

**VII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL Y V
CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA
“NUEVOS DESAFÍOS DE LA INSOLVENCIA AL DERECHO”**

¿“Cómo prevenir y afrontar la crisis de la Empresa”?

Antonio Silva Oropeza

Mendoza, Argentina. Octubre del 2009

COMO PREVENIR Y AFRONTAR LA CRISIS DE LA EMPRESA

¹Antonio Silva Oropeza

INDICE

❖ Génesis de la crisis	3
○ En el Derecho Laboral	
○ En la Economía Política	
○ Teoría clásica de la crisis	
❖ Breve recorrido histórico de las principales Crisis económicas mundiales	7
○ Crisis Bursátil.	
○ Crisis del golfo Pérsico	
○ La Crisis en Asia	
❖ Los intereses del Derecho Concursal	14
❖ La conservación de la empresa	25
❖ El Concurso Mercantil	30
❖ El temor al procedimiento concursal por parte de los deudores y acreedores	31
❖ Responsabilidad del Empresario	36
❖ Bibliografía	41

¹ Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

“GÉNESIS DE LA CRISIS”

El vocablo crisis, (viene del griego Crisis, de krino, krinein, juzgar, decidir), que significa: "Acceso intenso, agudo de presentación súbita o inesperada en el curso de una enfermedad... Por extensión, momento decisivo y grave de una persona, de un negocio, de la política, etc. Juicio que se hace de una cosa después de haberla examinado cuidadosamente.

- En el Derecho Laboral. La Crisis Laboral es considerada como la falta de actividades para asignar a los trabajadores de una empresa; dificultad de los trabajadores de encontrar empleo.

- En la Economía Política. La Crisis económica la ubicamos como la fase del ciclo económico que se caracteriza por la caída general de las magnitudes económicas, principalmente inversión, nivel de empleo, renta y consumo...

"Teoría clásica de la crisis. Los clásicos creían en la existencia de perturbaciones cíclicas en el sistema, pero las consideraban como estancamientos pasajeros de las ventas. Al pensar en el pleno empleo como el estado normal de equilibrio de los sistemas económicos, implícitamente admitían como normal el estado de auge. Según Say, por ejemplo, la oferta creaba su propia demanda, es decir, que todos los bienes producidos debían forzosamente ser vendidos. Say, admitía a lo sumo la sobreproducción parcial, pero jamás una sobreproducción generalizada y difícilmente pasajera. Ricardo, reemprendiendo el

análisis de Say, afirma que el empresario producía bienes con la sola intención de consumir y vender, y siempre vendía con el propósito de poder comprar alguna otra mercancía que pudiera contribuir a su producción futura. Por ello, al producir se convierte en el consumidor de sus propios artículos o en el comprador y consumidor de los artículos de alguna otra persona. Por tanto, era inimaginable la sobreproducción.

No obstante, como más tarde pusieron de relieve algunos autores, el razonamiento de Ricardo era discutible, pues la venta y la compra están separadas en el tiempo y en el espacio, y el dinero es algo más que el simple medio por el que se efectúa el cambio. Es decir, que Ricardo no tenía en cuenta que si un productor dejaba de comprar podía acontecer la sobreproducción y por tanto la crisis. J. Stuart Mill creía e intentaba demostrar, que ni la falta de medios de pago, ni el descenso del consumo podían originar, en ningún caso, crisis de sobreproducción generalizada a todos los productos. Los únicos clásicos que no negaron la posibilidad de la crisis fueron Lauderdale, Malthus y Sismondi, resultando por ello los primeros teóricos de las crisis. Lauderdale, enfrentándose a Adam Smith, afirmó que existía la Posibilidad de una sobreproducción generalizada debida a una excesiva acumulación de capital. Para Malthus, en cambio, la sobreproducción y la crisis podían sobrevenir a causa de un ahorro excesivo, que creaba insuficiencia de la demanda de bienes de consumo y producción. Según Malthus, al estancarse las ventas disminuían los precios por debajo del coste, disminuían las ganancias y se iba consumiendo el ahorro hasta restablecer el equilibrio. No obstante, la teoría de la crisis de Malthus tampoco logró refutar la teoría clásica. Sismondi es considerado quizá

como el primer gran teórico de la crisis, a causa, sobre todo, de la dimensión de su análisis. Para él, las crisis de sobreproducción resultan de un defecto mismo de la organización del sistema capitalista: de la libre competencia; a causa de esta última bajan los costes de los productos y se desemplea fuerza de trabajo, mientras que paralelamente aumenta la producción, debido a la introducción de nuevas técnicas. El desempleo se traduce en una disminución de la demanda efectiva, pues la PLUSVALÍA obtenida no se reparte proporcionalmente entre el capital y el trabajo."²

Las crisis y el capitalismo. A partir de Marx, una Corriente teórica, que se prolonga hasta la actualidad, relaciona directamente el problema de las crisis con el de la mecánica interna del sistema capitalista. Ya antes de Marx algunos socialistas franceses (Proudhon, Blanc) insistieron en el problema de las crisis como fenómenos inherentes al capitalismo, el cual implica la desigualdad distribución de los ingresos. Marx no dejó ningún estudio completo y sistemático sobre este problema. Se limitó a apuntar la importancia y necesidad de su estudio y sentó la idea de que las crisis reales podían explicarse por el movimiento de la producción capitalista, de la competencia y del crédito. Basándose en los escritos de los clásicos y especialmente en las teorías de Say, Marx emprendió un análisis destinado a sentar la posibilidad formal de las crisis y la sobreproducción, dejando para después el análisis de las causas de las mismas... Más tarde (1902) Kautsky hizo una notable aportación a la teoría de la crisis al afirmar que cada vez eran más severas y extensas,

² Nueva Enciclopedia Larousse en diez volúmenes. Tomo Tercero. Editorial Planeta. Barcelona-Madrid. Segunda Edición: abril de 1984. Pg. 2437.

pero que no conducirían a una desaparición del sistema, sino a una depresión crónica general. En 1907, Louis B. Boulin aportó a la teoría de las crisis una contribución mecanicista basada en el subconsumo. Rosa Luxembourg sentó una teoría del derrumbe del sistema capitalista basada en la acumulación del capital y en el subconsumo. El derrumbe sería debido a una gran crisis, culminación de una serie de catástrofes económicas de la misma índole. Lenin Lanzó, en 1916, la teoría de crisis general del capitalismo, originada por la concentración y la monopolización y por el paso del sistema a su fase suprema, el imperialismo. Henryk Grossman sugirió entonces una teoría según la cual no sólo disminuía la tasa de beneficios en comparación con el capital en aumento; por tanto, disminuían la PLUSVALÍA y la acumulación; finalmente, la PLUSVALÍA se reducía a cero, y una gran crisis paralizaría al sistema. Una teoría parecida a la tasa decreciente de beneficios fue formulada más tarde por Natalie Moszkowska, quien la atribuía a la depauperación relativa de la población obrera."³

³ Ibidem pg. 2437.

BREVE RECORRIDO HISTÓRICO DE LAS PRINCIPALES CRISIS ECONÓMICAS MUNDIALES

Hasta mediados del s.XIX, las crisis económicas eran todavía crisis de subproducción agrícola, que afectaban en primer lugar al medio rural, pues se originaban de malas cosechas que dejaban al bracero sin pan, que representaba cerca del 50% de su alimentación; de ello resultaba inmediatamente una crisis de subconsumo industrial, debido a la anulación del poder de compra del campesino. Pero como la industria dominante era una industria ligera (textiles, construcción), que podía pararse en un instante a voluntad del empresario, la crisis era rápidamente reabsorbida, pues prácticamente no había tiempo de que se constituyeran los stocks.

Los orígenes de la crisis de 1848 fueron, asimismo, de orden agrícola: la enfermedad de la patata, surgida en Irlanda (1845), penetró en Países Bajos y en Alemania; la situación alimenticia se agravó en 1846-1847 debido a la generalización de las malas cosechas, ligadas a condiciones meteorológicas adversas. A partir de febrero de 1847, hubo más de medio millón de muertos en Europa: el doble que el número de parados. Irlanda perdió, por muerte y por emigración hacia E.U.A., cerca del 50% de su población. En 1847, pararon a su vez las industrias británicas (sobre todo las de algodón y las compañías ferroviarias), francesas (hilaturas, minas, metalurgia) y belgas (trabajo de lino) al no poder ya vender su producción ni obtener créditos (los bancos habían agotado sus reservas para comprar granos al extranjero), todo lo cual contribuyó

a extender el marasmo de los negocios a toda Europa. Además, la crisis social, que había comenzado en el campo (atentados contra los transportistas de granos en Francia, motines del hambre en Württemberg, Alemania), repercutió en las ciudades a causa del paro (revuelta del pan en Génova, saqueo de las panaderías vienesas en 1847). De esta manera la crisis económica, al provocar un descontento universal, preparó la atmósfera psicológica indispensable para el desencadenamiento en toda Europa de una crisis política generalizada. Pero, tras haber alcanzado su punto más bajo en 1849, los precios volvieron a subir, y la recuperación se vio favorecida desde 1850 por el descubrimiento de las minas de oro de California y de Australia y por el rápido de las redes de ferrocarriles."

"Desde 1857 a 1920, la economía mundial se vio afectada por ocho crisis. De hecho, las dos primeras permanecieron limitadas a las tres primeras potencias industriales: E.U.A., Gran Bretaña y Francia.

La de 1857 fue provocada por el hundimiento de las compañías ferroviarias y por la insuficiente producción de oro lo que ocasionó un hundimiento de los valores bursátiles en Nueva York, París, Londres y Viena, así como dificultades de tesorería, particularmente notadas en E.U.A. En cambio, la de 1864-1866, debida a una disminución del consumo, permaneció limitada a los medios bancarios: quiebra de la casa Overend Vurney en Londres, el 11 de mayo de 1866 ('Black Friday'), liquidación del Crédit Mobiler en París."⁴

⁴ Ibídem pg. 2438

"La Crisis económica de 1929. El 24 de octubre, en una atmósfera de euforia económica debida al final de la reconstrucción europea, a la entrada de los países tropicales en el comercio internacional y a la prodigiosa expansión agrícola e industrial de E.U.A., un CRAC sin precedentes conmovió la bolsa de Nueva York: se arrojaron al mercado más de 19 millones de títulos, y se hundieron los valores, lo que dio lugar a la conmoción de las cotizaciones en los demás mercados y el comienzo de una baja de precios que había de persistir en E.U.A. por lo menos hasta 1932...

La crisis de 1929 fue, más que una simple crisis cíclica, un fenómeno que afectó a la estructura misma de la economía capitalista y cuyas consecuencias desbordaron ampliamente el plano político. Al favorecer la formación de bloques monetarios rivales en torno a E.U.A. (bloque del dólar), a Gran Bretaña (bloque de la libra esterlina) y a Francia (bloque del oro), debilitó la resistencia de las democracias, dividiéndolas frente a las dictaduras, que habían llegado al poder en los países en que la gravedad de la depresión económica había incitado a las masas desesperadas a buscar un salvador. De esta manera, la crisis de 1929 puede considerarse como una de las causas, entre otras, de la guerra de 1939. Por otra parte, esta crisis constituyó un viraje fundamental en la evolución de la economía del mundo capitalista, al poner en evidencia la necesidad de sustituir una economía liberal por una economía dirigida, caracterizada por la intervención del estado en los distintos sectores de la producción, tanto en E.U.A. (New Deal de Roosevelt) como en

Francia (política del Frente popular) o en los países de dictadura (sistema autárquico).”⁵

CRISIS BURSÁTIL.- "En octubre de 1987, el mercado bursátil sufrió un nuevo crac (derrumbamiento, quiebra comercial) de gran amplitud, consecuencia directa de la especulación financiera y reflejo de la precariedad monetaria internacional.”⁶

CRISIS DEL GOLFO PÉRSICO.- En 1991, una nueva crisis, íntimamente relacionada con la Guerra del Golfo, sacudió la economía mundial”⁷. Fue un "conflicto que enfrentó a Iraq (que había invadido y anexionado Kuwayt, en agosto de 1990) a una coalición internacional de unos treinta países dirigidos por E.U.A. Primero se decretó un embargo económico internacional. La O.N.U., que había condenado la anexión de Kuwayt, autorizó el empleo de todos los medios necesarios para liberar dicho estado. Una fuerza multinacional, principalmente norteamericana, se desplegó en el Golfo Pérsico y en Arabia Saudí, -intervino contra Iraq (17 de enero de 1991) Y liberó a Kuwayt (28 de febrero).”⁸

LA CRISIS EN ASIA.- A partir del segundo semestre de 1997 comenzó en el sudeste de Asia una repentina crisis cambiaria en economías que se habían caracterizado por un acelerado crecimiento, sostenido por varias décadas, y que en los últimos años habían logrado una relativa

⁵ Ibídem pg. 2439

⁶El Pequeño Larousse 1996 Ilustrado en color. Diccionario Enciclopédico. Primera Edición.- Segunda reimpresión, .Ediciones Larousse, S.A. de C.V. Pg. 298

⁷ Loc. Cit. Locus Citatus.

⁸ Ibídem Pg. 1351.

estabilidad de los precios. Esa turbulencia precipitó fuertes devaluaciones en mercados que los inversionistas internacionales contaban entre los más seguros y confiables. La crisis provocó salidas masivas de capitales y un fuerte impacto en el valor de los mercados bursátiles, y precipitó con ello un generalizado problema crediticio que comenzó a gestarse varios meses antes. Es decir, se presentaron al mismo tiempo una crisis cambiaria, otra de deuda y otra bancaria que rápidamente fueron transmitidas, en una especie de efecto dominó o de contagio, de unos países a otros -dentro y fuera de la región-.”⁹

"La crisis de Asia", como se le llama ahora, ha tenido efectos diferentes al arrastrar a Indonesia, Tailandia, Malasia, Corea y, en menor medida, a Filipinas, a verdaderas crisis sistémicas; en tanto que en Taiwan, Singapur y Hong Kong se han presentado crisis bancarias y bursátiles que han enfrentado, con menor sacrificio económico, las autoridades respectivas.

Quince meses más tarde, siete economías de Asia oriental han entrado en franco receso, según las estimaciones disponibles sobre su desempeño durante 1998. Las únicas economías emergentes de Asia que no sufrirán contracciones de su PIB son la República Popular China, -cuyo crecimiento para 1998 se estima en 6.5%, y Taiwan, con 4.7%, Japón, la economía más desarrollada de la región, tendrá un retroceso

⁹ Székely Gabriel. Fobaproa e Ipab. El acuerdo que no debió ser. Programa de Estudios APEC El Colegio de México. Edit. Océano de México, SA de C.V. Primera Edición. Pg. 159.

de más de 2%, según estimaciones del FMI (septiembre de 1998), el peor desempeño desde 1945".¹⁰

"El impacto negativo de la crisis, en términos de las devaluaciones sufridas, la salida de capitales, la estrepitosa caída de los mercados bursátiles y la desaceleración del crecimiento económico, ha sido devastador. Todas las estimaciones disponibles señalan que cualquier eventual recuperación de las economías asiáticas comenzará hasta mediados de 1999, en el mejor de los casos. Desde luego, algunas de las ocho economías emergentes han hecho mayores progresos en relación al resto; y los casos de Japón y China son muy diferentes.

Las economías asiáticas han sufrido una caída estrepitosa del consumo interno, lo cual no sólo constriñó las economías de la región, sino también significó una disminución importante de la demanda externa; entre 25 y 40% de sus exportaciones totales se colocan dentro del propio mercado regional, y la proporción sube si se incluye a Japón ...

La salida de capitales, se estima, significó una sangría inicial de casi 115,000 millones de dólares para las cinco economías más vulnerables: Indonesia, Tailandia, Corea, Malasia y Filipinas; es decir, 10% del PIB sumado de estos países. Los créditos bancarios se han reducido en alrededor de 88 mil millones de dólares. Es así que han visto desaparecer recursos por un monto equivalente a 18% de sus economías, lo que a su vez tiene el efecto ampliado de una pérdida de

¹⁰ Ibídem Pg. 165

bienestar estimada, conservadoramente, en más de 600,000 millones de dólares por el Banco Mundial."¹¹

¹¹ *Ibíd*em Pg. 172

LOS INTERESES DEL DERECHO CONCURSAL

Hoy debemos entender, que los intereses del Derecho Concursal, se han incrementado en virtud de que coinciden con la “crisis” actual y que hasta el momento no sabemos qué es lo que sigue, cada día que nos amanecemos lo hacemos con algo nuevo, el mundo cambia minuto a minuto, ya sea por los sectores de privilegio económico o bien por los factores de la producción. Nuestra capacidad de asombro ha sido rebasada por los acontecimientos mundiales y nacionales que a diario se suscitan; algunos de ellos -revelaciones y confesiones-, nos producen estupor e indignación.

Lo anterior hace que la empresa se encuentre vulnerable, lo que provoca que se vea limitada para llevar a cabo su funcionamiento y operación, poniendo en riesgo su viabilidad, además de tener al acreedor encima, queriendo tomar posesión de la empresa, impidiéndoles venderla, viendo la manera de despojar de los bienes que sirven de garantía para conseguir su fin y buscando las causas para dar seguimiento a un procedimiento penal en contra de esos "accionistas y administradores" a quienes sin juicio alguno se les considera culpables de la “crisis” empresarial, que desean cobrar no sólo con la empresa, sino a como dé lugar hasta con los bienes personales de los “administradores y accionistas”, instrumentando procesos penales discutibles en cuanto a su fundamento legal y sólo entendibles como medio de presión por el desprestigio que la publicidad y el comentario social acarrearán, así como por la inquietud y quebranto moral que ello implica, aunque finalmente no procedan por ser procedimientos

inconstitucionales que en última instancia son revocados por la autoridad federal.

No debe cerrarse nuestro criterio, ni negarse la conveniencia de reformas a nuestro Derecho Concursal, el motivo puede ser incuestionablemente serio, pero insuficientemente justificado, moral, económica y jurídicamente para lograr un movimiento legislativo.

Se deberá aceptar la necesidad de una reforma legislativa para la mejora de la conservación de la empresa, tal y como lo establece nuestra legislación concursal en su artículo 1^o¹² permitiendo la opinión de todos los operadores del concurso, las instituciones económicas y de todas aquellas que finalmente se ven afectadas por la “crisis”

La reforma al Derecho Concursal debe implementarse con instrumentos de justicia, ya que la adecuación de normas jurídicas a una realidad no es motivo de discrepancia. La realidad social y la económica siempre cambiantes, originan que sistemas e instituciones tengan que ser sustituidos por otros, acordes con el momento pero respetando la costumbre, antecedentes legales y las exigencias de la comunidad.

Los problemas del Derecho Concursal, del Derecho de la Insolvencia, deben ser enfrentados como tales, como una institución jurídica que

¹² **Artículo 1o.-** La presente Ley es de **interés público** y tiene por **objeto regular el concurso mercantil.**

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

debe adaptarse a cambios y circunstancias, a la responsabilidad de aquéllos, los empresarios, los comerciantes, cualesquiera que sea su situación deben ser considerados dentro del contexto de una “crisis”, con equidad y justicia, para lograr el principio rector del Derecho Concursal, sin privilegios.

Habría que lograr un Derecho Concursal, que reduzca y por qué no, que suprima excepciones al principio casi platónico de la *par conditio creditorum* -igualdad de los acreedores- cómo olvidar lo que en su momento el Dr. Ariel Ángel Dasso¹³ ha manifestado al respecto, hacer una mejor distribución y más equitativa de las cargas en las “crisis” de todos los afectados, en la revisión de injustificados privilegios que deben cambiarse para no poner en peligro y no causar un efecto dominó que provocarían otras insolvencias.

Al sumar las “crisis” de la “crisis”, las reestructuraciones de la reestructuración, por la no obtención de las pretensiones de recuperación de crédito a una realidad del mercado, de los tiempos, de viabilidad; haríamos que no se encontrara un Derecho Concursal más igualitario.

Al detonar la “crisis” mundial en el año de 2008, que golpea de manera directa a las grandes empresas e industrias del mundo, los empresarios y comerciantes, quienes mantienen vigente la planta productiva y laboral entre otras, que como consecuencia del momento de estos factores externos y quizá algunos internos, conlleva a una menor producción,

¹³ Segundo Congreso Nacional de Derecho Concursal. Guadalajara, Jalisco, Mayo 2008.

desempleo y cierre de las mismas, eso nos debe llevar a reflexionar sobre el motivo principal de estas causas que lo han provocado.

Podríamos preguntarnos: ¿Qué entendemos por Crisis?

Pregunto, ¿todos entendemos el término “crisis” de igual manera? o será que para algunos la “crisis” la vemos desde el momento en que podemos advertir y tomar medidas para ayudar a la empresa para su reestructura o en el último de los casos ayudarle a bien morir, o entendemos la “crisis” desde el momento en que ésta reventó y ya no es posible prevenir; quizás el comerciante tendría la oportunidad de una reestructura previa, mediante un medio alternativo de solución de conflictos en términos del artículo 312¹⁴ o bien, presentar conforme al Título XIV¹⁵

¹⁴ **Artículo 312.-** El Comerciante que enfrente problemas económicos o financieros, podrá acudir ante el Instituto a efecto de elegir a un conciliador, de entre aquellos que estén inscritos en el registro del Instituto, para que funja como amigable componedor entre él y sus acreedores. Todo acreedor que tenga a su favor un crédito vencido y no pagado también podrá acudir ante el Instituto para hacer de su conocimiento tal situación y solicitarle la lista de conciliadores.

El Instituto deberá notificar al solicitante por escrito, dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de la solicitud correspondiente, la lista a la que se refiere el párrafo anterior. Los honorarios del conciliador serán a cargo del solicitante.

En ningún caso el Instituto será responsable por los actos realizados por el conciliador que el Comerciante o, en su caso, cualquier acreedor hubieren elegido.

Artículo 313.- El Comerciante podrá solicitar la admisión de un concurso mercantil con plan de reestructura previo a la declaración de concurso mercantil.

I. La solicitud reúna todos los requisitos que ordena el artículo 20 de esta Ley;

II. La solicitud la suscriba el Comerciante con los titulares de cuando menos el cuarenta por ciento del total de sus adeudos.

Para la admisión del concurso mercantil con plan de reestructura será suficiente que el Comerciante manifieste bajo protesta de decir verdad que las personas que firman la solicitud representan cuando menos el cuarenta por ciento del total de sus adeudos;

III. El Comerciante manifieste bajo protesta de decir verdad que:

del Concurso Mercantil un Plan de Reestructura Previo o mediante la conciliación¹⁶ dentro del propio procedimiento o incluso con la reforma hasta en la misma etapa de quiebra tal y como lo prevé la Ley de Concursos Mercantiles y que, en su artículo “El Derecho Concursal de Hoy”¹⁷, Ariel Ángel Dasso lo trata como un nuevo presupuesto material y la anticipación de la “crisis”; pero con pocas probabilidades de que la

a). Se encuentra dentro de los supuestos de los artículos 10 y 11 de esta Ley, explicando los motivos, o

b). Es inminente que se encuentre dentro de los supuestos de los artículos 10 y 11 de esta Ley, explicando los motivos.

Por inminencia debe entenderse un periodo inevitable de treinta días, y

IV. La solicitud venga acompañada de una propuesta de plan de reestructura de pasivos del Comerciante, firmada por los acreedores referidos en la fracción II.

Artículo 340.- El Comerciante y los acreedores que suscriban la solicitud de concurso mercantil con plan de reestructura podrán pedir al juez las providencias precautorias que contempla el artículo 37 de esta Ley y el Código de Comercio.

Artículo 341.- Si la solicitud de concurso mercantil con plan de reestructura reúne todos los anteriores requisitos, el juez dictará sentencia que declare el concurso mercantil con plan de reestructura sin que sea necesario designar visitador. **Artículo 342.-** La sentencia de concurso mercantil deberá reunir los requisitos que esta Ley le exige y a partir de ese momento el concurso mercantil con plan de reestructura se tramitará como un concurso mercantil ordinario, con la única salvedad de que el conciliador deberá considerar el plan de reestructura exhibido con la solicitud al proponer cualquier convenio. (DR)IJ

¹⁶ **Artículo 2o.-** El concurso mercantil consta de **dos etapas** sucesivas, denominadas conciliación y quiebra.

Artículo 3o.- La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos. **La finalidad de la quiebra** es la venta de la empresa del Comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los Acreedores Reconocidos.

Artículo 145.- La etapa de conciliación tendrá una duración de ciento ochenta y cinco días naturales, contados a partir del día en que se haga la última publicación en el Diario Oficial de la Federación de la sentencia de concurso mercantil.

El conciliador o los Acreedores Reconocidos que representen por lo menos las dos terceras partes del monto total de los créditos reconocidos, podrán solicitar al juez una prórroga de hasta noventa días naturales contados a partir de la fecha en que concluya el plazo señalado en el párrafo anterior, cuando consideren que la celebración de un convenio esté próxima a ocurrir.

El Comerciante y los Acreedores Reconocidos que representen el noventa por ciento del monto total de los créditos reconocidos, podrán solicitar al juez una ampliación de hasta por noventa días naturales más de la prórroga a que se refiere el párrafo anterior.

En ningún caso el plazo de la etapa de conciliación y su prórroga podrá exceder de trescientos sesenta y cinco días naturales contados a partir de la fecha en que se hubiese realizado la última publicación de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial de la Federación.

¹⁷ El Derecho Concursal de Hoy. Dr. Ariel Angel Dasso. Ed. La Ley. Marzo 2009.

empresa salga y sólo llevarla a su liquidación, buscando una MAXIMIZACIÓN de ésta, pero al fin de cuentas liquidarla como un todo ó en partes.

Para darle mayor claridad al término “crisis” expongo el siguiente criterio:

La “crisis”, es una coyuntura de cambios (desorden) en cualquier aspecto de una realidad organizada pero inestable, sujeta a evolución.

Los cambios críticos, aunque previsibles, tienen siempre algún grado de incertidumbre en cuanto a su reversibilidad o grado de profundidad, pues si no serían meras reacciones automáticas como las físico-químicas.

Si los cambios son profundos, súbitos, violentos, y sobre todo traen consecuencias trascendentales, van más allá de una “**crisis**” y se pueden denominar revolución (cambio brusco y violento que se da en la estructura social, económica y política de un Estado).

Sin ser fatalista, la realidad de la empresa es que ésta se encuentra permanentemente en “crisis”; como todo ser vivo, desde su nacimiento, evolución y desarrollo, donde pueden surgir alteraciones y desajustes, esto se da cuando existe una mala o inadecuada armonía entre los diferentes factores que la integran o que afectan su funcionamiento, nace o revive lo que llamamos "crisis empresarial", ellos pueden ser de origen estructural, como son los que se refieren fundamentalmente al nacimiento y crecimiento de la empresa, o bien deformativos o

malsanos, que son los que afectan la existencia, la sobrevivencia de la empresa. Este último fenómeno es el que interesa a esta exposición y al que me referiré.

Una Sociedad de las señaladas en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles¹⁸ y de las que hoy pueden ser constituidas en la República Mexicana, sólo se necesita presentar una solicitud en la Secretaría de Relaciones Exteriores, quien sin problema alguno, autoriza de manera indefinida su existencia o en el peor de los casos noventa y nueve años.

Cuántas de las sociedades que solicitan este permiso para hacer funcionar un negocio, crean una empresa, sin tener debidamente sustentado su objeto social, sus objetivos o sea un plan de negocios, un plan administrativo, financiero, comercial, así como prever las dificultades a que se enfrentan para su sobrevivencia y tomar en cuenta las causas internas o externas que tendrán que sortear.

Toda empresa debería tener un plan de actuación, un plan administrativo, financiero y comercial, así como la necesidad de adaptarse al cambio. Cuando el cambio es repentino o repetitivo, por

¹⁸ **Artículo 1o.**- Esta Ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

I.- Sociedad en nombre colectivo;

II.- Sociedad en comandita simple;

III.- Sociedad de responsabilidad limitada;

IV.- Sociedad anónima;

V.- Sociedad en comandita por acciones, y

VI.- Sociedad cooperativa.

Cualquiera de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V de este artículo podrá constituirse

como sociedad de capital variable, observándose entonces las disposiciones del Capítulo VIII de esta

Ley.

causas externas, enfrenta al empresario como un fenómeno contra natura ya que esas razones externas fuera de su control, aunque a veces no faltan las internas, lo obligan a variar su plan original de producir elementos de adaptación a fenómenos que califica de fortuitos o de fuerza mayor.

Las circunstancias cambiantes, fuera de su control, lo obligan necesariamente a la decisión de una modificación, a la aceptación de una “crisis”, a la necesidad de enfrentar los efectos patológicos, a aceptar la enfermedad de su empresa. Entonces, es cuando las tensiones aparecen, sus preocupaciones se agudizan y valora la necesidad de sobrevivencia, la posibilidad de salvar a su empresa, así como recuperar la estabilidad de los factores económico-financieros componentes de la empresa.

El virus, el factor biológico, el inicio de la “crisis”, se presenta de imprevisto, aunque ello no quiere decir que en algunas circunstancias éstos se van formando de tiempo atrás. Pero cuando no ocurre esto último, el origen de la enfermedad no parece aflorar a la vista del empresario, no lo capta, generalmente no es posible preverla con la medicina adecuada y ello no entraña una deficiencia o negligencia del empresario.

Si la “crisis” externa que paulatinamente va creciendo fuera posible o razonablemente detectable, la corrección del rumbo empresarial podría tomarse con más tiempo para que su resultado fuera menos traumático, su padecimiento menos mortal.

Es casi imposible que el empresario pueda prevenir el futuro y por ello no se le puede exigir que tenga una previsión contra-natura, ello no es ni moral ni jurídico y sí, en cambio, bien usual el exigido. El empresario, al enfrentarse a este tipo de problemas tiene de arranque una primera fase de sorpresa y de asombro, posteriormente de resistencia y finalmente de decisión inmediata; en cuanto más cortas sean estas tres fases, mayor garantía de éxito supondrán. El tiempo juega en los "tiempos de crisis" un papel importante, máxime cuando éstos son de viabilidad.

Ante una nueva estrategia o planificación, como en su momento lo manifestó Efraín Hugo Richard¹⁹ que es determinante en primer término, que la empresa es demasiado rígida y no resultará fácil tomar las nuevas medidas, ni tal vez sean las correctas o adecuadas. La rigidez de una empresa derivada de su original estructura, es inoperante o valedera en la "crisis" y generalmente después de ella, la inmoviliza y encarcela en sus originales fuentes de inversión, en su inversión misma; en la excesiva dependencia de los mecanismos de financiamiento y por su tamaño, sus costos, su imposibilidad de mantenerse competitivamente en el mercado, por lo menos con una sana contribución marginal, en una cuenta permanente y no decreciente, determinan su estado de emergencia y necesidad. Lo anterior, aunado en nuestro medio a la contingencia laboral y a la excesiva carga

¹⁹ El aumento de Capital como solución a la "crisis". Efraín Hugo Richard y Antonio Silva Oropeza. Artículo publicado con motivo del 2do. Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal en la Ciudad de Mérida, Yucatán.

tributaria en impuestos directos, indirectos, etc., le presentan un crucigrama, a veces un enigma, difícil de resolver.

Las “crisis” periódicas que se habían vivido en México, sobre todo su recurrencias y duraciones, ofrecieron una coyuntura; ya que durante los últimos 13 años no hubo esa repercusión y nuestro país por su condición mundial y su influencia en Latinoamérica supo valorar esas experiencias.

Estas “crisis” en México se fueron superando y los factores de desajuste que dejaron no se hicieron reincidentes tanto política como sexenalmente, sin embargo el año 2008, nos hace volver a empezar, y aunque de manera diferente estamos por ver un ciclo difícil, esperando que no vaya a ser catastrófico.

Como ya lo he manifestado, nuestras “crisis” no solamente se han debido a causas o errores del empresario, ellas han sido influidas por factores externos y actualmente nuestro entorno económico es el resultado de:

- La falta de adaptación al mercado internacional, de la empresa mexicana;
- La falta de competitividad por incrementos constantes de los costos en la materia prima;
- La falta de previsión al corte repentino y desmesurado del dinero en circulación; así como de la inversión extranjera e interna;
- La desestabilidad monetaria y devaluación del peso mexicano;

- El alto costo del dinero, mantenido artificialmente no para frenar la inflación o fomentar el ahorro, sino para evitar o cortar la salida de capitales, atraer la inversión extranjera y financiar el déficit público con dinero especulativo;
- El aumento de morosidad como consecuencia de la falta de dinero en circulación y el consecuente incremento del costo del dinero;
- La desaceleración de las inversiones a largo y mediano plazo nacionales, públicas y privadas, así como de las extranjeras;
- La falta de capitalización suficiente y de recursos disponibles de la empresa para la resistencia de la “crisis”;
- El factor psicológico del desánimo empresarial, y
- El cuadro de desempleo.

De lo anterior debemos de partir, que los factores que originan principalmente las “crisis” en las empresas, son primordialmente externos, la empresa como tal, es ajena en el ámbito financiero interno y administrativo al comienzo de éstas. Proviene de causas externas que son imposibles de controlar, y también de prever. Así, las medidas que normalmente toman los empresarios, son generalmente para solapar los efectos de la “crisis”, para retardar, o para entregar en pago a sus acreedores las empresas, para su control y posterior venta.

Otras empresas se deciden por medidas de aplazamientos, resistencia, despidos y reducción de costos y como la empresa padece de rigidez y

dimensionamiento, se va produciendo una nociva preferencia por el comercio, el servicio y la especulación. Finalmente, se está propiciando la concentración en grandes grupos, más aptos para sobrevivir que la pequeña y mediana industria, desplazando a manos extranjeras la importante responsabilidad del sostenimiento de una industria nacional, herida de muerte.

LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

En un análisis del comienzo de la “crisis”, ésta puede provenir o emanar de políticas gubernamentales, tales como recortes de canales crediticios, aplicación de políticas monetaristas por financiamiento del gasto público, por devaluación de la moneda, entre otros o indirectos derivados de factores de mercado, tales como caídas de precios, aumento en las importaciones, aumento en la morosidad, baja de la demanda y otros aspectos, que ocasionan enfrentarse a una realidad de planificación deficiente no por errores propios, sino por imprevistos, descuidos o accidentes.

Ante tales problemas, en primer término debe explorarse la posibilidad de reorganizar y reestructurar la empresa fuera del ámbito legal, con los traumas que ello implica, mediante un tratamiento que dependerá de la naturaleza de las causas, de sus efectos, del grado de deterioro y de la disponibilidad de los medios, aún y cuando el artículo 1º de la Ley de

Concursos Mercantiles establece cual es el objeto e interés público de la misma.²⁰

En nuestro análisis, resulta imposible tener la totalidad de los tipos de reestructuración y su entrelace; sin embargo, mencionaré los que tienen actualidad en nuestro medio:

- Negociación extra judicial bancaria;
- Negociación comercial con acreedores;
- Fusión de sociedades;
- Escisión de empresas;
- Reestructuración o disminución de la plantilla de personal de confianza y de trabajadores;
- Aportaciones de capital;
- Asociaciones comerciales estratégicas.

Cualquier empresa que se encuentre en un estado de “crisis”, independientemente de la culpa y de su gravedad, debe considerar y tratar de lograr su reestructuración inmediata, buscar valorar, así como decidir sobre la aplicación de los medios más adecuados en términos financieros, administrativos y Jurídicos. En síntesis; debe ocuparse de elaborar y ejecutar un plan de viabilidad y reestructuración.

²⁰ **Artículo 1o.-** La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil.

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

Algunos países a partir de las “crisis” iniciadas en los años setenta, han regulado con institutos reorganizativos la elaboración y ejecución de planos de viabilidad y reestructuración, cuya dirección y vigilancia queda enmarcada en un procedimiento judicial, en el cual el comerciante, en principio conserva la administración.

En México, de manera extrajudicial, se han tenido que implementar reorganizaciones de empresas, (caso COMERCI, Comercial Mexicana), entre otras, ya que la admisión por el Juez de su solicitud al Concurso Mercantil no le fue favorable, por ello buscó llevar a cabo de manera externa con la participación y el interés de los acreedores más cuantiosos, generalmente instituciones financieras y sin intervención de las autoridades judiciales, por expertos (financieros y administradores, una variedad de soluciones) la llamada "ingeniería financiera".

Debe reconocerse que dichos procedimientos extrajudiciales de carácter reorganizativo, han evitado los procedimientos judiciales conservativos, así como los liquidatorios de las empresas, cuando éstas, no obstante la “crisis” tienen viabilidad, sin necesidad de medidas radicales en las que los acreedores deban cooperar o compartir riesgos.

Debo reiterar, que la sociedad en general reconoce la necesidad de que la empresa exista, por ello facilita y promueve su nacimiento pero no entiende que una empresa puede enfermar por factores externos; de ahí que, presuma la negligencia de falta de previsión y la culpabilidad del

empresario, quien además con una empresa enferma, en “crisis”, tiene que diagnosticar y desarrollar el tratamiento para la curación, para la reestructuración de una empresa. Ello lo desarrolla bajo la presunción de culpa, porque la sociedad financiera necesita de un responsable, no quiere aceptar que, el Estado, o bien que factores políticos, económicos o sociales pueden originar una “crisis” empresarial, que como parte fundamental del entorno económico deben compartir sus respectivos ámbitos.

Nuestra institución legal, del concurso mercantil vía la conciliación, es una respuesta a este aparente desconocimiento por parte de la sociedad; de su contenido, se advierte que el legislador la implementó en nuestro medio no como una institución ficticia e inusual, sino como una necesidad de protección al ente jurídico, económico y social que representa la empresa. Legisló en términos y con antecedentes de leyes de otros países, tratando de mejorar las instituciones legales para evitar que se liquidaran empresas, que éstas desaparecieran mediante un proceso de quiebra en el que finalmente todos los factores económicos saldrían dañados y contempló una fase de reestructuración previa en el que la capacidad de entendimiento, de aceptación, de riesgo, de congruencia y de respeto a intereses de acreedores - independientemente de su garantía o de cualquier otro privilegio- les daría a los menos protegidos y aún a los acreedores privilegiados, una mejor posibilidad de recuperación que la derivada de la desaparición por liquidación y venta de sus activos, o bien con la venta de la empresa como unidad, con todos los deterioros que los procedimientos liquidatorios producen en la misma, tales como cambio de

administración por una de carácter judicial no experta en el ramo, pérdida de producción, mercados y la aparición de normales obsolescencias.

La ley establece en la conciliación un procedimiento de reorganización en el que la igualdad de los acreedores cualquiera que sea su garantía o su calidad facilite una solución viable para la empresa en la que los acreedores no se destrocen unos contra otros por la jerarquía de sus garantías, éste procedimiento busca se mantenga protegido al empresario de ataques personales, de procedimientos penales, de presión moral y social; pero también busca proteger a los acreedores, ya que no existe ninguna posibilidad de defensa para los empresarios cuando éstos enfrentan una “crisis” y las negociaciones unilaterales le exigen la desposesión de la empresa y aún de sus bienes personales integrantes de un patrimonio familiar; la empresa ha de ocurrir a la autoridad judicial y obtener el beneficio de el Concurso Mercantil ejercitando no sólo un derecho, sino cumpliendo con una obligación social, la de su conservación, en su óptima capacidad de explotación, cualquiera que sea su giro.

El empresario debe darse a sí mismo y darle a sus clientes, proveedores, acreedores, trabajadores y a todos aquellos que han tenido confianza en él y que tienen un interés aún directo en la empresa, la oportunidad de analizar su capacidad y honestidad como empresario, las causas que originaron la “crisis” de su empresa, las posibilidades de resurgimiento de la misma, la necesidad de conservar la interdependencia de la empresa con terceros que dependen directa o

indirectamente de ella. Es más, debe darse a la empresa como a todo ser vivo, la posibilidad de sanar y de recuperarse con medicinas dolorosas y costosas, con tiempo, respiro, oxígeno y entereza, con el riesgo de que sus acreedores al final de un camino tortuoso, decidan su muerte social, es decir, la liquidación de la empresa mediante la quiebra.

EL CONCURSO MERCANTIL

Cuando los flujos de tesorería son insuficientes y no permiten a una empresa realizar el pago de las obligaciones a su vencimiento, efectuar los pagos a ritmo normal, ocasionando simplemente un retraso en los pagos concertados o bien, un descubierto en cuentas bancarias, fenómenos propios de aquellas empresas con grandes oscilaciones en su actividad normal, empresas de gran fragilidad financiera, que en ciertos momentos responden o reflejan un mercado adverso o cambiante mediante un incremento desmesurado en su deuda y su servicio, que no generalmente son coincidentes con la previsión del empresario o con la imposibilidad de allegarse fondos y que no representan un riesgo de continuidad y viabilidad, cuando se violentan las cosas con ejecuciones de los acreedores e indiferencia de los mismos ante las causas de la crisis, se requiere de una solución de fácil acceso a las empresas. Mientras que la evolución negativa de los flujos de caja se revierte, por la conclusión de las crisis, por el saneamiento, por la reestructuración de la empresa, por la reestructuración de la deuda, para que los flujos de entrada respondan a los flujos de salida y los pasivos no se incrementen al grado de llegar a la insolvencia

definitiva, en la que, ni los activos ni la operación puedan cumplir, ahora un nuevo convenio de pagos, la solución puede encontrarse en un instituto concursal, de carácter legal, que se denomina concurso mercantil en etapa de conciliación.

El concurso mercantil es un beneficio legal que se puede conceder al deudor comerciante, que por falta de liquidez no puede afrontar el pago de sus obligaciones líquidas en las fechas de sus vencimientos. La iliquidez no debe ser insuperable de manera que, en un plazo y/o con quitas, se pueda atender al cumplimiento de las obligaciones. La ley otorga, a través del órgano jurisdiccional, la tutela del Estado con la finalidad de adecuar o reestructurar la empresa obteniendo una novación a sus obligaciones, sustituyéndolas por una nuevas en cuanto al monto y/o tiempo y/o forma de cumplimiento, manteniéndose los bienes a disposición de los acreedores como garantía y la operación bajo la vigilancia de la autoridad.

EL TEMOR AL PROCEDIMIENTO CONCURSAL POR PARTE DE LOS DEUDORES Y ACREEDORES

Es la forma en que los acreedores exteriorizan su temor a las intenciones del empresario, sobre cuál es su verdadera voluntad; los acreedores, por principio temen lo peor, la desaparición de la empresa, la irrecuperabilidad de su crédito, la pérdida de un cliente, el expediente maquinado para la liquidación de la empresa y, lo que es peor, suponen

la injusticia del instituto legal, en especial por la moratoria y protección que se otorga al comerciante dado que, históricamente:

a) La Ley de Concursos Mercantiles tiene como objetivo principal el buscar el pago y su función, la conservación de la empresa; que sea un procedimiento sano de interés público, sin embargo, se ha utilizado como un procedimiento de liquidación, con garantías de impunidad y oportunidad de descapitalización de la empresa.

b) En muchas ocasiones se disimulan quiebras reales, por situaciones diversas a la insolvencia temporal o a una relación negativa activo-pasivo.

c) Se ha abusado del procedimiento para obtener tratamiento preferencial de los acreedores y concesiones que no tienen relación con la capacidad de la empresa, así como tampoco con su situación comercial y financiera.

d) El sistema de preferencias que la ley señala, justificadamente desmotiva a los acreedores no garantizados a continuar en un procedimiento con altos costos profesionales y ante la expectativa de que no recuperarán su crédito por el sistema de decisión mayoritaria para la celebración de un convenio o la declaración de quiebra.

La explicación a esta confusión o mal entendido de los acreedores, se deriva de la inexistencia de un procedimiento efectivo, específico para salvaguarda de los acreedores no privilegiados o sin garantía,

comunes por operaciones mercantiles, de la no existencia de un procedimiento diferente al del Concurso Mercantil, que permita al comerciante salvaguardar sus intereses, salvar su empresa y sus bienes, de ejecuciones judiciales, de intimidaciones o de cualquier otra situación que afecte en forma alguna su capacidad de negociación en ámbitos de reestructuración o reorganización de la empresa, con garantía de recuperación e intervención de todos los acreedores, sin consideración o privilegio alguno y ejecutar el principio de la par conditio creditorum o igualdad de todo acreedor, para que todos ellos participen en la decisión del comerciante y en su caso, en las liquidaciones del patrimonio, y así desaparecer, el temor indudablemente cierto, de que el acreedor común pudiera no cobrar nada en la quiebra o en nada va a influir su voto en el convenio respectivo; en un procedimiento en el que los trabajadores, el fisco, los acreedores bancarios, los acreedores privilegiados son sólo los únicos beneficiarios del procedimiento y algunos acreedores comunes poco recuperarán aunque tengan interés y participación en el proceso.

Una empresa en crisis da como equivalencia un empresario en crisis que teme el Concurso Mercantil ya que:

- Pierde el crédito.
- Pierde el prestigio.
- Social y familiarmente será cuestionado.

- Existe temor a la desaparición de la empresa, y

- Aparece el pánico a la responsabilidad penal.

Las causas de su temor son explicables. ¿Cómo no temer si sabe que su giro, todo está montado en créditos y no se imagina cómo puede continuar en el mundo empresarial sin crédito? Ante esto, debe analizar que el procedimiento paralizará su agobio financiero, ya que todas las deudas de la empresa, vencidas o por vencer dejarán de ser exigibles, las deudas quedan en suspenso. A partir de la declaración de Concursos Mercantiles y durante la etapa de la conciliación, ya no tiene que atender al principal e intereses de sus adeudos. Toda reclamación, ejecución o acción contra el patrimonio del deudor se paraliza por el hecho de la declaración y quedan supeditadas al resultado del convenio concursal. Sólo existe una excepción, los trabajadores.

Es evidente que si la empresa tiene inventarios, trabajos en proceso, cuentas por cobrar y saldo en bancos, contará con un capital de trabajo positivo para proseguir su actividad, afrontar los embates y como consecuencia, conservar la operación de la empresa. Si tiene la precaución de prever la situación y acumular algún dinero, no debe temer por la inexistencia de créditos durante el proceso ya que, sin costos financieros que servir, necesariamente tendrá un resultado de operación positivo.

Creo que el Concurso Mercantil, buscó darle tranquilidad a todo proveedor, de su deudor, cuando vea que éste actúa normalmente bajo la tutela jurídica de una resolución judicial, le dará confianza y deseará

seguir vendiéndole, seguir proveyéndole sus productos, porque en la nueva operación con la ganancia de sus ventas, encontrará una recuperación y además tendrá como garantía la nueva operación de su cliente, que surge a partir del otorgamiento del beneficio de la moratoria y de igual manera sucede con el deudor obteniendo tranquilidad mediana pero tranquilidad mientras dure el procedimiento.

Convencido estoy que el prestigio se pierde más cuando se deja de ser alguien, que cuando se empeña en ser y logra su objetivo. La derrota deviene cuando se rinde ante factores externos, ante crisis generales o particulares fuera del alcance y previsión. El empresario está obligado si se califica como buen empresario a generar y aceptar las consecuencias de soluciones diferentes a la entrega de su patrimonio, claudicación de su empresa, o al diferimiento de su problema, para necesariamente heredarlo por su no viabilidad, aceptando condiciones que desde el momento de su admisión, sensatamente prevé que no podrá cumplir.

La desaparición de la empresa no la determina el procedimiento de Concurso Mercantil, sino la empresa misma, así como los factores, costo-riesgo-tiempo-beneficio, que con motivo de este procedimiento deben analizar los acreedores.

Es indudable que un procedimiento de Concurso Mercantil enfrenta a los acreedores con una realidad de la que muchas veces son actores principales, asimismo, los acreedores se enfrentan entre ellos, tienen intereses diversos, unos con menores garantías o privilegios, otros sin

éstos, unos más como proveedores insustituibles. Además, los trabajadores temen también lo peor, produciéndose un ánimo de lucha por conservar la empresa, entregando su mejor y mayor productividad para el salvamento de su fuente de trabajo. Los trabajadores no desean quedar sin empleo, con o sin liquidación la subsistencia es diaria, el desempleo latente y perjudicial en la época moderna.

Sólo en el caso de que la empresa no tenga capacidad a mediano plazo de solucionar sus problemas estructurales y efectuar el pago en los términos que la ley establece, debe temer al fantasma de la quiebra, que visto sobre un ángulo positivo y de acuerdo con la exposición de motivos de la propia ley, es también fundamentalmente, una oportunidad para la reestructuración de la empresa más que la liquidación.

El empresario debe efectuar el ejercicio de ponerse en el lugar de sus acreedores y analizar los factores costo-riesgo-tiempo-beneficio llevando a un deudor como él, a una empresa como la suya, a una quiebra para su liquidación, y así concluir que en términos normales estamos en una sociedad que la gobiernan factores económicos, principios lógicos y no pasiones o actuaciones viscerales, improductivas en términos de lo que importará para los acreedores -cualquiera que sea su naturaleza- la recuperación que obtuvieran.

RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

No es parte del tema de este capítulo la responsabilidad delictiva del empresario, sólo basta decir por el momento que solicitar el otorgamiento de un derecho no constituye un delito. Nuestra legislación no contempla el que, por obtener una resolución judicial, el reconocimiento de una insolvencia transitoria y el otorgar una moratoria, se incurra en responsabilidad penal. Si el empresario en el desarrollo de su gestión como administrador no ha ejecutado alguna conducta que conforme al Código Penal sea tipificada como tal, nada debe temer, los supuestos del procedimiento concursal fraudulento o culpable sólo se dan en los casos específicamente señalados por la ley, por la realización de conductas que, a priori, podemos afirmar no ejecuta un empresario, un comerciante de buena fe.

El Concurso Mercantil pretende ser un procedimiento en sí mismo profiláctico de limpieza en cuanto a imputaciones y responsabilidades del empresario y, mientras no se convierte el mismo en una quiebra y en ésta se resuelva que se ha llegado a ella por haber transgredido las cautelas legislativas que lo responsabilizan del mantenimiento del patrimonio de la empresa -constituyan o no garantía del crédito de un acreedor, o bien otra conducta negativa, indolente o fraudulenta contra los acreedores- no debe temer fundadamente una responsabilidad de tipo penal.

La ley ordena que el administrador debe ser diligente y si no, responderá frente a los accionistas, acreedores sociales y ante terceros que sufran el daño que cause con sus actos o conductas.

El administrador también es responsable de los actos que ejecuta en contra de la ley o de los estatutos sociales. Está claro y debe tenerse en cuenta que su responsabilidad no se deriva del procedimiento de Concurso Mercantil, sino de su conducta anterior en cuanto a que es punible o responsable económicamente, aun y cuando actúe por ignorancia y su conducta se califique de intencional. En este caso, objetivamente estaremos ante un administrador con responsabilidad por sus propias conductas, anteriores al beneficio legal, mas no por efecto del mismo.

Ahora bien, ¿puede considerarse responsable al empresario por falta de diligencia cuando exista una causa, una crisis que motive el estado de incumplimiento general en el pago de sus obligaciones? Por diligencia, hay que entender rapidez, prontitud, esmero es decir, el no abandono de toma de decisiones por causas propias, tales como la falta de celeridad en la toma de decisiones, pero también dichas decisiones deben ser prudentes, tomadas con sensatez, meditadas, no precipitadas, el imprudente no puede ser diligente. La diligencia obliga a la previsión y al acierto y se considera que el empresario que fracasa o que tiene su empresa sumida en crisis empresarial, es un empresario negligente per se. Las crisis económicas no llevan implícitas las atribuciones de responsabilidad al empresario, porque no está bajo su control el poder dominar y superar las circunstancias externas que rodean a la empresa.

Podríamos decir que, en los acontecimientos actuales, tendrían más responsabilidad los propios gobernantes, los banqueros, los movimientos especulativos de capitales, o las posiciones dominantes de

las transnacionales, que las decisiones que en su momento tomaran los empresarios para con sus empresas. La responsabilidad gubernamental, la especulativa, la de situación macro-económica, en un futuro deberán ser objeto de un análisis y regulación por el legislador cuando éstas tengan influencia en las crisis empresariales, para valorar las exigencias a las empresas y deslindar a priori a los administradores, de su responsabilidad.

Debemos reconocer que el juego económico es demasiado complejo, las oscilaciones de la oferta y la demanda dependientes e interconectadas, así como los cambios tecnológicos, no son privilegio de ciertas sociedades económicas; por falta de medios o retraso ancestral, los cambios por requerimientos carecen de respuesta, en virtud de la velocidad con los que surgen. Sin la tecnología adecuada, sin cuantiosas inversiones, así como tampoco sin una legislación laboral adecuada y con costos impositivos y sociales cuantiosos, que inciden en un porcentaje elevado en las crisis de las empresas, en su insolvencia y en su desaparición. ¿Qué responsabilidad puede tener el empresario, en los efectos de las crisis en las empresas?

La responsabilidad del empresario tiene otros supuestos, otras hipótesis tantas y tan efectivas para su culpabilidad como los actos que ejecuta u omite antes de la declaración del procedimiento. En contra del conocimiento y opinión generalizada, aquel deudor que no se acoge al beneficio del Concurso Mercantil antes de entrar a un estado de cesación de pagos o insolvencia y presente la solicitud. Lo anterior, en una adecuada interpretación nos lleva a la conclusión de que la presentación

de la solicitud de Concurso Mercantil, es una obligación del comerciante que debe presentar al encontrarse en la cesación de pagos y evitar la

responsabilidad que señala la ley, cuando la empresa sea declarada en quiebra posteriormente.

Quisiera concluir como en su momento lo expresé en la Ciudad de Mérida, Yucatán, dentro del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal con esta reflexión:

En una sociedad en “crisis”, ante un panorama internacional nada halagador, frente a la onda de **violencia** y de **destrucción** que se ha convertido cada vez más en una amenaza para la **PAZ** mundial y el crecimiento del género humano, hoy, más que nunca, la “Lucha por el derecho”, y la “Lucha por el fortalecimiento de las Instituciones Públicas” es vital para la subsistencia de la humanidad.

El Estado de Derecho, representa la fórmula inteligente para poder dirimir cualquier tipo de disidencia entre los hombres, como entre los pueblos, por más grave que aquella sea.

BIBLIOGRAFIA

- Nueva Enciclopedia Larousse en diez volúmenes. Tomo Tercero. Editorial Planeta. Barcelona-Madrid. Segunda Edición: abril de 1984.
- El Pequeño Larousse 1996 Ilustrado en color. Diccionario Enciclopédico. Primera Edición.- Segunda reimpresión. Ediciones Larousse, S.A. de C.V.
- Székely Gabriel. Fobaproa e Ipab. El acuerdo que no debió ser. Programa de Estudios APEC El Colegio de México. Edit. Océano de México, SA de C.V. Primera Edición.
- Ley de Concursos Mercantiles . Diario Oficial de la Federación. 12 de mayo de 2000
- Segundo Congreso Nacional de Derecho Concursal. Guadalajara, Jalisco, Mayo 2008.
- El Derecho Concursal de Hoy. Dr. Ariel Angel Dasso. Ed. La Ley. Marzo 2009.
- El aumento de Capital como solución a la “crisis”. Efraín Hugo Richard y Antonio Silva Oropeza. Artículo publicado con motivo del

2do. Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal en la Ciudad de Mérida, Yucatán.