

**CAPÍTULO IV: CONFRONTACIÓN ENTRE LA
RETROACCIÓN CONCURSAL Y LA
IRRETROACTIVIDAD CONSTITUCIONAL.**

CAPÍTULO IV: CONFRONTACIÓN ENTRE LA RETROACCIÓN CONCURSAL Y LA IRRETROACTIVIDAD CONSTITUCIONAL.

4.1. Introducción.

Como bien hemos mencionado a lo largo de nuestra investigación, el punto de partida de este análisis comparativo es confrontar a la figura jurídica de la irretroactividad legal plasmada dentro de la constitución, con la retroacción dentro del proceso concursal.

Al hablarse de confrontar significará “poner frente a frente”, en este sentido, la acepción que le damos a la palabra confrontar va en relación a comparar y establecer las diferencias y similitudes, con la primacía de esclarecer el enfoque que a cada una se le da dentro de el Sistema Normativo Nacional.

Tras haberse dado el análisis de cada una de ellas se deben acentuar las características fundamentales que poseen en cuanto a su concepción, jerarquía, beneficios, efectos y términos de aplicación ya que son los elementos que dan pauta a establecer una distinción entre ambas.

Es preciso advertir que no son todos los puntos clave que se pueden encontrar de cada una de ellas, sin embargo, en éste análisis se les otorga una prioridad debido a las constantes confusiones que se originan en su función; pudiera ser que al momento de su apreciación resultará obvias sus distinciones pero llegado el momento de llevarlo a la práctica se origina incertidumbre procesal, lo cual conlleva a considerar que la retroacción mercantil es una excepción al principio de irretroactividad.

De acuerdo a sus antecedentes y a sus nociones es que se he llegado al punto de esta comparación.

La ausencia de una clara concepción dentro del marco legal en el sistema mexicano ha contribuido a que se opte a recurrir a legislaciones externas para

que por medio del derecho comparado se llegue a dilucidar una idea general de tales principios.

Las herramientas fundamentales del legislador han sido los criterios emitidos por nuestro máximo Órgano Judicial, cuya virtud interpretativa da pauta a la comprensión de estas disposiciones.

Otro aspecto relevante a denotar es la jerarquización que se otorga a cada una de ellas, debido a que la retroacción concursal no está catalogada como una norma de carácter general en nuestro sistema, en contrapartida el principio de irretroactividad otorga una garantía favorecedora a todos y cada uno de los individuos que están bajo el imperio de la ley y que la aclaman.

4.2. Nociones Generales de Ambas Figuras Jurídicas.

La aplicación de una ley es una de las cuestiones más complejas dentro de un sistema jurídico, debido a que es necesario saber a qué situaciones jurídicas debe aplicarse una disposición determinada. La cuestión se complica aun más en tratándose de normas nacidas bajo el imperio de una ley anterior.

La aplicación de este tipo de disposiciones es denominada como “Aplicación Retroactiva Legal” y trae como consecuencia el surgimiento de diversas controversias, debido a que el alcance de este principio varía dependiendo de la materia de que se trate.

Tanto la etapa de retroacción en el concurso mercantil y el principio de irretroactividad legal obedecen a cuestiones inherentes al tiempo. La Retroacción pura y simple es una acción o un efecto que una cosa produce con respecto al tiempo pasado.

Así las cosas, es menester precisar que la palabra Retroacción es el género o la fuente de donde emanan estos dos principios, ya que para poder comprender su significación inmediata hay que entender su raíz etimológica.

Esta palabra está dividida en dos partes; la primera deriva del prefijo latino *Retro* que significa “hacia atrás” y de *Actio* que significa “hacer”. Reflexionando cada una de estas raíces latinas surge la interpretación de que la retroacción es “el efecto de hacer o acción de volver las cosas hacia atrás”.

En principio de cuentas, hay que distinguir cada uno de los elementos que conforman a estos dos conceptos.

La retroacción mercantil involucra cuestiones inherentes a un procedimiento que se realiza dentro de un juicio originado por el incumplimiento de la obligación de pago. Al mismo tiempo está regulado por una ley cuyo ámbito de aplicación es federal. Se trata de una parte dentro del proceso concursal en donde el juez determina una fecha para conocer los actos que ha realizado el comerciante con el fin de verificar que no haya realizado actividades fraudulentas que desmejoren su patrimonio y así incumplir con las obligaciones contraídas con sus acreedores.

Es la materia concursal la única en donde se aplica ésta fase retroactiva, aunque la misma ley no define cuál es su naturaleza ni da acepción alguna que la distinga, dejando la puerta abierta a la interpretación del órgano judicial.

La singularidad de esta figura procesal origina un sinnúmero de lagunas dentro del procedimiento, y a la vez, podríamos definirla como “dinámica”, ya que sus efectos pueden variar constantemente dependiendo de la manera en que haya actuado el comerciante, es decir, la ley, desde el momento en que un comerciante encuadra dentro del supuesto normativo del concurso, le otorga al particular la posibilidad de recuperar su solvencia y la empresa misma, sin embargo, llegado el momento de comprobar los actos del comerciante, puede suceder que éste haya incurrido en acciones ilícitas que le perjudiquen. Así mismo, la ley le da al comerciante la posibilidad de suscribir un convenio con sus acreedores para pactar nuevas modalidades para cumplir con sus obligaciones dentro de un plazo determinado, siempre y cuando el comerciante suscriba dicho convenio con sus acreedores respectivos. De esta manera, la

retroacción en materia concursal puede otorgar beneficios o perjudicar al comerciante.

El principio de irretroactividad en la ley de entrada nos está limitando a retrotraer cualquier disposición legal. Es un principio constitucional, cuya jerarquía indica su carácter fundamental, superior e inalienable al gobernado.

Otra característica fundamental es establecer la protección hacia los derechos adquiridos por los gobernados, esto sucede desde el momento en que prohíbe rotundamente aplicar ley retroactiva alguna que cause perjuicio a los individuos.

Su esencia entraña en no causar daños, no lastimar derechos, destruir abusos, conceder garantías o aminorar penas, procurando así el beneficio. Sin embargo para que se den estos supuestos su interpretación debe realizarse en forma contraria (excepción) a lo que establece el tenor de la norma jurídica en la que se encuentra plasmada.

Hasta el momento no existe un concepto dentro de la ley que defina lo que es la irretroactividad legal, por lo que también está sometida a la interpretación judicial.

4.3. Términos.

El manejo que se da sobre el establecimiento de un término en la retroacción y en la irretroactividad es fulminante en la distinción entre cada una. En ambas figuras se toma un criterio para que éstas surtan sus efectos y eso marca una de las principales características a destacar.

Primeramente se debe definir lo que se entenderá por término al referirnos a éste se comprenderá al “momento en que un acto jurídico debe comenzar a producir o dejar producir sus efectos característicos.”¹ El establecimiento de

¹ De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de derecho*. Editorial Porrúa. México 2003. Pág. 471.

éste plazo es relevante ya que será a partir del inicio o término de éste cuando los efectos de cada una de las figuras comenzará o cesará de surtir sus efectos jurídicos.

En la irretroactividad como se ha explicado con antelación son diversas las posturas que se han optado para dar una explicación sobre en que consiste, y cuándo se esta en presencia de ella. Al momento en que se expide una ley por medio de el proceso legislativo refiriéndonos a la creación de una ley ordinaria de acuerdo al artículo 70 Constitucional se establece el procedimiento común:

- 1.-Iniciativa,
- 2.-Discusión,
- 3.-Aprobación,
- 4.-Sanción
 - a) Promulgación
 - b)Veto
 - c)Elevación del veto
- 5.-Publicación
- 6.-Iniciación de la vigencia
 - a)Vacatio legis

La irretroactividad surge en el momento en que la ley nueva en su caso abrogue a otra anterior o bien entre a regular sobre situaciones de las cuales no se tenía un ordenamiento. César Carlos Garza García señala “en la Constitución mexicana no está clarificado desde cuándo obliga una ley o nace realmente, una norma a la vida jurídica. Pensamos que ante la falta de especificación de la norma base de creación de las normas jurídicas ordinarias lo lógico es concluir que las leyes son vigentes desde la fecha de su publicación pues simplemente no se considera, por la Ley Fundamental, que la vigencia de la ley ordinaria *lato sensu* pueda ser postergada.”² Es entonces cuando de acuerdo a la vigencia de la ley ya sea que se este en la nueva o en la anterior se va a fijar la irretroactividad.

² Garza García, César C. *Derecho Constitucional Mexicano*. McGraw-Hill. México 2001. Pág. 121.

La irretroactividad es un principio que no está sujeto a que se dicte en algún momento dado en alguna sentencia su aplicación sino por el contrario es un amparo que esta siempre presente ante los actos de autoridad o bien por parte de la aplicación que pretenda dar el legislativo a determinada norma. No existe un término expreso en donde se señale el lapso que tendrá inicio o fin. Por el contrario se estará sujeto a cuando entre una nueva ley y se puedan llegar a producir sus efectos.

Por el contrario en la figura de la retroacción como se ha analizado en capítulos anteriores se encuentra plasmado en el artículo 112 de la Ley de Concursos Mercantiles el término respectivo y se da a comprender el sistema legal empleado para fijar el periodo de sospecha que el legislador a empleado adoptándolo del derecho italiano para que sea aplicado por el juez. De acuerdo a este sistema flexible que tenemos se esta ante dos posturas la primera el sistema legal que es la fijación del día doscientos setenta natural inmediato a la fecha de la sentencia que declara el concurso mercantil establecido en la Ley de Concursos Mercantiles y la segunda postura es el de ampliar o bien reducir este número de días.

Es entonces notorio que para la retroacción se sigue un sistema legal firmemente establecido en la ley de Concursos Mercantiles se tiene ya la certeza de cuando se comienza y cuando termina su lapso de aplicación al contrario con la irretroactividad ya que ésta depende del uso que se le quiera dar a la ley y se va a determinar que se está en ella cuando se este causando un perjuicio a la persona.

4.4. Beneficios

El ordenamiento jurídico regula y hace posible una mejor convivencia entre los individuos que conforman una sociedad, dentro de este se fijarán deberes y obligaciones que tienen como fondo la adecuada aplicación de la justicia, la equidad, la igualdad y el respeto. El llevar la aplicación de dichos ordenamientos de forma correcta nos darán un respaldo y nos otorgarán una

serie de beneficios de los cuales podremos disfrutar plenamente como recompensa del correcto vivir en un estado de derecho.

Al momento de hablar de beneficio se debe entender al provecho o utilidad que se consigue de algún acto o hecho jurídico.

Resulta importante claro esta ver para quien se otorga ese beneficio ya que no siempre se encontrarán dos lados favorables sino que puede dar el caso que mientras se brinda ese provecho a una persona existe otra que esta siendo perjudicada.

El enfoque que tiene la retroacción y la retroactividad son contrarias ya que en la irretroactividad se da una seguridad jurídica por medio del cual se protege al individuo que se le quiera dar la aplicación de una norma en perjuicio de éste. El amparo que se brinda es entre el individuo contra el Estado, pues será el Estado quien cree las normas y quien les de la aplicación debida. Resulta tal vez un poco repetitivo el hecho de acentuar que las leyes llevan una evolución y que siempre se trata de resarcir o bien de mejorar las disposiciones que en cierto tiempo ya no son suficientes o totalmente eficaces a la época y a las situaciones que se van presentando. Debido a estas constantes reformas es que se otorga una estabilidad social, ahora bien la extensión, naturaleza y la forma de ejecutar nuestros derechos y cargas están expuestos a ser transformados por una nueva ley.

La irretroactividad viene a proteger de que en el transcurso de esa evolución, se lleguen a producir un daño injusto hacia nuestra situación jurídica.

Por otro lado en la retroacción se debe recordar quienes son los que intervienen para que ésta se dicte y cause sus efectos. En los artículos 4°, 7° y 9° de la Ley de Concursos Mercantiles se establecen quienes son las personas que intervienen en el proceso del juicio de concurso mercantil, entre los que destacan: el comerciante, los acreedores, el Ministerio Público, el Juez, entre otros. Es de importancia el recordar que el juicio es de interés público y que el

Estado ha decidido tutelar los intereses de los comerciante, sus acreedores así como de la sociedad en la cual se desarrolla la empresa.

La retroacción se fija con la finalidad de cuidar dos principios que gobiernan en la materia: el principio de universalidad del patrimonio que enuncia “el patrimonio del deudor constituye la prenda común de los acreedores” y el principio de la par condicio creditorum en donde “los acreedores quirografarios tienen derecho de concurrir al proceso concursal en paridad de condiciones para reclamar y percibir sus respectivos créditos en condiciones igualitarias”.³

Como resultado de estos dos principios la aplicación de la retroacción será en beneficio de los acreedores que confiaron y contrataron con el empresario de buena fe y con la expectativa de que iban a ser cubiertas satisfactoriamente las responsabilidades adquiridas por el comerciante. La finalidad de la retroacción y de que ésta se haya situado en este tipo de juicio es de que si se quisiera desaparecer o infringir entonces desaparecería esa protección brindada a los acreedores o bien no sería equitativa.

Son diferentes los enfoques en que se otorga el beneficio entre la retroacción y la irretroactividad. Es por eso que es indispensable ver la esencia del por qué se ha situado en la norma.

4.5. Efectos y Causas

Al entrar en el supuesto de la norma es decir en encuadrar en la hipótesis normativa se tendrá como resultado los efectos que la ley traiga consigo. Tales efectos no serán parciales, incompletos o con consideraciones sobre la persona en la cual tengan que cumplirse, pues la aplicación de la ley consiste en que esa generalidad que enmarca sea surtida de igual manera entre todos los individuos es ahí donde radica la eficacia de la justicia.

³ Miguel, Juan Luis. *Retroacción en la Quiebra*. Ediciones depalma. Buenos Aires 1984. Págs. 4,5,6,7.

Cuando se lleva a cabo la aplicación de la irretroactividad y la retroacción cada una lleva consigo una serie de consecuencias.

Se puede observar que en la irretroactividad se establece una limitante que a la vez es la seguridad jurídica que tanto se ha resaltado, es decir la figura tiene dos vertientes de aplicación, en el sentido positivo que es el establecido a nivel constitucional al aplicar la ley en una forma benéfica a la persona, por ejemplo en la materia penal que se da una serie de casos con mayor pronunciación dado que es en donde se esta en una constante reforma a las leyes penales, la persona que esta cumpliendo con una condena, es decir que esta bajo la aplicación y efectos de la ley anterior debido al momento en que llevo a cabo el acto y entra en rigor la nueva ley ésta podrá invocar la aplicación de los efectos de irretroactividad para minorizar la condena que esta cumpliendo, es decir encuadra ya en la nueva hipótesis normativa y al momento de solicitar las virtudes que esta ley trae consigo para favorecer su situación jurídica se produce una mejoría. En sentido negativo se encuentra en el hecho de que la nueva ley restrinja o elimine los efectos que la ley abrogada estaba emanando.

Ahora bien en la retroacción se obtienen más resultados de su empleo, al momento de la fijación de la fecha de retroacción gracias a su aplicación aparecen a la luz las acciones pauliana y muciana, estas dos figuras son las consecuencias de que en dado momento que el comerciante al tratar de llevar algún acto fraudulento en contra de la masa de acreedores entrarán a surtir sus efectos.

4.6. Jerarquía de las leyes

A lo largo de la historia diversos autores han pretendido establecer la jerarquía legal de cada una de las disposiciones jurídicas que rigen el Estado de Derecho en una Nación. En el caso de nuestro país, se establece la supremacía constitucional, puesto que dentro de ella se ha decretado su cualidad de norma superior.

La constitución es un conjunto normativo que contiene las disposiciones relativas a la estructura fundamental del Estado, es decir, las normas que rigen la organización política del país, las facultades de cada uno de los poderes de la unión y los principios fundamentales que rigen el status de las personas.

Una constitución es un complejo normativo. Es un conjunto de normas dispuestas sistemáticamente con el propósito de organizar, el Estado Mexicano. Dichas normas son de jerarquía superior, permanentes, escritas, generales y reformables. Nuestra constitución está dividida las siguientes partes: la primera es la dogmática (art. 1-29), la parte orgánica (art. 49-122), la parte programática (art. 39-41), la parte denominada “de los derechos sociales” (art. 27 y 123), la parte denominada “prevenciones generales” que comprende las materias que regulas la ciudadanía, extranjería, supremacía, reformas y permanencia constitucional, y la última parte contempla las disposiciones transitorias.⁴

La constitución es un todo normativo, un sistema imperativo cuya supremacía le otorga las facultades de constituir, limitar y prohibir, organizar y facultar, poseedora de un conjunto de disposiciones armónicas y congruentes.

La supremacía constitucional inmersa dentro de la misma norma fundamental se encuentra fundada dentro de su artículo 133, el cual a la letra dice: *“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República , con aprobación del Senado, serán la ley Suprema de toda la Unión...”*

Lo anterior se reitera en el artículo 40 constitucional: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

⁴ Arteaga Nava, Elisur. *Derecho Constitucional*. Editorial Oxford, México 1999. Pág. 3.

Así mismo, el artículo 41 constitucional determina: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal”.

Los anteriores preceptos fortalecen y confirman la teoría de la supremacía constitucional otorgándole la característica sistematizada y armónica a nuestra Carta Magna.

El mismo orden jurídico comprende una jerarquía de las normas que lo conforman, la que, en sentido decreciente en importancia, es la siguiente:

1. Constitución Nacional.
2. Leyes secundarias (ordinarias en lato sensu) federales, locales y municipales; y tratados internacionales.
3. Reglamentos.
4. Decretos.⁵

Lo anterior es otra teoría más que reafirma los atributos propios y únicos de la constitución, sin embargo, nuestra máxima disposición jurídica es portadora de elementos aun más sobresalientes, como el hecho de ser una Norma General, que rige para todos y para todo dentro del Territorio Nacional, no tiene límite de vigencia, con excepción de las disposiciones fiscales; a la vez es rígida y flexible, ya que permite la reforma de sus disposiciones, empero para ello es necesario que se realicen adecuadamente cada una de las etapas del proceso legislativo.

⁵ Garza García, César Carlos. *Derecho constitucional Mexicano*. Editorial Mc Graw Hill, México 1997. Pág. 34.

Así las cosas, no es necesario aclarar el nivel jerárquico que el principio de irretroactividad posee dentro del sistema jurídico mexicano, es notoria su importancia y superioridad frente a la retroacción concursal.

