



Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Área de investigación

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

“La reestructuración de la empresa en crisis dentro del sistema concursal costarricense:
limitaciones voluntarias a los efectos de la quiebra”

David Luza Echeverría

B3 3894

Enero, 2021
San José, Costa Rica



14 de enero 2021
FD-99-2021

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante David Luza Echeverría, carné B33894 denominado: "La reestructuración de la empresa en crisis dentro del sistema concursal costarricense: limitaciones voluntarias a los efectos de la quiebra" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Sergio Artavia Barrantes
Presidente	Dr. Carlos Carrera Castillo
Secretaria	MSc. María Emilia Chacón González
Miembro	Dr. Orlando Aguirre Gómez
Miembro	Lic. Federico Torrealba Navas

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **01 de febrero del 2021**, a las 5:00 p.m. de manera virtual.

Atentamente,



Ricardo Salas Porras
Director, Área de Investigación

LCV C.arch.



Nuestra
salud mental
importa

San José, 11 de noviembre del 2020

Dr. Ricardo Salas Porras
Director de Área Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Sr. Dr. Salas:

Reciba un cordial saludo. La presente tiene por objeto hacer de su conocimiento que en mi calidad de director miembro del Comité Asesor del trabajo final de investigación titulado: “La reestructuración de la empresa en crisis dentro del sistema concursal costarricense: limitaciones voluntarias a los efectos de la quiebra”, preparado por el estudiante David Luza Echeverría, carné B33894, he finalizado su revisión y considero que cumple los requisitos de forma y fondo establecidos por el Área de Investigación. Además, el trabajo aborda adecuadamente los objetivos de investigación planteados con profundidad. Las conclusiones planteadas en cuanto a la reorganización empresarial, aparte del análisis de derecho comparado en esta materia, son significativas y representan un enfoque novedoso. Debido a lo anterior, **otorgo mi aprobación** para que el trabajo presentado transite a su fase de réplica ante el Tribunal Examinador.

Atentamente,

**SERGIO ANTONIO
ARTAVIA
BARRANTES
(FIRMA)**

Firmado digitalmente
por SERGIO ANTONIO
ARTAVIA BARRANTES
(FIRMA)
Fecha: 2020.11.18
08:28:32 -06'00'

Dr. Sergio Artavia Barrantes
Director de Tesis

San José, 11 de noviembre del 2020

Dr. Ricardo Salas Porras
Director de Área Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Sr. Dr. Salas:

Reciba un cordial saludo. La presente tiene por objeto hacer de su conocimiento que en mi calidad de lector miembro del Comité Asesor del trabajo final de investigación titulado: “La reestructuración de la empresa en crisis dentro del sistema concursal costarricense: limitaciones voluntarias a los efectos de la quiebra”, preparado por el estudiante David Luza Echeverría, carné B33894, he finalizado su revisión y considero que cumple los requisitos de forma y fondo establecidos por el Área de Investigación. Debido a lo anterior, **otorgo mi aprobación** para que el trabajo presentado transite a su fase de réplica ante el Tribunal Examinador.

Atentamente,

FEDERICO TORREALBA NAVAS (FIRMA)
Firmado digitalmente por
FEDERICO TORREALBA NAVAS (FIRMA)
Fecha: 2020.12.02 11:14:33 -06'00'

Lic. Federico Torrealba Navas

Lector de Tesis

San José, 11 de noviembre del 2020.

Dr. Ricardo Salas Porras
Director de Área Investigación
Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica

Estimado Sr. Dr. Salas:

Reciba un cordial saludo. La presente tiene por objeto hacer de su conocimiento que en mi calidad de lector miembro del Comité Asesor del trabajo final de investigación titulado: **“La reestructuración de la empresa en crisis dentro del sistema concursal costarricense: limitaciones voluntarias a los efectos de la quiebra”**, preparado por el estudiante David Luza Echeverría, carné B33894, he finalizado su revisión y considero que cumple los requisitos de forma y fondo establecidos por el Área de Investigación. Debido a lo anterior, otorgo mi aprobación para que el trabajo presentado transite a su fase de réplica ante el Tribunal Examinador.

Atentamente,



Lic. Orlando Aguirre Gómez
Lector de Tesis

CARTA DE REVISIÓN FILOLÓGICA

Alajuela, 20 de noviembre de 2020

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Área de investigación

Estimados(as) señores(as):

Hago constar que se realizó la revisión ortotipográfica y de estilo de la tesis titulada “La reestructuración de la empresa en crisis dentro del sistema concursal costarricense: limitaciones voluntarias a los efectos de la quiebra”, tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, del estudiante David Luza Echeverría, cédula número 1-1578-0771.

Una vez comprobadas las correcciones por parte del interesado, expido esta carta de aprobación para su trámite correspondiente.

Atentamente,



Gabriel Verdesia Cambronero

Filólogo Español, Universidad de Costa Rica

Cédula: 1-1335-0545

No. de Inscripción: 12007-7

Dedicatoria

A mi mamá.

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
ÍNDICE	III
RESUMEN	V
HIPÓTESIS	V
OBJETIVOS	V
<i>Objetivo general:</i>	V
<i>Objetivos específicos</i>	V
CONCLUSIONES	VI
FICHA BIBLIOGRÁFICA	VIII
INTRODUCCIÓN	1
I. JUSTIFICACIÓN	1
II. HIPÓTESIS	2
III. OBJETIVOS	2
A. <i>Objetivo general:</i>	2
B. <i>Objetivos específicos:</i>	2
A. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL Y EL CAMBIO DE PARADIGMA	3
CAPÍTULO I. EL SISTEMA CONCURSAL COSTARRICENSE	6
I. INSTITUTOS CONCURSALES	7
A. <i>La quiebra</i>	8
II. INSTITUTOS PRECONCURSALES	31
<i>Convenio preventivo</i>	32
<i>Administración y reorganización por intervención judicial</i>	44
CAPÍTULO II. REESTRUCTURACIÓN CONCURSAL EN EL DERECHO COMPARADO	64
I. BREVE EXPLICACIÓN METODOLÓGICA	64
II. JAPÓN	65
A. <i>Procesos de reestructuración o reorganización</i>	66
B. <i>Alternativas o soluciones convencionales</i>	80
III. FINLANDIA	81
A. <i>Procesos de reestructuración o reorganización</i>	82
B. <i>Alternativas o soluciones convencionales</i>	89
IV. ESTADOS UNIDOS	89
A. <i>Procesos de reestructuración o reorganización</i>	90
B. <i>Alternativas o soluciones convencionales</i>	95
V. ALEMANIA	95
A. <i>Procesos de reestructuración o reorganización</i>	96
B. <i>Alternativas o soluciones convencionales</i>	101
CAPÍTULO III.	102
I. EFICIENCIA DE LOS SISTEMAS CONCURSALES	102

II. LA NATURALEZA DUAL DE LAS NORMAS CONCURSALES	105
III. EFECTOS DE LA QUIEBRA	108
1. <i>Efectos materiales</i>	108
2. <i>Efectos procesales</i>	114
IV. REESTRUCTURACIÓN CONVENCIONAL	116
V. REESTRUCTURACIÓN EXTRAJUDICIAL	124
CONCLUSIONES	126
BIBLIOGRAFÍA	130

Resumen

Nuestra investigación deriva de un contexto, en el cual se reconoce que nuestra legislación, en materia concursal, se encuentra considerablemente atrasada. La revisión sistemática que debe darse de ella nos permite analizar institutos novedosos para considerar si estos pueden ser parte de la nueva legislación concursal, que Costa Rica necesariamente debe promulgar.

La normativa de procesos concursales y precautelares, data de 1989, en la que no se innovó sustancialmente respecto del Código de Procedimientos Civiles de 1969, que había modificado profundamente. Las innovaciones que en su momento se introdujeron, como el instituto de la administración por intervención judicial, reformado sustancialmente en 1996, no le han otorgado el dinamismo que requieren los procesos concursales, precisamente en procura de proteger los intereses de los acreedores. Además, como posteriormente hemos de explicar, esta figura ha quedado en amplio desuso.

I. Hipótesis

Si las consecuencias de la declaratoria de quiebra son normas sustantivas, que además refieren a una situación de carácter patrimonial, entonces estas son de carácter dispositivo, por lo que la empresa fallida y los interesados en el proceso concursal, pueden proponerse la reestructuración de esta, modulando todos o algunos de los efectos jurídicos de la quiebra.

II. Objetivos

A. Objetivo general:

Examinar si pueden moderarse mediante un convenio privado los efectos de la declaratoria de quiebra, con el objetivo de permitir la reestructuración de la empresa fallida.

Objetivos específicos:

1. Analizar los mecanismos procesales en la legislación costarricense para liquidar empresas que sean económicamente inviables, así como los que tengan como propósito el salvamento y continuidad de la empresa en crisis.

2. Examinar en el derecho comparado los institutos que permiten la reestructuración o reorganización empresarial. En este aspecto, se tomarán en consideración los presupuestos de esos institutos y las consecuencias jurídicas derivadas de su aplicación.
3. Identificar si las normas que establecen las consecuencias que derivan de la declaratoria de quiebra, son normas sustantivas de carácter dispositivo, o si por el contrario son de orden público.
4. Determinar, con fundamento en las normas concursales dispositivas, si las partes que forman parte del proceso de quiebra pueden convenir la reestructuración empresarial, en términos que no estén expresamente dispuestos por la legislación concursal costarricense.

III. Conclusiones

- El principio de conservación únicamente se sostiene basado en un principio de eficiencia, la empresa debe mantenerse en la medida que su continuidad permita la satisfacción de los créditos. Cualquier otro efecto que tenga es un beneficio adicional al indicado.
- Dado el carácter particular que estas tienen, si bien refieren a una situación meramente patrimonial, tienen una naturaleza dual adjetiva y subjetiva. No obstante, no por ello quiere decir que sean disponibles o indisponibles para los partes involucrados, sino que la categorización de esta forma no tenía utilidad alguna.
- Ello conllevó a acudir una conceptualización diferente, entre normas de carácter estructural y no estructural, según atendieran a la finalidad que poseen dentro del concurso. Las normas estructurales por este motivo no pueden ser disponibles, ya que están diseñadas en función de la coordinación necesaria para llevar ordenadamente el proceso de quiebra.
- La investigación arrojó la posibilidad de moderar efectos de la quiebra. Sin embargo, ninguno de ellos impide la reestructuración de la empresa ni la continuación de la actividad empresarial.
- El convenio preventivo, entonces, se presenta como la mejor solución que ofrece el Derecho Concursal en nuestro país, debido a su versatilidad en cuanto al contenido del convenio.
- Después de analizar las cuatro legislaciones con mayor éxito en el tratamiento de la crisis empresarial, hemos de destacar que se regula la posibilidad de la reestructuración con mucha apertura, sin limitarla a una forma y un contenido particular.

- Uno de nuestros puntos de partida era que la superioridad y eficiencia de ciertos modelos concursales sobre otros. Al contrario, no existen modelos concursales probados, estos se desarrollan en función del mercado de crédito y financiero de cada país, tomando en cuenta el acceso al crédito, el costo del financiero, el mercado para comprar negocios completos, el tipo de acreedores, entre otros factores de relevancia.

Ficha bibliográfica

Luza Echeverría, David. La reestructuración de la empresa en crisis dentro del sistema concursal costarricense: limitaciones voluntarias a los efectos de la quiebra. Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2020. __. __

Director: Dr. Sergio Artavia Barrantes

Palabras claves: reorganización empresarial, derecho concursal, efectos de la quiebra, procesos liquidatorios

Introducción

I. Justificación

La aprobación del Código Procesal Civil (en adelante CPC [2018]), que entró en vigencia el 8 de octubre de 2018, es probablemente la reforma procesal más importante de los últimos cien años. Consideramos que ello se debe, en una buena medida, a que se hace la transición de un sistema escrito a un sistema por audiencias. Ello implica la modernización de la justicia civil, lo que permite, en principio, una mejor aplicación de las normas sustantivas. No obstante, el CPC (2018) no derogó la normativa vigente respecto de los procesos concursales y preconcursales, a pesar de que la Comisión Redactora Original sí había incluido un libro de procesos concursales. La Comisión Final Revisora del Código consideró que lo más idóneo era impulsar una Ley Concursal que regulara sistemáticamente la materia. Ahora, ello implica que es el momento oportuno para hacer un análisis de nuestro sistema concursal, precisamente con el objetivo de contribuir a la discusión procesal y sustantiva que necesariamente debe darse en este contexto.

La importancia de una nueva legislación unificadora en materia concursal, incluso ha sido reconocida por la doctrina nacional, especialmente Alfonso Jiménez Meza, que al respecto indicó que “nuestro medio amerita una codificación unificadora, que venga a explicarnos con un orden lógico y sistemático, todos los aspectos que giran en torno a estas figuras jurídicas-económicas, así como la quiebra¹”.

Nuestra investigación deriva precisamente de este contexto, en el cual se reconoce que nuestra legislación, en materia concursal, se encuentra considerablemente atrasada. La revisión sistemática que debe darse de ella nos permite analizar institutos novedosos para considerar si estos pueden ser parte de la nueva legislación concursal, que Costa Rica necesariamente debe promulgar.

Nuestra normativa de procesos concursales y precautelares, data de 1989, en la que no se innovó sustancialmente respecto del Código de Procedimientos Civiles de 1969, que había

¹ Jiménez Meza, Alfonso, *La administración por intervención judicial* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2000), p. 63.

modificado profundamente. Las innovaciones que en su momento se introdujeron, como el instituto de la administración por intervención judicial, reformado sustancialmente en 1996, no le han otorgado el dinamismo que requieren los procesos concursales, precisamente en procura de proteger los intereses de los acreedores. Además, como posteriormente hemos de explicar, esta figura ha quedado en amplio desuso.

Por estos motivos, hemos de estimar que se trata del contexto adecuado para suscitar la discusión acerca de la posibilidad de reestructurar la empresa dentro del sistema concursal, el cual es un tema que no ha sido tratado previamente por la doctrina nacional. La relevancia de este asunto específico es todavía mayor si se considera que en un nivel internacional, se han hecho esfuerzos para la modernización de los procesos concursales.

II. Hipótesis

Si las consecuencias de la declaratoria de quiebra son normas sustantivas, que además refieren a una situación de carácter patrimonial, entonces estas son de carácter dispositivo, por lo que la empresa fallida y los interesados en el proceso concursal pueden proponerse la reestructuración de esta, modulando todos o algunos de los efectos jurídicos de la quiebra.

III. Objetivos

B. Objetivo general:

Examinar si pueden moderarse mediante un convenio privado los efectos de la declaratoria de quiebra, con el objetivo de permitir la reestructuración de la empresa fallida.

C. Objetivos específicos:

5. Analizar los mecanismos procesales en la legislación costarricense para liquidar empresas que sean económicamente inviables, así como los que tengan como propósito el salvamento y continuidad de la empresa en crisis.
6. Examinar en el derecho comparado los institutos que permiten la reestructuración o reorganización empresarial. En este aspecto, se tomarán en consideración los presupuestos de esos institutos y las consecuencias jurídicas derivadas de su aplicación.

7. Identificar si las normas que establecen las consecuencias, que derivan de la declaratoria de quiebra, son normas sustantivas de carácter dispositivo, o si, por el contrario, son de orden público.
8. Determinar, con fundamento en las normas concursales dispositivas, si las partes que forman parte del proceso de quiebra pueden convenir la reestructuración empresarial, en términos que no estén expresamente dispuestos por la legislación concursal costarricense.

A. La modernización del Derecho Concursal y el cambio de paradigma

Habiendo aclarado cuál es nuestro punto de partida, el presente trabajo tiene como objeto estudiar el instituto de la reestructuración de la empresa en crisis, el cual responde a las nociones más modernas del derecho concursal. Ello hace imprescindible hacer una referencia al marco en el cual se da esta discusión, que trate precisamente sobre la crisis del derecho de quiebra y su conversión al derecho de la empresa en crisis². En este sentido, se ha considerado que la reestructuración de la empresa es esencial para la recuperación y reactivación de la economía y, además, tiene la virtud de que puede prevenir las crisis de carácter sistémico³. En resumen, el instituto que nos hemos propuesto estudiar responde a las tendencias más modernas del derecho concursal, que tiene un impacto más allá que cubrir los intereses sociales que se ven vulnerados con la quiebra de la empresa.

Es importante denotar que no se trata de cambios meramente “cosméticos”, pues las reformas que se han venido gestando incluso han permitido que se le otorgue legitimación en los procesos de quiebra a un agente económico relevante, que tradicionalmente se había dejado de lado, el Estado. Esta reciente incorporación responde, en una buena medida, a que el Estado es, en muchas ocasiones, un importante acreedor de las compañías o empresas que entran en un estado de crisis. Además, se reconoce que el Estado, como recaudador de impuestos, es el primer agente económico que tiene un conocimiento global de la situación financiera de todas las compañías, pues estas se ven obligadas a suministrar toda su información contable, por lo menos en el caso costarricense, una vez al año.

² Dasso, Ariel A, *Derecho Concursal Comparado Tomo I* (Buenos Aires: Legis, 2008), p. 3.

³ Claessens, Stijn *Policy Approaches to Corporate Restructuring around the World: What Worked, What Failed in Corporate Restructuring Lessons From Experience* (Washington: Banco Mundial, 2005), p. 11.

Ahora bien, entendemos claramente que la posibilidad de reestructurar la empresa, con las libertades que el instituto requiere para operar adecuadamente, no se encuentra expresamente prevista en la legislación costarricense. En razón de esto, entendemos que el análisis que hagamos del instituto no debe concluir con que este debe incorporarse a nuestro sistema concursal. Es decir, la idea es determinar si existe la posibilidad de aplicar este instituto por la vía convencional, mediante el acuerdo de partes. Dada la pluralidad de los intereses que existen en los procesos concursales y preconcursales, los requisitos del acuerdo de partes y la forma en la que este se debe tomar también necesariamente serán parte de nuestro objeto de estudio.

Teniendo claro estos objetivos que hemos propuesto, el primer capítulo deberá abordar el sistema concursal costarricense, con la finalidad de estudiar los institutos concursales y preconcursales con los que cuenta nuestra legislación. Ello, en principio, nos permitirá determinar si existe algún instituto, reconocido normativamente, que tenga alguna similitud con la reestructuración de la empresa en crisis. Posteriormente, habremos de acudir al derecho comparado, específicamente, revisaremos la legislación de aquellos países que haya sido catalogada como novedosa, o bien, que posea altos índices de recuperación para los deudores. Finalmente, hemos de estudiar propiamente el instituto de la reestructuración de la empresa en crisis, para comparar las medidas jurídicas y económicas que se toman en él, con las posibilidades ya dadas por el ordenamiento jurídico costarricense. Es decir, podremos verificar si el instituto que hemos investigado es aplicable a nuestro sistema legal.

Es importante tomar en cuenta que consideramos que en lo que respecta a Costa Rica, el Derecho Concursal se ha desarrollado de forma separada a la Economía, como disciplina. Por esta razón, los presupuestos jurídicos de la declaratoria de quiebra difieren de los presupuestos financieros para considerar que una empresa se encuentra en dificultades económicas. Naturalmente, esta distinción entre lo jurídico y lo económico corresponde al interés que se ha decidido tutelar, que en el caso costarricense, corresponde al acreedor y la corriente de pagos. No obstante, en ello radican las nuevas tendencias del Derecho Concursal, que pretenden desplazar la tutela del acreedor a la continuación y preservación de la empresa, siempre y cuando ello sea financieramente viable.

Este cambio en los intereses tutelados nos permite adoptar un nuevo enfoque, que es el del Análisis Económico del Derecho (AED). El cual, dicho en términos sencillos, consiste en aplicar teoría económica para estudiar el impacto que tienen las leyes y las instituciones legales⁴, especialmente cuando estas tienen una incidencia directa en los actores económicos y la productividad, precisamente el caso de nuestro objeto de estudio. Sin embargo, hemos de advertir que se trata de una rama del Derecho que no aparece regularmente citada en los libros sobre el AED, pues estos se ocupan principalmente de la regulación financiera, la propiedad intelectual y el derecho de la competencia.

En otras palabras, queremos hacer ver que incluso, en términos generales, el Derecho Concursal tiene un atraso considerable respecto de la incorporación de conceptos económicos, de los cuales debe necesariamente nutrirse. Prueba de ello es el estudio realizado por el Banco Mundial en el 2005, donde se logró determinar las vulnerabilidades de los regímenes legales que regulan la quiebra, la mayoría de los acreedores evitaba la judicialización de estos conflictos, principalmente en lo que respecta a reestructuración de las empresas⁵.

Es por este motivo, que en el primer y segundo capítulo hemos decidido realizar un abordaje que será, de alguna manera, crítico de las instituciones concursales con las que actualmente contamos. En este sentido, la propuesta de investigación que hacemos pretende precisamente beneficiar conceptualmente al Derecho Concursal, así como una realidad económica, en la cual no se ofrecen mayores opciones a las empresas que se encuentran con dificultades económicas.

Finalmente, nos vemos en la necesidad de aclarar de que únicamente abordaremos el sistema concursal, referente a los comerciantes y no a las personas civiles. Esta delimitación se justifica debido a que lo que estudiamos es la posibilidad de reestructurar empresas, que por su naturaleza son eminentemente y exclusivamente mercantiles. A partir de esta explicación dejaremos de lado el concurso de acreedores, pues el análisis de las instituciones a las que tienen acceso las personas civiles, es completamente inconducente respecto a nuestro objeto de trabajo.

⁴ Veljanovski, Cento *The Economics of Law* (Londres: The Institute of Economic Affairs, 2006), p. 34.

⁵ Claessens, Stijn *Op. Cit.*, p. 19.

Capítulo I. El sistema concursal costarricense

El Derecho Concursal, como disciplina, tiene un objeto claramente delimitado. Si bien en todos los institutos concursales se pretende la ejecución forzosa de las obligaciones, que por distintos motivos no se han podido cumplir, la finalidad de estos va mucho más allá. Los procesos de ejecución colectiva, como suele denominarse a las quiebras, procuran el cese ordenado de una actividad económica. En mérito de ello, el Derecho Concursal ha adquirido una importancia fundamental, especialmente porque suele ser un medidor de los indicadores económicos de un país. Es decir, en tiempos de bonanza no se acude al Derecho Concursal, pero en tiempos de contracción o crisis económica, es cuando este adquiere mayor importancia. Luego, de ese rol especial que juegan los procesos concursales, precisamente se ha querido no solamente cesar el funcionamiento de una empresa, si no más bien procurar que estas puedan seguir operando.

En este sentido, el instituto de la reorganización, que analizaremos en este trabajo, debido justamente a su naturaleza, puede operar como una figura preconcursal y también como concursal. Esta particularidad nos obliga a hacer la explicación de qué es un sistema concursal y sus dos grandes vertientes, el proceso concursal propiamente –la quiebra y el concurso civil, en el caso costarricense– y de los procesos concursales o preventivos. Estos últimos tienen lugar cuando la empresa en crisis se encuentra en estado de iliquidez, que no se ha convertido en un estado de insolvencia, motivo por el cual no existe la declaratoria judicial de quiebra. Por ello, en este trabajo cuando mencionamos procesos concursales, nos referiremos a un control *ex ante* de la empresa; de lo contrario, cuando hablamos del proceso concursal en sentido estricto, se trata de un mecanismo *ex post*.

Dentro del marco que acabamos de describir, es importante adicionar que el sistema concursal costarricense es de naturaleza dual. Es decir, se hace una distinción entre una persona comerciante respecto de una no comerciante. Entonces, tenemos dos procesos concursales, uno denominado quiebra, que es exclusivamente para los comerciantes, y otro llamado concurso civil, para todos los no comerciantes. Podemos concluir al respecto que el sistema costarricense, en palabras de Stella Brescia Quirós, se compone de cuatro instituciones concursales: dos procesos preventivos,

la administración y la reorganización con intervención judicial y el convenio preventivo; así como de dos procesos de liquidación, el concurso civil y la quiebra⁶.

I. Institutos concursales

No es posible entender los institutos preconcursales sin haber abordado las figuras concursales, lo cual nos obliga a empezar por estas últimas. Ello se debe a que los primeros tienen un presupuesto, que es previo a la cesación de pagos, por lo cual debe explicarse la quiebra como punto de partida.

Hemos indicado con anterioridad que en nuestro país hay dos procesos concursales liquidatorios, la quiebra y el concurso de acreedores. Ambos procesos tienen como única finalidad la liquidación total del patrimonio del deudor, para satisfacer los intereses de los acreedores. No obstante, ambos procesos tienen diferencias, las cuales no son de nuestro particular interés, especialmente porque las personas no comerciantes, en principio, no pueden hacer uso de los sistemas preconcursales. Nuestro trabajo se enfoca únicamente a los procesos en los que puede participar un comerciante, debido a que nuestro interés principal es evitar la pérdida de la empresa, por lo que el concurso de acreedores liquidatorio carece de todo interés. En resumen, no es posible proceder con la reestructuración de la empresa ni con el saneamiento de la actividad profesional, en donde esta es, por su misma naturaleza, inexistente. Finalmente, sobre este mismo punto, cabe brevemente señalar que otros ordenamientos jurídicos, han consagrado lo que se denomina el principio de unidad en el Derecho Concursal que, en esencia, permite y procura regular en un solo procedimiento de liquidación patrimonial tanto a civiles como a comerciantes⁷.

⁶ Stella Bresciani Quirós, *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense* (San José: CONAMAJ, 2003), p. 23.

⁷ Al respecto, puede revisarse lo indicado por Hölderl sobre las utilidades del citado principio: *Así las cosas, al igual que sucede en otros ordenamientos jurídicos (p.ej., en el alemán), el concurso de acreedores del deudor comerciante y no comerciante se regula en un mismo texto legal en virtud del principio de unidad de disciplina, superándose la histórica dicotomía entre lo civil y lo mercantil, que se fundamenta en el todavía no superado histórico sistema subjetivo de delimitación de la mercantilidad. Por consiguiente, tanto los deudores civiles, como por ejemplo, un abogado, un economista, un auditor, etc., como los comerciantes, esto es, un empresario individual, una sociedad limitada, etc., quedan sujetos al mismo procedimiento.* Hölderl, Horst Antonio, *Introducción al Derecho Concursal* (Tirant Lo Blanche: Valencia, 2010), p. 53.

A. La quiebra

En términos sencillos, es un proceso judicial que busca la liquidación completa del patrimonio del deudor comerciante, con la intención de satisfacer los pasivos, es decir a los acreedores. Por ello, las principales actividades que se dan dentro de la quiebra es la determinación del activo y el pasivo. Sobre la finalidad que tiene la quiebra, el autor Rafael Bellido ha dicho lo siguiente:

No hay en nuestro derecho concursal una declaración manifiesta de los fines del concurso, si bien de la lectura de la Exposición de Motivos de la LC se desprende que la finalidad esencial del procedimiento concursal no es el saneamiento de la actividad profesional o empresarial del concursado, sino la satisfacción de los acreedores, finalidad que la propia Ley fomenta se realice por medios conservativos —el convenio— frente a los liquidatorios. Así debemos dejar claro desde un principio que en nuestro ordenamiento jurídico el procedimiento concursal tiene asignada una finalidad esencialmente solutoria, es decir, la finalidad del procedimiento concursal es la satisfacción de los acreedores⁸.

En razón de la materia que regulan las leyes concursales, estas adquieren una particularidad, que debemos resaltar debido al enfoque y objeto de nuestro trabajo. Estas, si bien regulan un proceso judicial, no pueden calificarse como normas únicamente de carácter procesal, ya que necesariamente deben resolver la disputa patrimonial, que subyace entre el deudor y sus acreedores. Por este motivo, aunque la quiebra se encuentre regulada en diferentes cuerpos normativos (v.gr. Código de Comercio y Código Procesal Civil de 1989 [de los cuales el primero corresponde a leyes sustantivas y el segundo, a normas procesales]), la quiebra y las normas que la regulan tienen esa doble naturaleza, sin que sea fácilmente discernible ante cual de estas nos encontramos.

B. Presupuesto objetivo

La quiebra, en términos financieros, se presenta cuando la empresa fallida se encuentra en un estado de insolvencia. Este es definido por Espina Montero como una situación en la que “el activo disponible resulta inferior al pasivo exigible⁹”, lo cual lógicamente deriva en que el deudor no puede cumplir puntualmente con las obligaciones que tiene frente a sus deudores. A esta definición, habría que agregar que dicha situación no es momentánea, sino que más bien corresponde una falla de carácter estructural, es decir, la empresa no es capaz de producir más de

⁸ Rafael Bellido Salvador, *Los institutos preconcursales* (Valencia: Tirant Lo Blanche, 2019), p. 42.

⁹ Álvaro Espina Montero, *Crisis de empresas y sistema concursal* (Madrid: Consejo Económico Social, 1999), p. 47.

lo que gasta. La apreciación resulta necesaria porque, de lo contrario, estaríamos frente a un supuesto de iliquidez, al que nos referiremos posteriormente.

El presupuesto objetivo de la quiebra, en términos jurídicos, lo constituye la denominada cesación de pagos, que refiere a las obligaciones no cumplidas por el deudor. Varios autores¹⁰ consideran que este presupuesto fue dado por la reforma de la ley francesa de 1838, pero en lo que existe una verdadera discrepancia es la interpretación de la cesación de pagos. En términos generales, se han elaborado tres diferentes teorías, que se aproximan a este tema. La primera de ellas, la denominada teoría materialista, asimila la cesación de pagos a cualquier incumplimiento. La teoría intermedia postula que la cesación de pagos es esencialmente un estado patrimonial, por ello la acerca en mayor grado a la insolvencia. Se dice que la falta de pago de una obligación debe ser analizada por el juez concursal, para que sea este quien determine si ese incumplimiento corresponde un estado de impotencia patrimonial. En palabras más sencillas, esta teoría se resume en que puede haber incumplimiento sin quiebra, más no puede haber quiebra sin incumplimiento. Finalmente, al lado opuesto, se encuentra la teoría amplia, que equipara de forma absoluta la cesación de pagos al concepto financiero de insolvencia. En estos casos, la insolvencia se manifiesta mediante hechos externos, los cuales no pueden ser positivizados de forma taxativa¹¹.

En el caso costarricense, el artículo 851 del Código de Comercio, en su inciso b), establece que la quiebra procede cuando el deudor comprueba la existencia de cesación de pagos, que implica que no haya cumplido con el pago, de por lo menos una de sus obligaciones. Lógicamente, si es el propio deudor quien solicita la declaratoria de quiebra, no se encuentra en el deber de demostrar la cesación de pagos, pero del artículo 854 inciso del C. Com., se denota claramente que esta debe haber ocurrido. En otras palabras, el presupuesto legal, para que proceda la declaratoria de quiebra por parte de uno de los acreedores, difiere considerablemente del concepto económico, que está detrás de la quiebra, que es la insolvencia.

En esta línea de pensamiento, si debemos catalogar la cesación de pagos de nuestro Código de Comercio, por su rigidez y exigir únicamente un incumplimiento, de cualquier obligación, nuestra

¹⁰ Por ejemplo, puede verse que Julio César Rivera y Mario Alberto Bonfanti coinciden en esta posición.

¹¹ Mario Alberto Bonfanti, *Concursos y quiebras* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988), pp. 42-43.

normativa responde a la teoría materialista¹². Respecto de esta categorización, en una de las obras sobre nuestro Derecho Concursal, la autora Bresciani Quirós indicó lo siguiente:

La insuficiencia patrimonial no cuenta para la quiebra pues basta cualquier incumplimiento para que se pueda dar el estado de cesación de pagos, presupuesto para decretar la quiebra. En Costa Rica se sigue el llamado sistema materialista en que lo respecta a cesación de pagos, pues se considera que esta existe con solo que el deudor incumpla una obligación y ante esta circunstancia, se presume que el deudor está en cesación de pagos, independientemente de que en su patrimonio tenga más activos que pasivos¹³.

La existencia de la falta de cumplimiento respecto de una sola de las obligaciones no coincide con la falla estructural que se encuentra en la insolvencia¹⁴. El hecho de que el presupuesto objetivo sea tan laxo y fácil de cumplir implica necesariamente que el proceso de quiebra puede ser utilizado como un proceso cobratorio individual, desnaturalizando sus funciones, pues este tiene consecuencias mucho más severas que el monitorio y sumario dinerario. Por este motivo, los tribunales fueron en alguna medida reticentes a dar curso a las solicitudes de quiebra, que se presentaban, por ejemplo, simplemente con una letra de cambio vencida, que no había sido satisfecha por el deudor¹⁵. En este sentido, se estableció como una medida para garantizar la

¹² En este mismo sentido puede verse el voto No. 893 de las 10:05h. del 2 de noviembre de 2005 de la Sala Segunda de la Corte, que indica: *El Código de Comercio de Costa Rica sigue la teoría materialista que, como se explicó, equipara la cesación de pagos al mero incumplimiento (el inciso a) del ordinal 851 establece que la quiebra procede cuando un acreedor compruebe que el comerciante o sociedad ha dejado de pagar una o varias obligaciones vencidas, o que ha cesado en el pago de obligaciones a favor de otras personas). Ello explica que en la estructura del proceso de quiebra, según su regulación en nuestro sistema jurídico, no esté previsto un plazo para que el fallido se excepcione antes de la declaratoria de quiebra. De conformidad con el artículo 863 de ese Código, si la solicitud está arreglada a derecho, el juez debe proceder a decretar la quiebra con la mayor brevedad posible y nunca fuera del plazo de 24 horas. Como se observa, se trata de una quiebra fulminante.*

¹³ Bresciani, *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense*, p. 63.

¹⁴ Este aspecto fue reconocido desde hace bastante tiempo por la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte, que en lo que interesa ha indicado: *“...Al respecto, la antigua Sala II Civil, en la resolución N° 569 de las 14:40 horas del 11 de noviembre de 1971, expresó: “El Código de Comercio se inspira en la simple cesación de pagos para la declaratoria de quiebra, pues el artículo 851 párrafo b), dispone que aquélla procede cuando el deudor deje de pagar una o varias obligaciones vencidas. No hace pues, ninguna distinción entre la cesación de pagos aparente y la que responde a una insolvencia, esto es, a la cesación de pagos real...”* (la negrita es suplida) Sala Segunda de la Corte, Sentencia No. 92 de las 9:05h. del 7 de mayo de 1993.

¹⁵ *“De acuerdo con esa norma los acreedores pueden acudir al proceso concursal que corresponda siempre que no hayan podido satisfacer sus créditos en el proceso de ejecución pura correspondiente, lo que significa que debe constar en el legajo respectivo que desplegaron la actividad procesal necesaria para intentar la recuperación de sus créditos, tal como procurar embargar bienes del deudor, y sólo si fracasan en ese propósito se abre la posibilidad de solicitar la apertura del proceso concursal. Esto se hace con el fin de evitar que el acreedor acuda a dos vías procesales, a cobrar su crédito, la singular y la concursal”* Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, Sentencia No. 278-11 de las 13:50h. del 30 de setiembre de 2011 reiterada en Sentencia No. 049 de las 14:40h. del 27 de febrero de 2013.

existencia de una verdadera situación de insolvencia, para matizar el sistema materialista de la cesación de pagos.

Inclusive, la misma autora Stella Bresciani se ha referido de forma crítica a este uso, que permite la legislación costarricense, del procedimiento de quiebra. Al respecto manifestó:

Sin embargo, se ha considerado que la cesación de pagos, para efecto de decretar una quiebra, debería estimarse que existe solo cuando la persona no pueda realmente hacer frente a sus obligaciones. Este criterio se acerca mucho a lo que es insolvencia, y también lo expresa don Francisco Luis Vargas Soto, al definir la cesación de pagos “como aquel estado económico del deudor que le impide hacer frente a sus obligaciones en forma irremisible”¹⁶.

Cabe mencionar que, precisamente para solventar el problema mencionado, otras legislaciones han restringido el presupuesto objetivo, estableciendo que no se trata de un simple incumplimiento de una obligación, sino que este debe ser generalizado. Respecto de este tema, el autor Hölderl ha dicho lo siguiente:

Los hechos que legitiman la solicitud del concurso por un acreedor ex art. 2.4 LC son los siguientes: 1) el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor; 2) la existencia de embargos que afecten de manera general al patrimonio del deudor, 3) el alzamiento o liquidación ruinosa de sus bienes o 4) el incumplimiento generalizado de alguna de las obligaciones siguientes: tributarias, por cuotas de la seguridad social, y salarios e indemnizaciones y otras retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo, todas ellas correspondientes a los tres últimos meses anteriores a la solicitud de concurso. Como se observa, estos hechos van desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento sectorial según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que son especialmente sensibles en el pasivo del deudor¹⁷.

Si bien la legislación española no incorpora propiamente el concepto de insolvencia dentro de su legislación, los supuestos que regula, que permiten la solicitud de declaratoria de quiebra, se asemejan mucho más a este que en nuestra propia normativa. Consideramos que es la forma correcta de positivizar este concepto, porque, de lo contrario, haciéndolo de manera expresa, la declaratoria se tornaría compleja. La afirmación anterior puede hacerse porque ello necesariamente implicaría que tendría que ser un profesional en ciencias económicas el que puede llegar a realizar esa determinación, después de haber revisado los estados financieros de la empresa. Los atrasos

¹⁶ Bresciani, *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense*, p. 63.

¹⁷ Hölderl, *Introducción...*, p. 62.

que un análisis de este tipo podría generar, sustrayendo la necesidad de calificar la situación del deudor del juez, no son del todo convenientes, especialmente por la rapidez con la que debe procederse debido al grado en que se deterioran los activos del deudor.

En este sentido, podemos acudir a la legislación alemana, que sí incorpora la insolvencia como requisito para la declaratoria de quiebra, pero lo define jurídicamente en términos de las obligaciones contraídas por el deudor. Ariel Dasso en su obra *Derecho Concursal*, cuando elabora el análisis del caso alemán, ha indicado lo siguiente:

Es necesaria la existencia de por lo menos una de tres posibilidades: insolvencia, amenaza de insolvencia o sobreendeudamiento.

a) El presupuesto general es la insolvencia (Zahlungsunfähigkeit), definida como la imposibilidad del deudor de cumplir con las obligaciones exigibles (art. 17. II) y “se supone como regla cuando el deudor ha cesado en los pagos” (art. 17. I. 2)¹⁸.

De esta forma, lo que se pretende es garantizar que el deudor sí se encuentre insolvente, con la finalidad de asegurar que la quiebra no se convierta en un proceso de ejecución singular. No obstante, en el caso alemán, también es importante mencionar que la quiebra puede ser solicitada cuando se esté ante una amenaza de insolvencia. Naturalmente, como únicamente el deudor es el que puede tener ese grado de conocimiento, solo este puede realizar la solicitud ante el juez concursal. La amenaza de insolvencia también se encuentra definida en términos de obligaciones, ya que el artículo 18 InsO (Insolvenzordnung) expresamente indica que “el deudor se encuentra en situación de amenaza de insolvencia cuando es previsible que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago pendientes en el momento del vencimiento (exigibilidad).”

Con alguna normalidad, en los textos que tratan los procesos liquidatorios, se suele hablar en primer lugar del presupuesto subjetivo, sin que ello implique que sea más relevante que el presupuesto objetivo, por que necesariamente deben darse ambos de forma conjunta. Sin embargo, en nuestro trabajo hemos invertido su orden, por considerar que el presupuesto subjetivo, por el escaso impacto que tiene, puede tratarse someramente en segunda posición.

¹⁸ Dasso, *Derecho Concursal...*, pp. 10-11.

C. Presupuesto subjetivo

El presupuesto subjetivo refiere a las condiciones que debe reunir el deudor para ser declarado en quiebra. De conformidad con lo establecido en el artículo 851 del Código de Comercio, lo esencial para ser declarado en quiebra es ostentar la condición de comerciante. Consideramos pertinente apuntar que este presupuesto tiene particular relevancia en legislaciones, como la costarricense, en las que se sigue un sistema dual, contrario a las que se rigen por el principio de unidad, por ejemplo, Argentina, España, Colombia y México. El punto presenta complejidad únicamente en cuanto a las personas físicas, debido a que las sociedades, que se constituyan de conformidad con las disposiciones del C. Com., según lo definido por el artículo 5.c de ese mismo Código, invariablemente tienen la condición de comerciante. Además, según el artículo 5.b también poseen esa condición las empresas individuales de responsabilidad limitada.

En cambio, en relación con las personas físicas, debe demostrarse que estas tengan la condición de comerciante para poder ser declarados en quiebra. Ello debe ser probado ya sea si la quiebra es solicitada por el propio deudor (voluntaria) o si es solicitada por un acreedor (obligatoria o forzosa). Son comerciantes, indica el artículo 5.a del C.Com., “las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual”. En otras palabras, deben comprobarse dos aspectos: (i) ejercer en nombre propio actos de comercio y (ii) la habitualidad de esa ocupación, debido a que la capacidad jurídica se presume.

Debe advertirse que, a pesar de que en líneas anteriores hemos defendido que nuestra legislación adopte el principio de unidad, la distinción deberá mantenerse en lo que concierne a la intervención y reorganización por administración judicial y la reestructuración de la empresa. Este criterio obedece esencialmente a que la actividad productiva de una persona física, que no es comerciante, no merece la tutela jurídica que se pretende con el instituto, que nos hemos avocado a estudiar.

Por último, las diferentes legislaciones que sí han incorporado el principio de unidad, igualmente mantienen el presupuesto subjetivo, pero con la finalidad de excluir instituciones públicas y gubernamentales. Por ejemplo, el artículo 11.I del InsO alemán expresamente excluye

al Estado Federal, al Estado y a personas jurídicas de Derecho Público, sujetas a la vigilancia de un Estado.

D. Juez competente

El juez competente para conocer del proceso de quiebra, así como los convenios preventivos y la administración por intervención judicial, no acarrea ninguna dificultad. La Corte Plena en Sesión No. 001-2018, Artículo III dispuso “aprobar el cambio de competencia, en consecuencia, el Juzgado Concursal asume el conocimiento de los procesos concursales tramitados actualmente en los Juzgados Civiles de Mayor Cuantía del país, a partir del 1 de febrero de 2018¹⁹”. En razón de lo anterior, la totalidad de procesos concursales se tramitan en el Juzgado Concursal de San José, independientemente de donde se encuentre domiciliado el deudor fallido. De esta forma, este Juzgado concentra la competencia en razón de la materia y del territorio.

Consideramos que esta disposición es el único avance que se ha realizado en Derecho Concursal. El atraso legislativo que tiene esta materia puede, en alguna medida, compensarse por la existencia de un juez especializado que conozca, exclusivamente, estos asuntos. Posteriormente, hablaremos de una excepción sobre otros asuntos, que debe conocer el juez concursal, en razón del fuero de atracción que opera una vez declarada la quiebra, según lo dispone el artículo 767 del C.P.C. de 1989.

No obstante, las bondades de esta disposición, que es de naturaleza administrativa, hacen surgir la duda sobre el contenido del artículo 856 del C.Com. La norma citada establece precisamente la regla de competencia en razón del territorio, al disponer como regla general que “La quiebra la declarará el Juez de domicilio de la empresa o negocio”, pero fue despojada de todo contenido por Corte Plena al concentrar todos los procesos concursales en San José. Incluso, la disposición del C.Com. fue incluso asimilada dentro del CPC del 2016, concretamente en su artículo 8.3.4.1.

¹⁹ Acta de Sesión de Corte Plena No. 001-2018, Artículo III.

En nuestro criterio, esta actuación queda fuera de las competencias de la Corte, establecidas en el artículo 59 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que sería en estricto sentido ilegal. Es decir, que si una empresa se encuentra domiciliada en Cartago, la declaratoria de quiebra se presenta ante el Juzgado Concursal, el deudor podría plantear la excepción de incompetencia en razón del territorio, la cual debe ser declarada con lugar. Incluso, de conformidad con el artículo 9.1 del CPC del 2016, el juez concursal podría declararse incompetente, lo cual sería legalmente procedente.

E. Legitimados para presentar la declaratoria de quiebra

La doctrina tradicionalmente reconoce dos tipos de proceso de quiebra, en función de la persona que ha solicitado su apertura. Si la quiebra es solicitada por el propio deudor, nos encontramos ante un supuesto de quiebra voluntaria²⁰. En cambio, si la quiebra es promovida por uno de los acreedores, estaríamos ante una quiebra necesaria o forzosa²¹. Nosotros consideramos que esta distinción carece de sentido, debido a que el proceso será exactamente el mismo, independientemente de quien sea el promovente. La única diferencia, como veremos de seguido, corresponde a los requisitos que debe cumplir la solicitud inicial de quiebra, que es incluso más rigurosa para cuando es el propio deudor el promovente. Además, la clasificación en nuestro sistema concursal es innecesaria, debido a que únicamente existe la quiebra necesaria o forzosa, según lo dispone el artículo 853 del C.Com., al establecer que es un deber del comerciante comunicar al juez concursal, dentro de un plazo de 10 días, si ha cesado en el pago de una obligación.

F. Solicitud de quiebra por el deudor

Según lo hemos indicado, la legislación costarricense, a diferencia de la mayoría de las legislaciones²², establece la obligatoriedad del deudor para presentar la quiebra. Si bien la norma no contiene una sanción expresa, por el incumplimiento de la presentación de la solicitud, es nuestra opinión que el deudor incurriría en un supuesto de responsabilidad extracontractual, por lo que acarrea la obligación de pagar los daños y perjuicios, que hubiera causado la demora en la

²⁰ Carlos Nieto Delgado, *Derecho Concursal* (Valencia: Tirant Lo Blanche, 2012), p. 59.

²¹ Nieto, *Derecho Concursal*, p. 97

²² Bonfanti, *Concursos y quiebra*, p. 277.

presentación de la solicitud. No obstante, dichas pretensiones encaminadas a sentar la responsabilidad del comerciante, tomando en cuenta que este se encuentra en un estado de cesación de pagos, resultarían inocuas y en caso de tener una sentencia condenatoria, esta sería un “saludo a la bandera”.

Los requisitos que debe cumplir el deudor son más extensos que los que debe demostrar cualquier de sus acreedores. Estos se encuentran regulados en el artículo 854 del C.Com. y en caso de que se cumpla con la totalidad de estos, el juez concursal se encuentra en el deber de declarar la quiebra.

G. Solicitud de quiebra por un acreedor

La quiebra puede ser solicitada por un acreedor, que demuestre su condición y el título respectivo, con una obligación líquida y exigible. El documento sobre el que se fundamente la solicitud debe ser un título ejecutivo, según lo dispone el art. 860 del C.Com., o en documento privado que contenga una obligación líquida y exigible, que se encuentre firmado por el deudor. La legitimación para solicitar la quiebra, como puede verse, es bastante amplia. No obstante, de conformidad con el artículo 861 del Código de Comercio, quedan excluidos de esta posibilidad los acreedores hipotecarios y prendarios, a no ser que renuncien al privilegio. También estos podrán solicitar la declaratoria de quiebra, si se da el supuesto del artículo 170 del CPC (2018), que establece que los acreedores pueden solicitar la apertura del proceso concursal. Ello requiere de dos presupuestos fácticos: i) la existencia de un saldo al descubierto posterior a la ejecución de la garantía real, ii) la demostración de imposibilidad de cobro de ese saldo al descubierto dentro del mismo proceso de ejecución individual.

En el 2014, con la aprobación de la Ley de Garantías Mobiliarias, que entró en vigencia el 21 de mayo de 2015, se introdujo un nuevo tipo de acreedor con garantía real. Esta afirmación se da, en forma independiente, de la discusión doctrinal sobre si la garantía mobiliaria configura o no un derecho real. El artículo 2.1 de la LGM expresamente define a la garantía mobiliaria como “un derecho real preferente conferido al acreedor garantizado sobre los bienes muebles dados en garantía”. Por este motivo, consideramos que los acreedores que cuentan con una garantía mobiliaria, al tratarse de un derecho real, en aplicación analógica del artículo 860 del C.Com.,

están excluidos para solicitar la declaratoria de quiebra. Asimismo, solo podrían requerir la apertura del concurso en caso de renunciar al privilegio, o bien cumplir con los presupuestos, que ya mencionamos, del artículo 170 del CPC (2018).

Debemos agregar que consideramos que la Administración Pública se encuentra legitimada para solicitar la declaratoria de quiebra, si el crédito se encuentra respaldado por un título ejecutivo, al que la ley atribuya ese carácter. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 887 del C.Com., también tiene la carga de legalizar su crédito. Por ello, no existe ninguna norma legal que le sustraiga a la Administración Pública la legitimación para solicitar la apertura de un proceso concursal. Incluso, puede afirmarse que la legitimación para solicitar la declaratoria de quiebra queda claramente establecida en los artículos 59, 60 y 192 párrafo tercero del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, adicionalmente, este último obligaría a El Estado a presentar la quiebra, en caso de no haya tenido un cobro exitoso mediante los procesos de ejecución singular, o cuando la Administración Pública emite un título ejecutivo, con todas las formalidades exigidas por la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, es nuestro criterio que su legitimación no es absoluta y refiere únicamente a créditos en particular, específicamente a obligaciones de carácter subjetivo, no avaladas por una garantía real. En el caso de que el crédito se encuentre garantizado mediante una garantía real, como lo es la hipoteca legal, de conformidad con los artículos 860 y 901 del C.Com., no podría la Administración Pública solicitar la declaratoria de quiebra. A ello, habría que agregar que la posibilidad de renunciar al privilegio no se encuentra dada para la Administración Pública, ya que no existe norma habilitante.

Finalmente, respecto de este mismo punto, agregaremos que en el cambio de paradigma del Derecho Concursal se ha optado por incluir, de forma expresa, al Estado, en sentido amplio, como acreedor legitimado para acudir a la quiebra en defensa de sus créditos, además de regular con mayor claridad la participación de este.

H. Requerimiento de pago al deudor

Si el juez concursal determina que la solicitud de quiebra, realizada por el deudor, cumple con todos los requisitos del 854 y 855 del C.Com., deberá decretarla sin mayor trámite, según lo dispuesto en el artículo 862 del C.Com. En caso de que la solicitud no cumpla con todos los requisitos, debe compatibilizarse con la nueva legislación procesal, específicamente el artículo 35.4 párrafo segundo del CPC (2016), que permitiría al juez concursal prevenir al deudor que aporte los requisitos faltantes.

En el caso de que el solicitante sea un acreedor, si se cumple con todos los requisitos definidos en el artículo 851 del C.Com., no debe declarar la quiebra de forma inmediata. En este caso, debe prevenirse al deudor requerido que pague, en el plazo de tres días, la totalidad de los montos, que el acreedor reclama como adeudados. El requerimiento de pago deriva de una aplicación analógica del artículo 760 del CPC (1989), que exige esta medida previa a la apertura del concurso de acreedores. No obstante, debido a que, como se ha indicado en líneas anteriores, nuestra legislación sigue la teoría materialista de la cesación de pagos, se utiliza el requerimiento de pago incluso en los procesos de quiebra, para asegurar la existencia del incumplimiento del deudor requerido. En esta misma línea, el Tribunal Segundo Civil ha indicado lo siguiente:

IX. El requerimiento es la figura utilizada por el juzgador en la averiguación previa a la apertura del concurso civil de acreedores o declaratoria de quiebra, a fin de determinar si el deudor se encuentra en estado de insolvencia patrimonial, o bien, ha cesado en sus pagos según corresponda. X. Nuestra legislación no tiene previsto la realización del requerimiento de pago, en la quiebra, como sí lo contempla para el concurso civil de acreedores en el numeral 760 del Código Procesal Civil, sin embargo se ha establecido jurisprudencialmente que atendiendo a las consecuencias económicas y sociales que depara el instituto de la quiebra y siendo la cesación de pagos uno de los presupuestos de fondo del mismo, resulta necesario requerir de pago al deudor, no así prevenirle la presentación de bienes, por lo que la aplicación del citado artículo 760 se hace en cuanto a la posibilidad de efectuar el requerimiento mas no en cuanto a la forma de hacerlo²³.

El jurista costarricense, Francisco Luis Vargas Soto, considera que esta aplicación del artículo 760 del CPC (1989) riñe con el principio *par conditio creditorum*, debido a que privilegia al acreedor, que ha solicitado la apertura de la quiebra, en perjuicio de los demás²⁴. Si bien

²³ Tribunal Segundo Civil, Sección II, Sentencia No. 102 de las 9:45h. del 20 de abril de 2004. En igual sentido puede verse la Sentencia No. 245 de las 9:50h. del 30 de setiembre de 2008.

²⁴ Francisco Luis Vargas Soto, *Contribuciones al Derecho de Quiebra Costarricense* (San José: Trejos Hermanos SUCS., S.A., 1980), p. 34.

consideramos que la preocupación es genuina, esta violación al principio indicado en la realidad no sucede. El principio rige una vez que ha sido declarada la quiebra, no precisamente cuando se realiza una suerte de indagación judicial sobre la capacidad de pago del deudor. No obstante, consideramos que se trata de una preocupación genuina por un motivo diferente, siendo que desnaturaliza el proceso de quiebra en un proceso de ejecución individual.

I. Declaratoria de quiebra

Si el deudor paga lo adeudado dentro del plazo de tres días, no procede la declaratoria de quiebra. En sentido contrario, si no realiza el pago, el juez se encuentra en el deber de declarar la quiebra dentro del plazo de veinticuatro horas. La resolución que decreta la quiebra, según lo dispone el propio artículo 863 del C.Com., también debe contener los mismos requisitos que el auto, que ordena la apertura de un concurso de acreedores (art. 763 CPC [1989]). Debe tenerse en claro que con la promulgación del CPC (2016) se eliminaron las dos instancias recursivas en los procesos civiles, incluso siendo aplicable a las disposiciones relativas a temas concursales, que quedaron vigentes, lo cual se debe a la reforma del artículo 764 del CPC (1989). Por este motivo, la resolución que decreta la quiebra tiene recurso de revocatoria y de casación; en cambio, la resolución que rechaza la quiebra tiene recurso de revocatoria y recurso de apelación. Ahora, los motivos para este último son los indicados en el artículo 69.2 del CPC (2016).

J. Órganos del proceso de quiebra

Los órganos encargados de llevar a cabo el proceso de quiebra y las operaciones, que deben realizarse durante el proceso que analizaremos en el punto siguiente, acarrear para nuestro objeto de estudio una particular importancia. Es precisamente sobre estos órganos, en caso de que sea posible la reestructuración de la empresa en la normativa costarricense, que recaería el plan de reestructuración. La quiebra se desarrolla a través de tres órganos, el jurisdiccional, el de gestión y el de deliberación²⁵.

²⁵ Bresciani, *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense*, p. 81.

a. Órgano jurisdiccional

Está integrado, en el caso costarricense, por el juez concursal y el juez penal. Esto se debe a que el artículo 863.f del C.Com. establece que la quiebra, de forma oficiosa y sin excepciones, debe ser calificada desde la perspectiva penal. La calificación de la quiebra como delito, ya sea culposa o fraudulenta, acarrea la sanción penal para la fallida o de sus personeros. Los efectos de la quiebra adquieren una modulación distinta, si esta es calificada como fraudulenta o culposa. Por ejemplo, el artículo 933 del C.Com. excluye la posibilidad de celebrar un convenio, en caso de que el fallido haya sido declarado culpable penalmente.

El juez civil se encuentra encargado, principalmente, de verificar que se cumpla con los presupuestos de la solicitud de declaratoria de quiebra, para ya sea rechazarla o admitirla. Según el autor Vargas Soto, las funciones del juez concursal serían esencialmente dos, la primera, de dirección, y la segunda, de vigilancia²⁶. No obstante, el autor no clasifica propiamente cada una de las labores que realiza el juez, dentro de cada una de las categorías empleadas. En cuanto a las funciones de dirección, se refiere claramente a que es por medio del juez que se ponen en conocimiento las actuaciones realizadas por el curador, para que los acreedores y el propio deudor se manifiesten al respecto. Además, le concierne verificar el cumplimiento de las órdenes, que incluye la declaratoria de quiebra según lo dispone el artículo 863 del C.Com. Las funciones de vigilancia tienen que ver con la fiscalización adecuada de las labores del curador, de la junta de acreedores y del propio deudor. Por ejemplo, una de estas sería la remoción del curador a petición de la junta de acreedores, si es que este ha incumplido con alguno de los deberes, impuestos por 876 del C.Com.

b. Órgano de gestión, representación y administración

El curador puede ser, dentro de la legislación costarricense, el órgano con mayor relevancia por las facultades que se le atribuyen. Sus funciones, como mencionamos anteriormente, se encuentran reguladas en el artículo 876 del C.Com. De un análisis de estas, la autora Bresciani Quirós deriva que el curador “se trata de una persona nombrada por el juez, que se encargará de administrar los bienes del quebrado y que tiene las facultades de mandatario con poder general”²⁷.

²⁶ Vargas, *Contribuciones al Derecho de Quiebra costarricense*, p. 100.

²⁷ Bresciani, *Los procesos concursales...*, p. 82.

Esta conclusión es acertada en su totalidad y cuenta con sustento legal, según lo dispuesto en el artículo 879 del C.Com. Posteriormente, cuando estudiemos los efectos de la quiebra, en particular el desapoderamiento de los bienes que sufre el deudor, se podrá entender con mayor amplitud las características del curador como órgano de gestión y administración. Además, se encuentra a cargo no solamente de los bienes del deudor, sino que también vela por la contabilidad de la quiebra.

Los requisitos para el nombramiento del curador se encuentran en el artículo 873 del C.Com. Uno llama particularmente la atención, es la necesidad de que este deba ser abogado de los tribunales. Si bien, ello es conveniente para la obligación del artículo 876.g²⁸ del C.Com, las demás labores, en nuestra opinión, pueden realizarse, con mayor eficiencia, por un administrador de negocios, con énfasis en finanzas. No obstante, este obstáculo de carácter legal, que se contrapone a una buena práctica financiera para la liquidación, puede ser superada con la excepción establecida en el artículo 874 C.Com. La norma permite que el curador sea una entidad bancaria, o bien, una sociedad comercial, siempre con el auxilio y dirección de un abogado. Debemos resaltar que esto se trata de una excepción a la regla, que puede resultar en una mejor garantía para los acreedores.

Adicionalmente, la función de representación se da, en palabras de la autora Bresciani Quirós, por los siguientes aspectos:

La función del curador es muy particular: él representa al juez, es un funcionario judicial nombrado a los efectos de administrar los bienes de una persona intervenida judicialmente. Por otro lado, representa a la masa de acreedores. Hay que recordar que el propio deudor no puede disponer de sus bienes, lo que se conoce como desapoderamiento. Esas facultades de disposición se transmiten a la masa de acreedores mediante el curador.

El curador también representa al deudor, porque es su obligación obtener el mejor provecho de los bienes de este, en favor de todos los acreedores²⁹.

Por último, es necesario agregar que el curador es nombrado para la totalidad del proceso concursal, aunque, en caso de que falte gravemente a sus deberes, puede ser removido de su cargo.

²⁸ “Artículo 876: Son obligaciones del curador: g) Presentar al juzgado un informe pormenorizado de todos los créditos, con expresión concreta del fundamento del reclamo, y su opinión acerca de la procedencia y legitimidad de éste”

²⁹ Bresciani, *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense*, pp. 82-83.

Dicha solicitud puede ser planteada por uno de los acreedores, por la junta de acreedores –órgano que estudiaremos de seguido– o bien por el propio deudor.

c. Órgano de deliberación

Este órgano lo forma la junta de acreedores, el cual a su vez se encuentra integrado por la totalidad de los acreedores de la fallida. En nuestro criterio, existen dudas acerca de cuáles son los acreedores que deben integrar la junta, especialmente si deben formar parte de ella aquellos acreedores cuyo crédito haya sido rechazado. Sin embargo, para resolver esta cuestión, primero deben revisarse los asuntos que son de conocimiento de la junta de acreedores.

La autora costarricense Bresciani Quirós ha indicado, que posterior a la reforma introducida en 1996 por la Asamblea Legislativa, mediante el CPC (1989) se eliminó el exceso de las atribuciones que tenía la junta de acreedores. Por ello, en la actualidad, se indica que únicamente se conservan cuatro juntas, que se indican a continuación:

“1- La junta para conocer del plan de distribución que presente el curador cada vez que la quiebra tenga una suma de dinero que represente, por lo menos, un 25% del pasivo (inciso k del artículo 876 del Código de Comercio).

2- La junta para conocer de la cuenta distributiva final (artículo 792 y 793 del Código Procesal Civil y 927 del Código de Comercio).

3- La junta para conocer de la cuenta de administración del curador (artículo 807 del Código Procesal Civil).

4- La junta para conocer del convenio entre acreedores y concursado (artículo 796 y 797 del Código Procesal Civil).³⁰”

No obstante, con la citada reforma no se había eliminado la junta para la calificación de créditos, la cual no fue mencionada por la autora citada y que fue derogada mediante el artículo 183.5 del CPC (2016). Cabe agregar que existe la posibilidad de celebrar otras juntas, que se encuentran reguladas dentro del artículo 908 del C.Com., concretamente los incisos b), c) y d). El

³⁰ Bresciani, *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense.*, p. 91. Adicionalmente a los artículos citados en el punto 4, deben agregarse los artículos 876 inciso ñ) y 907 del C.Com., que expresamente indica que, para la proposición de un arreglo, es necesario que se convoque a una junta de acreedores.

punto es relevante para determinar cuáles son los acreedores que deben integrar la junta, específicamente si la pueden integrar aquellos cuyo crédito haya sido rechazado.

Ahora bien, es nuestra consideración que únicamente la deben integrar los acreedores, cuyo crédito haya sido aprobado por el juez concursal. Esta posición se fundamenta en el artículo 909 del C.Com., que también fue derogado por el CPC (2016), el cual indicaba que en caso de que el crédito fuera rechazado, el voto no sería computado para efectos de la votación. Sin embargo, la lógica de dicha norma se debía a que la junta de calificación de créditos era la primera que debía realizarse, por lo que se requería la participación de todos los acreedores quirografarios. Debido a que esta junta fue eliminada, ahora solo debe ser integrada únicamente por acreedores quirografarios con créditos aprobados.

Adicionalmente, debemos indicar que la derogación del artículo 909 del C.Com. no nos parece oportuna, debido a que consideramos que la última oración de dicha norma era de muchísima utilidad. El supuesto fáctico que la norma pretende cubrir, el voto de un crédito rechazado no cesa de existir por la eliminación de la junta de calificación de créditos. Es perfectamente posible que la resolución que resuelva sobre la aprobación o no de los créditos sea recurrida, en efecto devolutivo, por lo que el proceso de quiebra debe continuar. En este caso, posterior a lo que determine la segunda instancia, era necesario saber qué medidas se debían tomar si un crédito había sido aprobado y posteriormente rechazado.

Respecto de los asuntos que aún permanecen bajo la competencia de la junta de acreedores, consideramos oportuna la posición de Francisco Luis Vargas, quien indica que esta solo debe conocer acerca de la aprobación o no del concordato³¹. Ello debido a que es mejor dejar la resolución de esos asuntos al órgano jurisdiccional, que es especializado y no defiende intereses particulares como los acreedores, lo que contribuiría a un mejor desarrollo del proceso.

Finalmente, hemos de indicar que el órgano jurisdiccional, es decir, el juez concursal, de conformidad con el artículo 903 del C.Com., debe homologar los acuerdos tomados por la junta de acreedores. Habría que aclarar que el poder de homologación, que es concedido al juez, es un

³¹ Vargas, *Contribuciones al estudio del Derecho de Quiebra costarricense*, p. 120.

control de la legalidad de las medidas tomadas por la junta, por lo que únicamente puede aceptarlo o rechazarlo, siéndole imposible modificar o alterar los acuerdos adoptados. Aunque, también debemos analizar otras funciones que se le han atribuido a la junta de acreedores, especialmente en lo que atiende a la fiscalización del curador. En este sentido, se ha expuesto lo siguiente:

El comité de acreedores tiene entonces la función de vigilancia, control, autorización y consulta (art. 41). Vigila la gestión del curador para lo cual está atribuido un poder de inspección genuino, siendo la obligación legal del curador, en orden a las facultades del comité para formular opinión sobre la continuación de la gestión, confeccionar un informe inicial en torno a las causas y origen del desequilibrio económico y sobre las actividades que desarrolle y producir información trimestral sobre su gestión provisional³².

Podemos, entonces, verificar que en nuestra legislación no se cumple la función de vigilancia que pueda ejercer la junta de acreedores, pues sus labores han quedado reducidas. Con lo cual, puede complementarse la opinión dada por Vargas Soto, en el sentido de que la junta de acreedores debe aprobar o rechazar el concordato, además de sesionar para revisar la función que esté realizando el curador, sin que ello pueda atrasar la efectiva marcha del proceso liquidatorio, en procura de su eficiencia.

K. Operaciones de la quiebra

Ahora procederemos a estudiar las operaciones que se realizan dentro del proceso de quiebra. Estas se dividen en dos, todas aquellas acciones orientadas a determinar el activo de la fallida, así como la totalidad del pasivo, con la finalidad de cancelar este último con el activo remanente.

a. Constatación del activo

Esta puede, indudablemente, ser de las fases más importantes de un proceso liquidatorio. Constituye en determinar todos los bienes y derechos subjetivos, que integren el activo de la totalidad del patrimonio de la fallida. La importancia de ella surge partir de que, una vez de la que empresa es formalmente declarada en quiebra, el activo, que tiene en ese momento, se comienza a deteriorar.

³² Ariel Ángel Dasso, *Derecho Concursal Comparado Tomo II* (Buenos Aires: Legis, 2009), p. 948.

El primer punto que debe examinarse tiene que ver con los bienes, que efectivamente pueden considerarse que integran el activo. Hölderl ha indicado, en este sentido, lo siguiente:

La masa activa del concurso es el conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor que quedan afectos a su realización en el concurso para satisfacer a los acreedores. A la administración concursal le corresponde determinar qué bienes y derechos integran la masa activa.

La Ley concursal parte del principio de universalidad para la determinación de la masa activa del concurso, por lo que está formada (i) por los bienes y derechos que a la fecha de la declaración del concurso aparezcan en el patrimonio del deudor, así como (ii) por los que posteriormente se reintegren al mismo o se adquieran hasta la conclusión del concurso³³.

Naturalmente, existe la eventualidad de que haya bienes, que, si bien se encuentren en posesión del quebrado, estos no pertenezcan a este. Asimismo, puede darse que el deudor tenga bienes que formalmente no sean de su propiedad, aunque en la realidad sí lo sean, o que los haya distraído para evitar que sus acreedores hagan efectiva su acreencia. En estos supuestos, existen las acciones que se han denominado de exclusión, para el primer caso, y de reintegración, para el primer caso³⁴.

Otro aspecto que debemos abordar, en cuanto a los bienes que integran la masa activa del concurso, tiene que ver con aquellos bienes que se encuentran en garantía de un crédito. Algunos autores, como Antonio Hölderl, consideran que estos bienes deben quedar excluidos, siempre y cuando la legislación permita que dichos créditos puedan realizarse al margen del concurso, lo cual se denomina *separatio ex iure crediti*³⁵. En razón de lo anterior, sostenemos que, en el caso costarricense, los bienes que garantizan créditos privilegiados no deben integrar la masa activa. El artículo 890 del C.Com. es claro en indicar que “los acreedores hipotecarios y prendarios podrán cobrar sus créditos fuera del concurso³⁶”, por lo que es claro que se encuentran dentro de la categoría de bienes antes descrita.

³³ Hölderl, *Introducción al Derecho Concursal*, p. 101.

³⁴ Alberto Montón Redondo y Mar Montón García, *El nuevo proceso concursal* (Valencia: Tirant Lo Blanche, 2005), pp. 137-141.

³⁵ Hölderl, *Introducción al Derecho Concursal*, p. 103.

³⁶ En este mismo sentido puede verificarse el artículo 901 del C.Com., el cual reitera que pueden los acreedores pignoraticios e hipotecarios pueden cobrar sus créditos fuera del concurso, siempre y cuando se realice con la intervención del curador.

Después de resolver que dichos bienes no integran la masa activa, queda un punto más por debatir respecto de estos. Si bien según la interpretación que sostenemos, los bienes no forman parte de la masa activa, el mismo artículo 890 del C.Com. indica que estos bienes deben ser valorados por un perito nombrado por el juez concursal, de tal forma que la base del eventual remate será la que fije el perito. Es decir, que no forman parte de la masa activa pero media un interés de no perjudicar a los demás acreedores del concurso, lo que permite que se deje de lado la base convencional. Es necesario recordar que, en caso de que exista un remanente posterior al remate, este sí formaría parte de la masa activa del concurso.

En nuestra legislación, se ha dispuesto que el activo se constata por medio de un inventario, que debe realizar un Notario Público, según lo dispone el artículo 779 del CPC (1989). La norma también prevé la posibilidad de que sea el propio juez concursal quien se encargue de realizar el inventario. Sin embargo, debido a la alta carga de trabajo que mantienen los tribunales, se trata de una disposición que rara vez se emplea en la práctica. Una vez que los bienes han sido inventariados, deben ser puestos en posesión del curador o del juez concursal. Posteriormente, los bienes tienen que ser valorados por un perito judicial.

Finalmente, la totalidad del haber del concurso debe realizarse, lo cual no significa otra cosa que “convertir en dinero, mediante la venta de los bienes muebles, inmuebles y de cualquier otra naturaleza, desapoderados, y que no hubieren sido objeto de alguna acción de desintegración³⁷”. Este se trata de un requisito indispensable para continuar con las siguientes etapas, como la solución del proceso mediante la distribución del haber, que ya ha sido realizado.

b. Constatación del pasivo

Ambas operaciones, la constatación del activo y del pasivo, son la estructura básica de todo proceso liquidatorio o concursal. Por este motivo, son las fases más importantes de todo el proceso, sin las cuales este no puede continuar. Respecto de la constitución de la denominada masa pasiva, en palabras del autor Vargas Soto, “todos los créditos, tanto civiles como mercantiles deben figurar en el pasivo”, además de que la naturaleza de estos, no tiene ninguna relevancia, con la excepción

³⁷ Orlando Aguirre Gómez, “Derecho Concursal”, (San José: Obra sin publicar), 81.

de que se trate de acreedores privilegiados³⁸. Sin embargo, como lo explicaremos más adelante, esta afirmación es un poco desactualizada, debido a la proliferación de nuevas maneras de financiamiento, que ameritan un tratamiento distinto para cada tipo de crédito.

De conformidad con el artículo 887 del C.Com., todos los acreedores deben legalizar el crédito ante el juez concursal, con la única diferencia de los separatistas que no tienen esa obligación, salvo que renuncien a su privilegio. La legalización del crédito, denominada de esa forma en nuestra legislación, no es otra cosa más que la demostración de su existencia, lo cual es llamado en otras jurisdicciones como comunicación del crédito en el caso español y *proof of claims* en el caso estadounidense. Ahora bien, los acreedores separatistas son los indicados en el artículo 890 del C.Com., que hace referencia a los acreedores hipotecarios y pignoratícios, pero, además, según lo que habíamos indicado en líneas anteriores, los créditos con garantía mobiliaria, serían considerados también separatistas. El plazo para presentar la legalización del crédito es el que haya fijado el juez concursal, según lo indica el ya citado artículo 887.

Posteriormente, los créditos deben ser analizados por el curador en los términos indicados en el artículo 876.g del C.Com. Después de que el curador rinda el informe respectivo, el juez concursal, en una resolución motivada, debe indicar los créditos admitidos y los que fueron rechazados, según lo dispone el artículo 775 del CPC (1989), ya que no existe ninguna norma vigente relativa a este asunto en el C.Com. De esta forma, la constatación del pasivo se compone de tres etapas: (1) legalización de créditos, (2) informe del curador y (3) aprobación o rechazo por parte del juez concursal³⁹. Adicionalmente, debe agregarse que en caso de la legalización se realice fuera del plazo determinado por el juez concursal, el crédito igualmente debe tomarse en cuenta siempre y cuando todavía existan reparticiones pendientes. Sin embargo, la presentación tardía de la legalización del crédito sí conlleva la pérdida de los privilegios que se tengan, según lo dispone el artículo 950 y 959 del Código Civil (en adelante CC).

³⁸ Vargas, *Contribuciones al estudio del Derecho de Quiebra costarricense*, p. 148.

³⁹ Bresciani, *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense*, p. 108.

En cuanto a la naturaleza de los créditos, debe primero afirmarse que sí es de relevancia, principalmente porque ella determina el orden de prelación en cuanto al pago de estos. El artículo 886 del C.Com. determina la existencia de 5 tipos de créditos:

1. Créditos con privilegio sobre determinado bien. Estos son detallados en el artículo 901 del C.Com. bajo las siguientes subcategorías:
 - a. El Fisco y el Municipio por los impuestos que correspondan al año precedente a la declaración de la quiebra, sobre el valor de las cosas sujetas a dichos impuestos.
 - b. El acreedor hipotecario por el valor de la cosa hipotecada
 - c. El acreedor pignoraticio, por el precio de la cosa dada en prenda. Aquí debemos agregar que las garantías mobiliarias, se encuentran al mismo nivel que el acreedor pignoraticio.
 - d. Los acreedores, teniendo derecho de retención hayan hecho uso de ese derecho, por el valor de la cosa o cosas retenidas.
 - e. El arrendador de fincas rústicas o urbanas, por el monto de lo que se le deba por causa del arrendamiento.
2. Créditos de los trabajadores, cuyo carácter privilegiado se encuentra reconocido en el art. 33 del CT.
3. Créditos de los arrendadores y arrendatarios
4. Créditos de la masa
5. Créditos comunes (quirografarios)

Nos parece conveniente agregar que, es técnicamente incorrecto citar en el artículo 886 del C.Com. a los acreedores con garantía sobre determinado bien, debido a que estos, en sentido estricto, no son acreedores de la masa. Según lo hemos indicado en líneas anteriores, los bienes que garantizan una acreencia no forman parte de la masa activa, de lo que deriva el error de haberlos incluido de esta forma. Sin embargo, sí debemos resaltar que su inclusión puede obedecer a motivos académicos, con la finalidad de resaltar el privilegio de los créditos, aunque su inclusión fuese innecesaria por ser jurídicamente incorrecta.

Con respecto a la clasificación de los créditos, que acabamos de describir, hemos de hacer una serie de críticas, según lo habíamos advertido con anterioridad. En primer lugar, los créditos de la

masa se encuentran regulados en el mismo título que los créditos privilegiados y comunes, lo cual se trata de un error por los motivos siguientes. La Ley Concursal Española también regula los créditos de la masa junto con los créditos concursales, lo que ha ocasionado una serie de problemas. Los autores Ignacio Arroyo y Ramón Morral han indicado que estos no pueden regularse de manera conjunta, especialmente debido a que tienen un régimen jurídico diferente, pues los efectos que acarrear son diferentes. Debe enunciarse que la principal diferencia entre ambos tipos de crédito es que los créditos concursales, ya existen previo a la declaración del concurso. En cambio, los créditos de la masa se generan precisamente en ocasión de la apertura del proceso liquidatorio⁴⁰. En este sentido, los primeros sí forman parte de la masa pasiva del concurso, mientras que los segundos no lo hacen.

En segundo lugar, las clasificaciones y categorizaciones se deben analizar únicamente en función de su utilidad, por lo que sostenemos que el sistema empleado por nuestra legislación es insuficiente. Las categorías que han sido utilizadas son demasiado específicas, lo que no permite fácilmente la incorporación de nuevos tipos de créditos dentro de los procesos concursales. Uno de estos ejemplos, que hemos examinado anteriormente, se trata de las garantías mobiliarias, que forman parte de la realidad transaccional y, sin embargo, estos no cuentan con una regulación legislativa cuando el deudor entra en crisis financiera.

Con la finalidad de comprobar la poca utilidad que tiene nuestra clasificación de créditos, nos vemos obligados a estudiar otras legislaciones, que han sufrido reformas legislativas recientemente, en razón de que las normas concursales no necesariamente se ajustaban a las prácticas mercantiles⁴¹. En el caso español, existen únicamente tres categorías dentro del régimen de los créditos concursales, que son los créditos privilegiados, créditos ordinarios y créditos subordinados⁴². Hemos considerado que son de particular interés los últimos, que son los de peor

⁴⁰ Ignacio Arroyo Martínez y Ramón Morral Soldevila, *Teoría y práctica del Derecho Concursal* (Madrid: Editorial Tecnos, 2014), 137.

⁴¹ Uno de estos ejemplos, tal vez de los más trágicos, es el caso de la compañía canadiense QuadrigaCX, cuyo giro comercial consiste en ser una plataforma de intercambio de cripto monedas. La empresa se vio obligada a iniciar un proceso de quiebra debido a la muerte de su CEO, que dejó un monto equivalente a \$260 millones en bitcoin en una billetera virtual, a la cual nadie puede acceder debido a que solamente él tenía conocimiento de las contraseñas. Esta situación provocó que QuadrigaCX no pudiera cumplir con sus obligaciones, principalmente frente a sus depositantes. El Derecho Concursal claramente no estaba preparado. La noticia puede verse en el link <https://www.cbc.ca/news/canada/nova-scotia/quadrigacx-cryptocurrency-exchange-bankruptcy-1.5089539>.

⁴² Martínez y Morral, *Teoría y práctica del Derecho Concursal*, pp. 145-147.

categoría ya que su preferencia de pago es incluso posterior a los créditos quirografarios. Sin embargo, son de utilidad para relegar de condición algunos créditos, en especial los de personas relacionadas con el deudor, ya sea los socios administradores, apoderados generales y sociedades del mismo grupo de interés⁴³.

La idea aquí expuesta no es enteramente novedosa, la posibilidad también se encuentra dada en la legislación estadounidense, específicamente en la Sección 510 del Código de los Estados Unidos. En este caso, el juez concursal está facultado a aplicar un orden de prioridades distinto, con fundamento en principios de equidad. Es decir, “la subordinación se aplica en casos en los cuales admitir un crédito por el todo sería inequitativo frente a los demás acreedores⁴⁴”. Por lo que consideramos que se trata de una categoría de gran utilidad, que, si bien otorga un amplio margen de discrecionalidad al juez concursal, proporciona una herramienta para contrarrestar cualquier abuso que se puede dar por parte del deudor. Un ejemplo fáctico, en la que se pudo haber empleado esta figura, lo constituye el caso de Corporación Yanber, en el que su principal accionista también era de uno de los principales acreedores.

Adicionalmente, en Alemania, si bien también hay tres grandes categorías, acreedores con derecho a la separación *ex iure domini*, acreedores con derecho a pago separado y acreedores concursales con rango separado⁴⁵, también se regulan varios créditos con un alto nivel de especificidad. Por ejemplo, el artículo 43 *InsO Auflösens bedingte Forderungen*, estipula que los créditos con condiciones resolutoria, para efectos del concurso, se estiman incondicionales. Además, en el artículo 45 *InsO*, también puede verse que incluso se regula la conversión de créditos, bajo el supuesto de que la obligación no sea dineraria pero igual se requiere presentarla de forma líquida.

Por estos motivos, consideramos que las categorías empleadas por nuestra legislación no son del todo útiles para resolver la variedad de conflictos de carácter crediticio que se pueden presentar. Si bien algún número de estos puede solventarse mediante interpretación analógica, como lo es

⁴³ Martínez y Morral, *Teoría y práctica del Derecho Concursal*, p. 47.

⁴⁴ Dasso, *Derecho Concursal Comparado. Tomo I*, pp. 640-641.

⁴⁵ Dasso, *Derecho Concursal Comparado. Tomo I*, p. 15.

nuestra propuesta frente al tratamiento de los créditos con garantía mobiliaria, lo idóneo es que se regulen como metacategorías y, por aparte, se incluyan créditos que ameriten una solución particular, como, por ejemplo, los créditos que estén garantizados mediante fianza.

II. Institutos concursales

Ahora bien, precisamente en razón de que el sistema concursal se ha dividido en dos segmentos, como lo hemos explicado anteriormente, es menester definir el estado financiero que opera como el presupuesto para determinar ante cual segmento nos encontramos. La falta de liquidez, según Espina Montero, se da cuando “la estructura temporal de los ingresos previstos difiere de los pagos comprometidos⁴⁶”. Dicho en otras palabras, se trata de lo que comúnmente se conoce como un descalce de plazos, ya que los activos disponibles en un determinado momento no son suficientes para hacer frente a los pasivos, pero sí lo llegarán a ser. Un ejemplo ilustrativo de ello sería que una compañía tenga un certificado de depósito a plazo a seis meses por la suma de cien mil dólares; no obstante, debe hacer un pago de diez mil dólares en quince días; la compañía tiene sobradamente los recursos para hacerle frente a la obligación, pero no tiene la disponibilidad inmediata, lo cual podría eventualmente acarrear el incumplimiento.

Justamente, en este tipo de situaciones, cuando se da un estado de iliquidez, es que se puede acudir a los institutos concursales, también denominados como precautelares. Estos tienen como finalidad satisfacer los intereses de los acreedores, pero como aspecto secundario, pues su objetivo principal es el saneamiento de la actividad empresarial. No obstante, no debe perderse de vista que ambos objetivos se encuentran completamente ligados, ya que debemos tomar en cuenta que el saneamiento de la actividad mercantil que se desarrolla, beneficia a la totalidad de los acreedores. Los procedimientos concursales, en esencia, lo que permiten es que el deudor tenga un margen de negociación frente a sus acreedores, el cual no tendría del todo en un proceso de quiebra.

A continuación, procederemos a analizar los dos institutos concursales o precautelares, como los denomina un sector de la doctrina que presenta el sistema de costarricense, a saber, el

⁴⁶ Espina, *Crisis de empresas y sistema concursal*, p. 47.

convenio preventivo y la administración con reorganización por intervención judicial. No debe perderse de vista que el análisis aquí realizado tiene como principal finalidad determinar las posibilidades que existen de reestructurar o reorganizar a la empresa promovente de este tipo de procesos. Adicionalmente, el estudio particular de cada una de estas figuras permitirá comprender cómo se daría la reestructuración dentro de los procesos preconcursales.

D. A. Convenio preventivo

El convenio preventivo fue el primer instituto de carácter preventivo introducido a la legislación costarricense. Se incluyó por primera en el Código de Procedimientos Civiles de 1969 con base en el Decreto N°267 del 16 de marzo de 1942 de la República de Italia⁴⁷. Según los juristas nacionales, Sergio Artavia y Manuel Briceño, el convenio preventivo “se conceptúa en la doctrina como un proceso concursal “curativo” que procura impedir que la causa ya existente – cesación de pagos– sea declarada judicialmente y, por ende, se pronuncie la quiebra del empresario⁴⁸”.

Al tomar en cuenta el origen de este instituto en particular, debemos acudir a la doctrina italiana, con la finalidad de entender la particular naturaleza del mismo. En este sentido, el jurista Ragusa Maggiore ha indicado:

In questi casi, la legge permette la formulazione di un giudizio di opportunità sul permanere della gestione imprenditoriale. Giudizio che, considerati tutti gli interessi convergenti nell'impresa, prescinde da una valutazione particolare e contingente. Quando si affida al giudice l'accertamento dei presupposti (oltre che di legittimità) di opportunità per la concessione di uno dei benefici previsti dalla legge e cioè il concordato preventivo o l'amministrazione controllata si affida al giudice anche la facoltà di verificare l'opportunità che l'imprenditore riprenda la propria gestione. Nell'esame dei presupposti del beneficio cui viene ammesso il debitore può inserirsi non necessariamente, ma eventualmente, l'indagine diretta a stabilire se l'imprenditore ammesso al beneficio possa riprendere l'attività d'impresa⁴⁹.

⁴⁷ Bresciani, *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense*, p. 42.

⁴⁸ Sergio Artavia Barrantes y Manuel Briceño López, *La quiebra en Costa Rica y la crisis empresarial* (San José, Editorial Jurídica Faro, 2019), p. 47.

⁴⁹ Giuseppe Ragusa Maggiore, *Istituzione di Diritto Fallimentare* (Padova: CEDAM, 1994), p. 611-612. “En estos casos, la ley permite la formulación de un juicio de oportunidad sobre la continuación de la gestión empresarial. Un juicio que, considerando todos los intereses convergentes de la empresa, es independiente de una valoración particular y contingente. Cuando al juez se le encomienda la evaluación de las condiciones (así como de la legitimidad) de oportunidad para el otorgamiento de uno de los beneficios previstos por la ley, es decir, el acuerdo con los acreedores

En resumen, del extracto citado se concluye que el convenio preventivo trata sobre un juicio de oportunidad, el cual deben hacer los acreedores para poder recuperar sus créditos, así como el propio juez sobre la probabilidad de la que actividad empresarial pueda continuar. Inclusive, este mismo autor reconoce que por tratarse justamente de un juicio de probabilidad, el convenio preventivo no tiene una finalidad exclusivamente conservadora de la empresa, como sí sucede para la *amministrazione controllata*⁵⁰ o la administración por intervención judicial para el caso de la legislación costarricense.

L. Presupuesto y requisitos

El presupuesto para la aplicación del convenio preventivo, establecido en el artículo 743 del CPC (1989), es el mismo que para la declaratoria de quiebra, es decir, un estado de cesación de pagos. Si tomamos como punto de partida que los institutos concursales sirven de remedio para un estado de falta de liquidez, carece de sentido que el proceso liquidatorio y los institutos que buscan evitarlo tengan el mismo presupuesto para su aplicación. Cabe agregar que el único legitimado para presentar la solicitud del convenio preventivo es el deudor, lo cual no sucede con la quiebra ni con la administración por intervención judiciales, procesos en los cuales sí pueden accionar tanto el deudor como cualquiera de los acreedores personales y no reales.

Ello, desde nuestra perspectiva, implica que la diferencia entre que se declare la quiebra y se aplique a un convenio preventivo radica en cuál de las partes accione primero. Esta posición incluso se puede confirmar de una lectura del artículo 745 del CPC (1989), el cual define que si no se cumplen con los requisitos de admisibilidad del artículo 744 del mismo cuerpo normativo, si se da el presupuesto objetivo para la declaratoria de quiebra, que según el propio artículo 743 anteriormente citado indica que debe darse, entonces necesariamente siempre que no se cumpla con los requisitos de forma, el convenio preventivo se convertirá en un proceso de quiebra. Nuestra

o la administración controlada, también se le confía el derecho de verificar la oportunidad de que el empresario reanude su propia gestión. Al examinar los prerrequisitos del beneficio al que se admite al deudor, la investigación destinada a establecer si el empresario admitido en el beneficio puede reanudar la actividad empresarial. [Traducción propia]

⁵⁰ Ragusa Maggiore, *Istituzione di Diritto...*, p. 613.

posición, sobre este aspecto en particular, no resulta novedosa, pues había sido previamente reconocida por Francisco Luis Vargas, quien al respecto expresó:

En todo caso, y a pesar de que somos partidarios de los procedimientos preventivos, nuestra crítica al sistema es válida en el tanto, por una parte, en que el convenio no tiende a evitar la cesación de pagos -ésta, como vimos, es más bien una condición esencial para la procedencia del convenio preventivo- y, en el tanto, por otra parte, que tal “convenio” no llega, por lo general, a ser sino una quiebra “simplificada”, lo cual no deja de ser un agravante, puesto que los controles necesarios inherentes a la quiebra no se dan en el convenio, como tampoco se da la calificación de la conducta del deudor⁵¹.

Incluso vale acotar que la posición expuesta por Vargas Soto es de 1980, lo cual implica que este grave error de la legislación concursal costarricense, a pesar de las reformas procesales de 1989, 1996 y 2016 se ha mantenido desde 1969 –fecha en la cual se introdujo el convenio preventivo– a la actualidad. Por cuyo motivo, en nuestro criterio, deben diferenciarse claramente los presupuestos que funcionan de base para el convenio preventivo y para el proceso liquidatorio, tomando en cuenta la situación financiera que debe existir para poder aplicar a cada uno de estos procesos. Piénsese en lo siguiente, si lo que se requiere para la declaratoria de quiebra es un estado de insolvencia, siendo el mismo presupuesto para el convenio preventivo, ¿qué utilidad tiene este si la situación financiera de la empresa impedirá su cumplimiento? En otras palabras, consideramos que la utilidad del convenio preventivo, precisamente como un proceso curativo de las finanzas de la empresa, únicamente se dará cuando exista el cambio de presupuesto para el proceso de quiebra, que según lo hemos venido exponiendo a lo largo de este trabajo, debe ser la insolvencia. De lo contrario, todos los convenios preventivos que se logren alcanzar eventualmente terminarán en quiebras.

Existe también lo que podría denominarse una suerte de segunda fase de admisibilidad. El curador específico que es nombrado, posteriormente a la admisión del convenio preventivo, debe rendir un informe en el cual tiene que validar la situación financiera del deudor proponente. En caso de que el curador considere que la verdadera condición del deudor es distinta a la indicada en la solicitud inicial, el juzgado, según lo establece el artículo 750 del CPC (1989), debe declarar la insubsistencia del procedimiento.

⁵¹ Vargas, *Contribuciones al estudio del Derecho de Quiebra costarricense*, p. 46.

Adicionalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 745 del CPC (1989), en caso de que la solicitud no cumpla con los requisitos establecidos y, además, no se dé el presupuesto objetivo para la declaratoria de quiebra, entonces la solicitud de convenio preventivo será rechazada de plano.

M. Admisión del convenio y efectos

Si el Juzgado admitiere la solicitud, según el artículo 746 del CPC (1989), deberá a proceder a nombrar un curador, así como a ordenar la publicación de un edicto en un periódico de circulación nacional. El curador debe cumplir con los mismos requisitos que para el resto de los procesos concursales, es decir, específicamente la regulación establecida al efecto para el proceso de quiebra. Dicho de otra forma, le aplican los requisitos indicados en el artículo 873 del C.Com., por lo que, como regla general, el curador debe ser abogado.

En términos generales, consideramos que el requisito de que el curador sea abogado es contrario a los principios que rigen los procesos concursales, en especial si el objetivo más relevante es la continuación de la actividad económica de la empresa. Esta disposición, estimamos, contraviene los *Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores*, elaborado por el Banco Mundial, específicamente el principio C6.1⁵² el cual establece que la administración de la empresa, que sea sujeto de un proceso concursal, debe ser reemplazada por un representante que tenga autoridad suficiente para administrar el patrimonio del concurso. En tal sentido, un abogado si bien podrá conocer la regulación relativa a empresas en concurso preventivo y los actos de disposición que estas puedan realizar, en la realidad desconoce el giro comercial de la empresa, por lo que incluso ni siquiera es conveniente cederle la administración de la empresa. Hemos considerado que una disposición más armónica con los principios que rigen el Derecho Concursal implicaría escoger un curador *ad hoc* para el convenio preventivo que llegare a ser aprobado. Incluso, una recomendación sobre esta línea de pensamiento sería emplear la excepción establecida en el artículo 874 del C.Com., nombrando a una institución bancaria o una sociedad comercial.

⁵² World Bank, *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes* (Washington D.C.: Banco Mundial, 2016), p. 22.

Finalmente, en cuanto a los efectos que produce la admisión, son los mismos que se presentan con la admisión del proceso de administración por intervención judicial, según lo dispuesto por el artículo 747 del CPC (1989). En tal sentido, provoca la paralización de las pretensiones ejecutivas individuales, comunes, hipotecarias, prendarias y de cualquier otro tipo, con algunas excepciones claramente establecidas en el artículo 723 del CPC (1989).

N. Fases del Convenio Preventivo

Una vez admitido el procedimiento, el convenio preventivo cuenta esencialmente con tres fases, la determinación del pasivo, discusión y votación del convenio propuesto y finalmente una fase de ejecución.

a. Determinación del pasivo

Una parte esencial del convenio preventivo es conocer la totalidad del pasivo, con la que carga el deudor solicitante, por lo que el trámite que debe seguirse es el mismo del proceso liquidatorio o de la quiebra. Los acreedores deben presentar la legalización de sus respectivos créditos dentro del plazo de quince días, al cual hace referencia el artículo 746 del CPC (1989). Sin embargo, la norma no establece cuál es la consecuencia de legalizar el crédito fuera del plazo establecido, ya que el artículo 748 del CPC (1989) únicamente remite al procedimiento establecido para la quiebra. El inconveniente surge debido a que, en la quiebra, fuera de la pérdida del privilegio del crédito, no existe ninguna sanción ni consecuencia significativa de presentar la legalización fuera del plazo, siempre y cuando no se encuentre repartida la totalidad del haber.

La sanción no puede ser la misma para el convenio preventivo, ya que no existe un vencimiento anticipado de las obligaciones y no se está repartiendo el haber, sin embargo, decae el plazo y paraliza los cobros y obliga al acreedor a presentar la legalización. Aunado a ello, es esencial conocer en la menor cantidad de tiempo posible la dimensión del pasivo de la compañía, pues el convenio al que se pueda llegar depende en una buena medida de la información que se tenga al respecto, sin perjuicio de la información que debe suministrar la propia compañía en la solicitud inicialmente. Adicionalmente, antes de analizar cuál puede ser la consecuencia apuntada, debe tomarse en cuenta que la presentación tardía de la legalización, y el efecto que pueda tener, sería

una sanción procesal y como tal de aplicación restrictiva, por lo que no podría acudirse a la interpretación analógica.

En respuesta a este vacío legal, un precedente del Tribunal Segundo Civil estableció lo siguiente:

Respecto a la afirmación que desde el 29 de enero de 2010 existe documento de legalización de crédito, se debe indicar que esta primera gestión fue rechazada por resolución de las 9 horas 45 minutos del 3 de setiembre de 2013, confirmada por el superior mediante voto 361 de las 10 horas 20 minutos del 28 de noviembre de 2013 (ver folios: 336 legajo de legalizaciones tomo I; 1091 a 1093, 1153 y 1154 del mismo legajo tomo III). En defensa de su tesis, la apelante cita el artículo 771 del Código Procesal Civil, reconociendo su condición de acreedor retardatario, pero alegando, que esta norma le permite ser tomado en cuenta en el concurso. Es criterio de este órgano decisor, que por las condiciones especiales de este convenio preventivo, el agravio no es de recibo. De acuerdo con la transcripción del mismo realizada, Eco Tech en su condición de acreedor principal e hipotecario, asumió el pago de los créditos legalizados al 3 de diciembre de 2010, lo cual incluye los impugnados o pendientes de resolución, a cambio de obtener el traspaso de los activos de Hotelera Amón, S. A. Se trata entonces, de un convenio de asunción de deudas, a través del cual se aseguró la continuidad de la operación comercial antes realizada por la sociedad deudora/ejecutada, pero ahora a cargo de Eco Tech, quien, por verse beneficiada con la cesión de activos, es quien debe continuar con este negocio, además de estar obligada a pagarle a los acreedores que hubieran legalizado al 3 de diciembre de 2010. Ergo, el ICT tenía como carga legalizar antes de la fecha indicada -3 de diciembre de 2010-, siendo que ante el incumplimiento, la consecuencia fue dada en el mismo convenio: Eco Tech no está obligado a pagarle. En consecuencia, lo dispuesto en el mandato de cita y en el 773 ibídem párrafo tercero no aplica a este convenio, puesto que su naturaleza jurídica y estipulaciones no permiten el pago a legalizantes tardíos. Se insiste, lo anterior no impide al ICT acudir a otras vías en defensa de sus derechos⁵³.

En este caso, como puede observarse, el Tribunal toma la decisión de rechazar el crédito no por una norma de carácter legal, sino por las propias estipulaciones del convenio preventivo aprobado, las cuales dictaminaban que los créditos pagados serían los presentados dentro de un plazo determinado. No obstante, sí realiza un análisis que consideramos valioso, pues reconoce que el convenio preventivo, al tener una naturaleza jurídica particular, no le aplica el artículo referente al crédito retardatario. Existe un precedente anterior de la Sala Segunda, el cual indica

⁵³ Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, Sentencia N° 514-2017 de las 14:54h. del 14 de agosto del 2017.

con mayor claridad el tratamiento que se le debe dar a los acreedores legalizantes tardíos, que se resume en el siguiente extracto:

Al aprobarse un concordato preventivo, se puede plantear el problema, -y de hecho se plantea-, de la existencia de acreedores ausentes anteriores al auto de apertura y de los posteriores. El convenio de (sic) produce efectos semejantes a los de la quiebra o del concurso civil y la parte deudora conserva su personería para sostener, independientemente de la existencia de derecho, las reclamaciones que se hagan en virtud de aquellas relaciones jurídicas no tomadas en cuenta, aún en el supuesto de un concordato de cesión de bienes, ya sea para hacer valer la respectiva obligación, ante la masa de acreedores, en un plano de igualdad con todos sus integrantes o bien en forma preferente. Como no existe un procedimiento especial de verificación, que le permita a esos acreedores hacer valer el derecho dentro de los mismos autos del convenio, la cuestión debe ventilarse en las vías comunes señaladas en la ley y bien puede decirse que, en estos casos, debido a los intereses en juego (conservación de la personería por parte del deudor y la existencia de la masa en un plano eventualmente opuesto), hay una situación litisconsorcial obligatoria⁵⁴.

La solución planteada pareciera que es la más acertada, se define que, si bien el crédito se puede rechazar para efectos del convenio preventivo, no implica que se esté extinguiendo la obligación por ese medio. En otras palabras, al no cumplir con la carga de legalizar el crédito correspondiente en tiempo, el acreedor pierde el derecho de hacerlo valer dentro del proceso concursal pero igual puede acudir a otros mecanismos procesales para el reconocimiento del crédito. Antes bien, la posición de la Sala Segunda no está libre de problemas en su ejecución, el primero de ellos deriva de qué es o qué se entiende exactamente por *las vías comunes señaladas en la ley*.

Las vías comunes, consideramos, únicamente pueden hacer referencia a los procesos de ejecución individual (v.gr. monitorio dinerario, ejecución prendaria e hipotecaria), debido a que solamente pueden legalizarse los créditos cuya prestación sea el pago de una suma dineraria líquida y exigible. En este sentido, valga la aclaración, los procesos ordinario y sumario son plenarios, por lo que no tendría ningún sentido remitir a los acreedores a esta vía, en caso de que sea rechazada su legalización por tardía. Por consiguiente, los acreedores retardatarios no pueden hacer valer el crédito durante la ejecución y duración del convenio preventivo, en cuyo caso nos encontramos ante una suspensión de facto del derecho de crédito de esos acreedores. Aunque la situación de

⁵⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 147-1990 de las 15:00h. del 3 de octubre de 1990.

estos se resuelve parcialmente por lo dispuesto en el artículo 723 del CPC (1989), el cual indica que “mientras los acreedores no tengan la posibilidad de ejercitar su derecho, no correrá, en su perjuicio, plazo alguno de prescripción ni de caducidad”.

La conclusión apuntada anteriormente, consideramos, es demasiado drástica y perjudicial para los acreedores, especialmente porque puede traer consecuencias para el giro comercial de estos. Con la finalidad de evitar que la situación de estrés financiero del deudor sea transmitida al acreedor, debe pensarse en una posición intermedia, que no implique ni el rechazo de la legalización ni su aceptación en los términos del artículo 771 del CPC (1989). En nuestra opinión, esa tesis intermedia debe acudir a una solución casuística, que implica revisar y analizar el convenio propuesto o admitido, para determinar si es posible para su ejecución admitir legalizaciones tardías. Por este motivo, no podría determinarse en abstracto cuál es la consecuencia de la legalización tardía, en aplicación del carácter instrumental de las normas procesales, consagrado en el artículo 3.3 del CPC (2016), por lo que deberá observarse la probabilidad de aprobarla o rechazarla según el tipo de convenio al que se haya arribado.

b. Discusión y votación del convenio

Una vez concluido el período de quince días para la legalización de los créditos, el juez concursal deberá resolver sobre su admisibilidad y en ese mismo auto convocará a los acreedores (admitidos) a la junta, cuya finalidad es la discusión del convenio propuesto por el deudor. La junta tiene el siguiente orden: i) lectura de la propuesta de convenio, del informe del curador y de la parte dispositiva de los créditos aprobados, ii) discusión de la propuesta, y iii) votación de la propuesta.

La propuesta debe ser aprobada por al menos dos terceras partes de los créditos legalizados. Acá cabe aclarar que no existe el voto por la doble condición, es decir personal y de capital, debido a que una de las particularidades que tiene el convenio preventivo es que es vinculante para la totalidad de los acreedores, incluso para aquellos que no votaron a favor de su aprobación, según lo establece el artículo 155 del CPC (1989). Adicionalmente, debido a que puede que haya acreedores cuyo crédito no haya sido admitido y se encuentre en impugnación, estos únicamente serán considerados bajo un criterio de relevancia, de forma tal que solamente se toma en cuenta

provisionalmente el voto si es este es significativo para aprobar o improbar la propuesta de convenio.

No existen limitantes de ninguna naturaleza en cuanto a las modificaciones que se le pueden realizar a las propuestas de convenio. En nuestra consideración, el resultado de la junta puede ser acuerdo para que se presente una nueva propuesta con las modificaciones sugeridas por los acreedores. La única excepción que resulta de la ley es que la propuesta de convenio no puede violentar el principio *par conditio creditorum*, por lo que no se pueden establecer categorías diferenciadas de acreedores, o si bien estas se dan, deben encontrarse debidamente justificadas y atender a criterios excepcionales.

Posteriormente, una vez que se encuentre aprobada la propuesta de convenio por parte de los acreedores y no existan impugnaciones pendientes de resolver, que vayan a influenciar en la formación de la mayoría, el juez concursal, dentro del plazo de 8 días, debe aprobar o improbar la propuesta de convenio. La potestad homologatoria del juez, de conformidad con lo definido por el artículo 753 del CPC (1989), únicamente se limita a que se apruebe o se rechace el convenio, sin que tenga la posibilidad de realizarle modificaciones o sugerirlas para nueva votación. Con respecto a la labor de análisis que debe hacer el juez concursal, nuestra jurisprudencia ha indicado lo siguiente:

El convenio preventivo es un proceso en el que confluyen esos intereses y principios.- El deudor confiesa su desequilibrio financiero, lo que pone en alerta al sistema, motivando la intervención de los órganos fiscalizadores, pero sin dejar de lado el origen dispositivo del derecho que inicialmente motivó a los acreedores a participar del riesgo de la organización, ni la idea de orden público económico en pro de una comunidad de intereses determinada.- Por ello, ese órgano fiscalizador asume en un convenio preventivo, un papel de control de legalidad y no necesariamente de oportunidad.- Este último queda en manos de los particulares potencialmente afectados por el estado financiero de la organización, siempre y cuando, claro está, no se esté pretendiendo un fraude de ley o uno contra los acreedores o incluso violentar normas prohibitivas o de orden público.- XXI.- Todo tipo de contratación conlleva un riesgo.- Se debe, de cualquier modo, contar con un compromiso serio que permita prever, dentro de lo razonablemente posible, que el convenio se va a cumplir y a ejecutar, de modo que el que se suscriba en un proceso preventivo, cumpla la finalidad para la cual el legislador lo previó, que es darle la mano a una empresa que genera riqueza a nuestro país, para que pueda superar una crisis económica y/o

*financiera que se encuentre atravesando, contando siempre con un seguimiento adecuado por parte de los acreedores y del curador*⁵⁵.

El voto aquí citado es relevante porque establece dos criterios, de legalidad y oportunidad, para la homologación de la propuesta de convenio, los cuales coinciden con los sugeridos por Ragusa Maggiori y que fueron anteriormente citados en esta sección. Sin embargo, en la sentencia analizada se establece que al juez únicamente le corresponde el examen de legalidad de la propuesta, de forma tal que solamente debe verificar que el acuerdo no sea *contra legem* y que, en general, no incumpla los principios que rigen la materia concursal, en particular, el principio de universalidad y *par conditio creditorum*. De esta forma, se establece que el análisis de oportunidad le corresponde de forma exclusiva a los acreedores, en ejercicio del principio dispositivo.

La posición explicitada en el voto del Tribunal Segundo es una que no compartimos plenamente, por los motivos que a continuación expondremos. El jurista italiano Ragusa Maggiore no admite limitar al juez a un análisis de legalidad de la propuesta de convenio, pues si bien el concurso preventivo no tiene una finalidad meramente conservativa, debe realizar un análisis de la posibilidad objetiva de cumplimiento del convenio por parte del deudor solicitante, debido a que, de lo contrario, el procedimiento se convertiría en un proceso liquidatorio, lo cual es justamente lo que se pretende evitar. Por ello, el juez debe también realizar un examen de la oportunidad de la propuesta de acuerdo.

No obstante, puede objetarse a esta posición que de esta forma se limita el ejercicio del principio dispositivo de los acreedores pues el juez concursal estaría limitando las decisiones que estos puedan tomar. La objeción consideramos que sería aparente ya que si no se le permite realizar el juicio de oportunidad al órgano jurisdiccional, también se estaría lesionando otro principio esencial para el Derecho Concursal moderno, como lo es la conservación de la empresa. Si se hace una ponderación entre los principios afectados, puede concluirse que el criterio del juez no estaría, bajo ningún escenario, sustituyendo la voluntad de los acreedores. Los intereses individuales de estos se encuentran tutelados, pero no así necesariamente la conservación de la empresa, que se puede ver perjudicada por la suma de la totalidad de los intereses crediticios. En conclusión, si

⁵⁵ Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Primera, Sentencia N° 272 de las 11:10h. del 14 de setiembre del 2006.

bien reconocemos que existe una vulneración al principio dispositivo, esta es parcial y se da en defensa de otro principio concursal, por lo cual resulta razonable y, consecuentemente, permisible.

Sí debemos adicionar que debe permitirse que el juez concursal pueda rechazar la propuesta del convenio, con base en un examen de oportunidad, sin que necesariamente tenga la obligación de conjuntamente declarar la quiebra de la empresa. Es decir, debe permitirse la posibilidad de que el órgano jurisdiccional otorgue un plazo razonable a los acreedores y al deudor para llegar una propuesta alternativa o sustitutiva. De esta forma, cualquier vulneración que pueda existir al principio dispositivo de las partes involucradas quedaría corregida. Obviamente, si las partes han acordado en que la propuesta de convenio es de naturaleza liquidatoria, en este escenario el juez concursal sí deberá limitarse al análisis de legalidad.

c. Ejecución del convenio

Si el deudor incumpliere cualquier obligación derivada del convenio aprobado, se procederá a resolverlo y a decretar la quiebra. Este mismo escenario ocurrirá si el pasivo fue exagerado o si bien los activos de la empresa fueron escondidos, según lo establece el artículo 756 del CPC (1989). La declaratoria de quiebra, según lo describe Bonfanti, se da como una consecuencia necesaria de la mala fe con la que ha actuado el deudor, ya que siempre se requiere que ambas conductas sean dolosas o intencionales⁵⁶. Este mismo autor, al tratar el tema del incumplimiento de las obligaciones del deudor dentro del convenio preventivo, ha dicho lo que a continuación se transcribe:

Cuando nuestra ley, siguiendo la tradición legislativa, habla de incumplimiento del acuerdo o concordato, se está refiriendo a la causa productora de efectos sustanciales sobre el concordato: la resolución. Más técnicamente, deberíamos hablar de resolución del acuerdo por incumplimiento del deudor: sistema de impugnación que no ataca al aspecto técnico-procesal de la sentencia que homologó el concordato, sino que lo hace contra el aspecto negocial subsumido en la sentencia. La resolución es también un remedio específico de carácter extraordinario contra el concordato y puede ser una acción acumulativa de nulidad. La resolución se funda en el incumplimiento del concordato, tanto en lo que se refiere al pago como la constitución de las garantías, a quienquiera que corresponda: al deudor o al fiador. El pronunciamiento de la resolución tiene carácter colectivo, no individual: se resuelve en relación a la universalidad de los acreedores⁵⁷.

⁵⁶ Bonfanti, *Concursos y quiebras*, p. 242.

⁵⁷ Bonfanti, *Concursos y quiebras*, p. 244.

Ahora bien, cabe rescatar que nuestra legislación no contiene el error de tratar de nulidad bajo el supuesto de que el deudor incumpla el convenio, ya que el artículo 756 del CPC (1989) lo regula acertadamente como un supuesto de resolución del convenio. En este sentido, los dos supuestos que se regulan son: i) el no otorgamiento de las garantías y ii) genéricamente cualquier incumplimiento por parte del deudor. Con respecto al primer punto, debemos agregar que igualmente aplicaría para el deudor tanto como para los fiadores. El incumplimiento que se da, para acarrear la resolución del convenio y, por lo tanto, la quiebra, consideramos que debe cumplir con el mismo requisito que se da para el artículo 692 CC, debiendo ser este grave, a pesar de que el juez concursal no tenga atribuciones discrecionales en cuanto a la apreciación de la importancia del incumplimiento⁵⁸.

De lo contrario, una vez cumplido el convenio, la empresa beneficiada podrá retomar todas sus actividades comerciales de forma regular, por lo que el curador cesará sus funciones, así como también se extinguirán los efectos de la admisión del convenio preventivo, anteriormente explicados.

d. Tipos de convenio y contenidos posibles

El último punto que se debe discutir sobre el convenio preventivo, que es de particular relevancia para el objeto de nuestra investigación, refiere a los tipos de convenio que se pueden aprobar, así como el contenido obligacional de los mismos. El artículo 753 del CPC (1989) reconoce parcialmente los tipos de convenio a los que se puede llegar, sin embargo, la doctrina reconoce otras posibilidades:

- a. **Convenio de cesión de bienes o liquidatorio**, mediante el cual el deudor cede todo el activo a los deudores para su liquidación.
- b. **Convenio dilatorio**, mediante el cual el deudor acuerda pagar la totalidad de los créditos en un plazo determinado, usualmente mayor al que originalmente estaba pactado.
- c. **Convenio de quita y espera**, en el que hay una remisión parcial de las deudas, usualmente de los intereses devengados por la obligación principal y un nuevo plazo para el pago de esta.

⁵⁸ Bonfanti, *Concursos y quiebras*, p. 245.

d. Convenio remisorio, en el se da el perdón de una porción de las deudas⁵⁹.

Si bien los primeros dos cuentan con un reconocimiento expreso en la legislación costarricense, este resulta ser meramente ejemplificativo, debido a que no existe prohibición alguna para negociar una propuesta de convenio diferente o que resulte de una combinación de los convenios enumerados. Incluso, puede firmarse un **convenio preventivo de carácter reorganizativo**, los cuales serán el objeto del estudio del tercer capítulo, pero la conclusión debe mantenerse. No existe ninguna norma que regule el contenido del convenio ni los alcances de este, por lo que consideramos es aplicable el principio de legalidad, al no existir prohibición expresa deben entenderse como permitidos.

O. Administración y reorganización por intervención judicial

El CPC (1989) introduce la figura de la *administración y reorganización por intervención judicial*, que como veremos después de analizar los presupuestos de su admisibilidad, es realmente el primer y único instituto que tiene como finalidad evitar la quiebra de una empresa. La doctrina nacional es también bastante unánime en cuanto a esta conclusión, admitiendo además que dicho proceso tiene fundamento en el instituto de la administración controlada.⁶⁰ Jiménez Meza define este instituto concursal de la siguiente forma:

Desde luego, dicha figura tiene un carácter concursal, que permite extraer los medios para la satisfacción de los acreedores no de la liquidación del patrimonio del deudor, sino de las fuerzas internas de la empresa, no de su normal capacidad de producción; resulta pues, un procedimiento que, a diferencia de los otros procedimientos concursales, viniere en socorro de un empresario que no ha caído en un estado de insolvencia⁶¹.

En resumen, es nuestro criterio que se trata de pasar del principio que indica que el patrimonio es prenda común de los acreedores, al principio de que la mejor garantía de pago es precisamente la capacidad de una empresa de seguir produciendo por su propio giro comercial, en otras palabras,

⁵⁹ Bresciani, *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense*, p. 44.

⁶⁰ Al respecto puede verse la obra de Stella Bresciani Quirós en su libro *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense*, la obra *La administración por intervención judicial* de Alfonso Jiménez Meza, el trabajo del Dr. Sergio Artavia en su reciente obra *La administración y reorganización con intervención judicial* y finalmente el libro *Los procesos concursales precautelares* de Francisco Luis Vargas Soto.

⁶¹ Jiménez Meza, *La administración...*, p. 13.

por el principio de negocio en marcha. Aprovechamos la oportunidad para detallar lo que se entiende por este principio contable, el cual es definido de la siguiente forma:

se asume que la marcha de la actividad de la entidad económica continuará previsiblemente en el futuro. Para evaluar si la presunción de negocio en marcha resulta apropiada, la administración tendrá en cuenta toda la información que esté disponible en el futuro, que deberá cubrir, pero no limitarse, al menos a los doce meses siguientes a partir de la fecha del balance. El grado de detalle de las consideraciones dependerá de los hechos que se presenten en cada caso. Cuando la entidad tenga un historial de rentabilidad, así como facilidades de acceso a fuentes de recursos financieros, puede concluirse que la base de negocio en marcha es adecuada, sin hacer un análisis detallado⁶².

Ahora bien, retomando la discusión sobre la naturaleza de la administración por intervención judicial, por su parte, el Dr. Artavia Barrantes lo ha conceptualizado en las siguientes palabras:

Podemos definir la figura un (sic) proceso concursal, previsto para empresas que se encuentren en una situación económica y financiera difícil, cuya desaparición pueda provocar efectos sociales perniciosos. Este proceso tiende a la protección y a la conservación de la empresa, evitando las ejecuciones individuales de cobro, la suspensión de pago del principal e intereses, por un plazo legal máximo, durante el cual se pretende que la empresa se recupere de su crisis y es además un proceso preventivo de cualquier proceso liquidatorio concursal. El objetivo es el saneamiento de la empresa, para que, superada la crisis económica, pueda seguir adelante, satisfaciendo el pago de sus acreedores⁶³.

Un aspecto que es de especial importancia es que se trata de un proceso concursal, que, por lo tanto, es universal y pretende incluir a la totalidad del pasivo de la empresa solicitante. En otras palabras, es un aspecto decisivo para el mantenimiento y conservación de la unidad productiva, ya que vincula a la totalidad de los acreedores, de alguna forma asegurando que estos no puedan buscar únicamente la satisfacción de sus intereses individuales.

1. Presupuesto y requisitos

El artículo del 709⁶⁴ CPC (1989) establece cuál es presupuesto fáctico que debe cumplirse para que una persona pueda solicitar un proceso de administración por intervención judicial. Dicho

⁶² Álvaro Javier Romero López, *Principios de contabilidad* (Ciudad de México: McGraw Hill, 2014), p. 68

⁶³ Sergio Artavia Barrantes, *La administración y reorganización con intervención judicial* (San José: Editorial Jurídica Faro, 2019), pp. 14-15.

⁶⁴ El artículo, en lo que interesa, dice: *Podrá acogerse a los beneficios de un proceso de administración y reorganización de su empresa con intervención judicial, la persona física o jurídica que se encuentre en una **situación***

artículo incluye tres conceptos que son determinantes para poder determinar la admisibilidad del proceso, los cuales procederemos a analizar de seguido. El primer término al que se hace referencia es la **situación económica o financiera difícil**, que debe ser de naturaleza temporal, es lo que denominaremos **presupuesto objetivo**, ya que hace referencia directa a la situación del deudor. Jiménez Meza define esta situación como “el presupuesto natural, antes que jurídico, sea la dificultad temporal, como, por ejemplo, la falta de liquidez o la inejecutividad de créditos, cosa contraria ocurre con la insolvencia, donde el pasivo está mucho por encima (sic) que el activo⁶⁵”.

Por su parte, el Dr. Artavia Barrantes, define este concepto de la siguiente forma:

La situación financiera hace referencia al efectivo que dispone o que puede disponer de inmediato la persona física o jurídica, conocido como “liquidez”. La norma se refiere a una situación financiera difícil por falta de liquidez de la persona, porque en este momento, de inmediato o a corto plazo no cuenta con suficientes medios de pago, lo que le provocará una situación financiera difícil, al no poder hacerle frente a sus obligaciones económicas, En definitiva, se refiere a la capacidad que poseen esas personas, empresas o sociedades, en un momento determinado, de hacer frente a las deudas que tienen o, lo que es lo mismo, de la liquidez de la que disponen para poder pagar sus deudas. Tiene que ver con las finanzas no operativas.⁶⁶”

En nuestra opinión, el presupuesto objetivo de aplicación debe entenderse en forma restrictiva y no jurídica, para la cual habría que entender qué es una situación financiera difícil desde una perspectiva contable. Esto nos lleva brevemente a mencionar algunos elementos de análisis e interpretación del estado de situación financiera para la toma de decisiones⁶⁷, debido a que, de conformidad con el artículo 713.1 del CPC (1989), la solicitud del promovente para aplicar al proceso de administración por intervención judicial debe incluir el balance de situación.

Uno de los principales instrumentos que pueden utilizarse para interpretar estados financieros son las razones financieras, tales como la razón de capital de trabajo, razón severa, razón de liquidez, razón de endeudamiento, razón entre inversión y capital contable, razón de protección al

*económica o financiera difícil, con cesación de pagos o sin ella, que sea superable, mientras no hayan sido declarados la quiebra o el concurso civil y no se esté tramitando ya un procedimiento de convenio preventivo. Los beneficios de este procedimiento serán únicamente para las empresas cuya desaparición pueda provocar **efectos sociales perniciosos**, sin posibilidades de fácil sustitución. Esta decisión quedará a criterio del juez, quien considerará, entre otros, el número de empleados cesantes, de proveedores y acreedores afectados y de clientes de los cuales la empresa afectada sea proveedora. El subrayado es suplido.*

⁶⁵ Jiménez Meza, *La administración por intervención judicial*, p. 15.

⁶⁶ Artavia Barrantes, *La administración y reorganización con intervención judicial*, p. 23.

⁶⁷ Romero, *Principios de contabilidad*, p. 161.

pasivo circulante, razón de rotación de cuentas por cobrar, entre otras que además tienen respaldo en las Normas Internacionales de Información Financiera⁶⁸. De esta forma, no solamente puede revisarse que efectivamente se cumpla con el presupuesto objetivo, sino que también, en principio, puede determinarse la viabilidad de la empresa promovente. Incluso, consideramos que el juez concursal debe, por el art. 709 del CPC (1989), nombrar un perito, que examine las condiciones y, posteriormente, puede solicitar prueba pericial específicamente con esta finalidad, según lo habilita el artículo 718 del CPC (1989), para el examen del plan.

Ahora bien, el artículo 709 del CPC (1989) también introduce una limitante en cuanto a los deudores, a los que se les permite aplicar al proceso de administración por intervención judicial, motivo por el cual lo denominaremos **presupuesto subjetivo**. Dicha norma indica que solamente pueden aplicar las empresas cuya desaparición pueda provocar **efectos sociales perniciosos**. Si bien la norma no define con exactitud qué se puede considerar como efectos sociales perniciosos, sí establece parámetros objetivos para su comprobación, concretamente el número de empleados cesantes, de proveedores y acreedores afectados y de los clientes de los cuales la empresa afectada sea proveedora. En resumen, el tamaño de la empresa debe ser considerable para que pueda ser sujeto de un procedimiento de administración por intervención judicial.

La limitación definida en la legislación, postulamos, no tiene ninguna razón objetiva para haberse incluido. En principio se da porque hay un interés público en mantener la actividad productiva, especialmente si esta es a gran escala, pero dicho interés no desaparece por el tamaño de la actividad, especialmente porque siempre es más favorable para los acreedores, que puedan recuperar sus créditos por el curso de producción normal de cualquier actividad. Inclusive, Jiménez Meza afirma que dicha exclusión “fue puramente política, por cuanto estaba dejando de lado (...) a la empresa en sí, sin importar el impacto externo que causaría su desaparición⁶⁹”. Ello es también abiertamente contrario a las recomendaciones de UNCITRAL sobre el acceso a los procesos de reorganización, que en lo que es de nuestro interés han establecido lo que a continuación se indica:

One of the objectives of reorganization proceedings is to establish a framework that will encourage debtors to address their financial difficulties at an early stage to enable the

⁶⁸ Romero, *Principios de contabilidad*, p. 161-164.

⁶⁹ Jiménez, *La administración por intervención judicial*, p. 19.

*business to continue to the benefit of the debtor and creditors alike. A commencement standard that is consistent with that objective may be one that is more flexible than the commencement standard for liquidation and does not require the debtor to wait until it has ceased making payments generally before making an application, but allows an application in financial circumstances that, if not addressed, will result in a state of insolvency*⁷⁰.

Por este motivo, las consideraciones políticas y de carácter no técnico deben quedar fuera del debate que nos ocupa. Los procesos de reorganización deben ser incentivados por razones que van más allá del debate político, por lo que consideramos que este es un requisito que, en caso de reforma legislativa, debe ser eliminado. Adicionalmente, le otorga un margen de discrecionalidad demasiado alto al juez concursal, ya que si bien establece parámetros objetivos para determinar los efectos sociales perniciosos, a su vez, no hay cómo medir dichos parámetros.

No solamente existe este criterio de exclusión, es relevante mencionar que el artículo 710 del CPC (1989) también indica que no se pueden acoger a este proceso todas las empresas cuyos funcionarios, dueños o socios hayan incurrido en culpa grave o dolo, con el fin de someterse a la administración por intervención judicial. Naturalmente, lo que se pretende es evitar un uso abusivo del sistema concursal, para evitar que los deudores lo empleen de mala fe para evadir el cobro de sus acreedores.

Adicionalmente, según lo establece el artículo 30 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, las entidades que realicen oferta pública de seguros o reaseguros no podrán acogerse al procedimiento de administración por intervención judicial, principalmente debido a que tienen un régimen de administración o intervención administrativa propio. El mismo escenario se da con todas las entidades que sean supervisadas por la SUGEF; que no podrán aplicar a este procedimiento por lo dispuesto en el artículo 140 inciso g) de la Ley Orgánica del Banco Central

⁷⁰ United Nations Commission on International Trade Law, *Legislative Guide on Insolvency Law* (New York, United Nations, 2005), p. 53. Recuperado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf “Uno de los objetivos de los procedimientos de reorganización es establecer un marco que incentive a los deudores a abordar sus dificultades financieras en una etapa temprana, para permitir que el negocio continúe beneficiando tanto al deudor como a los acreedores. Un estándar de inicio que sea consistente con ese objetivo puede ser uno que sea más flexible que el estándar de inicio para liquidación y no requiera que el deudor espere hasta que haya dejado de hacer pagos en general antes de hacer una solicitud, pero permite una solicitud en circunstancias financieras que, si no se aborda, dará lugar a un estado de insolvencia”. [Traducción propia]

de Costa Rica. Ahora, las sociedades administradoras de fondos de inversión, según lo establece el artículo 98 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, sí pueden acogerse al procedimiento aquí analizado. Puede verse en igual sentido el art. 712 del CPC (1989).

Es importante mencionar que el artículo 709 del CPC (1989) excluye la posibilidad de aplicar a este procedimiento, cuando la empresa haya sido declarada en quiebra con anterioridad. La norma, en nuestro criterio, es contradictoria con el artículo 742 del mismo Código, ya que indica que puede aplicarse más de una vez al procedimiento de administración por intervención judicial, siempre y cuando hayan transcurrido cinco años desde la conclusión del proceso de quiebra. La contradicción deriva del artículo 201 inciso c) del C.Com., debido a que al declararse la quiebra de una sociedad y habiéndose liquidado la totalidad del patrimonio de estas, debe ser disuelta. En tal sentido, resulta virtualmente imposible que una sociedad pueda aplicar a un procedimiento de administración, ya que las probabilidades de que continúe funcionando son muy bajas.

La imposibilidad de aplicar al procedimiento reorganizativo, una vez declarada la quiebra, resulta contraria a las recomendaciones de la CNUDMI, que al respecto han indicado lo siguiente:

The determination of whether the business of the insolvent debtor is viable should determine, at least in theory, which proceedings will be sought. As a matter of practice, however, at the time of commencement of either reorganization or liquidation, it is often impossible to make a final evaluation as to the financial viability of the business. Some of the disadvantages of an approach that requires a decision to be made between the different proceedings at the time of commencement are that it may create an undesirable degree of polarization between reorganization and liquidation and can result in delay, increased expense and inefficiency, especially, for example, where the failure of reorganization requires a new and separate application to be made for liquidation. This inefficiency can be overcome, to some extent, by providing linkages between the two proceedings, with a view to allowing conversion of one type of proceeding to the other in certain specific circumstances, and by including devices designed to prevent the abuse of insolvency proceedings, such as commencing reorganization proceedings as a means of avoiding or delaying liquidation⁷¹.

⁷¹ United Nations Commission on International Trade Law, *Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 18. “La determinación de si el negocio del deudor insolvente es viable debería determinar, al menos en teoría, qué procedimiento se iniciará. Sin embargo, en la práctica, al momento del comienzo de la reorganización o la liquidación, a menudo es imposible hacer una evaluación final de la viabilidad financiera de la empresa. Algunas de las desventajas de un enfoque que requiere que se tome una decisión entre los diferentes procedimientos en el momento del inicio son que puede crear un grado indeseable de polarización entre la reorganización y la liquidación, que puede resultar en demoras, mayores gastos e ineficiencia, especialmente, por ejemplo, cuando el fracaso de la reorganización requiera que se presente una nueva solicitud de liquidación por separado. Esta ineficiencia puede superarse, en cierta medida, estableciendo vínculos entre los dos procedimientos, con el fin de permitir la conversión de un tipo de procedimiento en otro en determinadas circunstancias específicas, y mediante la inclusión de dispositivos diseñados para prevenir el

En este sentido, según lo que hemos examinado de la legislación costarricense, en la cual se aplica la teoría materialista de la cesación de pagos, no existe ninguna determinación sobre la *verdadera* situación financiera de la empresa en crisis. Es decir, no podría excluirse *prima facie* la posibilidad de aplicar a un procedimiento de reestructuración a partir de la declaratoria de quiebra, por lo que consideramos que esta limitación resulta esencialmente arbitraria y contraria a los principios que rigen la materia. Ello se trata de un problema que abordaremos posteriormente, pero en el sistema concursal costarricense hay formas de pasar de los procedimientos preventivos al liquidatorio, sin embargo, la posibilidad de que existe ese cambio en la dirección contraria, por lo menos abierta y legalmente definida, es nula.

2. Juez competente

El Juzgado Concursal de San José, según se expuso en líneas anteriores, es el único competente para conocer de estas solicitudes. La única excepción es la establecida en el artículo 2.10 del CPA, el cual indica que la administración por intervención judicial de las empresas que se dediquen al desarrollo de las actividades de producción agraria de animales, vegetales u otros organismos, debe tramitarse ante el Juzgado Agrario correspondiente al domicilio de la empresa que vaya a ser el sujeto del procedimiento. Consideramos que se trata de un tema de política legislativa, sobre cuál fue la especialidad a la que el legislador le dio prioridad, prevaleciendo el criterio de agrariedad.

3. Solicitud inicial

Los requisitos principales los hemos analizado en cuanto al presupuesto subjetivo y objetivo, ahora bien, la documentación que debe ser aportada se detalla en los artículos 713, 714 y 715 del CPC (1989). Esencialmente deben aportarse los siguientes documentos:

- a. Declaraciones tributarias de los últimos cuatro años
- b. Balance de situación de los últimos cuatro años
- c. Estado de ganancias y pérdidas de los últimos cuatro años
- d. Deben incluirse los costos de explotación de los últimos cuatro años

abuso de los procedimientos de insolvencia. como iniciar un procedimiento de reorganización como medio para evitar o retrasar la liquidación” [Traducción propia]

- e. Los libros de contabilidad, si estuviere legalmente obligado a tenerlos, que abarquen la contabilidad de los últimos cuatro años.
- f. Estado del activo con la indicación de los nombres, calidades y domicilios de los deudores.
- g. Estado del pasivo con la indicación de los nombres, calidades y domicilios de los acreedores.
- h. Deben señalarse cuáles son los gravámenes que afectan los activos de la empresa.
- i. El plan de intervención y reorganización.

Otro requisito, que ha sido particularmente controversial, es el aviso a todos los acreedores de la gestión para acogerse al procedimiento. Se exige que en cualquier escenario debe presentarse la comunicación hecha a cada uno de los acreedores, con el documento que permita verificar que cada acreedor acusó recibido de la comunicación. Hemos indicado que es controversial porque el artículo 715 del CPC (1989) indica que la falta de comprobación dará lugar al rechazo de plano de la petición y a su plena ineficacia. En la práctica, este requisito se ha convertido en un verdadero obstáculo para la aplicación exitosa a este tipo de procedimiento⁷².

Puede comprenderse que el requisito puede ser fácil de cumplir para empresas que no tengan gran tamaño, que no tengan demasiados acreedores y ello facilite la comunicación. Sin embargo, estas empresas no cumplirían con el presupuesto objetivo, ya que su quiebra no conllevaría los efectos sociales perniciosos que hemos analizado. El cumplimiento de aportar la comprobación de la comunicación ha sido, en el caso de empresas con un tamaño significativo, convertido en un imposible, ya que resulta extremadamente tedioso para empresas cuya operación es considerable y tienen una cantidad significativa de deudores. La posición de varios estudiosos del tema ha sido que este artículo no tiene ningún sentido en la actualidad, al respecto el Dr. Artavia Barrantes ha dicho lo siguiente:

En mi opinión este requisito ha perdido actualidad, importancia práctica, razonabilidad y lógica. Primero, la norma fue promulgada en 1996, cuando era incipiente la comunicación (sic) electrónica – correo o similar -. Segundo, esos medios que autoriza están en desuso. Tercero, la Ley de Firma Digital y normativa reciente equipara los documentos

⁷² Respecto de su importancia puede verse la Resolución N°00446-2019 de las 14:22h. del 7 de agosto del 2019 dictada por el Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección Primera, que dispuso mantener el rechazo de plano a la solicitud de apertura de un proceso de administración por intervención judicial del grupo económico de Aldesa Corporación de Inversiones, S.A. Este se trata probablemente de uno de los casos de mayor relevancia reciente en el ámbito nacional.

*electrónicos a los físicos. Finalmente, no es razonable tener que notificar por escrito a todos los acreedores el inicio del proceso concursal preventivo, por cuanto igual la publicación del aviso, en un diario de circulación nacional – art. 718 inc. 8- y el envío de correos electrónicos a los acreedores, hoy resulta suficiente*⁷³.

En realidad, nuestra posición es totalmente coincidente con la expresada por el Dr. Artavia, principalmente porque se trata de un requisito que no incide en lo absoluto con la situación y presupuesto de hecho, que permite la aplicación a la administración por intervención judicial. Consideramos que es una norma que tiende a proteger de forma innecesaria a los acreedores, debido a que el procedimiento se rige por un principio de publicidad, especialmente porque el artículo 718 inciso c) dispone que al admitirse la administración por intervención judicial, debe publicarse el edicto en un periódico de circulación nacional.

En todo caso, también se da la discusión sobre cuál es el momento idóneo para notificar a los acreedores, si debe hacerse al inicio del procedimiento o bien cuando este haya sido formalmente admitido. Una posición considera que debe realizarse una vez que este se encuentre admitido, porque, de lo contrario, se notificará a la totalidad de los acreedores y puede que la solicitud sea rechazada, lo cual puede darse, según hemos visto, por no cumplir con los requisitos formales o bien por no resultar necesario. Sin embargo, una segunda posición considera que los acreedores deben ser notificados lo antes posible, con la finalidad de que exista mayor claridad en cuanto al período de sospecha (que analizaremos posteriormente). La CNUDMI ha reconocido ambas posiciones en la Guía Legislativa, especialmente en el siguiente párrafo:

In the event of a debtor application, creditors and other parties in interest have a direct interest in receiving notice of the proceedings and an opportunity to dispute the presumptions of eligibility (perhaps within a specified time period to prevent the proceedings from being prolonged unnecessarily). The question arises, however, as to the time at which creditors should be notified— at the time the application is made or the time the proceedings commence. Creditors will have an interest in being notified of the application in order to be able to make an informed decision concerning continuing provision of goods and services to the debtor to avoid the accumulation of further debt. A delay between application and commencement could have serious consequences for creditors who continue to trade with the debtor, unaware of its financial difficulties. The interests of creditors in knowing that the application has been made may need to be balanced, in certain circumstances, against the possibility that, if notice of the application is provided, the business position of the debtor may be unnecessarily affected where the application is ultimately rejected or creditors may be encouraged to take last-minute action

⁷³ Artavia, *La administración y reorganización con intervención judicial*, p. 126.

*to enforce their claims. These concerns may be addressed by providing generally that creditors and other parties in interest will be notified only of commencement of the proceedings and adopting a commencement procedure that avoids unnecessary delay between application and commencement*⁷⁴.

La posición de la CNUDMI sobre este tema ha sido reforzar que deben reducirse los tiempos entre la aplicación y la admisión del proceso. Únicamente de esta forma puede disponerse que la notificación a los acreedores se realice una vez iniciado el proceso, aunque formalmente no haya sido admitido, en razón de que se considera que estos deben tener la posibilidad de discutir si el deudor es realmente merecedor de la tutela, que el proceso de administración por intervención judicial puede otorgar. Ahora bien, tratándose específicamente sobre la forma en la que debe realizarse la notificación, se reconoce que hay dos formas generales de practicarla dependiendo de si se trata de acreedores conocidos o desconocidos. Las recomendaciones de la CNUDMI sobre este tema también representan un alto grado de utilidad, por lo que se procede a citar el punto concreto:

69. In addition to the question of the time at which notice is to be given, an insolvency law may need to address, in order to ensure the effectiveness of the notice, the manner in which notice is given and the information to be included. The manner of giving the notice could address both the party required to give the notice (e.g. the court or the party making the application for commencement) and how the information can be made available, with the key consideration being delivery or publication in a form that is generally likely to come to the notice of parties in interest. For example, while known creditors¹⁴ may be notified individually (the effectiveness of this method will depend upon the state of the debtor's records), the need to inform unknown creditors has led legislators to adopt broad requirements, such as publication in an official government publication or a commercial or widely circulated newspaper. That newspaper may be regional, national or local (by reference to the location of the debtor's business), depending upon the circumstances of the

⁷⁴ United Nations Commission on International Trade Law, *Legislative Guide on Insolvency Law*, pp. 59-60. “En el caso de una solicitud del deudor, los acreedores y otras partes interesadas tienen un interés directo en recibir notificación del procedimiento y una oportunidad de disputar las presunciones de elegibilidad (quizás dentro de un período de tiempo específico para evitar que el procedimiento se prolongue innecesariamente). Sin embargo, se plantea la cuestión del momento en que debe notificarse a los acreedores, en el momento en que se presenta la solicitud o en el momento en que se inicia el procedimiento. Los acreedores tendrán interés en ser notificados de la solicitud para poder tomar una decisión informada sobre el suministro continuo de bienes y servicios al deudor para evitar la acumulación de deuda adicional. Un retraso entre la solicitud y el inicio podría tener graves consecuencias para los acreedores que continúan negociando con el deudor, sin conocer sus dificultades financieras. El interés de los acreedores en saber que se ha realizado la solicitud puede necesitar sopesarse, en determinadas circunstancias, con la posibilidad de que, si se proporciona un aviso de la solicitud, la posición comercial del deudor pueda verse innecesariamente afectada cuando la solicitud sea rechazada o los acreedores a que tomen medidas de último momento para hacer cumplir sus reclamos. Estas inquietudes pueden abordarse estableciendo en general que los acreedores y otras partes interesadas serán notificados solo del comienzo del procedimiento y adoptando un procedimiento de apertura que evite demoras innecesarias entre la solicitud y el comienzo formal del procedimiento”. [Traducción propia]

case and what will prove to be most cost-effective. It may not always be necessary, for example, to require publication at considerable expense in a national news- paper when the debtor's business is based and conducted locally.

70. To avoid the notification procedure becoming unwieldy and requiring in each case an investigation into what will prove to be the most effective means of giving notice, the obligation should refer to standard forms, with some flexibility for local conditions. Other options for achieving effective notification may include various forms of electronic communication and use of relevant public registries⁷⁵.

Ello es contrario a lo expresado por nosotros en líneas anteriores, ya se entiende que la publicación por medio de edicto es únicamente para aquellas personas que sean acreedores desconocidos de la promovente, pues de lo contrario, si se trata de créditos debidamente registrados en la contabilidad del deudor, debe notificarse a cada uno de los acreedores. Sin embargo, y de particular relevancia, sí se admite un alto grado de flexibilidad en cuanto a la forma de notificar, ya que permite la utilización de cualquier medio electrónico o la implementación de registros. Cabe aclarar que lo que se exige es la notificación al acreedor y la demostración de que este fue debidamente notificado, sin que sea un requisito probar que el acreedor efectivamente la haya recibido. Podemos, entonces, concluir que, con la finalidad de reducir el tiempo entre el inicio del procedimiento y su admisión, se torna completamente innecesario solicitar que el deudor demuestre que el acreedor acusara recibido de la notificación.

En caso de que exista duda sobre la verdadera situación financiera del deudor, el artículo 718 del CPC (1989) habilita al juez concursal para ordenar, incluso de oficio, la prueba que conduzca

⁷⁵ United Nations Commission on International Trade Law, *Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 61. “Además de la cuestión del momento en que se debe dar la notificación, es posible que una ley de insolvencia deba abordar, a fin de garantizar la eficacia de la notificación, la forma en que se da la notificación y la información que debe incluirse. La forma de notificarse podría abordar tanto la parte obligada a dar la notificación (por ejemplo, el tribunal o la parte que presenta la solicitud de inicio) y cómo la información puede estar disponible, siendo clave la entrega o publicación en una forma que en general, es probable que las partes interesadas se den por enteradas de la existencia del procedimiento. Por ejemplo, si bien los acreedores conocidos pueden ser notificados individualmente (la efectividad de este método dependerá del estado de los registros del deudor), la necesidad de informar a los acreedores desconocidos ha llevado a los legisladores a adoptar requisitos amplios, como la publicación en una publicación oficial del gobierno o un periódico comercial o de amplia circulación. Ese periódico puede ser regional, nacional o local (en referencia a la ubicación del negocio del deudor), según las circunstancias del caso y lo que resulte más rentable. Puede que no siempre sea necesario, por ejemplo, exigir la publicación a un costo considerable en un periódico nacional cuando el negocio del deudor tiene su sede y se lleva a cabo localmente.

Para evitar que el procedimiento de notificación se vuelva difícil de manejar y requiera en cada caso una investigación sobre cuál resultará ser el medio más eficaz de notificación, la obligación debe referirse a formularios estándar, con cierta flexibilidad para las condiciones locales. Otras opciones para lograr una notificación efectiva pueden incluir varias formas de comunicación electrónica y el uso de registros públicos relevantes. [Traducción propia]

a esclarecer el objeto de debate. La norma establece que la totalidad de las pruebas debe ser practicada en el plazo de dos meses, lo cual debe ser concordado con el artículo 719 del mismo Código, por cuanto indica que una vez evacuadas las probanzas, el juez tiene un plazo de cinco días hábiles para resolver por el fondo la solicitud promovida. Debemos insistir nuevamente en que estas disposiciones tienden a prolongar demasiado el inicio de los procedimientos, lo cual no es recomendable debido a que, durante el período de dos meses que puede tomar la fase probatoria, el deudor sigue bajo la administración de la empresa, lo cual puede empeorar la situación financiera.

Inclusive, el art. 709 del CPC (1989) en su párrafo segundo, establece la posibilidad de realizar un primer peritaje, cuando ya se han cumplido con todos los requisitos de admisibilidad. Este peritaje, en la realidad, puede durar más de un año, con lo cual se expone a la empresa a ser ejecutada judicial o extrajudicialmente. Máxime si tomamos en cuenta que, de conformidad con el art. 719 del CPC (1989), los efectos procesales materiales se dan con la admisión.

4. Admisión del procedimiento

Si se cumplen los presupuestos exigidos, el juez debe ordenar la instauración del régimen de administración por intervención judicial, mediante la resolución inicial como la denomina nuestra legislación, junto con el cual hay que tomar unas medidas adicionales, con la finalidad de que este procedimiento pueda tener un alto porcentaje de éxito. El artículo 719 del CPC (1989) indica cuáles son esas medidas que se citan a continuación:

- a. Nombramiento del interventor
- b. Nombramiento de dos asesores del interventor, que pueden ser un abogado y un administrador de empresas.
- c. Designación de dos representantes de los acreedores
- d. Designación de un representante propietario y un representante suplente de los trabajadores de la empresa, para lo cual se procederá a la celebración de una asamblea general de empleados de la empresa.
- e. Fijación de la fecha en que empezó el estado de crisis económico – período de sospecha.
- f. La convocatoria a todos los acreedores para que se apersonen a reclamar sus derechos y presentar las observaciones al plan de intervención y reorganización.

- g. La orden de expedición al Registro Mercantil de un mandamiento para la anotación de la existencia del proceso al margen del asiento de inscripción de la empresa.
- h. Cualquier otra medida que el juzgado considere necesaria para garantizar los derechos e intereses de las partes.
- i. Si la solicitud fue promovida por un acreedor, también se debe ordenar al deudor la presentación del plan de intervención y reorganización.

Estas podríamos considerarlas una suerte de medidas de carácter meramente administrativo, que permiten la sustanciación del proceso y la continuidad de la operación de la empresa, para lo cual es esencial el nombramiento del interventor, en quien recae la personería de la empresa según lo dispuesto por el artículo 721 del CPC (198). Adicionalmente, la resolución inicial acarrea efectos formales y sustantivos, según los detallaremos a continuación.

5. Efectos formales de la resolución inicial

Según lo explicamos, la resolución inicial de instauración de la administración por intervención judicial produce una serie de efectos formales como los califica el artículo 723 del CPC (1989), que no son otra cosa más que efectos procesales.

a. Paralización de procesos cobratorios

Se trata, posiblemente, de uno de los efectos de mayor trascendencia por su incidencia directa en la posibilidad de continuar con la gestión normal de la empresa. El artículo, anteriormente indicado, establece como regla general absoluta que la admisión de la administración por intervención judicial provoca la paralización de las pretensiones ejecutivas individuales, comunes, hipotecarias, prendarias y de cualquier otro tipo. El Dr. Artavia señala que la principal finalidad de este efecto es la siguiente:

Con esta medida de protección se garantiza que los activos y en general el patrimonio de la empresa intervenida – dineros que recibe, en cuentas corrientes e inversiones – no pueden ser tocados y embargados por los acreedores individuales, pues eso puede afectar la operatividad y continuidad de la empresa, incluso el cumplimiento del plan de salvamento, pues son recursos que deben destinarse a su ejecución⁷⁶.

⁷⁶ Artavia, *La administración y reorganización con Intervención Judicial*, p. 184.

Ahora bien, la regla es matizada al establecer cinco excepciones para interponer este tipo de pretensiones, que se detallan a continuación:

1. Aquellas en que hubiera remate ya debidamente notificado al solicitante. Es nuestra posición que esta excepción se justifica, ya que, en principio, con la solicitud inicial se debió haber indicado la existencia de este gravamen, por lo que ya existe conocimiento de que el bien afectado vaya a salir de la masa activa del deudor.
2. Aquellas en que los bienes que se pretende vender o rematar no pertenezcan a la intervenida. En este caso, no existe ninguna excepción porque esos bienes no estaban ni siquiera cubiertos por la regla general.
3. Las alimentarias. En el mismo sentido que el escenario anterior, realmente no se trata de una excepción pues se trata de una pretensión no cubierta por la regla general. Además, debemos agregar que este escenario no se da para las personas jurídicas, pues estas no tienen legitimación pasiva para las pretensiones alimentarias.
4. Las laborales. Debemos insistir que no se trata de una excepción por no ser una pretensión cubierta por el párrafo primero del artículo 723 del CPC (1989). Sin embargo, nos parece que la norma tiene sentido bajo el entendido de que esas pretensiones sean derivadas de una ejecución de sentencia de un proceso en el que se hayan discutido prestaciones laborales.
5. Aquellas en las que el bien le pertenezca al deudor, pero no sea indispensable para el funcionamiento normal de la empresa. Acá hay una causal abierta para proceder a rematar cualquier bien de la empresa, pero en nuestro criterio ello debe ser declarado previamente por el juez concursal habiendo escuchado previamente al interventor y a los demás miembros del comité.

b. Suspensión de peticiones de quiebra

El segundo efecto formal es que no podrá promoverse ningún otro procedimiento concursal, mientras que no exista resolución firme la que rechace de plano (la administración por intervención judicial). El artículo 723 del CPC (1989) determina que las peticiones de quiebra se suspenderán de pleno derecho si, en el momento de presentarlas, no se hubiere pronunciado la declaratoria respectiva.

c. Suspensión del plazo de prescripción de los créditos

Finalmente, el ya mencionado artículo 723 en su párrafo *in fine* establece que “mientras los acreedores no tengan la posibilidad de ejercitar su derecho, no correrá en su perjuicio, plazo de prescripción ni de caducidad”. Nosotros somos de la posición que se trata de la suspensión y no de la interrupción del plazo, ya que la norma lo que indica es que el plazo no corre durante todo el tiempo que se mantenga la paralización de los procesos cobratorios⁷⁷. No podría tratarse de una interrupción del plazo porque beneficiaría de una forma desmedida a los acreedores en claro perjuicio del deudor.

d. Efectos sustantivos de la resolución inicial

Los efectos sustantivos que produce la resolución inicial, cabe aclarar, son a partir de la firmeza de esta. En nuestro criterio, la norma exceptúa el principio general del artículo 65.4 del CPC (2016), según el cual, la interposición de recurso no suspende los plazos para la realización o el cumplimiento de los actos procesales. Los efectos sustantivos son los siguientes:

e. Exigibilidad inmediata de las obligaciones de los socios a favor de la compañía

La norma indica que a partir de la firmeza de la resolución inicial se da la exigibilidad inmediata de las obligaciones a favor de personas jurídicas, derivadas del pago de cuotas o de la suscripción de acciones por los socios o los accionistas. Es decir, se trata de aquellas contribuciones al capital social que estuvieran pendientes, o cualquier otra obligación que uno de los socios tuviera frente a la compañía, que es la beneficiaría del proceso de administración por intervención judicial.

f. Imposibilidad de retirar dividendos

Durante la duración del proceso existe la imposibilidad de socios o accionistas de retirar dividendos, los cuales les serán entregados cuando concluya el procedimiento, siempre y cuando este no se convierta en quiebra o en concurso civil.

⁷⁷ Esta tesis incluso ha sido sostenida por la jurisprudencia de nuestros tribunales, al respecto puede verse la Sentencia c dictada en su momento por el Tribunal Segundo Civil de San José, Sección II que en lo que interesa indicó “la suspensión de acciones decretada judicialmente conlleva también a la **suspensión de la prescripción**” (el subrayado y resaltado son suplidos). d

g. La suspensión de pagos

La suspensión de pagos establecida en el proyecto del plan presentado para su discusión, será aplicable a las obligaciones vencidas del deudor, salvo las que no resulten afectadas por el procedimiento de intervención. Los acreedores afectados por la suspensión podrán recibir únicamente los pagos parciales, conforme al procedimiento de ejecución del plan de salvamento. El artículo 724 inciso 3) del CPC (1989) establece que, a criterio del juez concursal, pueden reducirse los intereses; sin embargo, la totalidad de los intereses reducidos o dejados de pagar se adicionará al monto de capital adeudado, siendo obligación del deudor cancelarlo cuando tenga mayor capacidad de pago.

La versión anterior de la norma, es decir, previo a la reforma operada mediante la Ley N°7643 del 17 de octubre de 1996, se modificó este artículo justamente para incluir la obligación de pago de la tasa ajustada de los intereses como capital. En su versión original, se facultaba a la eliminación total de tasas de interés durante la duración del proceso de administración por intervención judicial, sin que existiera la obligación de asumirlas y pagarlas con posterioridad a la terminación del proceso. Justamente, por esta razón, el jurista nacional Francisco Luis Vargas sostiene que el instituto de la administración por intervención judicial fue tácitamente derogado, por lo que ha indicado lo siguiente:

Estimo que la ley actual es más nefasta que la derogada, puesto que bajo su égida es muy difícil, por no decir que imposible, que una empresa pueda superar la crisis sometiéndose a un proceso precautelar. La única ventaja que le depararía dicho proceso sería la de una relativa moratoria, pero no así la de una quita de intereses, ni siquiera es parcial, y es obvio que la “viabilidad” de la empresa está ligada al importe de sus obligaciones patrimoniales, sobre todo en la posibilidad de atender una determinada carga financiera⁷⁸.

Sin duda alguna, la reforma legislativa mencionada eliminó probablemente uno de los mayores atractivos de este proceso. En nuestra consideración, la solución más adecuada era la posibilidad de eliminar los intereses totalmente o reducirlos, según fuera la recomendación técnica, sin la necesidad de tener que cancelarlos con posterioridad, de lo contrario, se aumenta considerablemente el riesgo de impago.

⁷⁸ Vargas, *Los procesos concursales precautelares*, p. 52.

h. Nulidad de cláusulas contractuales

La resolución inicial también acarrea la nulidad de las cláusulas contractuales que prevean la rescisión de los contratos, en caso de sobrevenir procesos concursales preventivos.

i. Inexigibilidad de multas administrativas o fiscales

La inexigibilidad de las multas administrativas o fiscales, de cualquier naturaleza y de las cláusulas penales de carácter contractual. Los acreedores de las obligaciones a las que estas cláusulas se refieren solo podrán percibir intereses en los términos resultantes del plano, salvo que el monto fuere inferior, en cuyo caso será ese el monto por cubrir.

j. Acciones revocatorias concursales

Al igual que sucede en el proceso liquidatorio, en la administración por intervención judicial se fija un período de sospecha. En este sentido, existe la posibilidad de demandar la invalidez de las obligaciones a título gratuito y de los actos o contratos que la legislación ordinaria prevé como inválidos o como ineficaces, en relación con la masa de acreedores, en casos de quiebra o insolvencia, todo a partir de la fecha de retroacción fijada.

k. Obligación de cobro dentro del proceso de administración por intervención judicial

La norma también establece la obligación de todo acreedor, cuya pretensión o acción individual resulte afectada, de hacer valer cualquier derecho solo dentro del expediente de administración intervenida.

l. Obligación de iniciar la aplicación del plan

Finalmente, se establece la obligación del solicitante de iniciar la aplicación del plan de administración por él propuesto.

6. El plan de salvamento

Lógicamente, el plan de salvamento es el eje y objetivo principal del procedimiento de administración por intervención judicial. Su importancia radica, desde nuestra perspectiva, en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, el plan contiene las bases y el esquema de trabajo que, habiéndose sido previamente analizado por un profesional en administración de negocios y

finanzas, permitirá a la empresa solventar la situación de crisis económica que enfrenta. En segundo lugar, este consolida los intereses de los acreedores y el deudor en forma vinculante, con la finalidad de preservar y permitir la continuidad de la actividad empresarial. Nos parece importante mencionar que, en la revisión bibliográfica que se ha hecho sobre esta materia, no hemos encontrado una definición doctrinal que nos pareciera acertada, por lo que ensayamos una propia.

a. Contenido del plan de salvamento

El primer punto que debe indicarse sobre el plan de salvamento, que debe ser presentado por el deudor, es que nuestra legislación no ha definido un contenido mínimo de este. En otras palabras, existe libertad absoluta para definir qué es lo que dicho plan incluirá, obviamente tomando en consideración los elementos necesarios para obtener la aprobación de los acreedores. Ello se extrae claramente de la redacción del artículo 714 del CPC (1989), el cual indica que el plan de intervención y reorganización **podrá** consistir de determinados puntos. Es decir, es meramente sugestivo de las formas que puede adoptar dicho plan.

Ahora bien, el artículo 713.3 del mismo Código sí establece una serie de requisitos formales, que debe necesariamente contener el plan para la admisión de la solicitud de administración. Los requisitos son los siguientes:

- a. El plan debe ser elaborado por un profesional en administración o en finanzas, de reconocida capacidad técnica e idoneidad moral e inscrito en el colegio respectivo.
- b. Debe contener las razones que amparan la viabilidad económica de la empresa.
- c. Las medidas de reorganización que se adoptarán.
- d. Un cronograma de ejecución del plan.

En cuanto a las medidas de reorganización que se pueden adoptar, el artículo 714 citado es solamente enunciativo, pues solamente enumera algunas de las posibilidades que pueden adoptarse. Las medidas recopiladas, sin embargo, son las más frecuentes en doctrina, según lo analizaremos en el Capítulo III del presente trabajo y estas son:

- a. El aumento del capital social, incluso mediante la capitalización de créditos (*new money*)
- b. La cesión, total o parcial, de la empresa o su fusión con otras

- c. La venta, permuta o cierre de locales o establecimientos, siempre que no conlleve la extinción de la empresa
- d. La reducción o clausura parcial de actividades
- e. La venta de algunas bienes o derechos
- f. La resolución de contratos de trabajo con el pago obligado de las prestaciones legales y la preferencia establecida en el artículo 33 del Código de Trabajo
- g. Empréstitos nuevos
- h. Sustitución de los administradores
- i. La moratoria en el pago de las deudas de la empresa, en forma total, parcial o escalonada
- j. La formulación de medidas de carácter gerencial que contribuyan a corregir los factores que han conducido a las dificultades empresariales

La única medida que se encuentra vedada legalmente es el supuesto contenido en el artículo 714.6 del CPC (1989), el cual indica que se puede tomar cualquier otra medida necesaria para el saneamiento, siempre y cuando no implique la remisión del capital adeudado por la empresa, ya sea mediante la satisfacción en efectivo, la dejación o el abandono patrimonial.

Además, debe mencionarse que no existe un desapoderamiento de los bienes como uno de los efectos de la resolución inicial según fueron analizados⁷⁹, al contrario como sí existe en el proceso de quiebra, lo cual no obsta que este igualmente se pueda pactar. Es decir, no existe ningún impedimento para que el deudor ceda el control total de la empresa a los acreedores, claro está, mientras persista la administración por intervención judicial.

Existe una limitante adicional en cuanto al contenido del plan de salvamento y es la duración de este. El artículo 732 del CPC (1989) indica con absoluta claridad que “salvo acuerdo escrito de las tres cuartas partes de los acreedores, el plan no podrá durar más de tres años a partir de la firmeza de la resolución inicial”. En todo caso, como se desprende de la literalidad del texto, se trata de un máximo legal, el cual puede ser ampliado e incluido dentro del plan de salvamento para

⁷⁹ Es necesario agregar que sí existe una disminución en la capacidad de enajenación de los bienes de la empresa, el texto del artículo 725 del CPC (1989) claramente establece que para enajenar bienes inmuebles de cualquier valor, o bienes muebles que no pertenezcan al giro normal de la empresa, se requerirá la autorización del juez.

su respectiva votación, que eso sí, exige una mayoría calificada de tres cuartas partes de la totalidad de los acreedores.

b. Aprobación del plan de salvamento

El plan tiene un procedimiento medianamente extenso previo a la aprobación. El artículo 729 del CPC (1989) indica que los acreedores, tanto los que hayan legalizado como los que se encuentren dentro de la lista presentada por el deudor, podrán realizar las observaciones que estimen pertinentes al plan de salvamento. Naturalmente, se trata de un ejercicio facultativo y no existe ninguna obligación de pronunciarse sobre el plan pero consideramos, que si no lo hiciera no tendrá derecho a recurrir la resolución de aprobación del plan.

Adicionalmente, el interventor así como los restantes miembros del comité deben presentar un informe pormenorizado del plan. Inclusive, si fuera necesario, el juez concursal podrá solicitar el auxilio de un perito que determine si el plan de salvamento efectivamente puede llevar a la viabilidad económica de la empresa. Una vez recibidas todas las observaciones al plan, de conformidad con el artículo 734 del mismo Código, sí pueden realizar modificaciones al plan si estas son indispensables para la preservación efectiva de la empresa. Finalmente, una vez practicadas las pruebas necesarias, el juez concursal deberá emitir la resolución sobre la aprobación o improbación del plan de salvamento. Es importante destacar que la consecuencia de su rechazo, debido a que existe el presupuesto material de la quiebra, deberá ser decretada en la misma resolución.

Este examen que hemos hecho del sistema concursal costarricense, en primer lugar, nos permite tener las bases para el Capítulo III, en el cual analizaremos las posibilidades de reestructuración concursal y preservación de la empresa. Además, el análisis conceptual realizado servirá como fundamento sobre las situaciones en las que efectivamente pueden acudirse a soluciones distintas a la liquidatoria. Ahora, podremos proceder a analizar cuáles son las soluciones que se han dado en el derecho comparado, que permitan la reestructuración de la empresa.

Capítulo II. Reestructuración concursal en el Derecho Comparado

I. Breve explicación metodológica

En este capítulo analizaremos las soluciones que se han dado en otras legislaciones, que permiten la reestructuración concursal con la finalidad de mantener la empresa en crisis en funcionamiento. Acudir al Derecho Comparado implica necesariamente explicitar las razones por las cuales se ha escogido cada una de las jurisdicciones, que se examinarán en esta sección. Nuestro criterio es que, con respecto al Derecho Concursal, el parámetro más objetivo para determinar qué tan avanzada es la materia concursal o no, corresponde al porcentaje de recuperación de los acreedores. Es decir, entendemos que entre más alto sea el porcentaje de recuperación, más vanguardista será la legislación concursal. No obstante, el Banco Mundial en el reporte *Doing Business*⁸⁰ estudia las diferentes jurisdicciones, tomando en cuenta diferentes factores, para otorgarles una puntuación. Cabe aclarar que este estudio es el único que existe con esa extensión, además de exponer una metodología de evaluación transparente. La puntuación final que alcance cada país es un factor relevante para estudiar esa legislación en particular.

En primer lugar, cabe resaltar que los países que conforman la OCDE tienen el porcentaje de recuperación más alto, el cual es 70,2 centavos de dólar por cada dólar adeudado. En contraste, la región de Latinoamérica y el Caribe tiene un porcentaje considerablemente inferior, este es 31,2 centavos de dólares por cada dólar adeudado. Por este motivo, los países que conforman dicho grupo, constituirán nuestro principal objeto de estudio durante este capítulo. Los países que estudiaremos son los siguientes:

- a. **Japón:** Tiene el porcentaje de recuperación más alto a nivel mundial, los acreedores recuperan hasta 92,8 centavos por cada de dólar de deuda, así como la segunda mejor puntuación global en el ranking del Banco Mundial.
- b. **Finlandia:** Ostenta la primera mejor puntuación global en el ranking *Resolving Insolvency* del Banco Mundial. Esto quiere decir que se trata de la mejor legislación sobre insolvencia, porque tiene un tiempo aceptable de solución, un porcentaje de recuperación alto y legislación técnicamente adecuada.

⁸⁰ Doingbusiness.org. 2020. *Resolving Insolvency - Doing Business - World Bank Group*. Disponible en: <<https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency#>> [Revisado el 13 de abril del 2020].

- c. **Estados Unidos:** Es la tercera mejor puntuación global en el ranking *Resolving Insolvency*, aparte de que su legislación fue la primera en incorporar un proceso de reestructuración, con la finalidad de garantizar la continuidad de la empresa, lo que implica que tiene una importancia histórica para nuestro objeto de estudio.
- d. **Alemania:** Se encuentra en la posición número cuatro del ranking. Aparte de eso, la legislación concursal alemana, específicamente la *Insolvenzordnung* de 1994, inicia un movimiento en Europa continental de reforma de leyes tradicionales con larga vigencia anterior⁸¹.

Como último punto, nos parece conveniente especificar que no queremos hacer un análisis detallado de los sistemas concursales de los países citados. Nuestra intención es verificar y examinar exclusivamente los procesos concursales, que tengan por objeto la reestructuración o reorganización empresarial, ya sea de forma preventiva o dentro del proceso liquidatorio. Además, será de nuestro particular interés determinar si existen formas convencionales de dar solución al proceso de quiebra, así como analizar los institutos que habilitan esa posibilidad.

II. Japón

Si bien Japón, de conformidad con el *Ranking* de *Resolving Insolvency*, tiene el mejor régimen de insolvencia del mundo, esto debe ser analizado con cuidado. Trabajos previos han reconocido que el régimen japonés ha sido muy exitoso, no necesariamente por la tecnicidad de sus leyes, sino por elementos extrajurídicos, como la cultura. En un artículo publicado en el *Michigan Journal International Law* en 1988 ya se reconocía este punto en particular:

*The director and officers may be individually liable for debts of the corporation without having signed personal guarantees. The Japanese martial and samurai traditions, and the consequent concern for family honor and pride, cause the Japanese to feel great shame and disgrace upon a failure such as bankruptcy*⁸².

No reader should forget that the Japanese insolvency laws are superimposed on an ancient tradition and a complex body of statutory material. The early European Code traditions adopted into pre-World War II Japanese insolvency law were modified by many American concepts. The coincidence of certain processes of the old U.S. Bankruptcy Act and the Japanese Reorganization Law, passed in 1952 while Japan was occupied, are evident. The

⁸¹ Dasso, *Derecho Concursal Comparado. Tomo I*, p. 7.

⁸² Schuum III, B., 1988. Comparison of Japanese and American Bankruptcy Law. *Michigan Journal of International Law*, 9(1), p. 291.

*American practitioner should use this as a tool to discern patterns. United States law is an evolution of British Common law and the Uniform Commercial Code laid over very recent civilizations. The Bankruptcy Act therefore is neither a model nor an ancestor of Japanese law – a modern law laid over an ancient tradition*⁸³.

Es decir, debemos entender que la legislación japonesa está diseñada en función de esa particularidad cultural, por lo que necesariamente sus instituciones concursales pueden llegar a funcionar en nuestro país. Habiendo hecho esta aclaración, podemos entrar a analizar los dos puntos de nuestro interés.

E. Procesos de reestructuración o reorganización

Japón, a diferencia de la mayoría de las legislaciones concursales occidentales, tiene principalmente dos cuerpos normativos para regular la insolvencia. Tiene una Ley de Quiebras y una Ley de Reestructuración Empresarial, lo que indica que el tratamiento que recibe una compañía en ambos supuestos es totalmente diferente⁸⁴. Además, el tipo de compañía de que se trate también será un elemento que determine la admisibilidad o elegibilidad para iniciar ciertos procesos. Hecha esta aclaración, examinaremos el funcionamiento del procedimiento de la reestructuración empresarial bajo la legislación japonesa.

Un punto que consideramos oportuno resaltar es que la Ley de Reestructuración Empresarial en su primer artículo define el propósito de la Ley. Este objetivo no es la tutela de los intereses de los acreedores, ni de los deudores, como sería en un esquema tradicional del Derecho Concursal, más bien es la coordinación de los intereses de todas las partes interesadas, bajo la

⁸³ Schuum III, B., Comparison of Japanese..., p. 331. “El director y los funcionarios pueden ser responsables individualmente de las deudas de la corporación sin haber firmado garantías personales. Las tradiciones marciales y samuráis japonesas, y la consiguiente preocupación por el honor y el orgullo de la familia, hacen que los japoneses sientan una gran vergüenza y deshonra por un fracaso como la bancarrota.

Ningún lector debe olvidar que las leyes de insolvencia japonesas se superponen a una antigua tradición y un cuerpo complejo de material legal. Las primeras tradiciones del Código Europeo adoptadas en la ley de insolvencia japonesa anterior a la Segunda Guerra Mundial fueron modificadas por muchos conceptos estadounidenses. La coincidencia de ciertos procesos de la antigua Ley de Quiebras de Estados Unidos y la Ley de Reorganización Japonesa, aprobada en 1952 mientras Japón estaba ocupado, es evidente. El abogado estadounidense debería usar esto como una herramienta para discernir patrones. La ley de los Estados Unidos es una evolución del derecho consuetudinario británico y del Código Comercial Uniforme establecido sobre civilizaciones muy recientes. Por lo tanto, la Ley de Quiebras no es un modelo ni un antepasado de la ley japonesa, es una ley moderna basada en una antigua tradición.” [Traducción propia]

⁸⁴ Schuum III, B., Comparison of Japanese..., p. 292.

especificación de los procesos para elaborar planes de reestructuración y su posterior ejecución, para garantizar el mantenimiento y la continuidad de la empresa⁸⁵. La importancia de un artículo como este radica justamente en que permite ver el cambio de paradigma, de pasar la tutela de los intereses de los acreedores y/o deudor, a pasar a tutelar la continuidad empresarial.

1. Presupuesto y requisitos

En primer lugar, debemos partir de un requisito indispensable para poder iniciar un procedimiento de reorganización, el cual es que no todos los deudores están facultados a hacerlo. Únicamente las compañías públicas, es decir que cotizan en la bolsa de valores, denominadas *Kabushiki-Kaisha* pueden aplicar a este procedimiento⁸⁶. El artículo 17 de la Ley de Reorganización Empresarial establece que el procedimiento puede ser solicitado tanto por el deudor como por un acreedor. En el caso del deudor, deben darse cualquiera de los siguientes supuestos:

- (i) Exista un riesgo para que se dé un hecho que permita iniciar un proceso de quiebra, lo cual remite necesariamente al artículo 15 de la Ley de Quiebras. Este último establece que la quiebra puede ser declarada cuando el deudor no pueda pagar sus deudas, o bien sea insolvente.
- (ii) Cuando el pago de las deudas vencidas se convierta en un obstáculo para la continuación de la empresa.

En el caso del acreedor, puede realizar la solicitud de reorganización también bajo dos supuestos:

- (i) El monto adeudado represente una décima parte del capital social de la empresa.
- (ii) Sea accionista de la empresa y represente y ostente una décima parte de los derechos de votación.

Además, según lo establece el artículo 20 de la Ley de Reorganización Empresarial, tanto el acreedor como el deudor se encuentran en la obligación de aportar junto con la solicitud inicial toda la documentación, que permita acreditar los hechos que dan base a la reorganización

⁸⁵ Corporate Reorganization Act of Japan. Disponible en <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?printID=&ft=1&re=02&dn=1&x=0&y=0&co=01&ia=03&ja=04&ky=corporate+reorganization&page=3&vm=02> [Revisado el 12 de mayo del 2020].

⁸⁶ Schuum III, B., Comparison of Japanese..., p. 294.

empresarial. En caso de que exista un sindicato o cualquier representación de trabajadores, esta también deberá ser escuchada por el Juzgado previo a atender la solicitud de reorganización.

Un último aspecto de particular interés es que el Juzgado puede solicitar a una agencia administrativa, encargada de la recolección de impuestos, es decir, una administración tributaria, a que emita una opinión sobre la situación financiera de la empresa deudora. Igualmente, la administración tributaria puede presentar su criterio de oficio, sin que así se lo solicite el Juzgado.

2. Juez competente

El procedimiento no está a cargo de un órgano especializado en materia concursal. El artículo 5 de la Ley de Reorganización Empresarial define que la competencia está a cargo del Juzgado distrital, en donde la compañía tenga su principal centro de negocios u oficinas.

3. Medidas provisionales

Previo a la admisión de la solicitud de reorganización, el Juzgado concursal se encuentra habilitado a tomar una serie de medidas provisionales, tendientes a garantizar la continuidad de la empresa. En primer término, debe indicarse que el juez concursal debe hacer una valoración *prima facie* de la admisibilidad de la solicitud, de forma que si el proceso de reorganización es absoluta y evidentemente improcedente, deberá rechazar el otorgamiento de cualquier medida. Un punto de interés sobre las medidas provisionales es que estas pueden ser decretadas de oficio por el Juzgado, sin que exista la necesidad de que el deudor, acreedor o cualquier persona interesada las solicite.

a. Orden de suspensión

La principal medida contemplada en el ordenamiento japonés, así establecida en el artículo 24 de la Ley de Reorganización Empresarial, es la denominada orden de suspensión. La medida, como su nombre lo hace indicar, permite la suspensión de una serie de procesos, los cuales se enumeran a continuación:

1. Cualquier procedimiento de quiebra en contra de la compañía, que aún no haya sido admitido
2. Procedimientos de realización de créditos garantizados, o bien cualquier tipo de proceso de ejecución en contra de la empresa solicitante
3. Litigios relacionados con propiedades de la compañía solicitante

4. Procedimientos administrativos relacionados con propiedades de la compañía solicitante
5. Procedimientos administrativos para determinación tributaria, ya sea de impuestos locales o internacionales, en los que se encuentre la ejecución de los montos adeudados por la empresa solicitante

La orden de suspensión es la medida provisional base, se puede otorgar sin que exista un mayor análisis sobre la verdadera situación financiera, principalmente debido a que se considera que no existe realmente un perjuicio que se le esté provocando al acreedor.

b. Orden de prohibición

Si el Juzgado, o bien alguna de las partes interesadas, considera que existen otros elementos que están excluidos de la orden de suspensión y pueden, potencialmente, perjudicar una eventual reorganización empresarial, el Juzgado puede otorgar una orden de prohibición. Esta medida consiste en la prohibición a todos los acreedores de iniciar procesos de ejecución en contra de la compañía solicitante. La medida se mantendrá, según lo determina el artículo 25 (1) de la Ley de Reestructuración Empresarial, hasta que se resuelva de forma definitiva la solicitud de reorganización. Sin embargo, la medida únicamente se podrá otorgar en caso de que el juzgado pueda tomar las previsiones necesarias, con la finalidad de garantizar que los bienes principales de la compañía no sean enajenados. Esto, inclusive, puede llegar a implicar el nombramiento de un órgano provisional de administración de la compañía solicitante.

c. Orden de restricción sobre negocios y bienes

El Juzgado concursal también podrá adoptar una orden de restricción, mediante la cual se dispone que la suspensión de la libre disposición de los bienes de la compañía solicitante. De esta forma, la empresa en dificultades no podrá disponer, enajenar, gravar, ceder o arrendar ninguno de los bienes o negocios que integran su patrimonio. Asimismo, otro tipo de restricciones de cualquier naturaleza se podrán adoptar sobre los negocios de la empresa solicitante.

d. Extinción de derechos de retención

Si existiera algún derecho de retención sobre uno de los bienes, que es indispensable para la continuidad del negocio del deudor, la empresa solicitante puede exigirle al titular del derecho de

retención que este sea extinguido. Sin embargo, de forma curiosa, el artículo 29 (2) de la Ley de Reorganización Empresarial dispone que el deudor deberá, como regla general, cancelarle al titular del derecho de retención un monto equivalente al valor de la propiedad, que se encuentra bajo el derecho de retención. En nuestro criterio, la norma de esta forma solamente tiene utilidad y aplicabilidad en caso de que el monto adeudado, garantizado por el derecho de retención, sea mayor al valor de la propiedad que puede ser retenida. De lo contrario, estaríamos ante un supuesto normal de extinción del derecho de retención, pues la obligación generadora de ese derecho queda extinguida, consecuentemente el derecho de retención sigue la misma fortuna.

Sin embargo, el artículo 29 (3) del mismo cuerpo normativo, a modo de excepción, permite la extinción del derecho de retención cuando el pago del valor del bien retenido no se hace completo, si el solicitante así lo peticiona y el juzgado considera razonable ese curso de acción. En todo caso, la norma exige que el pago completo se realice dentro de un periodo de tiempo aceptable. Bajo la inteligencia del artículo, esta excepción únicamente puede permitirse si el bien o propiedad retenida es absolutamente indispensable para la continuidad de la empresa. En otras palabras, sería necesario un juicio de supresión hipotética de la propiedad retenida. En nuestro criterio, este sería el único análisis por parte del Juzgado que permitiría la extinción de un derecho de retención en los términos aquí indicados, principalmente, porque está deteriorando la posición de un acreedor que tiene su crédito, en un grado bastante alto, garantizado.

e. Orden de administración provisional

Una de las medidas que dispone la legislación japonesa es el nombramiento de un administrador provisional para la empresa solicitante, el cual incluso puede ser solicitado por el mismo deudor. En principio, el nombramiento de un administrador provisional se mantendrá hasta que se resuelva sobre la solicitud de reorganización.

f. Facultades del administrador provisional

El artículo 32 de la Ley de Reorganización Empresarial le otorga al administrador provisional una serie de potestades. En términos generales, se encuentra facultado para realizar todos aquellos actos de administración ordinaria que quepan dentro del giro comercial de la empresa solicitante. En caso de que desee realizar un acto fuera de esta descripción, deberá contar

con el respectivo permiso del juzgado concursal. Se dispone que cualquier acto que se realice sin la autorización del juzgado concursal, será completamente nulo, sin perjuicio de los derechos adquiridos de terceros de buena fe.

g. Orden de supervisión

Adicionalmente, como una medida menos drástica a la anteriormente indicada, existe la facultad de nombrar supervisores, en los términos que define el artículo 35 (1) de la Ley de Reorganización Empresarial. El juzgado concursal debe, junto con el nombramiento del supervisor, determinar todos aquellos actos para los cuales la compañía solicitante deberá contar con aprobación previa de este. Igual que en el caso del administrador provisional, todos los actos realizados sin la aprobación del supervisor serán nulos, con la excepción del caso de los derechos adquiridos de terceros de buena fe.

Finalmente, cabe resaltar que de las medidas provisionales citadas, la única de ellas que está diseñada en función de tutelar los intereses de los acreedores es la orden de restricción sobre bienes. Las demás medidas, si se analizan cuidadosamente, podrá observarse que no están destinadas a tutelar los intereses del deudor, sino que son medidas destinadas a proteger el resultado del proceso de reorganización. Es decir, están realmente en función de tutelar la continuidad de la empresa y garantizar su unidad patrimonial, para que este no se vea disgregado por las acciones de los acreedores.

h. Admisión y efectos de la admisión

Una vez que se haya comprobado la existencia de alguno de los dos presupuestos de hecho, establecidos en el artículo 17 de la Ley de Reorganización Empresarial, según lo estudiamos en líneas anteriores, el juzgado dará por admitido el proceso de reorganización. Sin embargo, el artículo 41 (1) (iii) le permite al juzgado tomar en cuenta un elemento extrajurídico en el análisis de admisibilidad, el cual es la probabilidad y/o viabilidad de que efectivamente se pueda aprobar un plan de reorganización. En caso de que sea evidente que no será posible aprobarlo, el juzgado deberá rechazar la solicitud de reorganización.

Al igual que en la legislación costarricense, la admisión de la solicitud de reorganización conlleva una serie de efectos, los cuales enumeramos a continuación:

- a. Nombramiento de uno o más fiduciarios, los cuales deben reunir los requisitos de los artículos 67 y 100 de la Ley de Reorganización Empresarial, que puede ser una persona jurídica.
- b. El juzgado deberá especificar el plazo para presentar la legalización de los créditos.
- c. La resolución de apertura puede contener una particularidad, que facilita el proceso de reorganización. Según lo dispone el artículo 42 (2) de la Ley de Reorganización Empresarial, en caso de que la empresa solicitante tenga más de 1000 acreedores, el juzgado puede disponer la no notificación del proceso a todos los acreedores. Lógicamente, el proceso siempre se rige mediante un principio de publicidad, en función del carácter universal. La norma permite que se mantenga la notificación general, el aviso que debe publicarse al rato, eximiendo la notificación particular a cada uno de los acreedores.
- d. Además, el artículo 45 establece un listado de actividades y negocios, que la empresa solicitante no podrá realizar durante el proceso de reorganización, a no ser que estén expresamente contemplados dentro del plan de reestructuración.
 - i. En resumen, cualquier acción relacionada con las acciones de la compañía solicitante se encuentra prohibida. No pueden venderse las acciones, consolidarlas, separarlas, ni mucho menos realizar nuevas emisiones.
 - ii. Reducción del capital social
 - iii. Repartición de dividendos
 - iv. Suscripción de bonos de deuda
 - v. Transformación de persona jurídica, por ejemplo, en términos de la legislación costarricense no podría hacerse la conversión de una sociedad anónima a una sociedad de responsabilidad limitada.
 - vi. La transferencia de la empresa, en sentido mercantil, o de negocios específicos de esta, también se encuentra prohibida. Sin embargo, en el artículo 46 (2) se establece una excepción, cuando esta transferencia sea absolutamente necesaria para la reorganización de la empresa, el fiduciario podrá ejecutarla con el permiso del órgano jurisdiccional.

- vii. La compañía no puede realizar el pago a los acreedores, con la excepción de si dichos pagos se encuentran previstos en el plan de reorganización. Esta disposición, al igual que las anteriores, contiene varias excepciones que permiten el pago anticipado a determinados acreedores. Es necesario resaltar que las excepciones no están, como en el caso de la legislación costarricense, diseñadas en función del tipo de acreencia, sino en razones de oportunidad y conveniencia, así como del tipo de acreedor que se trata. Por ejemplo, se permite a acreedores que sean pequeñas y medianas empresas en los siguientes términos:

If a small or medium-sized enterprise operator whose major trading partner is the reorganization company is likely to experience significant hindrance to the continuation of his/her business unless he/she receives payment of his/her reorganization claim, etc., the court, even before it makes an order of confirmation of the reorganization plan, upon the petition of a trustee or by its own authority, may permit payment of the claim in whole or part⁸⁷.

Nuestro interés por esta norma en particular radica en que se trata de una serie de disposiciones, que, de forma sistemática, están dedicadas a proteger el tráfico mercantil. Existe un entendimiento que la actividad económica de la empresa reorganizada necesariamente tiene un impacto en la solvencia de otras compañías, que incluso pueden depender del pago oportuno de las obligaciones de la empresa reorganizada.

Adicionalmente, a lo que hemos expuesto, en la legislación japonesa existen dos figuras que forman parte del procedimiento de reorganización. En primer lugar, el **comité de acreedores** de la reorganización, según lo establece el artículo 117 de la Ley de Reorganización Empresarial, es de carácter voluntario. En tal sentido, el comité de los acreedores puede existir o no, se trata de una mera posibilidad de los acreedores llegar a conformarlo. Sin embargo, las funciones que el

⁸⁷ Corporate Reorganization Act of Japan. Disponible en <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?printID=&ft=1&re=02&dn=1&x=0&y=0&co=01&ia=03&ja=04&ky=corporate+reorganization&page=3&vm=02> [Revisado el 17 de mayo del 2020] “Si es probable que un operador de una pequeña o mediana empresa, cuyo principal socio comercial sea la empresa de reorganización experimente un obstáculo significativo para la continuación de su negocio a menos que reciba el pago de su reclamación de reorganización, etc., el tribunal, incluso antes de emitir una orden de confirmación del plan de reorganización, a petición de un fiduciario o por su propia autoridad, puede permitir el pago de la reclamación en su totalidad o en parte.” [Traducción propia]

comité pueda tener dependan de la valoración, que al respecto realice el juzgado concursal. Esta valoración forzosamente analiza los siguientes puntos:

- a. La mayoría de los acreedores consienten la participación del comité dentro del procedimiento de reorganización.
- b. El comité, a criterio del juzgado, representará apropiadamente el interés de los acreedores en su totalidad.

Si estos dos criterios se cumplen, el comité forma una parte activa del proceso de reorganización, constituyéndose en una suerte de órgano consultivo del procedimiento. El artículo 117 (2) habilita al juzgado concursal para que solicite el criterio del comité sobre determinados asuntos. Asimismo, el comité podrá emitir dictámenes, sin que el juzgado se los solicite, sobre cualquier asunto e incluso puede dirigirlo directamente al administrador fiduciario de la reorganización. Sin embargo, a petición de cualquier parte interesada o de oficio, el juzgado podrá revocar el derecho de participación del comité, si una de las condiciones anteriormente indicadas, de forma sobreviniente, no se encuentra presente.

En segundo lugar, el juzgado, ya sea por solicitud de cualquier persona interesada o de oficio, podrá emitir una orden de examen. La orden, establece el artículo 125 (1), solamente puede dictarse una vez que el procedimiento de reorganización ha sido admitido. Los objetos que pueden encontrarse sujetos a examen por un experto son los siguientes:

- a. Si existen los presupuestos de hecho para dictar una orden de restricción, que mantenga la vigencia de reclamos por daños y perjuicios contra los directores de la empresa en reorganización, en los términos que define el artículo 99 de la Ley de Reorganización Empresarial.
- b. Sobre la veracidad y/o exactitud del balance financiero de la compañía, así como el inventario de activos, preparados por el administrador de la empresa en reorganización.
- c. Si el plan de reorganización propuesto es apropiado.
- d. Cualquier otro asunto sobre el que se requiera la opinión de un examinador, que permita la reorganización de la empresa.

Los examinadores deberán emitir sus dictámenes directamente al juzgado concursal, para que puedan ser valorados por este. Hemos resaltado la existencia de este instrumento porque permite entender el alcance técnico que tiene cualquier proceso de reorganización. El juzgado concursal no puede generar todos los insumos requeridos, para tomar las mejores decisiones en tiempo y en forma. Por este motivo, es necesario que pueda apoyarse en un criterio técnico sobre los aspectos más importantes de la reestructuración de una empresa, los cuales son (i) el estado financiero, (ii) los activos de la compañía, (iii) la viabilidad del plan de reorganización. Además, al existir una causal abierta, le otorga la posibilidad al juzgado de obtener un criterio técnico sobre cualquier aspecto que requiera, siempre y cuando, en nuestro criterio, sea para garantizar o verificar la posibilidad de continuar la actividad empresarial.

i. El plan de reorganización y su contenido

Al contrario de lo que sucede en la legislación costarricense, en la cual existe una gran libertad respecto del plan de reorganización, la Ley de Reestructuración Empresarial de Japón es absolutamente específica en cuanto al contenido mínimo que debe tener el plan de reorganización. Asimismo, provee la regulación sobre aspectos puntuales que puede llegar a tener el plan, por ejemplo, de qué forma pueden limitarse los derechos de los accionistas, la venta o inclusive la emisión de nuevas acciones.

La preparación del plan, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 (1) y 184 (2), le corresponde al administrador fiduciario o bien a la empresa reorganizada. Sin embargo, a pesar de que la norma faculta a ambos para la presentación, no determina la forma en que se puede o debe seleccionar cuál de los dos deberá presentarlo. Ello, en tesis de principio, permitiría que ambas partes puedan presentar un plan de reorganización distinto, los cuales serán sometidos a discusión.

El artículo 167 de la Ley de Reorganización Empresarial indica que el clausulado del plan de reorganización debe incluir disposiciones sobre los siguientes puntos:

- a. Modificación de los derechos de algunos o todos los acreedores o accionistas de la empresa reorganizada

- b. Los directores, asesores contables, auditores, funcionarios ejecutivos, contables, auditores y liquidadores de la empresa de reorganización
- c. Pago de reclamos de beneficios comunes
- d. El método para obtener fondos para pagar deudas
- e. El destino y uso de ganancias obtenidas más allá de la cantidad esperada en el plan de reorganización
- f. El contenido de los créditos reclamados posteriores a la resolución, que declara la admisión del proceso de reorganización

Además, se han establecido formas predeterminadas sobre cómo pueden modificarse los derechos de los acreedores de la empresa reorganizada. En particular, incorpora el principio de tratamiento igual entre acreedores de la misma categoría⁸⁸. En este sentido, la norma exige que todos los acreedores de un mismo grupo tengan la misma limitación de derechos. Por ejemplo, se exige que a todos los acreedores reales se les reduzca la tasa de interés en un porcentaje igual. Existe, según el artículo 170 de la Ley de Reorganización Empresarial, un requisito general de transparencia para el plan de reorganización, de forma que, si existe alguna modificación en cuanto a los derechos de los acreedores, deben enlistarse cuáles son los derechos que se mantienen y cuáles son aquellos que se verán modificados y en qué forma.

Otro aspecto de importancia es que los reclamos que se encuentren en disputa o que hayan sido denegados, igualmente deben incluirse dentro del plan de reorganización, previniendo que estos sean aprobados en su totalidad. En resumen, se han incorporado disposiciones que regulan prácticamente todos los posibles escenarios de reorganización, incluyendo la disolución, fusión, adquisición, consolidación, venta y emisión de acciones de la empresa en reorganización.

j. Aprobación del plan

En primer lugar, el proceso de aprobación del plan de reorganización comienza con un análisis por parte del juzgado, especialmente en cuanto a la posibilidad real de que este sea

⁸⁸ Artículo 168 (1) de la Ley de Reorganización Empresarial. Corporate Reorganization Act of Japan. Disponible en <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?printID=&ft=1&re=02&dn=1&x=0&y=0&co=01&ia=03&ja=04&ky=corporate+reorganization&page=3&vm=02> [Revisado el 21 de mayo del 2020]

adoptado por los acreedores. Inclusive, en este caso, el artículo 185 (2) permite que el juzgado pueda autorizar un plan de reorganización de liquidación. Es decir, en vez de realizar la conversión del proceso de reorganización, se habilita la discontinuación de la actividad empresarial a través de un plan de reorganización, que no es otra cosa más que un convenio sobre la forma en la que se cancelarán las obligaciones y se terminará la actividad comercial. Lógicamente, la discontinuación de la empresa solo podrá aprobarse siempre y cuando no cause un perjuicio a los acreedores; en otras palabras, si la empresa no tiene fuerza productiva ni tiene viabilidad económica, ya que, de lo contrario, es más beneficioso para los acreedores que la empresa continúe sus operaciones.

Una vez que se ha presentado el plan de reorganización, según lo disponen los artículos 187 y 188 de la citada Ley, es necesario escuchar el criterio de los trabajadores, además del criterio de cualquier agencia administrativa, que se haya visto involucrada en el proceso de reorganización. Posteriormente, el plan de reorganización debe volver a pasar por el filtro del juzgado, quien debe decidir si aprueba que el plan se ponga en conocimiento de los acreedores.

El juzgado concursal, en apego al artículo 189 de la Ley de Reestructuración Empresarial, debe verificar que el plan de reorganización cumpla con todos los requisitos que fueron indicados con anterioridad. Adicionalmente, previo a poder ponerlo en conocimiento de los acreedores, el administrador debe haber rendido los informes correspondientes, especialmente en cuanto a los hechos que dieron lugar al procedimiento de reorganización, así como el estado de la empresa y sus activos. Nuevamente, el juzgado con vista en el plan de reorganización propuesto, podrá rechazarlo si considera que será evidentemente rechazado por los acreedores.

Una vez que el juzgado realiza la determinación, debe decidir cuál será el mecanismo de votación que deberán adoptar los acreedores para la aprobación o rechazo del plan de reorganización. Luego, deberá procederse con la publicación del aviso convocando a la votación del plan propuesto, haciendo la especificación de qué forma de votación se va a exigir.

La votación del plan de reorganización, en cualquier escenario, debe hacerse por tipo de acreedores según la calificación del artículo 196 de la Ley de Reorganización Empresarial, que es la siguiente:

- a. Reclamos legalizados dentro de la reorganización. Debe ser aceptado por más de la mitad de los acreedores con derecho a voto, que hayan presentado los reclamos de crédito dentro del proceso de reorganización.
- b. Créditos asegurados. Según el tipo de plan propuesto varían los porcentajes de aprobación requeridos:
 1. Si el plan de reorganización propone la prórroga de los plazos de las obligaciones, debe ser aprobado por dos tercios del monto total de acreedores con derecho a voto.
 2. Si el plan de reorganización propone la reducción y liberación de deudas, debe ser aprobado por tres cuartas partes del total de acreedores con derecho a voto.
 3. Si el plan de reorganización propone la interrupción de la actividad comercial, debe ser aprobada por nueve décimas partes del total de acreedores con derecho a voto.
- c. Accionistas: Independientemente del tipo de plan de reorganización propuesto, debe ser aprobado por la mayoría de los accionistas con derecho a voto.

A partir de lo anterior, se exige que la aprobación del plan de reorganización debe ser aceptado por las tres categorías, en los respectivos porcentajes que le corresponde a cada una de ellas. Esta forma de votación ha sido analizada previamente como particular por Brooke Schuum, quien al respecto indicó:

*The creditors who have filed reports of claims that are not disputed are entitled to vote on the plan at the meeting of interested persons. Each class of claims votes as a separate class. The required numbers of consents must be obtained in the groups of reorganization creditors in proportion to those who possess the right to vote. This means achieving set fractions of the totals of creditors who can exercise the vote. This is similar to the old Act requirement in the United States. It is different from the new U.S. Bankruptcy Code which merely requires set percentages of creditors exercising votes approve a reorganization plan*⁸⁹.

Sin embargo, el juzgado concursal puede aplicar una forma análoga al *cramdown* estadounidense, el cual estudiaremos más adelante. De esta forma, puede obligar a un grupo de

⁸⁹ Schuum III, B., Comparison of Japanese..., p. 327. “Los acreedores que hayan presentado informes de reclamaciones no controvertidas tienen derecho a votar sobre el plan en la reunión de personas interesadas. Cada clase de reclamaciones vota como una clase separada. El número de consentimientos requeridos debe obtenerse en los grupos de acreedores de reorganización en proporción a los que tienen derecho a voto. Esto significa lograr fracciones determinadas del total de acreedores que pueden ejercer el voto. Esto es similar al requisito de la ley anterior en los Estados Unidos. Es diferente del nuevo Código de Quiebras de EE. UU., que simplemente requiere que los porcentajes establecidos de acreedores que ejercen votos aprueben un plan de reorganización” [Traducción propia]

acreedores a la adopción forzosa del plan. El mismo autor anteriormente citado sobre este tema ha expresado:

If there is a dissenting "class" of creditors, the court may "cram-down" the plan, forcing the class to accept the plan, while making any necessary modifications to protect the class. "Cram-down" is possible if the court finds that, were the property liquidated, there would be no excess property for a lower class, taking into account the rules of priority, ranks of classes and distribution to them, or if the court finds fair and equitable protection is being given, including equivalent value to a secured creditor⁹⁰.

Acá nuevamente podemos observar la existencia de una figura, en la que se nota el cambio de paradigma de la tutela del Derecho Concursal. La continuidad de la empresa es tan relevante que el propio juez puede determinar que, si el plan de reorganización no le genera un daño al acreedor, puede obligar a este a su aceptación. Sin embargo, debemos hacer la salvedad de que, a nuestro criterio, esa posibilidad existe en la medida en que solo una categoría de acreedores haya rechazado el plan. En caso contrario, si hay dos categorías, o bien las tres categorías existentes han votado en contra de la aprobación del plan de reorganización, el juzgado no puede obligar a los acreedores a su aceptación, independientemente de si sus intereses se encuentran o no tutelados.

Ahora bien, una vez que se ha aprobado el plan de reorganización por los acreedores, el juez concursal debe nuevamente volver a dar su visto al plan y confirmarlo. En resumen, los criterios que debe tomar en cuenta para la confirmación son los siguientes, según se definen en el artículo 199 de la Ley de Reorganización Empresarial:

- a. El plan cumple con las disposiciones legales y reglamentarias.
- b. El contenido del plan es justo y equitativo.
- c. La ejecución del plan es factible.
- d. La decisión sobre su adopción fue tomada de forma justa y transparente.
- e. En caso de que el plan involucre agencias gubernamentales administrativas, tiene el aval de estas o por lo menos no es abiertamente contrario a las opiniones externadas por ellas.

⁹⁰ Schuum III, B., Comparison of Japanese..., p. 328. "Si hay una "clase" disidente de acreedores, el juez concursal puede "cram-down" el plan, forzando a la clase a aceptar el plan, mientras hace las modificaciones necesarias para proteger a la clase. El "cram-down" es posible si el tribunal determina que, si se liquidaran los bienes, no habría exceso de propiedad para una clase inferior, teniendo en cuenta las reglas de prioridad, los rangos de clases y la distribución a ellos, o si el tribunal determina Se está otorgando una protección justa y equitativa, incluido el valor equivalente a un acreedor garantizado.

Una vez confirmado, el administrador será el encargado de la supervisión de la ejecución del plan de reorganización. El artículo 209 de la citada Ley le otorga una serie de facultades de investigación, para verificar en todo momento las propiedades, activos y el negocio en general de la empresa reorganizada.

F. Alternativas o soluciones convencionales

Parte de uno de los puntos del cambio del paradigma del Derecho Concursal, como lo hemos indicado con anterioridad, se trata de la desjudicialización de los procesos de reorganización en términos generales. En Japón se estableció, entre varias organizaciones, un comité que introdujo una guía para procedimientos concursales extrajudiciales. No obstante, previo a explicar cómo opera esta institución, es necesario explicar la estructura bajo la cual operan las empresas japonesas, pues el proceso extrajudicial se ha diseñado en función de esa estructura.

Los autores Jun-Koo Kang y Anil Shivdasani han analizado este tema en particular, para lo cual han llegado a las siguientes conclusiones:

Our analysis is motivated by the dramatically different nature of contractual relationships that govern Japanese corporations. In the United States, banks are restricted from owning equity of other firms. In contrast, Japanese banks are permitted to own up to 5% of the outstanding shares of their client firms. Most Japanese firms maintain ties to a main bank, which is typically the firm's largest lender and also has a substantial equity ownership stake. In addition, firms also maintain close trading and ownership ties with other corporations. Sometimes, these lending, ownership, and trading ties arise from a firm's affiliation to an industrial group known as a keiretsu, although firms not affiliated with a keiretsu also maintain ties to a main bank and other shareholders⁹¹.

⁹¹ Kang, Jun-Koo, and Anil Shivdasani. 1997. "Corporate Restructuring During Performance Declines In Japan". *Journal Of Financial Economics* 46 (1), p. 30. "Nuestro análisis está motivado por la naturaleza dramáticamente diferente de las relaciones contractuales que gobiernan las corporaciones japonesas. En los Estados Unidos, los bancos tienen prohibido poseer acciones de otras empresas. En cambio, a los bancos japoneses se les permite poseer hasta el 5% de las acciones en circulación de sus empresas clientes. La mayoría de las empresas japonesas mantienen vínculos con un banco principal, que suele ser el mayor prestamista de la empresa y también tiene una participación sustancial en el capital social. Además, las empresas también mantienen estrechos vínculos comerciales y de propiedad con otras corporaciones. A veces, estos vínculos comerciales, de propiedad y de préstamos surgen de la afiliación de una empresa a un grupo industrial conocido como keiretsu, aunque las empresas no afiliadas a un keiretsu también mantienen vínculos con un banco principal y otros accionistas." [Traducción propia]

Ahora bien, teniendo en claro la estructura financiera de las compañías japonesas, podemos explicar brevemente en qué consiste el proceso extrajudicial de reorganización. El deudor debe enviar la aplicación al banco principal, en la cual debe detallar cuáles fueron los motivos que llevaron a la compañía a pasar una situación de estrés financiero. A la solicitud también deben adjuntarse todos los documentos financieros, que puedan respaldar la situación de la empresa deudora. Es indispensable que a la propuesta se le adjunte un plan de reorganización, así como un programa de reestructuración de las deudas⁹².

Posteriormente, el banco principal debe analizar todos los documentos presentados. Si considera que el plan de reorganización es razonable y realizable, así como también tiene probabilidades de ser aceptado por los acreedores restantes, emite un aviso de suspensión para los cobros y convoca a la primera reunión de acreedores. En esta reunión, para mantener la suspensión se requiere de una votación unánime por parte de la totalidad de los acreedores. Se integra una comisión de acreedores, que debe dedicarse durante dos meses al estudio de la situación financiera de la empresa deudora, posterior a lo cual debe celebrarse una segunda reunión. En esta debe conocerse el plan de reorganización, el cual no debe ser aceptado unánimemente por todos los acreedores, sino únicamente por aquellos que vean limitados sus derechos en el plan de reorganización⁹³.

Si el balance de la empresa deudora se encuentra en negativo, el plan de reorganización debe revertirlo en un plazo máximo de tres años. Si hay pérdidas netas, el plan debe específicamente indicar cómo serán revertidas en el periodo señalado. Finalmente, en principio, la aceptación del plan de reorganización debe verse acompañada por la renuncia de la dirección de la compañía deudora⁹⁴.

III. Finlandia

Debido a que Finlandia es la primera legislación europea que analizaremos, conviene indicar que, en términos generales, se ha considerado que la legislación estadounidense es

⁹²Michael Pomerleano, and William Shaw, *Corporate Restructuring* (Washington, D.C.: World Bank, 2005), p. 166.

⁹³ Pomerleano, Michael, *Corporate Restructuring*, ps. 166-167.

⁹⁴ Pomerleano, Michael, *Corporate Restructuring*, p. 167.

orientada al deudor, mientras que la legislación europea es orientada al deudor y hacia los procesos liquidatarios, lo cual incluye el caso finlandés⁹⁵. Esta última afirmación posee algo de interés para nuestro trabajo, debido a que sostenemos que este enfoque se encuentra desactualizado, en función de las necesidades económicas. Sin embargo, Finlandia, como lo indicamos en líneas anteriores, es el país con mejor desempeño en legislación concursal, a pesar de no poseer la tasa de recuperación más alta para los acreedores.

A. Procesos de reestructuración o reorganización

Al igual que sucede en el caso japonés, Finlandia tiene dos cuerpos normativos para regular situaciones de empresas en crisis. Tiene, en primer lugar, una Ley de Quiebras, cuyo presupuesto de aplicación, según el artículo Capítulo 2 Sección 1 (1)⁹⁶, es la insolvencia del deudor, entendiéndose esta como la inhabilidad de realizar el pago oportuno de las obligaciones vencidas. Además, tiene una Ley de Reestructuración Empresarial, que es de nuestro particular interés, que regula una situación de hecho distinta, que es el poder rehabilitar una empresa en estrés financiero, que tenga viabilidad económica⁹⁷.

P. Presupuesto y requisitos

El presupuesto subjetivo, según lo indica el Capítulo 1, Sección 2 (1), es cualquier persona jurídica o física, que se dedique activamente al comercio. Sin embargo, al igual que en el caso costarricense, quedan excluidas las entidades financieras, aseguradoras y operadores de pensiones. Asimismo, cualquier compañía que se encuentre declarada en quiebra tampoco puede beneficiarse de un proceso de reorganización. En la Sección 2 (2) (3) del mismo Capítulo, se hace una excepción para este último supuesto, el cual es que la empresa deudora realice un depósito de dinero, este permite la suspensión de la quiebra hasta que se resuelva la solicitud de reorganización.

El presupuesto objetivo se define en la Sección 6 del Capítulo 1, que demanda que se den las siguientes situaciones de hecho:

⁹⁵ S. Abraham Ravid y Stefan Sundgren, *The Comparative Efficiency Of Small-Firm Bankruptcies: A Study Of The US And Finnish Bankruptcy Codes Financial Management* 27 (4) (1998), p. 28.

⁹⁶ Bankruptcy Act of Finland. Disponible en <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2004/en20040120.pdf> [Revisado el 24 de marzo del 2020].

⁹⁷ Restructuring of Enterprises Act of Finland. Disponible en https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1993/en19930047_20070247.pdf [Consultado el 24 de marzo del 2020].

- a. La solicitud puede ser presentada por al menos dos acreedores, que representen un mínimo de una quinta parte del pasivo del deudor. Los acreedores no pueden ser personas relacionadas al deudor.
- b. El deudor se encuentra en un estado de insolvencia inminente, definido como la imposibilidad del deudor de pagar oportunamente las obligaciones vencidas.
- c. El deudor se encuentra insolvente y existe la probabilidad que un plan de reorganización sea capaz de resolver la situación de estrés financiero, en la que se encuentra el deudor.

Adicionalmente, bajo la Sección 7 (1) se establecen otros supuestos de hecho, que se califican como impedimentos para declarar la admisión de un proceso de reorganización. De forma puntual, estos son:

- a. El deudor es insolvente y el plan de reestructuración, con algún grado de probabilidad, no será suficiente para remediar la situación.
- b. Los activos del deudor no son suficientes para cubrir los costos relacionados al proceso de reorganización.
- c. Es probable que el deudor no pueda hacerle frente a las obligaciones, que surjan con posterioridad a la admisión del proceso de reorganización.
- d. Existen razones debidamente justificadas para creer que el objetivo principal de la aplicación de reestructuración es evitar el pago a un acreedor.
- e. Existen razones debidamente justificadas para considerar que las condiciones necesarias, para la preparación de un plan de reorganización, materialmente no están presentes.
- f. Los libros del deudor se encuentran incompletos o con errores, si no existe posibilidad de que estos puedan ser completados o rectificadas sin dificultad alguna.

Q. Juez competente

No existe un juzgado especializado en materia concursal en Finlandia, la competencia, es, por lo tanto, fijada en función del territorio. Al analizar este punto en especial, el autor sobre Derecho Concursal Internacional, Michael Bogdan, ha indicado lo siguiente:

In Finland, bankruptcy jurisdiction is considered to be regulated by Chapter 1 Section 1 of the Finnish Bankruptcy Charter (Konkursstadga) of 1868, which stipulates, inter alia, that an application of bankruptcy shall be filed at the court where the debtor can be sued for debts in

*general. This is, in fact, a reference to Chapter 10, section 1, paragraph 1, of the Finnish Code of Procedure (Rättengångsbalken), according to which the general forum is normally the defendant's forum domicilii. All these rules are primarily intended to determine the competency court within Finland (venue), but they are also used by analogy to regulate Finnish bankruptcy jurisdiction as such*⁹⁸.

Debido a lo anterior, el juzgado competente, para conocer de los procesos concursales, es el domicilio donde se ubica el principal negocio del deudor, donde normalmente sería demandado por incumplimiento de las obligaciones.

R. Medidas provisionales

Previo a la admisión del procedimiento, el juez concursal tiene la posibilidad de otorgar una serie de medidas provisionales, cuyo único objetivo es garantizar el resultado del proceso, que es el poder llevar a cabo un plan de reorganización.

a. Nombramiento de un administrador

El juzgado debe, forzosamente, nombrar un administrador en los términos que exige el Capítulo 3 Sección 8. El administrador, como órgano de supervisión, debe realizar las siguientes funciones, previo a la admisión del procedimiento.

1. Preparar un reporte de los activos del deudor, contingencias, pasivos, así como cualquier otra circunstancia particular, que pueda afectar la posición real en la que se encuentra el deudor.
2. Monitorear las actividades del deudor durante el proceso, siempre y cuando estas actividades puedan tener un impacto en el proceso.
3. Verificar la elaboración de una auditoría al deudor, con la extensión que se requiera.
4. Realizar todas aquellas acciones revocatorias, para la reintegración del patrimonio del deudor.

⁹⁸Michael Bogdan, *International Bankruptcy Law In Scandinavia*. *International And Comparative Law Quarterly* 34 (1) (1985), pp. 52-53. “En Finlandia, la jurisdicción de la quiebra se considera regulada por el Capítulo 1, Sección 1 de la Carta de Quiebras de Finlandia (Konkursstadga) de 1868, que estipula, entre otras cosas, que una solicitud de quiebra se presentará en el tribunal donde el deudor puede ser demandado por deudas en general. Se trata, de hecho, de una referencia al capítulo 10, sección 1, párrafo 1, del Código de Procedimiento finlandés (Rättengångsbalken), según el cual el foro general es normalmente el forum domicilii del demandado. Todas estas reglas están destinadas principalmente a determinar el tribunal de competencia dentro de Finlandia (lugar), pero también se utilizan por analogía para regular la jurisdicción de quiebras finlandesa como tal.” [Traducción propia]

5. Preparar un borrador de plan de reorganización.

El administrador en el ejercicio de sus funciones, según se indica en la Sección 9 del Capítulo 1, tendrá la siguiente facultad, que es de nuestro particular interés. El administrador se encuentra legitimado en la misma medida que el propio deudor, para solicitar información sobre las cuentas bancarias del deudor, transacciones financieras, arreglos financieros, activos, impuestos y cualesquiera otros elementos relacionados con la posición financiera del deudor.

b. Interdicciones

El Capítulo 4, Sección 22, dispone que pueden establecerse órdenes de interdicción, previo a la admisión de la solicitud de reorganización. Debemos entender por interdicción ciertas actuaciones que se encuentran prohibidas para el deudor, en una limitación a la libre disposición de los bienes. Sin embargo, estas solamente pueden concederse a petición del solicitante o del deudor, excluyendo que estas medidas puedan ser tomadas de oficio por el juez del concurso.

1. En primer lugar, el deudor tiene prohibido realizar el pago de aquellas obligaciones que estén siendo reestructuradas, así como proveer garantías para estas mismas obligaciones. El otorgamiento de una garantía, sea cual fuera esta, así como el pago realizado será nulo de pleno derecho, por lo que ambos serán reintegrados al deudor en su totalidad.
2. En segundo lugar, la Sección 19 del Capítulo 4 habilita una interdicción para los acreedores, los cuales ven sus derechos de cobro de suspendidos. Todas aquellas acciones de cobro que se encuentren en curso deberán suspenderse.
3. Adicionalmente, según lo dispone la Sección 22 del mismo Capítulo, no se podrán ejecutar embargos sobre los activos del deudor. Cualquier embargo que se llegare a ejecutar serán nulo de pleno derecho.
4. Asimismo, se verán suspendidas las solicitudes de declaratoria de quiebra, presentadas ya sea con anterioridad o posterioridad a la solicitud de reorganización.

S. Admisión y efectos de la admisión

En caso de que se cumplan los presupuestos fácticos, los efectos que conlleva la resolución de admisión, según los describe Capítulo 4 de la Ley de Reorganización Empresarial, son los siguientes:

- a. La totalidad de las interdicciones descritas en el apartado anterior
- b. La eliminación y suspensión de la totalidad de los intereses moratorias
- c. La admisión no afectará, en términos generales, los compromisos existentes del deudor
- d. Además, de conformidad con la Sección 10 del Capítulo 3, se podrá conformar un comité de acreedores, el cual tiene una naturaleza facultativa y operaría como un órgano asesor del administrador. El comité también tiene una función supervisora en el cumplimiento del plan de reestructuración, en el caso de que este sea aceptado. Deberá contener un mínimo de tres miembros, que deben representar proporcionalmente a los grupos de acreedores existentes.
- e. El Capítulo 5 Sección 29 (1) establece además un sistema de *debtor-in-possession* mediante el cual el deudor retiene, con excepciones para ciertos actos, la administración de la compañía. Las actuaciones para las que requerirá de habilitación especial, definidas en la Sección 29 (2), son las siguientes:
 - 1. Adquisición de nuevas deudas, siempre y cuando no sean parte del giro comercial normal del deudor.
 - 2. Transferir el negocio o una parte de este, transferir activos fijos, activos líquidos, derechos de propiedad intelectual u otros derechos esenciales necesarios para sus actividades.
 - 3. Transferir activos en condiciones diferentes a las habituales y como parte de las actividades regulares.
 - 4. Notificar la finalización de los contratos, que sean esenciales para sus actividades habituales o para la existencia de los requisitos previos de la actividad continua.
 - 5. Tomar medidas que sean inusuales o que tengan consecuencias importantes.

T. El plan de reorganización y su contenido

El plan de reorganización puede ser presentado por el deudor, personas responsables por las obligaciones del deudor, accionistas de al menos una quinta parte del deudor, acreedores con créditos garantizados que representen al menos una quinta parte del total de créditos garantizados, cualquier acreedor cuyo crédito represente al menos una quinta parte del total de créditos no garantizados. Adicionalmente, debemos resaltar que la presentación del plan para las partes anteriormente indicadas es meramente facultativa. La única persona que tiene la obligación de presentar un plan de reestructuración es el administrador.

La norma es particularmente flexible en cuanto a este punto, al extremo de que cualquiera de las partes mencionadas puede presentar un proyecto de plan de reestructuración, sin que exista realmente un mecanismo para lidiar con la presentación de múltiples planes de reorganización.

Al igual que sucede en la legislación japonesa, el plan debe poseer un contenido mínimo, no tanto respecto de las disposiciones respecto a la forma de reestructurar la empresa, sino particularmente en cuanto a realizar una verdadera exposición de la situación financiera real del deudor. Los requisitos, definidos en las Secciones 39, 40 y 41, que consideramos de mayor relevancia son los que enumeramos a continuación:

- a. Resumen de la situación financiera del deudor
- b. Un listado de los activos, contingencias, compromisos adquiridos y las formas de mitigar las contingencias identificadas
- c. Los cambios que se vayan a dar en la organización o en las condiciones operativas de la empresa
- d. Las relaciones cercanas que existan entre acreedores y el deudor
- e. Una valoración sobre cómo el estado financiero y las condiciones operativas de la empresa deudora, pueden desarrollarse en la ausencia de un plan de reestructuración. Es decir, se trata de una justificación de la necesidad del plan, que se fundamenta en la supresión hipotética de su existencia, con la finalidad de entender su valor y cómo puede realmente garantizar la continuidad de la empresa.

Lógicamente, aparte de estas especificaciones, las cuales pueden entenderse como los considerados o antecedentes del plan de reorganización, hay una serie de requisitos indispensables sobre el fondo. Estos se encuentran fijados en la Sección 42 y son los siguientes:

- a. Si se deben continuar las actividades del deudor y en qué medida, los posibles cambios en la forma corporativa, los estatutos o de la organización de la empresa.
- b. Las medidas y arreglos relacionados con los activos del deudor
- c. Disposiciones relativas a la reestructuración de las deudas y el deber de realizar pagos complementarios
- d. El financiamiento del plan de reestructuración
- e. Las formas de verificar el cumplimiento y seguimiento al plan de reestructuración

- f. Deberá contener un programa de pagos que indique el acuerdo sobre cada deuda y el cronograma de pagos detallado para cada una.
- g. Si la compañía deudora, sus operaciones comerciales o activos o una parte de estos, se transfieren como una empresa en marcha, el plan de reestructuración deberá indicar la forma y las condiciones de la transferencia, así como el cesionario.

U. Aprobación del plan

La votación del plan de reestructuración se realiza, al igual que en el caso japonés, por categorías de acreedores. Las categorías definidas son (i) acreedores reales, (ii) acreedores con cargos flotantes como garantía, (iii) acreedores que no requieran de declaratoria judicial para hacer valer sus créditos, (iv) acreedores no garantizados y sin prioridad de pago. La Sección 52 del Capítulo 8 indica que deben darse dos condiciones para que el plan sea debidamente aprobado. En primer lugar, la votación debe ser favorable por mayoría simple en cada una de las categorías de acreedores. Además, el total de los acreedores que votaron por la aprobación del plan debe representar, por lo menos, la mayoría simple de la totalidad de los créditos de la reestructuración. Es decir, debe darse una doble mayoría, las cuatro categorías deben votar a favor y los acreedores deben necesariamente representar más de la mitad del pasivo.

Sin embargo, también establece la posibilidad de que el juez concursal realice un *cramdown*, obligando a los acreedores de determinadas a aceptar el plan de reestructuración. Si los acreedores que votaron en contra del plan no han visto una reducción en sus créditos, ni tampoco reciben un tratamiento diferente, la Sección 52 (2) permite que no sean considerados para definir si existe o no mayoría en la votación. También, un acreedor no garantizado puede no ser tomado en cuenta si un acreedor con un rango mayor no recibirá el pago completo de su crédito o su posición se ve en alguna medida perjudicada.

Como puede verse, no se trata de un *cramdown* en sentido estricto, pues no se está cambiando el resultado de la votación. En otras palabras, son parte de los criterios para determinar los votos del plan de reestructuración y si estos alcanzan o no a ser mayoría. Posteriormente, una vez que el plan sea aprobado por los acreedores, debe pasar por un último filtro del juez concursal. El juez puede rechazar la aprobación si no se ha presentado evidencia que permita concluir que

llevar a cabo el plan de reestructuración permitirá la continuidad de la empresa. Fuera de este aspecto, según lo establecido la Sección 53 del Capítulo 8, el juez concursal deberá limitar su aprobación a un análisis de legalidad.

Finalmente, la Sección 61 establece que puede nombrarse un supervisor, encargado de monitorear el cumplimiento adecuado del plan de reestructuración. Si no fuera necesario el nombramiento de este, el comité de acreedores puede realizar todas las funciones de supervisión necesarias. En todo caso, el supervisor siempre tendrá la obligación de reportar sus hallazgos a este comité.

B. Alternativas o soluciones convencionales

En nuestra investigación no hemos podido determinar que exista un régimen formal, con la finalidad de fomentar los denominados *Out of Court Workouts (OCWs)*. En principio, es una posibilidad que no está dada, debido a que no existe un mecanismo para obligar a los acreedores a aceptar un plan de reestructuración extrajudicial.

IV. Estados Unidos

El Derecho Concursal estadounidense ha sido, desde sus inicios, uno de los principales modelos que se han buscado simular⁹⁹. En este sentido, es probablemente el sistema concursal más exitoso, el cual, incluso, como hemos visto en las secciones anteriores, ha tenido un impacto en la legislación japonesa y finlandesa. Es reconocido como uno de los modelos concursales más enfocados en la rehabilitación del deudor. Ariel Dasso, en su análisis de Derecho Comparado, sobre este aspecto en particular ha dicho lo siguiente:

El procedimiento concursal busca, en este sistema, la liberación del deudor de todas sus deudas y su paradigma se halla en la institución angloamericana de la discharge. Son disposiciones que, teniendo un punto de partida en la inembargabilidad de ciertos bienes y agregando una regla según la cual se establece la extinción de todos los créditos con independencia del grado de satisfacción obtenido por los acreedores (y más allá de que después del deudor llegue a mejor fortuna), pone en evidencia la intención política del

⁹⁹ En este sentido véase Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo I...*, p. 631. “Desde los últimos años del siglo XIX todas las reformas concursales acontecidas ininterrumpidamente en el ámbito del derecho continental europeo y latinoamericano reconocen que en alguna manera la influencia de los institutos concursales estadounidenses...”

*legislador de evitar por cualquier medio que la solución concursal se convierta precisamente en la eliminación definitiva del mercado del comerciante fallido*¹⁰⁰.

G. A. Procesos de reestructuración o reorganización

1. Presupuesto y requisitos

El presupuesto subjetivo para la aplicación del *Chapter 11* es bastante amplio, puede tratarse de personas físicas, *corporations* o *partnerships*¹⁰¹. En resumen, cualquier persona que ostente la capacidad de ser deudor puede beneficiarse de un procedimiento bajo el Capítulo 11. En cuanto al presupuesto objetivo, el deudor puede o no encontrarse en una situación de insolvencia¹⁰².

Según lo indican las secciones 301 y 303 del Subcapítulo I del Capítulo 3, las peticiones pueden realizarse de forma voluntaria por el propio deudor, o bien de forma involuntaria, en cuyo caso, es uno de los acreedores quien presenta la solicitud. Si la petición se realiza de forma voluntaria, el deudor se beneficia de manera automática de una *order for relief*, según lo describiremos más adelante. Contrario a los casos examinados con anterioridad, la petición involuntaria debe ser solicitada por tres o más acreedores, cuyos créditos deben ser de buena fe, es decir que no se encuentren en disputa ni su exigibilidad ni su monto, y este último supera el valor del activo que la garantiza.

2. Juez competente

La estructura jurisdiccional relacionada a los procesos de insolvencia ha sido uno de los puntos más discutidos. Tradicionalmente, existían juzgados especializados de quiebra, sin embargo, a partir del fallo *Stern vs. Marshall*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos determinó que esta disposición era contraria al Artículo III de la Constitución¹⁰³. El precedente aquí indicado ha desatado un largo debate sobre cómo puede solucionarse la estructura jurisdiccional de los juzgados de quiebra, cuyas posiciones dependen, en una buena medida, de un

¹⁰⁰ Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo 1...*, p. 615.

¹⁰¹ LoPucki, Lynn M., *The Debtor In Full Control - Systems Failure Under Chapter 11 Of The Bankruptcy Code*, *The American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 57 (1983), p. 103.

¹⁰² Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo 1...*, p. 636

¹⁰³ Gotberg, Brook E., *Restructuring The Bankruptcy System: A Strategic Response To Stern V. Marshall*, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 187 (2013), pp.192-193.

asunto ideológico. Este último refiere particularmente a cuál debe ser el rol de los procedimientos de quiebra, ya que de eso dependería la existencia de un órgano especializado en la materia¹⁰⁴. En resumen, la competencia corresponde a los juzgados distritales del domicilio mayormente ligado a la actividad del deudor.

3. Medidas provisionales

Al igual que en las otras legislaciones estudiadas, existen una serie de protecciones para garantizar que el patrimonio del deudor no se vea disgregado por el cobro de los acreedores. Es decir, se trata de mecanismos que no están diseñados para proteger al deudor, más bien están enfocados a la tutela de la continuidad del negocio, por lo menos hasta que exista mayor conocimiento de la verdadera situación financiera de la compañía.

a. Order for Relief

Si la petición es voluntaria, la Sección 301 del Capítulo 3 determina que el deudor queda cubierto por una *order for relief*. Esta no es otra cosa más que la resolución, dictada por el juez concursal, que indica que el deudor se encuentra bajo la protección del *Bankruptcy Code*.

b. Automatic stay

Esta es la típica medida, propia de un proceso de reorganización, según la cual se paralizan todas las acciones de cobro emprendidas por los acreedores en contra del deudor. Según la Sección 362 del Capítulo es aplicable a todas las peticiones que se realicen de conformidad con las Secciones 301, 302 y 303, es decir, tanto para las peticiones voluntarias, conjuntas e involuntarias. Debe otorgarse independientemente si el proceso ha iniciado como petición involuntaria o voluntaria. Dasso la define como una “paralización contra los intentos de los acreedores de comenzar o continuar el recupero de créditos contra el deudor o ejecutar embargos contra la propiedad del deudor¹⁰⁵”. Debemos también indicar que la *automatic stay* puede ser exceptuada de aplicarse a acreedores particulares, si es que estos así lo solicitan. La excepción puede darse ya sea porque la petición fue presentada en mala fe, contra un grupo de acreedores o contra todos

¹⁰⁴ Gotberg, Brook E., *Restructuring The Bankruptcy System...*, pp. 195 y 206.

¹⁰⁵ Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo 1...*, p. 637.

ellos. También la excepción puede darse en función de la importancia que la deuda puede tener para el negocio del acreedor, así como por los plazos en que empezó la ejecución.

c. Nombramiento de un administrador

En primer lugar, debe resaltarse que el sistema concursal estadounidense se caracteriza por el principio *debtor-in-possession*. En términos generales, la Sección 782 del Capítulo 7 del *Bankruptcy Code* establece que el administrador debe ser el deudor, que haya presentado la petición de reorganización. Por este motivo, el nombramiento de administrador (*Trustee*) es de naturaleza excepcional, para lo cual debe hacerse previa demostración de justa causa. Según la Sección 1104.a Párrafo (1) del Capítulo 11 hay justa causa si se puede constatar la existencia de fraude, deshonestidad, incompetencia grave, ya sea antes o de forma posterior a que se presentara la petición. Además, la Sección 1104.a Párrafo (2) también permite que el nombramiento se realice si se encuentra en el interés de los acreedores hacerlo.

Es importante indicar que el nombramiento del administrador no necesariamente es permanente, la Sección 1105 permite que este mandato sea revocado y se le otorgue la administración nuevamente al deudor, siempre y cuando el plan de reorganización no haya sido aceptado.

El administrador tiene una serie de facultades, especialmente en lo que respecta a realizar el inventario del activo y el pasivo, así como también de alguna manera asume la personería de la empresa deudor, ya que según lo indican la Sección 323 del Capítulo 3 del mencionado Código, tiene capacidad para demandar y ser demandado en nombre del patrimonio de la empresa solicitante. Adicionalmente, se le otorga una serie de facultades de contratación, descritas en la Sección 327 del Capítulo 3.

Finalmente, cabe resaltar que, en palabras de Dasso, “los síndicos [administradores] son personas físicas o sociedades anónimas, constituidas específicamente para desarrollar esa actividad en forma exclusiva¹⁰⁶”. Es decir, se trata de un órgano de administración altamente especializado,

¹⁰⁶ Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo 1...*, p. 637.

con la finalidad específica de que se pueda dar la reorganización la empresa, haciendo uso en su mayoría de conocimiento técnico.

4. El plan de reorganización y su contenido

El deudor tiene, por regla general, un plazo de exclusividad para presentar el plan de reorganización del pasivo¹⁰⁷. Ese periodo de exclusividad es de 120 días, contados a partir de la *order for relief*, según lo determina la Sección 1121 (a) del Capítulo 11. Otras partes interesadas únicamente podrán presentar una propuesta de plan de reorganización pasado el plazo de exclusividad, o bien en caso de que se haya nombrado un administrador. Es decir, en sentido contrario, si existe un administrador el deudor no tiene el periodo de exclusividad mencionado. Un último supuesto para que cualquier parte presente una propuesta es si el deudor presentó un plan de reorganización dentro de los 120 días, sin embargo, dicho plan no ha sido aprobado.

En cuanto a su contenido, la Sección 1113 del Capítulo 11 define que deberá tener los siguientes requisitos:

- a. Agrupación de los créditos según su categoría
- b. El tratamiento que se le dará a cada categoría
- c. Los créditos de la misma categoría deberán tener el mismo tratamiento, salvo que un acreedor específico autorice condiciones diferentes.

Más allá de estos tres puntos, la norma no exige requisitos con ese grado de especificidad, simplemente indica que el plan deberá proveer los medios adecuados para su implementación. Se enumeran una serie de modalidades de reestructuración, que en todo caso son *numerus apertus* y de carácter meramente ejemplificativo.

5. Aprobación del plan

La forma de votación del plan es similar a las legislaciones estudiadas, se hace por categoría de créditos. Sin embargo, dentro de cada categoría, de conformidad con la Sección 1126 del Capítulo 11, se exige una doble mayoría de capital y de acreedores. Es decir, se requiere que para

¹⁰⁷ Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo 1...*, p. 652.

se dé la aprobación de determinada categoría, los acreedores que lo aprueben ostenten dos terceras partes del total reclamado dentro de esa categoría, así como mayoría simple en cuanto a los acreedores. Este mecanismo es parecido al impuesto por la legislación costarricense, con la excepción de las categorías de acreedores.

Si existe una categoría de acreedores que no se encuentra incluida dentro del plan, la Sección 1126 (f) del Capítulo 11 permite que se tenga por aprobado por esa categoría, ya que se presume que se excluye de esa categoría del plan de reorganización, debido a que se da por entendido que no se modificarán los derechos ni condiciones de esa categoría en particular.

La aprobación del plan únicamente se dará si todas las categorías de acreedores han votado para su aprobación. Sin embargo, existe una excepción a esta regla que explicaremos a continuación.

6. Cramdown

Esta fue una de las instituciones más novedosas que incorporó el Derecho Concursal estadounidense, el cual “consiste en la facultad que tiene el tribunal de considerar a los efectos del cómputo de las mayorías del acuerdo en forma positiva (afirmativa) a las categorías disidentes¹⁰⁸”. Es decir, el juez concursal puede obligar a los acreedores que no están de acuerdo con el plan a aceptar su implementación. Esta no es una facultad discrecional del juez concursal, consideramos que tiene la obligación de siempre verificar si se cumplen los requisitos establecidos, en cuyo caso deberá forzosamente aplicar el *cramdown*.

El principal criterio para determinar la aplicable es si la categoría de acreedores disidentes recibe un tratamiento *fair and equitable*. Sin embargo, no lo establece como un criterio meramente axiológico, sino que deben verificarse criterios financieros en cuanto a la forma de manejar la categoría de acreedores. Por ejemplo, para aceptar el plan en contra de la voluntad de los acreedores quirografarios, no debe haber categorías inferiores que reciban el pago completo de los créditos. En cuyo caso, el plan podrá adoptarse en contra de la voluntad de estos.

¹⁰⁸ Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo 1...*, p. 655.

Finalmente, si se da la aceptación por los acreedores en los términos explicados, previo a la confirmación del plan, el juez concursal deberá analizar tres factores para poder homologarlo. (i) En primer lugar, debe haber sido propuesto de **buena fe**. (ii) La implementación deberá ser factible, lo cual quiere decir que “la reorganización será apta para operar económica y eficientemente (sic) y que la entidad estará capacitada para competir en iguales términos con otras compañías dentro de la industria, y no requerirá razonablemente ser liquidada o una segunda reorganización dentro del futuro previsible¹⁰⁹”. (iii) Se exige el pago en efectivo para algunas categorías de acreedores.

V. Alternativas o soluciones convencionales

A diferencia de la legislación japonesa, no existen reglas que permitan tener una unidad sobre los *out-of-court workouts*. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos dependen en una gran medida de los mercados financieros que, particularmente en Estados Unidos, tienen una solidez que permite que las empresas no tengan que llegar a procedimientos judiciales¹¹⁰. Además, es nuestra consideración que debido a la agilidad y flexibilidad del procedimiento desarrollado en el *Bankruptcy Code*, las compañías tienen más confianza en los mecanismos judiciales, por lo que no existe una necesidad tan fuerte de acudir a alternativas extrajudiciales. Adicionalmente, debemos tomar en cuenta que la estructura del mercado financiero puede impedir que sea pública la existencia de *workouts*.

V. Alemania

A diferencia de las legislaciones anteriores, el procedimiento de insolvencia en Alemania se encuentra unificado. Es decir, la liquidación y la reestructuración son parte de un mismo proceso, que se regula en la *Insolvenzordnung (InsO)*. También, como una nueva característica que en alguna medida lo desvincula de la tendencia europea, el deudor se mantiene en la administración de la empresa, siempre bajo la supervisión de un interventor al cual se le denomina

¹⁰⁹ Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo 1...*, p. 654.

¹¹⁰ Esto puede verse en Moody's Investor Service, *Assesing The Corporate Insolvency Regime in Japan* (Nueva York: Global Credit Research, 2004), p. 3.

*Eingenverwaltung*¹¹¹. Sin embargo, sí se mantiene el enfoque tradicional proteccionista hacia los acreedores, para lo cual Dasso ha externado lo siguiente:

*Como nota relevante debe señalarse que el nuevo procedimiento, en contra de las orientaciones más modernas, no tiene en la mira como objetivo fundamental y excluyente, como lo hace en cambio la Loi de Sauvegarde francesa, la recuperación de la empresa, sino la propia satisfacción de los acreedores, sin que por ello se excluya la posibilidad de hacerlo mediante la explotación de la empresa y el reparto de sus frutos, o mediante la realización de un plan de insolvencia*¹¹².

Es decir, se permite la continuación de la empresa, pero no en tutela propiamente a la empresa en crisis, más bien como un medio para garantizar el pago a los acreedores. A pesar de esta crítica que se le hace al sistema alemán, según lo detallamos al inicio de este capítulo, sigue siendo uno de los mejores cinco procedimientos de insolvencia a nivel de mundial. Ello puede corresponder, al igual que en el caso japonés, a motivos extrajurídicos. Debemos aclarar que no se ha hecho esta explicación, o por lo menos el resultado de investigación no ha permitido identificar autores que lo hayan descrito de esta forma.

H. Procesos de reestructuración o reorganización

Si bien existe solamente un procedimiento, este permite como solución la liquidación como el plan de insolvencia. Hacemos nuevamente uso de Dasso, quien ha explicado la relevancia de esta alternativa de la siguiente manera:

*El Insolvenzplan (arts. 217-219) constituye una alternativa que en puridad de principios quita al ordenamiento el carácter preminentemente liquidatorio, pudiendo considerar que, a través de este, la conservación de la empresa del deudor asume una tésis alternativa con la liquidación que constituía el objetivo del derecho anterior. El plan de insolvencia no es sino el contenido del convenio o acuerdo con los acreedores que serán siempre quienes determinarán su aceptación o rechazo, aún cuando la Insolvenzordnung incluye una normativa que, siguiendo también institutos peculiares de la Bankruptcy estadounidense, asignan al Juez la potestad de aprobar el plan, aun en la hipótesis en que no se hubieren logrado las mayorías requeridos por la ley (art. 245)*¹¹³.

Sin embargo, como hemos indicado, la conservación de la empresa no es la finalidad del proceso de insolvencia, lo cual queda absolutamente claro con el Art. 1 de la *InsO* que indica que

¹¹¹ Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo 1...*, p. 8

¹¹² Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo 1...*, pp. 9-10.

¹¹³ Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo 1...*, pp. 8-9.

la finalidad del procedimiento es satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor. Ahora procederemos a analizar particularmente el plan de insolvencia, particularmente en lo que respecta a su contenido y aprobación. Esto debido a que, al tratarse de un procedimiento unificado, los presupuestos de admisibilidad así como los requisitos de presentación no difieren del proceso liquidatorio, por lo cual solamente los enunciaremos de forma breve.

W. Presupuesto y requisitos

El presupuesto subjetivo es el más abierto de las legislaciones aquí estudiadas, el artículo 11.I de la *InsO* establece que “un procedimiento de insolvencia puede abrirse sobre el patrimonio de toda persona natural o jurídica¹¹⁴”. Es decir, lo único que se requiere es la existencia de un patrimonio, pasando la persona, ya sea física o jurídica, a un segundo plano.

El presupuesto objetivo contempla tres escenarios, los cuales se describen en los artículos 17, 18 y 19 de la *InsO* respectivamente. Estos son los siguientes:

- a. **Insolvencia:** Esta se define como el presupuesto general de apertura, la cual se da cuando el deudor no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles.
- b. **Amenaza de insolvencia:** En este caso, solamente el deudor puede presentar la petición de apertura del proceso. La situación fáctica que debe darse es la previsibilidad de que el deudor no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago exigibles.
- c. **Sobreendeudamiento:** El supuesto se da cuando los bienes del deudor ya no cubren las obligaciones existentes. Es decir, según lo expuesto en el Capítulo I de este trabajo, se trata de un verdadero supuesto de insolvencia en sentido financiero y no jurídico. El art. 18 de la *InsO* sí establece que aún bajo este escenario es posible presentar un plan de insolvencia, con la finalidad de garantizar la continuidad de la empresa, siempre y cuando sea económicamente viable.

X. Medidas provisionales

El art. 21 de la *InsO* le otorga al juez concursal la facultad de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para la protección de los acreedores frente a modificaciones sustanciales en el patrimonio del deudor. Es decir, las medidas que pueden tomarse no se limitan

¹¹⁴ Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo 1...*, p. 45.

a las enumeradas en la propia *InsO*, lo cual permite un mayor grado de flexibilidad. Debemos aclarar que, según la finalidad del proceso de insolvencia, también pueden otorgarse medidas que puedan garantizar la continuidad de la empresa si ello permite el pago a los acreedores. La justificación debe ser únicamente relacionada a este punto específico, de lo contrario, las medidas no pueden ser tomadas, ya que no existe una tutela jurídica a la continuidad de la empresa por sí misma.

Las medidas que pueden tomarse, a modo de ejemplo, son las siguientes:

- a. **Nombramiento de un administrador provisional:** El artículo 56 del *InsO* exige que el administrador de la insolvencia sea una persona física experta en negocios. Los acreedores podrán, de común acuerdo, nombrar a otro administrador para el ejercicio del cargo, el cual, en cualquier caso, deberá ser aprobado por el juez concursal. El administrador en todo momento, según lo establece el artículo 58 del *InsO* se encuentra bajo la vigilancia directa del juez concursal. Finalmente, el administrador tiene esencialmente tres funciones, descritas en el artículo 22 de la *InsO*, las cuales son (i) la conservación y aseguramiento del patrimonio del deudor, (ii) la conducción del negocio del deudor hasta que se toma una decisión con respecto a la admisibilidad del proceso de insolvencia, y (iii) verificar si el patrimonio del deudor permite cubrir los gastos del proceso de insolvencia.

- b. **Prohibición general de disposición de bienes:** El juez concursal puede imponer una prohibición general de disposición para el deudor, o exigir que cualquier acto de disposición del patrimonio deba ser previamente aprobado por el administrador de la insolvencia.

- c. **Prohibición de ejecuciones:** Contrario al *automatic stay* estadounidense, en el Derecho alemán, las ejecuciones de los deudores únicamente son paralizadas si el juez así lo ordena, no siendo esto una consecuencia propia del proceso de insolvencia. Es decir, la regla general es que las ejecuciones de los acreedores en contra del deudor pueden continuar.

Y. El plan de reorganización y su contenido

El plan de insolvencia, dispone el artículo 218 del *InsO*, puede ser presentado únicamente por el deudor o por el administrador de la insolvencia. El deudor tiene la facultad de presentar el plan desde el inicio del procedimiento, junto con la petición de insolvencia.

Además, de las legislaciones estudiadas, es la única que incorpora requisitos de forma al plan de insolvencia. En primer lugar, debe contener una parte descriptiva, en la que, de conformidad con el artículo 220 de la *InsO*, se especifiquen las medidas que se han tomado o deben ser tomadas de forma posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia. Debe también incluir las menciones relativas a la fundamentación y repercusión del plan, que sea importantes para la decisión de los acreedores sobre su aceptación y para su aprobación judicial.

En segundo lugar, debe tener una parte organizativa, según la cual, determina el artículo 221 de la *InsO*, cómo debe modificarse la situación jurídica de los interesados. Es decir, deben agruparse los acreedores según las respectivas categorías, así como indicar los créditos, el plazo de estos, la forma en la que se pagarán, así como las condiciones especiales que existan en torno a ellos. El artículo 222. II de la *InsO* permite que los acreedores con idéntica situación jurídica – misma categoría de crédito– pueden formarse grupos en los que sean reunidos acreedores con intereses económicos homogéneos.

Se incorpora a la legislación alemana, mediante el artículo 222 de la *InsO*, el principio de igualdad de tratamiento frente a acreedores del mismo grupo o categoría. Únicamente se permite un tratamiento diferenciado con el consentimiento expreso de todos los intervinientes que sean afectados por esa diferenciación que se realice.

Z. Aprobación del plan

La votación del plan, establece el artículo 234 de la *InsO*, debe realizarse por cada grupo de acreedores autorizados a votar. En cuanto a las mayorías, se requiere que cada grupo manifieste la aprobación del plan en los términos exigidos por el art. 235 de la *InsO*. Cada grupo debe aceptar el plan de insolvencia por mayoría, tanto de capital como de acreedores. Es decir, existe el requisito

de la doble mayoría de capital e individual, al igual que en el sistema estadounidense y costarricense.

En la misma línea que las otras legislaciones, se establece la posibilidad al juez concursal de obligar a determinada categoría de acreedores a la aceptación del plan. Se trata de una figura análoga al *cramdown* estadounidense a la que se le denomina *Inso Obstruktionverbot* – prohibición de obstaculización. Dasso ha descrito esta posibilidad en la siguiente manera:

*(...) consiste en la facultad judicial de considerar como otorgada la aceptación de un grupo cuando: a) los acreedores de ese grupo no sean colocados por el plan de insolvencia en peor situación que la que a ellos les correspondería sin el mismo, b) no sean partícipe con una cuantía económica “razonable”, respecto de la que a causa de los principios del plan deba favorecer a los grupos, y c) la mayoría de los grupos autorizados a votar el plan lo hayan votado*¹¹⁵.

Adicionalmente, el artículo 247 de la *InsO* establece que en caso de que no haya sido el deudor quien haya propuesto el plan de insolvencia, deberá contarse con su aprobación. La aprobación de este se da en ausencia de la impugnación del plan. Sin embargo, al deudor también se le aplica la prohibición de obstaculización, motivo por el cual, si el plan de insolvencia no lo coloca en una situación peor a la ausencia de este, el juez concursal podrá tener por aprobado y confirmado el plan de insolvencia, en contra de la voluntad del deudor.

Un punto bastante interesante es que la vigilancia respecto del cumplimiento del plan es facultativa. El artículo 260 de la *InsO* indica que puede constituirse en la parte organizativa del plan un órgano de vigilancia sobre su cumplimiento y ejecución. Es decir, no es requisito para la aprobación del plan que exista un mecanismo de fiscalización. Sin embargo, bajo el escenario en que se disponga de un órgano de vigilancia, debe publicarse junto con el plan aprobado, por cuánto tiempo se mantendrá la vigilancia y los negocios que requieren de la autorización del administrador.

¹¹⁵ Dasso, Ariel. *Derecho Concursal Comparado Tomo 1...*, p. 22.

I. Alternativas o soluciones convencionales

El estudio realizado por Ralph Elsas y Jan Pieter Krahnén demostró que solamente el 6,5 % de los deudores presentó una petición directamente para el proceso de insolvencia. Al respecto, de nuestro particular interés, ambos autores expresaron lo siguiente:

Remarkably, only 6.5 per cent of all cases go straight into bankruptcy proceedings, either compulsory liquidation or composition proceedings. 37 per cent of all cases report a serious attempt of reorganization with bank participation. If such a workout occurs, bank participation includes the provision of fresh money, the initiation of management consulting and, in some cases, direct management involvement. The remaining 56.6 per cent experience no special workout treatment. Thus, formal insolvency proceedings (...) with respect to the sample of medium-sized German companies capture only a minor portion of all bank involvement in distressed firms¹¹⁶.

Lo anterior quiere decir que el régimen formal de insolvencia en Alemania no tiene demasiada relevancia, ni un impacto considerable en la economía, particularmente porque no es la primera opción para la mayoría de los deudores. Este aspecto será uno de los puntos principales de análisis en nuestro próximo capítulo. Ahora bien, es necesario aclarar que estos *workouts* no operan bajo un juego de reglas específicas, tampoco existe un registro oficial de lo que sucede.

¹¹⁶ Krahnén, Jan P. y Reinhard H. Schmidt, *The German Financial System* (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 223. “Sorprendentemente, solo el 6,5 por ciento de todos los casos entran directamente en procedimientos de quiebra, ya sea de liquidación obligatoria o de conciliación. El 37 por ciento de todos los casos informa de un intento serio de reorganización con participación bancaria. Si se produce tal reestructuración, la participación del banco incluye la provisión de dinero fresco, el inicio de la consultoría administrativa y, en algunos casos, la participación directa de la administración. El 56,6% restante no experimenta ningún tratamiento especial. Por tanto, los procedimientos formales de insolvencia (...) con respecto a la muestra de empresas alemanas de tamaño medio captan solo una pequeña parte de toda la participación bancaria en empresas en dificultades.” [Traducción propia]

Capítulo III.

Este capítulo corresponde al desarrollo de los objetivos tres y cuatro de nuestro trabajo de investigación. El primero de ellos requiere un análisis de las normas sobre los efectos que acarrea la declaratoria de quiebra. Necesariamente debemos examinar la naturaleza de las normas concursales, para posteriormente determinar su carácter disponible o no. Ulteriormente, verificaremos si es viable, con la normativa actual, convenir la reestructuración de la empresa, una vez que la quiebra ha sido decretada. Particularmente, en caso de ser posible, nos ocuparemos de los mecanismos para la toma de decisiones sobre planes de reestructuración post declaratoria de quiebra.

Sin embargo, antes de abordar estos puntos, debemos explicitar que una de las hipótesis de nuestro trabajo, no aclarada anteriormente, es que un determinado sistema concursal tiene un impacto en la economía. Asimismo, hemos partido de la posición que algunos sistemas concursales son inherentemente mejores que otros. Por este motivo, nos preocuparemos inicialmente por la pregunta de la eficiencia del Derecho Concursal. La relevancia de esto radica en entender si las formas en que se puede desarrollar convencionalmente la reestructuración realmente pueden tener el impacto deseado. Es decir, hemos asumido, cierta o erróneamente, que la reorganización empresarial en sí misma es un instrumento necesario de todo sistema concursal.

El punto de partida para el presente capítulo es la desjudicialización de concurso, es decir, otorgarle un menor control sobre el proceso concursal al juez concursal, de tal forma, que sean exclusivamente las partes interesadas –*stakeholders*– según la literatura estadounidense.

IV. Eficiencia de los sistemas concursales

La bibliografía consultada en este trabajo apunta a que realmente no existe ninguna relación entre un determinado sistema concursal y éxito macroeconómico. Es decir, que los modelos de liquidación o bien de reestructuración propios de otras legislaciones, como las estudiadas en el Capítulo II, bien podrían ser en fracaso si fueran aplicados en nuestro país. Sefa Franken, uno de los teóricos más importantes en cuanto al análisis de *leyes concursales óptimas*, ha expresado esta posición:

Neither economic theory nor the available empirical evidence support the claim that a single bankruptcy regime exists which contributes more to economic growth than any other bankruptcy regime. When focusing on developed countries, this may be attributed to the fine variations in bankruptcy regimes of countries with sound legal and political systems. It therefore cannot be excluded that different bankruptcy regimes fulfil the main criteria of efficiency¹⁹ and, thus, contribute equally to economic growth¹¹⁷.

Seguidamente, esto nos lleva a la interrogante de cómo debe desarrollarse un sistema concursal, para que este sea óptimo y eficiente. Habría que además aclarar estos últimos conceptos, óptimo y eficiente, particularmente en el Derecho Concursal deben entenderse de una forma particular. Estos aluden a que la empresa sea liquidada cuando no sea económicamente viable, y esto le permita a los acreedores recuperar el mayor porcentaje de sus créditos. En igual sentido, la empresa debe ser reorganizada y su actividad comercial debe continuar cuando esta sea la mejor opción para la recuperación de los créditos.

Particularmente, en cuanto a los aspectos que deben tomarse en cuenta para la elaboración de leyes concursales *óptimas*, Berkovitch, uno de los doctrinarios más importantes en esta materia, indica:

When lawmakers design a bankruptcy law that is best for their specific economy, they cannot resort to existing theories in economics, corporate finance, or law because countries differ in their economic environments, and these theories do not capture such cross-country differences. Without an understanding of the sources of these differences, one is in a void when searching for an optimal bankruptcy law for a particular country¹¹⁸.

Es decir, cada sistema concursal debe ser diseñado única y exclusivamente en función de las características económicas de cada país. Debe haber un profundo entendimiento de cómo funciona el crédito, entendiendo quiénes son los principales acreedores, si son entidades financieras reguladas, los esquemas de información entre acreedores y deudores, así como de las reglas de gobierno corporativo. Por ejemplo, no es lo mismo diseñar una ley concursal para un país cuyas

¹¹⁷ Sefa Franken. "Cross-Border Insolvency Law: A Comparative Institutional Analysis". *Oxford Journal Of Legal Studies* 34 (1), 2014, p. 104.

¹¹⁸ Ronen Israel y Elazar Berkovitch. 1998. "Optimal Bankruptcy Laws Across Different Economic Systems". *SSRN Electronic Journal*. doi:10.2139/ssrn.140777. "Cuando los legisladores diseñan una ley de quiebras que es mejor para su economía específica, no pueden recurrir a las teorías existentes en economía, finanzas corporativas o leyes porque los países difieren en sus entornos económicos y estas teorías no capturan tales diferencias entre países. Sin una comprensión de las fuentes de estas diferencias, uno se encuentra en un vacío al buscar una ley de quiebras óptima para un país en particular." [Traducción propia]

empresas se financian principalmente con una única entidad bancaria a que si, por el contrario, el financiamiento suele darse mediante bonos de deuda, en lo cual por la propia naturaleza del esquema habrá una cantidad mayores de acreedores.

A pesar de que no exista evidencia que demuestre la eficiencia de unos modelos sobre otros, lo que sí se mantiene incuestionable es el impacto de las leyes concursales sobre la economía. Aloisio Araujo, en nuestro criterio, resume los impactos de estas en un buen clima de negocios, principalmente por la mejora de varios indicadores.

Well-designed bankruptcy procedures can influence the establishment of a healthy business environment in a number of ways. From an ex post efficiency perspective, a bankruptcy law should maximize the total value of the company and, consequently, the payoff that creditors receive from insolvent firms. This reduces the cost of capital, since creditors have a high expectation of recovery in case of bankruptcy. Ex ante efficiency is also important. From this perspective, what matters is not the total value of the failed firm, but the division of its value among the participants. An ex ante efficient bankruptcy law is capable of producing the right incentives for managers' decisions, both in the initial period of a firm's life and after the firm goes into financial distress¹¹⁹.

La razón para realizar estas aclaraciones es justamente a la hora de incorporar los aportes del Capítulo II sobre cómo debe realizarse la reorganización en el caso costarricense. En cualquier escenario, debe entenderse que los institutos analizados corresponden a realidades económicas diferentes a la nuestra. Es decir, se trata de una limitación de nuestro trabajo y se anuncia a modo de advertencia. Habiendo indicado esto, podemos ahora abordar el tema de cómo se puede reestructurar la empresa, una vez decretada la quiebra, tomando en consideración el desarrollo de los capítulos precedentes.

¹¹⁹ Araujo, Aloisio, and Bruno Funchal. 2005. "Bankruptcy Law In Latin America: Past And Future". *Economía* 6 (1): p. 151. "Los procedimientos de quiebra bien diseñados pueden influir en el establecimiento de un entorno empresarial saludable de varias maneras. Desde una perspectiva de eficiencia ex post, una ley de quiebras debe maximizar el valor total de la empresa y, en consecuencia, la compensación que reciben los acreedores de las empresas insolventes. Esto reduce el costo de capital, ya que los acreedores tienen una alta expectativa de recuperación en caso de quiebra. La eficiencia ex ante también es importante. Desde esta perspectiva, lo que importa no es el valor total de la empresa fallida, sino la división de su valor entre los participantes. Una ley de quiebras eficiente ex ante es capaz de producir los incentivos adecuados para las decisiones de los gerentes, tanto en el período inicial de la vida de una empresa como después de que la empresa atraviesa dificultades financieras." [Traducción propia]

V. La naturaleza dual de las normas concursales

Previo a analizar los efectos de la quiebra y su posible modulación, es necesario examinar detalladamente cuál es la naturaleza de las normas concursales. Al hablar de la naturaleza de estas, nos referimos a si se trata de leyes sustantivas, por lo tanto, disponibles, o si por el contrario son normas adjetivas, por consiguiente, indisponibles.

Las normas concursales tienen una particularidad en cuanto a su naturaleza, pues la doctrina reconoce que tienen un carácter dual. Es decir, son simultáneamente normas procesales como sustantivas. Esto conlleva una particular dificultad a la hora de poder analizar los efectos de la quiebra, ya que debe entenderse más allá cuál es la finalidad de cada uno de ellos, para determinar si podrían eventualmente ser moderados o eliminados mediante convenio. Sin embargo, consideramos que esta distinción entre normas procesales –de orden público– y subjetivas, realmente no describe adecuadamente el funcionamiento ni la dinámica propia de una legislación concursal.

Proponemos, entonces, que el análisis se realice desde una óptica distinta, atendiendo a las particularidades propias de un sistema concursal o, en general, de las leyes sobre insolvencia. Al respecto, compartimos la posición externada por Alan Schwartz en cuanto a la razón de existencia de las normas concursales, que indica que “That bankruptcy systems solve a coordination problem rather than regulate the substance of transactions accounts for some of the distinctions between bankruptcy and commercial law generally¹²⁰.”

Es decir, la legislación concursal, más allá de cualquier otra finalidad anteriormente indicada, ya sea la satisfacción de los acreedores o el mantenimiento de la empresa, busca la coordinación de los múltiples intereses presentes. Se trata, en resumen, de un verdadero proceso de ejecución colectiva de los acreedores, por lo que su única razón es poder disponer, de forma ordenada, del patrimonio de la empresa fallida. Incluso, el propio Schwartz realiza con mayor precisión este punto específico al indicar que:

¹²⁰ Alan Schwartz. 1998. "A Contract Theory Approach To Business Bankruptcy". *The Yale Law Journal* 107 (6): p. 1808.

Bankruptcy law differs from other areas of commercial law because renegotiation after insolvency is difficult. Creditors cannot conveniently coordinate their collection efforts or positions respecting the appropriate disposition of the insolvent firm because there are often many creditors whose interests may diverge. The firm also has no legal power to compel creditors to agree. A bankruptcy system is necessary to facilitate the parties' ability to renegotiate to ex post efficient outcomes¹²¹.

Por este motivo y atendiendo a esta finalidad, la propuesta de Schwartz se enfoca en que las normas concursales únicamente deben ser indisponibles en la medida en que sean estructurales. El carácter obligatorio e indisponible de la norma se da solamente en dos escenarios: “if the rule (1) is necessary to protect the integrity of the system itself, or (2) enhances ex post efficiency when the parties cannot reach the efficient outcome on their own¹²².” En sentido contrario, si la disposición normativa no tiene alguna de esas dos finalidades, debe entenderse que al no funcionar específicamente para garantizar la coordinación de los intereses de los *stakeholders*, se podrá disponer libremente de ella.

Incluso, este análisis fue validado por el National Bankruptcy Review Commission de los Estados Unidos al determinar lo siguiente:

While it was long ago assumed that specific rights, effects, or obligations provided by the Bankruptcy Code could not be waived in advance even in the absence of an express nonwaivability Code provision, case law and business practice have begun to call this long-held assumption in question. With increasing regularity, loan documents and workout agreements contain clauses waiving the automatic stay [of creditor collection rights] if the borrower files for bankruptcy¹²³.

Este hallazgo de la Comisión permite concluir que la posición de Schwartz, que compartimos en su totalidad porque va más allá de la rígida y arcaica distinción entre normas procesales y

¹²¹ Schwartz “A Contract Theory Approach...”, p. 1820. “La ley de quiebras se diferencia de otras áreas del derecho comercial porque la renegociación después de la insolvencia es difícil. Los acreedores no pueden coordinar convenientemente sus esfuerzos de cobranza o posiciones respetando la disposición apropiada de la empresa insolvente porque a menudo hay muchos acreedores cuyos intereses pueden divergir. La firma tampoco tiene poder legal para obligar a los acreedores a aceptar. Es necesario un sistema de quiebras para facilitar la capacidad de las partes de renegociar para obtener resultados eficientes ex post” [Traducción propia]

¹²² Schwartz, Alan. “A Contract Theory Approach...”, p. 1840.

¹²³ Report of the National Bankruptcy Review Commission citado en Schwartz, Alan. “A Contract Theory Approach...”, p. 1810. “Si bien hace mucho tiempo se asumió que los derechos, efectos u obligaciones específicos previstos por el Código de Quiebras no se podían renunciar por adelantado, incluso en ausencia de una disposición expresa del Código de no renunciabilidad, la jurisprudencia y la práctica comercial han comenzado a llamar a esta suposición de larga data en cuestión. Con mayor regularidad, los documentos de préstamo y los acuerdos de reparación contienen cláusulas que eximen de la suspensión automática [de los derechos de cobro del acreedor] si el prestatario se declara en quiebra” [Traducción propia]

normas subjetivas, que, en términos generales, no aporta mayormente a la discusión, incluso tiene un respaldo empírico. Lógicamente, genera un problema el cual es resolver en contra del propio texto de la ley al establecer el carácter irrenunciable de algunas disposiciones normativas. Si fuera ese el escenario, si bien el análisis aquí externado es valioso, por más útil que sea y aunque esta clave interpretativa –teleológica – incrementa la eficiencia de la recuperación de los créditos, no puede aplicarse *contra legem*.

Siguiendo esta misma línea, Goldenberg Serrano considera que estamos ante un nuevo paradigma del Derecho Concursal, el cual describe de la siguiente manera:

En un segundo aspecto, el poder que continuamente van perdiendo los organismos públicos, va siendo asignado en paralelo al conjunto de acreedores, en atención a los intereses particulares que subyacen al concurso, manifestados en primer lugar por su derecho al pago de sus créditos en los términos más eficientemente posibles. Se piensa, en este sentido, en un empoderamiento de los acreedores mediante la ampliación del campo de actuación de la autonomía negocial, como potestad autorreguladora reconocida por el ordenamiento, en este caso, concursal.

Al respecto, cabrá notar que este segundo aspecto mengua el marcado carácter procesal de los diversos procedimientos concursales, poniendo el acento en la dimensión sustantiva de los mismos. Sin embargo, no es que el aspecto procesal desaparezca en toda forma de comprensión y organización del concurso, y de ahí la estrechez de la noción italiana de la “desjudicialización”. Al contrario, se mantiene en múltiples dimensiones, pero siempre en afinidad con una nueva intención, como será el respeto de las reglas que reconocen la autonomía negocial y establecen sus límites generales¹²⁴.

Sin embargo, la posición de Serrano no es del todo acertada, si bien la tendencia es ampliar la autonomía negocial, ello no quiere decir que se pierda el carácter procesal del concurso. Debemos reiterar, que esta distinción poco aporta al entendimiento de las dinámicas del Derecho Concursal. Así que nuestra posición, más bien, indica dejar de lado esta categorización, para defender un enfoque, si se quiere, más pragmático, en el que únicamente son indisponibles las normas estructurales del Derecho Concursal. Aunque, si se quisiera, puede sostenerse que realmente únicamente son estas las que tienen un carácter marcadamente procesal, pues solo están en función de coordinar los múltiples intereses presentes, es decir, de permitir la aplicación del derecho de fondo que es de crédito.

¹²⁴ Goldenberg Serrano, Juan Luis. 2013. "Bases Para La Privatización Del Derecho Concursal". *Revista Chilena De Derecho Privado*, no. 20: p. 27.

VI. Efectos de la quiebra

Ahora bien, procederemos a analizar los efectos de la quiebra y su disponibilidad según los puntos analizados en la sección anterior. No obstante, para una mayor claridad, examinaremos la (in)disponibilidad de los efectos de la declaratoria de quiebra según los siguientes puntos:

- a. Carácter estructural de la disposición
 1. Protege la integridad del sistema concursal (coordinación de intereses)
 2. Mejora la eficiencia *ex post* del concurso
- b. No haya una norma que abiertamente declare la indisponibilidad de la disposición normativa en particular.

Si en cada efecto se verifica la existencia simultánea de los puntos a y b, forzosamente deberemos concluir que son disponibles y que se encuentra bajo la merced de la autonomía negocial.

Los efectos que produce la quiebra, en nuestra legislación, tradicionalmente se distinguen entre procesales y materiales¹²⁵. Estos efectos, se producen únicamente con el dictado de la resolución del juez de primera instancia, en que se declara la quiebra¹²⁶, de ahí la importancia de poder entender si es posible eliminarlos o moderarlos por acuerdo de partes. Con la distinción aquí apuntada, podríamos haber caído en el erróneo análisis de asumir que únicamente son disponibles los efectos jurídico-materiales, no así los procesales, por esto hemos acudido a criterios teleológicos, que nos permiten adoptar a su vez un enfoque más pragmático en nuestro análisis.

J. A. Efectos materiales

AA. Desapoderamiento

En nuestra normativa, el efecto principal que se da con la declaratoria de quiebra es el desapoderamiento. Este implica, según el artículo 899 C.C., la separación y la inhibición del deudor de la facultad de administrar y disponer bienes que le pertenezcan. Analizado desde el derecho comparado quiere decir que nuestra legislación ha optado por un sistema *creditor-in-possession*. Realmente, en este caso, no se puede hablar de que el deudor pierda la administración

¹²⁵ Sergio Artavia Barrantes y Manuel Briceño López, *La quiebra...*, p. 317.

¹²⁶ Sergio Artavia Barrantes y Manuel Briceño López, *La quiebra...*, p. 317.

de la empresa, pues bajo el esquema actual, se presume la imposibilidad de continuar con la actividad mercantil.

Este efecto debe concordarse con el nombramiento del curador, en los términos indicados en el artículo 867 del C.Com. No se trata, como lo indicamos en el Capítulo I, de un administrador del negocio, es un simple administrador de bienes con facultades de disposición.

Desde nuestra perspectiva, el desapoderamiento es un efecto que puede ser moderado o eliminado mediante acuerdo de las partes interesadas. No se trata de una medida de carácter estructural que permita una mejor coordinación de los intereses de los acreedores. Analizado de forma cuidadosa, realmente tiene una naturaleza cautelar, la medida va dirigida específicamente en contra del deudor. Aparte de esto, no se trata de una medida de la cual exista evidencia o respaldo empírico que aumente la eficiencia, es decir, que permita un mejor porcentaje de recuperación para los acreedores.

De hecho, si revisamos este punto específico en nuestro Capítulo II, podemos observar que el nombramiento de curadores –administradores– suele ser excepcional. Es decir, la medida está incluida en todas las legislaciones concursales estudiadas; sin embargo, su aplicación es facultativa. Ello refuerza nuestra posición de que se trata realmente de una figura de carácter cautelar, luego, desde nuestra interpretación, disponible.

El desapoderamiento también se ve reflejado en las comunicaciones que indica el artículo 863 C.Com. Todas ellas pueden prescindirse con posterioridad por disposición de los acreedores. El juez concursal en ninguna circunstancia podría no ordenar la realización de dichas comunicaciones, debido a que se trata de un contenido necesario de la resolución inicial. No obstante, el deudor podría eventualmente hacer pagos, entregar efectos o bienes de cualquier clase, inscribir documentos en el registro (la mayoría de las formas de reorganización pueden tener un impacto registral), recibir títulos-valores, efectos de comercio, mercadería, y cualquier otro documento con valor económico. Todas estas, al ser medidas accesorias al desapoderamiento, pueden ser eliminadas después del dictado de la resolución.

Debemos, necesariamente, hacer una precisión sobre el impedimento de salida que ordena el artículo 863 aquí citado. Desde nuestro punto de vista, esta disposición es inconstitucional y analizaremos brevemente por qué. En primer lugar, la Sala Constitucional ya se refirió a la constitucionalidad del artículo, sobre lo cual indicó que:

II.- Sobre el fondo. El artículo 22 de la Constitución Política establece que todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga. Por su parte, el artículo 863 del Código de Comercio establece que si la solicitud de quiebra estuviere arreglada a derecho, el Juzgado, con la mayor brevedad y nunca fuera del plazo de veinticuatro horas, declarará el estado de quiebra por resolución motivada que deberá contener, además de los requisitos del artículo 740 del Código Procesal Civil, en lo que aquí interesa, comunicación a las oficinas de correos, telégrafos, radios y cables, para que le entreguen al curador toda la correspondencia, encomiendas y despachos que lleguen dirigidos al quebrado y comunicación a las oficinas y autoridades de migración, portuarias y demás dependencias, para que se abstengan de extender pasaporte al quebrado, visarlo o en otra forma facilitar su salida del país. Por otro lado, el artículo 763 del Código Procesal Civil establece que en la resolución en la que se declare el estado de concurso se prevendrá al deudor que no abandone su domicilio ni salga del país sin autorización judicial, bajo el apercibimiento de que, si lo hiciere, podrá ser juzgado por desobediencia a la autoridad. Desde una perspectiva constitucional, la alegada vulneración a los derechos fundamentales del amparado en razón de que el Juzgado recurrido dispuso prevenir al amparado no abandonar su domicilio ni salir del país sin autorización judicial, no es de recibo, ya que, conforme al artículo 22 de la Constitución Política antes citado, el amparado no se encuentra libre de responsabilidad, de ahí que la medida adoptada se encuentra ajustada a derecho¹²⁷.

El análisis que se ha realiza es bastante simplista, solamente por el hecho de que la norma constitucional acepte limitaciones, no implica necesariamente que cualquier limitación sea constitucional. El razonamiento de fondo que se encuentra, tanto detrás del artículo cuestionado como del voto de la Sala Constitucional, es la frase de Baldus de Ubaldis *decoctor, ergo fraudator*. No se trata de cualquier responsabilidad que puede dar paso a un impedimento de salida. La premisa sobre la cual se sustentan, medieval, ha sido ampliamente superada por las legislaciones modernas en la materia. Véase que ninguna de las jurisdicciones estudiadas tiene un instituto equivalente. En todo caso, sería admisible tal restricción como medida cautelar, no como requisito de la resolución inicial. A esto habría que agregarle que realmente, fuera de la frase indicada, no existe ningún motivo para mantener al deudor con un impedimento de salida, pues incluso la

¹²⁷ Sala Constitucional, Sentencia No. 2043-2001 de las 15:33h. del 14 de marzo del 2001.

representación de la fallida, así como todos los actos de disposición y administración, recaen en la figura del curador. Por lo tanto, se trata de una figura arcaica y de una limitación injustificada a una libertad de rango constitucional.

Cabe resaltar que Bresciani Quirós indica que el desapoderamiento es una medida que beneficia a todos los acreedores¹²⁸. Sin embargo, debemos reiterar que no existe evidencia empírica de que efectivamente ese sea el caso. Además, como veremos más adelante, existen otras medidas, específicamente el período de sospecha, que pueden permitir que el deudor se mantenga en posesión de los bienes, manteniendo la protección a los acreedores.

BB. Legalización de créditos

El art. 763 inciso g del CPC (1989) establece que los deudores deberán legalizar sus créditos, que no es otra cosa más que demostrar su existencia. No abordaremos en qué consiste exactamente la legalización, debidamente a que es un tema que tratamos en el Capítulo I. Esta norma claramente refiere a un punto estructural del concurso, que se refiere a la posibilidad de tener el conocimiento completo del pasivo del deudor, aparte de que permite la identificación de los acreedores. Es decir, se trata de una norma no disponible, que, además, en caso de realizarse cualquier forma de convenio post-declaratoria de quiebra, se necesitaría de ella.

CC. Composición de la masa de acreedores

Esto consiste en el agrupamiento de los diversos acreedores del deudor, según el tipo de crédito que ostenten. El autor costarricense, Orlando Aguirre, considera que “los acreedores comunes o quirografarios son aglutinados en lo que se conoce como “masa pasiva” y son los que sufren mayores efectos, como algo necesario para la organización de su concurrencia¹²⁹”. Las diferentes categorías de acreedores según el ordenamiento, específicamente el artículo 886 del C.Com., son las siguientes:

- a. Crédito con privilegio sobre determinado bien
- b. Créditos alimentarios (no está incluido dentro de la lista del art. 886 del C.Com. pero es una concordancia con el art. 171 del CF). Cabe resaltar que en el caso particular no aplica,

¹²⁸ Bresciani, *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense*, p. 95.

¹²⁹ Orlando Aguirre Gómez, *Derecho Concursal*, p. 49.

al no ser jurídicamente posible sostener créditos alimentarios en contra de una empresa comercial.

- c. Créditos de los trabajadores
- d. Créditos de los arrendadores y arrendatarios
- e. Créditos de la masa
- f. Créditos comunes

A partir de la conformación de la masa de acreedores, se dan una serie de consecuencias jurídicas sobre esta, que estamos obligados a enumerar, ya que una reorganización empresarial después de la quiebra se puede ver afectada por estas. Sin embargo, previo a discutir esas consecuencias, cabe advertir que la clasificación de los acreedores cumple una finalidad estructural. Es decir, permite la coordinación entre los acreedores para poder realizar el cobro de los créditos de manera ordenada. En tal sentido, esta calificación es indisponible y no podrían las partes optar por una categorización distinta. No existe en nuestra legislación la posibilidad que estudiamos para el caso alemán, que el propio deudor realice una propuesta de agrupamiento de los créditos. Esto obliga a la aplicación del principio *par conditio creditorum*, en el cual no se le podría dar un tratamiento diferente a los acreedores que conformen una misma categoría.

DD. Paralización de las acciones individuales

El efecto se fundamenta en el art. 920 del CC que indica la imposibilidad para los acreedores de iniciar o continuar ejecuciones individuales en contra del deudor. Es el equivalente costarricense al *automatic stay* que estudiamos en la legislación estadounidense. Al igual que en el escenario anterior, es una disposición de carácter estructural pues de lo contrario, habría lo que se denomina un *piecemeal liquidation*, independientemente de cuál sea la alternativa más eficiente¹³⁰. En otras palabras, la paralización de las acciones individuales es de carácter indisponible.

¹³⁰ Schwartz, Alan. “A Contract Theory Approach...”, p. 1807.

EE. Vencimiento anticipado de los créditos

Al declararse la quiebra, la totalidad de los créditos del fallido se tornan exigibles según lo dispone el texto del art. 885 del C.Com. Según Aguirre citando a Navarrini, el vencimiento anticipado “se hace necesario para hacer posible la liquidación absoluta del patrimonio, obligando a todos a concurrir para participar en el prorrateo del patrimonio¹³¹”. Así que, mediante esta figura, es posible conocer la totalidad del pasivo del deudor, obligando, además, a los acreedores a la legalización de los créditos. Nuevamente, justamente porque es una disposición que permite conocer la totalidad del patrimonio del deudor, es de carácter estructural, siendo indisponible para las partes. Sin embargo, sí cabe aclarar que, desde nuestra posición, no hemos encontrado ningún impedimento normativo para que las partes, posteriormente, convengan nuevos plazos para los créditos. Es decir, no se puede acordar que el crédito no se vuelva exigible, pero sí sería permitido que, una vez exigible, se convenga en otras fechas de pago prorrogando de alguna forma su vencimiento.

FF.Paralización del cómputo de los intereses

La totalidad de los créditos, con algunas excepciones, a partir de la declaratoria de quiebra dejan de devengar intereses. La medida, según Aguirre, permite la estabilización del pasivo en beneficio de la masa de acreedores¹³². En otras palabras, lo que se pretende es de alguna forma impedir la canibalización del capital adeudado por el cobro de nuevos intereses. Estamos, entonces, ante otra norma que es de carácter estructural, que sería indisponible para las partes. Además, también contribuye a la eficiencia en la recuperación de los acreedores, pues impide el crecimiento desmedido del pasivo.

El único grupo de acreedores que se encuentra excluido son los hipotecarios y prendarios, pues al estar garantizados por un bien determinado, pueden cobrar los intereses hasta donde alcance el valor bien. Sin embargo, la situación no se mantiene sobre los saldos al descubierto, pues al haberse rematado el bien en cuestión, el crédito se convierte en quirografario y pasa a ser parte de la masa de acreedores, perdiendo así su condición de separatista.

¹³¹ Orlando Aguirre Gómez, *Derecho Concursal*, p. 55.

¹³² Aguirre Gómez, *Derecho Concursal*, p. 56.

GG. Impedimento sobre compensación de créditos

Uno de los efectos sobre la masa de acreedores es la imposibilidad de compensar créditos entre el quebrado y un acreedor¹³³. La razón es la imposibilidad del deudor de realizar pagos de cualquier tipo, ya que no tiene la disposición sobre sus bienes. Adicionalmente, considera Aguirre, opinión que compartimos, que “esta es una consecuencia de la *par conditio creditorum* que rige el funcionamiento de la masa, pues si se permitiera la compensación, el acreedor que se beneficie de ella estaría recibiendo un mejor trato que aquellos que no estaban en esa situación¹³⁴.” Se concluye forzosamente que se trata de una disposición estructural, pues incluso atentaría contra uno de los principios fundamentales del concurso.

B. Efectos procesales

Nos limitaremos a estudiar aquellos efectos procesales que efectivamente puedan tener una incidencia en el planteamiento de una reestructuración, después de que la quiebra haya sido declarada. Eso implica que no nos ocuparemos del fuero de atracción, de la competencia especializada del juez concursal y algunas de las funciones que tiene el curador.

HH. Periodo de sospecha

El periodo de sospecha es definido por el Dr. Artavia como “un complemento necesario a los efectos de evitar que el deudor aproveche el tiempo para distraer los bienes. Existe un lapso entre el momento en que la persona cesa en sus pagos y aquel en que es declarada la quiebra por parte del tribunal¹³⁵”. A su vez, Vargas Soto lo conceptualiza como “una presunción legal de que ciertos actos realizados por el deudor, meses antes de la declaratoria de quiebra, puedan estar investidos de nulidad y por eso la ley sospecha de su validez¹³⁶”.

Realmente consideramos que el período de sospecha es un resabio del principio *decoctor, ergo fraudator* de Baldus de Ubaldis. En nuestra opinión, es un instituto que se encuentra desfasado, la existencia de la quiebra, entendida como crisis empresarial, no presume la mala fe por parte del comerciante. Justamente al indicar un período de sospecha se invierte el artículo 21

¹³³ Bresciani, *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense*, p. 101.

¹³⁴ Aguirre, *Derecho Concursal*, p. 57.

¹³⁵ Artavia, *La quiebra...*, p. 353.

¹³⁶ Vargas, *Contribuciones...*, p. 177.

del CC, pues más bien se presume mala fe y no la buena fe. No debe malinterpretarse nuestra posición, pues igual deben mantenerse las acciones revocatorias, con la finalidad de reintegrar el patrimonio del deudor, cuando exista fraude o se favorezca indebidamente a alguno de los acreedores.

Consideramos que el período de sospecha en tal sentido sería disponible, precisamente por la naturaleza del instituto. No obstante, lo cierto del caso es que no es una norma impeditiva en cuanto a la posibilidad de plantear un convenio de reestructuración empresarial.

II. Nombramiento de curador

Según hemos explicado en líneas anteriores, el nombramiento del curador está estrechamente relacionado con el desapoderamiento del deudor. Sin embargo, dada la amplitud de las funciones que realiza el curador, no podemos afirmar categóricamente que su nombramiento es prescindible. En sentido estricto, debemos verificar las funciones que realiza para poder determinar cuáles de estas pueden ser modificadas. Sus funciones están especificadas en el artículo 876 del C.Com., que analizamos de seguido en dos categorías:

a. Funciones administrativas

- i. Recibir los libros de contabilidad
- ii. Inventario de bienes
- iii. Gestionar el envío de mandamientos del art. 863 del C.Com.
- iv. Verificación del listado de activos y pasivos
- v. Informe pormenorizado de todos los créditos con justificación sobre la (im)procedencia del reclamo
- vi. Preparación de balance
- vii. Venta de los bienes del concurso
- viii. Recibir todos los bienes que componen el acervo común
- ix. Formulación del plan de distribución
- x. Depósito de dineros al juzgado
- xi. Rendición de cuentas

b. Funciones de administración

- i. Cobro de créditos a favor del deudor
- ii. Continuación de juicios pendientes
- iii. Continuación del negocio del quebrado (art. 877 del C.Com.)

Realmente las funciones del curador están enfocadas en la ejecución del desapoderamiento, funciones administrativas y funciones de administración. En sentido estricto, la totalidad de las labores que está llamado a llevar a cabo pueden ser realizadas por el deudor. Ninguna de estas se encuentra enfocada a la coordinación de los intereses de los acreedores. Lógicamente, por un tema de imparcialidad y transparencia, conviene que se reserve el ejercicio de alguna de las funciones, específicamente el inventario de bienes, el informe de los créditos legalizados, la verificación del activo y el pasivo, preparación del balance. Las restantes pueden ser llevadas a cabo por el deudor.

Es muy importante señalar que el curador está plenamente facultado para continuar el negocio del fallido, para lo cual necesitaría la autorización del juez concursal. Sin embargo, consideramos que, mediante un convenio, los propios acreedores pueden autorizarlo a que realice esta función. En conclusión, no puede prescindirse del nombramiento del curador, pero sí pueden modificársele sus funciones, ya sea eliminando o agregando algunas de ellas.

VII. Reestructuración convencional

Podemos continuar con la siguiente etapa de nuestro análisis, la cual es verificar, habiendo entendido los efectos de la quiebra, si existe alguna norma habilitante para la continuación de la actividad económica declarada la quiebra. Posteriormente, en caso de que exista, debemos estudiar cuáles son las posibles formas en las que se pueden tomar los acuerdos de reorganización.

A. Convenio después de la declaratoria de quiebra

En primer lugar, los efectos que conlleva la declaratoria de quiebra no impiden que se ejecute un convenio de reorganización empresarial. La totalidad de los efectos, con excepción del desapoderamiento, no son excluyentes de la continuación de la actividad económica de la fallida. Esto nos permite ahora buscar cuáles normas pueden dar lugar a un propuesta o solución convencional, después de dictada de la resolución inicial de apertura de la quiebra.

El artículo 933 del C.Com. establece la posibilidad de celebrar los convenios entre el quebrado y los acreedores, sin limitar en ninguna medida el tipo de convenio que se puede realizar. El único requisito que se impone es de carácter procedimental, la propuesta de convenio puede hacerse en cualquier momento siempre que se haya pasado la etapa de calificación de créditos. Esta limitación no puede obviarse, ya que tiene como finalidad que la propuesta sea comprensiva de la totalidad del pasivo del deudor. Es decir, según la línea interpretativa que hemos sostenido a lo largo de este capítulo, es una disposición estructural. Se hace indispensable para negociar cualquier tipo de convenio tener conocimiento de la totalidad de los acreedores, que deben ser tomados como parte de la votación.

Asimismo, el citado artículo también indica una limitación subjetiva, no podrá hacer proposiciones de convenio el deudor que hubiere sido condenado por el delito de quiebra fraudulenta. En esta misma situación también se encuentra la fallida que haya celebrado arreglos con los acreedores y que los incumpliera. Respecto de este punto, aprovechamos la oportunidad para indicar que estas disposiciones son, en nuestra opinión, un resabio de un sistema concursal que no se justifica. Analizándolo desde una perspectiva meramente económica, es indiferente para el acreedor si el deudor ha incumplido acuerdos anteriores o ha sido condenado por quiebra fraudulenta. En este último supuesto, no interesa en absoluto el delito que haya cometido o no el acreedor, sino más bien debe enfocarse exclusivamente en los aspectos financieros de la empresa y si esta es económicamente viable. Es en todo caso un impedimento para que los acreedores puedan, mediante cualquier tipo de convenio, procurar recuperar los dineros adeudados.

En segundo lugar, la norma citada más bien imposibilita llegar a cualquier tipo de convenio sin que se haya declarado la quiebra. Esto quiere decir que este es el único momento en un proceso liquidatorio que pueden celebrarse acuerdos con el deudor fallido, dejando de lado los procesos preconcursales y negociaciones extrajudiciales.

B. Procedimiento para la aprobación del convenio

JJ. Aprobar la continuación de la actividad empresarial

Si bien el Código de Comercio define, procedimentalmente, las etapas para discutir y eventualmente aprobar un convenio, existe una decisión que debe ser tomada de forma previa. El convenio de reorganización tiene como objetivo el pago de los acreedores mediante la continuación de la actividad empresarial, por lo que no se puede pensar en que este vaya a ser exitoso si, desde que se declaró la quiebra, la fallida cesó también su actividad. Así que, de forma previa a discutir el convenio, los acreedores y el deudor deben procurar el mantenimiento con carácter temporal de las actividades comerciales habituales de la fallida.

El artículo 908 del C.Com. establece que, vencido el plazo para legalización, la junta de acreedores podrá acordar la continuación de algún negocio del quebrado para facilitar la liquidación. Este acuerdo es un paso necesario para que el convenio de reestructuración pueda cumplir su propósito, esto evitaría que la empresa cese sus operaciones mientras se llega a discutir el contenido del convenio. La votación en que se apruebe la continuación, según lo dispone el art. 810 del CPC (1989), debe hacerse por mayoría de votos personales y de capital. En principio, esta norma pareciera estar condicionada al requisito que la continuación del negocio debe facilitar la liquidación, lo cual es una contradicción insalvable. El principio de conservación, aquí aplicado, por definición no permite la liquidación de la empresa. En esta línea de pensamiento, dadas las funciones especiales de la junta de acreedores, consideramos que la decisión de continuar ciertas actividades o todas, no debe hacerse en función de la liquidación, ni el juez concursal podrá así exigirlo.

Sin embargo, la posibilidad de continuar el negocio del quebrado se puede materializar con anterioridad a que se constituya la junta de acreedores. El art. 877 inciso 5) del C.Com. claramente establece que el curador propietario se encuentra facultado para continuar el negocio del quebrado con autorización, la cual es otorgada por el juez concursal. Si bien la norma establece que el juez debe darles audiencia a los acreedores sobre la solicitud de continuación, no existe ninguna obligación por parte del juez de apegarse a las manifestaciones que realicen los acreedores. Es decir, consideramos que se trata de un mecanismo que permite continuar la actividad empresarial, independientemente de cual sea la voluntad de los acreedores, apersonados hasta dicho momento.

Además, la normativa existente ofrece mecanismos que permiten obtener mejores resultados en la gestión de la fallida, la cual en la práctica ha sido rara vez aplicada. El art. 874 del C.Com. permite que, a criterio del juez concursal, se podrá nombrar curador a una institución bancaria o una sociedad comercial. Inclusive, al permitirse cualquier tipo de sociedad comercial, puede funcionar como curador una compañía constituida a ese afecto, que sea operada por expertos en el giro comercial de la fallida. Puede optarse también por utilizar también como curador a una institución bancaria, lo cual tendría como ventaja el tener acceso al *know-how* financiero para la reestructuración del pasivo de la quebrada.

Debemos resaltar también que sospechamos que haber incluido la posibilidad de que una institución bancaria funja como curadora, podría responder a un modelo crediticio particular. En países como Japón e Italia, es muy común que el principal acreedor sea una institución bancaria, por lo que se ha convertido en una práctica común que el banco, que es el acreedor principal de la fallida, asuma la administración del negocio.

KK. Presentación del convenio

Un aspecto interesante en cuanto a la presentación de la propuesta de convenio es la apertura en cuanto a los sujetos que la puedan hacer. El artículo 907 del C.Com. establece que pueden proponer un arreglo, indistintamente referido también como convenio, un acreedor, un deudor o un tercero. Es decir, incluso podría realizar la propuesta el propio curador, quien sería la persona que puede, aparte del deudor, llegar a tener un mejor conocimiento y entendimiento de la situación financiera real de la empresa.

La propuesta del convenio, como hemos indicado con anterioridad, puede hacerse en cualquier momento de la quiebra, siempre y cuando sea posterior a la calificación de los créditos. La parte proponente deberá remitir el convenio al juez concursal para que este, según lo disponen los art. 907 y 936 del C.Com., lo ponga en conocimiento de los acreedores y del deudor, si no fuera quien lo presente, y realice la convocatoria a la junta de acreedores.

3. Contenido del convenio

Ahora procederemos a estudiar la parte más importante, que refiere exactamente a cuál es el contenido que puede llegar a tener el convenio. El punto de partida sobre el convenio ha sido que permite la reorganización empresarial; sin embargo, corresponde en este apartado verificar que ello sea cierto. En primer lugar, el Código de Comercio no regula expresamente de forma sustantiva el convenio en el concurso. Por ello, podemos hablar de que el convenio tiene requisitos de forma, que discutiremos en la sección d de este apartado, así como analizaremos si existen requisitos de forma.

El art. 933 del C.Com. indica que “el quebrado y sus acreedores podrán celebrar los convenios que estimen pertinentes”. La norma no establece limitación alguna en cuanto al tipo o bien al contenido del convenio, lo cual, desde nuestro criterio, necesariamente implica que el contenido es absolutamente libre. Esta posición incluso, tomando en cuenta que se trata de derecho comercial, se fortalece a partir de la aplicación del principio de libertad de forma. Sin embargo, la regulación respecto del convenio no está contenida únicamente en el C.Com., existen disposiciones de particular relevancia para nuestro tema tanto en el CC y en el CPC (1989) las cuales son de aplicación supletoria.

La primera restricción para el convenio la encontramos en el art. 964 inciso 3 del CC, al establecer que una de las condiciones que debe reunir este es “que se acuerden iguales derechos a todos los acreedores a quienes comprende el convenio, salvo que los perjudicados consientan en lo contrario”. La interpretación de este artículo debe ser moderada, ya que, de lo contrario, pretender que la totalidad de los acreedores a los cuales comprenda el concurso sean tratados de igual forma es tornar irrisoria la solución convencional.

Hemos analizado en el Capítulo II que los países comprendidos en nuestro estudio, de hecho, tienen normas de carácter bastante similar, o mejor dicho, semejantes, además de que están presentes en todos los casos estudiados. Estas tienen un único objetivo, el cual es la tutela del principio concursal *par conditio creditorum*, mediante el cual se busca que los acreedores de una misma categoría, no todos ellos, sean tratados de la misma forma. Es decir, como ejemplo, que el

convenio debe tratar por igual a todos los acreedores quirografarios y a todos los acreedores de la masa.

Por este motivo, la sugerencia interpretativa que aportamos es que debe leerse el art. 964, inciso 3 exactamente de esta forma. Los acreedores deben ser tratados de la misma forma en el convenio, siempre y cuando sean parte de la misma categoría. Vale aclarar que la posibilidad de renunciar al tratamiento igualitario también está incluida en todas las legislaciones estudiadas, representa un grado de flexibilidad necesario para cualquier negociación y debe sostenerse de esa manera.

Finalmente, la última limitación se encuentra en el art. 814 del CPC (1989) que expresamente prohíbe el perdón total de las deudas mediante el convenio. Jurídicamente no existe una razón para establecer tal limitación, sin embargo, dada la poca importancia práctica que tiene, es improbable que llegue a ser el contenido de un convenio concursal, no nos preocuparemos por este tema.

En resumen, no existe ninguna obligación para celebrar algún tipo particular de convenio por lo que se puede convenir la reorganización de la empresa y la continuación de la actividad comercial de la fallida. Sin embargo, debemos hacer la advertencia de que, en apariencia, la legislación actual no está diseñada en función de ese tipo de convenio, precisamente por los efectos que este acarrea, según examinaremos con más detalle en el apartado e de la presente sección. El articulado, principalmente del CC, más bien denota que antes de cualquier otra figura, el convenio fue pensado como un arreglo de pago y no necesariamente como un mecanismo para la aplicación del principio de conservación.

Una segunda advertencia que debemos hacer es que, habiendo confirmado la posibilidad jurídica de dar solución a la quiebra mediante la reestructuración convencional post concurso, nuestra intención no es recomendar ni examinar los tipos de reorganización empresarial que pueden darse. Debemos ser honestos en cuanto a los objetivos de nuestro trabajo, la reestructuración puede tomar la forma que sea necesaria y que, según la actividad comercial de la que se trate, debe hacerse de una manera u otra, atendiendo justamente a las necesidades particulares de dicha actividad. No obstante, una recomendación relevante es indicar que la

administración de la empresa fallida puede quedar en manos del curador, de un comité de acreedores o bien del propio curador, según sea lo más adecuado. Este es uno de los beneficios que conlleva la apertura con la que se ha regulado esta figura.

4. Aprobación y ejecución del convenio

Los requisitos de forma del convenio están enfocados y pensados específicamente en lo que respecta a su discusión en la junta de acreedores, así como a su posterior aprobación o rechazo. El primer requisito definido es que, según lo exige el art. 936 del C.Com., la propuesta de convenio debe estar disponible para estudio de la totalidad de los acreedores de forma previa a la celebración de la junta. Se trata, desde nuestra opinión, en un requisito esencial para la validez del acuerdo que posteriormente se tome, debido a que el art. 941 del C.Com. señala que los defectos en la forma de convocatoria de la junta de acreedores permiten la oposición fundada al convenio. Más allá, en concordancia con la norma citada, el art. 964 del CC sanciona este defecto con la ineficacia del convenio.

En todo caso, la falta de este requisito únicamente podrá ser reclamada por los acreedores que no hubieran dado el voto o que no se hubieran presentado a la junta. En otras palabras, el derecho de conocer de forma anticipada la propuesta de arreglo es renunciable tácitamente. La renuncia se da cuando uno de los acreedores, que no haya tenido el convenio de forma anticipada para su respectivo estudio, vote su aprobación.

Respecto de la votación del convenio, esta presenta una complejidad adicional por la condición, en la que pueden llegar a comparecer algunos de los acreedores. En esta línea de pensamiento, el art. 938 del C.Com. sostiene que solamente podrán asistir a la junta con voz y voto los acreedores que hayan sido aceptados, es decir, aquellos cuyo crédito haya sido admitido y no se encuentre en disputa. Si fuera el caso de que el crédito se encuentre en disputa, de forma supletoria, el art. 952 del CC establece de forma precautoria que el acreedor no podrá ser parte de la votación, pero su crédito deberá ser tomando a efecto de determinar la mayoría necesaria para la aprobación del acuerdo.

La naturaleza jurídica particular del convenio aquí examinado permite que este sea vinculante, incluso para los acreedores comunes que no sean parte del concurso al momento de aprobación del convenio. El art. 944 del C.Com. establece que estos acreedores igual tendrán derecho al cobro de su respectivo crédito, siempre y cuando sea en la misma proporción que les corresponda según el tratamiento que se haya hecho a su categoría.

Un punto que nos parece importante abordar es el sistema de votación en conjunto. Habiendo analizado detenidamente su funcionamiento, nos parece conveniente que este se haga no solamente en función del voto de capital, sino que se haga de la misma forma que la legislación japonesa, estadounidense y finlandesa, es decir, que se mantenga el voto de capital pero que este se haga por categorías. Este sistema de votación permite la aplicación, bajo criterios objetivos, de un instituto como el *cramdown*, mediante el cual el juez concursal podría obligar a determinada categoría de acreedores a aceptar el convenio en contra de su voluntad. Un instrumento como este es necesario al permitir mayor flexibilidad en la toma de decisiones durante el concurso, así como una correcta aplicación del principio de conservación. Lo último se fundamenta en que, a través del *cramdown*, se despoja a los acreedores de la decisión de liquidar la empresa, cuando los indicadores financieros permiten su continuación.

5. Terminación del proceso de quiebra mediante el convenio

Una vez aprobado el convenio, dispone el art. 948 del C.Com., se produce la rehabilitación del quebrado que obliga al curador a la devolución de los bienes y efectos, así como la obligación de rendirle cuentas de su administración. La norma indica que esta devolución únicamente se debe realizar en caso de que no existan restricciones. Por este motivo, consideramos oportuno resaltar que la restricción puede establecerse en el propio texto del convenio, de forma que no se entregue la administración de la fallida al deudor. Asimismo, si en el convenio lo que se ha pactado es la venta total o parcial de la compañía, tal disposición carece de sentido y la restricción en ese caso sería la imposibilidad jurídica de cumplir con tal mandato.

6. Incumplimiento del convenio

El último punto por analizar, referido a un eventual incumplimiento del convenio por parte del deudor, el art. 947 del C.Com. indica que este produce la reapertura del proceso de quiebra, el

cual se reasumirá al estado al que se encontraba previo a la aprobación del arreglo. La laxitud con la que se encuentra actualmente normado el incumplimiento del convenio puede implicar un problema por los vacíos existentes, o bien, puede resultar provechoso debido a que puede regularse oportunamente en la propuesta de arreglo. En primer lugar, consideramos que sí existe una obligación de regular un supuesto específico por parte de los *stakeholders*, el cual se presenta cuando el incumplimiento del convenio no se dé por parte del deudor, sino por los administradores que estén a cargo de la empresa. Por ello estimamos prudente que, en el convenio de reorganización, se establecen expresamente las causales de remoción de la administración, con la finalidad de evitar la reapertura de la quiebra.

En segundo lugar, nuestra legislación no ha establecido ningún órgano de vigilancia específico para la ejecución del convenio. Nuevamente, esta omisión debe ser subsanada por el propio convenio, en el cual deberá designarse quienes estarán a cargo de la vigilancia, así como, por ejemplo, disponer de la remisión de reportes de desempeño periódicos.

VIII. Reestructuración extrajudicial

Los denominados *out-of-court workouts* (OCW) no tienen regulación específica en nuestro país, como sí vimos que era el caso de la legislación japonesa. Lógicamente, no hay ningún impedimento debido a que tienen una naturaleza puramente contractual. Esto implica que uno de los desafíos tradicionalmente reconocidos para los OCW se ve fortalecido, que es la incapacidad de agrupar voluntariamente a todos los acreedores¹³⁷. Adicionalmente, existe un desincentivo para este tipo de acuerdos en nuestra legislación, el instituto del período de sospecha. En caso de que haya algún acreedor disidente, que no esté de acuerdo en firmar el OCW, al no poder obligársele jurídicamente a formar parte de este, puede caer en una posición perjudicial frente a los restantes acreedores. Si bien no sería la figura correcta, podría interpretarse la existencia de colusión frente a ese acreedor, ya que el acuerdo de reestructuración no implicaría el pago de ese crédito, lo cual implicaría la nulidad del acuerdo si fuera reclamada.

¹³⁷ World Bank, *A Toolkit for Out-of-Court Workouts* (Washington D.C.: World Bank, 2016), p. 27.

Por este motivo, debemos realizar dos recomendaciones al respecto. La primera de ellas es evidente, en caso de no poder involucrar a la totalidad de los acreedores, el mejor curso de acciones será buscar un proceso judicial, con la finalidad práctica de no llegar a perder el acuerdo por la existencia de una nulidad. En segundo lugar, en caso de que sea indispensable proceder con el OCW sin la totalidad de los acreedores, este necesariamente, como un mecanismo de protección, debe incluir, de manera expresa, el pago de dichas deudas para garantizar la validez del acuerdo y evidenciar la buena fe. Cabe en todo caso resaltar que los OCW, según los principios definidos de por la Asociación Internacional de Profesionales en Reestructuración, Insolvencia y Quiebra, son procesos que deben guiarse estrictamente por buena fe, cooperación, coordinación y acceso a la información¹³⁸.

¹³⁸ World Bank, *A Toolkit...*, p. 31.

Conclusiones

El presente trabajo ha tenido algunas limitaciones en cuanto a su elaboración, las cuales que sean de conocimiento del lector resulta importante, ya que en alguna medida pueden moderar o afectar las conclusiones a las que hemos arribado. La primera de ellas corresponde al desarrollo jurisprudencial que tiene el Derecho Concursal en Costa Rica, particularmente en cuanto a los principios concursales y al análisis de algunas figuras, que han sido construidas localmente. En otras palabras, el funcionamiento práctico del Derecho Concursal costarricense ha sido poco documentado, por lo que no es posible entender el resultado verdadero que ha tenido hasta el día de hoy. Sin embargo, sospechamos que, debido al relativo buen desempeño en índices macroeconómicos que ha experimentado el país, ha provocado que se acuda al sistema judicial con poca frecuencia, así como han acudido empresas de poca relevancia socioeconómica, en términos generales.

La segunda limitación, relacionada profundamente con la anterior, es el poco desarrollo doctrinario del Derecho Concursal nacional. La cantidad de libros en la materia es escasa, seis publicados en un lapso de 40 años, por lo que nos atrevemos a decir que tiene una elaboración precaria. En esta misma línea, podemos indicar incluso con claridad que solo hay cuatro autores que han abordado temas de Derecho Concursal, los cuales son Sergio Artavia, Stella Bresciani, Francisco Luis Vargas y Alfonso Jiménez. Podemos asegurar que el tema aquí tratado no ha sido abordado con anterioridad en un nivel nacional, pero sí goza de abundante literatura en uno internacional, particularmente desde el enfoque del análisis económico del Derecho.

Habiendo hecho estas aclaraciones preliminares, podemos afirmar que a pesar de la escasa importancia que ha tenido el Derecho Concursal, este se ubica como última ratio para el aseguramiento de la corriente de pagos de una economía, por lo que justamente allí radica su importancia. Las instituciones del Derecho Concursal deben estar enfocadas para atender épocas de crisis económica, atendiendo a las necesidades y particularidades de la economía, en función de la cual debe diseñarse.

El punto de partida de nuestro trabajo ha sido el ya referido cambio de paradigma del Derecho Concursal. Este cambio consiste en que, si bien no se pierde la función liquidatoria como mecanismo de pago a los acreedores, se incorpora el principio de conservación de la empresa como uno de los objetivos del Derecho Concursal. La justificación de la incorporación de dicho principio corresponde a diferentes perspectivas ideológicas, desde una protección social hasta razones meramente económicas. Acá debemos aclarar que evidentemente la desaparición de una empresa, en los términos de la legislación costarricense, tiene efectos sociales perniciosos. No obstante, es una posición que no compartimos, debido a que existe una finalidad que se mantiene invariable para el Derecho Concursal, que es el efectivo pago a los acreedores. Así que el principio de conservación únicamente se sostiene basado en un principio de eficiencia, la empresa debe mantenerse en la medida que su continuidad permita la satisfacción de los créditos. Cualquier otro efecto que tenga es un beneficio adicional al indicado.

Nuestra hipótesis inicial, sobre el carácter dispositivo de las normas concursales, era errónea bajo el enfoque empleado. Dado el carácter particular que estas tienen, si bien refieren a una situación meramente patrimonial, tienen una naturaleza dual adjetiva y subjetiva. No obstante, no por ello quiere decir que sean disponibles o indisponibles para los partes involucrados, sino que la categorización de esta forma no tenía utilidad alguna. Ello conllevó a acudir una conceptualización diferente, entre normas de carácter estructural y no estructural, según atendieran a la finalidad que poseen dentro del concurso. Las normas estructurales, por este motivo, no pueden ser disponibles, ya que están diseñadas en función de la coordinación necesaria para llevar ordenadamente el proceso de quiebra.

En segundo término, igualmente relacionado a nuestra hipótesis, nuestra investigación arrojó la posibilidad de moderar efectos de la quiebra. Sin embargo, ninguno de ellos impide la reestructuración de la empresa ni la continuación de la actividad empresarial. Por lo tanto, si bien pueden eliminarse y moderarse algunos de los efectos de la quiebra mediante un convenio, esta moderación y/o eliminación carecen de efecto práctico alguno.

Nuestra legislación contiene únicamente tres procesos en materia concursal, dos preconcursales destinados a la conservación de la empresa, así como un proceso liquidatorio. De

particular relevancia para nuestro trabajo era la administración con reorganización por intervención judicial, que debido a los presupuestos de aplicación y la poca utilidad y beneficio de su presentación, se encuentra tácitamente derogado. El convenio preventivo, entonces, se presenta como la mejor solución que ofrece el Derecho Concursal en nuestro país, debido a su versatilidad en cuanto al contenido del convenio. Además de esto, el convenio preventivo representa una solución frente a los OCW al permitir incorporar forzosamente a todos los acreedores, siendo vinculante incluso para los minoritarios disidentes.

Nuestra legislación ofrece una solución con la versatilidad y flexibilidad necesaria para hacerle frente a la crisis empresarial después de declarada la quiebra. Las partes interesadas – *stakeholders* – pueden hacer uso de la figura del convenio, que puede aplicarse únicamente después de declarada la quiebra. La institución, según sostenemos, está pensada para lograr un arreglo de pagos universal con el deudor y sus acreedores. Sin embargo, debido a la amplitud de su regulación, permite acordar un convenio de reestructuración con alguna complejidad. Ciertamente, no hay límite en cuanto a su duración, aunque podría interpretarse análogamente con el plazo máximo del convenio preventivo. Ante las omisiones, necesariamente deben incluirse en el convenio los órganos de vigilancia necesarios para su ejecución, así como los remedios adecuados para el incumplimiento de personas diferentes al deudor.

La regulación en estos términos es idónea. Después de analizar las cuatro legislaciones con mayor éxito en el tratamiento de la crisis empresarial, hemos de destacar que se regula la posibilidad de la reestructuración con mucha apertura, sin limitarla a una forma y un contenido particular. No obstante, sí existen requisitos mínimos de contenido, que deben ser incluidos en la legislación costarricense, como lo es la obligación de incorporar a todas las categorías de acreedores, así como el tratamiento que se les debe dar a estas. Adicionalmente, la figura más relevante en las legislaciones estudiadas, que se relaciona directamente con el principio de conservación, es el *cramdown*, que despoja a los acreedores de la decisión de liquidar la empresa. En caso de que los indicadores financieros de la empresa, el tratamiento que se les dé y otros elementos adicionales apunten a que debe apostarse por la continuidad de la actividad económica, el juez puede ordenarla bajo estos criterios objetivos.

Finalmente, uno de nuestros puntos de partida era la superioridad y eficiencia de ciertos modelos concursales sobre otros. Es decir, que había modelos como el estadounidense, que, por definición, se encontraban mejor desarrollados y por lo tanto eran más exitosos. No obstante, el último resultado que arrojó nuestra investigación es que no existe evidencia empírica que permita sostener esta afirmación. Al contrario, no existen modelos concursales probados, estos se desarrollan en función del mercado de crédito y financiero de cada país, tomando en cuenta el acceso al crédito, el costo del financiero, el mercado para comprar negocios completos, el tipo de acreedores, entre otros factores de relevancia. Por este motivo, concluimos que, para desarrollar una propuesta coherente de legislación, debe hacerse un estudio profundo y comprensivo de estos elementos indicados, pues, de lo contrario, el modelo por el que se opte será un fracaso.

Bibliografía

Doctrina

- Aguirre Gómez, Orlando. *Derecho Concursal*. San José: Obra sin publicar.
- Araujo, Aloisio, and Bruno Funchal. «Bankruptcy Law In Latin America: Past And Future» *Economía* 6 (1), 2005.
- Arroyo Martínez, Ignacio y Ramón Morral Soldevila. *Teoría y práctica del Derecho Concursal*. Madrid: Editorial Tecnos, 2014.
- Artavia Barrantes, Sergio. *La administración y reorganización con intervención judicial* (San José: Editorial Jurídica Faro, 2019).
- Artavia Barrantes, Sergio y Manuel Briceño López. *La quiebra en Costa Rica y la crisis empresarial*. San José: Editorial Jurídica Faro, 2019.
- Bogdan, Michael. «International Bankruptcy Law In Scandinavia» *International And Comparative Law Quarterly* 34 (1) (1985).
- Bellido Salvador, Rafael. *Los institutos preconcursales*. Valencia: Tirant Lo Blanche, 2019.
- Bonfanti, Mario Alberto. *Concursos y quiebras*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.
- Bresciani Quirós, Stella. *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense*. San José: CONAMAJ, 2003.
- Claessens, Stijn. «Policy Approaches to Corporate Restructuring around the World: What Worked, What Failed». *Corporate Restructuring Lessons From Experience*. Washington: Banco Mundial, 2005.
- Dasso, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado Tomo I*. Buenos Aires: Legis, 2008.
- Dasso, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado Tomo II*. Buenos Aires: Legis, 2009.
- Doingbusiness.org. 2020. *Resolving Insolvency - Doing Business - World Bank Group*. Disponible en: <<https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency#>> [Revisado el 13 de abril del 2020]
- Espina Montero, Álvaro. *Crisis de empresas y sistema concursal*. Madrid: Consejo Económico Social, 1999.
- Franken, Sefa. «Cross-Border Insolvency Law: A Comparative Institutional Analysis» *Oxford Journal Of Legal Studies* 34 (1), 2014.
- Goldenberg Serrano, Juan Luis. «Bases Para La Privatización Del Derecho Concursal». *Revista Chilena De Derecho Privado*, no. 20, 2013.

- Gotberg, Brook E., «Restructuring The Bankruptcy System: A Strategic Response To Stern V. Marshall» *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 187, 2013.
- Hölderl, Horst Antonio. *Introducción al Derecho Concursal*. Tirant Lo Blanche: Valencia, 2010.
- Israel, Ronen y Elazar Berkovitch. «Optimal Bankruptcy Laws Across Different Economic Systems». *SSRN Electronic Journal*, 1998. doi:10.2139/ssrn.140777
- Jiménez Meza, Alfonso. *La administración por intervención judicial*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2000.
- Kang, Jun-Koo, and Anil Shivdasani. «Corporate Restructuring During Performance Declines In Japan» *Journal Of Financial Economics* 46 (1), 1997.
- Krahnen, Jan P. y Reinhard H. Schmidt. *The German Financial System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LoPucki, Lynn M., *The Debtor In Full Control - Systems Failure Under Chapter 11 Of The Bankruptcy Code*, *The American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 57, 1983.
- Montón Redondo, Alberto y Mar Montón García. *El nuevo proceso concursal*. Valencia: Tirant Lo Blanche, 2005.
- Moody's Investor Service, *Assesing The Corporate Insolvency Regime in Japan*. Nueva York: Global Credit Research, 2004.
- Nieto Delgado, Carlos. *Derecho Concursal*. Valencia: Tirant Lo Blanche, 2012.
- Pomerleano, Michael, and William Shaw, *Corporate Restructuring*. Washington, D.C.: World Bank, 2005.
- Ragusa Maggiore, Giuseppe. *Istituzione di Diritto Fallimentare*. Padova: CEDAM, 1994.
- Ravid, S. Abraham y Stefan Sundgren, *The Comparative Efficiency Of Small-Firm Bankruptcies: A Study Of The US And Finnish Bankruptcy Codes Financial Management* 27 (4), 1998.
- Romero López, Álvaro Javier. *Principios de contabilidad*. Ciudad de México: McGraw Hill, 2014.
- Schwartz, Alan. «A Contract Theory Approach To Business Bankruptcy» *The Yale Law Journal* 107 (6), 1998.
- Schuum III, B., «Comparison of Japanese and American Bankruptcy Law» *Michigan Journal of International Law*, 9(1), 1988.
- Vargas Soto, Francisco Luis. *Contribuciones al Derecho de Quiebra Costarricense*. San José: Trejos Hermanos SUCS., S.A., 1980.

United Nations Commission on International Trade Law. *Legislative Guide on Insolvency Law*. New York, United Nations, 2005. Recuperado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf

Veljanovski, Cento. *The Economics of Law*. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2006.
World Bank. *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*. Washington D.C.: Banco Mundial, 2016.

Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 2043-2001 de las 15:33h. del 14 de marzo del 2001.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 147-1990 de las 15:00h. del 3 de octubre de 1990

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número. 92 de las 9:05h. del 7 de mayo de 1993.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 893 de las 10:05h. del 2 de noviembre de 2005.

Tribunal Segundo Civil, Sección II, Resolución Número 240 del 20 de junio del 2000.

Tribunal Segundo Civil, Sección II, Resolución Número 102 de las 9:45h. del 20 de abril de 2004.

Tribunal Segundo Civil, Sección II, Resolución Número 245 de las 9:50h. del 30 de setiembre de 2008

Tribunal Segundo Civil, Sección II, Resolución Número 278-11 de las 13:50h. del 30 de setiembre de 2011

Tribunal Segundo Civil, Sección II, Resolución Número 049 de las 14:40h. del 27 de febrero de 2013.

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, Resolución Número 514-2017 de las 14:54h. del 14 de agosto del 2017.

Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección Primera, Resolución Número 00446-2019 de las 14:22h. del 7 de agosto del 2019.

Actos administrativos

Acta de Sesión de Corte Plena No. 001-2018, Artículo III

Normativa internacional

Bankruptcy Act of Finland. Disponible en
<https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2004/en20040120.pdf>

Corporate Reorganization Act of Japan. Disponible en
<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?printID=&ft=1&re=02&dn=1&x=0&y=0&co=01&ia=03&ja=04&ky=corporate+reorganization&page=3&vm=02>

Restructuring of Enterprises Act of Finland. Disponible en
https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1993/en19930047_20070247.pdf