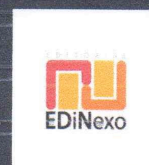


COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY CONCURSAL N°21436

TOMO I



MAFF: MANUEL BRICEÑO

Indice

Contenido

PROLOGO:	4
Derecho Italiano	6
Derecho Español	8
Derecho Francés	13
Derecho Anglosajón, EE.UU.	16
Derecho Concursal en Costa Rica	18
Procesos Concursales Preventivos y Saneatorios	23
b.- La Administración por Intervención Judicial	25
INTRODUCCIÓN	33
CONCEPTOS:	35
LEY CONCURSAL DE COSTA RICA	36
CAPÍTULO PRIMERO	36
DISPOSICIONES GENERALES	36
SECCIÓN I:	36
FINALIDAD Y PRINCIPIOS	36
SECCIÓN II	41
PRESUPUESTOS	41
PROCESO CONCURSAL	46
SECCIÓN II	52
TRÁMITE, APERTURA O RECHAZO DEL CONCURSO	52
EFFECTOS DE LA APERTURA DEL CONCURSO	78
GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO Y PERSONAS	109
CONCLUSIONES:	123
BIBLIOGRAFIA:	125

PROLOGO:

He leído el trabajo realizado en este Libro, respecto a la nueva Ley Concursal que actualmente se encuentra en trámite en la Asamblea Legislativa. Importante tener en cuenta la evolución que ha tenido este derecho en su historia

Derecho Romano: Los primeros antecedentes del Derecho Concursal, deben ser ubicados en el Imperio Romano, es por esto que se efectúa un breve análisis de las instituciones jurídicas que fueron creadas en el derecho romano para regular el fenómeno de la insolvencia.

Con anterioridad a Roma no encontramos huellas de las instituciones concursales y si bien el Derecho Romano antiguo (Ley de las XII Tablas) previó procedimientos colectivos de ejecución, bien podemos decir que no representan un antecedente en la materia concursal.

Legis actio per manuminiectiorem, que aparece regulada en la ley de las XII Tablas (451-449 a.C), Se trataba de una acción ejecutiva con la que se presionaba al deudor a pagar una sentencia que, desde tiempos remotos, fue siempre pecuniaria.

Manus iniecto (trad. español significa *aprehensión corporal*), también aparece regulada por la ley de las XII Tablas. Su propósito fundamental era obrar en contra de la persona del deudor, ya sea mediante la aplicación de prisión privada, reducción a la calidad de esclavo o la muerte.

Lex Poetelia Papilia (326 a. de C.)

Esta ley viene a cambiar la concepción sobre el incumplimiento de pago, por lo que prohíbe el *nexus*, siendo esto la ejecución contra un deudor contra el *corpus* del deudor, y limita las ejecuciones a que se efectuaran en contra de su patrimonio.

Missio in possessionem o in bona debitoria

Esta medida del derecho pretorio no constituye más que formas de acción sobre la voluntad del deudor reacio y, por ende, fuera del terreno de la ejecución forzosa, de la cual

prescinde, la cual consistía en un embargo precautorio sobre los bienes de un sujeto que se pretendiera demandar, la cual debía ser previamente solicitada al pretor y era él quien decidía si concederla o no. Dicha previsión generaba la obligación al embargante de notificar en la menor cuantía de tiempo posible al demandado, y ya cumplido con ello, pasado un plazo determinado, se podía proceder a la venta de los bienes respectivos.

Bonorum venditio (Siglo II a. de C.)

Instituciones posteriores del derecho pretorio como la *Bonorum venditio* puede decirse que constituyen, finalmente, una ejecución patrimonial, con las instituciones complementarias de la acción pauliana y del *interdictum fraudatorium* del derecho clásico; pero no tienen ensamble específico en la ejecución colectiva. Consistía en la venta en bloque de los bienes de un deudor insolvente en beneficio de sus acreedores.

Interdictum possessorium

Interdicto concedido al *bonorum emptor* para que pueda entrar en posesión de los bienes adquiridos en concurso y en defensa de la propia posesión.

Cessio Bonorum

La *Cessio Bonorum* constituye una enorme evolución en el derecho de insolvencia, pues permitía que el deudor que se encontraba en estado de quiebra cediera voluntariamente sus bienes a favor de sus acreedores.

Su origen se da durante el mandato del Emperador Julio César o Augusto, 63 a. de C. al 14 d. de C., periodo de Roma conocido como el Alto Imperio,

Actio pauliana

Esta acción tenía como propósito el impedir que un sujeto deudor enajenara bienes sin haber cumplido con sus obligaciones de pago. El Estado catalogaba esta actividad de dolosa, debido a que se presumía la intención de perjudicar a los acreedores.

Curator Bonorum

Es un tercero que funge como representante del Estado en los procedimientos de quiebra, a quien se le facultaba incluso para ejercer la acción pauliana.

Interdictum fraudatorium

La acción *interdictum fraudatorium* tenía como propósito uno similar a la acción pauliana, ósea reestablecer a los acreedores en la posesión de los bienes que fraudulentamente habían sido enajenados por el deudor.

Restitutio in integrum

Este recurso era aplicable para combatir las sentencias de un procedimiento formulario que se consideraban injustas. Se dirigía el quejoso al pretor y solicitaba la anulación de dicha sentencia por una aplicación injusta y contraria a la equidad del derecho civil.

Pignus ex causa judicaticaptum

Al determinarse que un deudor no se encontraba en estado de insolvencia, sin embargo, se reusaba a cumplir con una obligación de pago se ejercía esta acción que consistía en embargar los bienes del deudor que fueran suficientes para cubrir su deuda, y posteriormente se vendían. En caso de que hubiera un excedente o remanente el mismo se devolvía al deudor después de pagada la deuda.

Distractio bonorum

Es una figura similar a la *Bonorum venditio*, pero su diferencia medular es que se permite ahora rematar los bienes no únicamente como un lote conjunto, sino que se permitía subdividirlo para lograr un mayor valor de la masa patrimonial del quebrado. Se repartía proporcionalmente entre los acreedores el total de la venta del patrimonio.

Derecho Italiano

Derecho estatutario italiano – Siglo XII al XVI

Los primeros cuerpos legales que intentan, de una forma un tanto más organizada, regular la quiebra, fueron los estatutos de las ciudades italianas.

Numerosos doctrinarios han afirmado que es durante este periodo, que se desarrollaron varios de los principios fundamentales que han permanecido hasta la fecha en la mayoría de los sistemas de insolvencia adoptados por las diversas legislaciones en el mundo.

Las ciudades italianas eran algunos los mercados más importantes de su época, por lo que imperativamente se requería una adecuada ordenación de la cesación de pagos y la insolvencia de sus agentes comerciales, por lo que se decidió a través de sus estatutos normar sobre este aspecto a través de preceptos jurídicos coercibles y tendientes a mantener el orden público.

Una de las principales características de la insolvencia dentro del **derecho estatutario italiano** lo era su coactividad y teleología reparativa, puesto que imponía severas penas a los deudores que se llegaran a sujetarse a un procedimiento concursal.

Asimismo, es prudente mencionar que dentro de las aportaciones del derecho estatutario podemos encontrar, su causa, ya que consideraba que la cesación de pagos debía presumirse ante la fuga del deudor, provocándose así el desasimiento de sus bienes, y en algunos casos incluso se aplicaban efectos retroactivos.

Cabe destacar que los Estatutos, no hacían distinción alguna respecto al tratamiento de los deudores comerciantes y los deudores puramente civiles.

Código de Sardo de 1842, “Código Albertino”

En cuanto a la legislación moderna como se conoce hoy en día, en Italia empezó con el Código Sardo de 1842, llamado “Código Albertino”, pero no fue hasta el año de 1865 que dicho Código fue adoptado por todo el reino de Italia.

Posteriormente, fue sustituido por el Código de 1883, cuyo Libro III regulaba lo concerniente a las quiebras, reservadas a los comerciantes que hubieran cesado en el pago de sus obligaciones comerciales.

En 1903, se regulan las pequeñas quiebras y principalmente el Concordato Preventivo, de gran similitud con lo que se conoce, hoy en día, en nuestra legislación como Convenio Preventivo de Acreedores.

Real Decreto 267

El 16 de marzo de 1942, siendo Rey Víctor Manuel III se promulga el Real Decreto 267 denominado la *"Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e Della liquidazione coactiva-amministrativa."*

El **Concordato Preventivo** se propuso como un medio de evitar la declaración de falencia y **la Administración controlada** para aplicar al empresario que se encuentre en dificultad temporal de cumplir con sus obligaciones. Esta figura creada de la **"Administración Controlada"**, luego será rebautizada con el nombre de "Administración Extraordinaria", con el objeto de establecer un **plan de salvamento** de las empresas en crisis. Bajo esta institución una empresa en crisis temporal y manejable puede acudir al juez, quien luego de verificar los requisitos para su procedencia, autoriza la continuación de la compañía dictando para estos efectos dos medidas principalmente:

A.- Por dos años, nadie podrá ejecutarlo:

B.- Por dos años, no estará obligado al pago de los intereses, siempre que pague todas las deudas acumuladas al inicio de la administración.

Bajo la administración controlada, es el juez quien decide con independencia de la masa de acreedores, lo que generó muchas críticas en el sector, ya que no se contaban con suficientes garantías a favor de los acreedores.

Derecho Español

Las siete partidas de Alfonso X – 1256-1265

Las siete partidas o simplemente partidas, es un cuerpo normativo redactado en la Corona de Castilla, durante el reinado de don Alfonso X, con el objeto de conseguir una cierta uniformidad jurídica del reino. Su nombre original era Libro de las Leyes, y hacia el siglo XIV d.C. recibió su actual denominación, por las secciones en que se encontraba dividida. Esta obra se considera uno de los legados más importantes de Castilla a la historia del Derecho, la cual se convirtió en inspiración para los ordenamientos legales posteriores que pretendían regular la quiebra, ya que es el primer cuerpo jurídico que organiza en detalle este procedimiento.

Labyrinthus Creditorum – Siglo XVII

El ilustre vallisoletano Francisco Salgado de Somoza, español nacido en La Coruña, abogado jurisconsulto, sacerdote, y abad de Alcalá la Real, por primera vez sistematiza el tratado de la quiebra, basándose y unificando las regulaciones de la insolvencia contenidas en los estatutos italianos con la costumbre, y concluyendo en la obra «*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem inter illoscausatam*» (1646), consagrándose esta como la obra más completa y trascendental que se haya gestado durante el milenio pasado respecto este tema.

Es importante señalar que este autor fue quien acuñó por primera vez las palabras «concurso» y «deudor común».

Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737

Durante los siglos XVII y XVIII se inicia un proceso de reestructura en España, dentro del cual se adopta la figura del «*Consulado*», institución que tiene sus orígenes en Italia.

Estos consulados, fueron dotados de autonomía tal que promulgaron Ordenanzas en materia mercantil, con el objeto de regular el comercio y aspectos relativos a su jurisdicción.

Dentro de las Ordenanzas promulgadas por los consulados, destaca las «**Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737**», dentro de las cuales se regula por primera vez desde un punto de vista legal, en forma completa y sistemática.

El capítulo XVII de las Ordenanzas de Bilbao, tenía como propósito la regulación de este tema que nos atañe, por lo que lo titula: «*Los atrasados, fallidos, quebrados, ó alzados; sus clases y modo de procederse en sus quiebras*».

Hay que recalcar que estas ordenanzas retoman los tratados de Salgado Somoza, así como muestra una gran influencia de las Ordenanzas francesas.

En primer término, estas ordenanzas señalan las causas de la quiebra, de la siguiente manera:

«Respecto de que por la desgracia de los tiempos, e infelicidad, o malicia de algunos negociantes, se experimentan muchas veces atrasos, falencias ó quiebras en su crédito y comercios, no pudiendo, ó no queriendo cumplir con los pagamentos a su cargo, unos

ausentándose, y otros refugiándose en las iglesias, sin dejar de manifiesto sus libros, papeles y cuentas con la debida claridad, de que resultan notorios daños a otros negociantes, y demás personas acreedoras, por cuyos motivos se forman disensiones, y pleytos largos, y costosos, sin poderse justificar los procedimientos de los tales fallidos, ni la naturaleza de sus quiebras en común, y conocido perjuicio de la causa pública de este comercio: para cuyo remedio, y que se proceda en semejantes casos con la mayor claridad y brevedad en la administración de la justicia, y que camine en sus determinaciones con la justificación posible, y sin confusión; se previene, que los atrasados, quebrados, ó fallidos en su crédito, se deberán dividir en tres clases, ó géneros, de que pueden resultar inocentes, y culpados, leve o gravemente, según sus procedimientos o delitos».

Mantilla Martínez refiere que las **Ordenanzas del consulado de Bilbao** fueron realistas y *«justifican su proceder como resultado de la observación de usos comerciales en la época, no solo en España, sino también de lo que era común en otras naciones por lo que a este tema concerniera»*

Lo importante de este tratado es que logró distinguir entre distintas causas de las quiebras, en algunos casos derivaba de hechos jurídicos, mientras que, en otros, de ciertos actos u omisiones, pero existiendo siempre el común denominador de un daño frente a terceros y un riesgo para el crédito.

De esta forma que se hace la siguiente distinción de los quebrados:

- a) Atrasados* – Las Ordenanzas contemplaban a aquellos sujetos que no se encontraran en estado de insolvencia, esto es, que tuvieran bienes suficientes para satisfacer la totalidad de sus deudas, pero que se encuentran en estado de mora por no poder cumplir con sus obligaciones en tiempo.
- b) Infortunios imprevisibles* – Estos son aquellos a los que la quiebra se les achacaba por caso fortuito. La quiebra era provocada por causas ajenas a su voluntad.

En todo caso se presumía la quiebra fortuita, salvo no se probara lo contrario, y existía comprensión hacia ellos, *«recomendándose facilidades, con intereses o no, según convenio»*, pero siempre tutelando a quienes de buena fe ejercían el comercio.

Sobre estos, las Ordenanzas establecían:

«A los semejantes se las ha de guardar el honor de sus créditos, buena opinión y fama».

c) *Fraudulentos* – estos son aquellos que tienen conocimiento de su mal estado, y a pesar de ello arriesgan el capital ajeno con dolo, prosiguiendo con el comercio perdiendo conocidamente muchos caudales y alzándose con la hacienda ajena que pueden.

El ordenamiento en comentario, textualmente los describía así:

«...y alzándose finalmente con la hacienda ajena, que pueden, ocultándose ésta y las demás alhajas preciosas que tienen, y con los libros, y papeles de su razón, ausentándose o retirándose al sagrado de las iglesias, sin dar, no dejar en cuenta, ni razón de las dichas sus dependencias, reduciéndose a la última confusión a sus acreedores, de que resulten notables perjuicios á los demás comerciantes de buena fe; por lo cual á estos tales alzados se les ha de tener, y estimar como infames ladrones públicos, robadores de hacienda ajena, y se les persuadirá hasta tanto que el prior, y cónsules puedan haber (tener) sus personas; y habiéndolas, las entregarán a la justicia ordinaria con la causa que se les huviere hecho, para que sean castigados por todo el rigor que permite el Derecho, á proporción de sus delitos».

Estos tratados abordaban la quiebra dándole penas tanto pecuniarias como corporales, de acuerdo al tipo de quebrado, ya que se tipifican delitos cometidos previa y durante el seno del proceso concursal.

Novísima Recopilación de 1805

La Novísima Recopilación de la Leyes de España de 1805, dividida en XII. Este ordenamiento contempla importantes fundamentos de la legislación concursal. Dentro de su libro XI, título XXXII reúne mandamientos relativos al alzamiento, quiebras y cesión de bienes.

Tanto en las Ordenanzas de Bilbao, como en la **ley de Enjuiciamiento Civil para los Negocios de Comercio de 1830**, se eliminó la distinción entre las obligaciones civiles y mercantiles, para efectos de declarar la quiebra, y se estableció la separación entre personas

no comerciantes y las personas si comerciantes. De tal manera que la quiebra se orientó como una figura propia y exclusiva de los comerciantes, y el concurso para los no comerciantes.

En el concurso tiene lugar la cesión de bienes a los acreedores tomando la forma de un juicio voluntario gestionado por el mismo deudor.

Por su parte los comerciantes en la quiebra tienen un trato muy severo, se les aplicaba la prisión, sanciones penales si la quiebra era fraudulenta lo cual se presumía, no podían evitar el procedimiento de ejecución universal de sus bienes pretendiendo una quita o rebaja de créditos, existía la retroacción de la declaratoria de quiebra y como consecuencia la nulidad de los actos jurídicos posteriores a ella.

Los supuestos para la declaratoria de la quiebra eran diferentes a los supuestos para la declaratoria del concurso, de manera que la quiebra se decreta con la simple cesación de pagos, sin que se pudieran alegar plazos de gracia o cortesía. En cambio, en el concurso se decreta con la comprobación de la insuficiencia patrimonial del deudor, lo que se acredita por el hecho de carecer de bienes libres en ejecuciones individuales.

En la España actual, el sistema anterior era arcaico, disperso y muy obsoleto, hasta el punto de seguir vigentes normas de la época de Fernando VII. La antigüedad no es un defecto, al contrario, una norma que soporta los avatares del tiempo más de cien años debe de tener algo bueno, pero, en el derecho mercantil, donde se han sufrido tantos cambios y realizado tantos avances, simplemente, estaba obsoleta.

Por otro lado, existía una multiplicidad de procedimientos concursales; así, junto a las clásicas instituciones de la **quiebra** y del **concurso de acreedores**, para el tratamiento de la insolvencia de comerciantes y de no comerciantes, respectivamente, se introdujeron otras, preventivas o preliminares, como la **suspensión de pagos** y el procedimiento de **quita y espera**, de presupuestos objetivos poco claros y, por tanto, de límites muy difusos respecto de aquéllas. La normativa tampoco estaba muy meditada.

Una de las principales normas era la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, promulgada con carácter provisional, y que ha estado vigente hasta el 2004. El conjunto era complicado, falto de coherencia, carente de los principios generales y con un desarrollo

caótico. La reforma global del derecho concursal español constituye una de las más importantes tareas legislativas pendientes en la modernización de su ordenamiento jurídico.

La Ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. La ley mezcla aspectos materiales y procesales del concurso, una opción de política legislativa que suele causar inconvenientes.

Derecho Francés

Reglamentación de Lyon. En Lyon aparece el primer texto legal orgánico en materia de quiebras (año 1667) en donde al lado de la igualdad entre los acreedores se encuentra la organización del período de sospecha, la inhabilitación del fallido, etc.

De ahí pasa a la Ordenanza de 1673, aunque para algunos estudiosos significa un retroceso con relación a la reglamentación lionesa.

Ordenanza Francesa de 1673

Bajo el reinado de Luis XIV, con el establecimiento de los tribunales de comercio, la Ordenanza francesa de 1673, no excluía que estos tribunales conocieran de asuntos donde las partes no eran comerciantes.

Esta es la primera codificación del derecho comercial francés, que hace distinción por primera vez entre la quiebra de un deudor comerciante y de un deudor no comerciante.

La motivación de este distingo yace en la necesidad de implementar una regulación un tanto más severa a los comerciantes en caso de incurrir en la cesación de pagos, pues sus incumplimientos e insolvencia repercutirían de mayor manera en el crédito de terceros.

Código Comercio de Francia de 1807

El Código Comercio Francés (1807), de relevancia mundial, es sintetizado por Percerou con un pensamiento muy claro: *“Tout le monde perd dans une failite”*. Es fatal – agrega – que se asista a los excesos de la especulación deshonesta.

En este Código, aparece la especialidad de la quiebra como fenómeno mercantil, aunque otros consideran que fue en la Ordenanza francesa de 1673.

En el Código de Comercio Francés de 1807, aparece el instituto de la Quiebra como un fenómeno mercantil, estableciendo la encarcelación obligatoria del quebrado, manteniendo el carácter represivo sobre el quebrado, de manera que Napoleón, consideró la quiebra como un naufragio. Se partió del principio de culpabilidad del deudor, siendo éste panorama, imperante de la época, lo cual le produjo al deudor quebrado el deshonor, la ruina, la vergüenza, que muchas veces lo obligo incluso a suicidarse. Esto llegó a representar un problema para el acreedor, lo cual le impedía ver satisfecho el crédito a su favor.

Con posterioridad, la legislación quiebrista en el país galo tuvo muchas modificaciones (leyes de 1838, 1848 y 1870). Es importante rescatar, que con la modificación del Código en 1838, se establece como *presupuesto objetivo* para declarar la quiebra la *cesación de pagos*, tal y como sucede hoy en día; lo cual, le dio mayor agilidad al proceso de quiebra, y se estableció que la prisión del deudor fuera facultativa, pudiendo el juzgador dejarla sin efecto en cualquier momento.

No obstante, todavía no se había logrado determinar la distinción entre un comerciante *deshonesto* y comerciante *desdichado*, por lo que el carácter infamante de la quiebra se mantuvo, hasta llegar a la ley sancionada en 1889, cuya principal idea que la inspirara residía en que el comerciante honesto y de buena fe debía ser tratado con menor rigor, y se creó el instituto de la "Liquidación Judicial," de aplicación absoluta a los deudores quebrados, pero por razones no imputables a ellos.

Este instituto fue sumamente indulgente. A partir de entonces, el comerciante que era sometido a un proceso de Liquidación Judicial, no tenía que preocuparse de su encarcelamiento pues conservaba la administración de sus bienes, claro está, al lado de un liquidador nombrado por el juez, quien debía asistir al deudor en la mayor parte de sus actos.

Esta evolución, que procuraba suavizar los rigores que la ley había conocido, siguió su curso, pero ese afán cayó en el extremo opuesto, al punto de conducir a una indulgencia excesiva, razón por la cual, para entonces, los comerciantes ya no temían la quiebra, sino que la deseaban y la procuraban.

Las posteriores reformas de 1903, 1906 y 1908 facilitaban la reinserción al comercio del quebrado, claro una vez pagadas las deudas con los plazos acordados o la moratoria acordada que posibilitaban la rehabilitación automática una vez que transcurrían diez años de la declaratoria de quiebra.

En 1937, se decreta una ley que facilitaba el arreglo con el deudor y reflejaba el deseo del legislador francés por ser más comprensivo con el fallido. La causa social de esta clase de reformas que beneficiaban a los comerciantes es la crisis económica producto de la Primera Guerra Mundial. Luego de la Segunda Guerra Mundial, la legislación concursal francesa había caído en un gran descrédito, por lo que se designó una comisión, cuyas intenciones eran la eliminación del mal comerciante, pues en las reformas del 20 de mayo de 1955 y 22 de diciembre de 1958 se eliminó la rehabilitación automática para ejercer de nuevo el comercio y se incorporan al Código de Comercio Francés una serie de represalias en contra del deudor fallido, tales como el desapoderamiento de todos sus bienes para luego ser liquidados, la eliminación de la rehabilitación automática que había sido reconocida en 1908, la pérdida de por vida del derecho a ejercer el comercio, y finalmente se excluye el concordato dentro del proceso liquidatorio de bienes.

La liquidación judicial se sustituye en el "*règlementjudiciare*", lo que no fue un mero cambio de denominación, sino que se encaró al arreglo judicial como un procedimiento abierto para los comerciantes que cesaban en sus pagos, pero cuya empresa era merecedora de un concordato; por lo demás, el arreglo judicial era más flexible en sus formas, menos riguroso en sus efectos y susceptible de concluir en un concordato, gracias al cual el comerciante que obtenía su aprobación, podía seguir al frente de su empresa con la asistencia de un administrador judicial. No obstante, ese proceso podía ser convertido en quiebra cuando el Tribunal consideraba que aquel ya no reunía las condiciones.

La reforma no operó adecuadamente, ya que los acreedores privilegiados no eran afectados o absorbidos por el proceso, por lo que les era permitido rematar bienes esenciales para la operación de la actividad productiva de la empresa.

El derecho francés, adoptando el modelo Italiano, modifica ciertos aspectos y rechaza que sea aplicado a toda empresa. Así se debe analizar y estudiar cada asunto en concreto. Entonces cada empresa, debe presentar un plan de salvamento, con lo que se deja de tener como único requisito el estado de crisis, situación que los italianos, adoptan y disponen que el Instituto de la “administración controlada” sea aplicable a ciertas empresas de gran trascendencia económica y social.

De esta manera Francia ha continuado con sus reformas, introduciendo en su ordenamiento jurídico, una serie de leyes tendientes al mejoramiento de los llamados procesos preventivos o curativos, respondiendo a las exigencias que requiere la época actual, y que servirán de inspiración contemporánea para los demás países en cuanto a la regulación y tratamiento de los fenómenos concursales.

Derecho Anglosajón, EE.UU.

Por su parte contaba con una ley cuyo Capítulo 11 (Chapter 11) del Título 11 (Title 11) del Código de Bancarrota de 1953, reformado en 1978, siguiendo la legislación Francesa. Dicha legislación establece que la participación de los jueces debe ser mínima, respetando el principio de libertad, y su finalidad es la de evitar la liquidación de las empresas, como entes importantes de la economía. La protección especialmente de las compañías ferroviarias, que durante su época cumplieron la labor de unir las dos costas es un ejemplo de la posición proteccionista estadounidense de la empresa por su actividad en el desarrollo socioeconómico del país.

En la sección 14 de esta ley, se tutelan estas empresas de los procesos liquidatarios sometiéndolos a procesos de salvamento, de modo que el empresario pueda reorganizar su actividad productiva, bajo la existencia de un convenio autorizado por los acreedores, que, en caso de no llegar a ese acuerdo, la autorización la sustituye el Juez. En este proceso se encuentran administradores o más bien fiduciarios que controlan la empresa.

Se regula la suspensión del derecho individual de los acreedores de cobrar por aparte sus créditos, y se interrumpe el plazo de prescripción, lo cual es lógico por cuanto es la misma ley la que impide los cobros.

De este modo, se originan otros institutos, menos drásticos que los procesos liquidatorios o de eliminación del patrimonio, que permitan el acuerdo entre deudores y acreedores, lo cual no siempre es posible, ya que muchos acreedores no tienen más interés que recuperar sus créditos, y no salvar una empresa en crisis.

Podemos decir que estos acuerdos inician como una convención colectiva, donde ya no es necesaria la participación de todos los acreedores, utilizándose el sistema de votación por mayoría, lo que era vinculante para los disidentes o los ausentes. Se llega a cuestionar cual debe ser el porcentaje de la mayoría, lo que varía en cada legislación. Esto no es el único inconveniente, ya que podría suceder que un solo acreedor representara el ochenta por ciento de los créditos, lo que se agravaría si como antes indicamos, este únicamente desea la recuperación de su crédito.

Ante esta amenaza a los intereses *iuspublicistas* estatales de conservación, por el bien común, regional o nacional, se establece que se deben crear e impulsar procesos alternativos de corte preventivo, donde el juez deje de tener una participación ínfima y sea el director en los acuerdos que puedan ocurrir entre los acreedores, siendo el Estado un interesado más.

El interés público, es el conservar hasta donde se pueda una empresa, y no salvar lo insalvable o continuar con aquellas que están haciendo perecer a otras ligadas con ésta.

Etapas Objetivas del Derecho Concursal, la Reforma de 1967

Es en 1967 que, por primera vez en Francia, se establece la separación y distinción entre el empresario y la empresa, en el sentido, que, si bien están unidos, no resulta la extinción de uno la muerte del otro, y viceversa.

Con anterioridad a esta ley, se condenaba sin distinción al deudor y se motivaba la desaparición del mal empresario, sin importar que la empresa tuviera los recursos necesarios y pudiera sobrevivir al mando de otra persona.

Es propiamente con esta reforma de 1967, que se puede decir que el derecho concursal abandona su posición *subjetiva* predominante, dejando de ocuparse del deudor, para adoptar una posición *objetiva*, dirigida a lo que resulta importante a nivel de la colectividad,

la empresa. Tal normativa nace por las preocupaciones de orden económico, atendiendo y dándole tutela a empresas, cuya relevancia se debió a su importancia, magnitud social y significancia en la economía nacional y regional.

Ya en 1985 en un contexto de aumento considerable del número de empresas en crisis, el legislador instauró dos procedimientos: el **saneamiento judicial** y la **liquidación judicial**.

El **saneamiento** constituye el procedimiento normalmente abierto tras una suspensión de pagos. Este procedimiento debe desembocar en el mantenimiento de la empresa gracias a la adopción de un plan de continuación o de cesión. Únicamente cuando ningún plan aparece posible es cuando será necesario abrir el procedimiento de liquidación judicial. Y aun así eso significa necesariamente la desaparición de la empresa. Ya que una "unidad de producción" podrá ser cedida en beneficios de quien se manifieste interesado en retomar todo o parte de los elementos del activo de la empresa.

Si hay que ir a lo fundamental, lo que caracteriza a la legislación de 1985 es una degradación considerable de la situación de los acreedores y en particular de aquellos que habían sido ampliamente protegidos hasta entonces. Con excepción de los empleados, los acreedores son todos sacrificados por el imperativo de la salvaguarda de "la herramienta económica". Así, en caso de plan de continuación, largos plazos de pago pueden ser judicialmente impuestos a todos los acreedores incluidos los titulares de privilegios. Posteriormente por presiones particularmente de los medios bancarios y financieros, se dicta una ley en 1994.

La legislación de 1985 si bien no ha sido derogada, un buen número de sus disposiciones han sido modificadas en el sentido de conceder ventajas reconquistadas por los acreedores titulares de privilegios y por los establecimientos de arrendamiento financiero.

Derecho Concursal en Costa Rica

En los inicios del Derecho Concursal en Costa Rica imperaron el desorden, la confusión y la proliferación de textos normativos que dejaban sin efectos al anterior, lo que impidió un normal desarrollo de los institutos concursales, mediante diferentes cuerpos de legales.

El Código General Carrillo

El Código General de Carrillo fue promulgado en 1841, siendo el primer Código de normas no propiamente españolas que rigió en Costa Rica. En él se agrupaban normas de carácter penal, civil y procesal.

En el Título V, Libro II de este código, aparecen algunas normas concursales, sin ser algún tipo de conjunto sistemático de reglas, inspiradas en la Novísima Recopilación Española de 1805, donde se establecía que el deudor en cesación de pagos se obligaba a prorrata, al pago de las deudas a sus acreedores; al igual, en estas normas se contemplaban dos tipos de juicios concursales: el **necesario y el voluntario**.

El Juicio concursal **necesario**, es el que promueven los acreedores, y el **voluntario** por su parte, es el propuesto por el deudor convocando a sus acreedores, de manera que el deudor pone en conocimiento de los tribunales la cesación de sus pagos, ante la insuficiencia económica en su patrimonio para satisfacer a los acreedores, y una vez comprobada ésta por el tribunal, se convocaba a una junta de acreedores. El deudor podía escoger entre tres opciones, para intentar un arreglo y pagar a sus acreedores: **la cesión, la espera y la quita**. Los Juicios de Concurso se aplicaban a los comerciantes y a los no comerciantes. Sin embargo, lo pertinente a la cesación de pagos era insuficiente para la aplicación a los comerciantes.

El Código de Comercio de 1853

Durante la presidencia de don Juanito Mora, se adopta un nuevo Código de Comercio en el año 1853, ante las insuficiencias de las normas concursales contenidas en el Código General de Carrillo, respecto a la **quiebra** de comerciantes. -

Este Código de Comercio, fue una copia fiel del Código español de 1829, que, a su vez, fue inspirado en el Código de Napoleón de 1807.

Por su parte, el Código General de Carrillo siguió rigiendo lo referente a la **insolvencia civil**.

El Código de Comercio plasmó en sus normas de Derecho Concursal, pero solamente el fondo, dejando las normas de procedimiento a la **Ley de Enjuiciamiento para Negocios y Causas Mercantiles**.

La Ley de Enjuiciamiento para Negocios y Causas Mercantiles

En 1853, poco después de la aparición del Código de Comercio de ese mismo año, se promulga la Ley de Enjuiciamiento para Negocios y Causas Mercantiles para regular lo concerniente al procedimiento de la **quiebra**. Esta ley establecía entre sus normas la declaración de quiebra, lo referente a los síndicos, reconocimientos de créditos, administración y liquidación de bienes, el convenio resolutorio y la rehabilitación del deudor.

Se trató de imitar el modelo español de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los Negocios de Comercio, que fue promulgada en España en el año 1830.

Ley General de Concurso de Acreedores

En 1865, se promulgó la Ley General de Concurso de Acreedores, que regulaba el fondo del derecho concursal, derogando el Título IV del Código de Comercio de 1853 que regulaba acerca de la **quiebra**; asimismo, derogó las disposiciones del Código General de Carrillo referentes al **concurso civil**; la Ley de Enjuiciamiento para Negocios y Causas Mercantiles permaneció regulando el procedimiento.

Esta ley reúne toda la materia concursal de fondo, ya sea civil o mercantil. Como dice el profesor Walter Antillón al afirmar que, en ese momento, en la historia: *"constituyó un notable progreso, al refundir en sus disposiciones toda la materia concursal, independizándola a su vez de los Códigos en que, tradicionalmente, estaba contenida, conforme la mayor parte de los países americanos y europeos más importantes"*. Sin embargo, su existencia no perduró y pronto fue derogada.

El Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles de 1886

El Código Civil vigente, de influencia francesa fue promulgado el 26 de abril de 1886, durante la Administración del Presidente don Bernardo Soto, y vino a derogar en cuanto a la materia concursal a la Ley del Concurso de Acreedores de 1865, sustituido por los títulos VII y VIII del Libro Tercero del Código Civil.

Asimismo, el Código de Procedimientos Civiles derogó en 1888, año de su vigencia, a la Ley de Enjuiciamiento para Negocios y Causas Mercantiles, ley que hasta ese momento contenía las normas procesales de la materia concursal.

Estas derogaciones de nuestro ordenamiento jurídico, señalan un retroceso que el Derecho Concursal vivió en esos años; por cuanto los títulos VII y VIII del Libro Tercero del Código Civil sólo contienen una parte referente al **concurso civil**; sin embargo, estas normas regularon casi por 13 años tanto el **concurso civil** como la **quiebra**, porque a pesar que el artículo 898 del Código Civil remite a las insolvencias de los comerciantes al Código de Comercio, Libro IV de este ya había sido derogado en 1865, por la Ley de Concursos de Acreedores, por lo que este error legislativo de 1886 produjo una ineficacia y confusión en la práctica de la quiebra, que se sostuvo hasta el año de 1901 con la promulgación de la Ley de Quiebra.

Ley de Quiebras de 1901

Esta Ley de Quiebras, fue promulgada el 2 de octubre de 1901, con el propósito de llenar el vacío dejado en las normas sobre los concursos mercantiles. Para el profesor Antillón, dicha ley *"...no fue ya un cuerpo completo y armónico de normas sobre la materia, sino más bien, lo que podría llamarse un conjunto de disposiciones para la aplicación del concurso civil a los comerciantes, que carecía de una estructura interna adecuada, adolecía de una completa inopia de disposiciones (solamente contaba con cincuenta y cinco artículos) y trataba de paliar tales deficiencias apoyándose morosamente en las relativas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles."*

La ley de Quiebra de 1901 estuvo en vigencia durante 63 años, hasta que fue promulgado el actual Código de Comercio.

Código de Comercio de 1964

El Código de Comercio entra en vigencia en el año 1964, el que nos rige en la actualidad, y viene a derogar la Ley de Quiebras de 1901. Se ha comentado que este Código representa una copia del Código de Comercio Hondureño de 1950.

Este Código de Comercio, regula el instituto de la **quiebra** en su Libro IV, que es aplicable a los deudores comerciantes, como presupuesto subjetivo; y en sus artículos se encuentran tanto normas de derecho de fondo como también de forma.

La quiebra, está regulada por las normas sustantivas del Código de Comercio, a partir del artículo 851 al 967 inclusive, y procede únicamente para aquellos deudores que sean comerciantes (personas físicas y Jurídicas), para ello, el artículo 5 de dicho cuerpo de leyes, viene a indicar quienes son comerciantes, para lo cual el deudor comerciante es el presupuesto subjetivo en este instituto; exigiéndose que procederá la declaratoria de la quiebra de un comerciante que se encuentre dentro que se encuentren dentro de las causales que contempla el artículo 851 de este cuerpo de leyes, siendo la principal causal para decretar la quiebra, la Cesación de pagos, prevista en el inciso b) de este artículo 851.- Según la teoría materialista, que es la que se aplica a la quiebra, la cesación de pagos hace alusión al incumplimiento de pago de una o más obligaciones dinerarias por parte del deudor comerciante, y no ante la imposibilidad de éste de hacerle frente a sus obligaciones.- Es propiamente por la cesación de pagos, que explica la teoría materialista, la razón por la que el Juez Concursal dicta una providencia denominada “Requerimiento de pago”, que deberá ser notificada personalmente al deudor, para que proceda a pagar la obligación líquida y exigible a favor del acreedor dentro del plazo de tres días, según lo establece el artículo 760 del Código Procesal Civil, de lo contrario se procederá a la declaratoria de la quiebra, según el artículo 853 del Código de Comercio y el artículo 760 antes citado, que regula a partir este numeral en adelante las normas procesales para la Declaratoria del Concurso (Quiebra y Concurso civil).-

En realidad el Código no vino a regular lo referente al concurso civil, aplicado a los deudores no comerciantes, que era regulado por el Código Civil de 1888 en el fondo, y por la forma primeramente el Código de Procedimientos Civiles de 1888 derogado, y por el Código Procesal Civil (Ley 7130) a partir del artículo 760, que refiere a la declaratoria del concurso.-

Procesos Concursales Preventivos y Saneatorios

Ley No. 4327, Reforma del Código de Procedimientos Civiles, del 17 de febrero de 1969

La Ley No. 4327, vino a reformar todo el título VIII del Código de Procedimientos Civiles, regulando el **concurso de acreedores**, y en su primer capítulo introdujo por primera vez en Costa Rica un mecanismo **saneatorio** de la quiebra o del concurso llamado **Convenio Preventivo**

Convenio Preventivo.

En ese momento, el Convenio Preventivo se presentaba de la siguiente manera: primeramente, la persona que se encontraba en estado de insolvencia podía proponer a sus acreedores un convenio siempre y cuando no haya sido declarado en concurso, o admitido a procedimiento de convenio en los cinco años anteriores. El Juez rechazaba de plano la solicitud si comprobaba que el deudor no se encontraba en estado de insolvencia, o bien, que tenía bienes suficientes para cubrir sus deudas. Los actos del deudor que excedían la administración ordinaria de sus negocios requerían la autorización del Juez, bajo pena de ineficacia frente a los acreedores anteriores a la proposición de convenio.

Sin embargo, este instituto tal y como se había concebido en esta reforma al Código de Procedimientos Civiles en 1969, era una institución en desuso en Francia desde finales de la década de los años 30.

Ley 7130, Código Procesal Civil, del 21 de julio de 1989

En el año de 1989, se promulga la Ley No. 7130, Código procesal Civil, que vino a derogar el antiguo Código de Procedimientos Civiles, reformando el instituto del Convenio Preventivo e instaurar por primera vez dentro de los procesos concursales preventivos a la Administración por Intervención Judicial. Conforme al Código Procesal Civil del 89, se destacan los siguientes aspectos.

a.- El Convenio Preventivo

No existen muchas diferencias sustanciales entre el convenio preventivo en 1969, y el establecido por Código Procesal Civil de 1989; sin embargo, en el campo de la legitimación, para iniciar el proceso de convenio preventivo, se introduce además del deudor, la posibilidad a los acreedores. Otra diferencia en la legitimación, es que antiguamente sólo se le permitía iniciar el convenio al deudor civil, para luego admitir a los deudores comerciantes y a empresas. Igualmente es diferencia, el hecho de la publicación de los avisos en un diario de circulación nacional, esto para darle publicidad y tutelar el derecho de los eventuales acreedores.

El Convenio Preventivo fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, tomado de la legislación de la italiana, que regula dicho instituto desde el año de 1913, y que está regulado en el Decreto No. 267 del 16 de marzo de 1942, que contempla la quiebra, el concordato preventivo, la administración controlada, y la liquidación forzosa administrativa.

El convenio preventivo o arreglo judicial, se enmarca dentro de los procesos preventivos o curativos (inspirados sobre el principio de buena fe), se trata de un instituto híbrido de normas sustantivas y procesales, por cuanto se trata de un contrato bilateral, sinalagmático y oneroso, que primeramente el deudor, comerciante o no, y sólo éste, presenta su propuesta con la propuesta una solicitud formal dirigida al Juez Concursal, a fin de que la propuesta sea aceptada por los acreedores, en una etapa procesal diferida a la Junta de Acreedores, en la cual los acreedores en asamblea deberán aprobarlo por mayoría calificada, que conlleva dos supuestos que se tienen que dar (voto personal y voto de capital), sin que se requiera la justificación de su voto, lo cual la aprobación del convenio queda sujeto a un criterio subjetivo.-

La propuesta del convenio la realiza el deudor, para evitar entrar en un proceso de liquidación (quiebra o concurso civil), que pretende la eliminación del patrimonio.

Esta figura está regulada en Costa Rica, por la Ley No, 7130, Código Procesal Civil de 1989, en los artículos 743 al 759 inclusive. -

Como condiciones de fondo, la ley exige lo siguiente:

- Presupuesto Subjetivo: Se exige que el deudor que propone un convenio preventivo, y solicite la aplicación del beneficio de este proceso preventivo, que sea un deudor, comerciante o no, (persona física o jurídica) que haya mostrado buena fe, excluyendo del beneficio a todos aquellos que de forma fraudulenta han provocado la situación.
- Presupuesto Objetivo: Que dicho deudor se encuentre en una crisis económica y financiera o en una situación de hecho que, según la ley, permita someterlo a ejecución colectiva, siempre que el deudor no haya sido declarado en quiebra, en concurso civil ni se esté tramitando un procedimiento de administración y reorganización con intervención judicial.

b.- La Administración por Intervención Judicial

Esta figura concursal, conocida según vimos como “*administración controlada*”, fue introducida por primera vez en nuestro sistema jurídico costarricense, mediante la Ley No. 7130, Código Procesal Civil que entró a regir en 1989, estableció los presupuestos sustanciales para su aplicación, indicando que el deudor - sin distinción acerca del tipo de deudor para evitar posibles roces con el principio de igualdad- sea persona física o jurídica, titular de una empresa, se encontrare en una crisis económica y financiera, podría solicitar los beneficios de este instituto preventivo.

En la explicación y concordancia del Código Procesal Civil de 1989, se justifica la existencia del instituto como: “*La necesidad a que responde la administración controlada es la de permitir a empresas que se encuentran en una dificultad temporaria, superar el momento crítico de su vida, para retomar luego el desenvolvimiento normal de sus negocios. Para lograr este propósito el concordato preventivo (no se habla de la quiebra) no es adecuado; éste se resuelve necesariamente en una pérdida para los acreedores, que pueden, con la debida astucia, obtener el saldo integro de su crédito, y en un daño para el mismo deudor, que a menudo no consigue mantenerse, si quiere obtener el concordato y evitar la quiebra, a la cabeza de su empresa*”

Con esta novedosa figura concursal de control de la gestión administrativa, se pretendía tutelar no sólo los intereses de la empresa, sino también aquellos de la masa de acreedores. En un justo balance de estos intereses, según el Principio de Razonabilidad al cual incluso ha de reconocérsele rango constitucional, se centraba la correcta aplicación del nuevo instituto.

Con posterioridad a ello, el Tribunal Superior Segundo Civil Sección Segunda, mediante el Voto No. 87 de las 9:50 horas del 25 de febrero de 1993, viene explicar que nuestra legislación patria está a la altura de la tendencia moderna de evitar la quiebra, y permitir la conservación de la empresa, sin portar el tamaño de la empresa para poder gozar de los beneficios del instituto, así: *“Sin embargo, se reitera, nuestra ley no impone requisitos de esa índole. Se limita a establecer que procede esta administración para el deudor que se encuentra en una situación económica o financiera difícil – artículo 709 del Código Procesal Civil -. No hace alusión a que deba tratarse de una empresa de envergadura, en otras palabras, no impide el acceso de una empresa pequeña a este procedimiento. En este sentido pareciera que nuestro legislador tuvo un criterio más amplio; permitir que aún el pequeño empresario pueda solicitar este tipo de administración, con lo cual la legislación patria está a la altura de la **tendencia moderna de evitar la quiebra**. No de fomentarla. No interesa tanto la magnitud de la empresa, sino su conservación, aunque sea pequeña. Por supuesto siempre y cuando dé muestras de poder recuperarse económicamente”*.

Hasta este momento histórico, el desarrollo del derecho concursal en nuestro país, es determinante en aclarar que aún el pequeño empresario puede solicitar este tipo de administración, con lo cual la legislación patria de muestra estar a la altura de la tendencia moderna de evitar la quiebra y no fomentarla, y que no interesa tanto la magnitud de la empresa, sino su conservación, aunque sea pequeña.

Nuestro legislador le reconoce a la empresa, un valor jurídico trascendental, porque le permite a su titular y deudor poder buscar su saneamiento y preservación, con la finalidad de evitar los procesos de liquidación que buscan la eliminación del patrimonio. Con este gran avance de nuestro Derecho Concursal, se le viene a reconocer al fin, la posición fundamental de la empresa como elemento base dentro del tejido económico, y no dentro

del tejido social, como lo argumentaron los defensores de la posterior reforma sufrida en la figura. -

Para entender este concepto, basta con mirar el papel tan importante de las empresas Pymes, como entes que desarrollan actividades productivas inmersas dentro del tejido económico, que representan la mayor fuente de ingresos en las arcas del erario público.

Después de tanpreciado logro en favor de las empresas, el instituto concursal sufre una modificación con un criterio más restrictivo, mediante la Ley No. 7643 del 15 de Octubre de 1996, que vino a modificarla, llamándola **Administración y Reorganización con Intervención Judicial**, incluyendo el aspecto reorganizativo del proceso precautelar.- Dicha figura fue duramente criticada en el tiempo de su vigencia, bajo el argumento, que el artículo 709 dispuesto para indicar los sujetos con legitimación para instaurar el proceso, podía ser tanto el deudor como cualquier acreedor, siendo que su redacción, permitió al deudor genérico, cualquiera, ya fuera civil o comercial, que fuera titular de una empresa, pequeña o grande, lo que provocó discusión si una pequeña empresa sin mayor trascendencia, por cuanto, la naturaleza de la figura saneadora era para evitar, crisis económicas o financieras, de deudores de importancia para el desarrollo del país o región del mismo. Con el agravante de que no se entró a discutir si la crisis era superable o no.

Las presiones de los medios bancarios y financieros, no tardaron en hacerse sentir posteriormente, a pesar de que la jurisprudencia generada, había establecido categóricamente que no tenía importancia si se trataba de una empresa pequeña, mediana o grande, para gozar de los beneficios que brindaba el instituto, sino que lo que importaba era la preservación de la empresa y evitar la liquidación del patrimonio, sea evitar la quiebra y por consiguiente la desaparición de la empresa.- Criterio que encontraba su sustento en el Principio de Conservación de la empresa, consagrado por una norma de rango constitucional, y el principio fundamental de la tutela judicial efectiva, y por supuesto por la importancia que ostentan las empresas por ser esa base esencial dentro del tejido económico.

Como argumentos utilizados en apoyo de permitir su reforma, se sostuvo que se trataba de un instrumento en el cual los deudores se aprovechaban para no cumplir sus deudas de la

forma en que convinieron con sus acreedores, que no existía como hoy rigurosidad en los documentos aportados con la solicitud, pues no era obligatorio llevar al día los libros contables, salvo si por la ley estuviera obligado, y desde un año antes de la solicitud.

También, a diferencia del proceso actual, se nombraba un curador, y no a un interventor, como todavía se mantiene hoy en día por la Ley No. 7643, y que sería lo correcto por la naturaleza jurídica de este instituto precautelar de tipo reorganizativo. Por otro lado, se autorizó a los Bancos Estatales para que financiaran la continuación del negocio en crisis. No obstante la mayor objeción por parte de la Asociación Bancaria Costarricense, y con todo el derecho fue, con relación al artículo 721, según el cual, durante el proceso de administración controlada de la ley de 1989, dejaban de correr los intereses, aunque se tratará de acreedores hipotecarios o prendarios; y más adelante en el antiguo artículo 722 existía la posibilidad de que ante la denegación o el fracaso de la Administración por Intervención Judicial, el deudor podría recurrir a un Convenio Preventivo.

La reforma que sufre la administración controlada, con la Ley No. 7643, viene - a nuestro criterio - a limitar el acceso a la justicia de las pequeñas y medianas empresas, por cuanto únicamente podrán gozar los beneficios de esta figura aquellas empresas cuya desaparición puedan causar efectos sociales perniciosos, sin posibilidades de fácil sustitución.- Con tal reforma, se ubica a la empresa dentro del contexto social, y no dentro de la economía, que es donde aquella es el elemento fundamental.-

Con la reforma de la Ley No. 7643 del 15 de octubre de 1996, este instituto precautelar, clasificado dentro de los procesos concursales preventivos de tipo reorganizativo, amplía la legitimación para iniciar el proceso de administración y reorganización con intervención judicial, mediante solicitud que podría ser presentada tanto por el deudor como por cualquier acreedor, e inclusive en el caso de empresas con autorización de oferta pública de títulos valores, también podrá presentarla la comisión Nacional de Valores.

Las economías mundiales se encuentran hoy en día dentro de la globalización, de la cual Costa Rica no está ausente, de allí el interés de los Estados de tutelar las actividades productivas desplegadas por las empresas , en especial, cuando se enfrentan ante situaciones difíciles que producen un desbalance financiero siendo riesgoso en cuanto a su

permanencia, toda vez que su desaparición produciría no sólo desempleo como un efecto social, sino un mayor efecto negativo para la economía.

Es por ello, que todos los Estados hoy en día deberá buscar los mecanismos necesarios de tutela real efectiva para evitar su extinción, mediante un proceso de saneamiento económico y financiero que, por el interés público existente, deba ser aplicado a las empresas que se encuentren en plena productividad y a fin de que puedan superar la situación económica o financiera difícil de crisis temporal, y evitar que dichas empresas caigan en situación económica irrecuperable. -

No es correcto poner límites al acceso de este tipo de proceso curativo, para que sea únicamente para las empresas que enfrentan una crisis económica o financiera temporal, pero que sean únicamente para aquellas que llegaren a tener un impacto social pernicioso en caso de su desaparición, porque el impacto de la desaparición se da en lo económico. - La empresa es la base esencial de la economía, la familia es la base o elemento natural de la sociedad. - Cada uno conforman tejidos distintos. -

La Administración y Reorganización con Intervención Judicial, se encuentra regulada en el Código Procesal Civil (Ley No, 7130), de los artículos 709 al 742 inclusive.

Para su aplicación se deben concurrir las condiciones de fondo, que son:

A.- Presupuestos Subjetivos:

1. Deudor, persona física o jurídica, que sean titulares y ejerzan una empresa en producción, entendida ésta como una actividad ejercida por el empresario o a él jurídicamente referible, consistente en el ejercicio profesional de una actividad que involucra organizar elementos importantes como: “Azienda” (Hacienda mercantil), como el conjunto de bienes heterogéneos, materiales, mutables o fungibles e inmateriales, organizados en función a una finalidad productiva o intercambio de bienes y servicios, con el elemento formal teleológico, consistente en la organización. Bienes, que no siempre serán propiedad del empresario, sino que se encuentran organizados por él, en él y para el ejercicio de la empresa, (Usufructo, arrendamiento, comodato, leasing, goce y disfrute de los derechos de propiedad intelectual, por medio de Contratos comerciales (Licencia o “franchising”).- Dentro de la actividad desplegada por el empresario para el ejercicio de la

empresa, se incluye la fuerza laboral de trabajo, servicios “Outsourcing”, capital de trabajo e inversión inicial, etc.- Todos estos elementos materiales, organizados por el empresario para el elemento formal teleológico, con una finalidad productiva o de intercambio de bienes o servicios, destinados a un mercado (nacional o internacional) o clientela.- Dicha actividad mercantil, podría ser organizada por una persona física o una persona jurídica, como Sociedades Mercantiles, Cooperativas, etc.

Se le exige a los deudores promoventes, cumplir con la obligación de aviso, establecida por el artículo 715 del Código Procesal Civil, que es la obligación que tiene el deudor, del debe de dar aviso a todos los acreedores acerca de su solicitud que está tramitando en el Juzgado Concursal (que tiene competencia nacional), ello dentro de los cinco días siguientes contados a partir de la presentación de la solicitud, y aportar los acuse de envío de sus avisos a los acreedores, y no los acuse de recibo por parte de cada uno de los acreedores, porque de lo contrario se le estaría obligando a lo imposible al deudor, ya que no se le puede exigir al deudor el efectivo cumplimiento de presentar los acuse de recibo que dependen únicamente de los acreedor al deudor dentro de un plazo muy corto y quedando sujeto a que el acreedores darlo.- Esta laguna o imprecisión de la norma contenida en el ordinal 715, fue suplida por el criterio del Tribunal Segundo de Apelación Civil, Sección Primera de San José (Voto No. 448, de las 14:22 horas del 07 de agosto del 2019), que al respecto indicó *“no considera este Tribunal como razonable, exigir la acreditación del recibido efectivo de todas las comunicaciones a los acreedores en el plazo de cinco días a partir de la fecha de presentación de la solicitud, esto, en razón de la envergadura empresarial que aquí se presenta, la alta complejidad de los negocios descritos, variedad de acreedores, entre ellos, personas físicas, jurídicas, sucesiones, etc. Así como la gran cantidad de personas tanto nacionales como extranjeros a los que se tenía que comunicar el establecimiento del proceso, que de forma inherente implica complicaciones para poder contar con un acuse de recibo efectivo en cada uno de los casos en el plazo de cinco días indicado, máxime en los segundos, donde los solicitantes no solo deben contratar con un tercero, en este asunto a Correos de Costa Rica, sino que estos a su vez con otro intermediario en la nación de destino, lo cual evidentemente complica el tiempo de respuesta, dándosele por ende, asidero a la tesis planteada por el recurrente en lo que ha*

sido objeto de recurso. La celeridad en el tráfico mercantil, y el principio de conservación de la empresa así respaldan esta decisión, pues, siguiendo la recomendación brindada por el abogado (a) del estado según disposición de la Sala Constitucional, bastaría con aportar en el plazo de cinco días a partir de la interposición del proceso, la constancia de la administración de correos donde se acredite no solo la presentación de los documentos sino el envío de las comunicaciones que interesan.”

2. Acreedores, como lo indica el mismo artículo 709 y 716 del citado cuerpo de leyes.

3. Comisión Nacional de Valores, en caso de tratarse de empresas con autorización de oferta pública de títulos valores. (Actualmente llamada Sugeval, por reforma de la ley de su constitución, para empresas que están cotizando títulos en bolsa de valores)

B. Presupuesto Objetivo.

Como está redactada la actual legislación, tal y como vimos anteriormente, se ha limitado el ámbito de aplicación para aquellos deudores que son titulares de empresas que tengan una trascendencia social, y que se encuentran atravesando una crisis económica o financiera temporal, es decir que la crisis sean superable, según las medidas de reorganización que se expongan dentro de un documento financiero denominado “Plan de salvamento o de Salvataje”, junto con las razones que pretenden ejecutar según un cronograma de ejecución del plan, que brindan las razones para la viabilidad económica y financiera de la empresa que le posibilita a la empresa superar la dificultad por la que está atravesando, dentro del término de 3 años o menos.-

Se habla de empresas cuya desaparición generare un efecto pernicioso, a una región, provincia o país, por lo que debe analizarse el caso concreto.

Se cita que los beneficios de este proceso concursal son únicamente para aquellas empresas que, ante su desaparición, causaría el cese de sus trabajadores, generando mayor desempleo, proveedores y acreedores afectados, y de clientes de los cuales la empresa afectada sea proveedora. Antes de decidir el juez debe ordenar un peritaje de

especialistas, quienes deberán rendir su informe dentro del plazo de ocho días, respecto a los efectos posibles, que podría acarrear la desaparición de la empresa.

Se le exige a la deudora promovente, como requisito para la procedencia del proceso, que no haya sido declarada la quiebra, el concurso civil, ni estar tramitándose un convenio preventivo.

No se requiere del presupuesto objetivo, previsto para la quiebra, como lo es la cesación de pagos, (según la teoría materialista, se refiere al incumplimiento en el pago de una obligación dineraria, sea una obligación líquida y exigible); pero, en el caso de que exista la cesación de pagos, el deudor puede presentar la solicitud dentro del plazo de 6 meses.- Tal y como sucede en el caso de la quiebra, que el deudor pretenda presentar su quiebra, deberá hacerlo dentro del término de 10 días, contados a partir de la cesación de pagos.-

Como se desprende, la cronología histórica del derecho concursal para llevar al proyecto de Ley que hoy se pretende aprobar. Comentarios a la Ley Concursal, es libro que analiza el proyecto de Ley bajo el contexto actual del país, y también importante que se analiza desde dos perspectivas; la Jurídica y la Financiero, lo cual hace muy nutritiva al lector. También importante que no se hace copias de precedentes judiciales lo cual hace que sea mejor comprendido

Lic. Alfonso Jiménez Meza

INTRODUCCIÓN

El Derecho Concursal es el derecho de crisis empresarial y de persona físicas que se encuentran en una situación crítica difícil, superable o bien no superable. La falta de unificación de una Ley que tenga su propia autonomía era necesaria. En el Congreso se tramita el expediente número 21436 que corresponde a la Ley Concursal. Según se indica en sus fundamentos. El que tiene como objetivo la unificación y creación de una Ley concursal autónoma, similar como se ha visto en otras legislaciones lo cual se ha visto y que la misma base del proyecto lo indica **“(.....) El sistema concursal vigente hasta ahora en Costa Rica, ha mostrado una serie de factores que impiden cumplir los objetivos fundamentales de una manera apropiada. Se compone por una serie de normativas dispersas e incoherentes, sin principios comunes, con ideologías jurídico económicas disímiles, promulgadas en momentos históricos muy distanciados. En definitiva, atendiendo a objetivos e intereses coyunturales, crean una confusión interpretativa difícil de consensuar con sentido pragmático y axiológico (...)**”. Sin embargo, esa Ley, debe ser una ley que solucione no solamente el aspecto legal sino la situación económica que puedan tener las empresas. Para ello, se ha procurado hacer análisis de ese proyecto artículo por artículo, para poder determinar si se puede llevar a cabo ese fin que persigue y que estatuye en sus base: **“(...) Los deudores, independientemente de su naturaleza física o jurídica, civil o comercial, deben encontrar tutela y amparo a las situaciones de crisis que los agobien, entendiendo que en muchos de los casos, el funcionamiento sistemático de la economía y otros factores exógenos les hacen caer en crisis e insuficiencias patrimoniales que no le son reprochables. Tanto el deudor comerciante, empresario, consumidor y trabajador, son dignos de oportunidades de rescate cuando hubiesen actuado razonablemente en su actividad económica y en todos los casos, sin restricciones a derechos fundamentales que no se justifican por el solo hecho de encontrarse en una situación patrimonial irregular (...)**”. Se analizará cada una de las normas en relación con legislaciones y doctrinas extranjeras, con el fin de determinar si esta Proyecto de Ley es apropiada para la necesidad y bajo el contexto social propio de nuestro país. Para ello, se hace una crítica a las normas de manera constructivas para poder determinar si el proyecto

es viable o no lo es. Esto es un comentario propio del autor, que puede bien ser tomado en cuenta o por el contrario no lo sea. Es importante tener en cuenta que la Ley es muy amplia por lo que se vio la necesidad de hacerlo en varios tomos. Espero sea de provecho.

MANUEL BRICEÑO LOPEZ

Master en Auditoria Financiera Forense.

Doctorando en Administración de Empresas

CONCEPTOS:

Para este primer tomo se toman las siguientes definiciones:

- **Juzgado o Tribunal Concursal:** Despacho designado por Ley para conocer sobre procesos concursales de personas físicas o jurídicas que se encuentran en situaciones económicas difíciles.
- **Competencia por materia y territorio:** En términos de concursos solo el Juzgado o Tribunal podrá conocer sobre esta materia. Asimismo, tendrá competencia a nivel nacional.
- **Insuficiencia patrimonial:** Se entiende como insuficiencia patrimonial, la falta de capacidad económica para hacerle frente a las obligaciones de corto plazo.
- **Tutela del crédito:** Principio de mayoría concursal sobre las minorías
- **Tutela cautelar:** Figura jurídico sumaria de carácter accesorio al proceso principal, que pretende proteger el patrimonio del concursado.
- **Interventor:** Profesional que se nombra para que impulse el proceso, fiscalice y asesore las actuaciones del concursado.
- **Administrador:** Persona u entidad encargada de administrar total o parcialmente la administración de los bienes del concursado en caso de ser parado este.
- **Liquidador:** Persona encargada de liquidar los activos del concurso.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
DECRETA:

LEY CONCURSAL DE COSTA RICA

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

SECCIÓN I:

FINALIDAD Y PRINCIPIOS

ARTÍCULO 1- Finalidad

Esta ley tiene por finalidad determinar y ejecutar soluciones justas y funcionales, a las crisis patrimoniales de deudores privados contemplados en ella, que les impida el normal cumplimiento de sus obligaciones.

En la solución de situaciones concursales, siguiendo criterios de proporcionalidad y razonabilidad, se procurará de manera armónica y equilibrada:

- 1- Restablecer y, en su caso, asegurar la viabilidad de las empresas.
- 2- Preservar, de ser posible, la unidad del patrimonio concursado.
- 3- Organizar el pago de las deudas del concursado, a través de la tutela efectiva de los intereses de los acreedores que integran la masa.
- 4- Respetar los principios de igualdad y proporcionalidad en el trato de acreedores de una misma clase, salvo los casos de excepción expresamente establecidos por la ley.

Comentario: Lo primero que debe analizarse es la sistematización normativa de la Ley; es decir, sobre qué base constitucional la Ley está creada o emitida, para que con ese precepto constitucional desarrollar la Ley, lo cual obviamente sería en aras de buscar una solución

no solo pro acreedor sino también a favor del empresario. Por lo menos en este artículo deja ver el interés del Legislador en cuanto a la protección y conservación de la empresa, por ello y pese a que el artículo 3 no tiene una escala de principios; lo cierto es que, el principio de conservación de la empresa es al que se le debía dar prioridad como principio, tal como lo trata de indicar esta norma que desarrolla la conservación de la empresa.

ARTÍCULO 2- Proceso unificado y ámbito de aplicación

La presente ley será aplicable a los deudores privados en situación concursal, quienes estarán sujetos a un único proceso concursal, salvo disposiciones legales establecidas para casos especiales.

Comentarios: parece acertado que sea un proceso unificado, siempre que el tratamiento sea totalmente distinto en cuanto a la empresa y persona física; no obstante, la norma debería ser más precisa e indicar: **“la presente Ley será aplicable a sujetos de derecho privado en situación económica difícil, quienes estarán sujetos a un único proceso concursal, salvo disposiciones legales establecidas para casos especiales”**. Lo anterior para que se distinga de manera clara y bien definida, que se trata únicamente de sujetos de derecho privados

ARTÍCULO 3- Principios

Además de los principios regulados por la normativa procesal y sustantiva, en la aplicación del derecho concursal, se observarán los siguientes:

3.1. Igualdad

Salvo las disposiciones especiales que establezca la ley, en el concurso, se tratará de manera igualitaria y proporcional a sus créditos a los acreedores de una misma clase, independientemente del vencimiento y fuente de las obligaciones.

3.2. Universalidad objetiva

El concurso afecta la totalidad de los activos legalmente embargables del concursado, con las exclusiones que establece la ley.

3.3. Universalidad subjetiva

Todos los acreedores de obligaciones dinerarias del concursado, cualquiera que sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio, quedarán comprendidos en la masa pasiva del concurso, sometidos al régimen de esta ley y deberán ejercer sus derechos de crédito en el proceso concursal, sin perjuicio de las normas legales que permitan ejercerlos fuera de él.

3.4. Impulso oficial

En la tramitación de los procesos concursales, los órganos jurisdiccionales deberán actuar con la mayor celeridad posible, impulsar el proceso hasta su conclusión y procurar de manera equilibrada la protección efectiva de los derechos de los acreedores, del deudor y demás interesados legítimos. Podrán disponer, aún de oficio, las medidas cautelares necesarias para ello.

3.5. Intereses públicos y sociales

La Procuraduría General de la República, y la Defensoría de los Habitantes; podrán intervenir en el concurso, cuando estimen que existen intereses públicos o sociales relevantes que tutelar.

Cuando lo considere necesario, según las circunstancias, el tribunal competente también podrá comunicarles la existencia del concurso.

3.6. Conservación de la empresa

En el proceso concursal, se procurará la preservación y salvamento de las actividades económicas productivas.

Las actuaciones indebidas o negligentes de los empresarios, socios, representantes legales, administradores, dependientes y otros auxiliares de la empresa, no impedirá su preservación y salvamento cuando sea viable.

3.7. Derechos fundamentales del concursado y sus representantes

La declaratoria de concurso no conlleva limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales de la persona concursada o sus representantes.

Las personas físicas concursadas conservarán su capacidad para realizar actos de naturaleza personal y patrimonial, respecto de bienes excluidos del concurso conforme a la ley.

Cuando procedan conforme a esta ley, restricciones o inhabilitaciones a los derechos de la persona concursada, deberán ser interpretadas de manera restrictiva y siempre en función de los objetivos del proceso concursal.

Las personas indicadas continuarán con su capacidad procesal para participar en el concurso. Podrán coadyuvar en otros procesos en los cuales tengan interés y el concurso sea parte, aun cuando se otorgue la representación concursal a otras personas.

3.8. Cooperación y buena fe

La persona concursada, sus representantes legales o apoderados, administradores, liquidadores y albaceas, tienen el deber de comparecer ante el tribunal competente y ante el administrador, interventor o liquidador concursal, cuantas veces sean requeridos. También deberán colaborar e informar de todo lo necesario para el interés del concurso. Estos deberes incumbirán a quienes hayan desempeñado esos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

3.9. Flexibilidad concursal

El tribunal, aun de oficio, podrá adecuar los procedimientos, para procurar los fines del concurso de la mejor manera posible.

Los interventores, administradores y liquidadores, al desempeñar la actividad concursal que les corresponde, no estarán sujetos a formalismos rígidos y podrán actuar de la forma que más convenga a la consecución de los objetivos concursales.

En todo caso, los órganos concursales deberán respetar normas imperativas y los derechos de terceros.

Comentarios: Los principios concursales aquí expuestos, están muy lejos de la actualidad comercial, pues existen principios más modernos como por citar uno la internacionalización *del concurso*. que la misma Ley trata de introducir según el Modelo de las Naciones Unidas en Derecho Mercantil Internacional en el caso de las insolvencias (CNUDMI). Deben utilizarse principios más modernos, más en un mundo tan globalizado como el actual donde está la cuarta revolución industrial 4.0. El principio primordial que debe existir y darse énfasis el cual la Ley pone en sexto lugar es el de conservación de la empresa. Tal como se indicó, este principio debe dar énfasis en su reorganización efectiva de empresas viables y el emprendedurismo de éstas. ***Principio de conservación de la empresa:*** La conservación de la empresa debe ser el principio por excelencia que debe imperar, principio que ha venido evolucionando. No debe ser sólo un enunciado como un principio nada más pues este es un principio que debe prevalecer por excelencia. Debe agregarse que el interventor debe buscar los medios posibles por la conservación de la misma y demostrar que la empresa no puede salvarse; sino lo hizo, no debe devengar honorarios, pues un interventor no de partir únicamente de diligenciar un proceso sino de conservar la empresa. Los principios de Igualdad, Universalidad Objetiva y Subjetiva, Impulso Oficial, son de sobra conocidos. Los intereses públicos y sociales, envuelve por sí solo el de proporcionalidad en cuanto a la ponderación de los intereses en juego. Entendido este como un mandato de optimización. **3.7)** Me parece que esto no entra como principio, pues no está desarrollado como principio sino como presupuesto de capacidad ya que el mismo indica: “Las personas físicas concursadas conservarán su capacidad para realizar actos de naturaleza personal y patrimonial, respecto de bienes excluidos del concurso conforme a la ley” por lo considero debe ser una norma totalmente aparte.

SECCIÓN II

PRESUPUESTOS

ARTÍCULO 4- Presupuestos subjetivos

4.1. Sujetos susceptibles de concurso

Podrán someterse a concurso:

- 1- Las personas físicas, independientemente de su actividad habitual, profesión u oficio.
- 2- Las sucesiones.
- 3- Las personas jurídicas de derecho privado, independientemente de su naturaleza, objeto o actividad, salvo las entidades expresamente excluidas por ley especial.
- 4- Las personas jurídicas en fase de disolución o liquidación.

4.2. Prevalencia del régimen concursal respecto de sucesiones, disoluciones y liquidaciones

Tratándose del concurso de una sucesión o persona jurídica en etapa de disolución o liquidación, se tramitará primero el proceso concursal y una vez concluido éste, de haber remanente de bienes, se continuará con lo que corresponda, en el proceso sucesorio o de liquidación.

4.3. Concurso de patrimonios autónomos con actividad económica propia

Podrán ser sometidos a concurso los patrimonios autónomos reconocidos por la legislación que realicen actividades empresariales propias, en cuyo caso serán representados por quienes los administren o representen, de acuerdo con la ley o el contrato.

Se nombrará a un curador procesal en caso de intereses contrapuestos entre el concurso y la persona a quien le corresponde su representación o administración.

Comentario: 1-) El presupuesto subjetivo ya supera la discusión de antaño de si es comerciante o no es comerciante, término sumamente aquí superado. Se determina de la

norma que incluye un único proceso donde entran todos los concursados, independiente de su actividad económica. 2) Las sucesiones entran en el concurso por disposición lo que es acertado: 3) aquí se incluyen todo tipo de persona jurídica: Nuestra legislación permite la constitución de cuatro tipos de sociedades mercantiles: Sociedad en Nombre Colectivo, Sociedad en Comandita, Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad Anónima, así como de otras entidades jurídicas concebidas por cuerpos normativos especiales, como la empresa individual de responsabilidad limitada

Para la constitución de toda sociedad mercantil, deberán concurrir al menos dos socios y la escritura constitutiva de las mismas deberá contener como mínimo, los requisitos establecidos en el artículo 18 del Código de Comercio, los cuales se desarrollan a continuación para cada una de las sociedades. **a)-SOCIEDAD EN NOMBRE COLECTIVO** En la Sociedad en Nombre Colectivo, cada uno de los socios responden solidaria e ilimitadamente, de las obligaciones sociales, no pudiendo establecerse disposición constitutiva alguna que tienda a disminuir tal responsabilidad. **(arts. 33 y 34 del Código de Comercio).** **SOCIEDAD EN COMANDITA b)-** La Sociedad en Comandita, es aquella formada por socios comanditados o gestores a quienes corresponde la administración y representación sociales y por socios comanditarios **c)-** Se caracteriza por poseer dos tipos de socios que son los comanditarios y comanditados. Los socios comanditarios únicamente aportan el capital y demás recursos económicos y materiales necesarios para emprender la empresa, por lo su responsabilidad u obligaciones se agotan o limitan en esa aportación -artículo 60 del Código de Comercio- además de que no participan o intervienen en la gestión o dirección interna de la empresa ni asumen responsabilidad frente a terceros acreedores. Los socios denominados comanditados o gestores son quienes aportan capital de industria o trabajo, así como quienes administran y representan la sociedad, ya que entre ellos se designa el(los) gerente(s) que ostentará(n) la representación legal, con una responsabilidad de carácter subsidiaria, ilimitada y solidaria, de forma similar a los socios de la sociedad en nombre colectivo. **d) SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.** - En la Sociedad de Responsabilidad Limitada, los socios responderán únicamente por el monto de sus aportes. **(art. 75 Código de Comercio)** En esta sociedad interesa el elemento capital y patrimonial, por encima del elemento

personal; es similar a la sociedad anónima, pero con la ventaja de que posee menos órganos y su manejo es más sencillo, pues está concebida para operar con pocos socios, por ello es la más recomendada para las pequeñas y medianas empresas, pues posee la ventaja de limitar la responsabilidad, pero con mayor flexibilidad y facilidad en su composición y manejo. **e) SOCIEDAD ANONIMA:** Es la sociedad de capital por excelencia que se maneja mediante acciones, que es un título valor que puede negociarse fácilmente; asimismo, delimita la responsabilidad de los socios, lo que la hace atractivo para los proyectos de grandes inversiones. Trabaja bajo tres grandes órganos que son: Asamblea de Accionistas, Junta Directiva y Fiscalía. En el momento de darle vida a la sociedad mercantil, los socios deben elegir entre estos cuatro tipos de sociedades, cuál es el que mejor se ajuste a sus necesidades y que mejor responda ante las condiciones del mercado empresarial imperantes a la fecha de su constitución. De tal manera, el nacimiento de una sociedad se da cuando los socios deciden unirse para crear una sociedad mercantil y escogen el tipo de sociedad bajo la cual va a operar, y así se establece en el acta de constitución. Me parece bien que, entre todo tipo de sociedad, entre ellas fundaciones y cooperativas.

ARTÍCULO 5- Presupuestos objetivos

5.1. Insuficiencia patrimonial. Procederá la apertura del concurso con respecto a un deudor que se encuentre en una **crisis patrimonial, general y no transitoria**, que le impida satisfacer puntualmente sus obligaciones dinerarias. También procederá cuando sea inminente su insuficiencia patrimonial.

5.2. Presunción de insuficiencia patrimonial. Salvo que se demuestre lo contrario, se presume el estado de insuficiencia patrimonial del deudor, cuando:

- 1- Admita su estado de insuficiencia patrimonial y solicite su propio concurso.
- 2- Ha dejado de cumplir dos o más obligaciones vencidas en perjuicio de acreedores distintos, sin que se evidencien bienes suficientes para responder por su pago.

- 3- Cese su actividad empresarial, o todos sus representantes legales se oculten o ausenten, sin haber adoptado las previsiones necesarias para cumplir puntualmente sus obligaciones.
- 4- Realice actos de disposición patrimonial, que beneficien a uno o varios acreedores o terceros, con los cuales pueda comprometer el pago puntual de sus demás obligaciones.
- 5- Recurra a actos o procesos ruinosos, fraudulentos o ficticios, para obtener recursos económicos o dejar de cumplir sus obligaciones.
- 6- Concurran otras circunstancias que evidencien su insuficiencia patrimonial.

Comentarios: La norma parte del término “**patrimonio**”, bajo los supuestos de insuficiencia y presunción de esa insuficiencia patrimonial; pero ahora agrega que sea general y no transitoria. El problema de la Ley es que no tiene definiciones claras en los términos que utiliza, pues sería interesante saber a qué se refiere con **insuficiencia y presunción patrimonial**; así como el significado “**general y no transitoria**”. Esto es necesario tenerlo bien definido. Porque hay que distinguir si se trata de un problema de liquidez, que sería un problema de flujo de caja para hacer frente a las obligaciones de corto plazo. Sea una relación existente de activos corriente contra pasivos corriente; o, por el contrario; se trata de un problema de rentabilidad que es la utilidad esperada con la inversión realizada que se obtiene al final de cada periodo contable es otra cosa. Es importante abordar el término de esa insuficiencia patrimonial. En lo referente a lo indica las Normas Internacionales de Información Financiera, propiamente las NIIF 13, refiere al valor razonable de una empresa, la cual indica que el valor razonable es el valor del mercado y no la medición específica de la empresa, toda vez que pueden existir activos y pasivos no observables. Si se indica como presupuesto la insuficiencia patrimonial, debe hablarse primeramente del valor razonable para poder determinar si existe o no insuficiencia patrimonial, pues hay que medir los activos y pasivos que son la base de toda contabilidad; como también se puede aplicar a instrumentos de patrimonios. Recordemos también y que es de suma importancia, lo que se ha indicador referente a la cuarta revolución industrial - la **industria 4.0** -, muchos empresarios no optan por tener grandes

oficinas u edificios, pues ahora todo es mediante plataforma electrónicas, todo ha evolucionado sin que ello quiera indicar que exista insuficiencia patrimonial. Tan es así, que ya existen los medios de pago mediante Criptomonedas, al punto, que también se está regulando en las Normas Internacionales de Información Financiera – NIIF - que refieren a que ellas “*no son efectivo ni activos financieros, sino que cumplen con la definición de un activo intangible*”. Así como también se ha evolucionado en relación con los medios de pago por medios electrónicos que está evitando que los usuarios vayan a las entidades bancarias hacer sus transacciones Fintech -Finanza Tecnológicas-. México ya aprobó esa la **Ley Fintech** estableciendo un marco jurídico de Servicios Financieros. Es por esa razón, que debe de definirse y dejar bien claro en qué consiste el término *insuficiencia patrimonial patrimonial general y no transitoria*. 3) Referente al cese de actividades empresarial y la disposición patrimonial de bienes a ciertos acreedores que los beneficia de otros, se considera que es acertado. En el primero es evidente que muchas empresas cierran sus negocios de la noche a la mañana dejando desprotegido a trabajadores, proveedores y acreedores. En cuanto al favorecimiento de otros acreedores, también es acertado pues rompe el principio de igualdad como principio concursal.

CAPÍTULO SEGUNDO

PROCESO CONCURSAL

SECCIÓN I

DISPOSICIONES GENERALES DEL PROCESO CONCURSAL

ARTÍCULO 6- Patrocinio letrado y beneficios procesales especiales

Salvo los beneficios que leyes especiales otorguen a personas en estado de vulnerabilidad o por sus condiciones particulares, en el proceso concursal las partes y terceros deberán actuar bajo patrocinio letrado. Los beneficios procesales particulares que la ley conceda a aquellas personas, se aplicarán en el proceso concursal.

Comentario: Efectivamente el patrocinio letrado por la materia que se trata, es necesario. Puede concordarse con el artículo 20.2, 20.3 del CPC. Tal como lo indica el Dr Jorge López González (González, 2017) **“por ello, en el nuevo ordenamiento procesal civil, siguiendo la misma línea del pensamiento anterior, se parte de la necesidad de la existencia de patrocinio letrado, como consecuencia de una justicia más profesional y de mejor calidad.”**. Para una buena defensa técnica, si era necesario tener el patrocinio letrado.

ARTÍCULO 7- Carpeta judicial y notificaciones

7.1. Organización de la carpeta judicial

La carpeta judicial se organizará por sub carpetas o legajos de la siguiente manera:

- 1-** Carpeta principal, que abarcará toda actividad procesal que no corresponda a las carpetas de verificación del pasivo, administración del activo o incidentes concursales.
- 2-** Carpeta de verificación del pasivo. En esta carpeta se incorporará el trámite y resolución de los créditos pretendidos y legalizados respecto del concurso.
- 3-** Carpeta de administración del activo. En esta carpeta se incluirá la tramitación y resolución de aspectos relacionados con la administración de los bienes concursales, así

como los informes periódicos o específicos de esa gestión, sus objeciones, adiciones y aclaraciones.

4- Carpetas de incidentes concursales, para la actividad procesal que conforme a esta ley deba tramitarse en esa vía.

7.2. Notificaciones

En los procesos concursales, para atender sus notificaciones, las partes deberán señalar correo electrónico u otro medio autorizado por la Corte Suprema de Justicia para la comunicación de resoluciones en expedientes tecnológicos.

No se admitirá el señalamiento de lugar, fax, casillero o estrados judiciales, para atender notificaciones en los procesos concursales.

Comentario: 7.1) Esta parte tecnológica es lo que nuestro Poder Judicial ha puesto empeño y ha avanzado, de lo cual el usuario se ha visto beneficiado grandemente. También regulado en el artículo 25 del CPC. Importante es ver y de suma importancia, la carpeta de activos y pasivos que se creará para llevar un mejor orden lo cual me parece de suma importancia. 7.2). las Notificaciones se encuentran reguladas en la Ley de Notificaciones Judiciales. Vemos que elimina la notificación a estrado, fax y casillero, quedando nada más el correo electrónico, lo que considero que es más seguro.

ARTÍCULO 8- Pluralidad de solicitudes de concurso de un mismo deudor

8.1. Acumulación de procesos concursales

Si dos o más procesos concursales se inician por aparte contra la misma persona, se ordenará su acumulación, siempre que no se hubiere declarado la apertura del en uno de ellos.

También se acumularán, cuando se trate de concursos de quienes forman un grupo de interés económico, los cuales se tramitarán en el expediente donde se hubiere presentado el primer proceso, si no hubiere declaratoria de apertura concursal previa.

8.2. Solicitudes posteriores a la apertura del concurso

Una vez decretada la apertura de un concurso, serán rechazadas de plano las solicitudes posteriores respecto de la misma persona. Se darán por terminadas aquéllas pendientes de resolución que no se hubieran acumulado previamente. En ambos casos, no se condenará en costas al promotor de la solicitud.

Comentario: Se desprende lo importante en que el derecho concursal busca su propia autonomía, pues regula la acumulación propiamente en esta norma, en cuanto al inciso, lo cual es importante **8.1)** Lo que me preocupa es el término de acumulación de un Grupo de Interés Económico, de lo cual ha de tenerse mucho cuidado de lo cual se hará referencia en el artículo 22 de esta Ley. El párrafo segundo de este inciso ya está en desuso pues el Juzgado Concursal tiene competencia a nivel nacional. **8.2)** Ciertamente es necesario acumular todos los procesos en uno, en virtud que distintos acreedores pueden estar presentando solicitudes concursales; para lo cual, la unificación en un solo proceso es razonable por aspectos de economía. Debe entenderse que la acumulación que exige este proyecto de ley, es la comprensión de los diversos problemas bajo un solo criterio, buscando que no haya contradicciones de actividades judiciales, y para impedir las ejecuciones individuales y las persecuciones aisladas cuando el deudor ha estado concursado en otro proceso, con la mira final de que sus acreedores cobren en un mismo proceso concursal.

ARTÍCULO 9- Costas

9.1. Costas por la Improcedencia de la solicitud de concurso

Cuando se rechace la solicitud de apertura del concurso formulada por acreedores, podrán ser condenados al pago de las costas en los mismos términos previstos por la legislación procesal civil.

9.2. Improcedencia de condena en costas contra el concursado

No se condenará en costas al concursado en virtud de la apertura del concurso o la admisión de reclamos o gestiones en su contra, salvo disposición legal expresa en contrario.

Comentarios: 9.1) Es importante esta norma, pues hará reflexionar al acreedor que quiera de solicitar un concurso en contra de un deudor, tiene sus consecuencias.

9.2) La imposición de costa solo sería procedente al acreedor, si se ha requerido al deudor y sea rechazada por improcedente la solicitud, si fue rechazada de plano por aspectos formales sin necesidad de que intervenga el deudor, creo que podría eximirse del pago de cosas. En cuando a la eximente de las costas al concursado por la apertura y la admisión de reclamos, es acertada la norma, pues si el concursado está en una situación económica difícil el condenarlo en costas sería empeorar la situación, más si partimos que no es proceso de contención.

ARTÍCULO 10- Tutela cautelar

10.1. Aplicación de la tutela cautelar civil al proceso concursal

Además de los efectos que prevé esta ley para la declaratoria del concurso, antes o durante el procedimiento concursal, será aplicable el régimen de la tutela cautelar que establece la legislación procesal civil. Sin embargo, solo caducarán las medidas cautelares cuando hubiesen sido solicitadas de previo al establecimiento de la demanda o solicitud concursal y el promotor no gestione el proceso principal dentro del plazo de un mes después de ejecutadas.

10.2. Oficiosidad

El tribunal podrá ordenar de oficio, las medidas cautelares y sus modificaciones, que considere indispensables para asegurar la finalidad del proceso concursal.

Comentarios: Esta norma cobra importancia si se relaciona con el artículo 1 párrafo segundo que indica: *“En la solución de situaciones concursales, siguiendo criterios de proporcionalidad y razonabilidad ...(..)”*. Lo anterior por cuanto las medidas cautelares, se basan sobre eso principios. Tales principios son de raigambre constitucional y los mismos ya se encuentran en varios cuerpos procesales como son el CPCA y el CPC. Las medidas cautelares son mecanismos que tiene una parte procesal para que se adopten por parte de autoridad competente, medidas que tiendan asegurar la efectividad de la sentencia.

Responde al principio de tutela real efectiva del artículo 41 constitucional. Tal como lo indica la norma, puede establecerse medidas antes del proceso – ante causam-, como también puede interponerse cuando el proceso está establecido – lite pende o intra procesal-. Pueden tener efectos, anticipativos, innovativos y conservativos. Son accesorias pues dependen del proceso principal y por ello, se establece el plazo de un mes para que se presente el proceso principal, de lo cual de no hacerse caducará la medida. Siempre las medidas deben estar sustentada sobre la base que, de no adoptarse la solicitud de medida, se pueden causar daños irreparables actuales y potenciales. Para la solicitud se debe reunir ciertos requisitos como lo son: **(i):** No temeridad de la medida; sea que exista una verosimilitud de la procedencia del concurso en el fondo, lo que se conoce apariencia de buen derecho **(ii) la demora en la tramitación del concurso** -peligro en la demora-: En el sentido de que los procesos concursales pueden durar bastante tiempo y por ello frustrar la pérdida de un activo. Estos elementos se deben sustentar bajo el principio de proporcionalidad, en el sentido que la medida que se adopte no es desproporcionada. En ese sentido se debe analizar bajo los tres sub-principios **(i): La ponderación de los intereses**: En este caso, el juzgador entra a analizar los intereses en juego. Este presupuesto es de suma importancia, pues debe sopesar el interés de la masa sobre el interés de la persona o entidad contra quien se está solicitando la medida. Para adoptar esta medida debe valorar la **(ii) proporcionalidad en sentido estricto**: Para entrar a este subprincipio, es importante ver qué derecho fundamental está en juego, y valorar si esa medida que se está solicitando no afecta un interés público **(b) idoneidad de la medida**: La medida que se adopte es idónea pues es la más beneficiosa y evita un daño mayor - **(c) necesidad de la medida**: En que la medida es necesaria, y no existe otra alternativa que no sea la que está adoptando. También es importante tener en cuenta que, al ser el principio de proporcionalidad de rango constitucional, este es un mandato de optimización y que obliga al Juez actuar a la brevedad posible, siempre que las situaciones fácticas y jurídicas así lo permitan. (Alexy, 2008) Esta permisión de un principio adscrito a una norma ius fundamental, puede y debe desplazar a un formalismo de una norma ordinaria, bajo el sistema de ponderación de los intereses en Juego.

ARTÍCULO 11- Oposiciones

Para la tramitación de oposiciones o reclamos que se formulen en un proceso concursal, que no tengan un trámite expresamente señalado por ley, se seguirá el incidental previsto en la legislación procesal civil.

En cualquier caso, se rechazarán de plano las gestiones que no se motiven o que omitan el aporte o proposición de prueba admisible y útil, cuando fuere necesaria.

Comentario: La articulación de oposición que se promueva, es en ausencia de norma que prevea un trámite específico, por lo que debe estar sustentada con prueba útil y admisible. En el caso del deudor que niegue el estado de insuficiencia patrimonial debe mostrar con prueba útil que no es así en su respectiva contestación con la respectiva prueba por ejemplo podría ser Estados Financieros. Esta norma habla de una posición que no tenga un trámite específico y se tramitará bajo la vía incidental regulada en el artículo 113.1 del Código Procesal Civil, que indica: **“Procedencia: Es admisible el proceso incidental cuando sea necesario resolver cuestiones que tengan relación inmediata con el proceso principal y no exista otro procedimiento establecido”**, por su parte el 114.2 párrafo segundo indica: **“(…) la gestión inicial deberá contener los hechos que los sustentan y la pretensión. Se deberá aportar u ofrecer toda la prueba y si esta ya consta en el expediente bastará con indicarlo (…)**”. Tal como lo indica la norma en comentario, debe aportarse la respectiva prueba. Lastimosamente el legislador no está desarrollando un trámite al Incidente Concursal propio de esta, pues es necesario, ya que según se desprende existe un contradictorio – aunque no se indica -, más si trata de aspecto complejos, como las acciones concursales que habría que determinar qué efectos tiene la fase recursiva en ese incidente sobre el proceso concursal; pues tiene incidencia en el patrimonio de la masa; en otras palabras, por las implicaciones que tiene el **“Incidente Concursal”**, no puede equipararse de ninguna forma el incidente previsto en el Código Procesal Civil.

SECCIÓN II

TRÁMITE, APERTURA O RECHAZO DEL CONCURSO

ARTÍCULO 12- Legitimación

Podrán solicitar la apertura de un concurso:

- 1- El deudor.
- 2- Quienes ejerzan la administración o representación de patrimonios autónomos.
- 3- Los acreedores del deudor o de los patrimonios autónomos.
- 4- Las entidades públicas que legalmente ejerzan la supervisión o regulación de actividades de empresarios susceptibles de ser sometidas a concurso.

Comentario: Este es un presupuesto necesario de admisibilidad pues es parte de su legitimación. **1)-** En el caso del deudor, tal como se indicó quita la vieja y cansada discusión de que sí es comerciante o no, pues este derecho concursal es aplicable a un solo proceso. **2 y 3)** Este es el caso que refiere ejemplo a propiedades en condominio o bien Fideicomisos tanto de inversión, administración; como también los fideicomisos en garantía pueden entrar dentro de la solicitud, es una réplica de la norma del artículo 19.1.5 y del artículo 9 inciso b del CPCA. **4)-** Habría que determinar cuáles entidades públicas ejercen control sobre empresas privadas. Debe ser más clara en este inciso la norma, pues existen Empresas Públicas - Entes Públicos, sujetos con doble capacidad de actuar – Público y Privado.

ARTÍCULO 13- Solicitud del deudor o de los representantes o administradores de patrimonios autónomos.

13.1. Representación de persona física

Además, podrán solicitar el concurso de una persona física:

- 1- Su mandatario siempre que se le otorgue expresamente esa facultad.

2- Quienes ejerzan su representación legal con facultades suficientes para ello, de acuerdo con disposiciones especiales.

13.2. Representación de patrimonios autónomos

Cuando la solicitud sea formulada por persona jurídica que administra o representa al patrimonio autónomo, deberá acreditar su condición de administrador o representante, así como la autorización del órgano de administración o gestión a efectos de pretender el concurso.

En cualquier caso, serán ineficaces las cláusulas contractuales que limiten o excluyan esta legitimación.

13.3. Representación de la sucesión

Tratándose de la solicitud de concurso de la sucesión por deudas propias del causante o de la universalidad, deberá promoverla el albacea debidamente autorizado al efecto en el proceso sucesorio.

13.4. Representación de personas jurídicas

Tratándose de personas jurídicas, la solicitud de concurso deberá ser formulada por:

1- Sus representantes, expresamente autorizados por acuerdo de socios o asociados. Cuando se trate de personas jurídicas que no cuenten con socios o asociados, quienes ejerzan legalmente la representación, deberán ser autorizados por el órgano de administración y gestión.

2- Los liquidadores de la persona jurídica, cuando ésta se encuentre en fase de liquidación.

Comentario: Comentario: 13.1) La norma aparte del deudor puede ser sometido por medio de su mandatario, en este caso se necesita un poder generalísimo sin límite de suma regulado en el Código Civil, Artículo 1253 que indica: “ **En virtud del mandato o poder generalísimo para todos los negocios de una persona, el mandatario puede vender, hipotecar y de cualquier otro modo enajenar o gravar toda clase de bienes; aceptar o repudiar herencias, gestionar judicialmente, celebrar toda clase de contratos y ejecutar todos los demás actos jurídicos que podría hacer el poderdante, excepto los**

que conforme a la ley deben ser ejecutados por el mismo dueño en persona y los actos para los cuales la ley exige expresamente poder especialísimo”; No obstante, aun así, considero que por las consecuencias tan personales que tiene este proceso, en el otorgamiento de ese poder debe estar indicado claramente que el apoderado autoriza a su poderdante a presentar el proceso concursal, de lo contrario se debe rechazar. **13.2)** El albacea tiene representación dentro de la sucesión, y suficientes facultades; pero, por la transcendencia del proceso concursal, sí debe tener un acuerdo de los herederos para poder someter a un proceso concursal. **13.3)** Como se indicó en la anterior norma, podríamos referirnos a la propiedad en condominio, fideicomisos entre otros, que deben acreditar la condición de tal dentro del proceso concursal que se presente y también debidamente autorizados **13.4)** Mismas consideraciones que se han venido indicando, mediante el acuerdo de socios que están dispuesto que la sociedad sea sometida al concurso es la única forma que sería procedente de lo contrario sí se tendría que rechazar la solicitud.

13.5. Requisitos de la solicitud del deudor y de patrimonios autónomos

La solicitud de concurso del propio deudor o del representante o administrador del patrimonio autónomo, deberá cumplir los siguientes requisitos:

- 1- La indicación de si se trata de una insuficiencia patrimonial actual o inminente.
- 2- Los documentos que acrediten la representación del solicitante, cuando sea necesaria.
- 3- La explicación clara, detallada y precisa, en orden cronológico, de los motivos que ocasionaron la insuficiencia patrimonial o que la hacen inminente.
- 4- Reseña de la actividad económica y jurídica que ha realizado durante los últimos tres años. Indicará si continuará ejecutando actividad económica luego de la solicitud y en su caso, expondrá un detalle de ella.
- 5- Inventario de bienes materiales e inmateriales de los que sea titular o formen parte del patrimonio autónomo, a la fecha de solicitud del concurso, con estimación de su valor, del lugar donde se encuentran y, en su caso, los datos de identificación registral. Deberá indicarse detalladamente los gravámenes y anotaciones de cualquier naturaleza que pesen

sobre los bienes, sus características, así como cualquier disputa o ejecución judicial o extrajudicial que los afecte o pudiese afectar, con indicación del número de expediente o causa, el estado de los respectivos procesos y ejecuciones que estuviesen en trámite.

6- Listado de sus deudores por orden alfabético, con indicación de su nombre completo, calidades y domicilio. Incluirá el monto de capital, intereses, comisiones, gastos, multas y otros rubros adeudados. En cuanto a los intereses deberá especificar su tipo y tasa de interés. Informará la fecha de vencimiento de cada uno de los créditos, así como la existencia de codeudores, garantías personales, reales o de cualquier otra naturaleza.

7- Información pormenorizada de los fideicomisos en los cuales figure como fideicomitente, fiduciario o fideicomisario, con indicación detallada de los bienes fideicometidos. Aportará los contratos de constitución y sus modificaciones. Informará sobre el estado actual de cada fideicomiso, sus bienes, además de los derechos y las obligaciones de quienes participen en él. Si se trata de concurso de patrimonio autónomo, la información indicada se referirá expresamente a sus bienes y a la actividad empresarial que se realiza.

8- Listado de bienes que no sean de su propiedad y se encuentren bajo su posesión, con señalamiento de las causas o actos jurídicos en virtud de los cuales los posee, así como el uso que les da. Agregará la estimación de su valor y el plazo por el que legalmente los habría de mantener bajo su posesión.

9- Listado de sus trabajadores, por orden alfabético, cuando los hubiere, con la indicación de su nombre completo, calidades y domicilio. Incluirá sus puestos de trabajo, los salarios brutos y netos, así como la indicación de si se encuentra al día en el pago de lo que les corresponde. De encontrarse moroso en el pago de las acreencias laborales, individualizará, por tipo de prestación, los períodos y montos adeudados. Si algún trabajador hubiera reclamado judicialmente o extrajudicialmente el pago, se indicará la clase de reclamación, el tribunal o personas encargadas de la ejecución, el número de proceso o expediente y su estado actual.

10- Listado de los demás acreedores, por orden alfabético, con la indicación de su nombre completo, calidades y domicilio. Incluirá el monto de capital, intereses, comisiones,

gastos, multas y otros rubros que debiere. En cuanto a los intereses deberá especificar su tipo y tasa. Informará la fecha de vencimiento de cada uno de los créditos, así como la existencia de codeudores, garantías personales, reales o de cualquier otra naturaleza. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente o extrajudicialmente el pago, se indicará la clase de reclamación, el tribunal o personas encargadas de la ejecución, el número de proceso o expediente y su estado actual.

11- Información detallada de cualesquiera otros procesos judiciales y extrajudiciales de carácter patrimonial, en los que sea parte, con indicación de su número, las partes involucradas y la autoridad o personas que lo tramitan; así como su objeto y estado actual.

12- Los gastos en los que incurre periódicamente, y en caso de realizar actividades empresariales, sus costos de operación de los últimos doce meses.

13- Enumeración de los contratos en curso de ejecución. Indicará las personas contratantes, las prestaciones asumidas, plazos o condiciones, garantías y el estado actual de su cumplimiento.

14- Si el deudor estuviera obligado a llevar contabilidad, acompañará los estados financieros y contables correspondientes a los últimos tres años. Los estados contables deberán ser acompañados de certificación emitida por contador público autorizado. Si el deudor hubiera contratado auditoría externa de sus estados contables, acompañará los informes correspondientes al período indicado. Los libros legales y contables serán aportados únicamente cuando los requiera el tribunal, si lo considera necesario. No obstante, podrán ser consultados irrestrictamente por quienes ejerzan la administración, control o vigilancia dentro del proceso concursal. El deudor o sus representantes serán responsables de la custodia de los libros mencionados y de la continuación de la contabilidad, mientras la autoridad judicial no disponga lo contrario.

15- Si tuviere deber legal de tributar, comprobará el cumplimiento de las declaraciones y obligaciones tributarias de los últimos tres años.

16- Si se trata de persona jurídica, aportará el detalle de socios, asociados o miembros, representantes, órganos de administración, gestión y fiscalización.

17- Cualquier otra documentación o información que considere necesaria.

18- La propuesta o las propuestas para la solución de la crisis patrimonial, las cuales podrán consistir en una propuesta de convenio o de liquidación.

En caso de no poder cumplir con alguno los requisitos anteriores, expondrá al tribunal las razones del caso y aportará la prueba que sea necesaria. Se prescindirá del requisito si las razones expuestas son atendibles a criterio del tribunal.

Comentario: La norma es demasiado extensa y envuelve demasiados presupuestos lo que hace es saturarla al punto de hacerla complicada, que ya de por sí, es complica la Ley con tantos números. Debe ser redactada y numerada de manera práctica para ser utilizada. Debió ser más compresiva, aunque se introdujeran más normas. No obstante, se analiza de seguido en cuanto a los incisos que creo que se necesitan ser aclarados. Los requisitos que indica el punto **13.5.1): La indicación de si se trata de una insuficiencia patrimonial actual o inminente:** Este inciso considero que tiene una imprecisión norma, en cuanto a insuficiencia patrimonial. Todavía más entra la incertidumbre en cuanto a determinar qué es *actual o eminente*, lo cual la norma no es clara. **2)** estos los requisitos que indica la misma norma **13.2**, por ello es que es necesario apartar este presupuesto de legitimación con los requisitos. **3)** Explicación detallada de los motivos que originan la crisis: Refiere propiamente a la crisis financiera que tiene la empresa. Importante también, es que se indique en la norma la causal qué originó la crisis económica; así como las razones claras y circunstanciadas por qué no se previó que se diera esa situación de crisis financiera. Lo anterior se hace necesario, porque sobre la base de ello, será considerada la permanencia o no de los administradores en las personas jurídicas. **4) Reseña de la actividad económica y jurídica que ha realizado durante los últimos tres años. Indicará si continuará ejecutando actividad económica luego de la solicitud y en su caso, expondrá un detalle de ella:** En realidad la reseña económica que se ha realizado, normalmente viene en las Notas a los Estados Financieros que tendría mayor peso por la fe pública que tiene el Contador Público. Esas notas la prevén la NIC 1, ya que según esa norma las Notas de los Estados es otro Estados Financieros, donde se establecen: **a)** Políticas Contables; **b)** Causas de Incertidumbre en las Estimaciones; **c)** 0Capital **d)** otra información a revelar, que podría estar las políticas de dividendos. **Inciso 5)** Debe existir un error en la redacción en cuanto

inventarios bienes materiales e inmateriales. El inventario es un activo circulante de la empresa o del empresario, según la Nic 2, los Inventarios son activos: **(a)** poseídos para ser vendidos en el curso normal de la operación; **(b)** en proceso de producción con vistas a esa venta; o **(c)** en forma de materiales o suministros que serán consumidos en el proceso de producción o en la prestación de servicios. No se puede distinguir de **inmaterial o material**; porque el primero sería un activo intangible y no propiamente un inventario ya que no tienen relación con el inventario únicamente en cuanto a ser un activo, la NIC 38 define como *Un activo intangible es un activo identificable de carácter no monetario y sin apariencia física.* – ejemplo de ello pueden ser: software, licencias, marcas registradas, patentes, películas, derechos de autor y cuotas de importación. De hecho, ratio financiera de **razón de ácida** para determinar el grado de solvencia para hacerle frente a obligaciones de pronto pago, se le resta el inventario como activo circulante. En ese sentido no se puede indicar como inventario **“bienes inmateriales”**, al menos que la norma trate de introducir otra cosa que no se tiene claro por el momento. Importante también ver que los inventarios se encuentran en el Balance de Situación por lo que no veo la necesidad de indicar los inventarios. Por otra parte, indicar el valor de ellos, ya estarían dentro del Balance, por lo que es innecesario. Importante también indicar que el inventario es rotativo por lo que tener un precio exacto del inventario en nada beneficia porque el mismo tiene que estar en constante rotación; distinto sería, que la empresa quedara sin actividad comercial que sí podría tener un inventario que al estar sin rotación podría valorarse. Por otra parte, la norma indica que debe indicarse sobre los gravámenes y anotaciones que pesan sobre bienes y sus disputas. Lo que deja ver que lo pretende hacer referencia es en cuanto activos tantos corrientes como no corrientes, lo cual sí podría tener sentido en cierta forma, pues usualmente algunas empresas dan en descuentos su cartera de cuenta por cobrar. También indicar cualquier disputa judicial y extrajudicial. Esto refiere básicamente a pasivos contingentes por litigio y eso está establecido en el Balance General. La norma es confusa, existe un total error de redacción que es necesario corregirlo aparte que es muy extensa en diferentes supuestos. Recordemos que dentro de un proceso concursal no solo abogados participan, también el Empresario, el Financista, Contador entre otros, lo cual estas normas deben quedar bien determinadas y no caer en errores que después a la hora de los litigios es el Juez quien tiene que hacerle frente para ver cómo resuelve, donde pudo haber quedado la

norma bien clara y ordenada. **6)** Este inciso no tiene problema alguno es una lista de pasivos, solo tener presente con los pasivos y activos entre empresas relacionadas que se eliminan. **7)-** En cuanto al informe de los fideicomisos, este inciso tiene sentido siempre y cuando el Juez Concursal tenga siempre presente que los Bancos aprovechan para rematar bienes mediante la figura de fideicomiso sin ley que los regule, mano militari, deben estar incluidos claramente los fideicomisos en garantía y que el Juez ordene su suspensión para no causar mayor daño, debe presentarse los fideicomisos y sus respectivas adendas. **8)-** Considero importante este inciso porque bien podrían existir bienes que no pertenecen a la empresa. Ejemplo de ello, es que se dan inventarios en concesión que es permitido y por tanto debe indicarse y demostrarse bien en los libros que son activos circulantes como lo es el inventario que se encuentra en posesión **9)-** Listados de trabajadores como gastos operativos de la empresa, es importante tenerlos. En el Estado de Resultados se refleja este rubro. Si algún trabajador tiene litigio pendiente contra el empresario, se reflejará en el pasivo por contingencia. **10)-** El pasivo son obligaciones que asume la empresa ya sea a corto o largo plazo – apalancamiento financiero y operativo-, con el fin de llegar a una rentabilidad que todo empresario busca. Estos pasivos se encuentran también registrado en el Balance de Situación; pero no está mal tener la lista de estos por aparte con su respectiva dirección a afectos de notificarlos. **11)-** Este es una redundancia y volveríamos al pasivo contingente. **12)-** Los gastos es lo que se incurre con el fin de producir los ingresos, sean gastos deducibles. existen también activos diferidos que son gastos no consumibles – diferidos- que se convierten en gastos conforme se va consumiendo, ejemplo de estos: **(a)** gastos pagados por adelantados; **(b).** impuestos pagados por adelantados, **(c)** alquileres e intereses pagados por adelantados entre otros, los cuales en la medida que se consume se convierten en gastos. De hecho, el gasto consumido se convierte en un costo y por tanto sí hay operación. Si una empresa se somete a un proceso de administración es porque está en actividad comercial. Por lo que hay que diferenciar que gastos y costos hace referencia la norma. **13)-** En cuanto a este inciso sí es importante los contratos pues los mismos serían activos de la empresa más si están ejecutándose. **14)** En este inciso se indica que ***el deudor estuviera obligado a llevar contabilidad, acompañará los estados financieros y contables correspondientes a los últimos tres años***. En este inciso existe un error técnico, pues los estados financieros son contables. Por otra parte, indica: **“si el deudor hubiera contratado**

auditoria externa de sus estados contables, acompañará los informes correspondientes al periodo indicado". En realidad, hubiese bastado con indicar **"Si el deudor tiene la obligación de llevar su contabilidad, acompañará los Estados Financieros correspondientes a los últimos tres periodos contables. Los Estados Financieros deberán estar debidamente certificados Contador Público debidamente autorizado. Si el deudor por el contrario presenta una auditoría financiera ésta deberá ser externa; para lo cual, de ser necesarios a criterio del Juez; podrá solicitar los papeles de trabajo al auditor; como también los libros contables y legales a los representantes. No obstante, tales documentos podrán ser consultados irrestrictamente por quienes ejerzan la administración, control o vigilancia dentro del proceso concursal. El deudor o sus representantes serán responsables de la custodia de los libros mencionados y de la continuidad de la contabilidad, mientras la autoridad judicial no disponga lo contrario"**. En cuanto a la Auditoria debe quedar claro que los auditores internos de la empresa no las deben de realizar pues existiría conflictos de interese. **15)** inciso en desuso pues todos estamos obligados a declarar. **18)** plan de reestructuración financiera **18)** Básicamente se trata de reestructuración financiera o bien acuerdos concordatarios o bien en última ratio la quiebra que aquí es liquidación.

13.6 Contenido de la propuesta de convenio

Cuando se pretenda el salvamento de una empresa o de la crisis patrimonial del deudor, el concursado podrá formular propuestas de acuerdo generales o diferenciadas, siempre que favorezca a los fines del concurso. Cuando efectúe propuestas diferenciadas, justificará con criterios objetivos las agrupaciones y categorías de acreedores para los cuales las formule. El juzgado, cuando estime que las categorías no se encuentran debidamente justificadas, aplicará lo dispuesto para la solicitud defectuosa de concurso, puntualizando las razones por las cuales no son admisibles y prevendrá la corrección.

Cualquier propuesta de acuerdo deberá contener cláusulas iguales para acreedores dentro de cada categoría diferenciada.

Las propuestas podrán consistir en **perdón parcial de las deudas**, otorgamiento de plazos más amplios para el cumplimiento, **un plan de reestructuración empresarial**, la

refinanciación o readecuación de deudas, entrega de bienes, capitalización de activos, aumentos del capital social, liquidación patrimonial o cualquier otro tipo de solución lícita no contemplada en las anteriores o que resulte de la combinación de ellas.

Al formular varias propuestas, precisará cuáles son principales y cuales subsidiarias, con su respectivo orden de proposición. Si lo omite, se entenderá la primera como principal y las demás subsidiarias en el orden que hubiesen sido enunciadas.

Cuando una propuesta incluyere compromisos de terceros o acreedores, deberá ir firmada, además, por ellos o sus representantes, con la indicación expresa de no estar sujeta a condición.

Podrán incluirse proposiciones alternativas o adicionales para categorías o clases de acreedores.

Cuando la validez de la propuesta dependa por ley del acuerdo de un órgano social o de personas jurídicas, deberá adjuntarse el acuerdo respectivo.

Comentarios: La norma parte de proponer esos acuerdos; no obstante, considero que en la práctica será difícil. Podemos ver que los Bancos, Caja Costarricense del Seguro Social, Ministerio de Hacienda, no brindan ningún tipo de ayuda al deudor; pues, le exigen pagar sumas altas de dinero en un plazo de diez a quince días que comprende capital e intereses y costas, lo cual en ese momento el deudor no tiene esa suma de dinero. Por no poder hacerle frente en ese momento a tal requerimiento, prácticamente queda sin bienes en dos meses. Un acuerdo diferenciado no creo que se dé, menos según el acuerdo SUGEFF 1-05, que es la calificación de deudores; como también la pronta entrada del acuerdo de Basilea III. Estos acuerdos diferenciados, bajo el contexto de la situación macroeconómica del país, por lo menos a mi humilde opinión, no podrán darse, esto sin tomar en consideración la C.C.S.S y Hacienda que también son agresores en su cobro. corregir

13.7. Aviso inicial a los acreedores

Presentada la solicitud, el promotor estará obligado a avisar a todos los acreedores acerca de la gestión efectuada y les comunicará ante cuál juzgado se gestiona, por cualquier medio que demuestre fehacientemente su efectiva recepción.

Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la solicitud, acreditará al tribunal el cumplimiento de lo indicado. Solo podrá declararse abierto el concurso si comprueba la efectiva comunicación a todos los acreedores o la existencia de motivos calificados que le impida hacerlo. De no cumplir con la comunicación en el plazo indicado, se declarará inadmisibile el concurso.

Una vez recibida la comunicación de la presentación del proceso concursal, el acreedor no podrá iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales contra el deudor o el patrimonio autónomo, salvo que estén habilitados expresamente por norma legal para ejercer sus derechos crediticios fuera del concurso, o éste se declare inadmisibile.

Comentarios: Considero que el plazo de cinco días es insuficiente, pues el aviso depende del tamaño de la empresa se hace complicado un plazo tan corto, es necesario ampliar este plazo por lo menos a unos diez o quince días. En el segundo párrafo parece bien, no obstante, los Bancos poco le importa ejecutar no ejecutar más si se trata de fideicomisos, donde han tomado una autonomía al punto que parten de que el patrimonio no es del deudor sino del fiduciario; para ello, el Juzgador debe aplicar las medidas cautelares teniendo en cuenta que el fideicomiso en garantía es una hipoteca que está privilegiando a un acreedor sobre todos los demás. Esto es un tema importante, que debe analizarse para desmembrar ese privilegio que tienen los bancos por lo menos en estos procesos concursales. Si bien la Sala Constitucional ha tenido precedentes al respecto, también es cierto que no estamos en aspectos de derechos fundamentales sino de legalidad, de allí que el Juez Civil en este caso Concursal, considero que puede perfectamente entrar analizar la legalidad o ilegalidad de este contrato en perjuicio de la masa.

13.8. Solicitud defectuosa

Si la solicitud no cumple los requisitos legales, el tribunal puntualizará todos los defectos de una vez y ordenará su corrección en el plazo de cinco días. Si la prevención no se cumple, se declarará la inadmisibilidat de la solicitud.

No obstante, por única vez, se podrá hacer una segunda prevención en casos excepcionales, cuando haya sido evidente la intención de subsanar los defectos señalados en el plazo conferido.

Comentario: Es una norma similar al que contiene el Código Procesal Civil en su artículo 35.4, lo cual hace notar que no aplica el principio remisorio, haciendo también con esto que el proceso concursal sea totalmente autónomo tal como se ha indicado.

13.9. Prueba de oficio

De previo a la decisión acerca de la declaratoria de apertura del concurso, el tribunal podrá ordenar la prueba que estime necesaria.

Comentario: 13.9) Estime necesario el Juez prueba para una sabia decisión, sin que esto pueda ser objeto para no dictar sentencia en su debido tiempo. Se entiende que es cuando sea necesario para una acertada decisión; ergo, las aclaraciones de Estados Financieros entre otros.

13.10. Imposibilidad de desistimiento

El deudor que solicite la apertura de su concurso, no podrá desistirla. Sin embargo, antes de la declaratoria de apertura, el solicitante podrá aportar prueba para acreditar que de manera sobreviniente su situación económica varió de tal forma que no subsiste el presupuesto objetivo para la apertura concursal.

Comentario: Me parece bien la norma dando la facultada al deudor para demostrar que su situación varió. Pero si la solicitud la hace el acreedor, también debe darse esa oportunidad al deudor para demostrar que el acreedor lo que pretende es afectarlo.

ARTÍCULO 14- Solicitud del acreedor y otros entes legitimados

14.1. Legitimación de la condición de acreedor

Podrá gestionar el concurso, el acreedor que presente **un título legalmente válido** de cualquier naturaleza en el que conste una obligación dineraria a cargo del demandado, sin que necesariamente esté vencida.

El título deberá ser original, copia certificada cuando lo admita la ley para su cobro judicial, o estar contenido en un soporte en el que aparezca como indubitable quién es el deudor y su firma o la de sus representantes legítimos. Si se presenta un título ejecutivo, la firma del deudor o su representante legal será indispensable únicamente cuando la ley lo exija.

Cuando se presente el título físico original, se le insertará una razón de haber sido presentado al proceso concursal, con la fecha y hora exactas, y se incorporará una copia fiel a la carpeta. El original será devuelto al gestionante, quien deberá custodiarlo debidamente y tendrá la obligación de presentarlo si el tribunal así lo requiere. De no hacerlo antes de la declaratoria de concurso, según las circunstancias, podrá decretarse la inadmisibilidad del proceso. Luego de la declaratoria de la apertura del concurso, por razones justificadas el tribunal podrá requerir la presentación del título original. Si el acreedor solicitante del concurso no lo aporta en el plazo que se le conceda al efecto, se podrá tener por rechazado su crédito cuando hubiese sido objetado oportunamente.

Un acreedor favorecido con resolución firme, laudo o acuerdo homologado judicialmente, que contenga obligaciones dinerarias exigibles, sólo podrá gestionar la declaratoria de concurso en las mismas condiciones dispuestas para los demás acreedores, cuando demuestre que concurre alguno de los hechos que hace presumir la insuficiencia patrimonial.

Los acreedores con garantías prendarias, hipotecarias, mobiliarias, reales o equiparables, sólo podrán solicitar la apertura del concurso si renuncian a su privilegio o cuando los bienes que respondan por la obligación hayan resultado insuficientes para satisfacer la totalidad del crédito, incluido el desmejoramiento de las garantías debidamente acreditado.

14.2. Legitimación de entes públicos de supervisión o regulación

Cuando la solicitud la formule una entidad pública encargada legalmente de la supervisión o regulación de actividades de empresarios susceptibles de concurso, deberá presentarse el acuerdo firme mediante el cual se decidió requerir la apertura concursal.

14.3. Demanda

Además de los requisitos generales que establece la legislación procesal civil, la demanda de declaratoria de concurso, deberá indicar:

- 1- La causal que hace presumir el estado de insuficiencia patrimonial.
- 2- Si se trata de una insuficiencia actual o inminente, la exposición de los motivos que justifiquen la apertura del concurso.
- 3- La solución que estime adecuada para solventar la insuficiencia patrimonial.

No será necesario estimar la demanda.

Podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que considere idóneas para tutelar sus intereses o los del concurso.

14.4. Demanda defectuosa

Si la demanda no cumple los requisitos legales, el tribunal puntualizará todos los defectos de una vez y ordenará su corrección en el plazo de cinco días. Si la prevención no se cumple, se declarará su inadmisibilidad. No obstante, por única vez, se podrá hacer una segunda prevención en casos excepcionales, cuando haya sido evidente la intención de subsanar los defectos señalados en el plazo conferido.

14.5. Demanda improponible

Además de los supuestos que establezca la legislación procesal civil, mediante sentencia anticipada, se declararán improponibles las demandas concursales cuando sea evidente:

- 1- La falta de legitimación concursal de quien demanda de acuerdo con lo previsto en esta ley.
- 2- Que no se configuran los presupuestos objetivos o subjetivos concursales.
- 3- Que el deudor o el patrimonio autónomo que se pretendan concursar, carecen de pluralidad de acreedores.

14.6. Emplazamiento y medidas cautelares

Si la demanda es admisible, se le dará curso y se concederá a la parte demandada el plazo de **diez días para contestar**. Aun de oficio, el tribunal adoptará las medidas cautelares necesarias para tutelar los derechos de los eventuales acreedores, la preservación del patrimonio del deudor y cualquier otra medida típica o atípica que asegure los fines del concurso.

Comentario: Comentarios: 14.1) En cuanto a la legitimación del acreedor, me parece que es un favoritismo que se le está dando. Pues se indica que es con un solo documento; a menos que sea un error, pues se indica que está legitimado con solo *una obligación* vencida, lo cual se contrapone con el artículo 5.2.2, según el cual indica que el presupuesto objetivo *ha dejado de cumplir dos o más obligaciones vencidas en perjuicio de distintos acreedores*, mientras que en este inciso se indica un título legalmente válido, sea una obligación en un solo acreedor. Preocupa el párrafo cuarto de ese inciso, en cuando indica que un acreedor favorecido en resolución firme podrá gestionar el concurso de los hechos que hacen presumir la insuficiencia patrimonial. Me parece que esto es un grave error, pues el Juzgado está actuando de verdugo; o sea, sino pudo embargar bienes el acreedor en la vía monitoria o de ejecución, él va a liquidar al deudor o a la empresa, sea éste persona física o jurídica. En lo absoluto nada tiene que estar el Juzgado concursal entrometiéndose en situaciones privadas. Si la parte no tiene bienes para embargar, no hay nada que hacer, pues liquidar a una empresa o persona porque no tiene bienes es una quiebra que por insuficiencia patrimonial que no tiene sentido. El eliminar agentes económicos es un asunto que escapa del Juez concursal y lo que hace es hacer mora judicial. En igual sentido se ha indicado por diversos autores: *“También la insuficiencia de bienes debe ser rechazada de plano. Como lo referencia Núñez et tal. (2017), la Insuficiencia Patrimonial, podría valorarse, como la inexistencia de masa activa, se traduce en que el fallido no posee patrimonio alguno, de forma que todo esfuerzo por llevar a cabo el proceso de quiebra, significará un desgaste del sistema sin recuperación futura de créditos. En este supuesto, incluso las cien unidades de fomento necesarias para solicitar la quiebra (cuando es pedida por un tercero ajeno al fallido) serán un costo no recuperable. Por su parte, la insuficiencia de masa activa, se plantea frente a un escenario en donde, el fallido posee bienes, pero dicho activo resulta precario a los efectos de solventar los costos asociados*

al proceso de quiebras, ya no sólo referente a la consignación previa que debe realizar el acreedor solicitante, sino que también, referente a la recuperación de las costas judiciales involucradas en el mencionado proceso de quiebras. No se trata, en consecuencia, solo de una masa activa incapaz de satisfacer las exigencias de pago a acreedores preferentes y/o avalistas, sino que, peor aún, se trata de una masa activa imposibilitada de soportar el pago de aquellas sumas que el proceso de quiebra involucra, en toda su estructura”. En tal sentido se concluye que no es al Juzgado que le compete estar quitando agentes económicos, no es esa su competencia y éste genera una gran erogación a cargo del acreedor sin que éste tenga recuperación alguna. Bajo este inciso, lo que se está fomentando es que los acreedores, tenga una opción de establecer procesos concursales para presionar a los deudores a algo que no tiene y sería desaparecerlo del comercio; en otras palabras, se estaría convirtiendo al Juzgado Concursal en Juzgado de Cobros lo que no es correcto. Evidentemente esto contraria el objetivo y la seriedad que deba tener el Juzgado Concursal. **14.2)** No existe comentario, pues se considera acertada **14.3)** Estos son los requisitos establecidos, sin perjuicio de que se apliquen las reglas del C.PC. Es un aspecto de terminología llamarla demanda; pero en realidad no tiene mayor relevancia, aunque no estamos propiamente en una demanda. Si bien existe un pequeño contradictorio no por ello es una demanda. Los requisitos establecidos son los que se ha venido haciendo referencia. Es correcto no estimar la demanda porque al ser un juicio universal es totalmente apresurado una estimación de demanda. **14.4)** Norma similar a la del CPC, lo cual me parece que, si es acertada, **14.5)** La demanda improponible en el aspecto de concursal es tema sumamente interesante, lo cual he concluido la improponibilidad en el siguiente sentido. El artículo 41 de la Constitución Política si bien regula la tutela real efectiva como un derecho constitucional lo cual es un derecho de todo ciudadano; también es lo cierto, que la demanda improponible no debe ser observada como una violación a ese derecho fundamental. Lo anterior porque a mi humilde opinión, es una garantía para el ciudadano que lejos de estar contra la norma ius fundamental, guarda simetría y tiene coherencia con la norma superior constitucional, la cual se puede ver en dos perspectivas. La primera sería que, si una demanda no cumple los requisitos, el Juez está facultado para poder determinar que la demanda no tiene asidero, por lo que le evitaría a la parte actora generar una demanda que al final va a ser condenada en costas. Es

importante esta norma porque si se presenta un proceso concursal, éste por las consecuencias que tiene, sí va hacer revisado con detenimiento su admisibilidad para poder darle curso. La segunda garantía es en cuanto de quien se está solicitando el concurso. Lo anterior porque si la solicitud concursal o demanda como le llama esta Ley es procedente, se supone en buena Litis, que ya pasó por el filtro del juzgador, en ese sentido la persona a quien se le pide el concurso cuando vaya a ser perturbada por una demanda de esta índole, evidentemente será perturbada con una demanda que reviste, seriedad verosimilitud de que puede ser acogida en sentencia; por tanto, tiene que aportar las pruebas y defenderse debidamente, pero con una acción o demanda que ha pasado por un filtro. Lo que preocupa es el plazo tan reducido que se da, pues si es un acreedor que pide el concurso y el demandado contesta, en principio debería llevar como prueba un Estado Financiero debidamente auditado, lo cual realizar esta auditoria se requiere de tiempo. Me parece que por la complejidad no solo legal; sino también financiera que tiene estos procesos, deben darse por el plazo que tiene el proceso ordinario; sea treinta días. **14.6)** En cuanto al tema de las medidas cautelares, el temor es que, se tomen las medidas cautelares en daño de los deudores; o sea, que el artículo 14 debe ser mejorado porque con un título el acreedor puede ejecutar. También se considera que el plazo de 10 días es un plazo sumamente corto para un proceso tan trascendente como es el concursal, por el motivo de la complejidad que se ha venido indicando que puede tener la empresa; así como la complejidad de los informes financieros.

14.7. Allanamiento y falta de contestación

Si el demandado acepta expresamente el estado de insuficiencia patrimonial y se allana a la pretensión, o si no contesta dentro del plazo concedido; si fuere procedente, el tribunal emitirá sentencia que declare abierto el concurso.

En caso de allanamiento, dentro de los diez días siguientes contados a partir de la fecha en que haya presentado la contestación, el demandado deberá cumplir con los requisitos establecidos en esta ley para la solicitud de concurso del propio deudor o del patrimonio autónomo.

El incumplimiento injustificado de la presentación de los requisitos en el plazo o la falta de contestación oportuna de la demanda, no impedirán la continuación del proceso concursal. Se adoptarán las medidas necesarias para obtener la información y documentación que se considere indispensable. Se decidirá acerca de la solución a la crisis patrimonial que se estime adecuada, con los elementos probatorios que se logre recabar.

14.8. Contestación negativa

Si el demandado contesta negativamente dentro del emplazamiento y se hubiere ofrecido prueba, el tribunal admitirá únicamente la que conduzca a esclarecer el objeto de lo debatido. Asimismo, podrá ordenar de oficio, la que estime estrictamente necesaria.

Cuando se requiera practicar prueba, adoptará las medidas que considere pertinentes y citará a las partes a una sola audiencia oral para ese fin, en un plazo no mayor de diez días. En esta audiencia, se tramitarán y resolverán todas las excepciones procesales que hubiesen sido opuestas. La formulación de defensas que puedan incidir en la competencia, no suspenderá el curso del proceso ni impedirá la celebración de la audiencia oral, pero deberá ser resuelta al iniciarse. Si se declaran improcedentes las excepciones procesales, se continuará con las demás actividades propias de la audiencia, exceptuando la fijación de la cuantía por tratarse de un proceso inestimable.

Si no hubiere prueba que practicar en audiencia, se concederá un plazo de tres días a la parte actora para que se refiera a la contestación negativa y excepciones opuestas; vencido en cual, el tribunal decidirá en una sola resolución primero las defensas que puedan incidir sobre la competencia, de seguido las demás excepciones de carácter procesal y finalmente, si resultaren improcedentes las anteriores, lo concerniente a la apertura o rechazo del concurso.

14.9. Prejudicialidad

La existencia de un proceso penal, en ningún caso dará lugar a prejudicialidad en cuanto a la solicitud de apertura del concurso. La falsedad del título base de la demanda, así como cualquier otra defensa en cuanto a la validez de la obligación o los presupuestos para la apertura del concurso, podrán ser invocadas como excepciones materiales dentro del emplazamiento y serán resueltas en sentencia.

Cuando para resolver sobre la apertura del concurso, sea necesario decidir alguna cuestión que constituya el objeto de otro proceso no penal anterior a la solicitud inicial; de oficio o a solicitud de parte, podrá decretarse la suspensión del curso del proceso concursal hasta que se decida aquél en firme. El proceso concursal se suspenderá previo a la celebración de la audiencia oral, cuando ésta sea necesaria. De no serlo, la suspensión únicamente impedirá el dictado de la sentencia.

En ningún caso la prejudicialidad impedirá el conocimiento de la constitución, modificación o extinción de medidas cautelares en el concurso.

14.10. Desistimiento

Quien hubiese demandado la apertura del concurso de otra persona, sucesión o patrimonio autónomo, no podrá desistir de la demanda. Sin embargo, si antes de la declaratoria de apertura se aporta prueba que determine la insubsistencia del procedimiento en relación con los presupuestos objetivos, se podrá dar por terminado el proceso sin más trámite.

14.11. Prohibición de enervar mediante pago la solicitud de concurso

El demandado no podrá enervar la demanda de concurso, haciendo pago de lo adeudado respecto de los créditos que le sirvieron de fundamento.

Comentarios: **Comentario:** **Comentarios:** **14.1)** En cuanto a la legitimación del acreedor, me parece que es un favoritismo que se le está dando. Pues se indica que es con un solo documento; a menos que sea un error, pues se indica que está legitimado con solo *una obligación* vencida, lo cual se contrapone con el artículo 5.2.2, según el cual indica que el presupuesto objetivo *ha dejado de cumplir dos o más obligaciones vencidas en perjuicio de distintos acreedores*, mientras que en este inciso se indica un título legalmente válido, sea una obligación en un solo acreedor. Preocupa el párrafo cuarto de ese inciso, en cuando indica que un acreedor favorecido en resolución firme podrá gestionar el concurso de los hechos que hacen presumir la insuficiencia patrimonial. Me parece que esto es un grave error, pues el Juzgado está actuando de verdugo; o sea, sino pudo embargar bienes el acreedor en la vía monitoria o de ejecución, él va a liquidar al deudor o a la empresa, sea

éste persona física o jurídica. En lo absoluto nada tiene que estar el Juzgado concursal entrometiéndose en situaciones privadas. Si la parte no tiene bienes para embargar, no hay nada que hacer, pues liquidar a una empresa o persona porque no tiene bienes es una quiebra que por insuficiencia patrimonial que no tiene sentido. El eliminar agentes económicos es un asunto que escapa del Juez concursal y lo que hace es hacer mora judicial. En igual sentido se ha indicado por diversos autores: *“También la insuficiencia de bienes debe ser rechazada de plano. Como lo referencia Núñez et tal. (2017), la Insuficiencia Patrimonial, podría valorarse, como la inexistencia de masa activa, se traduce en que el fallido no posee patrimonio alguno, de forma que todo esfuerzo por llevar a cabo el proceso de quiebra, significará un desgaste del sistema sin recuperación futura de créditos. En este supuesto, incluso las cien unidades de fomento necesarias para solicitar la quiebra (cuando es pedida por un tercero ajeno al fallido) serán un costo no recuperable. Por su parte, la insuficiencia de masa activa, se plantea frente a un escenario en donde, el fallido posee bienes, pero dicho activo resulta precario a los efectos de solventar los costos asociados al proceso de quiebras, ya no sólo referente a la consignación previa que debe realizar el acreedor solicitante, sino que también, referente a la recuperación de las costas judiciales involucradas en el mencionado proceso de quiebras. No se trata, en consecuencia, solo de una masa activa incapaz de satisfacer las exigencias de pago a acreedores preferentes y/o avalistas, sino que, peor aún, se trata de una masa activa imposibilitada de soportar el pago de aquellas sumas que el proceso de quiebra involucra, en toda su estructura”*. En tal sentido se concluye que no es al Juzgado que le compete estar quitando agentes económicos, no es esa su competencia y éste genera una gran erogación a cargo del acreedor sin que éste tenga recuperación alguna. Bajo este inciso, lo que se está fomentando es que los acreedores, tenga una opción de establecer procesos concursales para presionar a los deudores a algo que no tiene y sería desaparecerlo del comercio; en otras palabras, se estaría convirtiendo al Juzgado Concursal en Juzgado de Cobros lo que no es correcto. Evidentemente esto contraria el objetivo y la seriedad que deba tener el Juzgado Concursal. **14.2)** No existe comentario, pues se considera acertada **14.3)** Estos son los requisitos establecidos, sin perjuicio de que se apliquen las reglas del C.PC. Es un aspecto de terminología llamarla demanda; pero en realidad no tiene mayor relevancia, aunque no estamos propiamente en una demanda. Si bien existe un pequeño

contradictorio no por ello es una demanda. Los requisitos establecidos son los que se ha venido haciendo referencia. Es correcto no estimar la demanda porque al ser un juicio universal es totalmente apresurado una estimación de demanda. **14.4)** Norma similar a la del CPC, lo cual me parece que, si es acertada, **14.5)** La demanda improponible en el aspecto de concursal es tema sumamente interesante, lo cual he concluido la improponibilidad en el siguiente sentido. El artículo 41 de la Constitución Política si bien regula la tutela real efectiva como un derecho constitucional lo cual es un derecho de todo ciudadano; también es lo cierto, que la demanda improponible no debe ser observada como una violación a ese derecho fundamental. Lo anterior porque a mi humilde opinión, es una garantía para el ciudadano que lejos de estar contra la norma ius fundamental, guarda simetría y tiene coherencia con la norma superior constitucional, la cual se puede ver en dos perspectivas. La primera sería que, si una demanda no cumple los requisitos, el Juez está facultado para poder determinar que la demanda no tiene asidero, por lo que le evitaría a la parte actora generar una demanda que al final va a ser condenada en costas. Es importante esta norma porque si se presenta un proceso concursal, éste por las consecuencias que tiene, sí va hacer revisado con detenimiento su admisibilidad para poder darle curso. La segunda garantía es en cuanto de quien se está solicitando el concurso. Lo anterior porque si la solicitud concursal o demanda como le llama esta Ley es procedente, se supone en buena Litis, que ya pasó por el filtro del juzgador, en ese sentido la persona a quien se le pide el concurso cuando vaya a ser perturbada por una demanda de esta índole, evidentemente será perturbada con una demanda que reviste, seriedad verosimilitud de que puede ser acogida en sentencia; por tanto, tiene que aportar las pruebas y defenderse debidamente, pero con una acción o demanda que ha pasado por un filtro. Lo que preocupa es el plazo tan reducido que se da, pues si es un acreedor que pide el concurso y el demandado contesta, en principio debería llevar como prueba un Estado Financiero debidamente auditado, lo cual realizar esta auditoria se requiere de tiempo. Me parece que por la complejidad no solo legal; sino también financiera que tiene estos procesos, deben darse por el plazo que tiene el proceso ordinario; sea treinta días. **14.6)** En cuanto al tema de las medidas cautelares, el temor es que, se tomen las medidas cautelares en daño de los deudores; o sea, que el artículo 14 debe ser mejorado porque con un título el acreedor puede ejecutar. También se considera que el plazo de 10 días es un plazo sumamente corto

para un proceso tan trascendente como es el concursal, por el motivo de la c complejidad que se ha venido indicando que puede tener la empresa; así como la complejidad de los informes financieros. **14.7)** En cuanto al primer párrafo, aunque el demandado acepte la situación económica, no basta con que lo diga y acepte; sino como la norma lo indica, debe demostrar esa situación con los informes financieros y un respectivo diagnóstico financiero de que esa situación es real. Por el contrario, si no contesta, el Juzgador puede solicitar a la administración Tributaria de conformidad con el artículo 13.9 prueba de oficio para tomar esa decisión de sentenciar. Importante tener en cuenta que el Juez debe de revisar correctamente las notificaciones que se les hagan a los deudores, pues muchas notificaciones se hacen de manera incorrecta y ésto puede generar graves daños a los deudores. **14.8)** Básicamente esto hace presumir que el proceso concursal es casi un proceso sumario. En efecto el demandado al momento de contestar debe mostrar al Juez que la situación económica que aducen padecer no es cierta para esclarecer el objeto de lo debatido; sea la insuficiencia patrimonial. Lo importante de la norma es que la competencia no suspende el trámite del proceso que eran y son prácticas dilatorias. Para ello, no solo presentar sus estados financieros, sino también un análisis financiero donde se determine mediante ratios financieras que su empresa tiene la suficiente capacidad para hacerle frente a las obligaciones de corto plazo; también, si demuestra que puede hacer frente a esas obligaciones, importante justificar si tiene esa liquidez, la razón por la cual no se le ha pagado al solicitante. **14.9)** En el ámbito procesal, existe la figura de la prejudicialidad jurídica procesal, que se actualiza en diversas hipótesis; una de ellas es la interferencia de la cuestión penal en el proceso civil. Está regulado en el Código Procesal Civil, así como también se puede aplicar en cuanto a un proceso no penal en el cual se discute la validez del título que le sirve de base de otro proceso. **14.10)** Los presupuestos objetivos se encuentran en el artículo 5, y esta norma se puede concluir que es básicamente para el acreedor, el cual puede dar por terminado el proceso si no se cumplen los presupuestos objetivos – en otras palabras, que ya se le pagó-, me parece que es una norma paternalista con el acreedor. Claro que puede darlo por desistido; pero con su condena en costas y daños si causó alguno **14.11)** Enervar es poner fin a un proceso mediante el pago total de lo que se reclama. Considero que este artículo en sus incisos 10 y 11, son totalmente vulnerables a todo empresario. Específicamente vulnera el inciso 3.6 del artículo 3, en cuanto al principio de

conservación de la empresa. La norma es totalmente peligrosa, pues con la ventaja que tiene el acreedor de presentar un proceso concursal con un solo título – lo cual es contradictorio-, el no poder enervar por parte del deudor puede causar mucho daño – artículo 14 párrafo primero -. He visto, que existen abogados litigantes que presentan procesos de quiebra para presionar al deudor en pagar; esta forma de litigar lo hacen porque los Juzgados de Cobros están totalmente saturados, y se van al Juzgado concursal a ejecutarlos. Con esta norma se causaría estragos a los empresarios para obligarlos a pagar que podría tenerlo en una ejecución individual. Evidentemente si al empresario – sea persona física o jurídica -, le llega una solicitud de un concurso y tiene el dinero para hacer el pago; no veo la razón del porqué se le impida enervar el proceso si no se ha abierto el mismo y no se hayan publicado los edictos. ¿Cuál es el sentido de tener un proceso donde el demandado está pagando? ¿Qué provecho tiene destruir una empresa, cuando el deudor está haciendo el pago y únicamente un acreedor existe? ¿Porqué al acreedor se le da el beneficio de desistir sin condena en costas de la demanda cuando no exista el presupuesto objetivo – que es el pago-, y al deudor se le limita pagar? Esto es importante razonarlo antes de la aprobación de esta ley. Ejemplo en el cual considero que se causó un perjuicio, es el cual referenció en el libro de quiebras: *“Mediante sentencia dictada a las catorce horas y seis minutos del quince de marzo de dos mil dieciocho, se declaró a la sociedad... Núm. S.A en estado de quiebra. Con ello este tribunal de justicia concedió la pretensión solicitada por parte actora sea la sociedad TFA S.A en su escrito de data veinticuatro de enero anterior. Sin embargo, mediante gestión presentada a las quince horas cuatro minutos del quince de marzo de los corrientes, una vez declarada la quiebra, pero sin que se hubiera notificado en ese momento, ambas partes solicitan que se dé por terminado el proceso y se archive el expediente, en virtud del pago de la obligación. Ahora bien, contra la citada sentencia no se interpuso recurso alguno, pese a la admisibilidad en su contra de los recursos de revocatoria y apelación, tal y como lo establece la norma 764 del Código Procesal Civil, lo cual significa que es un pronunciamiento con total validez y eficacia, surtiendo todos sus efectos jurídicos en relación con la sociedad quebrada, así como frente a terceras personas. Ante tales premisas, no procede detener ni suspender los efectos del proceso abierto por solicitud de ambas partes y en perjuicio de terceras personas. Si se desea finiquitar este proceso en virtud de acuerdo extrajudicial entre las*

partes, deberán de considerar arribar a acuerdos satisfactorios con el resto de sus acreedores; al respecto el ordinal 796 del Código Procesal Civil, reza expresamente que "El juez accederá a cualquier convocatoria a junta que pida el concursado para tratar de convenio con los acreedores, si alguien ofreciere pagar por él.(...) Mediante estos trámites también podrá autorizarse cualquier liquidación extrajudicial, lo mismo que la terminación del concurso" Sin embargo, condiciona tal disposición indicando que "No podrá celebrarse la junta antes de que haya transcurrido el plazo para legalizar créditos". En esa misma línea, el artículo 907 del Código de Comercio señala que, para caso de arreglo, se convocará a los acreedores; convocatoria que según los cardinales 913 y 933, será posterior a la calificación de los créditos. El plazo de legalización de créditos, líneas atrás mencionado, empezará a correr tal y como se dispuso en la sentencia, dos meses después contados a partir de la última publicación de la parte dispositiva de la sentencia en el Boletín Judicial y en un periódico de circulación nacional. Por las razones expuestas, en el estado actual del proceso concursal, resulta improcedente dar por terminado el presente asunto, así como el archivo del expediente [...]. Esta resolución es una injusticia para el empresario, pues pese a que la resolución no fue atacada por los recursos como lo indica, la solicitud fue presentada aproximadamente una hora y tres minutos de diferencia. En este caso, estaba en riesgo el empresario que no conoce del derecho, confía en las gestiones presentadas por los profesionales de esa rama. La decisión tomada conculca una disposición de derecho fundamental que es el de libre empresa. Si ya se había hecho un pago total al acreedor; bien se podía salvar la empresa por un aspecto de conveniencia, no se debió afectar de la manera como se hizo, ahora tenemos una empresa en concurso, que hizo pago y financieramente podría estar bien generando beneficios al país. Es por esa razón, que el principio de conservación de la empresa, debe ser el primordial que cualquier otro, pues va a darle herramientas al Juzgador para tener una discrecionalidad judicial más amplia, más analítica, más justa, que no sea sólo a favor del acreedor; sino que también el deudor se vea protegido. No se puede permitir o cercenar un derecho que tiene un deudor de hacer su pago antes de la apertura del concurso, la norma debe redactarse en el sentido que esa oportunidad la tiene antes de la apertura del concurso.

ARTÍCULO 15- Sentencia

15.1. Plazo para la emisión de sentencia

Concluida la audiencia oral o estando listo el proceso para la decisión de fondo cuando no se hubiera celebrado, se procederá a la emisión escrita de la sentencia dentro del plazo de cinco días. En procesos muy complejos, el plazo será de quince días, lo cual se justificará en la sentencia que se emita.

15.2. Sentencia desestimatoria

Si se deniega la apertura del concurso, el tribunal podrá condenar al demandante al pago de costas, las cuales se liquidarán en el mismo proceso.

También se podrá condenar al demandante al pago de daños y perjuicios que se hubieren ocasionado con su acción, los cuales serán liquidables ante el tribunal común competente.

15.3. Sentencia estimatoria

Además del contenido propio de una sentencia, la resolución que declare abierto el concurso, contendrá:

- 1- La apertura del concurso.
- 2- El nombramiento de un interventor o administrador concursal y un suplente, según corresponda, así como la delimitación de sus funciones, cuando sea necesario disponer de facultades concretas diversas o adicionales a las establecidas en esta ley.
- 3- La convocatoria a acreedores e interesados para que se apersonen a ejercer sus derechos, dentro del plazo de quince días contado a partir de la publicación de la parte dispositiva de la sentencia, que deberá hacerse por una vez, en uno de los tres medios de reconocida circulación nacional diaria que indicará el tribunal al promotor del proceso.
- 4- La orden de comunicación de la apertura del concurso a los registros públicos respectivos y a las entidades públicas, financieras, bursátiles y de cualquier naturaleza, con las cuales pueda tener relación el concursado.
- 5- La orden al concursado o su representante legal, si no hubiere realizado previamente, de cumplir con los requisitos establecidos en esta ley para la solicitud de

concurso del propio deudor o del patrimonio autónomo, dentro del plazo de diez a partir de la notificación de la sentencia.

6- Cualquier otra medida cautelar que el tribunal considere necesaria para garantizar los derechos e intereses de las partes en el objeto y en el resultado del proceso. Dichas medidas serán ejecutorias inmediatamente, aun cuando fuera impugnada esta resolución.

Comentarios: Es una sentencia que se puede dictar de manera oral o bien escrita, si no hay audiencia pensaría que se declara puro derecho y el expediente pasaría a fallo directo o dictado de la resolución de fondo. Se indica que el pronunciamiento que debe tener la resolución, ha de entenderse además de los requisitos que se indican, la estructura de la sentencia debe cumplir con la estructura 28 en relación con el artículo 61.1, 61.2-1.2.3.4, 62 y todos sus incisos del Código Procesal Civil. Sería bueno que la norma hubiese indicado los requisitos de las sentencias en este proyecto. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el plazo de cinco y quince días son ordenatorios, pues puede haber procesos sumamente complejos que en definitiva pueden requerir más tiempo para su dictado, en ese sentido no porque se dure más quiere indicar que la sentencia vaya a ser nula, pues se parte de la complejidad del asunto y la capacidad en el proveído del Despacho Judicial.

SECCIÓN III

EFFECTOS DE LA APERTURA DEL CONCURSO

ARTÍCULO 16- Efectos inmediatos

Salvo disposición legal expresa en contrario, los efectos de la apertura del concurso se producirán inmediatamente a partir del dictado de la resolución que la disponga, aun cuando sea impugnada.

Podrán ser modificados posteriormente, conforme a las disposiciones de esta ley.

Comentarios: Los efectos de una resolución concursal son los pronunciamientos de la sentencia que regula el artículo 15.3,1.2.3.4.5.6; provoca la paralización de procesos ejecutivos, y también los que se hagan administrativamente como lo Fideicomisos en Garantía por ser administrativos. Lo importante es que a pesar de ser recurrida la resolución el Juez no pierde su competencia lo que ayudo mucho para que los procesos concursales no se eternicen como sucede actualmente.

ARTÍCULO 17- Efectos sobre el concursado

17.1. Actividad del concursado

La apertura del concurso, salvo que se disponga lo contrario, no interrumpirá la actividad profesional, empresarial o económica realizada por el concursado.

17.2. Administración de los bienes por parte del concursado

Salvo que se disponga lo contrario, el concursado conservará las facultades de administración y disposición de sus activos sometidos a concurso, sujeto a la autorización o conformidad del interventor concursal cuando se trate de actos que excedan el giro ordinario de la actividad empresarial, económica o profesional del concursado. Sin embargo, requerirá conformidad del interventor si se pretende enajenar bienes inmuebles, cuando sean parte del giro ordinario de la actividad económica o empresarial.

Si el concursado no realiza actividades económicas, deberá requerir la anuencia del interventor para efectuar actos de disposición de los bienes sometidos a concurso.

Se requerirá autorización judicial cuando:

- 1- Se pretenda disponer, de cualquier forma, bienes inmuebles fuera del giro normal de la empresa o actividad económica del concursado.
- 2- Se pretenda enajenar activos de cualquier naturaleza que sean indispensables para la actividad empresarial o económica del concursado.
- 3- No exista conformidad entre el concursado y el interventor, respecto de la realización de cualquier otro acto jurídico que pueda comprometer los fines del concurso.
- 4- Se pretenda resolver un contrato en curso de ejecución, en los casos permitidos y las formas previstas por esta ley.

De previo a decidir si se autoriza o no al concursado, se seguirá el trámite incidental dentro de la carpeta de administración del activo.

17.3. Gestión de los bienes por parte del administrador concursal

Sin perjuicio de las medidas cautelares que se hayan adoptado, al declararse la apertura del concurso o durante el proceso, se podrá disponer que la administración de los bienes sea ejercida total o parcialmente por un administrador concursal, cuando:

- 1- El concursado no se haya apersonado al proceso; injustificadamente se haya opuesto al concurso; no colabore con los deberes de información o documentación requeridos oportunamente; o actúe dentro del proceso con abuso procesal, mala fe o en contra de los fines concursales.
- 2- La propuesta de solución a la insuficiencia patrimonial presentada por el concursado, consista en la entrega total de sus bienes, o en la mayor parte de su patrimonio. En todo caso, si ofrece entregar una parte de sus activos que no abarque la mayoría de su haber, el tribunal adoptará las medidas cautelares que estime convenientes para su custodia y conservación.

- 3- La mayor parte de los bienes concursales sean productivos y el concursado hubiese cesado ostensiblemente su actividad empresarial.
- 4- Existan elementos suficientes que evidencien una inadecuada gestión del patrimonio por parte del concursado.
- 5- Se evidencien otros motivos fundados que justifiquen la medida.

El tribunal deberá indicar expresamente las facultades de gestión de activos que corresponderán al administrador concursal, cuando deba disponerse una administración parcial o diferenciada a criterio del tribunal.

El administrador concursal deberá solicitar autorización, por la vía incidental, en los casos expresamente previstos por la ley, y para realizar actos de disposición del patrimonio concursal que excedan las facultades que le otorgue el tribunal.

La separación total o parcial del concursado o sus representantes en la administración de sus bienes, podrá disponerse de oficio, a solicitud del interventor, del administrador o de los acreedores, como medida cautelar previa, en la resolución que decrete la apertura del concurso o durante su tramitación. Cuando sea solicitada luego de abierto el concurso, se tramitará por la vía incidental. También se seguirá esta vía cuando se pretendan variaciones en las facultades de administración concursal.

17.4. Representación del concursado

El concursado y sus representantes conservarán las facultades de capacidad y representación para actuar y gestionar dentro del concurso, con las limitaciones establecidas por ley.

Fuera del proceso, también conservarán sus facultades de capacidad y representación, salvo cuando hayan sido separados de la administración de los activos concursales.

No obstante, cuando puedan comprometerse bienes del concurso, requerirán autorización expresa del interventor para interponer acciones judiciales y extrajudiciales; desistir de ellas o de recursos; allanarse a pretensiones; omitir la oposición a una demanda o acción judicial o extrajudicial; o bien transigir, conciliar o someter a un arbitraje una controversia

patrimonial. Si el interventor deniega la autorización, el concursado podrá gestionarla mediante incidente concursal.

Cuando se disponga la separación total o parcial del concursado en la administración de sus activos, así como sobre variaciones en las facultades de administración concursal, el tribunal dispondrá aun de oficio lo que corresponda respecto a la representación del concurso.

17.5. Anulabilidad de actos de administración y disposición

Los actos de administración y disposición de activos perjudiciales al concurso, efectuados luego de su apertura, serán anulables por la vía incidental, cuando sean realizados:

- 1- Sin la autorización del tribunal en los casos en que ésta se requiera.
- 2- Por el concursado o sus representantes legales, sin la anuencia del interventor, cuando ésta sea necesaria.
- 3- Por el concursado o sus representantes legales, cuando hubiesen sido separados total o parcialmente de la administración y disposición de los bienes concursales, luego de la inscripción respectiva en los registros públicos correspondientes.

17.6. Órganos de las personas jurídicas concursadas

Durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica concursada, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición.

El administrador o interventor concursales, asistirán y participarán en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada. A estos efectos, deberán ser convocados en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse.

Si no se cumple con la convocatoria indicada, el órgano colegiado no podrá sesionar ni aun estando presente la totalidad de sus integrantes, y los acuerdos que adopten serán anulables a solicitud del administrador, interventor o liquidador concursales, según corresponda, siempre que lo pretendan vía incidental en el proceso concursal, dentro del plazo de

caducidad de tres meses contado a partir del momento en que sean de su conocimiento el acuerdo o los acuerdos adoptados.

Los órganos colegiados de las personas jurídicas concursadas, no podrán acordar la repartición de dividendos, excedentes, bonificaciones o cualquier otra prestación, a favor de sus socios o asociados, salvo que lo habilite un acuerdo concursal adoptado y aprobado judicialmente, o sea legalmente posible cuando finalice la liquidación del patrimonio concursado.

17.7. Derecho a alimentos

Cuando los bienes inembargables e ingresos del concursado persona física sean insuficientes para su manutención y la de su núcleo familiar dependiente de él, luego de la apertura del concurso, tendrá derecho a percibir alimentos a cargo de la masa, siempre y cuando existan ingresos o bienes para ello.

No procederá el derecho a percibir alimentos cuando el núcleo familiar cuente con ingresos para su manutención o si el concursado recibe colaboración económica suficiente de sus familiares o terceros. Tampoco tendrá derecho a alimentos a cargo de la masa cuando pueda percibirlos de otras personas legalmente obligadas a ello.

La gestión del concursado se tramitará vía incidental, con la participación del administrador, interventor o liquidador concursal, según corresponda.

Comentario: Norma demasiado compleja que tiene muchos supuestos, creo que poner supuestos diferentes en una sola norma no sería lo más ideal. **17.1)** Este punto es importante que quedara claro, pues mal se entendía que en todos los procesos operaba el desapoderamiento. En cuanto a “**salvo disposición en contrario**”, esta disposición puede ser legal o judicial, dependiendo de la situación económica de cómo haya sido administrada la empresa, pues si la situación fáctica se desprende actos ilícitos o despilfarro del dinero en perjuicios de los acreedores, evidentemente sí tendrían que apartarse de la administración. Es evidente que los administradores no pueden ser los mismos que hicieron caer a la empresa en esa situación. Por el contrario, si se debe a externalidades que escapan del

control de la empresa, como puede aspectos macroeconómicos que no se pudieron prever, en este caso considero que sí podría mantenerse la misma administración u órganos de administración en la empresa. 7.2) En este inciso se indica que los poderes de disposición del concursado sobre los activos sometidos al concurso, tiene que tener la venia del interventor, cuando se trate de actos que excedan del giro ordinario de la actividad empresarial y económica o profesional del concursado parte del no giro comercial de la empresa. Esta norma es de suma importancia y parece que quienes proponen este proyecto de ley, acertaron en la misma. Lo anterior por cuanto el empresario, normalmente cuando existe un superávit, pues según se indica que ***“superávit se da cuando se generan utilidades, una parte se usa para pagar acreedores en forma de intereses o dividendos preferidos y el excedente es el rendimiento ganado por los accionistas, la firma puede repartirlos en forma de dividendos en efectivo o retenerlos para invertir en nuevos proyectos*** (Dumrauf, 2013)-, tal como indica el autor, no son una fuente gratuita por es el resultado de una acumulación obtenida en el pasado-. Normalmente cuando se da este superávit también conocido como utilidades no distribuida que puede ser total o parcial, los accionistas esperan que la empresa utilice esos fondos para generar rendimientos, los cuales pueden ser utilizados también en cualquier tipo de inversión del propio negocio o bien que sean propias del giro negocio; por ello, cuando la norma indica aquí cuando “excedan del giro del negocio” ha de concluir que son inversiones ajenas de la actividad comercial empresarial. Bajo esa deducción, hacemos referencia a lo regulado en la NIC 32, que refiere a contratos que dan lugar a un activo financiero a lo que se llama **Instrumentos Financieros**. Este tipo de contratos en que invierte la empresa, busca tener un beneficio económico por el superávit en sus utilidades y pueden ser totalmente diferentes a la actividad de la empresa. También, entraría en juego las alianzas estratégicas que pueden que no sean del giro comercial de la empresa. Cualquier tipo de inversión es evidentemente que se materializó con el dinero generado por la actividad económica de la empresa. En ese sentido, sí es acertada la norma cuando indica ***“que excedan del giro ordinario de la empresa”***, pues son instrumentos financieros que pueden no ser propios de la actividad de la empresa. Era necesario una norma de este tipo, pues los jueces no decretaban ninguna medida cautelar que se solicitaba para proteger un activo, porque indicaban el bien no era de la actividad comercial o giro del negocio de la empresa, lo cual repercutía en la pérdida

de valiosos bienes en perjuicio de los acreedores y la empresa. Gran error. La norma también indica de seguido ***“sin embargo requerirá conformidad del interventor si se pretende enajenar bienes inmuebles que sean parte del giro de la empresa”***. Debe ser más clara la norma, pues deja abierta la posibilidad que bienes muebles si puede enajenar. Considero que la locución adverbial de “sin embargo” no hace falta, porque divide el supuesto lógico que trae la norma y la pone en modo adversativa lo que no es correcto, pues en la lógica que viene la norma, lo adversativo no tiene sentido. Lo que aquí trata de proteger la norma es lo regulado en la NIC 16, propiedad, planta y Equipo, pues el objetivo de la norma ***es prescribir el tratamiento contable de propiedades, planta y equipo, de forma que los usuarios de los estados financieros puedan conocer la información acerca de la inversión que la entidad tiene en sus propiedades, planta y equipo, así como los cambios que se hayan producido en dicha inversión”*** (Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 2003). En lo que respecta bajo estas humildes consideraciones, la norma protege y resguarda de manera acertada los bienes tanto los que generan ingresos de actividades ordinarias de la empresa y que según la NIC 18 ***“Los ingresos son la entrada bruta de beneficios económicos durante el período que surge del curso de las actividades ordinarias de una entidad cuando esas entradas dan como resultado aumentos en el patrimonio”***. Como también los que se encuentren en los términos de la NIC 32 ya indicada. Esta parte de la norma es la venia que tiene que tener por parte del interventor. En cuanto a la autorización del Juez básicamente comprende lo mismo por lo que es mejor pedir de una sola vez autorización al Juez de una vez para acelerar la solicitud. Para tener las autorizaciones de esa respectiva solicitud, se tramitan en la vía incidental que está regulado en el artículo 113 del Código Procesal Civil ***“Incidente Concursal”***. **17.3)** Básicamente este es un enunciado de desapoderamiento, pero no es una imposición legal como existía antes, sino que la misma se aplica según los supuestos de esa norma, considero que bajo el principio de conservación de la empresa es necesario que el Juzgador tome las medidas adecuadas y necesarias para proteger los bienes de la empresa **17.4)** Este inciso de la norma recoge lo que se ha venido esgrimiendo. **17.5)** En cuanto a este inciso lo que se trata básicamente son de acciones concursales que tienen relación con el artículo 22.1 de esta Ley de lo cual se hará referencia en esa norma. **17.6)** Los órganos de las sociedades anónimas, entre ellos actualmente se utiliza el Gobierno Corporativo – entre los

órganos que ya son también conocido y que pertenecen propiamente a la sociedad mercantil-, entendido Gobierno Corporativo, según el informe dado por el Modelo Cadbury, *“un sistema en el cual las empresas son dirigidas y controladas por una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su consejo, sus accionistas y otras partes interesadas”*. El papel de los accionistas en el gobierno, deben nombrar a los directores y auditores y asegurarse de una buena estructura de gobierno. Las responsabilidades del consejo incluyen establecer los objetivos estratégicos, proporcionando el liderazgo para ponerlos en práctica, supervisando la gestión del negocio e informar a los accionistas sobre su administración. Según el inciso de esta norma, esos se mantendrán sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración. De mantenerse estos órganos de la empresa el Interventor o Administrador, tienen la obligación de participar en las juntas que se convoque, aun así, parece que el Interventor debe refrendar la decisión que se tome en la Junta e informarla al Juez para que le dé la eficacia debida. Cuando se hace sin la debida convocatoria, estos acuerdos pueden ser anulados; para ello tiene un plazo de tres meses que es un plazo de caducidad y por la vía incidental en el concurso. Continúa indicando la norma que los **órganos colegiados de las personas jurídicas concursadas no podrán acordar la repartición dividendos, excedentes o bonificaciones o cualquier otra prestación, a favor de sus socios o asociados**”. Las utilidades son los beneficios o la ganancia que tiene la empresa al final de periodo, tal como lo establece el Código de Comercio: *“ARTÍCULO 143.- De las utilidades netas de cada ejercicio anual deberá destinarse un cinco por ciento (5%) para la formación de un fondo de reserva legal, obligación que cesará cuando el fondo alcance el veinte por ciento (20%) del capital social. Si una vez hecha esa reserva, y las previstas en la escritura social, la asamblea acordare distribuir utilidades, los accionistas adquirirán, frente a la sociedad, un derecho para el cobro de los dividendos que les correspondan. Si el pago hubiere sido acordado en dinero efectivo, podrá cobrarse a su vencimiento en la vía ejecutiva. Servirá de título ejecutivo la certificación del respectivo acuerdo. Acordada la distribución de dividendos, la sociedad deberá pagarlos dentro de los tres meses siguientes a la clausura de la asamblea.”*. El inversionista por su aporte proporcional en la sociedad recibe parte de ese beneficio lo cual se llama dividendo. Están basados en las utilidades acumuladas y una

vez decretado se convierte en un pasivo a favor de los accionistas. Ese aporte se presenta por acciones. Existe acciones comunes u ordinarias y preferentes entre otras, permitidas por el Código de Comercio: **“ARTÍCULO 145.- Podrán establecerse en la escritura social restricciones totales o parciales al derecho de voto de los títulos o accionistas no comunes, pero en ningún caso se les privará de ese derecho en las asambleas extraordinarias que se reúnan para modificar la duración, o la finalidad de la sociedad, para acordar su fusión con otra o para establecer el domicilio social fuera del territorio de la República.”**. Las acciones comunes normalmente son de los socios fundadores **b)** acciones preferentes normalmente se utiliza para cuando una empresa quiere captar dinero, para ello, normalmente emite este tipo acciones que tiene voz pero no voto en una Junta de Accionistas. Se llama preferente porque tiene una ventaja en cuanto Las acciones preferentes especialmente poseen las siguientes características: **(i)**. Son preferentes en cuanto al pago de dividendos **(ii)**. Tienen derecho a dividendos acumulados **(iii)**. Se prefieren en caso de la liquidación de la compañía con respecto a los activos **(iv)**. La Corporación se reserva el derecho de la recompra **(v)**. No tienen poder de votación. En ese sentido, accionista común o preferente, no importa la modalidad, mientras la empresa esté en concurso no se pagan dividendos. **17.7)** Ciertamente es una norma benevolente, pues ciertamente en Costa Rica, normalmente invierten todo lo que tienen hasta ponen en riesgo sus casas para poder salvar la empresa, lo cual me parece que sería del todo acertado que tengan derecho de alimentos siempre que no cuenta con otra fuente de ingresos; aún más, me parece que sus inmuebles donde viven deben ser tratado de otra manera diferente.

ARTÍCULO 18- Efectos sobre procesos judiciales y acciones extrajudiciales

18.1. Procesos judiciales o arbitrales previos, no cobratorios

Los procesos judiciales de conocimiento o arbitrales, no cobratorios, incoados antes de la declaratoria de concurso, continuarán ante los tribunales que conocen de ellos, hasta su conclusión en firme.

Los procesos alimentarios y laborales establecidos contra el concursado, que se encuentren en fase de conocimiento, continuarán hasta el acaecimiento de sentencia firme. Sin

embargo, será innecesario el inicio o la continuación de un proceso de conocimiento laboral, cuando quien ejerza la intervención o administración concursal, reconozca directamente créditos de trabajadores, bajo su responsabilidad, si estima que se encuentran debidamente acreditados, en cuyo caso, procederá a su pago inmediato.

No se suspenderán las ejecuciones de sentencias o laudos que no consistan en el pago de sumas líquidas. Sin embargo, si en el transcurso de la ejecución sobreviniere una condena dineraria contra el concursado, su cobro deberá hacerse dentro del concurso, sin perjuicio de poder continuar con la ejecución de extremos no dinerarios o contra otras personas condenadas distintas al concursado.

18.2. Procesos previos de cobro y de ejecuciones dinerarias

Se suspenderán los procesos judiciales y extrajudiciales cobratorios y de ejecuciones dinerarias interpuestos previo a la declaratoria de concurso, únicamente en cuanto pretendan la persecución de bienes del concursado. El proceso continuará contra otros demandados y sus bienes.

No se suspenderán las ejecuciones dinerarias con respecto a bienes del concursado, cuando:

- 1-** Al momento de presentarse la solicitud o demanda del concurso, hubiere fecha señalada para remate ya debidamente notificada al concursado o su representante legal.
- 2-** Se haya ordenado la venta o liquidación de bienes por otros mecanismos diferentes al remate, debidamente comunicada al concursado o su representante legal, antes de la presentación de la solicitud o demanda del concurso.
- 3-** Se trate de créditos laborales o alimentarios, si en la ejecución se hubiera decretado o practicado embargo. No obstante, en la ejecución no se podrá apremiar otros bienes del concurso. En cualquier caso, contando a su favor con embargo o no, el acreedor siempre podrá requerir directamente a quien esté administrando el activo concursal, para que, a la mayor brevedad posible, pague lo que corresponda. De no hacerlo, lo comunicará al tribunal, quien adoptará las medidas legales inmediatas para el cumplimiento de las obligaciones. Los acreedores alimentarios y laborales con resolución ejecutoria a favor, que no hayan iniciado su ejecución, también podrán requerir directamente el pago al concurso

en los términos antes indicados. En todo caso, si hubiere insuficiencia de activos para su cancelación, se observarán las reglas establecidas por ley sobre prelación de créditos y sobre las distribuciones proporcionales de los pagos entre acreedores de una misma clasificación.

También se suspenderán las ejecuciones de bienes fideicometidos por el concursado, cuando estén destinados al ejercicio de su actividad económica o empresarial y sean necesarios para su continuidad.

18.3. Medidas cautelares decretadas en otros procesos

Salvo que se disponga lo contrario, conservarán su eficacia las medidas cautelares ordenadas previo a la apertura del concurso, en cualquier tipo de proceso.

De existir contradicción, prevalecerán las medidas cautelares que se adopten dentro del proceso concursal sobre las ordenadas en otros procesos.

Los embargos decretados y practicados previamente a la declaratoria de concurso, se conservarán a favor de la masa de acreedores, de acuerdo con el principio de igualdad y sin perjuicio de las preferencias en las clases de créditos, salvo en los casos de los procesos judiciales que no se suspenden.

Posterior a la declaratoria, sólo podrá decretarse y practicarse nuevos embargos en procesos laborales o alimentarios.

Si se hubiera adoptado en otro proceso una medida cautelar de administración o intervención de bienes productivos, en cualquier momento el tribunal concursal podrá dejarla sin efecto, modificarla o mantenerla, al regular el régimen de administración o intervención en el concurso, según convenga a los fines del proceso.

Asimismo, el tribunal concursal podrá dejar sin efecto o modificar cualesquiera medidas cautelares ordenadas en otros procesos, cuando sea indispensable para la consecución de los fines concursales.

18.4. Procesos y ejecuciones posteriores a la apertura del concurso

La apertura del concurso no impedirá la instauración de nuevos procesos judiciales o arbitrales a favor o en contra de los intereses del concurso, ante el tribunal judicial común o arbitral que corresponda, salvo que se trate de:

- 1- Pretensiones que, conforme esta ley, deban tramitarse ante el tribunal concursal.
- 2- Procesos cobratorios o de ejecuciones judiciales o extrajudiciales de obligaciones dinerarias, contra el concurso, en cuyo caso, los acreedores deberán sujetarse a lo dispuesto en esta ley.

Comentarios: **18.1)**, los procesos judiciales y extrajudiciales cobratorios, se suspenden; como también debe entenderse que corren la misma suerte los fideicomisos en garantía; pues, ésta figura ha estado inmersa en el empobrecimiento de las empresas, con el término **“patrimonio autónomo”**, se han apartado de todo proceso judicial y concursal. Vemos que todas las ejecuciones tienen que ir al concurso lo que en principio era el fuero de atracción del 767 del CPC anterior. **18.2)** Los procesos establecidos con anterioridad al concurso se tiene que suspender siempre que persigan la ejecución de los bienes del demandado. Exceptúa: **1)** que exista fecha para remate al momento de presentarse la solicitud. Esto es importante hacer una aclaración y que se ha visto. Al momento de notificar al acreedor que se está presentando el concurso ellos corren a ejecutar las garantías, me parece que el plazo debe correr a partir del momento que el accionado le notificó que iba a presentar el concurso y no de la fecha de presentación, porque entre la notificación y la presentación puede pasar un plazo en el cual, si hablamos de fideicomiso de garantía, en un mes está sin bienes la parte deudora. **2)** si ya existe venta o liquidación no tiene sentido ir al concurso; no obstante, tiene que verse que esto haya sido real y no aparente para distraer bienes al concurso, situación que tiene que valorar el interventor. **3)** Se denota de la norma un trato distinto al tema laboral y de pensión alimentaria, me parece que no se le debe dar el trato igual a lo laboral como sí sería el de pensión alimentaria.

ARTÍCULO 19- Efectos sobre los acreedores y sus créditos

19.1). Conversión de créditos dinerarios a moneda nacional e improcedencia de reajustes

Para los fines de su reconocimiento y pago, los créditos expresados en moneda extranjera, se convertirán a moneda nacional, conforme al tipo de cambio de venta oficial aplicable, al momento de la apertura del concurso.

No procederán ajustes legales, convencionales o judiciales de las obligaciones dinerarias por indexación o cualquier otro criterio económico, durante el desarrollo del proceso concursal.

Estas disposiciones no serán aplicables para los créditos respecto de los cuales esta ley permite su cobro fuera del concurso.

19.2. Suspensión del devengo de intereses

Desde el día de la declaratoria de concurso, se suspenderá el devengo de intereses legales o convencionales de los créditos dinerarios sujetos al concurso, salvo los relativos a créditos con privilegio especial, que podrán ser liquidados hasta donde alcance la respectiva garantía.

19.3. Suspensión del derecho de retención

Declarado el concurso, quedará suspendido el ejercicio material del derecho de retención sobre bienes concursales por parte de acreedores sometidos al proceso, sin perjuicio del privilegio que pudiere corresponderles para su pago. Sin embargo, cuando el concursado continúe con la administración de sus bienes, a gestión del acreedor, el tribunal podrá autorizarlo a mantener la retención, siempre y cuando no se perjudiquen los fines del proceso concursal.

Concluido el concurso en firme, si esos bienes no hubieran sido enajenados y el crédito que originó la retención aún subsiste, deberán restituirse de inmediato al titular del derecho de retención.

19.4. Compensación de créditos y obligaciones

Solo será válida y eficaz la compensación legal de créditos y obligaciones del concursado, cuando se hayan verificado los presupuestos legales antes de la declaración de apertura del concurso, aunque a esa fecha no se haya dictado resolución judicial o acto administrativo que declare la compensación.

En ningún caso será eficaz la compensación voluntaria o convencional, una vez declarado abierto el concurso.

19.5. Suspensión e interrupción de la prescripción y caducidad

Mientras los acreedores se encuentren imposibilitados de ejercitar su derecho de crédito contra el concurso, se suspenderá todo plazo de prescripción o caducidad.

Se interrumpirán los plazos de prescripción durante la tramitación del concurso abierto, respecto de los acreedores que hubiesen concurrido a hacer valer sus derechos en éste.

La suspensión e interrupción de la prescripción no se extenderá a los codeudores, deudores solidarios, avalistas, fiadores y otros obligados.

19.6. Inexigibilidad de multas y cláusulas penales

Declarado el concurso, serán inexigibles las cláusulas penales de naturaleza pública o privada, así como las multas administrativas o tributarias de cualquier naturaleza.

19.7. Medidas coercitivas contra el concurso, vinculadas a las actividades económicas, profesionales o empresariales

Para continuar las actividades económicas, profesionales o empresariales, luego de abierto el concurso, el concursado deberá efectuar las prestaciones que por ley deba cumplir con entes estatales o públicos de cualquier naturaleza.

Sin embargo, la sola moratoria anterior a la declaración del concurso, no habilitará a los acreedores de derecho público para ejercitar medidas o actos administrativos coercitivos, que impidan la continuidad de las actividades económicas del concursado.

Comentario: Es una norma que será el efecto inmediato del artículo 16 en cuanto a los efectos inmediatos. El inciso **19.1)** La norma lo que pretende hacer referenciar es a la Conversión de Estados Financieros. Esto está regulado en la NIC 21 en relación con la FASB 52 -. En cuanto a la improcedencia del reajuste refiere al ajuste por el diferencial cambiario. Esto tiene un tratamiento en la norma contable indicada y debe ser reconsiderada por esta norma de manera correcta. Cuando se refiere a moneda nacional, es la moneda de Registro que para los efectos de este país es el colón; pero hay que determinar también la moneda funcional, sea el ajuste por conversión. Indica el inciso que no se reconocerá indexación. Esto refiere al índice de precios al consumidor que refiere a un índice que nos ayuda a medir la evolución de los precios **(Valor t/valor año base)*100;**

como es también el deflactor implícito del PIB. El IPC, se usa para negociar incrementos salariales, lo cual hace a este índice muy popular, y la norma indica que no se reconocerá.

19.2) La suspensión de los intereses corren a partir de la declaratoria del concurso relacionarlo también el artículo 16 de este mismo proyecto de Ley **19.3)** En cuanto al derecho retención: Me parece acertado, más en el fideicomiso en garantía, que los bancos dan el derecho de tenencia de los bienes y cuando se presenta un proceso concursal ejecutan para desalojar al empresario de sus bienes, lo cual evidentemente como mal lo entiende unos abogados, no es un traspaso definitivo que se le da al fiduciario sino es una titularidad imperfecta. **19.4)** En cuanto al instituto de la Compensación, este se da si el deudor tiene a su vez un crédito con sus acreedores (obligación para éste), ambas obligaciones se extinguen en la cantidad concurrente (que es la deuda menor) siempre que reúnan los requisitos, el fundamento es facilitar las cosas evitando la necesidad de un doble cumplimiento cuando la prestación que uno recibiera, debería a su vez realizarla a favor del otro, su efecto es extinguir ambas obligaciones a la vez. Tiene que existir **1-** reciprocidad de acreedores, **2-** homogeneidad de las obligaciones, **3** exigibilidad de ambas obligaciones (Albaladejo, 1994) .Se encuentra regulado en Código Civil, el cual indica en su artículo 806 que indica: **“Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho, siempre que ambas deudas sean liquidas y exigibles, y de cantidades de dinero o de cosas fungibles de la misma especie y calidad”**. Cumpliendo esos requisitos, sí tiene lugar a la compensación **antes** de la apertura del concurso de lo contrario no prospera. **19.5)** La prescripción se va regir por el derecho de fondo que respalde cada obligación, se suspenderá la prescripción siempre y cuando se haya abierto el concurso y estén apersonados al concurso los acreedores; de lo contrario considero que no. En cuanto a la fianza y los codeudores que se obligaron con el concursado, en ellos no existe suspensión, sea que sí corre prescripción. **19.6)** Tampoco es posible la exigibilidad de multas y cláusulas penales. **19.7)** Norma que me parece ser totalmente acertada y no requiere mayor comentario.

ARTÍCULO 20- Efectos sobre los contratos

20.1. Continuidad de los contratos pendientes de cumplimiento

La declaración de concurso no afectará la eficacia de los contratos entre el concursado y terceros con obligaciones pendientes de ejecución, salvo disposición legal expresa en contrario.

Tratándose de contratos que solo obligan al contratante no concursado o cuyo cumplimiento pendiente solo le corresponda a él, el contrato subsistirá y deberá ser cumplido en la forma pactada.

20.2. Resolución de contratos pendientes a la declaratoria del concurso

Cuando al declararse abierto el concurso, estén pendientes de ejecución prestaciones contractuales por parte del concursado, se observarán las siguientes disposiciones:

1-El concursado, con la autorización del interventor, o el administrador concursal, según corresponda, dentro del plazo concedido para el ejercicio de derechos de acreedores en el concurso, cuando favorezca a los fines del proceso, podrá solicitar autorización judicial para resolver el contrato. Previo a su solicitud, deberá comunicárselo a la otra parte contratante por cualquier medio que demuestre fehacientemente su efectiva recepción. La comunicación deberá indicar el tribunal que tramita el proceso concursal y el número del proceso judicial. El incumplimiento de lo dispuesto en este inciso, implicará rechazo de plano de la gestión.

2- Dentro del plazo concedido para el ejercicio de derechos dentro del concurso, la otra parte contratante podrá requerir al concursado y al interventor, o al administrador concursal, según corresponda, que manifiesten en forma expresa si ejercerán la facultad de resolución del contrato, por cualquier medio que demuestre fehacientemente su efectiva recepción. Recibida la comunicación, solo podrán ejercer la facultad de resolución en el plazo de cinco días, salvo lo dispuesto para los casos de aprobación de acuerdos o liquidaciones concursales.

3- De no ejercerse la facultad de resolución en los plazos antes indicados, dentro de los cinco días siguientes, el otro contratante podrá solicitar al tribunal que declare resuelto el contrato o se le garantice adecuadamente su cumplimiento, si existe riesgo manifiesto y

grave para sus derechos e intereses, ante un eventual incumplimiento por parte del concurso. Aunque se pretenda la resolución, se podrá mantener vigente el contrato si se otorga garantía suficiente para tutelar los derechos del solicitante. Las solicitudes y autorizaciones contempladas, se sustanciarán por la vía incidental.

En caso de decretarse la resolución del contrato, si se solicita, corresponderá al tribunal decidir acerca de las indemnizaciones y restituciones que procedan.

Cuando se trate de contratos constituidos para la realización de la actividad profesional, empresarial o económica del concursado y ésta continúe total o parcialmente luego de la apertura del concurso, las indemnizaciones que se fijen, se tendrán como crédito concursal común.

20.3. Ineficacia de cláusulas contractuales

Serán ineficaces las cláusulas contractuales que establezcan la resolución del contrato o la facultad de resolverlo, por la sola declaratoria de concurso de cualquiera de los contratantes.

También serán ineficaces aquellas cláusulas que hagan más gravosas las prestaciones de uno de los contratantes en caso de apertura de concurso.

20.4. Ejecución forzosa o resolución contractual por incumplimiento

La declaratoria de apertura del concurso, no afectará la facultad de los contratantes de solicitar la ejecución forzosa, la resolución del contrato, o daños y perjuicios derivados del incumplimiento anterior o sobrevenido de la contraparte.

Cuando las acciones de ejecución forzosa o resolución contractual se pretendan ejercer contra el concurso, se tramitarán ante el tribunal concursal, mediante la vía incidental.

Aunque exista incumplimiento del concursado, atendiendo al interés del concurso, el tribunal podrá ordenar la continuación del contrato o su resolución.

Cuando lo pretendido hubiese sido la resolución del contrato y en sentencia se disponga su continuación, las prestaciones debidas al otro contratante se considerarán a cargo de la masa.

Si se dispone la resolución del contrato, se extinguirán todas las obligaciones pendientes de vencimiento. Las obligaciones vencidas por incumplimientos del concursado anteriores a la declaratoria del concurso, se incluirán en éste como créditos a favor del no incumplidor, en calidad de créditos concursales comunes. Si el incumplimiento es posterior a la declaratoria de concurso, los créditos que se deriven, serán satisfechos con cargo a la masa.

20.5. Enervación del vencimiento anticipado de obligaciones del concursado

Cuando un contrato de préstamo o de financiamiento hubiera vencido anticipadamente por la falta de pago de cuotas de capital o intereses devengados, acaecida dentro de los tres meses anteriores a la solicitud de apertura del concurso, el concursado con la conformidad del interventor, o la administración concursal, según corresponda, podrá dejar sin efecto el vencimiento anticipado, antes de la expiración del plazo para el ejercicio de derechos dentro del concurso.

Para ello, deberá comunicárselo a la otra parte contratante por cualquier medio que demuestre fehacientemente su efectiva recepción. La comunicación deberá indicar el tribunal que tramita el proceso concursal y el número de expediente judicial.

Además, el promotor deberá consignar ante el tribunal concursal las sumas debidas a ese momento. Continuará pagando al acreedor las cuotas o tractos sucesivos, según lo previsto en el contrato, a cargo de la masa.

Dentro de los cinco días siguientes de recibida la comunicación, el acreedor podrá oponerse por haber establecido con anterioridad a la declaratoria de concurso, acciones judiciales o extrajudiciales tendientes al cobro total de lo debido; o cuando considere insuficientes las sumas consignadas a su favor. Su oposición se tramitará por la vía incidental.

20.6. Enervación de desahucios por falta de pago

Cuando lo consideren necesario para los fines del concurso y siempre que no se haya practicado el desalojo, el concursado con la conformidad del interventor, o el administrador concursal, según corresponda, antes del vencimiento del plazo para el ejercicio de derechos dentro del concurso, podrán enervar un proceso judicial tendiente al desahucio por falta de pago, establecido antes de la declaratoria de concurso, si se consigna ante el tribunal común

que conoce de dicho proceso, las sumas debidas por alquileres y otros rubros que por ley o contrato le corresponda, así como las costas ocasionadas al arrendador con ocasión de aquella demanda judicial.

20.7. Contratos laborales

Declarado el concurso de un patrono o empleador, se aplicarán a los trabajadores y a quienes dejen de serlo durante su trámite, las disposiciones de la legislación laboral, sin perjuicio de lo que disponga la presente ley sobre clasificación de créditos y su pago.

20.8. Cláusulas de pago automático de créditos

Salvo que se disponga lo contrario en el concurso, quedarán sin efecto las cláusulas contractuales de pagos automáticos de créditos con cuentas corrientes, de ahorros, deducciones salariales u otras similares. Los saldos insolutos a ese momento, deberán cobrarse conforme a la regulación del proceso concursal.

Comentario: Normas que contiene similitud con la Ley de Uruguay 18937/2012. **20.1)** Es claro que si la parte concursada tiene contratos continuos adquiridos antes de la solicitud y siendo que se espera beneficios - pues se parte que son ingresos para el mismo concurso -, deben ser continuados. Pero no es una cuestión de eficacia – me parece-, sino de cumplimiento del contrato en los términos pactados, pues si el contrato estaba siendo ejecutado ya tenía su eficacia, sea que existen obligaciones recíprocas de hacer, no hacer, y de dar, sería en este caso rescindirlo, pero en ese hipotético caso, estaríamos ante otro supuesto que se requerirá aprobación. **20.2)** En este apartado son contratos pendientes de formalizar **1-** Habría que determinar el término “resolver el contrato” como también definir “plazo concedido” bajo el contexto de este sub-inciso, considero que debe ser mejor redactado. **2-** Habría que aclarar este sub-inciso bajo el contexto del inciso anterior debidamente redactado. **3)** creo que se requiere la misma contextualización del inciso primero. **20.3)** Considero que el inciso es correcto, pues en los contratos de hipotecas y de fideicomisos de garantía, tiene por costumbre poner este tipo de cláusulas mismas que deben anularse o tenerse como no puestas. **20.4)** Ha de suponerse que la ejecución del contrato, resolución por incumplimiento obedece por la situación de la apertura del concurso, pues la contraparte está en una situación de inseguridad, pero debe ser mejor

redactada, para evitar confusión como sí lo tiene la Ley de Uruguay. **20.5)** En cuanto a la enervación es interesante la norma, pues evita la ejecución de sus bienes que están dentro del concurso. Importante ver que establece un plazo de trimestral de la presentación de la solicitud a la fecha de exigibilidad de la obligación. Para ello la norma requiere de ciertos presupuestos: **1-** plazo de tres meses, **2-** comunicación efectiva al acreedor debidamente demostrado su notificación **3-** demostrar al Tribunal concursal las sumas debidas **4)** continuidad de pago al acreedor. Si el acreedor no está satisfecho con esa enervación puede oponerse en 5 días de lo contrario se tendrá por hecha la enervación. Se considera que es una buena técnica para suspender procesos que establezcan en perjuicio del concursado. **20.6)** Necesaria era una norma de este tipo, pues si es para la continuidad del negocio, es posible enervar el proceso de desahucio. **20.7)** Básicamente el contrato de relación patrono y colaborador – para usar un término más moderno -, se mantienen en los términos del Código de Trabajo. **20.8)** Parece bien la norma, por cuanto obliga a todos los acreedores a tener su igualdad con los demás.

ARTÍCULO 21- Efectos respecto de terceros

21.1. Cumplimiento de prestaciones a favor del concurso

Desde la publicación del concurso o desde que tuviesen conocimiento de su apertura previo a ésta, los terceros que deban realizar pagos o cumplimiento de prestaciones de cualquier naturaleza al concursado, los harán a quien corresponda la administración de los activos del concurso. Serán ineficaces aquellos que se ejecuten en contravención a lo dispuesto en esta norma, únicamente si perjudican intereses concursales.

21.2. Bienes en poder de terceros

Desde la publicación del concurso o desde que tuviesen conocimiento de su apertura previo a ésta, los terceros que tengan en su poder bienes del concurso, deberán comunicarlo a quien ostente la administración concursal dentro de los cinco días siguientes, por cualquier medio que demuestre fehacientemente su efectiva recepción. De no hacerlo, serán responsables de los daños y perjuicios que pudieren ocasionar al concurso.

21.3. Terceros garantes y codeudores de las obligaciones del concursado

La declaratoria de concurso, por sí sola, no extinguirá las garantías reales y personales otorgadas por terceros a favor del concursado. Igual regla se aplicará para codeudores o coobligados.

21.4. Personas especialmente relacionadas con el concursado persona física

Se considerarán personas especialmente relacionadas con el concursado persona física y sujetas a las disposiciones especiales que les concierne en esta ley:

- 1- El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la solicitud de concurso.
- 2- Las personas que convivan o hubieran convivido habitualmente con el concursado, dentro de los dos años anteriores a la solicitud de concurso.
- 3- Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de su cónyuge o conviviente que convivan con él o hubieran convivido dentro de los dos años anteriores a la solicitud de concurso.
- 4- Los cónyuges o convivientes de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.
- 5- Los demás parientes del concursado por consanguinidad o afinidad, hasta tercer grado.
- 6- Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los incisos 1, 2, 3 y 4. así como las demás personas que integren su mismo grupo de interés económico.
- 7- Los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los incisos 1, 2, 3 y 4.
- 8- Las personas jurídicas administradas de hecho o de derecho por cualesquiera de las personas indicadas en los incisos 1, 2, 3 y 4.

21.5. Personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica

Se considerarán personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica e igualmente sujetas a las disposiciones especiales que les concierne en esta ley:

- 1- Los socios o asociados que conforme a la ley sean ilimitadamente responsables de las obligaciones de la persona jurídica concursada y aquellos otros que sean titulares de al menos un veinte por ciento de su capital.
- 2- Cuando los socios o asociados especialmente relacionados de acuerdo con el inciso anterior, sean personas físicas, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la concursada, sus ascendientes, descendientes, hermanos y su cónyuge o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la solicitud de concurso; o las personas que convivan o hubieran convivido habitualmente con él dentro del período indicado.
- 3- Los administradores, de derecho o, de hecho, sus representantes legales y los liquidadores del concursado persona jurídica; así como quienes lo hubiesen sido dentro de los dos años anteriores a la solicitud de concurso.
- 4- Quienes integren el mismo grupo de interés económico con la persona declarada en concurso.

21.6. Personas especialmente relacionadas con el patrimonio autónomo concursado

Se considerarán personas especialmente relacionadas con el patrimonio autónomo concursado y quedarán sujetas a las disposiciones especiales que les concierne en esta ley:

- 1- Sus representantes legales, administradores de hecho o de derecho, y quienes lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la solicitud de concurso.
- 2- Las personas físicas o jurídicas beneficiarias de dichos patrimonios.
- 3- Las personas físicas o jurídicas especialmente relacionadas con los sujetos indicados en los dos incisos anteriores, conforme a los supuestos de los artículos 21.4 y 21.5.

Comentario: **21.1)** efectivamente los terceros que deban dinero a favor del concursado deben acreditar los pagos debidos en el concurso, pues el hecho de que se habrá el concurso no quiere decir por ello, que exime de pago a los deudores con la persona u empresa que se encuentra el proceso **21.2)** siguiente la línea anterior, deben informa a quien ostente la administración del concurso la razón por la cual tiene en su poder dichos bienes. **21.3)** misma razón de las anteriores. **21.4)** En cuanto a estas personas relacionadas, no se determina la trascendencia que tenga; por lo menos no lo deja ver la norma, **21.5)** En cuanto a estas personas relacionadas, no se determina la trascendencia que tenga; por lo menos no lo deja ver la norma.

ARTÍCULO 22- Efectos sobre los actos perjudiciales al concurso

22.1. Acciones de nulidad e ineficacia previstas por la legislación común

Las acciones de nulidad e ineficacia de actos y contratos previstas por la legislación común en favor de acreedores, podrán ser ejercidas también por quien ostente la representación o administración del concurso. Cuando el concursado continúe con la representación, requerirá la anuencia del interventor.

22.2. Inoponibilidad de pleno derecho de actos a título gratuito

Serán inoponibles al concurso, los actos realizados por el concursado a título gratuito, dentro de los dos años anteriores a la solicitud de apertura. Se considerarán gratuitos los actos en que lo recibido por el concursado sea notoriamente inferior a la contraprestación cumplida por él.

Sin embargo, conservarán su eficacia, las liberalidades con carácter remunerativo o conformes a los usos y costumbres, siempre que no sean desproporcionadas, tomando en cuenta el motivo que las originó, el valor de lo entregado y su relevancia en el patrimonio concursal.

22.3. Inoponibilidad de pleno derecho relacionada con actos a título oneroso

Serán inoponibles al concurso, salvo que se acredite que no le son perjudiciales, los actos realizados por el concursado dentro de un año anterior a la solicitud de apertura, en los siguientes casos:

- 1- La constitución o ampliación de garantías reales o fiduciarias, sobre bienes del concursado, a favor de obligaciones preexistente o de nuevas contraídas en sustitución de éstas.
- 2- El pago de obligaciones no vencidas al momento de la solicitud del concurso.
- 3- El pago o la novación objetiva de obligaciones dinerarias, líquidas y exigibles, si se realizan con otro tipo de bienes, salvo que sea acorde con la costumbre o lo pactado.

En ningún caso serán ineficaces los actos realizados en condiciones normales por el concursado, con ocasión del giro ordinario de sus actividades profesionales o empresariales.

22.4. Inoponibilidad concursal ordinaria

Se podrá demandar la ineficacia frente al concurso, de otros actos de disposición del patrimonio realizados dentro de los cinco años anteriores a la solicitud de apertura, si se hubiera causado perjuicio a la masa de acreedores, cuando el concursado conozca o haya debido conocer el efecto lesivo de su acto. Tratándose de actos a título oneroso, será necesario además que quien contrató con el concursado, conozca o haya debido conocer el perjuicio.

Se presume, salvo prueba en contrario, el conocimiento del estado de insuficiencia patrimonial, por parte de las personas especialmente relacionadas con el concursado que contrataron con él.

22.5. Legitimación y procedimiento de inoponibilidad concursal

Quien ostente la representación o administración del concurso, tendrá legitimación para interponer, por cuenta de éste, las acciones concursales de inoponibilidad establecidas en esta norma. Cuando el concursado lo represente, requerirá la anuencia del interventor. El interventor podrá ejercer estas acciones, cuando el concursado o sus representantes legales no las formulen dentro del plazo de treinta días luego de la recepción de la comunicación

que los inste a ello, con la identificación del acto o contrato cuestionado y su fundamento jurídico.

Cualquier acreedor reconocido podrá requerir a quien represente al concurso, por cualquier medio que acredite fehacientemente su recepción, el ejercicio de alguna acción de inoponibilidad frente al concurso, para lo cual identificará el acto o contrato cuestionado y su fundamento jurídico. Transcurridos treinta días desde la recepción de la comunicación, sin que el representante del concurso hubiere interpuesto la acción de inoponibilidad, el acreedor requirente estará legitimado para promoverla, por su cuenta y riesgo. Los acreedores cuyas acciones de inoponibilidad concursal prosperen, tendrán respecto de los bienes o derechos objeto de la acción, derecho preferente a percibir el pago de hasta el cincuenta por ciento del saldo de su crédito, así como el reembolso de los gastos de ese proceso.

Las acciones de inoponibilidad concursal reguladas en esta ley, se tramitarán por la vía incidental.

22.6. Sentencia estimatoria y efectos de la inoponibilidad concursal

La sentencia que acoja la acción de inoponibilidad concursal, dispondrá la ineficacia frente al concurso y ordenará lo que corresponda para su ejecución. No se afectarán los derechos de los terceros adquirentes de buena fe.

La declaratoria de ineficacia condenará a la parte demandada a reintegrar a la masa activa los bienes o derechos adquiridos con el acto ineficaz, junto con los frutos percibidos. Cuando no sea posible, se condenará a la entrega del valor que tenían al momento de la realización del acto impugnado, así como los intereses legales respecto de dicho valor, a partir de esa fecha.

Cuando los demandados partícipes del acto inoponible y los terceros sub adquirentes, hubiesen actuado de mala fe o con conocimiento del estado de insuficiencia patrimonial del concursado, aun de oficio, se les condenará solidariamente a resarcir los demás daños y perjuicios ocasionados al concurso.

Los contratantes y terceros incidentados que deban restituir lo recibido o percibido; podrán ejercer sus derechos como acreedores comunes del concurso, limitado al valor de las prestaciones que hubiesen realizado, salvo que hubiesen actuado de mala fe o con conocimiento del estado de insuficiencia patrimonial del concursado, en cuyo caso se les tendrá como acreedores subordinados. Si es procedente, la sentencia del incidente deberá establecer la suma líquida a que tienen derecho.

22.7. Prescripción de la acción de inoponibilidad concursal

La acción de inoponibilidad concursal regulada en esta norma prescribe a los cinco años, contados a partir del momento en que pudo haber sido ejercida.

Comentario: 22.1) Son acciones concursales o de revocatorias. Importante destacar con acierto que la norma parte de únicamente dos conceptos: **nulidad e ineficacia**. La norma es clara en cuanto a la nulidad y la ineficacia de esos instrumentos otorgados - esto es importante-, en perjuicio de la masa de acreedores; por ello, tiene una particularidad diferente al régimen de nulidades que se alegan entre partes contratantes en un proceso ordinario en relación al régimen de nulidades por acciones concursales: **(i) LA NULIDAD:** La nulidad de un contrato refiere cuando no produce los efectos jurídicos porque existe desde su otorgamiento una nulidad absoluta, por un vicio en su confección que lo invalida, pues se ha realizado contrario al ordenamiento jurídico; como también carece de los elementos esenciales para su perfeccionamiento. Artículo 835 del Código Civil. No tiene causa está viciado por dolo, error o capacidad, hay nulidad absoluta y relativa la cual esta última es un tipo de ineficacia (Picazo, 1979). Vemos que la norma no hace alusión a la anulabilidad o nulidad relativa del artículo 838 del Código Civil. **(ii) INEFICACIA:** En cuanto a la ineficacia de un contrato esta se da cuando al momento del otorgamiento del contrato éste cumple con todo lo estipulado por la norma jurídica y reúne todos los requisitos de validez; pero, el fin que persiguen es otro, es un aspecto de vicio en la voluntad; o sea, que existe una discrepancia entre lo realizado por la parte y el fin requerido pues existen causas extrínsecas que lo afectan. **22.2) DONACIÓN:** La acción concursal sobre actos gratuitos referido a la donación, entendida esta como un acto de liberalidad en el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que acepta, es inoponible a la masa de acreedores. Vemos en este inciso indica que no es oponible a la

masa de acreedores los actos gratuitos realizados por el concursado dos años antes de la solicitud. Es evidente que una donación hecha por el deudor, si ésta se realiza dentro del plazo de los dos años, afecta al concurso u a la masa de acreedores y por ello no es oponible a él. En ese sentido contrario, si se hizo después de dos años hay oponibilidad por parte del oponible, porque el contrato si tiene su eficacia. Importante también ver, que aún que ese acto gratuito haya sido otorgado dentro del plazo de esos dos años, también puede ser oponible al concurso si se logra demostrar que no es inferior a la contraprestación cumplida; pese, a estar dentro de los dos años, si es oponible. Aquí el Juez va a tener que valorar bien, porque es una forma de sacar provecho de esta norma por parte de algunos. Se puede suponer que los dos años establecidos en cuanto a los actos gratuitos, estaríamos casi en los supuestos del llamado anteriormente periodo sospecha. **22.3)** todos estos aspectos de inoponibilidad son aspectos de eficacia relativa. Para ello, son procedente acciones como la Revocatoria o pauliana consagradas en el artículo 848 del Civil, que indica:

- “ ARTÍCULO 848.- Aunque su crédito estuviere sujeto a condición o a término, el acreedor puede demandar judicialmente que se decrete la ineficacia a su respecto, de los actos de disposición del patrimonio mediante los cuales su deudor cause perjuicio a sus derechos, si concurren las siguientes condiciones:**
- a) Que el deudor conozca el perjuicio que su acto causa a los derechos del acreedor, o bien, si dicho acto fuese anterior al nacimiento del crédito, que hubiera sido preordenado dolosamente para frustrar la satisfacción de éste;**
 - b) Que además, tratándose de acto o título oneroso, el tercero conozca el perjuicio, y si el acto fue anterior al nacimiento del crédito, que participara en la preordenación dolosa. Para los efectos de la presente norma se consideran actos a título oneroso las prestaciones de garantía aun por deudas ajenas, siempre y cuando sean contextuales al crédito garantizado. No está sujeto a revocación el cumplimiento de una deuda vencida.**

La ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe. Quedan a salvo los efectos de la inscripción de la demanda de revocación en el Registro Público (Así reformado por artículo N° 2 de la Ley N° 4327 de 17 de febrero de 1969).”

Así también la simulación regulada en el artículo 905 del Código Civil que indica:

“ ARTÍCULO 905.- Son también anulables a solicitud del curador o de cualquier acreedor interesado, sin restricción respecto al tiempo en que se hubieren celebrado:

1º.- Los actos o contratos en que ha habido simulación, entendiéndose que la hay cuando las partes afirman o declaran cosas o hechos que no son ciertos.

2º.- Las enajenaciones a título oneroso o gratuito, cuando la otra parte hubiere sabido que el deudor ejecutaba el acto o hacía el contrato con el fin de sustraer la cosa o su valor total o parcial de la persecución de sus acreedores..”

En este caso del inciso, se trata de actos a título oneroso como inoponibles de pleno derecho. Le reduce a un año el plazo de caducidad; pero, indica la norma que en ningún caso serán ineficaces los actos realizados en condiciones normales por el concursado con ocasión al giro ordinario de sus actividades profesionales o empresariales; lo que sucede es que este inciso propiamente en sus sub-incisos 1 al 3, son propios de las actividades empresariales y profesionales de muchos, sea es una norma que no va a tener efecto alguno a mi humilde parecer. **22.4)** Es una acción por simulación, y amplía el plazo para ejercer la acción cinco años, lo que sucede es que tratándose de cuestiones onerosas es difícil probar. Existen muchos precedentes, referente a este tipo de figuras; sin embargo, considero que no es bueno llenar este comentario con jurisprudencia porque el que esté interesado, puede acceder al portal del Poder Judicial Nexus <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/> para así tener toda la jurisprudencia que se requiera. Es una cuestión de respeto para el lector. **22.5)** En el caso de la legitimidad la tiene el interventor, el concursado debidamente autorizado por el interventor, el creador previo cumplimiento de requisitos. **22.6) Tramite:** Su trámite es expedito, por la vía incidental y no afectará los derechos de terceros de buena fe. En párrafo segundo se indica que ordenará a la parte demanda a reintegrar a la masa activa el patrimonio el patrimonio con el acto ineficaz. Me parece que no es una cuestión de ordenar al demandado que reintegre el bien. Si el Juez considera la ineficacia que existe, anula el acto o contrato que está viciado y mediante ejecutoria de sentencia al Registro Público modifica los efectos que se dieron en la resolución, puede hasta incluso, tenerlo como

activo del concurso; si por el contrario el acto o contrato es ineficaz, el bien quedará a nombre de la persona que tiene la titularidad pero; pero responderá por las obligaciones de la masa; o sea, que quedará respondiendo el bien por las obligaciones y puede rematarse, para tal efecto puede ponerse en posición al interventor de los bienes; y si son inmuebles inmovilizar la finca. Si se logra demostrar la colusión de los que participaron en el contrato, es procedente condenarlos en costas. Si los demandados no devuelven el bien, se le seguirá causa penal, pronunciamiento que tiene que hacer la sentencia incidental. Pero vemos en esta norma que un proceso de tal magnitud que se tramita en la vía ordinaria mediante un proceso de conocimiento, aquí se tramite como un proceso incidental; es por esa razón, que considero, que al ser un “Incidente Concursal”, debe tener una regulación propia del incidente, porque son aspectos sumamente complejos que se discuten en esos procesos. También el régimen recursivo que se va aplicar, por ejemplo, si tiene apelación, casación, y qué efectos tiene en el proceso principal, si son efectos suspensivos o devolutivos, porque en este caso de acciones concursales, se está refiriendo el pronunciamiento a activos que tiene el concurso, por ello, debe quedar bien definido este aspecto de la articulación concursal.

GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO SEGÚN PROYECTO DE LEY

El capítulo tercero llamado disposiciones especiales, sección I, refiere a pequeños concursos, para delimitarlos a una lista en la que participan **1-** Persona físicas no empresarias, **2-** El de personas empresarias, físicas o jurídicas que no cuenten con más de diez trabajadores, ni más de diez acreedores concursales comunes. Pese a que este capítulo se tratará más adelante, considero necesario, traer en este primer ensayo sobre los comentarios a la Ley Concursal, analizar lo referente a la sección II, de ese capítulo, que refiere a Grupos de Interés Económico.

SECCIÓN II

GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO Y PERSONAS ILIMITADAMENTE RESPONSABLES

ARTÍCULO 63- Procesos concursales de grupos económicos

63.1. Solicitud conjunta

Cuando dos o más personas físicas o jurídicas constituyan en forma permanente un grupo económico, deberán formular de manera conjunta la solicitud de apertura del proceso concursal, incluyendo a todos los integrantes. Se expondrán los hechos en los cuales fundan la existencia del agrupamiento y su exteriorización, además de cumplir los requisitos establecidos por esta ley para la solicitud de inicio.

Se indicará, además de la situación patrimonial de cada uno de los integrantes, aquella consolidada del agrupamiento y la forma en la cual se propone integrarlos en la propuesta de solución a la crisis patrimonial.

63.2. Inclusión de integrantes del grupo en solicitud de acreedores u otros entes legitimados

En la solicitud de apertura del proceso concursal, formulada por acreedores u otros entes legitimados, cuando se incluyan otros integrantes de un grupo económico, deberán especificarse los hechos que evidencien las condiciones necesarias para la configuración del conjunto y la prueba respectiva.

63.3. Supuestos de constitución de grupos de interés económico

Para los efectos de un proceso concursal, se consideran integrantes de un mismo grupo de interés económico:

- 1-** La persona física o jurídica que, bajo la apariencia de la actuación de la persona deudora, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en perjuicio de sus acreedores.

2- La persona controlante de la persona jurídica concursada, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada a favor de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

3- Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas que conforme a esta ley se consideran especialmente relacionadas con él, o bien por sus administradores de hecho o de derecho, cuando los controlantes hayan desviado indebidamente el interés de las controladas, sometiéndolas a una dirección unificada a su favor o del grupo económico del que forman parte.

4- Toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial con el concursado, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.

63.4. Personas controlantes

Para los fines del proceso concursal, se consideran controlantes de un grupo:

1- Aquella persona que en forma directa o por intermedio de otra persona a su vez controlada, ostenta participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social.

2- Cada una de las personas que, actuando conjuntamente, ostenten participación con los votos suficientes para formar la voluntad social y sean responsables de desviar indebidamente el interés de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada a favor de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

63.5. Efectos de la determinación del grupo

La sentencia que declare la existencia de un grupo de interés conforme a esta ley, determinará la extensión del concurso a sus integrantes.

Cuando esté fundada en la confusión patrimonial, habrá masas activa y pasiva únicas, considerándose para todos los efectos el concurso como de un único deudor. De llegarse a la liquidación del patrimonio, se hará en forma unificada y se hará la repartición del producto entre todos los acreedores concursales, sin distinción de origen.

En los demás casos, cuando se formulen propuestas de solución a la crisis, estas deberán especificar la forma cómo participarán cada uno de los integrantes del grupo, con la debida

justificación. Los acreedores concursales de cada uno tendrán derecho a votar lo relativo a la aprobación de las propuestas que los afecten. Si se tuviere que realizar la liquidación, la correspondiente a cada integrante del grupo se tramitará separadamente y también se considerarán como separados los bienes y créditos pertenecientes a cada concursado. Los remanentes de cada masa separada, luego de las liquidaciones independientes, se integrarán en un fondo común en el proceso original, el cual será distribuido entre los acreedores no satisfechos por la liquidación de la masa en que participaron, con respecto a las reglas de prelación y de proporcionalidad entre acreedores de una misma clase.

Todos los procesos deberán contar con un único interventor, administrador o liquidador, salvo que por la complejidad de las actividades o por otra causa justificada, el tribunal estime necesario nombrar interventores, administradores o liquidadores específicos para algún integrante del grupo.

Comentario: Es importante indicar para todos los efectos de negocios, un Grupo de Interés Económico, no podría configurar o adecuarse dentro de los supuestos del Capítulo Tercero artículo 61 de esta Ley que refieren a pequeños concursos; además, ya se encuentra en los supuestos 4.1.3. La complejidad que envuelve a un G.I.E, es tan amplia, pero tan amplia, que no podría entrar dentro del contexto de este capítulo. Analicemos la norma una por una para determinar si lo que estoy indicando es cierto o no lo es. Como se definió en su oportunidad se define Grupo de Interés Económico como: **“conjunto de sociedades que independientes cada una ellas, son conglomeradas bajo el control o no de una sociedad también independientemente considerada, para un fin empresarial y reguladas por el régimen legal respectivo”**. Esta definición abarca la autonomía que cada una de las mercantiles puede tener, pero dependiente de la sociedad madre o holding, con el objetivo de tener un beneficio empresarial o general - que es el lucro- de todas ellas **consideradas**”. También se indicó los presupuestos para considerar que estamos ante un Grupo de Interés Económico, entre ellas: (López, 2020) **“es necesario poder determinar cuándo estamos ante un G.I.E y cómo está constituido ese Grupo, también conocido como conglomerado de empresas o grupo de empresas, pues no se puede partir de que existe un Grupo porque un representante de una sociedad, es también representante de otras, este no es necesariamente un presupuestos para establecer un GIE. Debe de**

analizarse a más profundidad; como por ejemplo a nivel contable -Estados Financieros Consolidados-, que luego nos referiremos.

Un presupuesto que nos puede dar un indicio que no es encontramos ante un GIE, es la forma de cómo está constituido, por ejemplo, la existencia de Holding, podría dar un aproximado que estamos ante ese grupo. Pero, también no necesariamente por ser una Holding está tendría que existir este grupo, pues puede ser que solo estén por un acuerdo conjunto. Por tanto, determinar este conglomerado empresarial se requiere de otro elemento que es esencial. Este es un elemento que nos puede dar en realidad el significado de Grupo de Interés Económico. Esto se puede determinar claramente mediante la votación en las Asambleas que se haga y que esta tenga mayoría de votos. También puede respaldar este criterio los Estados Financieros consolidados. Tan es así que Modificación del Código de Comercio español en el Apartado uno, sección segunda, «De las cuentas anuales», del título III del Libro primero del Código de Comercio, dispuso en el artículo 42 de la Ley de España indica:

«Artículo 42.

1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.**
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.**
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.**

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado (.....)”.

Por su parte la Comunidad Europea, también ha regulado en ese sentido el conglomerado de empresas al indicar:

“ (.....) En la Séptima Directiva del Consejo, celebrada ya el de 13 de junio de 1983 basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado , relativa a las cuentas consolidadas (83/349/CEE) EL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y , en particular , la letra g) del apartado 3 de su artículo 54 ,Vista la propuesta de la Comisión (1) ,Visto el dictamen del Parlamento Europeo (2) ,Visto el dictamen del Comité económico y social (3) ,

Considerando que el Consejo adoptó , el 25 de julio de 1973 , la Directiva 78/660/CEE (4) , dirigida a coordinar las legislaciones nacionales sobre las cuentas anuales de ciertas formas de sociedades ; que un número importante de sociedades forman parte de grupos de sociedades ; que un número importante de sociedades forman parte de grupos de empresas ; que se deben establecer cuentas consolidadas para que la información financiera sobre estos grupos de empresas sea conocido por los asociados y por terceros ; que , por ello , se impone una coordinación de las legislaciones nacionales sobre las cuentas consolidadas a fin de cumplir los objetivos de comparabilidad y equivalencia de estas informaciones ;

Considerando que , para determinar las condiciones de consolidación , es preciso considerar no solamente los casos en que el poder de control se base en una mayoría de los derechos de voto sino también los casos en que se base en acuerdos , cuando éstos estén permitidos; que , por otra parte , es necesario permitir a los Estados miembros en que esto se produzca, regular los casos en los que , en ciertas circunstancias , se haya producido un control efectivo basado en una participación minoritaria ; que es necesario , en fin , permitir a los Estados miembros regular el caso de los grupos de empresas que se encuentran entre sí en una situación de igualdad;

Considerando que el fin de la coordinación en materia de cuentas consolidadas es proteger los intereses ligados a las sociedades de capitales ; que esta protección supone el principio del establecimiento de cuentas consolidadas cuando tal sociedad forme parte de un grupo de empresas y que estas cuentas consolidadas se establecen obligatoriamente , al menos cuando dicha sociedad es una sociedad matriz ; que , por otra parte , es necesario , para una plena información , que cuando una empresa filial es , ella misma , una empresa matriz, establezca cuentas consolidadas ; que , sin embargo , tal empresa matriz puede , y en ciertas condiciones debe , ser dispensada de establecer tales cuentas consolidadas siempre que sus asociados y los terceros estén suficientemente protegidos ;

Considerando que para los grupos de empresas que no superen un cierto volumen , puede justificarse una exención de la obligación de establecer cuentas consolidadas ; que , en consecuencia , importa establecer límites máximos para tal exención ; que de ahí resulta que los Estados miembros pueden bien disponer que el sobrepasar la cifra límite fijada por uno solo de los tres criterios sea suficiente para que no se aplique la exención bien adoptar límites inferiores a los establecidos en la Directiva ;

Considerando que las cuentas consolidadas deben dar una imagen fiel del patrimonio , de la situación financiera de los resultados del grupo de empresas comprendidas en la consolidación ; que , a este efecto , el principio es que la

consolidación debe englobar todas las empresas de dicho grupo ; que esta consolidación debe llevar consigo la inclusión plena de elementos de activo y de pasivo , de los recursos y de las obligaciones de estas empresas con mención distinta de los intereses de las personas que no pertenezcan a este grupo ; que , sin embargo , deben efectuarse las necesarias correcciones para eliminar los efectos de las relaciones financieras entre las empresas consolidadas ;

Considerando que se debe definir un cierto número de principios en materia de establecimiento de cuentas consolidadas y de valoración en el marco de estas cuentas, para garantizar que éstas agrupen elementos coherentes y comparables, en lo que respecta tanto a los métodos seguidos para su valoración como a los períodos contables que se tengan en cuenta;

Considerando que las participaciones en el capital de las empresas en las que ejerzan una influencia notable las empresas comprendidas en la consolidación deben incluirse en las cuentas consolidadas de acuerdo con el método de equivalencia;

Considerando que es indispensable que el apéndice de las cuentas consolidadas contenga informaciones precisas sobre las empresas que se vayan a consolidar;

Considerando que pueden mantenerse, sin perjuicio de un reexamen ulterior, ciertas excepciones, previstas inicialmente, de manera transitoria en la Directiva 78/660/CEE,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

SECCIÓN I

Condiciones de establecimiento de las cuentas consolidadas

Artículo 1

1. Los Estados miembros impondrán a toda empresa sujeta a su derecho nacional la obligación de establecer cuentas consolidadas y un informe consolidado de gestión si esta empresa (empresa matriz):

a) tiene la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o asociados de una empresa (empresa filial); o

b) tiene el derecho de nombrar o revocar a la mayoría de los miembros del órgano de administración , de dirección o de control de una empresa (empresa filial) y es al mismo tiempo accionista o asociada de esta empresario

c) tiene derecho de ejercer una influencia dominante sobre una empresa (empresa filial) de la que es accionista o asociada , en virtud de un contrato celebrado con ella o en virtud de una cláusula estatutaria de tal empresa , cuando el derecho del que dependa esta empresa filial permita que quede sujeta a tales contratos o cláusulas estatutarias ; los Estados miembros podrán no prescribir que la empresa matriz sea accionista o asociada de la empresa filial . Los Estados miembros cuyo derecho no prevea tal contrato o tal cláusula estatutaria no estarán obligados a aplicar esta disposición; o

d) sea accionista o asociada de una empresa y

aa) la mayoría de los miembros del órgano de administración , de dirección o de control de esta empresa (empresa filial) , en función durante el ejercicio y en el ejercicio anterior y hasta el establecimiento de cuentas consolidadas , hayan sido nombrados por efecto del solo ejercicio de sus derechos de voto; o

bb) que ella sola controle, en virtud de un acuerdo celebrado con otros accionistas o asociados de esta empresa (empresa filial) la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o asociados de ésta. Los Estados miembros podrán adoptar disposiciones más detalladas relativas a la forma y contenido de este acuerdo.

Los Estados miembros impondrán , al menos , la reglamentación que figura en el punto bb)

Podrán subordinar la aplicación del punto aa) al hecho de que el porcentaje de la participación sea igual o superior al 20 % de los derechos de voto de los accionistas o asociados .

Sin embargo , el punto aa) no será aplicable si otra empresa tiene , respecto a esta empresa filial , alguno de los derechos a que se refieren las letras a) , b) o c) .

2 . Además de los casos contemplados en el apartado 1 y hasta una coordinación posterior, los Estados miembros podrán imponer a toda empresa sujeta a su derecho nacional el establecimiento de cuentas consolidadas y de un informe consolidado de gestión cuando esta empresa (empresa matriz) posea en otra empresa (empresa filial) , una participación en el sentido del artículo 17 de la Directiva 78/660/CEE , y

a) ejerza efectivamente sobre ésta una influencia dominante o

b) ella misma y la empresa filial se encuentren colocadas bajo una dirección única

Artículo 2

1. Para la aplicación de las letras a) , b) y d) del apartado 1 del artículo 1 , a los derechos de voto , de nombramiento o de revocación de la empresa matriz deben sumárseles los derechos de cualquier otra empresa filial , y los de las personas que obren en su propio nombre , pero por cuenta de la empresa matriz o de cualquier otra empresa filial .

2. Para la aplicación de las letras a) , b) y d) del apartado 1 del artículo 1 , los derechos indicados en el apartado 1 del presente artículo serán desprovistos de los derechos :

a) correspondientes a las acciones o partes poseídas por cuenta de una persona distinta de la empresa matriz o una empresa filial; o

b) correspondientes a las acciones o partes poseídas en garantía, siempre que estos derechos se ejerzan con arreglo a las instrucciones recibidas o que la posesión de estas acciones o partes constituya para la empresa poseedora una operación corriente de sus actividades en materia de préstamos , siempre que los derechos de voto se ejerzan en interés de quien ofrezca la garantía .

3. Para la aplicación de las letras a) y d) del apartado 1 del artículo 1 , a la totalidad de los derechos de voto de los accionistas o asociados de la empresa filial deben quitársele los derechos de voto propios de las acciones o partes poseídas por esta misma empresa , por una empresa filial de ésta o por una persona que actúe en su propio nombre pero por cuenta de estas empresas .

Artículo 3

1. La empresa matriz y todas sus empresas filiales deberán consolidarse, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 13 , 14 y 15 , cualquiera que sea el lugar del domicilio social de estas empresas filiales .

2. Para la aplicación del apartado 1, toda empresa filial de una empresa filial será consolidada como filial de la empresa matriz que estuviere a la cabeza de estas empresas que se vayan a consolidar.....(.....)”

Como puede determinarse, un grupo de interés económico es complejo, y para determinarlo hay que tener en consideración: **1-)** Poder de Control o dominio de la Holding sobre las demás empresas. Que esto se puede determinar en el libro de accionistas y juntas; así como también ya es más fácil determinarlo con base en el Registro de Transparencia recién aprobado. **2-)** Los Estados Financieros, para determinar el beneficio que tiene la sociedad Holding su inversión. **3-)** el Grado de participación de la Holding con las demás empresas. Recordemos que según el grado de participación de acuerdo a las NIFF, puede ser una Sociedad Subsidiaria o una Sociedad Asociada. Si el grado de participación excede en un 20% por ciento podríamos estar ante una subsidiaria, sino ante una asociada o bien ante un Acuerdo Conjunto y no necesariamente constituye un GIE. Esto lleva a otra pregunta. ¿Si una empresa subsidiaria está en crisis económica, será necesario someter a todo el Grupo? ¿Si una sociedad Holding está en crisis económica, será necesario someter a todo el Grupo? Esto considero que también debe analizar la norma. Ahora bien, bajo lo anterior indicado, analicemos la norma:

Artículo 63.1: “Cuando dos o más personas físicas o jurídicas constituyan en forma permanente un grupo económico, deberán formular de manera conjunta la solicitud de apertura del proceso concursal, incluyendo a todos los integrantes. Se expondrán

los hechos en los cuales fundan la existencia del agrupamiento y su exteriorización, además de cumplir los requisitos establecidos por esta ley para la solicitud de inicio.

Se indicará, además de la situación patrimonial de cada uno de los integrantes, aquella consolidada del agrupamiento y la forma en la cual se propone integrarlos en la propuesta de solución a la crisis patrimonial”. Considero que el GIE únicamente opera con personas jurídicas y no con personas físicas, pues no se cumplirían los supuestos de los cuales hemos venido haciendo referencia, por lo que el primer párrafo necesariamente necesita modificación. Por otra parte, y tal como se indicó anteriormente. ¿Será necesario someter a todo el Grupo? ¿Si una sociedad Holding está en crisis, será necesario someter a todas las subsidiarias y asociadas?

Sigue indicando el párrafo de la norma, que deben indicar los hechos en los cuales se funda el agrupamiento. El agrupamiento se funda en un interés común de todas las sociedades que es el afán de lucro.

Por último, se pide indicar la situación patrimonial de cada uno de los integrantes, aquella consolidada del agrupamiento y la forma en la cual se propone a integrarlos. Cuando estamos ante un Grupo de Interés Económico, hablando de entes independientes conglomerados para un fin común, pero conservando cada uno su independencia, no podríamos hablar “aquella consolidada del agrupamiento y la forma en la cual se propone a integrarlos”, porque ellas no consolidan. Lo que se consolidan son los Estados Financieros de ellas, según la NIIF 10, la cual tiene en sus objetivos” El objetivo de esta NIIF es establecer los principios para la presentación y preparación de estados financieros consolidados cuando una entidad controla una o más entidades distintas”. En ese sentido no se puede hablar de consolidación de empresas. **63.2)** queda incluida en el anterior comentario. **63.3) 1-)** Como se indicado ya la definición de Grupo de Interés económico, es totalmente diferente al supuesto de este inciso, apartando el término de persona física, pues no es considerado como un grupo tal como se indicó. Por otra parte, indica la norma **“ha efectuado actos de su interés personal y dispuestos de los bienes como si fueran propios en perjuicio de los acreedores”**. Evidentemente esta norma debe quitarse. Esta no la definición de un GIE. No es un **acto de interés personal**, sino actos propios de la actividad comercial. El perjuicio de los acreedores en nada tiene relación con un Grupo,

nunca, pues esto es un concepto que nada tiene que ver con la definición. **2)** La persona controlante de la personalidad jurídica concursada, habría que determinar qué es controlante. Continúa el inciso *desviando indebidamente el interés social sometiéndola a una dirección unificada a favor de la controlante o del grupo económico del que forma parte*. Este no es un supuesto de la constitución de un Grupo de Interés Económico. Lo que está indicando esta norma es un abuso de la personalidad jurídica, cuando se utiliza con fraude de Ley; pero eso es otra cosa totalmente distinta. **3)** Mismo comentario de la norma anterior, un abuso de la personalidad jurídica, cuando se utiliza con fraude de Ley. **4)** aquí se quiere hacer referencia a los Estados Financieros Consolidados, pero como que no se llega a concluir correctamente. **63.4).** Las personas controlantes, define la norma 1) aquella persona que en forma directa o por medio de interpuesta persona a su vez controlada ostenta participación por cualquier título que otorgue votos necesarios. Parece que sigue el error, considerando a una persona física que controla una empresa. Vemos que el termino participación habría que definirse correctamente, ya puede traer confusión en cuanto a la figura de **Negocios Conjuntos** que regula la NIIF. Debe tenerse sumo cuidado, ya que puede creerse como hasta la fecha se ha sostenido que toda apariencia de relación social hace presumir una GIE. **2)** Aquí la norma comienza bien, pero fallan en indicar **“sean responsable de desviar indebidamente el interés de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada a favor de la controlante o del grupo económico del que forma parte”**. Esta es una norma que en principio está definiendo el control que tiene una holding, no tiene por ello nada que ver con un supuesto de delito, amén que con solo los votos no podemos presumir que sea el único presupuesto para identificar un dominio de una sociedad sobre su conglomerado. **63.5)** Según este inciso mediante resolución de fondo del incidente se determina la existencia del Grupo; así como la extensión del concurso a los integrantes. Agrega, **“que cuando esté fundada en la confusión patrimonial, habrá masas activas y pasivas únicas, considerándose para todos los efectos el concurso como de un único deudor”**. Existe una mala redacción para mi concepto, pues lo que se está tratando de indicar, son los Estados Financieros Consolidados, que se indicó anteriormente. Es evidente que sin existe una subsidiaria o varias subsidiarias pertenecientes a la Matriz, las cuentas de activos y pasivos de partidas recíprocas de operaciones que provienen entre empresas relacionadas se eliminan. Aquí es donde surge nuevamente la pregunta. Si es una

subsidiaria, o bien una asociada que ha entrado en crisis económica, ¿valdrá la pena someter a todo el Grupo de Interés Económico al concurso? Nótese que este inciso de la norma indica que se hará la partición de todo el patrimonio. A mi parecer, si una subsidiaria, llega a una crisis económica, dependiendo el grado de control que tenga la Holding, podría perfectamente prevenirse a esta última que pague bajo las consecuencias de Ley. Esto refiriéndonos a una GIE nacional, porque si partimos de ese principio, qué pasaría si se trata de Grupos Multinacionales de Sociedades, se le dará el mismo tratamiento. Todo esto hay que considerarlo, pues como se ha indicado desde el inicio, no puede verse todo a nivel doméstico de allí la necesidad de actualizar principios. El tercer párrafo es interesante; no obstante debe existir una mejor redacción porque habría de analizar según el contexto.

ARTÍCULO 64- Personas ilimitadamente responsables

64.1. Socios y otras personas ilimitadamente responsables

Las personas con responsabilidad ilimitada en sociedades mercantiles o en otras personas jurídicas, responderán solidariamente con su patrimonio, dentro del proceso, por los pasivos del concursado.

64.2. Responsabilidad derivada de conductas delictivas

También serán solidariamente responsables, dentro del proceso, los representantes legales, apoderados generales o generalísimos de las personas físicas concursadas, así como los directores, administradores, gerentes, apoderados o liquidadores de las personas jurídicas declaradas en concurso, cuando hayan sido condenados por los delitos de concurso doloso o culposo.

Comentario: 61.4) No vería problema a esta norma, siempre y cuando se muestre que el actuar de los representantes ha sido en perjuicios de los acreedores; de lo contrario, no podría aceptarse esta norma. La situación del país está crítica, difícil, es un problema macroeconómico que las sociedades como agentes económicos, no están exentas a ellos. No se puede por el solo hecho de caer a un concurso, extralimitar responsabilidades. Mucho

menos de los presentantes. **64.2)** Es una lista taxativa y parece innecesaria. Me parece que aquí es un aspecto penal, que bien esta norma podría estar en la anterior si se redacta de mejor forma. Por otra parte, vemos que ambas normas nunca involucran a los socios, y debería ser así, pues el representante de la sociedad, que no necesariamente es el socio, actúa por órdenes de la Asamblea de Socios, quienes estos son los que ven sus utilidades acrecentadas, si el apoderado no es socio no debe responder pues lo que vive es un salario de la sociedad. Distinto sería que haya actuado en fraude financiero en perjuicio de la empresa, pero esto escapa de esta Ley, la cual me parece que tiende a introducir conductas delictivas que no son propios de esta Ley

CONCLUSIONES:

El proyecto de Ley actualmente se encuentra en el Plenario Legislativo, sea que en cualquier momento entra en discusión. Es evidente que - a mi humilde opinión- que si bien la Ley pretende unificar una Ley concursal, también es cierto que la misma debe ser aprobada que sea ventajosa para el acreedor como para el deudor que está pasando una situación económica difícil. Es por ello, y considero que la propuesta de Ley, debe tener correcciones como las aquí apuntadas de previo a su aprobación; pues tiene, - a mi parecer- problemas técnicos y de fondo, que de no corregirse, lejos de ayudar a solventar una situación jurídicas; así como económica, considero que la misma puede ser o generar más problemas.

No estoy indicando con ello, que quienes presentaron este proyecto, no tenga conocimiento sobre estos aspectos indicados en este primer tomo, no es eso; sino que tal vez, no hayan sido considerados a la hora de redactar el documento estos puntos que considero de suma importancia. Obviamente este es una valoración profesional que no por ello, deba ser tomada en cuenta, pues lo que he analizado de esta Ley, se hace con el fin de colaborar en la parte de doctrina jurídica. Para ello, concluyo que la ley debe ser entre otros puntos:

- I- Considero que es importante: ser más tajantes con la figura del fideicomiso. Es importante ser más tajantes con darle supremacía al principio de conservación de la empresa.
- II- Es importante ser más tajantes con rechazos de quiebras sobre empresas que no tienen bienes.
- III- Es importante ser más tajantes en castigar a un acreedor que quiere perjudicar a una empresa.
- IV- Es importante ser más tajantes que las medidas cautelares que se interpongan, va en caminadas a proteger a la empresa y no solo a un acreedor que con un título puede ejecutar a cualquier deudor. suma importancia, flexibilizar al Juez concursal a que este instrumento si se llegará aprobar debe ser en pago de un acreedor y sobre en beneficio de la empresa. Espero que este trabajo sea para

contribuir en alguno forma a flexibilizar la norma en pro – Empresario; sin que por ello, esté indicando que se deje desprotegido al deudor, pero con conocimiento de causa, conozco a muchos abogados, que interponen procesos concursales con un solo documento o título, para perjudicar o presionar al deudor, pudiéndose ir a un proceso monitorio y el Juez concursal, le ha dado trámite. Por ello, no es solo de una ley, hay que ver todo en un contexto social, en contexto macroeconómico; como también político.

BIBLIOGRAFIA:

- Albaladejo, M. (1994). *Derecho Civil tomo II, Volumen I* (novena ed.). Barcelona: JmB S,A.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (2 edición ed.). (C. B. Pulido, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dumrauf, G. L. (2013). *Finanzas Corporativas Un enfoque latinoamericano*. Argentina: Alfaomega GRupo Editor Argentino 2013.
- González, J. L. (2017). *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense*. Costa Rica: EDiNexo.
- Instituto Mexicano de Contadores Públicos. (2003). *Normas Internacionales de Información Financiera NIIF*. México: IFRS, Fundation Publications Departament.
- López, M. B. (2020). *El proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial - Enfoque Juridico Financiero-*. San Jose: EDiNexo.
- Picazo, L. D. (1979). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos S.A.

MANUEL BRICEÑO LOPEZ.

Abogado-Ex Juez Civil y Contencioso Administrativo

Master en Auditoria Financiera Forense.

Doctorando en Ciencias de Empresariales y Gestión Pública.