

La retroacción de los efectos de la sentencia de concurso mercantil. Un análisis desde la seguridad jurídica

Set Leonel López Gianopoulos*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algunas generalidades sobre los concursos y quiebras*. III. *Delimitación y recomposición de la masa activa*. IV. *Periodo de sospecha*. V. *Ineficacia de los actos realizados en fraude de acreedores*. VI. *¿Qué es la retroacción?* VII. *Seguridad jurídica y retroacción*. VIII. *Conclusiones*.

I. Introducción

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 2000, se expidió la Ley de Concursos Mercantiles y se abrogó la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, esta reforma tuvo un gran impacto en el sistema jurídico mexicano pues significó un cambio de paradigma por diversas razones: se especializó a los juzgados federales para tramitar y resolver los concursos; extinguió el procedimiento de suspensión de pagos para hacer a un lado los efectos nocivos en el abuso de ese trámite; propuso un procedimiento más ágil con órganos especializados; estableció una dualidad de procedimientos, el primero tendiente a lograr un acuerdo con los acreedores con el fin de conservar la empresa y el segundo, de liquidación (quiebra) pretende maximizar el producto de la venta de los bienes.

Este trabajo se dirige a analizar las acciones de reintegración de la masa, concretamente, los efectos de la retroacción de la sentencia de concurso, pues se considera que el diseño normativo respecto del plazo de su operatividad afecta el principio de seguridad jurídica; aunque el fenómeno de la retroacción parece conservarse en los mismos términos que la ley abrogada, la nueva norma introdujo plazos que dimensionan en forma distinta sus efectos.

La reintegración del patrimonio sujeto a concurso es un tema de capital impor-

* Juez Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con sede en San Andrés Cholula, Puebla.

**Agradezco a Alaide Garzón Olvera y Alcides Jonguitud Piñeiro el apoyo en la revisión de este trabajo.

tancia, pues éste constituye la prenda común de los acreedores, de tal suerte que su delimitación correcta y precisa incide necesariamente en las posibilidades de cobro. Sucede frecuentemente que antes o durante la tramitación del concurso mercantil, el comerciante no está en posesión de todos sus bienes, tenga otros que no sean suyos, o bien, haya realizado diversos actos para disminuir su patrimonio en perjuicio de los acreedores.

El estado de incumplimiento generalizado de obligaciones no es súbito sino que tiene una gestación prolongada con base en una serie de hechos continuados que desembocan en un estado de impotencia patrimonial, durante ese proceso de deterioro económico, que lleva a un estado no transitorio de cesación de pagos o incumplimiento generalizado de obligaciones, es posible que el deudor, con el deliberado fin de perder solvencia o liquidez, realice una serie de actos dilapidando los bienes que conforman su patrimonio susceptible de ser sujeto a concurso, con lo cual erosionaría la prenda común de los acreedores.

La retroacción es una herramienta que consiste en extender hacia el pasado los efectos de la declaración de concurso mercantil afectando los actos realizados por el comerciante durante el periodo de sospecha, esto es, la fecha en la cual, por disposición de la ley o determinación del juez, se estima que iniciaron los actos que llevaron a la persona sujeta a concurso a posicionarse en un estado de incumplimiento generalizado de obligaciones.

Con el propósito de analizar las particularidades de este fenómeno jurídico se expondrán brevemente algunas consideraciones en torno a la masa activa y su recomposición con especial referencia a los actos realizados en fraude de acreedores; respecto de los cuales cobran relevancia los conceptos de invalidez e inoponibilidad. También se explicará en qué consiste la retroacción, su naturaleza jurídica y efectos; así como la importancia del periodo de sospecha, herramienta útil para determinar la fecha a la cual se retrotraerán los efectos de la declaratoria de concurso mercantil, con la consecuente afectación a los actos ocurridos durante dicho lapso.

Finalmente, se explicarán algunas directrices del principio de seguridad jurídica y se expondrán las razones por las cuales se considera que la retroacción genera inseguridad jurídica, pues la ley permite ampliar indefinidamente ese plazo lo que afecta la estabilidad del tráfico comercial, ya que si no existe certeza en el cumplimiento de las obligaciones el flujo mercantil se reduce considerablemente.

Conviene advertir al lector que todas las referencias hechas en este trabajo están relacionadas con lo que anteriormente se conocía como quiebra, ahora llamada en el Derecho Mexicano concurso mercantil; sin embargo, el cambio de denominación y las modificaciones estructurales de los procedimientos que lo componen no alteran el

origen y naturaleza del proceso; pues los principios básicos son igualmente aplicables, con las adaptaciones que el legislador estimó pertinentes. Por tanto, no es extraño que algunas de las notas hagan referencia a la quiebra y no al concurso mercantil.

II. Algunas generalidades sobre los concursos y quiebras

La evolución histórica de los procedimientos concursales evidencia la importancia del fenómeno económico producido cuando un comerciante deja de pagar sus deudas, así como sus repercusiones en el universo de relaciones jurídico-económicas¹. Tales conflictos pasaron de la esfera de la justicia privada a la rectoría judicial del Estado sobre la base del interés general en la subsistencia de las empresas como fuentes de producción, trabajo y activación de la economía.

Esa es la finalidad de la Ley de Concursos Mercantiles, según se advierte del artículo 1, segundo párrafo, que establece: “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”. Como se observa, da importancia a la participación de las empresas en la economía del país; por tanto, es de primordial interés conservarlas viables, en la medida de lo posible, sin poner en riesgo a las diversas empresas o comerciantes con los que el sujeto a concurso sostiene relaciones comerciales².

Sobre el tema, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 129/2003³ destacó la importancia del interés público del procedimiento concursal, de lo contrario se haría nugatoria la finalidad de conservar las empresas y evitar el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago, lo que podría poner en riesgo la viabilidad de las empresas sujetas a concurso mercantil y de otras con las que tengan relación de negocios.

Al respecto, la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* de la UNCI-TRAL⁴, establece que el objetivo de maximizar el valor de los bienes consiste en aumentar la cantidad que podrán cobrar los acreedores en general y reducir la carga

¹ Cervantes Ahumada, Raúl. *Derecho de Quiebras*, Ed. Herrero, 2ª ed. México 1978, p. 30.

² Del proceso legislativo se desprende lo siguiente: Dictamen “La materia concursal es un tema de interés público, pues las circunstancias que llevan a los problemas económicos y financieros de un empresario no sólo afectan a su propia empresa sino también a todos aquéllos que tienen una relación con ésta, como son los proveedores de materias primas y servicios, empleados y acreedores. En otra tesitura, es de advertirse que la ejecución desordenada de las acciones individuales de una multiplicidad de acreedores, atenta contra el valor social de las empresas viables, generadoras de empleos productivos y de riqueza para la sociedad, y contra los propios derechos del comerciante y sus acreedores”.

³ Véase jurisprudencia publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXI, enero de 2005, página 379, de rubro: “SUSPENSIÓN. ES IMPROCEDENTE CONTRA LA DESIGNACIÓN Y LA ACTUACIÓN DE UN VISITADOR DEL INSTITUTO FEDERAL DE ESPECIALISTAS DE CONCURSOS MERCANTILES, PORQUE DE CONCEDERSE SE PARALIZARÍA EL PROCEDIMIENTO RELATIVO Y, POR ENDE, SE AFECTARÍA EL INTERÉS SOCIAL Y SE CONTRAVENDRÍAN DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO”.

⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, UNCITRAL por sus siglas en inglés.

de la insolvencia⁵; sin embargo, tal concepción se refiere a la fase de liquidación de la empresa sujeta a concurso, pues ese documento introduce una modalidad conocida como reorganización, consistente en negociaciones entre acreedores y deudor a fin de que éste pueda afrontar sus dificultades financieras en breve plazo y que la empresa continúe sus actividades⁶.

El procedimiento contenido en esa guía regulatoria se asemeja al establecido en la ley concursal mexicana que prevé la posibilidad de un convenio en la fase conciliatoria y la venta de los bienes de la empresa en la etapa de liquidación, según se observa del referido documento que establece: “El régimen de la insolvencia debe ofrecer, como variante de la liquidación, la posibilidad de reorganización de la empresa del deudor. En la reorganización, los acreedores no recibirían contra su voluntad menos que en una liquidación y el valor del deudor para la sociedad y para los acreedores aumentaría al máximo al permitirle que continuase sus actividades”⁷. El texto reproducido evidencia lo deseable que resulta lograr un equilibrio entre la necesidad y conveniencia entre liquidar o reorganizar la empresa, en atención a las consecuencias de esos actos, en torno a cuestiones de política social y económica, como la promoción del desarrollo de la clase empresarial y la protección del empleo. Al respecto se postula lo siguiente: “sólo se pondrá en marcha un procedimiento de liquidación si la reorganización tiene pocas posibilidades de prosperar o si fracasan los esfuerzos de reorganización”⁸.

La ley concursal mexicana plantea un modelo procesal articulado en dos fases, la primera tiende a la conservación de la empresa mediante la celebración de un convenio con los acreedores, la segunda se abre por excepción y procura maximizar el producto de la venta de los bienes del comerciante para el pago de los acreedores; con base en ello, sostengo que el diseño de la ley no implica una disfuncionalidad o una anomalía, sino que presenta dos vías de solución del conflicto en función de la intensidad del estado de insolvencia o iliquidez.

Así, la quiebra o concurso es un instrumento jurídico-procesal para encausar la situación de un comerciante imposibilitado para cumplir regularmente sus obligaciones; institución impuesta por la ley para evitar perjuicios irreparables a los acreedores. También tutela el crédito pues mediante la venta de los bienes del fallido busca satisfacer, en la medida de lo posible, los créditos a su cargo⁹.

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México describe al procedimiento de quiebra

⁵UNCITRAL, *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, p. 13.

⁶*Ibid.*, p. 64.

⁷*Ibid.*, p. 13.

⁸*Ibid.*, p. 22.

⁹Flaibani, Claudia Cecilia. *Ley de Concursos Comentada y Anotada*, Ed. Heliasta, S.R.L., Brasil, 1994, p. 11.

como un juicio universal que tiene por objeto liquidar el patrimonio del deudor común para distribuirlo entre los acreedores legítimos en la proporción correspondiente. Parte de un dato objetivo consistente en la cesación de pagos o estado de insolvencia, entendido como la inexistencia o insuficiencia de bienes sobre los cuales trabar ejecución¹⁰.

Es pertinente aclarar que la noción de “estado de insolvencia” no debe entenderse en la forma tradicional del derecho civil; esto es, como la insuficiencia del activo patrimonial para hacer frente al pasivo. La Ley de Concursos Mercantiles en su artículo 10 fracción II dimensiona la “insolvencia” como “iliquidez”¹¹, o sea, la carencia de activos de fácil disposición, por ejemplo: dinero en efectivo, depósitos a la vista, depósitos a plazo no mayor a 90 días a la admisión de la demanda, cuentas por cobrar y títulos valores que puedan ser vendidos en un plazo máximo de 30 días hábiles.

Uno de los principios básicos del concurso es el de *par conditio creditorum* conforme al cual el concurso constituye la organización legal y procesal de la defensa colectiva de los acreedores frente a la insolvencia del comerciante. La colectividad del procedimiento evita que los acreedores aislados, en el afán de cobrar sus créditos, conduzcan en forma ineludible a la liquidación de la empresa, pues el acreedor individual, por sí mismo, no está dispuesto a ceder parcialmente sus pretensiones en beneficio del conjunto de acreedores, de esa suerte, muchos sucumbirían ante quienes pretendieran el cobro íntegro¹².

Los aspectos que motivan la extensión de los efectos del concurso son de índole económica y tienden a la protección general del crédito mediante el reforzamiento de la responsabilidad patrimonial del fallido; así, el interés jurídicamente tutelado es el de los acreedores quienes, mediante la aplicación de los institutos jurídicos correspondientes, participan de la posibilidad de cobro¹³.

El concurso mercantil tiene un presupuesto subjetivo y otro objetivo¹⁴. El primero se refiere a la calidad específica del concursado, la Ley de Concursos Mercantiles

¹⁰Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. *Diccionario Jurídico Mexicano*, UNAM, p. 2652.

¹¹Esto se advierte de la exposición de motivos donde se estableció: “[...] la necesidad de adoptar medidas urgentes para evitar que un comerciante en estado de falta de liquidez por negligencia, desesperación o mala fe, recurra a expedientes ruinosos o fraudulentos en detrimento de la conservación de la empresa y de los intereses de los acreedores [...] dicho incumplimiento de pagos es un fenómeno financiero, de falta de liquidez que impide el cumplimiento puntual y cabal de las obligaciones, y que no debe identificarse con el fenómeno de insolvencia que resulta de la insuficiencia de bienes de activo en comparación al monto del pasivo de la empresa [...]”. Así como del dictamen de la cámara revisora: “[...] reconociendo que es práctica común de los negocios que la iliquidez se presente como una situación transitoria que no necesariamente puede reflejar condiciones de inviabilidad de una empresa”.

¹²Conviene tener presente el criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. Época; Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 1; p. 271, titulada: “CONCURSOS MERCANTILES. LOS ARTÍCULOS 224, FRACCIÓN I Y 225, FRACCIÓN I, DE LA LEY RELATIVA, AL ESTABLECER LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS A FAVOR DE LOS TRABAJADORES POR EL TÉRMINO DE DOS AÑOS, VIOLAN LA GARANTÍA DE IGUALDAD ANTE LA LEY.”

¹³Grispo, Jorge Daniel y Sebastián Balbín. *Extensión de la quiebra*, Ed. *Ad Hoc.*, Buenos Aires, 2000 pp. 31-32.

¹⁴Bonfanti, Mario Alberto y Garrone. *Concursos y quiebras*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2000, 6ª ed., p. 45.

está dirigida a un universo de personas que necesariamente deben tener la condición de comerciantes, tal como se aprecia de los artículos 4, fracción II, 5 y 9. Para el deudor común existen los concursos regulados por los Códigos Civiles de los Estados.

En cuanto al elemento objetivo, Giovanni Falcone sostiene que implica un problema de política legislativa pues el creador de la norma debe decidir cuándo intervenir, esto es, en un momento en que la crisis no sea todavía irreversible o bien, iniciar el procedimiento ante una afectación mayor. Aquí juega un papel fundamental la finalidad buscada por el legislador que puede ser: la conservación de la empresa o su liquidación para satisfacer a los acreedores¹⁵.

La postura más aceptada señala que el elemento objetivo consiste en la *cesación de pagos*¹⁶, entendida como el incumplimiento generalizado en las obligaciones a cargo del concursado, es decir, un estado de impotencia patrimonial no transitorio que impide al deudor el cumplimiento regular de sus obligaciones líquidas exigibles¹⁷. Este aspecto es de particular importancia porque sirve de base para establecer el *periodo de sospecha* y con ello, determinar la eficacia de los actos celebrados por el deudor durante ese lapso.¹⁸

De modo que la impotencia patrimonial no debe entenderse como el simple desequilibrio financiero, sino que debe tener un carácter general, esto es, la afectación potencial de todas las obligaciones del deudor. Es un hecho económico exterior, una manifestación que revela el estado de incumplimiento reiterado y no eventos aislados.

III. Delimitación y recomposición de la masa activa

El artículo 4, fracción V, de la Ley de Concursos Mercantiles define como <masa>: “[...] 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 [...]”.

El patrimonio del comerciante sujeto a concurso debe someterse íntegramente, se afectan todos sus bienes y derechos, con ese propósito, la ley concede al conciliador o al síndico facultades para conservar y reintegrar la masa (artículos 91 a 111 y 176 a 196); en contrapartida, existen acciones separatorias respecto de los bienes que no

¹⁵Falcone, Giovanni. *Sistemas Concursales Comparados. La experiencia Europea*, IUSTITIA Revista Jurídica del Departamento de Derecho, ITESM, Octubre de 2005, p. 293.

¹⁶Raúl Cervantes Ahumada señala que este término es de origen italiano, introducido en la Constitución de Siena en 1963, y explica que no refiere al simple hecho de dejar de pagar, sino al incumplimiento reiterado. *op.cit.*, p. 36.

¹⁷Griilo, Horacio Augusto. *El periodo de sospecha en la legislación concursal*, Ed. Astrea, 2ª ed, Buenos Aires, 2001, pp. 59-60.

¹⁸Bonfanti, Mario Alberto y Garrone. *op.cit.*, p. 48.

forman parte de ésta (artículos 70 a 73 de la ley concursal).

Para el caso de que antes o durante el concurso el comerciante hubiere incurrido en prácticas ruinosas, existen mecanismos para recomponer la masa, esta reconstrucción atiende al principio de unidad¹⁹. Su objetivo es la recuperación de los bienes o derechos que forman parte del patrimonio del concursado y que no están en posesión de éste, consiste en inventariarlos para procurar su recuperación; también incide en los bienes y derechos que pertenecieron al comerciante pero fueron transmitidos (por cualquier título) a terceras personas, involucra los actos que por disposición de la ley o resolución judicial se declaran inválidos o ineficaces por estimar que se realizaron en perjuicio de los acreedores.

Tratándose de la conservación de los bienes y derechos que componen la masa, los artículos 26, segundo párrafo y 37 de la Ley de Concursos Mercantiles permiten al juez dictar medidas precautorias con el fin de evitar que el comerciante, con motivo de la demanda de concurso, ponga en riesgo la viabilidad de la empresa o que agrave el riesgo existente. Tales medidas pueden consistir, entre otras, en: prohibición de hacer pagos y realizar transferencias de recursos o valores, suspensión de todo procedimiento de ejecución contra el comerciante, prohibición de realizar enajenaciones o contraer gravámenes, aseguramiento de bienes, intervención de la caja y arraigo del comerciante.

Uno de los efectos más significativos de la naturaleza precautoria del concurso es el desapoderamiento, éste pretende impedir la realización de actos que disminuyan la garantía prendaria en que se constituyó la empresa, asegura la no modificación del contenido patrimonial; se manifiesta por la ocupación de los bienes o la restricción al concursado de realizar actos de administración o disposición. No implica la privación de la propiedad²⁰, sino una restricción a su libre ejercicio, se trata de un fenómeno similar al que ocurre con el embargo de negociaciones en grado de intervención con cargo a la caja.²¹

¹⁹García-Cruces, José Antonio. *De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa*. Publicado en Anuario de Derecho Concursal, n° 2, 2004. Consultado en el sitio http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/delaretroaccion.pdf, pp. 2-3.

²⁰Rivera, Julio César. *Instituciones de Derecho Concursal*. Tomo II, Ed. Rubnizal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp. 74-75.

²¹La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que el efecto del embargo de una negociación mercantil en grado de intervención con cargo a la caja no constituye una privación definitiva sino una medida provisional de aseguramiento supeditada a la resolución del conflicto, en tanto que la negociación seguirá siendo administrada y manejada por su propio personal, bajo la vigilancia del interventor. Véase tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXX, Agosto de 2009, página 65, titulada: "EMBARGO DE NEGOCIACIONES MERCANTILES EN GRADO DE INTERVENCIÓN CON CARGO A LA CAJA. LOS ARTÍCULOS 515 Y 518 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN NO VIOLAN LOS NUMERALES 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA".

²²Rivera, Julio César. *op.cit.*, p. 110.

IV. El periodo de sospecha

El estado de incumplimiento generalizado de obligaciones no es súbito ni intempestivo, sino que tiene una gestación prolongada con base en una serie de hechos continuados que desembocan en un estado de impotencia patrimonial²², durante ese proceso de deterioro económico, que lleva a un estado no transitorio de cesación de pagos o incumplimiento generalizado de obligaciones, es posible que el deudor, con el deliberado fin de perder solvencia o liquidez, realice una serie de actos en perjuicio de la masa que puede ser sujeta a concurso, con lo cual erosionaría la prenda común de los acreedores²³.

Casaregis, citado por Raúl Cervantes Ahumada, afirma que existe un periodo de quiebra oculta, en la cual el comerciante estaba ya insolvente, pero impidió la exteriorización de su estado de impotencia patrimonial; lapso en el cual es común que se realicen actos de ocultación de bienes o se recurra a prácticas ruinosas²⁴.

El punto de partida para determinar el periodo de sospecha son los signos exteriores que manifiestan el estado de cesación de pagos; razón por la cual, el juzgador debe analizar las actividades del deudor para determinar si el incumplimiento de obligaciones es permanente y generalizado, pues suelen transcurrir varios meses entre tales hechos reveladores y la sentencia que declara el concurso.

Argeri sostiene que determinar el inicio de la cesación de pagos es fundamental para conocer el contenido real del patrimonio del deudor y, en su caso, reconstruirlo, pues delimita la extensión del periodo de sospecha, sobre el cual habrá de surtir efectos retroactivos la sentencia de quiebra (ahora de concurso mercantil), para definir la eficacia de los actos del deudor frente al conjunto de acreedores²⁵.

Los efectos que derivan de un proceso de concurso mercantil cobran vigencia desde que existe una resolución que lo declara, pero la cesación de pagos o estado de incumplimiento generalizado de obligaciones, como situación de hecho, incide sobre las relaciones jurídicas y actos en que interviene el comerciante antes de tal declaratoria. Se denomina “periodo de sospecha” al lapso transcurrido entre la quiebra de hecho y la de derecho; hace operar una presunción respecto de los actos celebrados por el deudor -con terceros o con algunos acreedores-, antes de ser declarado en concurso mercantil, con el fin de prevenir las consecuencias dañosas de los posibles actos realizados en perjuicio de la masa.

Conviene aclarar que la legislación concursal mexicana no regula expresamente el periodo de sospecha (como sí ocurre en otros países, por ejemplo Argentina); sin

²³Grillo, Horacio Augusto. *op.cit.*, pp. 3-4.

²⁴Cervantes Ahumada, Raúl. *op.cit.*, p. 52.

²⁵Citado por Horacio Augusto Grillo. *op.cit.*, p. 19.

embargo, ello no es obstáculo para hacer referencia a esta figura jurídica, dada su utilidad práctica y didáctica, si consideramos que el artículo 112 de la Ley de Concursos Mercantiles fija como fecha de retroacción 270 días naturales anteriores a la declaratoria de concurso y que los numerales 114 a 117 establecen un catálogo de actos respecto de los cuales operan distintos grados de presunción de fraudulencia, es claro que ese lapso opera como periodo de sospecha, lo que se patentiza si se considera que el primero de dichos preceptos permite extender la retroacción a una data anterior, de tal suerte que la herramienta para delimitar con precisión el inicio de dificultades patrimoniales que culminaron con el incumplimiento generalizado de obligaciones, que es el lapso al que la doctrina llama “periodo de sospecha”.

Lo anterior permite establecer que el legislador mexicano adoptó un sistema ecléctico para determinar la extensión del periodo en el cual puede establecerse la existencia de actos que influyeron en el estado de cesación de pagos, pues la Ley de Concursos Mercantiles, en los artículos 43, fracción X y 112 por una parte, establece un periodo de sospecha fijo y determinado —270 días naturales anteriores a la resolución—; pero por otra, deja al arbitrio del juez la posibilidad de ampliar ese lapso sin imponer un límite máximo a esa facultad (modificar esa fecha para establecer una anterior, mediante la tramitación de un incidente a solicitud del conciliador, los interventores o cualquier acreedor).

V. Ineficacia de los actos celebrados en fraude de acreedores

En sentido amplio, la ineficacia es un género que comprende la privación total o parcial de los efectos de un acto jurídico entre las partes o frente a terceros²⁶. Dentro de sus especies encontramos la invalidez (nulidad y anulabilidad), la inexistencia, la inoponibilidad, la revocación, la resolución y la rescisión.

La ineficacia jurídica, *stricto sensu*, se identifica con la inoponibilidad que consiste en la privación de los efectos típicos del acto, es decir, los limita ante el incumplimiento de alguna condicionante. Tal ineficacia torna inoponible el acto, es decir, permite al tercero interesado actuar como si el acto no existiese; ello, pese a ser válido y obligatorio entre las partes así como frente a terceros en general, esto es, resulta ineficaz sólo respecto de un determinado sector²⁷.

Betti nos explica la diferencia entre invalidez e ineficacia, sostiene que el acto inválido está viciado en alguno de sus elementos esenciales o de validez; es decir,

²⁶Zannoni, Eduardo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 1.

²⁷Flaibani, Claudia Cecilia. *op.cit.*, p. 262.

²⁸Citado por Horacio Augusto Grillo. *op.cit.*, p. 47.

adolece de una falta de idoneidad para producir los efectos que derivan de la norma jurídica, el acto es inválido para las partes y frente a terceros; en cambio, un acto ineficaz es aquél que pese a ser perfecto, está limitado en su eficacia para la producción de sus efectos, por una circunstancia extrínseca²⁸, o sea, por una causa ajena al negocio jurídico en sí mismo considerado.

De acuerdo con Eduardo Zannoni, la ineficacia es sobrevinida, aunque tiene efectos retroactivos, no juzga la validez del negocio. Un acto puede ser ineficaz por carecer de los elementos necesarios para configurar idóneamente una situación jurídica, o porque aun cuando ha configurado esa relación ésta deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a los sujetos a realizar el negocio²⁹.

La inoponibilidad es una sanción que no se refiere al acto mismo, sino a sus efectos; deja subsistir al acto en la medida de lo posible y respeta los efectos interpartes pero resguarda a terceros del perjuicio que pudiera producirles el acto. Inoponibilidad, en sentido propio, es una categoría de ineficacia que deslinda o distingue la regularidad formal del negocio entre las partes y los efectos que produce respecto de terceros que ven afectados sus intereses legítimos.

Así, en materia concursal, para prevenir las posibles operaciones que los comerciantes puedan realizar en perjuicio de sus acreedores, o bien, beneficiar a algunos en perjuicio de otros, existen mecanismos legales de protección y reintegración de la masa que están encaminados a reincorporar los bienes que salieron del patrimonio del quebrado antes de la declaración formal de quiebra (actualmente concurso), pero en un momento en que el empresario ya se encontraba en una quiebra de hecho.³⁰

La Ley de Concursos Mercantiles adopta dos sistemas de ineficacia concursal, uno establece una presunción absoluta de fraudulencia; el otro, la presume relativamente. En el artículo 114 se establece un catálogo de actos realizados antes de la declaración formal de concurso cuando empezaron a notarse signos de incumplimiento generalizado de obligaciones —lo que constituye el periodo de sospecha—, que se consideran ineficaces de pleno derecho por operar la presunción de haberse realizado “en fraude de acreedores”; su ineficacia procede sin sustanciar trámite alguno. Se trata de actos: a título gratuito; aquellos donde pague una contraprestación notoriamente superior o reciba una desproporcionadamente inferior; los que se realicen pactando condiciones o términos que se aparten de manera significativa de las prevalecientes en el mercado; remisión de deudas; pago de obligaciones no vencidas; etcétera. Estos actos se declaran ineficaces por el solo hecho de haber ocurrido du-

²⁹Zannoni, Eduardo. *op.cit.*, p. 125.

³⁰Alonso Hernández, Javier. *Sobre la fecha de retroacción absoluta de la quiebra*, consultado en el sitio http://www.iberforomadrid.com/descargas/revista/rev_02_01_a.pdf.

rante el “periodo de sospecha”, o sea, el plazo al en que se retrotraen los efectos de la declaratoria de concurso.

Por otra parte, la ley en los artículos 115, 116 y 117, hace referencia a otro listado de actos respecto de los cuales opera una presunción relativa tales como: el otorgamiento o incremento de garantías, pagos en especie, actos realizados con familiares o partes relacionadas, entre otros. En estos casos el tercero contratante está en posibilidad de demostrar que el acto es de buena fe o que ingresó al patrimonio del deudor un bien o derecho de igual o mayor valor del que salió.

VI. ¿Qué es la retroacción?

La retroacción consiste en extender hacia el pasado los efectos de la declaración de concurso mercantil a los actos realizados por el comerciante durante el periodo de sospecha, esto es, la fecha en la cual por disposición de la ley o determinación del juez, se estima que iniciaron los actos que llevaron a la persona sujeta a concurso a posicionarse en un estado de incumplimiento generalizado de obligaciones.

En el ámbito del derecho concursal, la retroacción tiene una justificación práctica, pues tal como se señaló en el apartado anterior, el estado de impotencia patrimonial de una empresa no es repentino, sino que tiene un proceso de gestación y desarrollo que concluye con su manifestación exterior: la cesación de pagos o incumplimiento generalizado de obligaciones³¹.

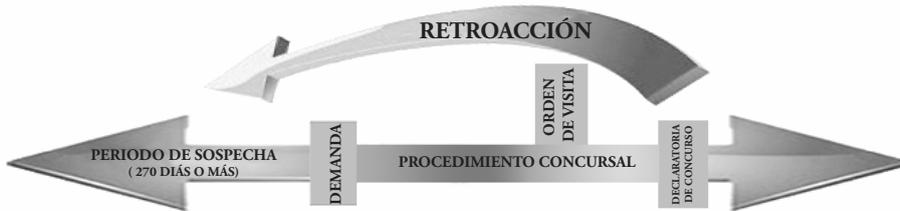
La retroacción se inspira en el principio rector del derecho concursal consistente en la unidad e integridad del patrimonio del comerciante, pretende que permanezca inalterado y sea sometido a concurso en su totalidad, porque constituye la garantía común de los acreedores, en atención al sentido finalista del concurso. Busca reintegrar el patrimonio erosionado por los actos perjudiciales realizados por el deudor; es un proceso de reconstrucción para lograr el cumplimiento del principio *par conditio creditorum* o de igualdad de los acreedores para pretender el cobro de sus créditos.

La retroacción pretende extender hacia el pasado el efecto patrimonial y jurídico del concurso consistente en la inhabilitación del comerciante, desde la fecha en que se declara hasta la época en la cual por disposición de la ley o determinación del juez, se estima que se produjo la cesación de pagos como situación de hecho³². Tiene como finalidad insensibilizar el patrimonio del deudor de los actos realizados por éste, que puedan disminuirlo o erosionarlo, privándolos de efectos jurídicos frente a los acreedores.

³¹Grillo, Horacio Augusto. *op.cit.*, p. 37.

³²Alcover Grarau, Guillermo. *La retroacción de la quiebra*, Mc Grawhill, Madrid 1996, p. 25.

El esquema que se propone a continuación puede ser útil para explicar el efecto que produce esta figura jurídica³³.



El efecto jurídico es extender las consecuencias de la resolución que declara al comerciante en estado de concurso, a la fecha en la cual, por disposición de la ley o determinación del juez (según el sistema adoptado por la norma) se establezca como el inicio del periodo de sospecha, lo que provoca la ineficacia de los actos realizados durante ese lapso.

Conviene aquí distinguir entre periodo de sospecha y retroacción. El primero atiende a una situación de hecho; se refiere al lapso de incumplimiento generalizado de obligaciones derivado de la insuficiencia patrimonial, periodo durante el cual es posible que el comerciante haya realizado prácticas ruinosas para disminuir su patrimonio. En cambio; la retroacción tiene una connotación jurídica que consiste en la extensión de los efectos de la declaración del concurso mercantil (traducidos en el desapoderamiento o la limitación del comerciante para disponer de sus bienes) a los actos ocurridos con anterioridad a dicha declaratoria judicial, tornando así ineficaces los realizados durante el periodo de sospecha.

En otras palabras, el periodo de sospecha delimita el espacio temporal de operatividad de la retroacción y el funcionamiento del sistema de inoponibilidad concursal³⁴. Se trata de proteger la integridad del patrimonio del deudor de modo que exista simetría entre la “quiebra” de hecho (entiéndase como estado de incumplimiento generalizado de obligaciones) y la declaratoria judicial de esa situación jurídica.

La retroacción opera sobre todos los actos jurídicos realizados por el comerciante sujeto a concurso durante el periodo de sospecha, afecta el acto en forma total y tiene como finalidad restituir, en la medida de lo posible, la situación patrimonial del deudor al estado anterior al acto que se considera ruinoso. Así, en caso de existir desplazamiento del patrimonio a favor de un tercero, tiene por efecto la restitución³⁵.

En el caso del derecho concursal mexicano, la declaratoria de ineficacia de los

³³Diseño del esquema: Set Leonel López Gianopoulos. Gráficos: Luis Ramón Herrera Luna.

³⁴Grillo, Horacio Augusto. *op.cit.*, p. 6.

³⁵Alcover Garau. Guillermo. *op.cit.*, pp. 34 y 37.

actos realizados por el comerciante es *ipso iure*, es decir, de oficio y de plano, sin necesidad de petición expresa según se desprende del artículo 43, fracción X, de la Ley de Concursos Mercantiles que, entre los requisitos de la sentencia de concurso mercantil, establece que el juzgador debe precisar la fecha de retroacción. Por su parte, el numeral 115 dispone que los actos realizados a partir de la fecha de retroacción se presuman en fraude de acreedores. De manera que bastará hacer notar al juez la existencia de algunos actos sobre los que opera la presunción absoluta de fraude para que éstos queden ineficaces y se restituyan a la masa los bienes o derechos a que se refieren tales actos (cuestión de suyo conflictiva en la práctica jurisdiccional).

VII. Seguridad jurídica y retroacción

De acuerdo con Recasens Siches: “el derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar la ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social”³⁶.

La seguridad es una de las principales aspiraciones humanas, surge de las necesidades de la interacción social, implica un estado subjetivo de certeza que proporciona al ser humano una sensación de confianza. El derecho, como instrumento de organización social proporciona seguridad para que situaciones jurídicamente reconocidas, como la libertad y la propiedad permanezcan inalteradas frente a diversos riesgos y en caso de existir un conflicto es posible su composición a través de los órganos y procedimientos preestablecidos.³⁷

La convivencia humana requiere de uniformidad de comportamiento que haga previsible las conductas y reacciones de los demás. Se trata de un constructo humano con reglas aceptadas como pautas de conducta; certeza en cuanto a la cognoscibilidad del derecho; previsibilidad de los efectos jurídicos de los hechos y actos de las personas; estabilidad del derecho (que el orden jurídico goce de pretensión de definitividad), el cual debe ser también eficaz para que exista confianza en él, es decir, observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas y la sujeción a éstas por sus destinatarios³⁸.

La seguridad jurídica presenta dos dimensiones: una objetiva y otra subjetiva; la primera, demanda regularidad estructural (en las normas e instituciones) y regularidad funcional del sistema jurídico (aplicación y cumplimiento); la segunda –subjetiva–, es una proyección de las situaciones personales de la primera, se presenta como

³⁶Recasens Siches, Luis. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, 3ª Ed, Ponce, México, 1953, consultado en el sitio <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89607.pdf>, p. 265.

³⁷García Novoa, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 21 y 23.

³⁸Arcos Ramírez, Federico. *La seguridad jurídica una teoría formal*, Ed. Dickinson, Madrid, 2000, pp. 32, 37-39 y 45.

la certeza de que el derecho sea conocido por sus destinatarios para poder organizar, con base en esa información, su conducta presente y programar expectativas futuras bajo pautas razonables de previsibilidad³⁹.

Las normas jurídicas tienen una clara función instrumental: obtener fines y objetivos a través de determinados comportamientos humanos ordenando, permitiendo o prohibiendo situaciones jurídicas que se imponen a la colectividad, previniendo consecuencias jurídicas para el caso de realizarse el supuesto. La previsibilidad y certeza del ordenamiento proporcionan a las personas una expectativa sobre sus derechos y deberes⁴⁰.

Los tribunales tienen una participación determinante en la construcción del marco de referencia para que las personas puedan articular su interacción social, pues, la jurisprudencia y más concretamente, la consistencia o contradicción de criterios repercute en la existencia o falta de certeza; además, las personas incorporan a sus transacciones o relaciones comerciales diversas variables como: la prontitud en la administración de justicia, los costes del proceso, la ejecución de las sentencias, etcétera. López Ayllón señala que se pueden presentar situaciones en las que el deudor opte por no pagar, confiando en que la lenta acción de la justicia termine por reducir el costo de su obligación, por el sólo paso del tiempo⁴¹.

De esa forma, los órganos con funciones jurisdiccionales influyen en la construcción de las relaciones sociales, pues sus resoluciones constituyen una fuente de información que es utilizada por los actores sociales como referente para determinar su comportamiento y relaciones. Esto cobra particular relevancia en un mercado porque lleva a los contratantes a requerir, en algunos países o regiones, el otorgamiento de garantías para el cumplimiento de obligaciones, a diferencia de otros lugares donde existe mayor confianza en el comportamiento del poder judicial. Así, la función jurisdiccional se presenta como una actividad del Estado que puede tener importantes repercusiones sobre el funcionamiento de la economía⁴². Un país que ofrece estabilidad y predictibilidad en el cumplimiento de obligaciones y las resoluciones jurisdiccionales resulta favorable para la inversión y el comercio, lo que puede facilitar o dificultar las relaciones de intercambio.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución General de la República, es la base sobre la cual descansa el sistema jurídico mexicano, procura que las personas no se

³⁹Pérez Luño, Antonio Enrique. *La seguridad como función jurídica en AAVV Funciones y fines del Derecho Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, 1993, pp. 280 a 285.

⁴⁰García Novoa, César. *op.cit.*, p. 73.

⁴¹López Ayllón, Sergio. *Globalización, Estado de Derecho y seguridad jurídica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, pp. 147 y 148.

⁴²*Ibid.*, pp. 149 y 150.

encuentren en una situación de incertidumbre jurídica y, por tanto, en estado de indefensión; el contenido esencial de dicho principio radica en “saber a qué atenerse” respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad.

El artículo 112 de la Ley de Concursos Mercantiles dispone:

Artículo 112. Para efectos de lo previsto en el presente capítulo, se entenderá por fecha de retroacción, el día doscientos setenta natural inmediato anterior a la fecha de la sentencia de declaración del concurso mercantil.

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

La técnica legislativa utilizada para regular la retroacción sigue, en principio, la tendencia de otros países, consistente en establecer un límite temporal para que opere, en el caso, 270 días anteriores a la fecha de la resolución que declare el concurso mercantil, a diferencia de lo que ocurría en la ley anterior; sin embargo, en el segundo párrafo introduce una excepción consistente en la posibilidad de ampliar —a petición de parte— la fecha de retroacción sin fijar algún parámetro para el ejercicio de esa facultad.

Esta inconsistencia puede generar inseguridad jurídica pues se trata de un sistema aparentemente fijo, pero en realidad móvil, ante la posibilidad de expandir el plazo; por tanto, el cambio introducido por la norma carece de efectos prácticos. Esto no parece representar *prima facie* ningún problema, pero no es así, pues la ley no fija al juez los parámetros para ejercer esa facultad, ante la falta de dos aspectos fundamentales: 1) supuestos o condiciones que permitan ampliar el plazo retroactivo, y 2) el límite temporal de esa facultad (sin que en la exposición de motivos o el proceso legislativo, exista alguna consideración que la justifique o delimite).

La trascendencia de la retroacción radica en que es un fenómeno jurídico que incide sobre la eficacia y efectos de los actos realizados por terceros que contrataron con el deudor durante el periodo de sospecha, de modo que, los efectos del concurso mercantil trascienden a personas distintas del comerciante y de los acreedores, pues la pretensión fraudulenta es sólo una posibilidad pero no lleva necesariamente a concluir que todos los actos realizados en el periodo de sospecha tengan esa finalidad o causen efectivamente un detrimento a la masa.

La discrecionalidad —que se antoja irrestricta— del juzgador para ampliar el periodo de retroacción, afecta la seguridad jurídica y desincentiva la confianza en el tráfico comercial al no tener certeza sobre el lapso en el que puede operar. Coincido con la opinión de Horacio Augusto Grillo, al estudiar las benevolencias de un siste-

ma legal fijo frente al judicial —discrecional—, por cuanto afirma: “...la retroacción legal no puede llevarse hacia atrás ilimitadamente, porque alteraría la seguridad jurídica, creando un factor de incertidumbre y perturbación en las transacciones, [...]”⁴³’.

Lo anterior, porque la norma otorga al juez facultades omnímodas sin fijar requisitos mínimos que delimiten su ejercicio —más allá de la solicitud, vía incidental, de parte interesada— lo que da lugar a arbitrariedades ante el potencial abuso que de ella pueda hacerse, pues al no existir un máximo que rija la actuación del juez puede llegarse al extremo de afectar a terceros que hayan contratado tiempo antes de que la empresa estuviera en dificultad financiera.

La seguridad jurídica interviene de un modo fundamental en el crecimiento y desarrollo económico de los países. Seguridad jurídica y progreso económico son términos complementarios pues la mayor parte de las operaciones económicas son también actos jurídicos. El progreso económico no es posible sin un grado mínimo de seguridad jurídica que dé certeza sobre las relaciones⁴⁴. La necesidad de dar estabilidad a las reglas que determinan el juego de los agentes económicos reviste particular importancia tanto política como jurídica. Tal grado de certeza se alcanza cuando el ciudadano cuenta con soluciones jurisprudenciales estables y uniformes⁴⁵, en otras palabras, que los contratos se cumplan.

En consecuencia, el hecho de que no exista un límite temporal a la facultad de ampliar el plazo de la retroacción propicia que ésta puede extenderse en el tiempo, de tal modo que afecte actos que no tengan relación alguna con el estado de incumplimiento generalizado de obligaciones; esto sería un despropósito pues constituye una vía para que los acreedores, en satisfacción del interés propio, perjudiquen el de un tercero que contrató con el concursado. Piénsese en el caso de todas las ventas con descuentos o cualquier tipo de beneficio, podrían ser fácilmente afectadas debido a la rebaja del precio, si es que no se tiene cuidado al considerar la situación de la empresa⁴⁶, a pesar de que no hubiesen incidido en la cesación de pagos, esto sin desconocer que la empresa pudo haber aprovechado los beneficios fiscales de esos actos y en consecuencia, no haber resentido ningún perjuicio.

Debe tenerse presente que la retroacción de la quiebra es un instituto jurídico creado exclusivamente en beneficio de los acreedores del concursado, a fin de contener los efectos lesivos de los actos que les resultan perjudiciales en atención al

⁴³Grillo, Horacio Augusto, *op.cit.*, p. 38.

⁴⁴Dalla Vía, Alberto Ricardo. *Transformación económica y seguridad jurídica*, Ed. Librería Editora Platense SRL, Buenos Aires, 1994, p. 3.

⁴⁵Madariaga, Mónica. *Seguridad Jurídica y Administración pública en el siglo XXI.*, p. 149.

⁴⁶En este sentido, resulta sumamente ilustrativa la sentencia 23/02/1990 Ar. 712 del Supremo Tribunal Español, en la cual cuestionó la pretensión de nulidad automática de los actos del deudor realizados en el periodo de quiebra de facto, pues la totalidad de tales actos no necesariamente conllevan un perjuicio para los acreedores ni afectan negativamente la masa.

principio *par conditio creditorum*, de modo que esta tutela legal, al llevar implícito un perjuicio a los terceros contratantes no puede usarse de manera indiscriminada sino que en su regulación, interpretación y aplicación debe tenerse presente que todas las disposiciones que impliquen una restricción de derechos son de uso excepcional y limitado; de lo contrario, se daría lugar a la depredación de los acreedores sobre cualquier acto que no haya trascendido al estado de incumplimiento generalizado de obligaciones.

El sistema de reintegración de la masa en comento presenta una constante tensión entre la finalidad de delimitar correcta y completamente el patrimonio del concursado con la básica exigencia de la seguridad jurídica, que se ve mermada con la retroacción la cual priva de eficacia los actos realizados por un tercero.

Seguramente se opondrá al pensamiento problemático que inspira este trabajo el argumento de que las cuestiones de inseguridad jurídica mencionadas pueden enfrentarse dentro del trabajo jurisdiccional mediante las técnicas de interpretación. En cuanto a la ampliación del periodo de retroacción puede acudir a una interpretación teleológica y funcional del precepto, a fin de que al analizar y decidir el incidente en el cual se plantee la extensión del plazo, se utilice la lógica de que las disposiciones que implican restricción de derechos, son de uso excepcional, limitado y justificado, de modo que deberá existir prueba suficiente de que los actos ocurridos durante el lapso que pretende afectarse pueden considerarse perjudiciales para la masa.

Sin embargo, el aspecto negativo de esta perspectiva radica en que imponer esa carga probatoria desconoce uno de los fines de la retroacción, que consiste en afectar un universo de operaciones comerciales y actos jurídicos realizados durante un plazo determinado. En consecuencia, utilizar un estándar muy riguroso que termine por tornarse casuístico se apartaría de la finalidad de la retroacción e ingresaría al campo de las acciones revocatorias concursales —no reguladas en la ley mexicana—, pues los acreedores tendrían que demostrar que determinados actos contribuyeron al deterioro del patrimonio del sujeto concursado, con lo que se desconocería el diseño de distribución de cargas probatorias y presunciones establecidas en los artículos 114 a 117 de la Ley de Concursos Mercantiles.

Pese a los intentos de resolver el problema por la vía de la interpretación, considero que resultaría más funcional una reforma legislativa en la cual se establezca una fecha fija de retroacción sin posibilidad de ampliar el plazo e instaurar acciones revocatorias concursales para que los acreedores estén en aptitud de atacar —ahora sí de manera particularizada— actos anteriores a ese plazo que consideren lesivos a sus intereses; aun así, resultaría necesario fijar un límite temporal al ejercicio de esas acciones, esto es, lo que pudiera considerarse como “periodo de sospecha”, para eli-

minar el riesgo de que se extienda ilimitadamente hacia el pasado.

De igual manera sería sumamente favorable para el derecho fundamental de defensa del tercero contratante, que aun cuando exista una presunción de fraudulencia, éste tenga la oportunidad de probar que el acto celebrado con el comerciante sujeto a concurso no implicó un detrimento a la masa activa.

Estoy consciente de que a esta propuesta de reforma legislativa, particularmente el periodo en el cual pueden ejercerse las acciones revocatorias concursales, se opondrán algunas de las objeciones planteadas en este estudio, debido a la tensión entre la generalidad y el casuismo que representa el establecimiento de un plazo fijo por el legislador, o los excesos en que puede incurrir el juez al fijar el periodo de sospecha —para el caso de que no se limite esa facultad—; sin embargo, no debe perderse de vista que las acciones de esta naturaleza permiten al tercero contratante demostrar que el acto realizado por él no perjudicó a la masa activa al haber otorgado al comerciante alguna contraprestación de valor igual o superior al bien salido del patrimonio del concursado.

Y si bien es verdad que se causaría una molestia al tercero contratante al obligarlo a litigar la subsistencia de su acto, lo cierto es que los actos de molestia no están prohibidos por el orden constitucional y de obtener una resolución favorable, podría obtener el resarcimiento, vía costas procesales, de los gastos realizados al haber tenido que defenderse de una pretensión parcial o totalmente injustificada.

Desde luego que este planteamiento no es la panacea, mucho menos una solución libre de problemas; aunque, probablemente, genere espacios de respeto a la seguridad jurídica.

VIII. Conclusiones

Esta figura jurídica pretende la ineficacia de los actos celebrados durante el periodo de sospecha que resulten perjudiciales a los acreedores, el objetivo es empatar la declaración formal de concurso con la situación de hecho.

El diseño de la norma concursal mexicana, a pesar de establecer una fecha fija de retroacción, permite ampliar ese plazo sin fijar algún parámetro temporal de modo que puede extenderse indefinidamente hacia el pasado, lo que genera inseguridad jurídica en el tráfico comercial, pues afecta actos realizados con terceros que pueden no haber incidido en el estado de incumplimiento generalizado de obligaciones, de manera que, la falta de parámetros claros deja a los terceros en situación de no saber a qué atenerse en la realización de actos de comercio, ya que la retroacción puede manipularse para quedar al servicio de los intereses y depredación de los acreedores erosionando la seguridad jurídica en el tráfico comercial.

Una posible solución disponible para el aplicador de la norma es realizar una interpretación teleológica y funcional de los dispositivos que regulan la retroacción, pues la extensión del plazo sólo opera en casos justificados donde se demuestre que efectivamente los actos ocurridos durante el periodo al que pretende extenderse la retroacción perjudicaron a la masa. Aunque esto lleva el riesgo de desnaturalizar la retroacción, ante la exigencia de que se demuestre que determinados actos —a los que se pretende extender el plazo retroactivo—, son perjudiciales a la masa, transformándola en una acción revocatoria concursal particularizada (por cierto, no regulada en la ley), pues el efecto defraudatorio deberá demostrarse respecto de un conjunto de actos.

Referencias

Bibliografía

- Alcover Garau, Guillermo, *La retroacción de la quiebra. Mc Grawhill*, Madrid, 1996, p. 104.
- Arcos Ramírez, Federico, *La seguridad jurídica una teoría formal*. Ed. Dickinson, Madrid 2000, p. 429.
- Bonfanti, Mario Alberto y José Alberto Garrone, *Concursos y quiebras*, Abeledo-Perrot, 6ª ed., Buenos Aires 2000, p. 878
- Cervantes Ahumanda, Raúl, *Derecho de quiebras*, Ed. Herrero, 2ª ed. México, 1978, p. 306.
- Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Transformación económica y seguridad jurídica*, Ed. Librería Editora Platense SRL, Buenos Aires, 1994, p. 58.
- Falcone, Giovanni. “Sistemas Concursales Comparados”, *La experiencia Europea, IUSTITIA Revista Jurídica del Departamento de Derecho*, ITESM, octubre de 2005, No. 13.
- Flaibani, Claudia Cecilia, *Ley de concursos comentada y anotada*, Ed. Heliasta, S.R.L., Brasil, 1994, p. 572.
- García Novoa, César, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 302.
- Grillo, Horacio Augusto, *Periodo de sospecha en la legislación concursal*, Ed. Astrea, 2ª ed. Buenos Aires, 2001, p. 334.

Grispo, Jorge Daniel y Balbín Sebastián, *Extensión de la Quiebra*, Ed. *Ad Hoc.*, Buenos Aires, 2000, p. 347.

Diccionario Jurídico Mexicano UNAM, Ed. Porrúa, 15ª ed., Tomo P-Z, México 2001, p. 969.

López Allón, Sergio, *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad Jurídica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, p. 225.

Pérez Luño, A. Enrique, “La seguridad como función jurídica”, En *AAVV Funciones y fines del Derecho Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, 1993, pp. 273 – 289.

Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*. Tomo II, Ed. Rubnizal-Culzoni, Buenos Aires. 2000, p. 387.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, [Disco óptico] *Compilación de jurisprudencia y tesis aisladas IUS*.

Zannoni, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000. p. 494.

Electrónicas

Alonso Hernández, Javier, “Sobre la fecha de retroacción absoluta de la quiebra”, consultado en el sitio http://www.iberforomadrid.com/descargas/revista/rev_02_01_a.pdf.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

“Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia”, Nueva York, 2006, p. 446, consultado en el sitio http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf.

García-Cruces, José Antonio. De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa, publicado en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 2, 2004, pp. 43 y ss. consultado en el sitio http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/delaretroaccion.pdf.

Recasens Siches. Luis, *Vida humana, Sociedad y Derecho, Fundamentación de la filosofía del Derecho*, 3ª ed., Ponce, México, 1953, p. 265, consultado en el sitio <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89607>.