ser en el pago de fletes.
- Remisiones de deuda hechas por el comerciante, al hablar de remisiones la ley refiera de dispensar aquellas deudas que tenía derecho al cobro no llevarlas a cabo.
- Pagos de obligaciones no vencidas por el comerciante, ya que se está buscando el no otorgar privilegios ni ventajas a ningún acreedor.
- Descuentos que haga el comerciante después de la fecha de retroacción se dará el carácter de pago anticipado, pues como varias veces se ha señalado tal vez dentro del periodo de sospecha no otorgó descuento alguno y tratando de llegar burlar el período lo concede fuera del lapso.

El segundo grupo de actos son aquellos que se presumen actos en fraude de acreedores y en los cuales se admite la prueba en contrario:

- Otorgamiento de garantías o incremento de las vigentes cuando en la obligación original no las tuviese o permitiese incrementarlas, donde Juan Antonio Ordóñez González nos hace la aclaración de que “si el contrato tiene garantías y se estipula que pueden incrementarse y esto se hace, no hay fraude de acreedores”.¹²
- Pagos de deudas hechos en especie y el pago se haga con especie distinta, e igual si no se estipuló que la deuda se pudiera pagar en lugar

¹² Ordóñez González. *Derecho Concursal Mercantil*. Editorial Porrúa. México 2004. Pág. 116.

de dinero en especie, aquí cabe entonces la interpretación que la dación en pago no esta permitida.

- Además establece una lista de personas en las que exista un parentesco por afinidad o consanguinidad y cargos dentro de otra sociedad en donde estos parientes puedan tener cierta manipulación para beneficio.

2.8. Acción Pauliana

La acción pauliana podría considerarse como una de las más importantes acciones que se tienen. Esta acción es ejercida por la masa de acreedores “para hacerse de efectivo y recuperar aquellos bienes que han salido indebidamente del patrimonio del quebrado por actos reales o simulados, en forma tal que alcanza toda clase de actos que caigan dentro del período de retroacción o dentro de un tiempo en que no haya operado prescripción.”¹³

Esta acción surge de dos institutos clásicos que se fusionan: el *interdictum fraudtororium*, que atacaba los actos fraudulentos del deudor después de la *missio in bona*, debiendo además promoverse antes de la *venditio bonorum*, y la acción pauliana, que los ataca antes o con posterioridad a la posesión de los bienes, pero que debe promoverse sólo después de la *venditio bonorum*.¹⁴

La última acción se extendió en el llamado derecho intermedio y paso a Francia este período de sospecha que era consecuencia de la gravitación de la legislación estatutaria de las ciudades italianas e ingresando en la plaza cambiaria de Lyon y quedarse registrada en la famosa Ordonnance pour le Commerce de 1673.

¹³ García Peña, Arturo. *Los Procedimientos Mercantiles en México*. Universidad Autónoma de Querétaro. México 1991. Pág. 302.

¹⁴ Bonfanti Alberto, Mario y José Alberto Garrone. *Concursos y Quiebras*. Quinta Edición. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires 1998. Pág. 347

Los extremos procesales de la acción pauliana son: “el *consilium fraudis* y el *eventus damni*, requiriéndose además el *consciis fraudis* para la revocación de actos a título oneroso.”¹⁵

Nos encontramos frente a la acción pauliana civil, la obsequiosa y la concursal dentro de la ley.

En la acción pauliana civil debemos identificar los elementos que esta debe contener para que logre tipificarse, se deben de dar en orden cronológico el que exista un crédito, que se de un acto lesivo, que el deudor tenga una insolvencia y finalmente una relación causal entre el acto y la insolvencia y la existencia de una mala fe por parte del deudor, debe existir esta sucesión de actos ya que en dado caso que el crédito es posterior al acto entonces no podremos afirmar que estamos frente a la acción pauliana.

Debe de ser un acto real no simulado ya que esta acción pauliana es igual a la civil. Debe de existir la relación causal entre el acto lesivo y la insolvencia del comerciante ya que ante la ausencia de este nexo no habría esta acción pauliana.

Además debe igual existir la mala fe, es decir el querer hacer un daño ya que de no ocasionar este daño al actor en este caso a los acreedores o si por el contrario se les produce un beneficio con la acción del deudor entonces tampoco existe la acción pauliana.

Arturo García Peña deja en claro su criterio en el aspecto de si es factible que en esta acción pauliana ordinaria el acto pueda ser simulado relativa o absolutamente en donde nos señala “*dicha acción únicamente puede aplicarse a los actos verdaderos y no a los actos simulados; de lo contrario caeríamos en*

¹⁵ Bonfanti Alberto, Mario y José Alberto Garrone. *Concursos y Quiebras*. Quinta Edición. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires 1998. Pág. 347.

la ausencia de uno de los elementos, que es precisamente la veracidad del acto realizado."¹⁶

Los efectos de esta acción son de nulidad ya que revocan el acto jurídico o material lesivo mas la peculiaridad se da en que todos los acreedores se verán beneficiados esto marca una clara diferencia de la acción pauliana ordinaria civil ya que en ésta solo se verían favorecidos aquellos acreedores que la hubiesen ejercido muy a pesar que la revocatoria dejara saldos a favor.

Los efectos que se producen son de nulidad revocatoria y se regresa al estado anterior en que estaban los hechos de cuando se cometió el acto lesivo.

2.8.1. Acción Pauliana Obsequiosa

La vamos a caracterizar cuando el deudor no recibe el equivalente del bien o servicio que ha entregado desde el punto de vista material, aquí el deudor va a entregar un bien de valor mayor a la prestación que esta recibiendo o viceversa y denota un claro deterioro en su patrimonio perjudicando de esta forma a la masa de acreedores.

Se justifica el que la ley tenga por revocables este tipo de actos pues al llevarlos a cabo u omitirlos da como resultado el afectar a la masa acreedora, así que *"basta con demostrar la existencia del acto lesivo para que pueda ser revocado sin necesidad de acreditar la mala fe o la lesión patrimonial sin que basta con probar la existencia del acto, en cuyos supuestos, por las características que presenta, la ley presume iuris et de iure la existencia del fraude."*¹⁷

Los actos en la acción pauliana obsequiosa solo son válidos si se llevan a cabo en el lapso que resulta de dictar la sentencia de concurso mercantil hacia la

¹⁶ García Peña, Arturo. *Los Procedimientos Mercantiles en México*. Universidad Autónoma de Querétaro. México 1991. Pág. 302.

¹⁷ Ídem cita 44..

fecha en que se retrotraigan los efectos, si el acto se lleva a cabo fuera de este período sospecha no procede esta acción.

Acción Pauliana Concurzal.

Aquí caben todos los actos jurídicos que sean verdaderos o simulados cuando se de algún acto en general que perjudique a los acreedores.

La masa de acreedores va a tener la carga de la prueba en esta acción lo cual puede complicar la situación pues se debe de probar que el tercero participe en conjunción con el deudor conocía la situación de este último. Aunque la misma operación probará este extremo de la acción ya que sino lleva consigo un provecho excesivo y el quebrado se vio beneficiado con este acto entonces la acción pauliana concurzal no existe.

Para poder distinguir los efectos de la acción pauliana cualquiera que se lleve a cabo se debe observar el que se actúe de buena fe y que el bien se pueda regresar a la masa o bien que el acto pueda ser revocado. No siempre podrá darse la revocación del acto bien puede ser por que el adquirente obro de buena fe o por que se de la existencia de un sub - adquirente que igual obra de buena fe, en lo cual cada caso lleva a soluciones diferentes.

Al regresar el bien o la cantidad éste debe de ir acompañado de sus frutos, rendimientos o intereses que haya dado durante el tiempo que permaneció fuera de la masa.

Se podría exigir el pago de daños y perjuicios en caso que el tercero que contrató con el deudor haya obrado de mala fe cuando entregue a un sub – adquirente con la excepción de que pruebe que haya actuado de buena fe, pero incluso los efectos de la acción pauliana pueden alcanzar al sub – adquirente si este de igual modo ha actuado de mala fe, es aquí de vital importancia el probar que se actúa con buena fe.

2.9. Acción Muciana.

Los efectos que produce la retroacción son de especial importancia ya que a partir del establecimiento de ésta radica el funcionamiento de las acciones revocatorias y la presunción muciana.

Se llama así pues fue establecida por el pretor Quinto Mucio y se estableció a favor del marido que actuaba para recuperar las cosas donadas.

La acción muciana es *“una presunción iuris tantum de que pertenecen al cónyuge quebrado los bienes que el otro hubiera adquirido durante su matrimonio, en los cinco años anteriores a la fecha a que se retrotraigan los efectos de la sentencia de declaración de concurso mercantil.”*¹⁸ Es decir el cónyuge que no esta en concurso mercantil de los bienes que éste haya adquirido en cinco años anteriores se le deben agregar el tiempo que se haya señalado como fecha de retroacción.

Esto aplica a cualquier tipo de matrimonio ya sea éste el de sociedad conyugal o bien el de separación de bienes. Cuando se refiere a matrimonio se habla de aquel que es regulado por leyes civiles en ningún momento entra dentro de ésta acción el matrimonio eclesiástico o en otro extremo el concubinato.

El procedimiento que lleva la acción muciana es por escrito, con suma rapidez y se puede considerar anticonstitucional pues no se permite el ofrecer pruebas por parte del cónyuge que se ve en esta situación, además dentro del incidente no se le otorga oportunidad para su oposición.

El síndico que es el que promueve el incidente excluyendo de recurrir a esta acción a los acreedores, a la intervención y al Ministerio Público debe de probar los siguientes extremos:

- “La existencia del matrimonio
- La adquisición de los bienes durante el mismo.¹⁹

¹⁸ García Peña, Arturo. *Los procedimientos mercantiles en México*. Universidad Autónoma de Querétaro. México 1991. Pág. 300.

¹⁹ García Peña, Arturo. *Los procedimientos mercantiles en México*. Universidad Autónoma de Querétaro. México 1991. Pág. 300.

Basta con probar estos dos extremos y que se puede llevar a cabo desde la promoción del incidente y sin necesidad de un periodo probatorio. También cabe señalar que el incidente solo puede llevarse iniciado el concurso.

El plazo en que la acción muciana empieza a funcionar se da a partir de la fecha de retroacción fijada.

Se incurre en la violación del artículo 14 Constitucional pues no se permite en ningún momento el ofrecer pruebas al cónyuge *in bonis*. Solo se le permite el ejercer la acción separatoria pero esto ocurre ya cuando ha sido desposeído de los bienes.

La defensa que tiene el cónyuge no quebrado cuando los bienes que le pretenden desposeer son de su absoluta propiedad y fueron adquiridos por medios propios o inclusive antes de que se celebrara el matrimonio, para poder destruir esta acción muciana el cónyuge *in bonis* debe acreditar cualquiera de los extremos:

- Que no existe matrimonio
- Que los bienes fueron adquiridos antes de la celebración del matrimonio
- Que los bienes se adquirieron con medios propios
- Que los bienes ocupados se adquirieron antes de la fecha prescrita para que surta efectos la acción muciana, es decir que están fuera de los cinco años más el término de retroacción.²⁰

Si se prueba cualquiera de estos extremos se declara la reivindicación de los bienes ocupados por el síndico y regresan al cónyuge no quebrado.

La importancia de la fecha de retroacción es relevante dentro del concurso mercantil, para la determinación de los actos que deben declararse ineficaces frente a la masa, al presumirse como realizados en fraude de acreedores.

²⁰ Ídem Pág. 64

