

# Las Bases de un Derecho Concursal

Luis Manuel C. Méjan

## a. Objetivo.

El propósito de este trabajo es presentar las bases generales sobre los que se construye un sistema de tratamiento de los problemas de insolvencia.

Como antecedentes en este esfuerzo, tanto el Banco Mundial como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, han elaborado documentos que construyen sobre este tema.<sup>1</sup> Aquí se pretende dar una base muy genérica presentando los principales tópicos que deben ser tomados en cuenta cuando se trata con esta materia.

## b. El Nombre.

En la historia del derecho, e incluso de la legislación mexicana, el fenómeno de las personas que enfrentan dificultades para cumplir los compromisos que tienen contraídos, con los activos con que cuentan y con los flujos que pueden generar, buscando, judicial o extrajudicialmente, ya sea la restauración del potencial operativo de la empresa o, en último extremo, su liquidación ordenada, se ha conocido con diversas designaciones:

**Quiebra.**- El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define: "*Juicio por el que se incapacita patrimonialmente a alguien por su insolvencia y se procede a ejecutar todos sus bienes a favor de la totalidad de sus acreedores*"<sup>2</sup>.

El Diccionario Jurídico de UNAM / Porrúa lo define como: "*Desde un punto de vista procesal, la quiebra es un juicio universal, que tiene por objeto la liquidación del patrimonio del deudor común, para distribuirlo entre los acreedores legítimos en la proporción que les corresponda y la rehabilitación del quebrado, en el caso en que proceda*"<sup>3</sup>.

El Diccionario Espasa Jurídico dice: "*Institución jurídica de carácter esencialmente procesal, dirigida a la liquidación del patrimonio del quebrado y a su reparto entre los acreedores, unitariamente organizada bajo el principio de la comunidad de pérdidas (par conditio creditorum)*"<sup>4</sup>.

Lo interesante de estas definiciones es que este concepto refiere a tres notas: un proceso judicial, la liquidación de un patrimonio y el que se actúe a favor de los acreedores.

Por esa razón debe ser considerado como un término que se queda corto frente al concepto, ya que no cubre la totalidad de la realidad que se

pretende analizar, pues no cubre los fenómenos de iliquidez, de reorganización del negocio y de arreglo no necesariamente judicial.

Los diccionarios traducen quiebra al francés como "Faillite", sin embargo ésta expresión es mucho más genérica y se acomodaría más a la materia pues es definida como: "*Estado de un deudor que no puede pagar a sus acreedores*"<sup>5</sup>.

**Bancarrota.**- El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define: "*Quiebra comercial y más comúnmente la completa o casi total que procede de falta grave, o la fraudulenta*"<sup>6</sup>.

El término tiene su origen en la referencia que refiere al asiento que usaban los cambistas en las ferias y que rompían cuando se quedaban sin recursos.

Esta expresión es más estrecha aún que el de quiebra pues además conlleva una connotación de culpabilidad.

La aparente traducción al inglés: *Bankruptcy* no es exacta, pues en ese idioma el término aplica al "*estado o condición de quien es incapaz de pagar sus adeudos conforme se van venciendo y a quien se le aplica la Bankruptcy act*"<sup>7</sup>. Hay que aclarar que la *Bankruptcy Act* incluye tanto los fenómenos de quiebra (Capítulo 7 de la legislación estadounidense) como los procesos de rehabilitación y reorganización (Capítulos 11 y 13).

**Falencia.**- Este término es usado comúnmente en América del Sur como sinónimo de quiebra. Por ello no es la palabra que requiere la materia que cubre este trabajo. Tiene además una connotación peyorativa puesto que su etimología latina es *fallens-entis*, engañador.

**Insolvencia.**- La Real Academia la define: *Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda*<sup>8</sup>.

El Diccionario Espasa Jurídico no la define pero refiere que existen dos tipos de insolvencia, una provisional y una definitiva, es esta última la que sin ser determinante para la declaración de quiebra, puede servir de base para su calificación o para que sea solicitada por los acreedores.<sup>9</sup>

El Código Civil Federal define la insolvencia como (artículo 2165) "*Artículo 2166.- Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. La mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de ese déficit.*"

Esta definición legal hace una simple cuenta numérica comparando activos contra pasivos. Esta es una definición poco feliz pues omite la posibilidad de

una empresa que, aún cuando se encuentre en el supuesto de activos menores a los pasivos, tiene una serie de flujos de efectivo que le permiten ir atendiendo a sus obligaciones sin dejarlas incumplidas.

El término "insolvencia" revela el concepto que es la clave de todo el proceso: la incapacidad de atender las deudas conforme se van venciendo, lo cual es independiente de la cantidad de activos, que no siempre serán líquidos, con que se cuente.

Los activos con los que se cuenta para poder estar en la capacidad de atender las deudas a su vencimiento suponen el concepto de "iliquidez" que no es abordado por la Real Academia sino en su versión positiva: "liquidez": *"Relación entre el conjunto de dinero en caja y de bienes fácilmente convertibles en dinero y la totalidad del activo, de un banco o de otra entidad"* [10](#).

El Black's Law Dictionary se refiere a Insolvencia como la *"condición de la persona que es insolvente; incapacidad de pagar sus deudas, falta de medios para pagarlas. Condición de la persona que es incapaz de pagar sus deudas conforme se van venciendo o en el curso usual de sus negocios."* [11](#).

Como se aprecia, en el concepto anglosajón de insolvencia caben no sólo los fenómenos de imposibilidad absoluta de pago que detona un juicio para liquidar los bienes y distribuirlos entre los acreedores, sino también el concepto de incapacidad de cumplir con los pagos debidos que aparece también en el Derecho Francés.

Por lo anterior, universalmente se usa el concepto de Derecho de la Insolvencia como el conjunto de instituciones que tratan el fenómeno de las personas que cesan en sus pagos y dejan de ser capaces de atender éstos, así como las posibilidades de reorganización o reestructura al igual que los de la liquidación forzosa de lo que queda del patrimonio.

**Concurso.**- Para la Real Academia significa, en primer lugar: *conurrencia* y como término de derecho, Concurso de Acreedores significa *Juicio universal para aplicar los haberes de un deudor no comerciante al pago de sus acreedores.*

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

La segunda, ya calificada como "de acreedores" conlleva un concepto sinónimo al de quiebra solamente que aplicado a personas no comerciantes.

En este sentido ha venido siendo usado por los códigos civiles del país.

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

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

El legislador mexicano se ha inclinado por el uso de estos últimos términos: "Concurso" y "Derecho Concursal", fundamentalmente por tratarse de términos técnicos que describen adecuadamente la naturaleza de lo que se ocupan y, a la vez, para desterrar la connotación peyorativa que los otros términos, tales como el de "quiebra", el de "bancarrotas" e, incluso, el de "insolvencia" (mucho más técnico) han venido teniendo.

### **c. La metáfora de la salud.**

Si se hace una comparación de la salud física de un ser humano con el comportamiento de una persona moral, específicamente de una entidad empresarial, se lograrán comprender algunas de las cosas que suceden a una de estas últimas cuando incurre en los problemas de insolvencia típicos del concurso.

Para iniciar, cabe decir que el estado natural de los seres humanos es la salud, sin embargo, pueden presentarse al individuo diversos trastornos conocidos como enfermedades, es decir, alteraciones de las funciones normales del organismo.

Tales enfermedades con frecuencia pueden curarse solas por un proceso de actuación natural de las defensas del organismo. Sin embargo, las acciones del sistema de defensa pueden ser lentas, insuficientes o, incluso, incapaces de resolver el traumatismo o la patología en cuestión. Cuando eso sucede, se acude a medios de curación, desde remedios caseros, hasta sofisticados sistemas de la ciencia médica, pasando por la medicina alterna.

El resultado lógico esperado es la cura total y en muchas ocasiones se consigue, pero puede haber casos en donde el organismo sobrevive pero acusando alguna disminución. (Vg. el enfermo de la columna vertebral que ha sido operado pero que no puede volver a cargar objetos pesados; el que ha sufrido una fractura de pierna en edad ya avanzada y conserva

posteriormente, una cojera)

Puede haber también casos de enfermedades terminales en donde la misión del médico y los medicamentos es el campo de la tanatología: dar una buena calidad de muerte.

Trasladados esos fenómenos a las empresas puede verse a la iliquidez y a la insolvencia como enfermedades que pueden curarse, que pueden dejar secuelas en la empresa o que pueden causar la muerte de la misma.

La estructura de un sistema concursal debe verse como el conjunto de medicamentos y tratamientos con los que se puede atender esas enfermedades para intentar lograr su curación.

La gran diferencia, al hacer la comparación, es que si en los seres humanos la eutanasia tiene problemas religiosos, morales y jurídicos, en materia de empresas puede ser la solución adecuada.

#### **d. Protección del acreedor.**

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

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

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

Muchas figuras jurídicas se crean dentro de un sistema concursal alrededor de la protección de los derechos de los acreedores: las juntas de acreedores, los grados y las prelacións, la posibilidad de ejercer garantías específicas obtenidas por éstos, etcétera.

#### **e. Protección del deudor**

El proceso concursal debe permitir al deudor afligido la oportunidad de lograr

una reestructuración de su empresa y de sus adeudos.

Debe permitir también que sus bienes sean valuados en conjunto para tener un mayor valor de retorno de modo que no quede a merced de la voracidad del primer acreedor que llegue a ejecutarlo.

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

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

#### **f. Contingencia de las empresas.**

La vida de las empresas siempre está sujeta a grandes contingencias, lo mismo puede resultar un gran éxito, que un fracaso, pasando por toda clase de operación en términos medios. Lo que es importante para el tema del concursal, es la cantidad de posibilidades de que un negocio fracase.

Las causas de fracaso son múltiples, entre las más comunes se pueden precisar: errores de administración o "management", circunstancias de mercado, competencia, "actos del príncipe" (esto es, decisiones gubernamentales que inciden en el desempeño de la empresa), crisis sistémicas y otra serie de imponderables que finalmente son las que llevan a las empresas al uso de los mecanismos de insolvencia.

Es importante precisar que la ocurrencia de fenómenos concursales se da lo mismo en épocas de crisis en donde la vida económica se deteriora, como en épocas de bonanza, en las que muchos empresarios prueban fortuna aprovechando la misma. Es decir, aunque el fracaso de las empresas no está necesariamente ligado a un fenómeno macroeconómico específico, éstos pueden ser origen de casos de insolvencia.

#### **g. Insolvencia e iliquidez.**

Usualmente se han dado dos grandes criterios para determinar si se está en el supuesto de aplicar la legislación concursal: el primero de ellos es el

concepto estricto de **insolvencia** consistente en una ecuación entre valores del activo y del pasivo, como lo define el Código Civil Federal, cuando éste es superior a aquél se dice que hay insolvencia. (Artículo 2166)

El segundo de los criterios es el de **iliquidez** que consiste en la carencia de los flujos de efectivo necesarios para cumplir con las responsabilidades y su servicio. La experiencia mundial ha concurrido en que es la iliquidez la que debe definir el estatus concursal. (ver "Sistemas efectivos de insolvencia. Principios y Pautas." del Banco Mundial, principio 9 )

#### **h. Materia civil o materia mercantil**

El fenómeno concursal puede tocar a cualquier entidad jurídica: persona física o moral, pública o privada, de especulación o altruista, etcétera, pues basta que se sea titular de un patrimonio para estar en posibilidad de incurrir en una cesación generalizada de pagos, en un pasivo mucho mayor que el activo o no contar con la generación de recursos necesarios para hacer frente a los vencimientos de los adeudos.

Algunas legislaciones en el mundo tratan el problema en forma unificada con una sola estructura jurídica que cubre todas las eventualidades. En el caso de México, se divide el fenómeno en tres:

1. Materia Mercantil.- regulada por la Ley de Concursos Mercantiles. Cubre los comerciantes, ya sean personas físicas o morales.
2. Materia Civil.- regulada por los códigos civiles de las entidades federativas. Cubre el caso del individuo no comerciante, en algunos sistemas le llaman el caso del "consumidor".
3. Leyes especiales para los demás casos. (por ejemplo: las instituciones de seguros y de fianzas).

#### **i. Universalidad del proceso**

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

La Ley de Concursos Mercantiles aplica el concepto de universalidad con una limitación hacia el concepto de "empresa", pues cuando define lo que es la "Masa" dice: *Masa, a la **porción** del patrimonio del Comerciante declarado*

*en concurso mercantil integrada por sus bienes y derechos, con excepción de los expresamente excluidos en términos de esta Ley, sobre la cual los Acreedores Reconocidos y los demás que tengan derecho, pueden hacer efectivos sus créditos"*

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

#### **j. Reestructura o liquidación**

La finalidad de todo proceso concursal debe encontrarse en la búsqueda ya sea de la reorganización de la empresa, ya de su liquidación ordenada. Tanto el deudor que los solicita como el acreedor que los demanda deben tener esto muy claro, buscar propósitos diversos es dar un mal uso al proceso y acarreará consecuencias indeseadas no sólo para quien ha promovido sino para toda persona que se encuentre en el entorno del deudor (acreedores, proveedores, clientes, accionistas, trabajadores, etcétera).

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

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

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

La Ley de Concursos Mercantiles mexicana opta por concentrar ambos procedimientos como etapas sucesivas de un macro proceso: primero la conciliación y luego la quiebra; admite el que se pueda, en determinadas circunstancias, migrar directamente a la quiebra, o abortar la etapa de conciliación cuando ésta se ve irrealizable; no contempla el que estando en la quiebra pueda encontrarse un convenio que permita la subsistencia, sin

embargo como se trata de la voluntad de los interesados, bien podría admitirse el que se pudiera lograr, requiriendo, eso sí, la concurrencia del 100% de los acreedores con el deudor.

#### **k. Inicio voluntario o forzado**

El proceso concursal debe tener una doble línea de detonación: la propia persona física o moral que sufre de iliquidez o insolvencia quien puede descubrir que el mejor camino para reorganizar su empresa u optar por terminarla ordenadamente es el concurso

Los acreedores que lo inician a fin de evitar que el deterioro manifiesto de la persona emproblemada acabe los activos que pueden ser fuente de repago.

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

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

La Ley puede asignar a otras entidades también la posibilidad de iniciarlo. Es el caso del Ministerio Público, representante social; el de un juez que perciba, en el curso de su trabajo, la conveniencia de que un deudor siga este proceso; el del fisco que contempla al deudor como una unidad generadora de recursos para el Estado; el de alguna entidad administrativa reguladora de entidades comerciales, como podría ser un Registro Público de Comercio o la Secretaría de Economía.

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

## **I. El Objetivo del sistema**

Cualquier sistema que regule la insolvencia debe preguntarse por el objetivo que buscará proteger: a los acreedores, a los deudores o a la empresa como fuente de generación económica.

Habiendo intereses jurídicos en cada una de esas opciones cualquiera de los sistemas resultaría válido con la condición de que no se ignoren derechos de alguna de las partes involucradas. Nunca podría existir, pues no sería jurídico, un sistema que diera protección a los acreedores y desdeñara los derechos del deudor, o viceversa.

La opción que toma la Ley de Concursos Mercantiles es la última: la protección de la empresa como una fuente de generación económica, en torno a la cual giran una gran cantidad de intereses: los de los trabajadores que no quieren ver perder su fuente de trabajo; los de los accionistas, quienes buscan proteger su inversión; los de los acreedores financieros, que buscan el retorno de sus capitales; los de los proveedores que buscan no sólo el pago de su crédito, sino también el conservar a un cliente; los de la sociedad quien no puede ver perder una fuente de riqueza para todos y una fuente de satisfacción de las necesidades laborales y empresariales de una comunidad.

### **m. Buena o mala fe**

El hecho de que el deudor haya actuado de buena o de mala fe durante la temporada y en las decisiones que le llevaron a la insolvencia es un ingrediente importante para el proceso concursal pues evidentemente no es lo mismo el caso de que una empresa falle por circunstancias externas, por impericia de su principal o por mala fe de éste. El tratamiento que la ley debe dar a esos supuestos debe ser diverso.

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

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

En la Ley de Concursos Mercantiles se sostienen, no obstante, dos instituciones para los casos de mala fe: la regulación de actos en fraudes de

acreedores sobre todo realizados en el llamado "período sospechoso" o de retroacción en donde los actos hechos en fraude de acreedores pueden ser nulificados, y la existencia de un tipo penal al respecto pues si bien la ley concursal no debe ser persecutoria, tampoco debe tolerarse el que haya personas que con dolo hayan causado el fracaso de la empresa frustrando los derechos de todas las personas físicas y morales con ella relacionadas.

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

#### **n. Fenómeno Multidisciplinario**

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

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

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

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

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

Se trata también y fundamentalmente, de un problema financiero pues no se logró mantener el equilibrio sano entre los activos y su uso con los riesgos tomados; se pudieron haber tomado decisiones de apalancamiento

inadecuadas; la aridez financiera puede provenir de una disminución de los flujos de efectivo o de un incremento desmedido de tasas de interés o de un retorno pobre de inversiones de tesorería. Resolver una empresa insolvente supone fundamentalmente el análisis financiero de la misma y de su viabilidad.

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

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

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

## **ñ. Estigma**

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

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

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

Por el contrario, llegar a procesos concursales puede incluso llegar a ser visto como una respuesta honrada y plausible de quien sufre el problema.

Eso es lo que quiere la Ley de Concursos Mercantiles, que se vea como una herramienta honesta, jurídica para resolver ordenadamente un problema que, originado en una entidad, afecta a muchos a su alrededor.

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

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

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

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

#### **o. Proceso Judicial o Administrativo**

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

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

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

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

#### **p. Conclusión**

El Derecho Concursal tiene sus bases en la selección adecuada de una

denominación que revele el desideratum del legislador; en la comprensión como fenómeno en la vida de las personas, en la conjunción de medidas protectoras del acreedor, del deudor y de la empresa sin que éstas choquen entre sí; entendiendo que el fracaso temporal o definitivo es una contingencia posible y que la iliquidez e insolvencia pueden presentarse en el curso ordinario de la vida de la empresa, sancionando cuando se debe a conductas dolosas; definiendo la extensión del sistema a los sujetos de derecho que se consideren adecuados; cubriendo la universalidad de patrimonios y relaciones jurídicas; manteniendo opciones de reestructuración antes que la liquidación y que el sujeto detonador pueda ser el propio sujeto o un tercero; habrá que definir claramente el objetivo que se persigue con el mismo, dando oportunidad a la interacción de las diversas disciplinas que intervienen en el fenómeno; determinando la o las autoridades que deben intervenir en el proceo y eliminando el concepto de estigma a quienes usan la figura.

<sup>1</sup>. Véase: "Effective Insolvency Systems: Principles and Guidelines" elaborados por el Banco Mundial, así como la "Guía legislativa sobre el Régimen de Insolvencia" elaborada por la citada comisión en los siguientes sitios: [www.worldbank.org/gild](http://www.worldbank.org/gild) y [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo segunda edición 2001. España.. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México. México 1998, página 2652

<sup>2</sup>.REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo segunda edición 2001. España..

<sup>3</sup>.INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México. México 1998, página 2652

<sup>4</sup>.FUNDACIÓN TOMÁS MORO. Diccionario Espasa Jurídico. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid, 2001, página 1209

<sup>5</sup>.LAROUSSE. Le Petit Larousse. Editorial Larousse. Paris, Francia, 2001, página 419 (ut supra)

<sup>6</sup>. (ut supra)

<sup>7</sup>.BLACK, HENRY C. Black's Law Dictionary. Fifth edition. West Publishing Co. St Paul Minn, USA. 1979, página 134

<sup>8</sup>.Opus citada, página 870

<sup>9</sup>.Opus citada página 836-837

<sup>10</sup>.Opus citada Pág. 938

<sup>11</sup>.Opus citada Pág. 716