MEMORIAS DEL XI CONGRESO

INSTITUTO COSTARRICENSE DE DERECHO PROCESAL CIENTÍFICO

MEMORIAS DEL XI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL

La Nueva Ley Concursal

COLABORADORES:

Alejandro Madrigal Q.
Álvaro Hernández A.
Carlos J. Carrera C.
Cecilia Ivette Villalobos S.
Daniel Jiménez M.
Federico Torrealba N.
Jessica A. Jiménez R.
Jorge G. Cerdas P.
Katherine Calvo A.
Kendall D. Ruiz J.
Lizeth Álvarez S.
Manuel Briceño
Mario Naranjo L.
Mauricio París
Nohelia Vega C.
Sergio Artavia B.

San José –Julio 2021

346.077

A837m

Asociación Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico

Memorias del XI Congreso Internacional de Derecho Procesal : la nueva ley concursal / Asociación Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico, Alejandro Madrigal Q., Álvaro Hernández A., Carlos J. Carrera C., Cecilia Ivette Villalobos S., Daniel Jiménez M., Federico Torrealba N., Jessica A. Jiménez R., Jorge G. Cerdas P., Katherine Calvo A., Kendall D. Ruiz J., Lizeth Álvarez S., Manuel Briceño, Mario Naranjo L., Mauricio París, Nohelia Vega C., Sergio Artavia B. – 1. edición. – San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Faro, 2021.

335 páginas ; 17 x 24 cm.

ISBN 978-9930-571-45-3

1. DERECHO MERCANTIL – LEGISLACIÓN – COSTA RICA. 2. EMPRESAS PRIVADAS – LEGISLACIÓN. 3. QUIEBRA. 4. CRÉDITO. I. Asociación Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico. II. Madrigal Q., Alejandro. III. Hernández A., Álvaro. IV. Carrera C., Carlos J. V. Villalobos S., Cecilia Ivette. VI. Jiménez M., Daniel. VII. Torrealba N., Federico. VIII. Jiménez R., Jessica A. IX. Cerdas P., Jorge G. X. Calvo A., Katherine. XI. Ruiz J., Kendall D. XII. Álvarez S., Lizeth. XIII. Briceño, Manuel. XIV. Naranjo L., Mario. XV. París, Mauricio. XVI. Vega C., Nohelia. XVII. Artavia B., Sergio. XVIII. Título.

MDMA

Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico. Telf. 2234-0728. Fax. 2253-5657.
www.institutocdp.org. info@institutocdp.org.
Editorial Jurídica Faro. Telf. 2234-0233. www.editorialfaro.com

ÍNDICE

Principales innovaciones de la Ley Concursal vs Código Procesal Civil
Daniel Jiménez Medrano 7

Restricción migratoria concursal y su regulación en la nueva Ley Concursal de Costa Rica
Lizeth Álvarez Salas 13

Aspectos financieros y tributarios de la nueva Ley Concursal
Manuel Briceño 51

Los informes en los procesos concursales en Costa Rica
Jorge G. Cerdas Pérez 53

Las juntas de acreedores a la luz de la nueva Ley Concursal
Cecilia Ivette Villalobos Soto 73

La demanda concursal por el acreedor y entes fiscalizadores
Sergio Artavia Barrantes 91

Defensa y oposición del deudor a la demanda concursal del acreedor
Sergio Artavia Barrantes 139

Solicitud de apertura del concurso por el deudor
Sergio Artavia Barrantes y Katherine Calvo Artavia 169

Los recursos en la Ley Concursal Costarricense
Jessica Alejandra Jiménez Ramírez 185

Legalización de créditos
Kendall David Ruiz Jiménez 193

Las 30 diferencias entre la Ley Concursal anterior y la actual. Desde la perspectiva del litigante
Nohelia Vega Carvajal 215

Aspectos societarios en la nueva Ley Concursal
Álvaro Hernández Aguilar 233

Los efectos para los acreedores con garantías hipotecarias, a la luz de la nueva Ley Concursal de Costa Rica
Alejandro Madrigal Quesada 261

Las acciones rescisorias concursales
Federico Torrealba Navas 271

Los efectos del concurso en los contratos
Mauricio París 283

Los efectos de la Ley Concursal en el Derecho de Familia
Mario Naranjo Luna 295

Administrador e interventor en la nueva Ley Concursal
Carlos José Carrera Castillo 311

PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA LEY CONCURSAL VS CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Msc. Daniel Jiménez Medrano[1]

Con la entrada en vigencia de la Ley Concursal (LC) en diciembre del 2021, se produce un cambio sistemático en lo que respecta al derecho concursal costarricense. No es para menos, y es que por primera vez en el país, se unifica en una sola ley toda la normativa base en el ámbito concursal. Precisamente, este viene a ser el primer cambio que arroja esta ley, y que corresponde a la existencia de un sistema concursal integrado y armónico.

Nótese que como producto de la dispersión normativa que rige con la normativa vigente al día de hoy, no se puede hablar de la existencia de un sistema concursal, por cuanto las normas del Código Procesal Civil de 1989 (CPC), Código Civil de 1888 (CC) y Código de Comercio de 1964 (CCo), no se integran entre sí en aras de un fin concursal.

Si bien a lo largo de la Ley Concursal, se puede observar una gran cantidad de innovaciones en relación con la normativa vigente, para este artículo, me limitaré a desarrollar algunas de las innovaciones que considero más destacadas.

1)Unificación de proceso: La Ley Concursal promueve un único proceso, así se refleja del artículo 2, el cual estipula: "La presente ley será aplicable a los deudores privados en situación concursal, quienes estarán sujetos a un único proceso concursal, salvo disposiciones legales establecidas para casos especiales."

Esto representa un gran avance procesal en la tramitación de los procesos concursales, por cuanto simplifica su tramitación al pasar de cuatro procesos concursales con la actual normativa, a un único proceso con la nueva ley.

A lo largo del Código Procesal Civil de 1989, se regulan los procesos concursales preventivos, conformados por el proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial (ARIJ) y el Convenio Preventivo. Por otro lado, en el Código Procesal Civil y Código Civil, se regula el proceso liquidatorio denominado Concurso Civil de Acreedores, y por último, en el Código de Comercio se normativiza el proceso de Quiebra.

---

[1] Máster en Derecho Comercial, Universidad Latina. Licenciado en Derecho de la Universidad Hispanoamericana. Especialidad en Contratos y Daños de la Universidad de Salamanca, España. Juez del Juzgado Segundo Civil de San José. Profesor Universitario de Juicios Universales II.

Para acotar algunos aspectos propios de dichos procesos, vale destacar que dentro de los procesos preventivos, existían presupuestos subjetivos distintos, siendo necesario discernir si la persona concursada podría provocar efectos sociales perniciosos de difícil sustitución, y dependiendo a la respuesta de dicha interrogante, se iba a determinar el tipo de proceso. También la legitimación de dichos procesos variaba, por un lado el proceso de ARIJ, podría ser incoado por el propio deudor o acreedores, mientras que el Convenio Preventivo únicamente por el deudor.

En lo que concierne a los procesos liquidatorios, el Concurso Civil de Acreedores está dispuesto para personas no comerciantes (presupuesto subjetivo), y en el tanto estuvieran en una situación de insolvencia (presupuesto objetivo). El proceso de Quiebra por su parte, resulta exclusivo para personas comerciantes (presupuesto subjetivo), y con motivo de haber incurrido en una cesación de pagos, como principal presupuesto objetivo, sin olvidar las demás disposiciones contempladas en el numeral 852 del Código de Comercio.

Todas estas distinciones resultaban odiosas, y lejos de sumar para el éxito concursal, se restaban entre sí, por lo que se requería crear un sistema unificado. Precisamente, de lo anterior nace el artículo 2 de la Ley Concursal.

A partir de la entrada en vigencia de esta nueva ley, carece de interés entrar a efectuar las distinciones antes citadas, por cuanto los procesos concursales resultan aplicables para todos los deudores privados, salvo disposiciones legales establecidas como excepción.

En este sentido, solamente se puede hablar de un único proceso concursal, que puede tener a lo largo del mismo un enfoque de salvamento o bien liquidatorio, dependiendo de cada caso en concreto. Precisamente, para garantizar el éxito de un único proceso, debe estar acompaño de flexibilidad para que se puedan efectuar los reajustes necesarios, de ahí que resulte esencial el principio de flexibilidad concursal dispuesto en el ordinal 3.9 LC.

A su vez, esto requirió de un presupuesto subjetivo más amplio (art.4.1 y 4.3 LC), de ahí que se estipulara que cualquier persona física (indistintamente de su profesión, oficio o actividad), persona jurídica (independientemente de su objeto o actividad), sucesiones, personas jurídicas en fase de disolución o liquidación, e incluso patrimonios autónomos, son sujetos susceptibles de concurso.

Por su parte, como presupuesto objetivo se dispuso la insuficiencia patrimonial, entendida esta como la crisis patrimonial general y no transitoria, que le impida al deudor a cumplir con el pago puntual de sus obligaciones dinerarias (art.5.1 LC). Precisamente, la cesación de pagos de un solo acreedor,

ya no basta como elemento exclusivo para determinar la procedencia de un concurso, y se evoluciona a un escenario de análisis más completo e integral del deudor.

2) Derechos Fundamentales del concursado y sus representantes (art. 3.7 LC): Dicho numeral establece que la declaratoria de concurso no conlleva una limitación o restricción a los derechos fundamentales de la persona concursada o sus representantes. Este resulta un pilar fundamental dentro del proceso, y que representa una evolución en el trato jurídico para el deudor concursado.

En primer lugar, se refuerza el hecho de que la persona física concursada conserva su capacidad para realizar actos de naturaleza personal y patrimonial, respecto de bienes excluidos del concurso. Nótese que la legislación vigente no hace referencia expresa en torno a la capacidad del concursado, y esto traía inseguridad jurídica, principalmente en los procesos concursales liquidatorios, en los cuales a raíz del nombramiento de un curador y como efecto del desapoderamiento de los bienes, podían surgir dudas sobre la capacidad de la persona concursada; dudas que vienen a ser disipadas con esta nueva normativa.

También se esclarece el hecho de que la persona concursada conserva su capacidad procesal dentro del concurso, y se aclara su facultad de actuar como coadyuvante en los demás procesos en los cuales tenga interés, a pesar de que la representación concursal la ostente un administrador concursal o un liquidador. Esta norma reafirma el derecho a la defensa consagrado en la Constitución Política, y que en muchas ocasiones resultaba cuestionado, por cuanto algunas personas consideraban que la única voz del concursado se externaba por medio del curador; interpretación que implicaba una limitación muy severa para el concursado.

En este mismo sentido, cabe señalar que el deudor que era declarado en quiebra o concurso civil, era limitado en lo que concierne al cambio de domicilio o en las salidas del país, así como al acceso a su correspondencia, conforme al artículo 763 del CPC de 1989. También, la apertura de un proceso concursal liquidatorio, tiene como consecuencia el inicio de una investigación penal oficiosa, aspecto que también fue modificado por cuanto dicha investigación ya no se contempla como consecuencia automática. Todas estas limitantes son suprimidas con la nueva Ley Concursal.

Para finalizar, esta nueva normativa establece en el artículo 17.7 la posibilidad de que el deudor solicite alimentos para su persona o núcleo familiar dependiente, cuando los bienes inembargables y sus ingresos resulten

insuficientes para su manutención. Estos alimentos a los cuales tiene derecho estarán a cargo de la masa.

3) Mecanismos modernos de liquidación. Previo a abordar los mecanismos de liquidación dispuestos por ley, es primordial referirnos al ordinal 1 LC, el cual establece de forma muy clara los pilares que persigue, como lo son: asegurar la viabilidad de las empresas, la preservación de la unidad del patrimonio del concursado, organizar el pago de las deudas y respetar la igualdad y proporcionalidad en el trato de los acreedores.

Se logra desprender que la ley tiene un sentido abocado a asegurar la viabilidad de la empresa y a la preservación de la unidad del patrimonio. Nótese que resulta más beneficioso para la colectividad de interesados, la conservación de la actividad empresarial, por aspectos de dinamizar la economía, fuentes de trabajo, pago de impuestos, entre otros.

En este sentido, en caso de liquidación el artículo 46.5 LC establece el orden de prioridad en que se deben liquidar los bienes de ser necesario. En un primer término, se debe abocar por la liquidación de la empresa o de las unidades productivas en marcha; en caso de no estar activa la empresa como un todo continuarían las unidades productivas independientes; posteriormente grupo de bienes; y por último los bienes singularmente considerados. De lo anterior se observa, que la norma respeta la finalidad concursal impuesta en el artículo primero.

Por otro lado, se amplían los mecanismos de liquidación de estos bienes, pudiéndose recurrir a la venta directa, a la subasta pública e incluso a la licitación, y al uso de mecanismos tecnológicos como medio facilitador de la liquidación (arts. 46.6, 47.1 y 50 LC). Otra novedad en la etapa de liquidación, se refleja en el ordinal 47.5 LC, en la cual se incluye la preferencia de las ofertas de cooperativas, asociaciones o sociedades anónimas laborales, en caso de empate en las ofertas.

Al mismo tiempo, a efectos de llevar a cabo la liquidación de los bienes, y de evitar gastos innecesarios en el proceso, se habilita a que la fijación del valor se efectúe en primera instancia por el liquidador, administrador o liquidador concursal bajo parámetros objetivos, quedando la pericia como recurso para aquellos casos de difícil cuantificación.

Si bien lo antes descrito, no agota todas las novedades que trae consigo esta Ley Concursal, del análisis antes esbozado se observan figuras novedosas y una evolución real en la creación de un sistema concursal encaminado a ajustarse a las realidades actuales, y a fungir como una herramienta de ayuda para las empresas, deudores, acreedores, y demás intervinientes concursales.

Bibliografía:

- Código Civil, Ley número 63, San José, Costa Rica, 1888.
- Código de Comercio, Ley número 3284, San José, Costa Rica, 1964.
-Código Procesal Civil, Ley número 7130, San José, Costa Rica, 1989.
- Ley Concursal, Ley número 9986, San José, Costa Rica, 2021.

RESTRICCIÓN MIGRATORIA CONCURSAL Y SU REGULACIÓN EN LA NUEVA LEY CONCURSAL DE COSTA RICA

Lizeth Álvarez Salas[2]

[2] Jueza Civil del Juzgado Primero Civil de San José, ex Jueza Concursal. Doctora *summa cum laude probatus* en Derecho Procesal Civil y Comercial de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica con Graduación de Honor. Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica con Graduación de Honor y Tesis honorífica. Ex Profesora de Derecho Procesal Civil de la Universidad Latina de Costa Rica. Abogada litigante. Notaria Pública externa. Curadora ad litem. Curadora concursal y notaria inventariadora, Compiladora de obras jurídicas: Código Procesal Civil, Ley de Garantías Mobiliarias, Ley Reguladora de Propiedad en Condominio. Autora en obra colectiva de los artículos *"El Contrainterrogatorio"* en el libro Oralidad en la práctica; *"Abuso procesal en el ámbito probatorio"* en el libro El Juez y la sentencia oral. Artículos sobre *"Ejecución colectiva por conversión concursal"* en Revista Costarricense de Derecho, No. 1, Enero 2019; *"Cédulas hipotecarias y su ejecución"* en Revista de Derecho Procesal, No. 2, Marzo 2019; *"Medidas cautelares en propiedad intelectual"* en Revista de Derecho Procesal, No. 3, Octubre 2019; *"Interrogantes a propósito de la Ley Marco de Factoreo"* en Revista Costarricense de Derecho, No. 4, Diciembre 2020, *"El impedimento de salida del país en los procesos concursales liquidatorios y su parangón con las restricciones migratorias penal y alimentaria"* en Revista de Derecho Procesal, No. 5, Marzo 2021, *"Principios relacionados con la propiedad intelectual"* en Revista Costarricense de Derecho, No. 4, Diciembre 2020, *"Fe pública en las notificaciones judiciales a la luz de la sana crítica"* en Revista de Derecho Procesal, No. 6, Julio 2021. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro fundadora del Instituto Panamericano de Derecho Procesal-Capítulo Costa Rica. Correo electrónico: lalvarezs@abogados.or.cr

RESUMEN:
La restricción migratoria o impedimento de salida del país, desaparecerá como uno de los efectos connaturales, inmediatos o automáticos de la declaratoria de sentencia estimatoria de los procesos concursales bajo una visualización de la "constitucionalización del derecho concursal" en la novísima legislación rectora. La regulación actual del instituto en parangón con otras materias permite advertir la restricción migratoria concursal en idénticas condiciones como un efecto congénito en materia alimentaria y eventualmente como medida cautelar en materia penal, mismo destino procesal que tendrá en los nuevos procesos unificados con la entrada en vigencia de la legislación integral concursal, incluyendo los procesos ya iniciados antes de su fecha límite, donde ya no mantendrán su fisionomía como efecto inherente del fallo estimatorio, por cuanto, en los procesos precautelares de sobrevenir una conversión hacia una fase liquidatoria, se regirán en lo conducente por las disposiciones concursales de reforma, que extirpan de tajo dicha restricción. Esta limitación se mantendrá de forma insoslayable en los procesos liquidatorios o de eliminación que se tramiten antes de la entrada en vigencia de la ley concursal. En la nueva ley, las limitaciones "oficiosas" a los derechos fundamentales (que incluía el impedimento de salida) ya no se impondrán en forma obligatoria por el juez, sin ningún rango de maniobra ni valoración de su parte.

SUMARIO:
I.- Exordio; II.- Del impedimento de salida del país en general; III.- De la restricción migratoria concursal en particular; IV.- Impugnación de la resolución que establece el impedimento de salida; V.- De la justificación para la restricción al derecho constitucional de la libertad de tránsito; VI.- De la consulta sobre la existencia de impedimentos de salida del país; VII.- Epílogo.

PALABRAS CLAVE:
impedimento de salida del país, restricción migratoria concursal, alimentaria y penal; libertad de tránsito; procesos concursales; efectos de la declaratoria con lugar de la sentencia; medida cautelar.

I.- EXORDIO:

En materia de juicios universales, bajo la vigente legislación costarricense, existen procesos concursales de índole liquidatoria como el Concurso Civil de Acreedores (insolvencias) o la Quiebra, a diferencia de aquellos de índole preventiva como la Administración y reorganización con intervención judicial o curativa como el Convenio Preventivo. Sin embargo, para el tema que nos ocupa adelantamos que, la restricción migratoria en el ámbito concursal, sólo procede respecto de los procesos liquidatorios o de eliminación, no así en los procesos concursales precautelares.

La legislación concursal en la actualidad, regula los efectos de la declaratoria con lugar por separado si se trata de un Concurso Civil de Acreedores (CCA) o una Quiebra, los cuales se regularán en lo sucesivo de forma unificada e integrada en la nueva legislación denominada Ley Concursal de Costa Rica -en adelante LCCR- (Ley No. 9957), que entrará en vigencia seis meses después de su publicación, verificada en el Alcance No. 109 a La Gaceta No. 103 del 31/05/2021, ergo, a partir del 30/11/2021.

Este dato no constituye pecata minuta, pues, nunca antes un proyecto de ley de reforma integral concursal pretendiendo unificar una legislación dispersa y contrapuesta entre sí, producto de los múltiples remaches que se han venido dando a la materia concursal a lo largo de su historia jurídica, había encontrado el escenario óptimo y propicio para ser aprobado en el Parlamento (Proyecto de Ley No. 21.436).

La razón de que dicho proyecto de ley fuera aprobado en tiempo récord (decreto ley del 16/02/2021) desde su presentación a la corriente legislativa (30/05/2019), con la venia de gran cantidad de diputados firmantes del mismo, dentro de una inusual coyuntura histórica legislativa de múltiples reformas codificadoras[3], estaba relacionado en principio, con la circunstancia de que nuestro país tenía la intención manifiesta de ingresar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), no siendo una "exigencia" pero si una "sugerencia" de esa organización, con la finalidad de procurar cambios refrescando la normativa concursal, id est, con el fin de eliminar esos "estándares negativos en materia de resolución de insolvencias", entre ellas, atendiendo las necesidades de los acreedores para que estos pudieran recuperar de forma expedita su crédito ante el impago por parte del deudor en

[3] Nuevo Código Procesal Civil (Ley No. 9342), Reforma procesal laboral (Ley No. 9343), Código Procesal de Familia (Ley No. 9747), Código Procesal Agrario (Ley No. 9609), cuyas leyes a su vez, traen aparejada reformas y/o derogatorias de legislación de fondo conexas.

caso de que ninguna de las múltiples alternativas y/o fórmulas de solución empresarial surtiera el efecto deseado. Paradójicamente, ese objetivo tendiente a lograr la invitación formal para ingresar a la OCDE[4] se consiguió -Costa Rica es el miembro número 38 en incorporarse, 4to de Latinoamérica junto con México, Chile y Colombia[5]- con la aprobación de otras reformas legales. Es mediante ese triple impulso de la esfera política -gestión prioritaria del Poder Ejecutivo- legislativa -con 42 de un total de 57 diputados de la Asamblea- y/o judicial -con redactores reconocidos y experimentados en la rama del Poder Judicial- que tenía, logró ver la luz ese proyecto de ley.

Este antecedente es importante, porque en la nueva "regulación concursal unificada" aprobada para ser incorporada próximamente al ordenamiento jurídico costarricense, no se contempla el impedimento de salida del país dentro de los efectos de la sentencia que declare con lugar ya sea el concurso civil de acreedores o la quiebra, y de paso, se eliminará esa clasificación actual de cuatro tipos de procesos concursales (preventivos y liquidatorios), creando en adelante un único proceso concursal cuya universalidad subjetiva estará prevista para deudores con más de 10 acreedores, y para pequeños concursos diseñados para personas físicas no empresarias y para deudores personas empresarias (físicas o jurídicas) que no cuente con más de 10 trabajadores no más de 10 acreedores comunes (artículo 61 LCCR).

Las consideraciones mediante las cuales, los redactores del proyecto de ley para una nueva Ley Concursal, determinaron que no era conveniente o necesario regular lo concerniente a la restricción migratoria, no forman parte, de forma abierta de la exposición de motivos del texto base de dicho proyecto de ley, aunque sí se desentierran de una lectura de la redacción del texto original.

Una referencia genérica al tema de la restricción migratoria concursal, se extrae de la exposición de motivos cuando en el texto base de proyecto se

---

[4] El día **15/05/2020,** se giró invitación a Costa Rica para ingresar a la OCDE, por lo que, habiéndose conseguido el objetivo, el legislador continúo con el íter parlamentario de este proyecto de ley sin la urgencia o incentivo de ingresar a ese organismo internacional. http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx

[5] Florez-Esrada Pimentel, María. "Costa Rica logra ingresar a la OCDE despues de un proceso que tomó tres administracikones" en SEMANARIO UNIVERSIDAD, 15/01/2020, https://semanariouniversidad.com/ultima-hora/costa-rica-logra-ingresar-a-la-ocde-despues-de-un-proceso-que-tomo-tres-administraciones/ Tambien, véase https://www.oecd.org/newsroom/los-paises-de-la-ocde-invitan-a-costa-rica-a-convertirse-en-el-38-miembro-de-la-organizacion.htm

expone que el deudor comerciante, empresario, consumidor y trabajador (indistintamente de si se trata de una persona física o jurídica), es digno de una oportunidad de rescate, claro está dice el texto, "cuando hubiesen actuado razonablemente en su actividad" y de forma tajante dicta "y en todos los casos, sin restricciones a derechos fundamentales que no se justifican por el solo hecho de encontrarse en una situación patrimonial irregular"[6], cuyo alcance de esa frase, hace referencia inmediata y directa al derecho constitucional pro libertatis, sea la libertad de tránsito regulada como un derecho y garantía individual en la Carta Magna (artículo 22 de la Constitución Política).

En sentido similar, se menciona forma directa esa constitucionalización del derecho concursal ya de dentro del cardinal referido a los principios concursales (artículo 3.7 LCCR), en lo atinente a los derechos fundamentales del concursado y sus representantes, no cabrá en adelante -como hasta ahora sucede- el efecto automático la limitación o restricción migratoria, salvo que procedan dichas limitaciones a los derechos de la persona concursada, realizando una interpretación de manera restrictiva y siempre en función de los objetivos del proceso concursal como tal.[7] Diáfana es la configuración mental de los redactores de la ley, donde se da preeminencia a la conservación de la empresa por encima del sujeto deudor que llevó a la misma a una situación de crisis, por ende, se enfocará en procurar el salvamento de la unidad productiva que a castigar -por decirlo de alguna manera-, con efectos en la esfera personal al causante de dicha situación.

De lo que viene expuesto, resaltan dos aspectos interesantes de considerar a la hora de abordar el tema del impedimento de salida del territorio

---

[6] Proyecto de Ley No. 21.436 denominado Ley Concursal de Costa Rica, iniciativa parlamentaria (de 43 de un total 57 diputados), presentado a la corriente legislativa el 30/05/219, acápite de exposición de motivos, pag. 5, visible http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx

[7] **ARTÍTULO 3.- Principios.** Además de los principios regulados por la normativa procesal y sustantiva, en la aplicación del derecho concursal, se observarán los siguientes: (...) **3.7.Derechos fundamentales del concursado y sus representantes. Pfo 1:** La declaratoria de concurso no conlleva limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales de la persona concursada o sus representantes. **Pfo 2:** Las personas físicas concursadas conservarán su capacidad para realizar actos de naturaleza personal y patrimonial, respecto de bienes excluidos del concurso conforme a la ley. **Pfo 3:** Cuando procedan conforme a esta ley, restricciones o inhabilitaciones a los derechos de la persona concursada, deberán ser interpretadas de manera restrictiva y siempre en función de los objetivos del proceso concursal. **Pfo 4:** Las personas indicadas continuarán con su capacidad procesal para participar en el concurso. Podrán coadyuvar en otros procesos en los cuales tengan interés y el concurso sea parte, aun cuando se otorgue la representación concursal a otras personas." (lo subrayado es suplido)

nacional, por una parte, es vox populi que la existencia de dicho impedimento de salida, tampoco y de modo alguno, constituye una garantía de que deudor pague las deudas contraídas con sus múltiples acreedores y, por otra parte, los promotores de la nueva ley concursal, se enfocaron en las razones para levantar de una vez por todas, ese impedimento de salida que actualmente existe con la legislación concursal vigente, pero no se detuvieron a explicar y/o justificar en dicha exposición de motivos si, a su criterio, existe aunque de forma tenue, vaga o circunstanciada, alguna(s) ventaja(s) para conservar el instituto de la restricción migratoria concursal, tal como sí lo consideraron oportuno, razonable y proporcional, los legisladores de antaño cuando lo establecieron para los procesos liquidatorios de la Quiebra o del Concurso Civil de Acreedores.

Así las cosas, este argumento expuesto en la exposición de motivos del proyecto de ley, de que el impedimento de salida del país, quebranta un derecho fundamental de libertad de tránsito, aunque válido, resulta cuestionable por dos razones en el sentido de que, en primer lugar, sí se ejerce la restricción migratoria concursal, obviamente, de alguna forma, existe una influencia significativa en la esfera personal del deudor –aunque sea coercitiva, tanto no moral- para honrar sus deudas y, en segundo lugar, resultaría contradictorio que dicha restricción migratoria violente esa libertad de tránsito, pues sí es permitido aplicar ese mismo impedimento de salida en materias penal o de pensiones alimentarias, aunque por distinta causalidad.

En sede penal, cuando se dicta medida cautelar para que el imputado no abandone el país durante la realización del proceso penal (artículo 10 y 244.d[8] del Código Procesal Penal), se trata de una medida cautelar típica de pedir autorización para salir del país, la cual debería ser aplicada por antonomasia como medida cautelar alternativa antes que otras medidas cautelares más gravosas como lo es la prisión preventiva.

En todo caso, como cualquier medida cautelar que se dicte en un proceso judicial, por sus características de provisionalidad y mutabilidad, es factible revisarla en cualquier momento por parte del despacho que la ordenó

[8] **ARTICULO 244 CPP.-Otras medidas cautelares.** Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes: (...) **d)** La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.

de oficio o a instancia de parte[9], no siendo plausible, que dicha medida sea definitiva por todo el lapso que dure el proceso penal[10], a diferencia de lo que acontece en los procesos alimentarios y concursales, donde en la actualidad y durante la vacatio legis, el impedimento al no ser una medida cautelar, sino, se insiste, un efecto connatural al dictado de la sentencia que establece la apertura del proceso concursal liquidatorio o de la resolución (auto o sentencia según corresponda) que fija el monto de la pensión de forma provisional o definitiva en el proceso de pensión alimentaria, se señala la restricción migratoria alimentaria o concursal, por todo el tiempo que dure el proceso activo.

En sede de pensiones alimentarias, al obligado alimentario se le restringe la salida del territorio nacional, incluso con el auto que realiza una fijación provisional del monto de la pensión (artículo 21 de la Ley de Pensiones Alimentarias), salvo que rinda caución suficiente para el levantamiento

[9] "**IV.- Sobre el caso concreto.** (...) Asimismo, cabe indicar que el impedimento de salida resulta consecuencia del proceso penal que se sigue en su contra (04-3363-647-PE) y de las resoluciones dictadas por la autoridad jurisdiccional y que, como cualquier otra medida cautelar, podrá ser revisada con posterioridad, al resolverse la situación jurídica del amparado y cada vez que necesite salir del país, debe solicitar autorización previa por escrito, pudiendo el Juzgador ordenar el levantamiento temporal de la medida, de considerarlo necesario y de cumplir los requisitos que le impongan. En consecuencia, estima esta Sala que las autoridades recurridas no han violentado derecho fundamental alguno en perjuicio del amparado, por lo que procede desestimar el presente recurso." SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 10797 de las 12:01 horas del 27/07/2007. Recurso de Habeas Cirpus. Se declara sin lugar. https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-385622

[10] "**Voto Salvado de los Magistrados Vargas Benavides y Sosto López.** Nos separamos del criterio de mayoría y declaramos con lugar el recurso por las razones que a continuación se expondrán. En este caso, mediante resolución de las quince horas treinta minutos del doce de junio de dos mil siete, el Juzgado Penal de Hacienda y de la Función Pública del Segundo Circuito Judicial de San José impuso al amparado medidas menos gravosas que las requeridas por el Ministerio Publico, a saber: la suspensión con goce de salario de sus funciones por un término de seis meses, el impedimento de salida del país, la obligación de presentarse a firmar de manera mensual a la fiscalía de Liberia o al Despacho Judicial donde se tramite la causa, mantener el domicilio indicado en la indagatoria e informar sobre cualquier cambio y no acercarse a menos de quinientos metros de todos los despachos de Licencias del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de todo el país, las cuales, se fijaron por el término total de la duración del proceso. En ese sentido, consideramos que cualquier limitación que se le imponga a un ciudadano a su derecho fundamental a la libertad de tránsito, debe ser por un plazo concreto, y no tal y como se realizó en la especie, por la duración de todo el proceso, toda vez que ello coloca al amparado en una posición de incertidumbre jurídica al no saber por cuanto tiempo su libertad de tránsito será restringida." (lo subrayado es suplido) SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 10867-2008 de las 14:36 horas del 02/07/2008. Recurso de Habeas Cirpus. Se declara sin lugar. https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-452664

temporal de la restricción, proceso alimentario que de igual forma, obedece a una deuda alimentaria producto de un parentesco entre el beneficiario y el obligado alimentario. Es precisamente en esta última sede, donde los ordinales 14 y 15 de la Ley de Pensiones Alimentarias, han superado todos los ataques de inconstitucionalidad formulados respecto de dicha restricción migratoria.[11]

Nótese en este punto un aspecto interesantísimo que comparten tanto la restricción migratoria alimentaria como la restricción migratoria concursal, y es el hecho de que, en ambos casos, tal limitación a la libertad de tránsito son consecuencia inmediata de la declaratoria con lugar del proceso concursal (al menos hasta la inminente entrada en vigencia de la nueva legislación para los nuevos procesos que se llegaren a entablar, puesto que los procesos ya iniciados seguirán con esas reglas restrictivas), así como el fallo respecto de la fijación provisional o definitiva de la pensión alimentaria. No obstante, ambos procesos concursal o alimentario, se diferencian en dos aspectos fundamentales.

En sede alimentaria, el levantamiento de la limitación de salida del país, resulta factible bajo dos supuestos ajenos a la voluntad y valoración que a tales propósitos realice la persona juzgadora, a saber. i) si la parte acreedora (beneficiaria) autoriza la salida del país, ii) si la parte obligada deposita a la orden del despacho el equivalente a 12 mensualidades, el aguinaldo y la totalidad del salario escolar. Dicho impedimento de salida, se da indistintamente del análisis de si esa caución resulta desproporcionada o no, acorde a la cantidad de días que en promedio se estará fuera del país u otros aspectos a considerar, o bien, de si el demandado esté o no al día en el pago de la obligación alimentaria, es decir, no se supedita la restricción migratoria a que

---

[11] "***VI.- CONCLUSIÓN.*** *Con base en lo expuesto, toda vez que esta Sala ya se ha pronunciado sobre la conformidad constitucional de la norma impugnada y al no existir razón para variar el criterio señalado, se impone el rechazo por el fondo de la acción, como así se dispone. (…)".* / A partir de lo anterior, se desprende que el derecho a la libertad no es absoluto y el impedimento de salida del país previsto en la normativa impugnada es una medida conforme con el principio de razonabilidad, pues se restringe esa libertad del obligado alimentario, precisamente al no estar libre de responsabilidad, en la medida necesaria a fin de garantizar la manutención de la persona beneficiaria. Las anteriores consideraciones son aplicables al caso concreto, sin la que parte accionante haya aportado elementos de juicio que hagan necesario un replanteamiento de la cuestión. En consecuencia, procede rechazar por el fondo esta acción." (lo subrayado no es del original) SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 4471-2020 de las 09:20 horas del 04/03/2020. Accion de inconstitucionalidad. Se rechaza por el fondo la acción. https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-964992 En sentido similar, véase SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 3849-2014 de las 14:05 horas del 19/03/2014. Accion de inconstitucionalidad. Se rechaza por el fondo la acción. https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-602108

exista, estricto sensu una deuda alimentaria por el no pago de la cuota alimentaria mensual.

En sede concursal, se parte ab initio, como presupuesto subjetivo, de la existencia de varias deudas concursales a favor de al menos dos acreedores comunes (con la actual legislación), por tratarse el proceso concursal de una ejecución colectiva, en tratándose del Concurso Civil de Acreedores (artículo 760 del Código Procesal Civil de 1989) con la particularidad de que para la Quiebra, basta que el deudor haya dejado de pagar una o varias obligaciones vencidas para gestionar el proceso (artículo 851.b del Código de Comercio). Para los nuevos procesos concursales será menester la existencia de más de diez acreedores comunes (artículo 61.2 a contrario sensu LCCR)

En todo caso, tomando en cuenta que, si aun estando al día un obligado alimentario, no resulta suficiente para autorizar su salida del país, sin que requiera de autorización de la parte acreedora alimentaria o previo depósito judicial de las sumas previstas en el articulado respectivo, pues desde que se fija mediante un auto provisional la existencia de la relación entre las partes de ese proceso de alimentos, ya existe a futuro, la obligación mensual de atender esa deuda alimentaria, a fortiori acontece en sede concursal, por cuanto existen deudas concursales ya acreditadas cuando es el propio deudor quien promueve el proceso concursal o cuando dichas acreencias son debidamente legalizadas en el expediente. La sede concursal no tiene, por ende, previstas situaciones legales que permitan autorizar la salida del país del deudor concursado, salvo la valoración casuística que, en cada caso en particular, realice la persona juzgadora cuando se pida de forma puntual un permiso de salida temporal del país. Esas elucubraciones desaparecerán, en tesis de principio, en la legislación concursal futura, por cuanto, sólo serían consideradas en caso de dictarse una medida cautelar que amerite restringir la salida del país del deudor concursal, previa fundamentación en la toma de esa decisión ordenada de forma oficiosa o a gestión de parte (artículo 10.2, 15.3.6 LCCR).

El argumento sostenido por el máximo tribunal constitucional para considerar que la restricción migratoria alimentaria y su correspondiente registro en el Índice de Obligados Alimentarios impuesta al deudor

alimentario (artículos 14[12] y 15[13] LPA) que tales efectos se realiza por parte del Poder Judicial, se sustenta en que la medida (impedimento de salida) resulta razonable a la luz de "asegurar la manutención de la persona beneficiaria de una pensión alimentaria"[14] por el tiempo en que ese deber subsista, ya sea cuando el beneficiario adquiera la mayoridad (18 años) o como límite máximo hasta que el beneficiario alimentario alcance los 25 años en caso de estudiar (artículo 173.5 del Código de Familia)[15].

Podría argüirse asimismo que, en el escenario de una restricción migratoria concursal, esa medida adoptada de pleno derecho con la declaratoria de apertura del proceso concursal liquidatorio[16], resulta razonable a la luz de garantizar de que se asegure que el deudor atenderá de forma oportuna, colaborativa y visible, la tramitación durante todo el tiempo que dure el proceso concursal, con la finalidad de que el proceso no se vuelva nugatorio o se retrase indefinidamente.

II.- DEL IMPEDIMENTO DE SALIDA DEL PAÍS EN GENERAL

En la legislación patria, tal como se ha expuesto en las líneas precedentes, el impedimento de salida del país, es un instituto no exclusivo de la material penal, pues también procede en materia de pensiones alimentarias o a nivel concursal, aunque todos ellos bajo la cobertura de un distinto fundamento legal.

---

[12] **Artículo 14 LPA.- Restricción migratoria.** Ningún deudor de alimentos obligado a pagar pensión alimentaria, podrá salir del país, salvo si la parte actora lo ha autorizado en forma expresa o si ha garantizado el pago de, por lo menos, doce mensualidades de cuota alimentaria, el aguinaldo y la totalidad del salario escolar. (Así reformado por el artículo 12 de la ley N ° 8682 del 12 de noviembre de 2008, "Promoción del Salario Escolar en el Sector Privado")

[13] **Artículo 15 LPA.- Índice de obligados alimentarios.** Para los fines del artículo anterior, el Poder Judicial llevará un índice de obligados por pensión alimentaria provisional o definitiva. Este índice se conformará con las comunicaciones que remitan las autoridades judiciales, excepto si existe convenio en contrario o solicitud expresa de la parte actora.

[14] SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 4471-2020 de las 09:20 horas del 04/03/2020. Accion de inconstitucionalidad.

[15] **ARTÍCULO 173.-** No existirá obligación de proporcionar alimentos: (...) **5.-** Cuando los alimentarios hayan alcanzado su mayoridad, salvo que no hayan terminado los estudios para adquirir una profesión u oficio, mientras no sobrepasen los veinticinco años de edad y obtengan buenos rendimientos con una carga académica razonable. Estos requisitos deberán probarse al interponer la demanda, aportando la información sobre la carga y el rendimiento académicos. (el subrayado es propio)

[16] Conforme a la legislación concursal que la mantiene y hasta que se termine el último proceso concursal tramitado bajo la Ley No. 7130 (artículos 709 a 818 del Código Procesal Civil)

No obstante, ha de reconocerse que el impedimento de salida se ha dictado con mayor la presencia del imputado en el proceso y/o como medida alternativa menos gravosa en comparación de la prisión preventiva, la cual no se da de forma automática, sino a raíz de la valoración de la persona juzgadora sobre la procedencia o improcedencia de esa medida cautelar.

En esta situación también estarían materias distintas de la penal como la laboral o cualquier otra materia cuya persona juzgadora considere oportuno dictar de oficio o a gestión de parte, el impedimento de salida del país como medida cautelar. Resulta trascendente todo lo regulado en torno al tema del impedimento de salida, que se ha establecido por ley, que la anotación y el levantamiento de impedimentos de salida del país, así como los permisos de salida del país para personas menores de edad, se considera servicios de importancia trascendental (artículo 376 ter.c del Código de Trabajo[17]).

Por el contrario, a nivel concursal, con la legislación procesal civil (Ley No. 7130), el impedimento de salida del país es más bien, un efecto propio (dentro de la esfera personal del deudor) producto de la declaratoria con lugar de un proceso liquidatorio (Quiebra o Concurso Civil de Acreedores), tendiente a garantizar la sentencia dictada, es decir, se da de forma automática como una consecuencia lógica y jurídica del dictado de un fallo estimatorio. Así lo consideró oportuno el legislador al momento de la redacción de las normas que sustentan este tipo de procesos liquidatorios o de eliminación, a saber, para la Quiebra con la entrada en vigencia del actual Código de Comercio de 1964 (Ley No. 3284) y para el Concurso Civil de Acreedores con la promulgación del todavía vigente Código Procesal Civil de 1989 (Ley No. 7130)[18]. Sin embargo, con la legislación especial concursal (Ley No. 9957), el impedimento de salida desaparecerá como efecto propio de la sentencia y eventualmente podrá ser dictado como medida cautelar, en términos similares

[17] **ARTÍCULO 376 TER-** Pfo 1: Los servicios de importancia trascendental son aquellos que, por su carácter estratégico para el desarrollo socioeconómico del país, su paralización o suspensión implican un perjuicio sensible a las condiciones de vida de toda o parte de la población. Pfo 2: Quedando a salvo los servicios reservados en el artículo 376, se catalogarán como servicios de importancia trascendental los siguientes: (...) c) La anotación y el levantamiento de impedimentos de salida del país, así como los permisos de salida del país para personas menores de edad. (lo subrayado es suplido) Artículo así adicionado por el artículo 2° de la Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos, Ley N° 9808 del 21/01/2020.

[18] Dicho cuerpo normativo fue derogado mediante el actual inciso primero del artículo 183 del Código Procesal Civil de 2016 (Ley No. 9342) que manitiene vigentes los artículos 709 a 818 del Código Procesal Civil de 1989 (Ley No. 7130) hasta que publiquen las normas que las sustituyan, las que serán reempladazas por la nueva Ley Concursal de Costa Rica (Ley No. 9957).

a como se concibe en la esfera penal, por requerirlo de esta forma el procedimiento.

En esta misma situación también se encuentra la materia de pensiones alimentarias, cuyo efecto automático en la esfera del obligado alimentario, implica la imposibilidad de salir del país (artículo 14 y 15 de la Ley de Pensiones Alimentarias), de modo que, es un efecto propio del auto que fija la cuota provisional o de la sentencia de alimentos que determina la obligación alimentaria definitiva.

Cabe destacar que con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia (CPF), Ley No. 9747[19], se derogará la Ley de Pensiones Alimentarias, Ley No. 7654 (artículo 4.I CPF) y, en adelante, el tema de la restricción migratoria alimentaria permanecerá regulada con mayor precisión pero básicamente con los mismos parámetros objetivos y pecuniarios para autorizarle al obligado alimentario, la salida del territorio nacional (artículo 261 CPF)[20].

Como se aprecia a simple vista, en tratándose de obligados alimentarios a diferencia de los obligados concursales, si es que el término lo permite, se regula con certeza jurídica e inequívoca la posibilidad de que, se levante ese impedimento, cuando el obligado alimentario deposite a la orden del despacho judicial, una suma de dinero de por los menos "doce mensualidades de cuota alimentaria, el aguinaldo y la totalidad de salario escolar", criterio de levantamiento que para los obligados concursales, se dejaría al arbitrio y consideración debidamente fundamentada de la persona juzgadora al otorgamiento de la autorización temporal de salida del país del justiciable (artículo 28.1 del Código Procesal Civil de 2016)[21].

---

[19] Inicialmente la entrada en vigencia de ese cuerpo legal procesal estaba previsto para el 01/10/2020, pero se trasladó a partir del 01/10/2022 (artículo único de la Ley No. 9904)

[20] **Artículo 261 CPF- Restricción migratoria e índice de personas obligadas. Pfo 1:** A fin de poder salir del país, toda persona deudora de una obligación alimentaria establecida judicialmente deberá contar con la respectiva autorización de la parte acreedora de la obligación, salvo que garantice el cumplimiento de todos los pagos correspondientes a un año, incluyendo el aguinaldo y el salario escolar o los gastos derivados de inicio de lecciones, en caso de estar obligado con cuota fija. **Pfo 2:** El Poder Judicial y la Dirección General de Migración y Extranjería contarán con un índice de personas obligadas alimentariamente, para lo cual las autoridades judiciales deberán enviar de forma inmediata, por los medios más eficientes y seguros posibles, cualquier tipo de imposición alimentaria que se haga, salvo que la parte actora manifieste expresamente no tener interés en esa comunicación, sin perjuicio de la posibilidad de solicitarlo posteriormente.

[21] Se insiste, que estas consideraciones sólo aplicarán para aquellos procesos concursales que se rijan por la legislación concursal sustentados en la Ley No. 7130 (CPC), o bien, los nuevos

Un hibrido de un impedimento de salida que mezcle ambas materias penal y concursal, puede acontecer cuando en materia penal se investiga la posible comisión del delito de Quiebra fraudulenta[22] o Quiebra culposa[23], o bien, una Insolvencia fraudulenta (con la reforma concursal-penal desaparecerá como tipo penal), que podrían ameritar que en sede penal se dicte una medida cautelar de impedimento de salida mientras se investiga ese presunto delito o en su caso para asegurar el resultado de la sentencia penal.

Sin embargo, esta hipótesis es poco frecuente en la práctica forense de nuestro país por cuanto, con la legislación concursal actual (Ley No. 7130), la mecánica judicial establece que el respectivo Ministerio Público (bajo la batuta de la Fiscalía de Fraudes), se pone en conocimiento por dos vías: a) si se interpone directamente una denuncia penal por cualesquiera de los tres (en lo sucesivo quedarán en dos) delitos penales-concursales señalados, b) si se le informa mediante oficio del Juzgado Concursal de que se ha decretado la apertura de un proceso de Concurso Civil de Acreedores o una Quiebra según corresponda, comunicación para efecto de que se proceda con la investigación penal sobre la posible comisión o participación esos delitos concursales referidos, sobre la base del expediente concursal correspondiente.

Valga aclarar en este punto siendo muy importante que, la comunicación al Ministerio Público es un efecto penal propio e imperativo de la sentencia que decreta la apertura de la Quiebra, a fin de que ese órgano inicie un proceso para determinar si el quebrado ha incurrido en el delito de quiebra fraudulenta o culposa (artículo 863.f y 871 del Código de Comercio), no así es un efecto inmediato ni directo en el Concurso Civil de Acreedores, salvo que la persona juzgadora considere discrecionalmente[24] y pertinente dicha comunicación en cualquier momento en el que hubiere motivo para considerar que la insolvencia puede ser fraudulenta (artículo 817 del Código Procesal Civil de

procesos concursales en donde se dicte el impedimento de salida del país como medida cautelar, bajo la normativa concursal de reforma en la Ley No. 9957 (LCCR).

[22] Con la reforma concursal-penal se cambiaría la denominación del delito de Quiebra fraudulenta a Concurso fraudulento y varía ligeramente la redacción inicial del tipo penal (artículo 238 CP)

[23] Con la reforma concursal-penal se cambiaría la denominación del delito de Quiebra culposa a Concurso culposo y varía ligeramente la redacción inicial del tipo penal (artículo 239 CP)

[24] TRIBUNAL SEGUNDO DE APELACIÓN CIVIL DE SAN JOSÉ, Sección Segunda, Resolución No. 608 de las 14:02 horas del 30/09/2019. https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-948990

1989). En ambos casos, el despacho concursal sólo remite la comunicación a la Fiscalía, no realiza ninguna calificación civil-concursal del tipo penal[25].

En síntesis, el escenario más desventurado es que una misma persona tenga en su contra, pues nada obsta para que ello ocurra, un triple impedimento de salida del país, en las siguientes situaciones:

1) cuando figure como obligado(a) alimentario(a) dentro de un proceso de Pensión Alimentaria, conforme el cardinal 14 de la Ley de Pensiones Alimentarias,
2) cuando figure como deudor(a) concursado(a) o quebrado(a) conforme al artículo 763.ch del Código Procesal Civil de 1989 dentro de un proceso de Concurso Civil de Acreedores (contra personas físicas no comerciantes) o según el numeral 863.e del Código de Comercio dentro de un proceso de Quiebra (contra personas físicas comerciantes o personas jurídicas), como efecto automático producto de la sentencia estimatoria del proceso liquidatorio desaparecerá con la normativa concursal de reforma una vez entre en vigencia, salvo que sea dictada como una medida cautelar y;
3) cuando sea dictada una medida cautelar contra un(a) imputado(a) dentro de un proceso penal por cualquier delito donde así se considere apropiado, o bien, con mayor probabilidad, dentro de un proceso penal por delitos penales-concursales tales como el delito de Insolvencia fraudulenta, según el cardinal 241 del Código Penal (antes de que sea eliminado de ese cuerpo legal) o, por el delito de Quiebra fraudulenta o culposa, conforme a las disposiciones del ordinal 238 y 239 respectivamente del Código Penal.

III.- DE LA RESTRICCIÓN MIGRATORIA CONCURSAL EN PARTICULAR:

Tenemos dos tipos de procesos concursales liquidatorios o de eliminación, sea el proceso de Concurso Civil de Acreedores (CCA) diseñado para personas físicas no comerciantes a las que se le llama insolventes, o la Quiebra, diseñado para los personas físicas o jurídicas comerciantes en los términos del cardinal 5 del Código de Comercio a las que se les llama fallidos

[25] Algunas normas relacionadas con el delito concursal de Insolvencia fraudulenta aun vigente están previstas en los numerales 893, 894 y 898 del Código Civil, pues los artículos 889 al 892 fueron derogados por la Lery No. 4327 del 17/02/1969 y los cardinales del 895 al 897 fueron derogados por la Ley No. 7130 del 16/08/1989. Asimismo la calificación de la quiebra que estaba contemplada en los ordimales 916 al 926 del Código de Comercio, fueron derogados por la Ley No. 4327 del 17/02/1969 donde esa calificación compete al juez penal.

o quebrados, cuya declaratoria con lugar, en ambas clasificaciones, acarrean de forma congénita a ese decreto, efectos patrimoniales, efectos personales y efectos penales en la esfera del deudor. Es en la esfera personal del deudor donde se dicta el impedimento de salida del país.

Por un lado, en el proceso de CONCURSO CIVIL DE ACREEDORES (CCA), el cardinal 763.ch del Código Procesal Civil de 1989 (Ley No. 7130) ad literam reza:

> "ARTÍCULO 763.- Declaratoria. La resolución en la que se declare el estado de concurso se dispondrá: (...) ch) Prevención del deudor de 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." (lo subrayado y negrita no es del original)

Por otro lado, en el PROCESO DE QUIEBRA, está el artículo 863.e del Código de Comercio en relación con el artículo 763.ch aplicado por analogía del numeral 818 pfo 2°, ambos del Código Procesal Civil de 1989, el cual ad literam reza:

> "ARTÍCULO 863.- Si la solicitud 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 (actual 763) del Código Procesal Civil lo siguiente: (...) e) 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." (lo subrayado y negrita es suplido)

Ambas regulaciones están reinantes, hasta tanto no se entre en vigencia la nueva legislación concursal mencionada (Ley No. 9957), según la excepción prevista en las disposiciones derogatorias del novísimo cuerpo procesal en el inciso primero del artículo 183.1 del Código Procesal Civil de 2016 (Ley No. 9342).

Lo anterior sin detrimento de que, en las dos categorías de procesos concursales que restan, sea la Administración y Reorganización con intervención judicial (ARIJ) y el Convenio preventivo, se vaya a dictar por alguna circunstancia, medidas cautelares atípicas que impliquen la posibilidad de decretar algún impedimento de salida, lo que sería poco probable o prácticamente nulo, por tratarse de procesos concursales preventivos, cuya facultad para el juez se otorga al amparo de la normativa procesal civil (artículo 92 del Código Procesal Civil de 2016).

En el derecho comparado, en legislaciones foráneas se analizaron como insumo para este estudio, las legislaciones concursales uruguaya, argentina y española.

En Uruguay, la restricción migratoria, no constituye un efecto de la sentencia en la esfera personal del deudor, sino que puede ser considerada como una medida cautelar tomada de oficio o a gestión de parte, conjuntamente o posterior a la declaración del concurso (artículo 23.2[26] Ley de Concurso y Reorganización Empresarial, Ley No. 18.387).

En Argentina, por el contrario, de forma similar a Costa Rica, se establece como un efecto en la esfera personal del fallido en la Quiebra (artículo 103[27] y 102[28] Ley de Concursos y Quiebras. Ley No. 24.522). De ese articulado argentino, por demás interesante, de forma muy valiosa al establecer ciertos parámetros expuestos por el legislador, pueden extraerse las siguientes consideraciones: a) revela más contenido normativo respecto de los efectos personales que la legislación patria, que sólo contempla de forma impositiva la restricción migratoria como efecto de la sentencia, por lo cual, no debe justificarse de ninguna forma dicha restricción, ya que opera de forma automática con la declaratoria del concurso o la quiebra; b) establece un límite

---

[26] **ARTÍCULO 23: MEDIDAS SOBRE LA PERSONA DEL DEUDOR.-** Conjuntamente con la sentencia de concurso o en cualquier momento posterior de los procedimientos, el Juez, actuando de oficio o a instancia de parte, podrá disponer alguna de las siguientes medidas cautelares: 1) Intervención de las comunicaciones del deudor relacionadas con la actividad profesional del giro. Aquellas de carácter privado y personal serán entregadas al titular destinatario. 2) **Prohibición al deudor de cambiar de domicilio y/o de salir del país sin la previa autorización del Tribunal.** En caso de personas jurídicas esta medida podrá ser dispuesta respecto de todos o de algunos de sus administradores o liquidadores. (lo subrayado y negrita es suplido)

[27] **ARTICULO 103: AUTORIZACIÓN PARA VIAJAR AL EXTERIOR.-** Pfo 1: Hasta la presentación del informe general, el fallido y sus administradores no pueden ausentarse del país sin autorización judicial concedida en cada caso, la que deberá ser otorgada cuando su presencia no sea requerida a los efectos del Artículo 102, o en caso de necesidad y urgencia evidentes. Esa autorización no impide la prosecución del juicio y subsisten los efectos del domicilio procesal. Pfo 2: Por resolución fundada el juez puede extender la interdicción de salida del país respecto de personas determinadas, por un plazo que no puede exceder de SEIS (6) meses contados a partir de la fecha fijada para la presentación del informe. La resolución es apelable en efecto devolutivo por las personas a quienes afecte. (lo subrayado no es del original)

[28] **ARTICULO 102.- COOPERACIÓN DEL FALLIDO.-** Pfo 1: El fallido y sus representantes y los administradores de la sociedad, en su caso, están obligados a prestar toda colaboración que el juez o el síndico le requieran para el esclarecimiento de la situación patrimonial y la determinación de los créditos. Pfo 2: Deben comparecer cada vez que el juez los cite para dar explicaciones y puede ordenarse su concurrencia por la fuerza pública si mediare inasistencia. (lo subrayado es suplido)

temporal para la restricción migratoria, hasta la presentación del informe general (informe del Curador o Síndico de la condición del activo y del pasivo), tiempo después del cual, abre un portillo para tramitar una petición de autorización, pero que dentro de ese lapso, de igual forma puede salir del país con la debida autorización del despacho; c) establece que la autorización deberá –de forma imperativa- concederse cuando: i) su presencia no sea requerida para prestar colaboración al síndico o juzgador para esclarecer la situación patrimonial y determinación de los créditos, ii) en caso de necesidad y urgencia; d) la interdicción de salida del país puede extenderse por resolución fundada, lo que en Costa Rica resulta innecesario, pues el impedimento durará todo lo que dure el proceso concursal.

En España, de igual forma se sigue la tendencia de considerar la restricción migratoria como un efecto de la declaración del concurso sobre el deudor (artículo 105[29] del texto refundido de la Ley Concursal, Real Decreto Legislativo 1/2020[30]) remitiendo a la competencia para dictar esa restricción a los Juzgados de lo Mercantil que conocen de la materia concursal (cardinal 86 ter.1[31] de su Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley No. 6/1985). Por la riqueza

[29] **ARTÍCULO 105. EFECTOS SOBRE LAS COMUNICACIONES, RESIDENCIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DEL CONCURSADO.** Los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos y libertades fundamentales del concursado en materia de correspondencia, residencia y libre circulación serán los establecidos en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.(lo aubrayado no es del original).

[30] Esta legislación se verá modificada mediante la Directiva Europea 2019/1023, de 20/06/2019, que tiene que ser adaptada por todos los Estados miembros antes del 17/07/2021. DIRECTIVA (UE) 2019/1023 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20/06/2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

[31] Por su parte el numeral al que se hace referencia en la Ley Orgánica del Poder Judicial de España a la letra dice: **ARTÍCULO 86 TER. 1.** Los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1.º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. 2.º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan

justificativa en dicha ley orgánica española que a diferencia de la regulación legal patria, se echa de menos en la exposición de motivos de la nueva Ley Concursal de Costa Rica, se reproduce in extremis ad literam en lo que interesa, por ser el objeto de nuestra investigación[32].

"EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La reforma concursal exige una modificación muy profunda de la legislación vigente, tanto en su aspecto sustantivo como en el procesal, algunas de cuyas medidas han de tener el rango de ley orgánica. Esta Ley Orgánica recoge aquellas disposiciones de la reforma concursal que, por su naturaleza o por afectar a normas vigentes de ese carácter, requieren dicho rango.

La primera de estas disposiciones se refiere a los derechos fundamentales del deudor. Tradicionalmente, la declaración de insolvencia ha producido efectos sobre la persona del deudor, que incluso podían consistir en el arresto del quebrado. La reforma concursal ha de orientarse, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, en el sentido de atemperar el rigor de esos efectos, suprimir aquellos de carácter represivo y limitarse a establecer los necesarios desde un punto de vista funcional, en beneficio de la normal tramitación del procedimiento y en la medida en que ésta lo exija, confiriendo al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso; pero es inevitable que en algunos supuestos esos efectos alcancen a derechos fundamentales de la persona del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio y libre residencia y circulación por el territorio nacional.

---

modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral. 3.º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. 4.º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el número 1.º y sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan decretar los árbitros durante un procedimiento arbitral. 5.º Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita. 6.º Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento. (..)" (lo subrayado es suplido)

[32] https://www.boe.es/boe/dias/2003/07/10/pdfs/A26901-26905.pdf

> La intervención de las comunicaciones, la imposición del deber de residencia y la entrada en el domicilio son medidas que, tanto en los supuestos de suspensión como en los de intervención del ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado, pueden resultar necesarias para la normal tramitación del procedimiento, pero que siempre ha de adoptar el juez con las debidas garantías y motivando en todo caso la procedencia de la resolución.
>
> El arresto domiciliario del concursado ha de contemplarse, además, sólo como medida extrema en aquellos casos en que infrinja el deber de residencia, incumpla la prohibición de ausentarse sin autorización judicial o existan motivos fundados para temer que lo haga. (...)" (lo subrayado y cursiva es suplido)

De las anteriores transcripciones normativas de las legislaciones uruguaya, argentina y española, es factible concluir: a) el Juez concursal es el competente para conocer y dictar de forma fundamentada, como eventual medida cautelar asociado a los efectos de la declaratoria de concurso en la esfera personal del deudor, aquellas que resulten razonables, proporcionales y oportunas para los propósitos del concurso, entre ellas, pero no limitadas, a la restricción migratoria o libre circulación fuera del país del deudor, b) la restricción migratoria concursal per se, no es violatoria de los derechos fundamentales del concursado, cuya idea distorsionada se ha procurado traer a la palestra, y su abrogación abrupta como un efecto automático, connatural, inherente o congénito de la declaración con lugar de la apertura del concurso en la nueva Ley Concursal, no contempló un análisis pausado de las inconveniencias que podría generar su eliminación en lugar de su valorar la conveniencia sobre su permanencia en ese cuerpo legal, c) quizás pudo matizarse, como lo muestra la legislación concursal argentina, un límite temporal preliminar del impedimento de salida del país, durante la etapa inicial del proceso concursal, cuando se requiere armar el rompecabezas de cuáles son todos los acreedores, si hay o no grupos de interés económico involucrados, si efectivamente se presentó toda la documentación requerida en el expediente, etc., pero si esa persona, abandona desde un inicio el país, porque no se dictó medida cautelar junto con la resolución inicial, ¿a quién le pide el juez, interventor, curador o administrador según sea el caso, esa información o pruebas faltantes o incompletas?, es complicado. Ese deber de colaboración pierde contenido práctico.

IV.- IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE ESTABLECE EL IMPEDIMENTO DE SALIDA:

Es conveniente realizar una serie de precisiones cuando se habla de impugnación en procesos concursales, que siguen algunas disposiciones distintas de las reglas generales de otros tipos de procesos civiles.

Las resoluciones judiciales están reguladas en el cardinal 58 del Código Procesal Civil de 2016, bajo cuya clasificación tripartita; i) las Providencias (resoluciones de mero trámite) no tienen recurso alguno (artículo 65.9 Código Procesal Civil de 2016), ii) los Autos (contienen un juicio valorativo) tienen el recurso de Revocatoria (artículo 65.1 Código Procesal Civil de 2016) y recurso de Apelación según una lista taxativa de autos apelables (artículo 67.3 Código Procesal Civil de 2016) y, iii) las Sentencias (deciden cuestiones debatidas independientemente de si se trata de un proceso contencioso o no –actividad judicial no contenciosa-) tienen una Regla donde cabe el recurso de Apelación contra las sentencias dictadas en procesos Ordinarios de menor cuantía y en otro tipo de procesos –por ejemplo sumarios, monitorios, sucesorios- (artículo 67.1 Código Procesal Civil de 2016) y el recurso de Casación contra sentencias dictadas en procesos Ordinarios de mayor cuantía, en procesos Inestimables como lo es el proceso concursal (artículo 35.3.9 Código Procesal Civil de 2016) o cuando dicho recurso quepa por disposición legal (artículo 69.1 Código Procesal Civil de 2016) y como Excepción dependiendo de si la sentencia que decreta la apertura de un Concurso Civil de Acreedores o una Quiebra, tendrá el recurso de Revocatoria o de Casación, pero sí deniega la apertura del Concurso o la Quiebra, sólo cabe Revocatoria y Apelación (artículo 764 pfo 1° Código Procesal Civil de 1989).

Ahora bien, siguiendo esa línea argumentativa, podría concluirse sin mayor esfuerzo que, la nueva codificación procesal civil, no estableció supuestos legales adicionales de impugnación de autos apelables mediante recurso de Apelación en materia concursal, quedó a la espera de la nueva ley concursal (artículo 183.1 Código Procesal Civil de 2016), limitándose a reformar el régimen recursivo en el proceso precautelar del Convenio Preventivo o de los procesos de eliminación del Concursal Civil de Acreedores o la Quiebra (artículo 758 y 764 ambos respectivamente del Código Procesal Civil de 1989).

Tomando en consideración lo dicho hasta ahora, se podría conocer por parte del despacho concursal sobre la impugnación relacionada con el tema la restricción migratoria concursal, en dos hipótesis concretas.

Por una parte, cuando se dictó la Sentencia declarando la apertura del proceso concursal (CCA o Quiebra), dicha sentencia tiene por norma especialísima el recurso de Revocatoria y Casación, donde el impedimento de

salida, es uno de los otros tantos efectos inherentes a la sentencia (artículo 763.ch del Código Procesal Civil de 1989 y 863.e del Código de Comercio), de modo que, puede impugnarse el fallo cuando, obviamente cuando no fue el mismo deudor el promovente del proceso liquidatorio (artículo 65.2 y 65.6 del Código Procesal Civil de 2016), sino cuando el proceso lo instauró algún acreedor. En ese sentido, con la impugnación de la sentencia en su totalidad, mediante el recurso de REVOCATORIA o de CASACIÓN, el deudor puede conseguir que se desestime el proceso concursal en su contra y dentro de dichos efectos, la restricción migratoria dictada en su contra, la que a criterio de la persona juzgadora puede hacerse efectiva ante las autoridades de la DGME, aunque no esté en firme la resolución. Así las cosas, no guarda ningún sentido lógico que, si el deudor promueve su propia insolvencia o quiebra, no acepte que uno de los efectos que acarrea esa gestión, sea la de no salir, es decir, no puede aceptar los "beneficios" de interponer un proceso liquidatorio, pero no el impedimento de salida del territorio nacional no afecte su esfera personal.

Por otra parte, cuando una vez decretado el Concurso Civil de Acreedores o la Quiebra contra persona física, el deudor insolvente o quebrado gestiona ante el Juzgado Concursal, una autorización para salir del país y el despacho mediante un Auto, le deniega dicha diligencia. En ese caso, existen dos interpretaciones para determinar, además del recurso de REVOCATORIA inherente a todo auto revocable, ¿si cabe o no impugnación de dicha resolución mediante el recurso de APELACIÓN como auto apelable? El primer criterio de interpretación lo maneja la suscrita ex juzgadora en esa materia mediante el cual, ante una petición de autorización de salida del país denegando el permiso temporal de salida, lo resuelto en ese Auto no tiene recurso de Apelación y el segundo criterio, proviene ciertamente del Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, con competencia nacional como órgano superior del Juzgado Concursal, que echa mano, para determinar si ese auto es apelable o no lo es, en primer término indicado el principio de taxatividad impugnaticia en materia concursal y en segundo término, de forma excepcional, recurriendo con la aplicación analógica de los otros procesos concursales de naturaleza preventiva o curativa a los procesos liquidatorios que regulan como supuesto de apelación, lo referido a las "autorizaciones" que se soliciten dentro de ese tipo de procesos precautelares, situación que cuestionamos por su distinta naturaleza y fines como procesos universales.

Curiosamente, el Tribunal colegiado de segunda instancia, dentro de un mismo expediente, respecto de dos temas diversos, aplicó una línea uniforme para inadmitir la apelación y en la siguiente para admitirla. Veamos.

En el primer caso, el impugnante como deudor promovente del proceso de Concurso Civil de Acreedores, objetó la comunicación al Ministerio Público para que investigara si la Insolvencia decretada en sede concursal, podría constituir a su vez en sede penal, un delito de Insolvencia fraudulenta al amparo de lo estatuido en el cardinal 817 del Código Procesal Civil de 1989. Aunque dichas consideraciones de informar a la Fiscalía formaron parte de la sentencia que declaró con lugar el Concurso Civil de Acreedores, en el fondo, a criterio del Tribunal colegiado, ese tema se trataba de un pronunciamiento autónomo con carácter de Auto y por ende, carente del recurso de Apelación, en virtud del principio de taxatividad impugnaticia, lo que ciertamente tiene sentido, si se analiza desde ese ángulo, abstrayéndolo del fallo como una unidad.[33]

En el segundo caso, ese mismo deudor impugnó el rechazo de su gestión de salida del país, puesto que la norma le exige solicitar esa autorización expresa ante el Juzgado Concursal y que, al no contarse con disposiciones concretas al respecto, el tribunal admitió el recurso de Apelación por inadmisión aduciendo que, conforme a normas relacionadas sobre autorizaciones previstas tanto en el proceso preventivo de Administración con Intervención Judicial (artículo 741.6 del Código Procesal Civil de 1989) como en el proceso curativo del Convenio preventivo (artículo 758.4 ibídem), el recurso de apelación por inadmisión era admisible.[34] Ya entrando a conocer la

---

[33] "**III.** En materia concursal, rige el principio de taxatividad de los autos apelados. Por ende, solo admiten tal recurso aquellos expresamente previstos por el legislador. Ninguna norma propia del Concurso Civil de Acreedores, o bien las que por remisión pueden aplicársele, conforme al artículo 818 del Código Procesal Civil, en particular sus numerales 758 y 741, admiten la apelación contra la resolución que ordene remitir comunicación al Ministerio Público para que investigue si existe una insolvencia fraudulenta, conforme al citado artículo 817 C P C. En conclusión, este pronunciamiento carece de alzada. No está de más indicar que, en todo caso, lo resuelto ha dejado de tener interés, por cuanto la propia parte solicitante ha acreditado, en su escrito presentado a las 11:31:08 horas del 26 de agosto de 2019, conforme consta en el escritorio virtual del Juzgado Concursal, que la jurisdicción penal ya dictó el desistimiento de la denuncia contra el insolvente, mediante resolución del Juzgado Penal de I Circuito Judicial de San José, de las 16:08 horas del 21 de agosto de 2018." (lo subrayado es suplido) TRIBUNAL SEGUNDO DE APELACIÓN CIVIL DE SAN JOSÉ, Sección Segunda, Resolución No. 494 de las 15:52 horas del 29/08/2019. https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-950183

[34] "**IV)** Asiste razón al recurrente. Si bien en esta materia impera el principio de taxatividad de las resoluciones apelables, supuestos que derivan directamente de las normas concursales, y sólo excepcionalmente cabría recurrir a la legislación general del Código Procesal Civil para los demás previsiones apelables, en virtud de lo estatuido en el artículo 818 del Código Procesal Civil (1989), resulta atinada, mediante integración normativa, la aplicación para el Concurso Civil de Acreedores, de lo regulado tanto para la Administración y reorganización con intervención judicial como del Convenio Preventivo. Esa ha sido la interpretación inveterada de

apelación de derecho, el tribunal consideró básicamente que la restricción domiciliar conculca la libertad de tránsito del concursado y que la autorización pueda ser concedida en determinados casos, sugiriendo algunos parámetros tales como: "el arraigo del concursado, los efectos patrimoniales de que tendría dicha salida para los intereses patrimoniales de los acreedores y si es conveniente o no su salida"; con la finalidad de que la persona juzgadora los tome en consideración a la hora de valorar su concede o no dicha autorización.[35]

Las razones por las cuales, no se comparte el criterio del superior jerárquico subyace en varios elementos a considerar, en donde el órgano colegiado acoge las consideraciones argumentativas del apelante, basado en aspectos que trajo a la palestra en segunda instancia y dentro de la audiencia

---

este Tribunal y Sección, y prueba de ello puede observarse en este mismo expediente con ocasión del voto 494-19, considerando III. Pues bien, allende las consideraciones de medida tutelar y demás interpretaciones constitucionales y supraconstitucionales expuestas por el recurrente, en concreto para el Concurso Civil de Acreedores, es de aplicación, además del 764, los ordinales 741 y 758 de esa legislación procesal civil. En lo de interés, el inciso 4 del artículo 758 ibidem, dispone: *"Las resoluciones que se dicten tendrán recurso de revocatoria y, con las excepciones resultantes de la ley únicamente cabrá el de apelación contra las siguientes: 4. La que resuelva sobre* ***autorizaciones*** *(…)"* (la negrita ha sido suplida por el Tribunal." (lo subrayado es suplido) TRIBUNAL SEGUNDO DE APELACIÓN CIVIL DE SAN JOSÉ, Sección Segunda, Resolución No. 134 de las 14:59 horas del 14/02/2020. Apelación por inadimisión.

[35] "**III)** De la revisión del expediente, se observa que para el día 9 de agosto del año 2019, el apoderado del concursado solicitó autorización judicial del inciso ch) del 763 del Código Procesal Civil, para realizar un viaje con su familia a New York, Estados Unidos, del 25 de diciembre del 2019 al 06 de enero del año en curso, para que el hijo del concursado conociera la nieve, gastos que serían cubiertos por la esposa del señor Corrales Bermúdez. En la resolución recurrida, la juzgadora rechazó dicha solicitud al encontrarse pendiente un proceso concursal, donde se deben afrontar obligaciones. **IV)** Considera esta Cámara que lo resuelto conculca el derecho de defensa, por lo siguiente: la restricción domiciliar del concursado según el precepto 763 inciso ch) del Código Procesal Civil de 1989, es una disposición legal que limita la libertad de tránsito, la cual debe interpretarse de manera restrictiva, pero ello no impide que la autorización de salida del país pueda ser concedida en determinados casos, para lo cual es necesario valorar aspectos como el arraigo del concursado, los efectos patrimoniales que tendría dicha salida para los intereses patrimoniales de los acreedores y si es conveniente o no su salida. En este caso, la juzgadora no realizó un análisis detallado del asunto para rechazar la gestión, las razones dadas en ésta, únicamente se basan en las obligaciones pendientes y el interés de los acreedores; no obstante, ello no era lo único que debía valorar. Esto es contrario a la norma 28.1 del Código Procesal Civil del 2016 que señala que las resoluciones deben ser claras, congruentes con lo solicitado o previsto por la ley, lo que en este caso no se dió y que genera indefensión al gestionante, norma 32.1 del Código citado." (lo subrayado no es del original) TRIBUNAL SEGUNDO DE APELACIÓN CIVIL DE SAN JOSÉ, Sección Segunda, Resolución No. 364 de las 14:12 horas del 15/05/2020.

para expresar agravios y que en esencia, ninguno de ellos fueron esgrimidos cuando peticionó la autorización, tales como argumentos de índole procesal penal tendientes a que se permita la salida del país y además, el tribunal mezcló supuestos legales de autorizaciones que el legislador previó para procesos concursales preventivos o curativos, que no consideró oportunos ni pertinentes para los procesos liquidatorios. Me explico.

En primer lugar, el tribunal colegiado realiza una mezcla de tipos de procesos concursales cuando cada tipo de proceso tiene su razón de ser, es decir, para los procesos concursales liquidatorios, el congresista previó como efecto propio y connatural, la restricción migratoria (artículo 763.ch del Código Procesal Civil de 1989 y 863.e del Código de Comercio), misma que no opera por inconsecuente en los procesos precautelares. De manera tal que, cuando estos últimos procesos, regulan el tema de las autorizaciones, lo hace en otro contexto completamente diferente y por esa sencilla razón, habiendo una aparente analogía legis, empero no existe paridad de razón entre ambos tipos de procesos precautelares con los liquidatorios.

En segundo lugar, el tribunal colegiado mezcla la materia procesal penal con la procesal civil y el código mercantil, que parten de teorías iusfilosóficas distintas, es decir, en sede procesal penal, como se explicó supra, el impedimento de salida, se da a raíz de una medida cautelar debidamente razonada, discrecional y proporcional que el Juez Penal considera necesaria para los fines del proceso penal, partiendo de principios procesales penales de inocencia, in dubio pro reo, y demás aspectos, contrarios a los principios concursales tales como el principio de universalidad del patrimonio, pars conditio creditorum, protección del crédito, entre otros, y en cambio, en sede civil-concursal, el impedimento de salida es producto de un efecto personal en la esfera del deudor insolvente o quebrado que por disposición legal, no conlleva a ningún criterio valorativo, sino que se da de forma automática e imperativa junto con la declaratoria de apertura del proceso liquidatorio. En ese equilibrio de intereses entre el deudor y los acreedores, la persona juzgadora debe tomar en consideración, no sólo la postura y los deseos del gestionante de autorización de salida del país, sino también los intereses de los acreedores, en completo apego del principio de igualdad procesal (artículo 2.1 del Código Procesal Civil de 2016), sobre todo si las razones externadas para salir del territorio patrio, no resultan convincentes o adecuadas a los propósitos del proceso concursal y de las consecuencias de una decisión jurisdiccional tomada a la ligera.

En tercer lugar, la lógica jurídica impone que el cuadro fáctico y la carga de la prueba para sustentar fundadamente cualquier petición de autorización

de levantamiento del impedimento de salida del país, es el gestionante, pues la restricción migratoria es oficiosa desde que se decretó la apertura del proceso liquidatorio del Concurso Civil de Acreedores o la Quiebra, según corresponda, y no como puede acaso pretender cualquier gestionante, que sea el Juzgado quien se dedique a encontrar motivos y además fundamentarlos para que no abandone el país, lo que violenta el principio de imparcialidad e imparcialidad de la persona juzgadora (artículo 4.1.2 del Código Procesal Civil de 2016).

En cuarto lugar, amparado al principio de taxatividad impugnaticia, en caso de rechazarse la gestión de salida y se impugna esa resolución, ese Auto no tiene apelación conforme a las disposiciones establecidas en la ley procesal civil especial (artículo 65.1, 67.1 y 67.3 del Código Procesal Civil de 2016) o la legislación procesal civil especialísima (artículo 764 del Código Procesal Civil de 1989).

En quinto lugar, porque la aludida violación a la libertad de tránsito como bien lo establece la Carta Magna, no es un derecho irrestricto, sino que opera si y solo si, el ciudadano se encuentra libre de toda responsabilidad y, las deudas concursales de perogrullo, imponen a ese deudor concursado afrontar sus obligaciones, las que por no haber honrado en la forma y tiempo debidos, por las razones que sean, derivaron en la existencia de un proceso concursal en su contra, indistintamente de si él mismo o sus acreedores interpusieron el proceso liquidatorio, lo cual carece de toda relevancia para determinar que por haber interpuesto él mismo el proceso, per se: i) va a abandonar el país con o sin intención de regresar en caso de que se autorice su salida, ii) el concurso o la quiebra no tiene tintes de fraudulento o culposo según corresponda. Nada es inmutable, para prejuiciar al juzgador(a) en una u otra dirección, sino debe analizarse a la luz de cada caso en concreto.

En sexto lugar, a diferencia de lo que acontece con la restricción migratoria penal, al ser dictada en esa sede como una medida cautelar, permite al interesado, gestionar un permiso temporal de salida rindiendo una caución para que se autorice su salida, y en sede alimentaria, la autorización queda supeditada al depósito de sumas y por conceptos puntuales –o bien, con la autorización de la parte acreedora-, y en ambos supuestos, caución y depósito de 12 mensualidades, aguinaldo y salario escolar (especie de caución más específica y cuantificable) constituyen, a los propósitos del proceso judicial respectivo (penal o alimentario), una garantía en caso de que el petente del levantamiento del impedimento de salida no reingrese al país luego de superado al lapso de autorización. Esta garantía no existe ni está regulada en el ámbito concursal, ni tampoco existe un parámetro objetivo para fijarla, lo

que, constituye un riesgo muy alto para un juez que autorice la salida del país del concursado o fallido y que éste no regrese, y no quede para los acreedores al menos la posibilidad de cobrar esa caución a título de daños y perjuicios en el mejor escenario o exija a la persona juzgadora responsabilidad civil porque el deudor desapareció del todo, dejando a sus acreedores, su arraigo y todos los argumentos expuestos para justificar su salida y supuesto retorno, completamente a la deriva. En la mayoría de los procesos, el deudor tiene urgencia en que se decrete el concurso o la quiebra, para liberarse del ahogos inmediatos o inminentes de sus múltiples deudas, pero se muestra absolutamente pasivo, cuando se requiere su colaboración para la práctica del inventario de sus bienes por parte del notario inventariador, o bien, para la verificación de los créditos, prácticamente obstaculizando o retrasando in extremis, las funciones del curador concursal, en evidente abuso procesal de su parte (artículo 6 del Código Procesal Civil de 2016) y, además, ¿busca ese mismo deudor que se le premie su conducta procesal con una autorización superficial de salida del país?. En definitiva, no es una decisión fácil para el juzgador(a).

La nueva legislación concursal, sistematizará el elenco taxativo de autos apelables entre los que se refieren a la posibilidad de impugnar una eventual medida cautelar relacionada con un impedimento de salida del país del concursado (artículo 57.3 LCCR), porque como se ha expuesto reiteradamente, la restricción migratoria, no seguirá siendo un efecto directo, inmediato y connatural en la esfera del deudor con la declaratoria del concurso, haciendo extensivas por lo tanto, las consideraciones que vierte el juez penal para permitir la salida del imputado cuando dictó medida cautelar en ese sentido.

V.- DE LA JUSTIFICACIÓN PARA LA RESTRICCIÓN AL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE TRÁNSITO:

La libertad de tránsito es un derecho fundamental consagrado en el cardinal 22 de la Constitución Política que contempla una regla y su correlativa excepción. La norma ad literam establece: "ARTÍCULO 22.- 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. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país." (lo subrayado es propio)

Esta libertad de tránsito, ambulatoria, de circulación o de movimiento no es un derecho ilimitado, y sólo mediante una resolución judicialmente declarada y debidamente fundamentada podría respecto de esa libertad personal, limitarla impidiendo que abandone el territorio nacional, o bien,

restringirla de forma más coactiva, mediante privación de libertad, lo que no es lo es lo mismo. Esa libertad personal, suele desarrollarse doctrinaria y jurisprudencialmente con frecuencia sólo respecto de la segunda acepción y en el ámbito penal, aunque valga reiterar, podrían dictarse restricciones a la libertad personal en sede civil, alimentaria, laboral.

Las limitaciones a la libertad personal para el justiciable, pueden producirse bajos dos circunstancias: A.- mediante el IMPEDIMENTO DE SALIDA DEL PAÍS decretado en: 1) sede alimentaria como efecto procesal del auto (fijación provisional) o de la sentencia (fijación definitiva) según el estadio procesal donde se imponga la restricción (artículo 14 de la Ley de Pensiones Alimentarias), 2) sede concursal como efecto procesal de la sentencia en la esfera personal del concursado o fallido (artículo 763.ch del Código Procesal Civil de 1989 y 863.e del Código de Comercio), 3) sede penal (artículo 244.d del Código Procesal Penal); B.- mediante PRIVACIÓN DE LIBERTAD decretada: 1) de forma provisional durante el procedimiento penal como medida cautelar (artículo 238 del Código Procesal Penal), 2) de forma definitiva durante el plazo señalado en el tipo penal infringido como condena con pena privativa de libertad.

La norma regula que todo costarricense puede trasladarse dentro o fuera de la República mientras se encuentre "libre de responsabilidad", frase cuyos alcances la propia Sala Constitucional ha delimitado así:

> "II.- Es jurisprudencia reiterada de la Sala que la libertad de movimiento puede ser limitada, cuando la persona no se encuentre libre de responsabilidad. El concepto "libre de responsabilidad" a que hace referencia el artículo 22 de la Constitución Política, ha dicho la Sala que es el presupuesto de limitación a esa libertad genérica, "debiendo entenderse en sentido limitado y restringido que el individuo está en esa situación, cuando existe la necesidad de asegurar su presencia en aquellos actos jurídicos cuyo cumplimiento depende de su asistencia personal". (Ver entre otras la sentencia número 2048-94 de las 9:06 horas del 29 de abril de 1994 y la 120-91 de las 14:04 horas del 16 de enero de 1991)."[36]

En sentido similar, al analizarse el impedimento de salida del país como medida cautelar dictada dentro de un proceso penal cuya temporalidad de la medida está en clara dependencia de la duración del proceso sin sujeción a la posibilidad de gestionar, si así se considera necesario, una autorización para

[36] SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 11642-2001 de las 15:14 horas del 13/11/2001 https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-258239

abandonar el país de forma provisional y previa caución del imputado. Al respecto la Sala ha considerado como sigue:

> "III.- Sobre el fondo. En reiteradas oportunidades este Tribunal se ha referido a la materia, considerando que la libertad de tránsito puede verse legítimamente restringida por la medida cautelar del impedimento de salida del país, la cual, no es más que una consecuencia misma del proceso penal, que no requiere mayor fundamentación que la existencia de este proceso y puede prorrogarse hasta su finalización. (...). El impedimento de salida del país constituye una legítima restricción a la libertad de tránsito, mediante la cual el juez asegura los fines del proceso y la acción de la justicia..." (...) Por consiguiente, a criterio de la Sala, la libertad de tránsito puede verse legítimamente restringida por la medida cautelar del impedimento de salida del país, la cual, no es más que una consecuencia misma del proceso penal, que no requiere mayor fundamentación que la existencia de este proceso. Así las cosas, el examinar si la resolución que dictó el impedimento de salida del país se encuentra debidamente fundamentada, no tiene interés alguno, por cuanto basta para su procedencia, el hecho de que al amparado se le siga causa penal por el delito de administración fraudulenta, el cual constituye motivo suficiente para su procedencia. Sin embargo, lo anteriormente expuesto, no excluye como bien lo indica el Juzgado recurrido, que el amparado pueda solicitar un permiso temporal de salida del país y ser éste concedido eventualmente, dependiendo de la valoración del caso de estudio sometido al juez, fijándose en estas circunstancias, una caución real como garantía de su regreso al país. (...)." (lo subrayado y negrita no es del original).[37]

Ahora bien, sobre la restricción migratoria en tratándose del círculo concursal, la Sala también reconoce y admite como válida esa regulación normativa particular, por cuanto con el concursado o fallido, no puede ignorar que su condición jurídica para exigir esa libertad de tránsito, está supeditada a que se encuentre libre de responsabilidad, y en términos generales, el

[37] SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 228-2006 de las 14:30 horas del 24/01/2006, https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-347565. En igual sentido véase SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 9515-2002 de las 14:38 horas del 02/10/2002, https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-255212, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 15854-2005 de las 15:40 horas del 22/11/2005, https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-350017

proceso concursal liquidatorio es una excepción a esa regla. La Sala ha dicho al respecto lo siguiente:

> "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 derecho. (...)." (lo subrayado y negrita es propio)[38]

En contrapartida, la restricción migratoria alimentaria, cumple un propósito tutelar de los intereses del beneficiario alimentario, que muchas veces se le asigna un carácter o connotación –en nuestro criterio incorrecta- como medida cautelar[39], para impedir que el obligado alimentario se disuada

[38] SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 2043-2001 de las 15:33 horas del 14/03/2001 https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-151875

[39] NASSAR GUIER, Rodolfo. (2015). *La restricción migratoria como medida cautelar en la Ley de Pensiones Alimentarias*. Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Estatal a Distancia, 2015, Pág. 49, http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/120809/1608/1/La%20Restricci%C3%B3n%20Mig

de salir por lo que en muchas ocasiones se considera una garantía desproporcionada para poder gestionar el permiso de salida, o para evitar que no regrese del todo al país, o en definitiva para procurar incumplimientos futuros. Decimos que no es una medida cautelar por cuanto, si lo fuera, por ejemplo, se levanta la "medida cautelar de restricción migratoria" por un tiempo determinado, y luego de ese lapso, no podría reiterarse la medida, conforme a la legislación procesal civil que establece que una vez levantada la medida cautelar existe una imposibilidad de reiterarla (artículo 84 del Código Procesal Civil de 2016 y 68 de la Ley de Pensiones Alimentarias), lo que no es cierto, pues cada vez que el obligado alimentario salga del país debidamente autorizado para ello, debe rendir garantía para ese propósito.

En resumen, de los tres tipos de restricción migratoria analizados, según la gradualidad de atenuación de la restricción, tenemos:

1. en primer lugar, el impedimento de salida del país decretado en sede penal es el menos gravoso por estos motivos: a) se trata de una medida cautelar ordenada de oficio o acogida la petición del Ministerio Público, b) su imposición es facultativa por parte del despacho jurisdiccional, c) la restricción permanecerá únicamente durante el tiempo que dure el proceso, d) los parámetros para levantar dicho impedimento son discrecionales y no impositivos ex lege para la persona juzgadora, e) la caución propia de las contracautelas, no tiene montos fijos a los cuales apegarse por parte del juzgador(a);
2. en segundo lugar, la restricción migratoria dictada en sede de alimentos, tiene una graduación media de gravedad por estos motivos: a) se trata de un efecto propio de la sentencia que establece la exigencia de pagar pensión alimentaria por parte del obligado alimentario, b) los parámetros para el levantamiento son objetivos, a saber en dos supuestos legales: i) si la parte actora lo autoriza, ii) si se satisfacen los criterios pecuniarios, claramente establecidos de antemano por el parlamentario, c) la concesión del levantamiento resulta a todas luces, ajena a la discrecionalidad del juzgador(a) a cargo del expediente si se cumplen los requisitos para otorgar el permiso de salida, d) los requisitos pecuniarios una vez cumplidos, permiten sin mayor contratiempo y dilación judicial, autorizar al petente, e) la restricción migratoria durará como máximo hasta que el beneficiario alimentario alcance la mayoridad o los 25 años si estudia, salvo claro está, que se trate de forma excepcional de aquellos

ratoria%20como%20medida%20cautelar%20en%20la%20Ley%20de%20Pensiones%20Alimentarias.pdf

casos de discapacidad que involucre una asistencia económica por toda la vida del alimentario o en caso de que el beneficiario deje de necesitar la pensión alimentaria impuesta a su favor (artículo 173.2 y 173.5 del Código de Familia y 575 del Código Civil), f) una vez acaecido el hecho generador para extinguir la obligación alimentaria, se termina el proceso, sin posibilidad de reabrirlo;

3. en tercer lugar, está la restricción migratoria dictada en sede concursal tiene la graduación más gravosa por estos motivos: a) se trata de un efecto propio de la sentencia que establece la exigencia de pagar a sus distintos acreedores debidamente reconocidos y/o legalizantes, b) los parámetros objetivos para el levantamiento no fueron regulados por el congresista al momento de fijar el impedimento de salida, c) la concesión del levantamiento queda al arbitrio de del juzgador(a) a cargo del expediente tomando en consideración las justificaciones expuestas por el petente del permiso de salida, los intereses de los acreedores y las razones para denegarlo si no procede, d) los requisitos para acoger la autorización de salida o para denegarlos, no han sido tampoco puntualizados ni sugeridos de manera uniforme por la jurisprudencia rectora de la materia concursal, atendiendo a cada caso en concreto, e) la restricción migratoria durará todo el tiempo que dure el proceso liquidatorio activo en el despacho, f) las formas de extinción del proceso de eliminación, salvo por el pago total de la deuda a todos los acreedores, permite la posibilidad de reabrir el proceso e interponer la restricción migratoria nuevamente.

En todas las hipótesis, el interesado puede gestionar ante el despacho judicial una autorización temporal de salida del territorio patrio por un tiempo, normalmente relativamente corto e indistintamente de las razones proporcionadas para salir (verbigratia trabajo, salud, capacitación, vacacionales, etc.). La persona juzgadora por su parte, puede tomar en cuenta para conceder la petición de autorización, que el solicitante tenga, entre otros factores a considerar, arraigo, núcleo familiar, negocios, bienes muebles e inmuebles registrables o no registrables, trabajo estable en el país, la rendición de una garantía de considerarlo necesario.

VI.- DE LA CONSULTA SOBRE LA EXISTENCIA DE IMPEDIMENTOS DE SALIDA DEL PAÍS:

En nuestro país, el despacho concursal[40] hasta reciente data en el año 2019, utilizaba machotes de los Oficios físicos con el propósito de ser enviados a la Dirección General de Migración y Extranjería (DGME), entidad gubernamental encargada de la fiscalizar el ingreso y egreso internacional de personas. Dicho oficio en la actualidad -a partir de diciembre de ese mismo año-, fue sustituido por la inclusión directamente en la plataforma informática del Sistema de Obligados Alimentarios y Penal (SOAP) a fin de que en tiempo real, una vez incluido dicho impedimento, se refleje en todas las fronteras migratorias (aeroportuarias, marítimas o terrestres). La dependencia del Poder Judicial encargada de llevar ese Índice de Obligados recae en el Registro Judicial, quien coordina con Migración la logística interinstitucional entre ambos Poderes de la República.

En esa misma línea, con la intención de garantizar que el deudor insolvente o quebrado (en adelante deudor concursado) no salga del país con la inmediatez que produce el sistema informático SOAP, se envían además, Oficios a una institución bancaria local llamado Banco de Costa Rica, como delegado de la DGME, quien emite pasaportes en algunas sucursales de todo el país (BCR-Pasaportes), en asocio con la oficina gubernamental de Correos de Costa Rica, pues el insolvente o quebrado, puede gestionar la obtención o renovación de un pasaporte (en las sucursales del BCR y el envío por Correos) sin acudir a Migración, facilitando su salida del país por métodos no tradicionales (aéreos) a fin de que no se facilite esa salida.

Cabe destacar que antes de la utilización del sistema informático del SOAP, el diligenciamiento de los Oficios dirigidos a la DGME, era llevada a cabo por quien ejerciera el cargo de Curador concursal, con el inconveniente de que, por distintas razones, suele retardarse en demasía dicho nombramiento y en el ínterin, era sumamente factible de que el insolvente o el quebrado, salieran a su total antojo del país, las veces que así lo requirieran, sin que el despacho se enterara de ello, pues obviamente, de pedir autorización al Juzgado, conforme a las normativas transcritas, corría el riesgo de que le fuera denegada la gestión. Habiéndose superado el escollo de quien diligencie el Oficio a Migración, se realiza casi de inmediato esta gestión prácticamente desde el momento en que se firma la resolución que declara la apertura del proceso liquidatorio concursal.

---

[40] Juzgado Concursal con competencia a nivel nacional a partir del 2018 (Artículo III, Sesión de Corte Plena No. 1-18 del 15/01/2018)

La mayoría de los asuntos de impedimentos de salida del país provienen de los procesos de Concurso Civil de Acreedores (insolvencia de personas físicas no comerciantes) que se han multiplicado in extremis en el juzgado por la ola de insolvencias que tramitan los deudores y de los cuales, la prensa escrita o televisiva ha sugerido este tipo de procesos como un paliativo a los deudores que se encuentran sobreendeudados, lo que va a repercutir en la cantidad de procesos que se proyectará que ingresarán al despacho concursal este y el próximo año, aunado a la coyuntura de la Pandemia por el COVID-19 que ha dejado a múltiples ciudadanos en desempleo. En el futuro este tipo de procesos será tramitado con la legislación concursal de reforma como pequeños concursos si el deudor tiene menos de 10 acreedores.

El Juzgado Concursal como despacho judicial que emite impedimentos de salida del país, está igualmente supeditado a las Circulares institucionales relacionadas con la actualización constante en el uso del Sistema del SOAP (Circular No. 174-2016[41]), así como con la responsabilidad que acarrea la introducción de datos inexactos que impidan la salida del país por error a una persona nacional o extranjera, asumiéndose al efecto, las consecuencias disciplinarias y civiles de que dichas inexactitudes se deriven (Circular No. 003-2020[42]) y de la cooperación que ha de mediar entre el Poder Judicial y la DGME para tales propósitos (Circular No. 004-2020[43]).

Los datos que se incluyen en el sistema SOAP -y que constata en tiempo real la DGME-, se relacionan con la siguiente información de rigor: la respectiva materia (penal, concursal, pensiones alimentarias), el despacho que ordena el impedimento de salida, el número de expediente, la resolución que ordena la restricción migratoria, el nombre completo de la persona limitada para salir del territorio nacional, los datos de identificación de la persona (cédula de identidad, pasaporte u otros de similar contenido), los rangos de fechas del impedimento si es temporal o total, la nacionalidad y la fecha de nacimiento, a fin de evitar o minimizar las inconsistencias entre lo incluido en el sistema y la

[41] SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE, Circular No. 174-2016. Asunto: Reiteración de la circular N° 16-2016 *Obligación de mantener debidamente actualizada la información en el Sistema de Obligados Alimentarios y Penal (SOAP)*, https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/avi-1-0003-5361

[42] SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE, Circular No. 003-2020. Asunto: Reiteración de circulares referentes al Sienma de Obligados Alimentarios, Penal y Menores de Edad (SOAP) del 16/01/2020, https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/avi-1-0003-6584

[43] SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE, Circular No. 004-2020. Asunto: Segundo Addendum al Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Poder Judicial y la Dirección Geneal de Migración y Extranjería del 16/01/2020, https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/avi-1-0003-6585

realidad[44]. La razón de ser de estos datos sucintos, obedece a que Migración en los distintos puestos fronterizos, sobre todo en el aeropuerto, puede consultar en cuestión de segundos por cada pasajero, si éste puede o no tomar el avión y abandonar el país.

La restricción migratoria concursal durará todo el tiempo en que el insolvente en los procesos de Concurso Civil de Acreedores o el quebrado en la Quiebra (quien en adelante se llamará simplemente concursado), no sean

---

[44] **II.- Sobre el fondo.** El recurrente acusa que se le ha restringido su libertad de tránsito, al impedírsele salir de Costa Rica por orden de las autoridades judiciales del Juzgado Contravencional y de Menor Cuantía de Liberia, debido a que fue interpuesta una demanda por pensión alimentaria contra otra persona que lleva también sus mismos nombres y apellidos, pero portador de un número de cédula totalmente distinta a la suya. La autoridad recurrida en su informe dado bajo la fe de juramento de conformidad con lo dispuesto por el artículo cuarenta y cuatro de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que efectivamente el Despacho incurrió en un error inducido por la actora del proceso de pensión alimentaria, pues al incoar su demanda, lo hizo sin indicar el número de cédula del accionado, por lo que se tuvo que hacer la consulta en el padrón del Registro Civil, al que tiene acceso el Juzgado en el Sistema de Cómputo, y se determinó el número de cédula del recurrente, como la del demandado, lo que a la postre resultó en el yerro que se impugna. Pese a lo alegado por la autoridad recurrida, y de los hechos probados de esta sentencia, se evidencia que equivocadamente al amparado se le restringió ilegítimamente su libertad de trasladarse fuera de nuestro país, pues la obligación alimentaria exigida por la acreedora correspondía a otra persona, es decir a un homónimo identificado con otro número de cédula. De este modo, a falta de una revisión más minuciosa para determinar y constatar si aquella persona era realmente el obligado alimentario, con los mismos apellidos y nombre similar, resultó en que el recurrente fue incluido en el índice de obligados almentarios. En sentencia 1999-03230 de esta Sala Constitucional, estableció: / *"Si bien es cierto, la administración pública fue inducida a error por otra persona, no se puede alegar que no existe responsabilidad de lo acontecido, ya que se le produjo un perjuicio evidente e irreparable al amparado en violación de sus derechos constitucionales, toda vez que si el recurrido se hubiese preocupado por verificar los datos el día de su detención cuando él manifestó el error en la identidad y hubiese revisado sus huellas dactilares de previo a la imposición de la prisión preventiva, el amparado no hubiese estado detenido desde el 23 de abril de este año (folio 61 del expediente judicial) hasta el 28 del mismo (folio 73 del expediente judicial) en que fue liberado al haber aportado el defensor la certificación de nacimiento de éste y hasta entonces proceder el recurrido a verificar la identidad del amparado, ..."* / Existe pues responsabilidad por lo actuado por el Juzgado Contravencional y de Menor Cuantía de Liberia, y se debe estimar el recurso de habeas corpus, por cuanto se restringió ilegítimamente la libertad de tránsito que le garantiza el artículo 22 de la Constitución Política a todo nacional, pues: / "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. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país." / De este modo, procede declarar con lugar el recurso y condenar al Estado al pago de los daños y perjuicios causados. (lo subrayado no es del original) SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 7635-2001 de las 15:02 horas del 08/08/2001. https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-248585

rehabilitados mediante sentencia dictada a tales propósitos. Esta restricción aplicaría para los procesos instaurados antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley Concursal, pues para los posteriores, se elimina la restricción migratoria del todo, salvo, que se dicte como medida cautelar.

¿Cómo tramitar un levantamiento del impedimento de salida en materia concursal?

El despacho, bajo circunstancias excepcionales puede autorizar al insolvente o quebrado a salir del país por un tiempo determinado, lapso después del cual, se restablece el impedimento de salida del país. Ese rango se introduce en el SOAP para que una vez configuradas las fechas predeterminadas del permiso, el sistema de inmediato registre de nuevo el impedimento y se haga visible para las autoridades de Migración. Es por esa razón, que se sugiere al interesado, tramitar el permiso con suficiente anticipación para que no tenga inconvenientes de último momento, considerando el plazo para resolver el escrito, los horarios de atención del despacho, cierres colectivos, feriados o asuetos.

El Poder Judicial, ha implementado desde su página web oficial, desde el año 2016, un ícono con el link de acceso a la consulta llamado Impedimento de Salida, donde cualquier usuario previamente registrado ante la Institución con su usuario y contraseña –o la firma digital-, a efectos de resguardar la intimidad de las personas respecto de la privacidad de sus datos personales, pueden verificar esa información en línea, consignando simplemente su número de cédula de identidad o de otro documento de identificación vigente. Así las cosas, como se indica en la página, "Esta herramienta está dirigida a las personas usuarias que tienen expedientes judiciales con impedimento de salida por pensión alimentaria o por un proceso penal, se realiza la consulta por número de identificación, sea cédula, pasaporte o DIMEX". [45] Los mayores registros de obligados provienen de la materia alimentaria.

Al ser de reciente incorporación la materia concursal en el Sistema de Obligados Alimentarios y Penal (SOAP), debe entenderse que cualquier usuario que cuente con un expediente concursal activo, puede a su vez, realizar esa consulta, con la finalidad de que el viajero no se lleve una desagradable sorpresa en caso de que intente salir del país, a sabiendas de que existe en trámite un proceso concursal en su contra y le impidan abandonar el territorio nacional. Incluso puede tratarse de un error de digitalización que acarree su incorporación en el SOAP de forma involuntaria pero que al fin y al cabo le impida realizar el viaje.

[45] https://pjenlinea.poder-judicial.go.cr/GestionEnLinea/inicio/consultas/impedimentossalida

Informa la página del Poder Judicial que: En caso de tener impedimento de salida, se le despliega el número de expediente, la oficina en la que se tramita la causa, el número telefónico para contactar el despacho. / Si la persona no tiene impedimento, el sistema únicamente despliega un mensaje indicándolo. / Las mejoras emprendidas atienden a la resolución de la Sala Constitucional, que señaló la obligación de resguardar la intimidad de las personas, al habilitarse este sistema de consulta."[46]

Para terminar este acápite, en la actualidad se ingresan al sistema del SOAP los impedimentos de salida concursales cuyas sentencias declaratorias del Concurso Civil de Acreedores (insolvencias) o de la Quiebra -según corresponda-, se encuentren firmes, por cuanto, introducir en el sistema un impedimento de salida cuando existe una sentencia impugnada, podría causar perjuicios irreparables al justiciable, salvo que se considere oportuno por parte de la persona juzgadora que aunque impugnada la resolución, introducir al sistema del SOAP la restricción migratoria.

VII.- EPÍLOGO:

No cabe duda que el entorno alrededor de una restricción migratoria concursal, es un aspecto que, aunque ha estado regulado desde vieja data en el Código Procesal Civil de 1989 (Ley No. 7130) o en el Código de Comercio de 1964 (Ley No. 3284), se ha traído a la palestra hasta ahora, pues el despacho concursal no tramitaba autorizaciones para salir del país, en razón de que prácticamente, ningún Oficio (en soporte papel) dirigido a la DGME llegaba a su destino y por ende, saliendo a la libre los concursados o quebrados, no ameritaba conocer ni resolver tales permisos de salida temporal del país.

La alegada libertad de tránsito como derecho fundamental aunque argumento válido, no resulta suficiente para excluir el impedimento de salida del país de la regulación que actualmente se mantiene vigente, en virtud de que, el mismo constituyente, estableció que dicho derecho no es absoluto, todo ello a la espera de la entrada en vigencia de la nueva ley concursal que, a lo sumo, sería el resultado de la perspectiva de los redactores del proyecto de ley, quienes desaparecieron de la regulación normativa dicha restricción. Queda claro que los argumentos a favor para eliminar el impedimento de salida, se apoyaron en esta aludida libertad personal, pero ¿y los argumentos en contra para mantener la restricción migratoria?

---

[46] https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/prensa/194-consulta-de-impedimentos-de-salida-resguarda-datos-personales

El punto de inflexión subyace en determinar si las consideraciones tomadas en su momento histórico por el congresista de antaño para permitir esa limitación a la libertad personal, mediante la restricción migratoria, se ajustaron a criterios de racionalidad, proporcionalidad para limitar esa libertad. Esa labor de reflexión de los alcances de mantener o excluir ese efecto propio de la declaratoria con lugar de un proceso concursal liquidatorio, es un asunto que compete a la comunidad jurídica (la academia, los operadores del derecho), los aportes previos que la ciudadanía pueda realizar a propósito de los principios democrático y de publicidad que acompaña el proceso de formación de las leyes (artículo 123, 124 de la Constitución Política, 116 del Reglamento de la Asamblea Legislativa) y no simplemente un criterio de los proponentes del proyecto de ley.

Mientras entra en rigor la nueva legislación concursal y mientras sigan activos los procesos concursales iniciados antes de la entrada en vigencia de la nueva regulación, se seguirá dejando al criterio de la persona juzgada, analizar para cada caso en particular, si procede o no, acoger el permiso de salida del país o denegarlo. No siendo un tema recurrente para ser conocido y resuelto por el Tribunal de Apelación Segundo Civil de San José, no puede decirse que en esta materia, exista una línea jurisprudencial que arroje una claridad para los justiciables.

Existe en la práctica forense concursal, en los últimos años, por descuido o negligencia, la tendencia de un patrocinio letrado infiel, donde el profesional en derecho no explica a un deudor que pretenda promover por su cuenta un proceso liquidatorio ante el Juzgado Concursal de las tres consecuencias jurídicas que conlleva la declaratoria de un Concurso Civil de Acreedores o una Quiebra, pues sólo le indican a su cliente, las bondades, si es que las tiene, de entablar un proceso concursal refiriéndole únicamente los efectos de la declaratoria dentro de su esfera patrimonial, pero no ahonda ni en los efectos penales ni los personales que implican una restricción migratoria contra ese deudor, aspecto reprochable de dichos profesionales (artículo 76.3 del Código Procesal Civil de 2016; 358 del Código Penal; 13, 14, 32, 33, 39 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho).

En virtud de los cambios que se avecinan con la reforma concursal, el impedimento de salida pasará de ser un efecto connatural del fallo estimatorio del concurso a ser abrogado como tal de los efectos en la esfera personal del concursado (artículo 17 LCCR), siendo factible aunque poco probable que sea solicitado y sobre todo acogido por la persona juzgadora, por cuanto, en caso de desconocerse la jurisprudencia constitucional que ya ha discutido ad nauseam este tema considerando que la libertad de tránsito no es un derecho

irrestricto, argumento utilizado por los redactores de la nueva legislación concursal para según su postura doctrinaria, pregonar por una constitucionalización del derecho concursal, donde la restricción migratoria contraviene los derechos fundamentales del concursado o sus representantes (artículo 3.7 LCCR).

Cabe mencionar por último que el impedimento de salida del país contra la persona insolvente o quebrada, durará todo el tiempo que esté activo el proceso concursal, e incluso estando inactivo, por cuanto no opera la caducidad en los procesos universales dentro de los que figura el Concurso Civil de Acreedores o la Quiebra (artículo 57.1.3. del Código Procesal Civil de 2016), para que el interesado tramite el levantamiento del impedimento de salida como si se tratara de una forma extraordinaria de terminación del proceso, razón por la cual, incluso después de fenecido el concurso puede reabrirse (artículo 808 del Código Procesal Civil de 1989). Por lo anterior, es conveniente que el deudor, analice pausadamente, con le regulación concursal actual, si realmente es menester que entable un proceso concursal de esta naturaleza durante la vacatio legis de la nueva legislación concursal próxima a aplicarse.

En suma, la restricción migratoria concursal cambiaría su fisionomía como efecto inherente del fallo estimatorio que decreta la apertura en los procesos concursales liquidatorios y, asimismo, en los procesos precautelares de sobrevenir una conversión concursal hacia una fase liquidatoria, se regirán en lo conducente por las disposiciones concursales de reforma, que extirpan de tajo dicha restricción (artículo 75.2 LCCR). No obstante, esta limitación migratoria, se mantendrá de forma insoslayable en los procesos liquidatorios o de eliminación que se tramiten antes de la entrada en vigencia de la ley concursal.

Nuestra labor está hecha, dando las dos posturas para mantener o abrogar el impedimento de salida, ya quedará a criterio del lector decantarse por la que en su leal saber y entender considere la más válida y oportuna a los intereses del concurso.

ASPECTOS FINANCIEROS Y TRIBUTARIOS DE LA NUEVA LEY CONCURSAL

Manuel Briceño [47]

Entre las normas referentes al aspecto financiero, podemos ver el artículo 13 inciso 5 y 6, que refieren ampliamente en cuanto a los requisitos que deben cumplirse para presentar un proceso concursal.

Por su parte, en el aspecto bursátil, el artículo 19.4 párrafo tercero hace referencia en cuanto a los mercados financieros y la forma en que la apertura del concurso afecta los instrumentos financieros suscritos por el concursado.

Vemos que la Ley incorpora como requisito de admisibilidad de un concurso, lo referente a la contabilidad que debe llevarse en todo el ámbito financiero de la empresa.

Es evidente que la contabilidad debe ser lo más exacta posible, con el fin de que el Tribunal determine que es una situación real. Para ello, las empresas deben adoptar un lenguaje universal y por tanto estar apegadas a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), mismas que, se dividen en Completas o Full, que son para empresas grandes y también las (NIIF) parar Pymes, para las empresas pequeñas. Recordemos que las Normas fueron adoptadas por el Colegio de Contadores Públicos a partir del año 2001, que, si bien no son vinculantes, las empresas al adoptar esta normativa transmiten seguridad y transparencia en cuanto al momento de solicitar el convenio, por lo que es recomendable implementar desde ahora esta normativa contable.

La norma hace referencia sobre el concepto de insuficiencia patrimonial. Entendemos que la misma afecta un aspecto de liquidez y no de rentabilidad. Por tal razón es necesario demostrarle a la autoridad judicial que esa falta de liquidez existe. Recordemos que la liquidez no solo se demuestra mediante los cinco estados financieros, sino que se requieren de aspectos financieros.

La Ley hace referencia a quita y espera, concepto que se refiere a la deducción de deudas o perdón en cuanto a estas de manera parcial. Bajo esa figura, de existir alguna quita determinante o sustancial, debe hacerse el respectivo ajuste en los Estados Financieros, ajustando la deuda registrada primariamente en relación con el monto que se estableció en el arreglo y que fue homologado por el Juez Concursal. Deberá hacerse un ajuste contable en

---

[47] Abogado, Contador, Máster en Auditoria Financiera Forense. Doctorando en Ciencias Empresariales

cuanto a esa quita, tanto en el Estado de Resultados como en la respectiva rectificación de la declaración de ese pasivo.

LOS INFORMES EN LOS PROCESOS CONCURSALES EN COSTA RICA

Lic. Jorge G. Cerdas Pérez

I.- Generalidades de la nueva Ley Concursal

El pasado el 16 de febrero de 2021 fue Aprobado en segundo debate el proyecto de ley denominado "Ley concursal de Costa Rica", el cual se tramitó mediante expediente legislativo No. 21.436. Fue firmado por el Presidente de la República 14 de abril de 2021. Entra a regir 6 meses después de su publicación.

Esta nueva ley, es una normativa que ordena y moderniza el sistema concursal en Costa Rica, con reglas claras para equilibrar los intereses y derechos de deudores en crisis y sus acreedores.

La antigua legislación concursal costarricense, seguía criterios superados, los cuales tenían su origen en la Edad Media, en la cual se partía de la concepción de que el deudor era un sinvergüenza, por lo que se le desapoderaba de su patrimonio y se buscaba imponerle sanciones penales. El fin primordial era sacarlo del mercado. Estas características se mantenían en la legislación costarricense anterior. Esto traía consecuencias graves a los deudores desafortunados, que por factores exógenos entraban en una situación de crisis, además que afectaba seriamente la economía de Costa Rica.

En la nueva normativa concursal, se establece un único proceso concursal para todos los deudores, eliminando la Administración con Intervención Judicial, El Convenio Preventivo y la dicotomía entre la quiebra y el concurso civil de acreedores, según se fuese deudor comerciante o no. Ya no hay diferencia si se es comerciante o no.

La legislación concursal anterior, establecía un proceso de Administración con Intervención Judicial, que le era aplicada a la Empresa y no a cualquier deudor. La Empresa debía tener relevancia social. Podía estar o no en cesación de pagos, pero en una situación económica y financiera recuperable. Se establecían medidas de salvamento. Debía salvarse la Empresa en un plazo de tres años, de lo contrario se convertía en quiebra o concurso civil, salvo que el empresario solicitara el sometimiento de la Empresa a un proceso de Convenio Preventivo. El problema principal de este proceso es que los requisitos para acceder a él eran múltiples y muchas veces difíciles de cumplir. Esto hizo que fuera un proceso casi en desuso.

Además, se establecía otro proceso denominado Convenio Preventivo, el cual era dirigido a cualquier deudor, fuera Empresa o no, comerciante o no comerciante. El objetivo era llegar a un convenio entre el deudor y sus acreedores, ya fuese para salvarse de la situación patrimonial en crisis o liquidar el patrimonio de forma amistosa y no tan traumática, como sería por medio de la quiebra o el concurso civil. Este proceso también presentaba las mismas dificultades que existían para acceder a la Administración con Intervención Judicial, ya que muchos los requisitos de esta última se exigían al Convenio Preventivo.

Finalmente, la legislación anterior, regulaba dos procesos concursales liquidatorios. La Quiebra le era dirigido al deudor comerciante y el Concurso de Acreedores al no comerciante, en el cual se procuraba desapoderar al deudor, iniciar causas penales, liquidar su patrimonio, y prácticamente sacarlo del mercado, pues su patrimonio quedaba sometido luego de la liquidación hasta que las deudas prescribieran o se cumplieran con requisitos muy difíciles de cumplir. No se pensaba en la reinserción del fallido al mercado y a la dinámica económica.

Un problema que se presentaba en la vieja normativa concursal, era el hecho de que las normas se encontraban disgregadas en diferentes cuerpos normativos. Se encontraban fundamentalmente en el Código Civil, El Código de Comercio y en el Código Procesal Civil. Esto generaba dificultades en el manejo normativo.

Con esta nueva normativa, se unifica de manera integral las disposiciones sustancial y procesal en materia concursal. Es un solo proceso, el cual engloba la posibilidad de tomar medidas, con el fin de recuperar la empresa o el deudor, o en su defecto llegar a acuerdos con los acreedores con el fin de solucionar el conflicto concursal y de no ser posible, llevar a cabo una liquidación consensuada del patrimonio.

Es una ley que establece mayor claridad tanto para el deudor como para los acreedores. Permitiendo llegar acuerdos dentro o fuera del proceso. Esto acuerdos deben estar homologados por el Juez. En la vieja legislación, pensar en arreglos extrajudiciales era impensable y violatorio a los principios que lo informaban.

La Ley concursal establece una única jurisdicción concursal especializada. En el artículo 711 del Código Procesal Civil derogado, establecía esta posibilidad de crear Tribunales Especializados Concursales. Actualmente existía un único juzgado especializado concursal, abriendo la posibilidad esta ley de que el Poder Judicial pueda abrir Juzgados Especializados Concursales en todo el país.

Con respecto al Presupuesto objetivo, o sea, la situación de hecho que la ley exige para poderse someter al proceso, es la existencia de una insuficiencia patrimonial, que significa crisis general y no temporal.

Cabe el proceso concursal, cuando la insuficiencia patrimonial es inminente o cuando hay presunción. Tiene legitimación el mismo deudor para solicitarlo, con el fin de salvar la empresa o salvarse. No hay que esperar incumplimientos efectivos para solicitar la instauración del procedimiento.

En relación con el presupuesto subjetivo, sea la persona que puede ser sometido al proceso concursal, la nueva legislación indica que es el deudor. Es para todo tipo de deudor, no interesa si se es empresa o no, si es comerciante o no. Solo se requiere una crisis que genere insuficiencia patrimonial actual o inminente.

Cuando se indica que puede ser inminente, significa que puede ser que la crisis todavía no haya llegado, pero es inminente que llegará. Esto podrá ser probado por medio de proyecciones de expertos contables, con documentación de respaldo y criterios técnicos.

Cuando dos o más personas físicas o jurídicas constituyan en forma permanente un grupo económico, deberán formular de manera conjunta la solicitud de apertura del proceso concursal, incluyendo a todos los integrantes. Se expondrán los hechos en los cuales fundan la existencia del agrupamiento y su exteriorización, además de cumplir los requisitos establecidos por esta ley para la solicitud de inicio. Deberá indicarse además de la situación patrimonial de cada uno de los integrantes, aquella consolidada del agrupamiento y la forma en la cual se propone integrarlos en la propuesta de solución a la crisis patrimonial. La sentencia que declare la existencia de un grupo de interés económico, determinará la extensión del concurso a sus integrantes.

Esta Ley Concursal, busca soluciones justas a los problemas patrimoniales de los sujetos privados frente a una situación de crisis patrimonial.

Es una ley moderna, que tiene como norte la viabilidad de la empresa o del deudor. Preservar la unidad del patrimonio concursado. Busca la preservación y salvamento de las actividades económicas empresariales o las del deudor.

Esto trae grandes beneficios a la economía, pues mantiene a sus agentes económicos, dentro de lo posible, interactuando en la dinámica productiva, sin sacrificarlos, lo que genera beneficios para el país.

La instauración del proceso no implica el cese de las actividades empresariales o productivas, por el contrario, pueden continuar su actividad

económica, pues esto es necesario para lograr su recuperación, en la medida que su situación sea salvable.

Presentado el proceso concursal, y dándosele curso se producen efectos inmediatos. Buscar soluciones provisionales inmediatas o medidas urgentes, para que no le ataquen su patrimonio mientras se tramita el proceso.

Esto es fundamental, para garantizar la posibilidad de la continuación de la actividad económica, pues la diferencia entre salvarse o tener que liquidar el patrimonio, puede descansar en esas medidas oportunas y previas. La dilación del proceso puede causar daños irreparables, de ahí la necesidad de tomar medidas anticipadas urgentes que permitan salvar al deudor.

La Ley Concursal viene a flexibilizar la toma de decisiones dentro del proceso por las partes interesadas. Esto permite que las decisiones pertinentes sean tomadas y ejecutadas a tiempo con el fin de preservar y restablecer la mayor cantidad de valor de la empresa.

Esto es fundamental, pues las medidas de autocomposición a la hora de solucionar conflictos, garantizan una solución duradera y más satisfactoria para las partes. Es una garantía efectiva a la paz y a la estabilidad económica.

Es bajo esta filosofía, ya sea de promover la autocomposición o heterocomposición en la solución de conflictos concursales, en busca de la paz y la estabilidad económica, que esta nueva ley incorpora la posibilidad de recurrir a la Resolución Alterna de Conflictos (RAC), para solucionar los problemas concursales, tanto antes como durante la tramitación del proceso y dentro como fuera de los Tribunales.

Se le da competencia al Ministerio de Economía, Industria y Comercio y de Justicia y Paz para autorizar Centros RAC, con el fin de garantizar la paz y una economía sana. Pueden incluir a terceros no acreedores participantes en la solución de los conflictos concursales.

Siempre buscando la posibilidad de soluciones efectivas, la nueva legislación concursal, incorpora la figura de la compensación para la terminación de contratos. Incorpora el Close-out Netting o procedimiento de liquidación anticipada ("Close-out Netting") que es un mecanismo para derivados financieros (Un derivado financiero o instrumento derivado es un producto financiero cuyo valor se basa en el precio de otro activo, ejemplo bonos, acciones, índices bursátiles, tipos de interés etc. El activo del que depende toma el nombre de activo subyacente), que, además de favorecer a una de las partes ante un proceso concursal, busca prevenir y afrontar el riesgo sistémico y de mercado, fomentando el desarrollo, profundidad y competitividad del mercado de derivados.

Se facilita la posibilidad de que entidades públicas puedan negociar con el deudor, conforme a la normativa que es sea aplicable. Siempre respetando el principio de legalidad.

Como esta nueva ley busca la modernidad del sistema jurídico concursal, dentro de sus disposiciones, se logran determinar su interés de generar economía y celeridad procesal. Esto se busca obtener por medio de la simplificación de trámites.

La nueva ley pretende impedir dilaciones con plazos abreviados para el interventor. En quince días naturales deberá determinar si la empresa es viable y, luego, los acreedores y el administrador tendrán veinticinco días naturales para acordar el plan de salvamento, luego que haya rendido el informe el interventor o el administrador. En ese caso, bastará la conformidad del 51 % de los primeros, no del 66,6 % como hasta ahora en Junta de acreedores. A falta de viabilidad, la liquidación deberá hacerse en seis meses para velar también por los intereses de los acreedores.

Se reducen los recursos para no perder tiempo en la tramitación de los procesos. Se sigue el sistema de taxatividad impugnaticia, lo que implica que solamente serán recurribles las resoluciones que expresamente, la legislación establezca. Esto se puede apreciar en el artículo 57 de la nueva ley, el cual establece la lista de resoluciones recurribles en apelación.

Con respecto a los efectos de los recursos, a pesar de haberse interpuesto o admitido un recurso, mientras éste se resuelve, el proceso continuará con su trámite de primera instancia.

Cuando se decrete la apertura del concurso, la interposición de los recursos que procedan, no impiden la producción de los efectos previstos en esta ley y la ejecución inmediata de las medidas acordadas como consecuencia del decreto. Esto es esencial para no causar perjuicio a los acreedores, como sí ocurría con la legislación anterior.

Se reduce el plazo de liquidación de la empresa o deudor, cuando la misma no es salvable, teniéndose que llevar a cabo en un plazo de seis meses. Si es una empresa o deudor pequeño, con pocos trabajadores y acreedores, el plazo máximo para liquidarla es de tres meses.

Uno de los aspectos novedosos que incorpora esta ley es la posibilidad del uso de mecanismos tecnológicos. Por dichos medios tecnológicos se pueden llevar a cabo las notificaciones, la realización de subastas, licitaciones y ventas del haber concursado.

Los pagos a los acreedores deberán respetar el principio de igualdad o par conditio creditorum, en el cual se deberá tratar igual a los acreedores de igual categoría. Esto quiere decir entonces que los pagos se realizan respetando

las prelaciones crediticias. El artículo 34 de la nueva ley indica, que los créditos se clasifican en su orden de prelación en créditos con privilegio especial, créditos con privilegio general, y créditos subordinados.

Los créditos con privilegio especial son aquellos que tiene un derecho preferente para el pago de su crédito, con el producto de la enajenación de los bienes sobre los cae recae el privilegio. En su orden de prelación, estos créditos están conformados por los hipotecarios, prendarios, fideicomisos de garantía, garantías mobiliarias (salvo las provenientes de embargos judiciales por créditos que no gozan de ellas), derecho de retención, bienes gananciales y los demás que dispongan leyes especiales.

Los créditos con privilegio general tendrán derecho preferente para el reconocimiento y pago de sus créditos, sobre acreedores comunes y subordinados, con el producto de la totalidad del patrimonio del concurso no afectado por privilegios especiales. Entre ellos están los alimentarios, los laborales, las indemnizaciones concernientes a daños a la salud o la vida, no cubiertas por seguros, los demás dispuestos por la ley para supuestos especiales.

Los créditos comunes son aquellos no incluidos como privilegiados especiales o generales, ni subordinados.

Los créditos subordinados son aquellos a los que el acreedor voluntariamente les asigne esa condición, los de aquellas personas especialmente relacionadas con el concursado, salvo que se trate de créditos concursales con privilegio general y los demás a los que la ley les otorgue esa calificación. Los créditos subordinados serán pagados, de ser posible, luego de cubiertos en su totalidad los créditos comunes.

Puede observarse con la prelación de créditos antes descrita, que los trabajadores y los alimentados se les da la posibilidad de ser considerados como acreedores privilegiados, no entran como la masa común a pelear sus créditos, van a estar por encima de los acreedores comunes, pero por debajo de las garantías con privilegio especial.

La nueva ley elimina obstáculos a los bancos para negociar arreglos financieros. Esa medida, por sí sola, podría marcar la diferencia en muchos casos. La posibilidad que las entidades bancarias puedan reestructurar deudas de empresas viables en lugar de adjudicarse garantías, lo cual siempre constituye una dificultad, es bien recibida por los bancos.

La Ley Concursal ya no obliga a las partes involucradas a liquidar los activos mediante remates judiciales necesariamente. Estos resultaban muy lentos y terminaban obteniendo tan solo fracciones del valor real de los bienes rematados. Es posible llevar a cabo subastas, licitaciones, y ventas directas u

otras formas de liquidar el pasivo, y como se dijo anteriormente, estas formas de liquidación se pueden llevar a cabo mediante el uso de medios y procedimientos tecnológicos, que sean admitidos y reglamentados por la Corte Suprema de Justicia.

Los títulos de crédito pagaderos a plazo o a la vista en favor del concursado, y aquellos negociables en bolsas de valores, así como los bienes que comúnmente se negocien en mercados o subastas específicas; serán negociados por el liquidador concursal, según los precios de mercado.

Con respecto a los bienes litigiosos del concurso, pueden enajenarse con tal carácter. El adquirente asume el riesgo del resultado definitivo del proceso. En el litigio respectivo, se producirá la sucesión procesal, una vez que el adquirente acredite su titularidad.

El legislador previó la posibilidad de hacer uso del instituto de la dación en pago. Estos serían posibles en el tanto fueren admisibles o se ordenaren pagos anticipados de créditos, a favor de acreedores laborales, alimentarios o a cargo de la masa con derecho ya exigible, siempre que sea útil o necesaria la liquidación anticipada de los bienes y su valor admitido en el concurso sea inferior o igual al monto del crédito que se paga.

También pueden ser objeto de dación en pago a favor de cualquier acreedor concursal o a cargo de la masa, los bienes que no haya sido posible enajenar en etapa de liquidación, por el valor que acuerden el interesado y el liquidador concursal.

Se minimizan los costos económicos del proceso concursal sobre la empresa concursada. Con las normas anteriores, se obligaba al negocio a soportar costos muy altos en una situación financiera ya delicada. Esto terminaba de ahogar a muchas empresas que podrían haber sobrevivido la crisis económica de haber tenido las herramientas adecuadas.

La reforma faculta al juez para fijar un salario razonable al interventor, administrador concursal o liquidador. Ya no el 5% del pasivo como era en el Convenio Preventivo que era excesivo. Establece la posibilidad de que el Juez utilice criterios objetivos para fijar esos honorarios, como lo son complejidad del caso, activos frente a los pasivos, la posibilidad de recuperación del patrimonio.

Cuando el concursado conserve la administración total de sus activos, así como su representación judicial y extrajudicial, se nombrará un interventor titular y otro suplente.

Cuando el concursado sea separado total o parcialmente de la administración de los activos, se nombrará un administrador concursal titular y otro suplente.

Procederá nombrar liquidador, cuando el tribunal disponga que la solución del proceso sea la liquidación de los activos concursales.

Además, los nombramientos podrían recaer en profesionales universitarios en administración de empresas, contaduría o cualquier otra profesión afín. También podría recaer en abogados con bachiller al menos en las ramas de administración de empresas, contaduría o cualquier otra profesión similar, lo cual es criticable, pues podrían no tener experiencia en administración de empresas, contaduría o finanzas, lo que no es conveniente por el tipo de proceso que va a vivir la empresa.

De oficio o a instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá remover del cargo a los interventores, administradores o liquidadores concursales, por atraso injustificado de su gestión o cualquier otro incumplimiento grave de sus funciones.

La remoción no implicaría la pérdida de los honorarios a que tuviere derecho la persona cesada, hasta ese momento.

Los procesos ya iniciados, continuarán con las disposiciones derogadas. Pero si hay conversiones de procesos, como por ejemplo de una ARIJ a Convenio o a quiebra, deberán adecuarse los procedimientos a las regulaciones vigentes.

Es una ley que tiene por finalidad determinar y ejecutar soluciones justas y funcionales a las crisis patrimoniales de deudores privados, que se vean impedidos del normal cumplimiento de sus obligaciones. Buscando que el deudor pueda seguir funcionando dentro de nuestra economía y en caso de no ser posible, liquidarlo de la forma menos traumática para todas las partes que interactúan en dicha crisis.

II.- Órganos del proceso Concursal

El proceso concursal está compuesto de tres órganos fundamentales, a saber:

1. Órgano jurisdiccional.
2. Órgano de gestión, fiscalización, representación y administración
3. Órgano de deliberación

El órgano Jurisdiccional, está conformado por el Juez Concursal, el cual debe velar por los principios de los procesos concursales y por la obtención de los fines, propuestos por esta ley, sea "determinar y ejecutar soluciones justas y funcionales a las crisis patrimoniales de deudores privados contemplados en ella, que les impida el normal cumplimiento de sus obligaciones". Por su parte deben actuar oficiosamente en la tramitación del proceso, actuando con la

mayor celeridad posible, impulsando el proceso hasta su conclusión y procurar de manera equilibrada la protección efectiva de los derechos de los acreedores, del deudor y demás interesados legítimos. Dentro de sus competencias podrán disponer, aún de oficio, las medidas cautelares necesarias para ello.

El órgano de gestión, fiscalización, representación y administración, va a estar conformado en la nueva ley por los interventores, administradores y liquidadores, quienes al desempeñar la actividad concursal que les corresponde, no estarán sujetos a formalismos rígidos y podrán actuar de la forma que más convenga a la consecución de los objetivos concursales., pero eso no quiere decir que van a actuar de la forma que les plazca, sino que por el contrario, deberán respetar normas imperativas y los derechos de terceros.

Cuando el concursado conserve la administración total de sus activos, así como su representación judicial y extrajudicial, se nombrará un interventor titular y otro suplente.

Cuando el concursado sea separado total o parcialmente de la administración de los activos, se nombrará un administrador concursal titular y otro suplente.

Procederá nombrar liquidador, cuando el tribunal disponga que la solución del proceso sea la liquidación de los activos concursales.

Además, los nombramientos podrían recaer en profesionales universitarios en administración de empresas, contaduría o cualquier otra profesión afín. También podría recaer en abogados con bachiller al menos en las ramas de administración de empresas, contaduría o cualquier otra profesión similar, lo cual es criticable, pues podrían no tener experiencia en administración de empresas, contaduría o finanzas, lo que no es conveniente por el tipo de proceso que va a vivir la empresa.

De oficio o a instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá remover del cargo a los interventores, administradores o liquidadores concursales, por atraso injustificado de su gestión o cualquier otro incumplimiento grave de sus funciones.

La remoción no implicaría la pérdida de los honorarios a que tuviere derecho la persona cesada, hasta ese momento.

El órgano de deliberación, están conformado por las juntas de acreedores. Las juntas de acreedores serán convocadas únicamente en los supuestos previstos por la ley, mediante resolución judicial que expresará, en orden, los temas a tratar. Esta resolución deberá ser notificada a todos los intervinientes al menos con cinco días de anticipación, salvo norma legal que establezca una antelación distinta.

III.- Informes en la Ley Concursal

El concepto informe, según la Real Academia Española consiste en la descripción, oral o escrita, de las características y circunstancias de un suceso. Implica la acción de informar.

En el proceso concursal, existen deberes de informar, por los diversos sujetos que participan en el proceso y no, como se podría erróneamente pensar, que dicho deber le corresponde únicamente al órgano de gestión, fiscalización, representación y administración, ya sea que esté conforma por un interventor, un administrador o un liquidación, según sea la situación patrimonial en la cual se encuentre el deudor sometido al proceso concursal.

Ese deber de informar general, está establecido en el artículo 3.8 de la Ley Concursal, el cual señala lo siguiente:

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

Es claro entonces, que si se entiende la palabra informe, como aquel medio por el cual se lleva a cabo la acción de informar, conforme a los deberes de cooperación y buena fe que establece la norma, dicho deber recae sobre cada uno de los sujetos que forman parte del proceso concursal, con las responsabilidad que, dependiendo del sujeto que tenga dicho deber, se puedan derivar.

Si bien esto es así, se comenzará a analizar el deber de rendir informes por parte del órgano de gestión, fiscalización, representación y administración, en el proceso concursal, entendiéndose que no es el único sujeto, dentro del proceso concursal, con el deber de informar.

Debe recordarse que, en la nueva Ley concursal, este órgano va a estar compuesto o por un interventor, o un administrador, o un liquidador según sea el caso, por lo que el deber de informar lo tiene cado uno de ellos por disposición de ley.

Como se indicó anteriormente, cuando el concursado conserve la administración total de sus activos, así como su representación judicial y extrajudicial, se nombrará un interventor.

Una de las obligaciones de información que se derivan para el interventor, es la establecida en el artículo 23.2 inciso 5), según el cual el interventor tiene el deber de examinar las propuestas de solución efectuadas por el promotor del proceso o el concursado o sus representantes, e informar al tribunal, mediante una relación pormenorizada, acerca de su procedencia.

El interventor tiene la posibilidad y el deber de sugerir las modificaciones necesarias, para que sea eficiente en relación la recuperación de la empresa o del deudor. De todo ello el interventor debe rendir un informe al tribunal.

Para lograr este propósito, el interventor hace uso de la información que ha obtenido ya sea por habérsela suministrado el concursado o sus representantes, las cuales deben ser verificadas por éste, conforme lo ordena el numeral 23.2 inciso 2) de la Ley Concursal.

También el interventor tiene la posibilidad de obtener información de la empresa o del deudor, por sus propios medios, conforme se dicta como su deber en el artículo 23.2 inciso 3).

De toda esta información que se puede procurar por sus medios el interventor concursal, además del proporcionado el promovente o el concursado o su representante, si determina cualquier incorrección o anomalía, tiene el deber de informar al tribunal. En cuyo caso deberá rendir un informe al respecto.

Hay que recordar que el interventor interviene en una situación de crisis del deudor o la empresa, que se ha originado por causas ajenas a su voluntad, en cuyo caso no se puede derivar actuaciones maliciosas o dolosas por parte de los administradores de la empresa o del deudor, que generaran la situación de crisis.

Es por ello, que esta situación supone que los administradores propios de la empresa se mantendrán en la gestión de la misma, siendo que el interventor concursal, debe fiscalizar que las soluciones propuestas sean viables y las más convenientes a los intereses de la empresa, y que le permitan salir de esta situación económica y financiera difícil.

Por ello el administrador debe verificar la viabilidad de las soluciones propuestas, ya sea por el mismo gestor de la empresa o deudor, o propuestas por promoventes acreedores. De haber varias opciones de solución deberá valorar e informar la más conveniente y oportuna. Por ello se está frente a un informe esencial, para la solución de la crisis del deudor.

Un deber similar se deriva en el caso que se nombre un administrador. El artículo 24.1 de la Ley Concursal, señala que cuando el concursado sea

separado total o parcialmente de la administración de los activos, se nombrará un administrador concursal.

El legislador separa a los administradores de la empresa, toda vez que consideran que la gestión que llevaban a cabo ha resultado nociva a los intereses de recuperación de la empresa, por lo que se hace necesaria su sustitución, con el fin de llevar a cabo medidas correctivas que vayan a sanear las finanzas y se logre con ello la recuperación.

En el artículo 24. 2, inciso 5) de la Ley Concursal, se indica que además de las atribuciones y los deberes regulados por otras normas de la ley concursal, el administrador concursal tendrá el deber de informar al tribunal cualquier incorrección o anomalía que detecte en la información o documentación del concurso.

Hay que recordar, como igual se disponía para el interventor, que el administrador debe verificar la información suministrada por el concursado o sus representantes (24.2 inciso 4) , además debe procurar la obtención de la información y documentación que sea necesaria a los fines del proceso (24.2 inciso 6).

En consecuencia, si encuentra alguna anomalía o incorrección en los documentos que se le han puesto a su disposición para su verificación o en aquellos que accedió por su propio medio, debe informarlo inmediatamente al tribunal, rindiendo el respectivo informe, señalando una a una, las incorrecciones o anomalías que ha logrado determinar con su verificación. Esto es esencial, pues puede definirse el rumbo del proceso concursal.

De haberse determinado una mala o dolosa administración, podría derivarse las responsabilidades civiles y penales para los administradores removidos.

En el caso de que se determine que el estado económico y financiero es de grandes envergaduras, sin posibilidades de recuperación, lo que procedería sería enrumbarse a una liquidación del patrimonio del deudor.

Por ello, el artículo 25.1 de la Ley Concursal indica que procede nombrar liquidador, cuando el tribunal disponga que la solución del proceso sea la liquidación de los activos concursales de la empresa o deudor.

En un sentido similar a lo comentado en el caso del interventor y del administrador concursal, el liquidador también debe verificar la información suministrada por el concursado o sus representantes (Artículo 25.2 inciso 4). Además debe procurar la obtención de la información y documentación que sea necesaria a los fines del proceso (Artículo 25.2 inciso 6). Y en el caso de determinar incorrecciones o anomalías detectadas por medio de la información

recibida y la recabada, deberá informarlo al tribunal, para lo cual deberá rendir un informe.

El artículo 26.7 de la Ley Concursal, señala que, dentro de los cinco días siguientes a la terminación de cada trimestre del calendario, los interventores, administradores y liquidadores concursales en ejercicio deberán presentar un informe detallado de su gestión y los aspectos relevantes para el concurso. En dicho informe, se deberá adjuntar la documentación que respalde el contenido del informe.

Además de los informes antes dichos, en cualquier momento de oficio o a instancia de interesado, el tribunal puede ordenar la presentación de informes específicos o del estado general del concurso.

En el caso de que el concursado conserve parcial o totalmente la administración de los bienes concursales, a quien le corresponde llevar a cabo los informes trimestrales de su gestión, así como cualquier otro que le requiera el tribunal es al concursado.

Con respecto a estos informes, es importante hacer referencia a lo que dispone el artículo 7.1 de la Ley concursal, según el cual el expediente judicial se organiza por subcarpetas o legajos. Una de esas carpetas es la de administración del activo. En esta carpeta se deben incluir la tramitación y resolución de aspectos relacionados con la administración de los bienes concursales, así como los informes periódicos o específicos de esa gestión, como se explicó anteriormente, así como sus objeciones, adiciones y aclaraciones.

13.4. Representación de personas jurídicas

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

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

El artículo 27 hace referencia al informe inicial que debe rendir el órgano de de gestión, fiscalización, representación y administración.

Este informe debe rendirse dentro de los quince días siguientes al vencimiento del plazo para que acreedores e interesados se apersonen al proceso a hacer valer sus derechos o desde que el que debe rendir el informe conozca de su designación en el caso de que el plazo antes dicho haya vencido sin conocer su designación.

Excepcionalmente, dicho plazo puede prorrogarse una sola vez por motivos justificados, a criterio del tribunal, siempre que la solicitud se presente antes de su vencimiento. La prórroga no podrá exceder los quince días, contados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo original.

Este informe debe contener lo siguiente:

- El análisis de los datos, la información y documentación que haya suministrado el concursado o sus representantes.
- El resumen de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal a ese momento.
- La valoración técnica y detallada de las propuestas concursales que hayan sido presentadas.
- El criterio razonado sobre la situación patrimonial del concurso y, en su caso, de la empresa y de las unidades productivas que lo integran.
- Las propuestas de solución a la crisis patrimonial que estime idóneas.
- Cualesquiera otros datos y circunstancias relevantes.

Acompañando el informe antes dicho, se deberá presentar en forma separada, un inventario de los activos, con su valor de mercado al momento de la elaboración. En el caso de empresas concursadas se incluirá, además, una valoración integral de ellas.

Además, si se considera conveniente en razón de su utilidad, se presentará una estimación individual de las unidades productivas que componen las actividades empresariales o económicas.

El interventor o el administrador, podrá solicitar al tribunal el nombramiento de peritos para la valoración de los bienes.

En el caso de los títulos de crédito pagaderos a plazo o a la vista en favor del deudor y aquellos negociables en bolsas, así como los bienes que comúnmente se negocien en mercados o subastas específicas, se tendrá como valor el que se obtenga de su negociación en el mercado respectivo.

También de forma separada al informe inicial, se acompañará al mismo un informe sobre la totalidad de los pasivos concursales que consten en la contabilidad o documentalmente, los que hayan sido incluidos en la lista

suministrada por el concursado, en caso de haberla presentado, así como las legalizaciones de crédito presentadas en tiempo.

En dicho informe, el interventor o el administrador debe indicar de forma motivada si los créditos concursales los admite o rechaza en forma parcial o total.

Con respecto a los activos de la empresa o deudor, otro aspecto que debe el interventor, administrador o liquidador informar debidamente, es en el caso de que se excluyan o restituyan activos (Artículo 30.5). En dicho supuesto deberán comunicarlo en el informe de administración del periodo respectivo.

A este respecto, es importante recordar que cuando el interventor, administrador o liquidador admitan la exclusión o restitución de activos, que son indispensables para la continuidad de la actividad empresarial, profesional o económica del concurso, requerirán autorización judicial. Previo a resolver sobre esta autorización, se seguirá el trámite incidental, donde se acreditará que el bien pertenece al reclamante.

Con respecto al trámite y efectos del informe inicial sobre pasivos, el artículo 36 de la Ley Concursal, señala que el mismo debe ser puesto en conocimiento del concursado y demás intervinientes, por un plazo de diez días.

Los interesados, podrán dentro de ese plazo, solicitar la adición de créditos que hayan sido omitidos en el informe, pero incluidos en la lista de pasivos suministrada por el concursado, o pedir la inclusión de créditos oportunamente legalizados, pero omitidos en el informe, impugnar créditos admitidos en el informe, objetar el rechazo de créditos incluidos en el informe.

Si fuera procedente, el Tribunal previene la adición del informe dentro de los cinco días siguientes.

Del artículo 31.3 de la Ley Concursal, se deriva otro aspecto que debe ser informado por parte del interventor, administrador o liquidador, y es en el caso de sea necesaria la enajenación anticipada de bienes susceptibles de ser vendidos anticipadamente sin autorización del Tribunal.

La regla general es que, para poder enajenar anticipadamente bienes, debe solicitarse permiso al tribunal.

Esta enajenación temprana puede ser necesaria en los casos que los bienes puedan perderse, disminuirse o deteriorarse, o sea útil o recomendable su venta por algún motivo especial.

Pero en el caso de frutos o bienes perecederos, cuando resulte impostergable, se podrá efectuar su venta sin autorización judicial previa, pero

deberá informarse del acto de disposición realizado dentro de los cinco días siguientes.

Otro informe se deriva en el caso del cumplimiento de los acuerdos concursales que se lleven a cabo judicial o extrajudicialmente.

El artículo 44.1 de la Ley Concursal señala que, desde la firmeza de la homologación de un acuerdo, el concursado o a quienes corresponda ejecutarlos deberán presentar informes trimestrales respecto del estado de su cumplimiento.

Otro informe importante, se da en caso de que, sea necesaria la liquidación de la empresa. El artículo 46.6 señala que cuando se admite la venta directa de activos concursales o cuando el tribunal lo ordene el liquidador debe proceder a ello.

Si en el plazo de treinta días, no ha sido posible la venta directa, el liquidador debe informarlo al Tribunal.

En el supuesto de que se haya logrado la venta, el liquidador está obligado a documentar las enajenaciones que realice, dentro de los cinco días siguientes a su concreción. Deberá rendir un informe, en el cual acreditará la persona compradora, el precio y la forma de pago. El monto devengado por la enajenación será depositado en la cuenta judicial.

El liquidador debe informar que se ha completado la liquidación del activo sin posibilidad de generar nuevos ingresos a futuro. Siendo así, se procede a realizar el pago final a los acreedores concursales que corresponda, independientemente del monto por distribuir. Esto lo dispone el artículo 52.5 de la Ley Concursal.

Asimismo, efectuada la distribución, el liquidador concursal rendirá un informe de cuenta final de su gestión.

Solo se dará por concluido el concurso, si se aprueba la cuenta final o se exime al obligado de su rendición y no existieran acciones pendientes que la puedan afectar (artículo 54.2).

Existen otros informes que deben rendir otros sujetos distintos al interventor, administrador o liquidador concursal.

Por ejemplo, el caso de deudores y representantes autónomos que soliciten el inicio de un proceso concursal, deben cumplir con una serie de requisitos e informar los siguientes aspectos señalados en el artículo 13.5 de la Ley Concursal:

- Inventario de bienes materiales e inmateriales de los que sea titular o formen parte del patrimonio autónomo, a la fecha de solicitud del concurso, con estimación de su valor, del lugar donde se encuentran y, en su caso, los datos de identificación registral.

- Listado de sus deudores, con indicación de su nombre completo, calidades y domicilio. Incluirá el monto de capital, intereses, comisiones, gastos, multas y otros rubros adeudados. En cuanto a los intereses, deberá especificar su tipo y tasa de interés. Informará la fecha de vencimiento de cada uno de los créditos, así como la existencia de codeudores, garantías personales, reales o de cualquier otra naturaleza.
- Información pormenorizada de los fideicomisos en los cuales figure como fideicomitente, fiduciario o fideicomisario, con indicación detallada de los bienes fideicometidos. Aportará los contratos de constitución y sus modificaciones. Informará sobre el estado actual de cada fideicomiso, sus bienes, además de los derechos y las obligaciones de quienes participen en él. Si se trata de concurso de patrimonio autónomo, la información indicada se referirá expresamente a sus bienes y a la actividad empresarial que se realiza.
- Listado de bienes que no sean de su propiedad y se encuentren bajo su posesión, con señalamiento de las causas o los actos jurídicos en virtud de los cuales los posee, así como el uso que les da. Agregará la estimación de su valor y el plazo por el que legalmente los habría de mantener bajo su posesión.
- Listado de sus trabajadores, por orden alfabético, cuando los hubiera, con la indicación de su nombre completo, calidades y domicilio. Incluirá sus puestos de trabajo, los salarios brutos y netos, así como la indicación de si se encuentra al día en el pago de lo que les corresponde. De encontrarse moroso en el pago de las acreencias laborales, individualizará, por tipo de prestación, los períodos y montos adeudados. Si algún trabajador hubiera reclamado judicialmente o extrajudicialmente el pago, se indicará la clase de reclamación, el tribunal o las personas encargadas de la ejecución, el número de proceso o expediente y su estado actual.
- Listado de los demás acreedores, por orden alfabético, con la indicación de su nombre completo, calidades y domicilio. Incluirá el monto de capital, intereses, comisiones, gastos, multas y otros rubros que debiera. En cuanto a los intereses, deberá especificar su tipo y tasa. Informará la fecha de vencimiento de cada uno de los créditos, así como la existencia de codeudores, garantías personales, reales o de cualquier otra naturaleza. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente o extrajudicialmente el pago, se indicará la clase de reclamación, el tribunal o las personas encargadas de la ejecución, el número de proceso o expediente y su estado actual.

- Información detallada de cualesquiera otros procesos judiciales y extrajudiciales de carácter patrimonial en los que sea parte, con indicación de su número, las partes involucradas y la autoridad o las personas que lo tramitan; así como su objeto y estado actual.
- Los gastos en los que incurre periódicamente, y, en caso de realizar actividades empresariales, sus costos de operación de los últimos doce meses.
- Enumeración de los contratos en curso de ejecución. Indicará las personas contratantes, las prestaciones asumidas, los plazos o las condiciones, garantías y el estado actual de su cumplimiento.
- Si el deudor estuviera obligado a llevar contabilidad, acompañará los estados financieros y contables correspondientes a los últimos tres años. Los estados contables deberán ser acompañados de certificación emitida por contador público autorizado. Si el deudor hubiera contratado auditoría externa de sus estados contables, acompañará los informes correspondientes al período indicado. Los libros legales y contables serán aportados únicamente cuando los requiera el tribunal, si lo considera necesario. No obstante, podrán ser consultados irrestrictamente por quienes ejerzan la administración, el control o la vigilancia dentro del proceso concursal. El deudor o sus representantes serán responsables de la custodia de los libros mencionados y de la continuación de la contabilidad, mientras la autoridad judicial no disponga lo contrario.
- Si tuviera deber legal de tributar, comprobará el cumplimiento de las declaraciones y obligaciones tributarias de los últimos tres años.
- Si se trata de persona jurídica, aportará el detalle de socios, asociados o miembros, representantes, órganos de administración, gestión y fiscalización.
- Cualquier otra documentación o información que considere necesaria.
- La propuesta o las propuestas para la solución de la crisis patrimonial, las cuales podrán consistir en una propuesta de convenio o de liquidación.

Es claro que estos requisitos exigidos por el legislador al deudor o al representante de patrimonios autónomos, es un verdadero informe, el cual será verificado por el interventor, administrador o liquidador, para efecto de tomar decisiones con respecto al proceso concursal.

Otro informe que no se deriva de un interventor, administrador o liquidador, es el caso de informes y comuncados que puede rendir el tribunal,

por el nombramiento, la gestión llevada a cabo por ellos o por sus auxiliares, remociones y otros.

Al interventor, administrador o liquidador, así como a sus auxiliares, cuando los haya, se les sigue un régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación, remoción, responsabilidad, rendición de cuentas e inscripción en registros públicos.

Las designaciones, los ceses, las sanciones, los rechazos de rendiciones de cuentas y cualquier otro aspecto que se considere relevante se informarán a la oficina del Poder Judicial que gestiona los listados de interventores, administradores y liquidadores concursales.

Finalmente, la falta de confección de informes, que ordena la ley, o la mala confección de los mismos de forma dolosa, no solo generan responsabilidad civil, sino también generan responsabilidad penal.

Al respecto en la nueva Ley Concursal, se reforma el artículo 241 del código Penal, el cual señala:

> "Administración fraudulenta concursal
> Artículo 241- Se impondrá la pena establecida en el artículo 216 del Código Penal, según el monto de la defraudación, al deudor, sus representantes o apoderados legales, curador, interventor, administrador o liquidador de un proceso concursal, que teniendo a su cargo el manejo, la supervisión, administración o el cuido de bienes de un concurso declarado judicialmente, perjudique a la masa de acreedores, realizando las siguientes conductas:
> 1) Alterar sus cuentas, los precios o las condiciones de los contratos, los términos y las cláusulas de los actos de disposición de bienes y pagos realizados.
> 2) Simular operaciones o gastos de contratos, total o parcialmente.
> 3) Ocultar o retener valores u otro tipo de bienes de la masa concursal.
> 4) Utilizar el patrimonio concursal de forma abusiva o indebida.
> 5) Otorgar beneficios indebidos a cualquier acreedor.
> 6) Dejar de informar al tribunal concursal cualquier conducta contemplada en los cinco incisos anteriores, realizadas por quienes administren la masa activa, cuando tenga la función de supervisar la administración de los bienes del concursado"

Queda de esta forma expuesto el tema de los informes en la nueva ley Concursal. Siendo el presente trabajo fundamentalmente descriptivo, dada la novedad de la ley. Quedando para una futura ponencia el análisis de fondo de cada uno de ellos.

LAS JUNTAS DE ACREEDORES A LA LUZ DE LA NUEVA LEY CONCURSAL

Msc. Cecilia Ivette Villalobos Soto

Las Juntas de acreedores constituyen uno de los órganos de los procesos concursales en Costa Rica. Se les denomina órgano de deliberación ya que toman sus acuerdos por votación y por mayoría. Las juntas de acreedores están conformadas por los acreedores que participan en el respectivo proceso concursal y su quorum dependerá del tipo de proceso concursal de que se trate.

Tal y como nos exponen (Briceño López M. y., 2019, pág. 431) citando a Ripert, la junta de acreedores "… se forma como una asociación sin personería jurídica. Los acreedores quedan unidos legal y obligatoriamente. Forman una masa cuya naturaleza jurídica es discutida pero todos los autores reconocen que es una asociación de acreedores, un consorcio de intereses si bien no una persona moral. Forman una masa y se llaman acreedores en masa. Si quieren ejercer sus derechos se presentarán ante la quiebra pero esta presentación no es un acto constitutivo de la masa. La unión es legal y obligatoria."[48]

Por su parte Hernández (sf) llama a las juntas de acreedores como el órgano deliberante y nos dice que "….Es la Junta General de Acreedores, su voluntad se manifiesta en los acuerdos tomados por mayoría legal; es el órgano específico de defensa de los intereses de la masa pasiva, cuya intervención se manifiesta a los largo del procedimiento de quiebra siempre que sea necesario conocer la voluntad de los acreedores sobre los actos más trascendentales de la liquidación, en estos casos se convocará a una junta de las denominadas ordinarias; las extraordinarias se convocan para decidir sobre asuntos inusuales." (Hernández Hernández, Sin fecha.)

Las juntas de acreedores están constituidas por los acreedores que participan en el proceso concursal, aunque no todos pueden votar en las mismas. Las juntas según nos indican (Briceño López & Artavia Barrantes , 2019, pág. 431) "…persiguen un solo objetivo: La liquidación del patrimonio del deudor fallido para satisfacer sus propios interés económicos. Participa en ciertos asuntos, por eso no se requiere su presencia continua en el procedimiento de quiebra".

La relevancia de este órgano concursal ha sido cuestionada desde hace varios años, ya que en muchos casos más bien entraban el proceso concursal y tratan temas que podría resolver el tribunal sin problema. Con la entrada en

[48] (Briceño López M. y., 2019, pág. p.431)

vigencia del Código Procesal Civil de 1989 se vino a reducir el problema ya que se eliminaron muchas juntas y se dejaron únicamente cuatro. En ese momento se consideró que las juntas eliminadas tenían poca utilidad práctica y los acreedores casi no participaban.

La nueva Ley Concursal ordena el tema de las juntas y establece claramente cuáles son sus atribuciones, aparte de establecer cuales acreedores tendrán voto y cuales acreedores no lo tendrán. Esperamos que los cambios que introduce la nueva ley sean positivos y que al final se logré el objetivo dando mayor celeridad al proceso sin perjudicar a los acreedores.

Llama poderosamente la atención que no se aprovechará la entrada en vigencia de la ley concursal para introducir la modalidad de juntas de acreedores virtuales, tal como ya se utiliza en otros países tales como Perú. Hoy vivimos una época de pandemia en donde es esencial tomar las medidas sanitarias necesarias para no exponer a los acreedores a peligros de contagio sobre todo cuando hablamos de procesos concursales donde participan cientos o miles de acreedores. La tecnología moderna facilitaría la realización de juntas por medio de diferentes plataformas. Esta medida ya se ha implementado en el Poder Judicial para las audiencias orales en diferentes despachos judiciales por la situación del covid- 19 [49] y en celebración de asambleas y sesiones de junta directiva o junta administrativa.[50]

Normativa vigente:

Iniciaré el estudio con un breve análisis de la legislación concursal vigente en relación a las juntas de acreedores. Actualmente solo se realizan juntas de acreedores en los procesos de Convenio Preventivo, Concurso Civil y la quiebra. Las atribuciones de este órgano han sufrido variantes a lo largo del tiempo. En el antiguo Código de Procedimientos Civiles se realizaban tantas juntas como decisiones se tomaban dentro del proceso. Lo anterior provocaba atrasos innecesarios y perjuicios a los mismos acreedores.

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil de 1989 se redujeron las juntas y sus respectivas atribuciones. Precisamente se eliminó una de las juntas que provocaban más controversia como era la junta de reconocimiento de créditos y reclamos. Actualmente la legalización de créditos

[49] Sobre los diferentes protocolos para la realización de audiencias en la crisis sanitaria provocada por el covid 19 ver: https://audienciasvirtuales.poder-judicial.go.cr/index.php/protocolos

[50] Sobre el tema de la celebración virtual de asambleas de socios y sesiones de junta directiva, ver circular Directriz **DPJ-001-2020** del Registro de Personas Jurídicas sobre la celebración de asambleas y sesiones de junta directiva o junta administrativa mediante la utilización de medios electrónicos.

se realiza por escrito y solo se le da una audiencia a los acreedores por ocho días.

En la normativa concursal vigente encontramos cuatro procesos concursales que son: La administración y reorganización con intervención judicial (A.R.I.J), el convenio preventivo, el concurso civil y la quiebra.

Como primera figura tenemos la Administración y Reorganización con Intervención Judicial, cuyo presupuesto subjetivo establece que se trate de una persona física o Jurídica, que sea una empresa cuya desaparición pueda provocar efectos sociales perniciosos sin posibilidades de fácil sustitución y como presupuesto objetivo una situación económica o financiera difícil pero superable. Esta figura se clasifica como una figura concursal preventiva, cuyo fin primordial es el salvamento de las empresas. Lamentablemente esta figura no ha cumplido con los fines establecidos inicialmente por el legislador, lo anterior dada su complejidad y el resultar sumamente costosa para los empresarios en crisis económica. En este proceso concursal no se realizan juntas de acreedores.

Por su parte, la figura del Convenio Preventivo, se consideró inicialmente como figura curativa, pero con la reforma del año 1996 adquirió también un fin preventivo que busca ayudar a sanear empresas en crisis. Al respecto, la Doctora Stella Bresciani (2003), nos indica "Mientras que la quiebra y el concurso civil tienen efectos destructivos del patrimonio, la administración y reorganización con intervención judicial y el convenio preventivo tienden, más bien, a salvar ese patrimonio." (Bresciani Qurós, 2003., pág. 25) En igual sentido, (Briceño López M. y., 2019, pág. 47) nos indican, "También es un proceso concursal precautelar, iniciado a solicitud del deudor, para que, llegando a acuerdos con sus acreedores, pretende evitar la quiebra de su empresa, impidiendo la declaratoria de esta y tomando acuerdos, por mayoría, con carácter de cosa juzgada material. En doctrina tradicionalmente se ha considerado como un proceso concursal "curativo", en donde el deudor pretende llegar a un acuerdo con sus acreedores para evitar la declaratoria de quiebra.

El Convenio Preventivo, se encuentra regulado a partir del artículo 743 del Código Procesal Civil de 1989 y busca evitar la declaratoria de quiebra, pues, "…se pretende sacar adelante a una empresa en desequilibrio económico, con el sacrificio parcial de los acreedores, pues cualquier clase de convenio que se proponga va a implicar algún tipo de renuncia de parte de ellos". (Bresciani Qurós, 2003., pág. 43) En este proceso concursal encontramos la junta de acreedores regulada en los artículos 750 al 753 del citado Código. Esta junta se realiza con el fin de conocer, discutir y en caso aprobar o improbar la propuesta

de Convenio solicitado por el deudor en crisis económica. Los acuerdos tomados en la junta deben ser homologados por el Juez.

La Doctora Bresciani (2003) señala que en el Convenio Preventivo se pueden identificar cuatro fases, siendo precisamente una de ellas la celebración del Convenio. (Bresciani Qurós, 2003., pág. 44) El artículo 752 del Código Procesal Civil de 1989 señala, que para tener por aprobada la propuesta de convenio deberá ser aprobado por una mayoría de los acreedores concurrentes que representen, por lo menos, dos terceras partes de la totalidad de los créditos legalizados. En dicha junta se procederá a leer la propuesta de convenio, el informe que rinda el curador y la parte dispositiva de la resolución del Juzgado.

En los procesos concursales de liquidación como son el Concurso Civil y la Quiebra se eliminaron la mayoría de las juntas quedando solamente cuatro juntas: La junta para conocer la propuesta de Convenio de acreedores o Concordato (artículos 796 y 797 Código Procesal Civil); la junta para conocer el plan de distribución que presenta el curador cada vez que la quiebra tenga una suma de dinero que represente, por lo menos, un veinticinco por ciento del pasivo (inciso k del artículo 876 Código de Comercio); la junta que conoce la cuenta de distribución final (artículos 792 y 793 CPC y 927 del Código de Comercio) y finalmente la junta para conocer la cuenta de administración del curador (807 del Código Procesal Civil). Es importante mencionar que la junta de reconocimiento de créditos y reclamos, llamada también legalización de créditos fue eliminada y su trámite se realiza en forma escrita dándose únicamente una audiencia a los acreedores.

Las juntas de acreedores actualmente se celebrarán en el Juzgado respectivo, salvo que por la cantidad de acreedores sea necesario buscar otro sitio. Las mismas serán presididas por el Juez concursal, quien tomará nota de los asistentes, de las representaciones, llevará el computo de los votos y en su momento aprobará o improbará los acuerdos tomados. Tal y como señala el artículo 910 del Código de Comercio el quorum mínimo para realizar la junta será de dos o más acreedores y las resoluciones que por mayoría se tomen obligaran a los acreedores de la minoría y a los que no concurrieron a la junta.

En cuanto a la cantidad de votos necesarios para aprobar una propuesta de arreglo o convenio con el deudor, el artículo 913 del Código de Comercio, señala "…el acuerdo que imponga el arreglo debe ser tomado por el voto de capital que represente por lo menos las tres cuartas partes del pasivo. No se tomarán en cuenta el voto de capital para el cómputo respectivo, de los acreedores cuyo crédito no alcance el cociente de capital necesario para tomar parte en la votación". (Costa Rica (Leyes, 2011)

Pueden gestionar la realización de las juntas, el deudor, un acreedor o un tercero (artículo 907 Código de Comercio (Costa Rica (Leyes, 2011). La convocatoria deberá indicar expresamente los puntos que serán discutidos en las juntas. Los acuerdos que se tomen deberán ser homologados por el Juez. Finalmente es importante mencionar que el juez se limitará a aprobar o improbar los acuerdos que tomen en las juntas, mediante resolución razonada, pero en caso de rechazo, no podrá sustituir la voluntad de los acreedores. (Bresciani Qurós, 2003., pág. 93)

Nueva ley Concursal:

La nueva ley concursal trae cambios importantes para nuestra legislación concursal, tales como la unificación de la materia en una sola ley, la eliminación de las figuras concursales tradicionales; como son la administración y reorganización con intervención judicial, el convenio preventivo, el concurso civil y la quiebra; la creación de un único proceso denominado concurso, la desaparición del personaje del curador y la creación de nuevos órganos del proceso de quiebra como son el interventor, el administrador y el liquidador y entre otros cambios.

Nuestra meta en el presente ensayo es analizar los cambios que específicamente se reformaron en la nueva ley en relación a las juntas de acreedores. En general encontramos que los cambios más relevantes giran alrededor de la agrupación de la normativa aplicable a las juntas en una sola norma, el establecimiento de reglas claras en relación con la convocatoria, el quorum, las atribuciones de las juntas, la distinción entre voto personal y voto de capital, como establecer el voto personal y de capital para las diferentes decisiones que toma la junta y fijar cuales acreedores tienen con derecho a voto y cuáles no, entre otras.

Analizare ahora cada uno de los cambios que trae la Ley Concursal en este tema y a su vez las regulaciones que se mantienen.

Las juntas de acreedores se regulan en el artículo 29, ubicándose dentro de los órganos concursales regulados en la Sección VI del Título segundo de dicha ley. [51]

El artículo 29.1 establece que las juntas serán convocadas únicamente en los supuestos previstos en la ley. El juzgado concursal emitirá una resolución judicial en donde se indicará el orden y los temas que se tratarán.

[51] Sin embargo, llama la atención que autores Sergio Artavia Barrantes y Paula Artavia Campos y no las incluyeron dentro de sus comentarios de los diferentes órganos concursales. (Artavia Campos, 2021)

La resolución judicial deberá ser notificada a los intervinientes con cinco días de anticipación, salvo la ley establezca un plazo mayor.

Las juntas se realizarán en el lugar, día y hora señalados en la resolución judicial que las convoque y serán presididas por el Juez tal y como lo establece el artículo 29.2 (Costa Rica. (leyes, 2021) Esta misma norma establece que las juntas podrán posponerse en casos excepcionales a criterio del Tribunal.

La junta también podrá suspenderse siempre que exista causa justificada o por acuerdo de la mayoría simple de los acreedores presentes con derecho a voto.

Un tema interesante es que la ausencia injustificada del concursado o sus representantes legales no impedirá celebrar la junta. Situación diferente se da en caso de que el interventor, administrador o liquidador no acudan a la junta, ya que en estos casos la junta podrá posponerse por el lapso que se requiera de acuerdo a las circunstancias, según lo decida el tribunal. (art. 29.2 p. 3) (Costa Rica. (leyes, 2021). De ser imposible su comparecencia se deberá reprogramar la junta. En caso que estos personajes no tengan una causa justa para su inasistencia se deberá sentar sus posibles responsabilidades procesales, legales y administrativas.

En cuanto al quorum para celebrar legalmente la junta, el artículo 29.2 señala que la junta se celebrará cualquiera que sea el número de acreedores presentes con derecho a voto y el porcentaje del pasivo representado en el acto. Actualmente esta situación se regula por lo dispuesto por el artículo 911 del Código de Comercio. (Costa Rica (Leyes, 2011) en donde se indica que la junta se podrá realizar si concurren dos o más acreedores y las resoluciones que por mayoría adopten serán obligatorias para los acreedores de la minoría, lo mismo que para los que no concurrieren a la junta.

El artículo 29.2 (Costa Rica. (leyes, 2021) también señala que de no comparecer ningún acreedor con derecho a voto las propuestas sometidas a discusión se tendrán por improbadas.

El Tribunal podrá autorizar la presencia de terceras personas en la junta si lo considera conveniente para los intereses del acuerdo.

Tal como puede observarse, algunos temas de la legislación actual se mantienen en la nueva norma, por ejemplo, la legitimación para solicitar la convocatoria a junta (artículo 907 Código de Comercio), las cuestiones que se discutirán en la junta (art. 904 Código de Comercio), el lugar donde se llevará a cabo la junta y la presidencia del juez (art. 903 Código de comercio) y otros varían como el quorum mínimo para la realización de la junta, la publicación de la convocatoria a la junta, la obligatoriedad de participación de ciertos personajes y la participación de terceras personas.

Una ventaja de la nueva legislación es la creación de una única norma que establece claramente cuáles serán los acreedores con derecho a voto, cuáles podrán votar excepcionalmente y cuáles acreedores no tendrán derecho a votar.

El derecho al voto lo regula igualmente el artículo 29.3. Tendrán derecho a voto, los acreedores concursales comunes admitidos dentro del proceso.[52] Se hace la salvedad que también podrán participar los acreedores cuya admisión se encuentre impugnada o sujetos a condición resolutoria no cumplida.

Igualmente tendrán derecho a voto, bajo algunos supuestos, los acreedores con privilegio especial, respecto de las propuestas que pudieran afectar su crédito, [53] y los acreedores con privilegio general, cuando se encuentren inhabilitados para ejercer sus derechos fuera del concurso o los aspectos de la votación pudieren afectar su crédito. (Costa Rica. (leyes, 2021).

El artículo 29.3 (Costa Rica. (leyes, 2021) nos indica que no tendrán derecho a voto los siguientes acreedores: [54]

> "1- Quienes se consideren especialmente relacionados con el concursado conforme a esta ley.[55]
>
> 2- Los tardíos respecto de los cuales no se hubiera emitido pronunciamiento sobre su admisión o rechazo. [56]
>
> 3- Los rechazados con trámite de impugnación pendiente de resolver.[57]
>
> 4- Los créditos litigiosos o sujetos a condición suspensiva.[58]
>
> 5- Los créditos subordinados[59]." (art. 29.4).

En la normativa vigente el tema de los acreedores con derecho a voto se encuentra regulado en varias normas, por ejemplo, el artículo 913 del Código de Comercio (Costa Rica (Leyes, 2011) que señala:

> "Tratándose del arreglo o convenio con el deudor, la junta en que se conozcan de él tiene que ser necesariamente posterior a la calificación de créditos, de modo que sólo los créditos admitidos y aprobados por auto firme puedan concurrir a esa junta con la exclusión

---

[52] En cuanto a los acreedores concursales puede verse el artículo 34 y 34.4 de la Ley Concursal.

[53] En cuanto a los acreedores con crédito especial ver artículo 34.2 Ley Concursal.

[54] Se hace la salvedad que estos acreedores no podrán votar pero si podrán participar en las juntas.

[55] Ver artículo 21.4 Ley concursal.

[56] Acreedores tardíos. Ver art. 37 Ley Concursal.

[57] Acreedores rechazados con trámite de impugnación. Ver art. 36.1 inciso 3 y párrafo final.

[58] Acreedores con créditos litigiosos. (ver artículo 35.4 LC) y créditos con condición suspensiva. (Ver artículo 35.7 LC)

[59] En cuanto a los acreedores subordinados ver. Art. 34.5 Ley Concursal.

referida en el artículo 938, y el acuerdo que imponga el arreglo debe ser tomado por el voto de capital que represente por lo menos las tres cuartas partes del pasivo. No se tomarán en cuenta el voto de capital para el cómputo respectivo, de los acreedores cuyo crédito no alcance el cociente de capital necesario para tomar parte en la votación". (Costa Rica (Leyes, 2011)

En el Código Civil encontramos el artículo 949, que nos indica:

"ARTÍCULO 949.- Tendrán voz y voto en las juntas anteriores a la calificación de créditos, todos los acreedores del concurso que consten en la lista presentada por el insolvente y rectificada por el curador, o en la formada directamente por éste en el caso de que aquél no hubiere presentado ninguna, pero se exceptúan:

1) El cónyuge y el ascendiente, el descendiente y el hermano, consanguíneos o afines, del insolvente.

2) El que, en los seis meses anteriores a la declaratoria de insolvencia, sea o haya sido socio, procurador, dependiente o doméstico del insolvente.

Hasta el momento de celebrarse la junta, cualquiera podrá solicitar que se le agregue a la lista de acreedores y si la mayoría de éstos lo acordare, o si se presentare con un instrumento fehaciente, quedará agregado a la lista y tendrá voz y voto como acreedor.

(Así reformado por el artículo 2º de la ley No.7130 del 16 de agosto de 1989)" (C.R.Leyes, 2011)

En relación con el mismo tema el artículo 946 del citado Código nos indica:

"Tanto en una junta como cuando corresponda hacerlo por escrito, para que haya resolución deberá ser adoptada por la mayoría de los votos. Los votos se computarán por las personas y por el capital. Respecto de las personas, cada acreedor tendrá un voto.

En cuanto al capital, la suma de los créditos representados equivaldrá a tantos votos como acreedores se pronuncien, de modo que divida aquélla por el número de éstos, la cantidad que resulte será un voto de capital." (C.R.Leyes, 2011).

Como puede verse, en la legislación vigente en estos momentos, no existen normas claras en cuanto a cuáles acreedores tienen derecho a voto y cuales acreedores no, por lo cual la introducción del artículo 29 resulta un gran avance para la legislación concursal costarricense. El mismo será de gran utilidad para los jueces concursales y para los abogados asesores de los deudores en crisis.

Precisamente relacionado con este tema encontramos que el artículo 29.5 de la Ley concursal aclara el tema relativo a las mayorías de personas y las

de capital. El primer punto se relaciona con la aprobación de las propuestas. En estos casos los acuerdos deben tomarse por la mayoría concurrente de votos de personas y de capital. La legislación vigente lo regula en el artículo 796 del Código Procesal Civil de 1989 que a su vez lo remite al artículo 948 del Código Civil. [60] Esta misma situación la regula el artículo 913 del Código de Comercio, el cual en lo que interesa señala: "...el acuerdo que imponga el arreglo debe ser tomado por el voto de capital que represente por lo menos las tres cuartas partes del pasivo. No se tomarán en cuenta el voto de capital para el computo respectivo, de los acreedores cuyo crédito no alcance el cociente de capital necesario para tomar parte en la votación".

El cálculo del voto de personal y del voto de capital, lo establece el mismo artículo 29.5. El voto personal se obtendrá por la mayoría simple de acreedores apersonados al proceso al momento de la votación. (Costa Rica. (leyes, 2021) Para determinar la mayoría de capital en las votaciones de las juntas "… se considerarán los montos de los créditos concursales admitidos de los acreedores apersonados al proceso al monto de la votación. Salvo que esta ley disponga de manera diversa para casos especiales, se requerirá la mayoría ordinaria de votos de capital." (Costa Rica. (leyes, 2021)

Actualmente el cálculo del voto personal y de capital se establecen en el artículo 946 del Código Civil, dado que el artículo 910 del Código de Comercio fue derogado [61] por el Código Procesal Civil actual. [62]

La nueva normativa permite a los acreedores hacerse representar en las juntas. Sin embargo, no se admitirá como posibles representantes de un

---

[60] Artículo 948 (Código Civil): Cuando se trate de convenio entre los acreedores y el fallido, para que haya mayoría que acepte el convenio, será preciso que concurra de la mayoría de los votos personales presentes, que representen las tres cuartas partes del valor de todos los créditos pertenecientes a los acreedores comprendidos en el balance, si fuera el convenio antes de la calificación, o de los reconocidos por ésta y de los que ya tuvieren litigio iniciado para hacer valer sus créditos, si fuera después de dicha calificación. En la junta que conozca del convenio no se computarán el resto, ni se tomará en cuenta el crédito de los acreedores a que se refiere el inciso 2) del artículo siguiente.

[61] El nuevo Código Procesal Civil en el artículo 183 inciso 5 derogó entre otros artículos el artículo 910 del Código de Comercio.

[62] Artículo 946 (Código Civil): Tanto en una junta como cuando corresponda hacerlo por escrito, para que haya resolución deberá ser adoptada por la mayoría de los votos. Los votos se computarán por las personas y por el capital. Respecto de las personas, cada acreedor tendrá un voto.

En cuanto al capital, la suma de los créditos representados equivaldrá a tantos votos como acreedores se pronuncien, de modo que divida aquélla por el número de éstos, la cantidad que resulte será un voto de capital.

acreedor al concursado o las personas especialmente relacionadas con éste[63]. Tampoco podrán ser representantes el interventor[64], el administrador[65], el liquidador[66] o un auxiliar concursal[67]. En todo caso el representante de acreedores públicos o privados, deberá contar con las facultades suficientes para votar en nombre de su representado. (art. 29.6 Ley concursal)

En la normativa actual el artículo 912 del Código de Comercio, en relación con el tema de la representación de los acreedores en las juntas señala "También los acreedores podrán hacerse representar por medio de carta- poder otorgada a otro acreedor o a un abogado. La carta- poder es un mandato especial para cada junta, se extiende en papel simple con los timbres correspondientes firmada por el mandante y refrendada por dos testigos, o por un abogado o notario. (Costa Rica (Leyes, 2011)

Es importante tomar en consideración que la nueva legislación no hace mención expresa al instrumento legal que debe utilizarse ni a sus formalidades que debe contener. Tampoco se menciona expresamente la posibilidad de dar poder a un abogado, pero al ser tan amplia la autorización tampoco está excluido.

Seguidamente los artículos 29.7 y 29.8 se refieren a formalidades que deben tenerse presentes en las juntas tales como la lista de los acreedores que asistan y la forma en que se documentará la junta.

En el primer caso se establece que la lista con los acreedores asistentes, sus representantes, abogados, el monto admitido de sus créditos y la clasificación a que corresponden se confeccionará antes del inicio de la junta. En el segundo caso se indica que lo sucedido en la junta se documentará de acuerdo a las disposiciones del Código Procesal Civil respecto a las audiencias orales. Los votos emitidos por escrito quedarán en custodia del tribunal hasta la firmeza de la resolución que se pronuncie sobre los acuerdos adoptados.

En la legislación vigente nos encontramos únicamente el artículo 914 del Código de Comercio que señala: "De toda junta se levantará acta que firmará el juez con los asistentes, el curador y el secretario". (Costa Rica (Leyes, 2011)

Finalmente encontramos el artículo 29.9 que regula la homologación de los acuerdos. Briceño y Artavia (2019) nos indican sobre el tema de la homologación "Los acuerdos tomados por las asambleas de acreedores

[63] Personas relacionadas con el concursado persona física ver art. 21.4.
[64] Interventor ver art. 23 LC
[65] Administrador ver art. 24 LC.
[66] Liquidador ver art. 25 LC.
[67] Auxiliares ver. Art. 28 LC.

producen efectos jurídicos hasta que una resolución del juez homologue los mismos, o sea, el juez tiene un poder de homologación. "(Briceño López & Artavia Barrantes , 2019, pág. 433)

El citado artículo señala que todos los acuerdos adoptados en la junta deberán ser homologados por el tribunal dentro de los cinco días siguientes. Con la homologación se verificará la legalidad y el cómputo de las mayorías requeridas por la ley. Es importante tener presente que el Tribunal no homologará acuerdas en donde se pretenda perjudicar la garantía de un acreedor privilegiado sin su consentimiento. (Costa Rica. (leyes, 2021)

Sobre el tema de la homologación, en la normativa que nos rige actualmente encontramos normas dispersas en los diferentes códigos[68], por lo cual el artículo 29.9 viene a condensar en una sola norma la materia y evita confusión para los acreedores y el mismo deudor.

El artículo 29.9 indica que el juez en la resolución que dicte homologando los acuerdos tomados por la junta, deberá hacer un recuento detallado de los votos emitidos por cada acreedor. Igualmente establece que podrá elaborarse una lista que incluya la forma en que votaron cada uno de los acreedores, la cual se anexará a la carpeta principal. (Costa Rica. (leyes, 2021). El mismo artículo indica que se ser necesario, se establecerán las bases para la debida ejecución de lo homologado.

Tal y como mencionamos anteriormente, el artículo 29.2 de la nueva Ley concursal señala que las juntas de acreedores serán convocadas únicamente en los supuestos previstos por la ley y precisamente una de las juntas más importantes que prevé la ley es la junta para conocer las propuestas de acuerdos concursales regulada en el artículo 40 de la Ley. Las propuestas pueden provenir del deudor[69], de los acreedores o de terceras personas[70].

Sergio Artavia y Paula Artavia (2021) definen los acuerdos concursales, como "…las propuestas o plan de salvamento y de pago que propone inicialmente el deudor, para superar su insuficiencia patrimonial que ha originada su crisis económica, a fin de tratar de cancelar las deudas –pasivo- de sus acreedores, en la forma, condiciones y plazo que ahora propone".(Artavia Campos, 2021, pág. 179) Según lo señala el artículo 16. 6 de la Ley Concursal, las propuestas podrán consistir en "…perdón parcial de las deudas, otorgamiento de plazos más amplios para el cumplimiento, un plan

[68] Sobre el tema de la homologación de acuerdos concursales tenemos los artículos 940 y siguientes del Código de comercio; 965 y siguientes del Código Civil; 753 y 798 y siguientes del Código Procesal Civil de 1989.

[69] Ver artículos 38 y 13.6 LC.

[70] Ver artículo 39 LC

de reestructuración empresarial, la refinanciación o readecuación de deudas, entrega de bienes, capitalización de activos, aumentos del capital social, liquidación patrimonial o cualquier otro tipo de solución lícita no contemplada en las anteriores o que resulte de la combinación de ellas. (Costa Rica. (leyes, 2021) Además, dicho artículo señala que de presentarse varias propuestas, se precisará cuáles las propuestas principales y cuales subsidiarias, si se omite este punto se entenderá la primera como principal y las demás como subsidiarias en el orden que hubieren sido propuestas.

La convocatoria a la junta para conocer la propuesta de solución se realizará en la misma resolución que pone en conocimiento de las partes informe inicial del interventor o administrador concursal. La misma deberá celebrarse entre los veinticinco y treinta días siguientes al dictado de la resolución.

La junta se celebrará siguiendo el orden establecido por el artículo 40.2 de la Ley Concursal. Tal como lo señala el artículo 29.1 la convocatoria indicará los temas que se van a discutir en la junta y se seguirá el orden programado, salvo que el tribunal en casos muy calificados considere oportuno seguir un orden distinto. El tribunal podrá ordenar recesos razonables, cuando surjan puntos en conflicto que lo justifiquen. En todo caso, se procurará que la junta continúe lo más pronto posible, sin que la suspensión pueda exceder de cinco días. Sin embargo, si la mayoría simple de los acreedores presentes con derecho a voto podrán acordar en un lapso mayor.

La puesta en conocimiento de las propuestas del concursado, se realizará conforme lo establece el artículo 40.3 de la ley Concursal. Es importante recordar que la propuesta del concursado se debe presentar junto con la solicitud de concurso o dentro del plazo concedido para su presentación en la sentencia estimatoria del concurso cuando hubiere sido demandado (art. 38.1 Ley concursal). Igualmente podrá modificarla por razones calificadas, siempre que lo haga al menos con diez días de anticipación a la fecha de la junta. En principio se discutirá sobre los puntos de la convocatoria. "…Si el concursado hubiere formulado propuestas oportunamente, la junta procederá a su discusión y votación en el orden respectivo. El interventor o administrador expondrá su criterio antes de la discusión, sobre las modificaciones incorporadas en tiempo por el proponente." (art. 40.3) (Costa Rica. (leyes, 2021)

El orden de votación de las propuestas lo fija el artículo 40.4 Ley Concursal. Las propuestas se votarán por los acreedores, una a una, en el orden de prioridad establecido. Es importante tener presente que en caso que existan propuestas diferenciadas, los acreedores votaran únicamente por las

propuestas a su clasificación o categoría. Si está comprendido en varias clases o categorías, votará en cada una de ellas. (Costa Rica. (leyes, 2021)

Si la propuesta proviene de acreedores o terceros (cuando el deudor hubiese omitido formular propuestas de solución a la crisis) estos podrán formularlas al menos con diez días de anticipación a la fecha programada para la junta de acreedores. En este caso las propuestas podrán consistir en eventuales acuerdos con los acreedores, terceros interesados o en un plan de liquidación, siempre que cumplan con los requisitos previstos en la Ley Concursal para las propuestas del concursado. (art. 39 Ley Concursal) (Costa Rica. (leyes, 2021). En estos casos el interventor o administrador concursal deberá exponer su criterio acerca de las propuestas.

Estas propuestas, así como las presentadas por quien ejerza la intervención o administrador concursal, serán discutidas en el orden cronológico en que se presentaron. (art. 40.5) (Costa Rica. (leyes, 2021) En relación a la votación de estas propuestas, el artículo 40.6 nos indica: "Las propuestas del interventor, administrador concursal, acreedores o terceros, se votarán una a una, según el orden en que hubiesen sido presentadas. Las propuestas presentadas conjuntamente, se votarán según la prioridad establecido por el promotor o, en su defecto, de acuerdo con el orden enunciado." (Costa Rica. (leyes, 2021).

El artículo 40.7 establece en forma detallada las reglas para la aprobación de propuestas generales que no afecten créditos privilegiados o categorías especiales.[71] Para que una propuesta se considere aceptada por la junta además de la mayoría del voto de personas, se requerirá también el voto de capital estableciendo cuatro supuestos:

> "1- La mayoría ordinaria de votos de capital, cuando la propuesta contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe de los créditos, con un plazo menor a tres años para su pago.
>
> 2- Al menos el sesenta y cinco por ciento de los votos de capital, cuando la propuesta contenga esperas con un plazo de más de tres años, pero en ningún caso superior a diez, o quitas mayores a la mitad del importe de cada crédito.
>
> 3- Al menos el treinta por ciento de los votos de capital, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos en un plazo

[71] En relación a la homologación de acuerdos, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 29.9 de la Ley concursal en donde se establece en relación al punto en cuestión "En ningún caso se homologará un acuerdo que pretenda afectar las garantías de acreedores privilegiados sin su consentimiento." Igualmente debe tenerse presente el art. 40.8 Ley Concursal.

inferior a dos años o en el pago inmediato de los créditos vencidos con una quita menor al veinte por ciento.

4- La mayoría ordinaria de votos de capital, en los demás casos no previstos por los incisos anteriores. " (Costa Rica. (leyes, 2021).

El artículo 40. 8 fija las reglas para la aprobación de propuestas generales que afecten acreedores con créditos privilegiados.

"Los acuerdos generales que impliquen afectación de créditos de acreedores privilegiados de una misma clase y a su vez no contemple un trato diferenciado dentro de ésta, surtirán efectos respecto de los que hubiesen votado a favor de la propuesta o se le adhieran.

También afectarán a los demás acreedores con privilegio especial o general cuando se obtengan los porcentajes de capital previstos en el artículo anterior, dentro de la clase privilegiada respectiva." (Costa Rica. (leyes, 2021)

El artículo 40.9 fija las reglas especiales para la aprobación de propuestas que impliquen trato diferenciado por categorías, dentro de clases de créditos concursales.

"Para que se considere aceptada una propuesta que atribuya un trato singular a determinada categoría de acreedores definidos por sus características, pero pertenecientes a una clase de las establecidas en esta ley; serán indispensables los porcentajes de capital antes indicados, respecto de los acreedores de la categoría determinada y, también, de los acreedores dela misma clase legal que no formen parte de esa categoría." (Costa Rica. (leyes, 2021)

Como se puede observar, esta nueva normativa será de gran utilidad para los acreedores, ya que se establece una aprobación ordenada de las distintas propuestas presentadas tanto por el deudor como por los acreedores y terceras personas. Igualmente establece porcentajes diferenciados de aprobación sin perjudicar a los acreedores con créditos privilegiados ni a los acreedores diferenciados por categorías.

Por otra parte, al establecer la Ley Concursal una única figura concursal y eliminarse la normativa dispersa en los diferentes códigos[72] contaremos con una única normativa clara y ordenada.

Hay dos aspectos relevantes sobre los acuerdos de las juntas de acreedores homologados que es importante tener presente. Uno de ellos es la posibilidad de solicitar la resolución del acuerdo por incumplimiento, contemplada en el artículo 44.3 Ley Concursal. Se podrá solicitar la posible resolución del acuerdo, en caso de incumplimiento grave del acuerdo

[72] Ver derogatorias del artículo 73 Ley Concursal en relación con la normativa concursal establecida en los Códigos Civil, Comercial y Procesal Civil de 1989.

concursal. La solicitud la podrá presentar cualquier interesado ante el tribunal siempre que presente la prueba correspondiente.

La solicitud de resolución se tramitará en vía del incidente concursal. La acción caducará a los tres meses contados a partir del momento en que el promotor haya conocido o debía conocer los hechos que la motiven. (Costa Rica. (leyes, 2021)

Si se acoge la gestión, se declarará resuelto el acuerdo y cesarán sus efectos, salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe en virtud de su ejecución parcial. En este caso se ordenará la liquidación de la masa activa conforme lo indica la ley.

El otro aspecto relevante, es la posible nulidad del acuerdo concursal homologado. Este punto lo regula el artículo 45 de la ley concursal. La solicitud de nulidad del acuerdo puede efectuarse de oficio o a solicitud de cualquier interesado legítimo. Procederá la nulidad si se llegaré a comprobar que el pasivo ha sido exagerado dolosamente o se ha sustraído u ocultado alguna parte relevante del activo. Igualmente si se hubiera incurrido en maniobras dolosas o fraudulentas que hubiesen sido determinantes para su obtención.

> " La acción se tramitará vía incidental y caducará a los tres meses desde el momento en que su promotor haya conocido o debía conocer los hechos que la motiven. Es todo caso, deberá formularla antes de cumplirse un año desde la firmeza de la resolución que tuvo por cumplido el acuerdo.
>
> Al acoger la nulidad, se ordenará la liquidación de la masa activa conforme a lo dispuesto en esta ley y cesarán los efectos del acuerdo anulado. Solo conservarán eficacia los derechos adquiridos por terceros de buena fe en virtud de su ejecución parcial. Art. 45 " (Costa Rica. (leyes, 2021)

Las normativas de la ley concursal sobre resolución del acuerdo concursal y la nulidad de acuerdos, al parecer tienen su inspiración en los dispuesto por el artículo 756 del Código Procesal Civil de 1989, en donde precisamente se regula la resolución y la nulidad del Convenio Preventivo aprobado. En la nueva normativa se reducen los plazos bastante.

Por otra parte, es también importante destacar que dentro de las posibles causas que dan apertura a la liquidación del Concurso en la ley concursal, se encuentra los supuestos regulados en el artículo 46 incisos 2 y 6. En el primer supuesto, sería que la junta de acreedores rechace todas las propuestas de solución a la crisis patrimonial que hubiese sido sometidas a votación. El segundo supuesto se da cuando el acuerdo judicial o extrajudicial sea modificado en junta de acreedores, de tal forma que se acuerde la liquidación. (Costa Rica. (leyes, 2021)

En la parte recursiva de la materia de juntas de acreedores, encontramos que podrá plantearse en general el recurso de revocatoria contra las resoluciones dictadas en los procesos concursales que no sean providencias. (Art. 56 Ley concursal)

El cuanto al recurso de apelación procedería, según lo establece el artículo 57 inciso 18 contra las resoluciones que: "Se pronuncien sobre la aprobación o rechazo de acuerdos de solución concursal, así como sus modificaciones. Solo podrán impugnar la aprobación, quienes se hubieran opuesto expresamente, en tiempo y forma, a la propuesta o acuerdo. Si se celebró junta para la aprobación, será necesario que el apelante haya asistido a ella y votado en contra de la propuesta." (Costa Rica. (leyes, 2021) No se encontraron supuestos para el recurso de casación.

Una vez concluido el análisis de la normativa de la nueva ley concursal en relación al tema de las juntas de acreedores, concluyo que se dejó en descubierto un tema de relevancia y de actualidad. Dicho tema es el relativo a la posibilidad de realizar juntas de acreedores en mediante la modalidad virtual a través de la utilización de diferentes plataformas virtuales, como ya se ha establecido en otros países.

El caso más reciente y documentado es el de la Legislación peruana, la cual el año pasado y motivados por la crisis sanitaria del covid 19 implementaron las juntas de acreedores virtuales. "El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) publicó la "Directiva que regula las reuniones virtuales de la Junta de Acreedores, implementación y formalidades para su realización", mediante la Resolución N° 001-2020/DIR-COD-INDECOPI. Esta modalidad virtual será aplicable a los procedimientos concursales regulados por la Ley General del Sistema Concursal y demás normas que regulen los procedimientos concursales a su cargo" (Miguel, 2020). Consideramos que en nuestro país se desperdició la oportunidad de modernizar la realización de las juntas de acreedores y permitir la utilización de medios tecnológicos para aligerar la celebración de las Juntas de acreedores sin poner en peligro la salud de los participantes. Por otra parte, la realización virtual de la junta facilitaría la participación de acreedores que se encuentren en zonas alejadas del país y hasta fuera del país.

Es importante mencionar el artículo 50 que permite la utilización de mecanismos e instrumentos tecnológicos en la realización de las subastas, licitaciones y ventas previstas por la ley para la liquidación del patrimonio del

deudor. [73] Sin embargo, esta medida tan novedosa no se utilizó para las juntas de acreedores.

Concluyo la investigación formulando las siguientes conclusiones y recomendaciones.

La nueva normativa de la ley concursal realmente introduce un cambio positivo en la normativa de las juntas de acreedores, lo cual traerá beneficios no solo para los acreedores, sino que también facilitará la gestión del juez concursal e incluso la participación del deudor.

Algunos de los puntos positivos que encontramos, son:

a) Se unifica en un solo artículo todas las disposiciones generales aplicables a las juntas de acreedores, tales como la convocatoria, celebración de la junta, acreedores con derecho y sin derecho a voto, cálculo del voto personal y del voto de capital, la representación de acreedores, formalidades de las juntas y la homologación de acuerdos por parte del juez. Lo anterior representa un gran avance, ya que actualmente tenemos una legislación dispersa y hasta en algunos casos contradictoria que se establecía en los Códigos civil, comercial y procesal civil de 1989.

b) Se establece en forma clara como se calcula el voto personal y el voto de capital y como se aplica a los diferentes acuerdos.

c) Igualmente se unifica en un solo artículo todas las disposiciones aplicables a la junta para aprobar las propuestas de solución emanadas del deudor, de los acreedores y de terceras personas.

d) Se establecen reglas claras para la aprobación de las propuestas concursales tomando en consideración si afectan o no a los acreedores privilegiados y a los de categorías especiales.

e) Se regulan reglas claras para la homologación de los diferentes acuerdos de las juntas de acreedores.

f) Se derogan las normas dispersas sobre la materia concursal existentes en los Códigos Civil, Comercial y Procesal Civil de 1989.

En general la normativa es moderna, ordena y clarifica muchos puntos que en la legislación actual son confusas y contradictorias. Ahora bien, como recomendación final consideramos de sumo interés la posibilidad de

[73] Artículo 50: "Para la realización de las subastas, licitaciones y ventas previstas por esta ley, podrán utilizarse los medios y procedimientos tecnológicos que sean admitidos y reglamentados por la Corte Suprema de Justicia.
La venta directa de bienes u otras formas para la liquidación del activo, se podrá realizar haciendo uso de los mecanismos e instrumentos tecnológicos que estén disponibles y sean los más apropiados para los fines concursales."

implementar la realización de las juntas de acreedores a través de plataformas digitales y con la utilización de medios tecnológicos. Con ello no solo se daría celeridad al proceso concursal sino que también la posibilidad de que más acreedores participen en la toma de decisiones a pesar de estar fuera del valle central del país o incluso fuera del país. Esta medida es urgente en época de una pandemia que nos afecta hace más de un año y que se vislumbra una terminación cercana. Ante las fuertes medidas sanitarias que existen para la reunión de grupos numerosos de personas en lugares cerrados. Así que dejó la inquietud para que sea analizada y en su caso implementada en un futuro cercano.

La nueva Ley Concursal trae consigo un cambio radical en la legislación concursal costarricense, elimina las arcaicas figuras concursales que nos rigen actualmente y crea una única figura concursal denominada Concurso. Llega en un momento difícil para la sociedad costarricense y para las empresas en crisis como resultado de la crisis económica nacional y mundial en mucho provocada por la pandemia pero que también tiene su origen en otros factores más complejos.

Bibliografía utilizada:

Artavia Barrantes, S y Artavia Campos, P. (2021). Manual de Derecho Concursal Costarricense. . San José, Costa Rica.: Editorial Jurídica Faro S.A.

Bresciani Qurós, S. (2003.). Los procesos concursales en el Sistema Jurídico Costarricense. San José, Costa Rica.: Conamaj.

Briceño López , M., y Artavia Barrantes , S. (2019). La quiebra en Costa Rica y la crisis empesarial. . San José.: Editorial Jurídica Faro.

C.R.Leyes, d. e. (setiembre. de 2011). Código Civil. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.

Costa Rica (Leyes, d. (2011). Código de Comercio. . San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A. .

Costa Rica. (leyes, d. e. (julio de 2021). Ley concursal. . San José, Costa Rica.

Hernández Hernández, R. (Sin fecha.). Poder Judicial. Obtenido de https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_87/005-organosdelaquiebra.htm

Miguel, A. B. (22 de mayo de 2020). Peruweek.pe. Obtenido de https://www.peruweek.pe/junta-de-acreedores-autorizan-reuniones-virtuales-para-continuidad-de-los-procesos-concursales-resolucion-no-000054-2020-pre-indecopi/

LA DEMANDA CONCURSAL POR EL ACREEDOR Y ENTES FISCALIZADORES

Dr. Sergio Artavia Barrantes

La solicitud del proceso concursal preventivo o liquidatorio puede ser formulada no solo por el deudor -art. 13.5 LC-, sino por un acreedor de aquel -art. 14 LC- y por entidades regulatorias -art. 14.2 LC-.

1.- ASPECTOS GENERALES

La ley concursal unifica los presupuestos subjetivos, objetivos y del título a fin de que el acreedor del deudor en crisis pueda solicitar el concurso de este. En cuanto al elemento subjetivo, porque dentro de las innovaciones ya no se exige la existencia de dos acreedores con título diverso, como existía en el concurso civil -salvo la exigencia recién citada del art. 5.2.2 LC-, y en cuanto al elemento objetivo porque la normativa no hace distinción entre los tipos de concurso que podía solicitar el acreedor del concursado, en tanto prohibía, por ejemplo, la solicitud del convenio preventivo[74] al acreedor, no así el concurso civil, la quiebra[75] y la internación judicial[76]. De manera que hoy el acreedor puede solicitar directamente un concurso preventivo -art. 14 LC- como un proceso liquidatorio concursal -art. 14.7 y 46.1.1

2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA DEMANDA CONCURSAL

La solicitud o petición formal del concurso, por parte del acreedor, sin duda está revestida de una serie de exigencias, incluso más allá de las de una demanda ordinaria -conforme al art. 35.1 CPC-

Antes de entrar directamente en el tema es prudente analizar la naturaleza jurídica de la solicitud hecha por el acreedor o entidades fiscalizadoras que ha dado en redactor de la Ley Concursal.

Siguiendo a Fairén Guillén en España, podemos decir que desde el punto de vista procesal se han indicado diversas acepciones de la palabra demanda, aplicables a la concursal formulada por un acreedor:

a) Como un acto de postulación y en tal sentido y según la formulación de Carnelutti, es una forma de hacer valer una pretensión: "el acto procesal por

---

[74] Artavia Sergio. El convenio preventivo, San José, 2019, pág. 86.

[75] Artavia Sergio. La quiebra en Costa Rica y la crisis empresarial, San José, 2018, pág. 107.

[76] Artavia Sergio. La administración y reorganización con intervención judicial, San José, 2019, pág. 145.

medio del cual se pretende el otorgamiento de la tutela jurídica a través de la sentencia".

b) Como objeto sobre el cual versa el proceso, esto es, como contenido de la pretensión que el actor hace valer a través de la misma demanda. El contenido de esta última se determina por medio del acto de incoación del proceso, y después a través de los diversos estadios procesales.

c) Como acto de incoación del proceso, sentido que le atribuye Guasp[77] para referirse al acto de parte, dimanante del derecho de acción, por medio del cual se ejerce un pretensión y se pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional.

Una primera posición señala que la solicitud del acreedor se trataría de una verdadera demanda, en el sentido formal del derecho procesal. Esta posición sostiene que técnicamente es una demanda, porque es una solicitud al Estado para que este ponga en funcionamiento potestad jurisdiccional. Aún más, no debe olvidarse, que el proceso concursal es de naturaleza contenciosa, una petición de concurso que afectará a múltiples sujetos. Y además un proceso de ejecución colectiva preventiva que se ejecuta bajo la dirección del juez, sin la intervención del Estado se desarrollaría en forma imperfecta. Finalmente, argumenta esta tesis, esta ejecución implica dirimir controversias, intereses opuestos del deudor insolvente, de sus acreedores y de la economía en general y por ello se trataría de una verdadera demanda en su acepción procesal[78]. Como tal debe cumplir ante todo con los requisitos propios de un escrito judicial de tal naturaleza de modo que en lo que fuera pertinente ha de llenar las exigencias particulares de la Ley Concursales y las general del art. 35.1 del CPC prevista para demanda ordinarias.

Enseña Maffía, parafraseándolo, que la pieza inicial del concurso preventivo es una demanda judicial[79]. El autor explica que se trata de una demanda por las siguientes razones: a) Es la pieza inexcusable para que el juez

---

[77] Aragoneses Pedro. Sentencias congruentes, Madrid, 1957, págs. 17 y 18. Siguiendo a Guasp señala que las teorías que han centrado sobre la idea de la acción en la de proceso, confunden poder con acto. La existencia de un derecho subjetivo privado será el supuesto para la prosperidad de la pretensión, pero al proceso lo único que le interesa, es el acto a que está condicionado no el poder de que tal acto emana. A lo que tiene que responder el juez ello tenga que examinar si el pretensor tiene el derecho que afirma es a la pretensión que ante él se ejercita, aunque queda por examinar entonces, si tal elemento de relación corresponde al concepto de demanda. Ya hemos visto cómo algunas de las distintas acepciones del término, se vienen a identificar con los conceptos de acción o de pretensión. Parece por ello, preferible, considerar la demanda como el acto simple de iniciación".

[78] Maffia Osvaldo. Derecho concursal, t. I, pág. 245 y 246. Calificándola como tal, y no como mera solicitud, presentación, petición, etc., que son los términos que utiliza la propia ley, véase: Camara Héctor. El concurso preventivo y la quiebra, 1978, t. I, pág. 404

[79] Maffía Osvaldo. Manual de concursos…, t. I, pág. 131.

disponga la apertura del concurso, o sea que constituye el ejercicio de la acción; b) La promueve un legitimado para ello, quien reclama la protección jurisdiccional ante el órgano competente; c) El juez está obligado a pronunciarse mediante una verdadera sentencia.

La LC ha superado la polémica sobre la naturaleza de la solicitud de un concurso, configurándola como "demanda", en su acepción estrictamente procesal. Claramente la norma señala desde su epígrafe ese carácter "14.3. Demanda. Además de los requisitos generales que establece la legislación procesal civil, la demanda de declaratoria de concurso, deberá indicar…". Luego con la configuración de los efectos procesales de una verdadera demanda, como el emplazamiento previo al deudor, con un plazo formal y expreso hoy para oponerse, la aplicación de institutos como la demanda defectuosa, la improponibilidad, la excepciones procesales y materiales, la audiencia oral de oposición, el dictado de una sentencia por el fondo y la posibilidad de los recursos contra esta y el pronunciamiento oficioso de costas y eventualmente daños y perjuicios, hacen que se configure como una verdadera demanda.

3.- REQUISITOS DE LA DEMANDA DEL ACREEDOR

La normativa concursal formula un sistema dual de requisitos de la demanda concursal presentada por el acreedor o entes fiscalizadores: los propios de la Ley Concursal o los que remite al CPC, sobre las demandas en general.

A diferencia de la solicitud de concurso por parte del deudor, al acreedor no le exigen requisitos que tengan que ver con aspectos operativos, contables, registros, contratos y demás, contenidos en el art. 13 LC, previstos solo para la solicitud del deudor.

a.- Requisitos propios de la Ley Concursal

Cuando la solicitud de apertura de concurso la formula un acreedor, además de los requisitos generales de la legislación civil, la demanda de declaratoria de concurso deberá indicar:

a) La causa y documento base de la deuda, b) Los hechos que hacen presumir la insuficiencia patrimonial -ver supuestos del art. 5.1 LC-, c) Aclarar si la insuficiencia patrimonial es actual -el deudor se encuentra en mora- o es inminente -pronta-, d) La exposición de los motivos que justifiquen la apertura del concurso, esto está referido a la necesidad y la existencia de otros mecanismos para salvar la empresa, porqué se ha acudido al concurso -insuficiencia de patrimonio o de otras acciones, actos perjudiciales del deudor, etc.-, e) La solución que se estima adecuada, son las razones que debe dar el

acreedor solicitante, para solventar esa crisis de su deudor -concurso preventivo, acuerdos extrajudiciales con el deudor o proceso de liquidación.

La causal que hace presumir el estado de insuficiencia patrimonial se refiere a los presupuestos objetivos o causales que hacen presumir el estado de insuficiencia patrimonial. El acreedor deberá indicar en su demanda, si tiene conocimiento -y cómo- si el deudor ha entrado en mora en el pago de sus obligaciones en los supuestos del art. 5.1 LC., esto es cuando el deudor "se encuentre en una crisis patrimonial, general y no transitoria, que le impida satisfacer puntualmente sus obligaciones dinerarias", o si es inminente[80] o si hay los supuestos de presunción de crisis del 5.2 LC-

Si se trata de una insuficiencia actual o inminente, la exposición de los motivos que justifiquen la apertura del concurso. También procederá la solicitud y el acreedor deberá expresar su conocimiento que tiene del deudor, cuando sea inminente la insuficiencia patrimonial de este, en los supuestos del art. 5.2 LC cuando: "1- Admita su estado de insuficiencia patrimonial y solicite su propio concurso, 2- Ha dejado de cumplir dos o más obligaciones vencidas en perjuicio de acreedores distintos, sin que se evidencien bienes suficientes para responder por su pago, 3- Cese su actividad empresarial, o todos sus representantes legales se oculten o ausenten, sin haber adoptado las previsiones necesarias para cumplir puntualmente sus obligaciones. 4- Realice actos de disposición patrimonial, que beneficien a uno o varios acreedores o terceros, con los cuales pueda comprometer el pago puntual de sus demás obligaciones. 5- Recurra a actos o procesos ruinosos, fraudulentos o ficticios, para obtener recursos económicos o dejar de cumplir sus obligaciones. 6- Concurran otras circunstancias que evidencien su insuficiencia patrimonial" -art. 5.2-.

La solución que estime adecuada para solventar la insuficiencia patrimonial. Se refiere a las propuestas que puede hacer el deudor, contenidas en el art. 13.6 LC, que lógicamente se considera una simple propuesta o idea inicial, pues lógicamente el acreedor no conoce lo interno de la compañía como para saber cuál es la más viable y mejor.

Esas propuestas del art. 13.6 LC se refieren a "Cuando se pretenda el salvamento de una empresa o de la crisis patrimonial del deudor, el concursado podrá formular propuestas de acuerdo generales o diferenciadas, siempre que favorezca a los fines del concurso. Cuando efectúe propuestas diferenciadas, justificará con criterios objetivos las agrupaciones y categorías

[80] González José Carlos. "La declaración de concurso", en Manual de derecho concursal, coord. Juana Pulgar, pág. 153 aunque hoy habla de presupuesto objetivos para referirse a "insolvencia actual" e "insolvencia inminente".

de acreedores para los cuales las formule. El juzgado, cuando estime que las categorías no se encuentran debidamente justificadas, aplicará lo dispuesto para la solicitud defectuosa de concurso, puntualizando las razones por las cuales no son admisibles y prevendrá la corrección.

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

Las propuestas podrán consistir en perdón parcial de las deudas, otorgamiento de plazos más amplios para el cumplimiento, un plan de reestructuración empresarial, la refinanciación o readecuación de deudas, entrega de bienes, capitalización de activos, aumentos del capital social, liquidación patrimonial o cualquier otro tipo de solución lícita no contemplada en las anteriores o que resulte de la combinación de ellas.

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

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

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

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

b.- Requisitos propios del CPC

La remisión que hace el art. 14.3 LC a que "además de los requisitos generales que establece la legislación procesal civil", se refiere al art. 35.1 CPC, en cuanto a hechos, prueba y pretensiones -aparte de los propios recién enunciados de la Ley especial-.

Dentro de los requisitos de la demanda del CPC compatible con el LC que deberá cumplir el promovente son: 1.- "Designación del órgano destinatario, el tipo y la materia jurídica del proceso planteado, 2.- El nombre y calidades…de las partes… 3.- Narración precisa de los hechos, expuestos uno por uno, numerados y bien especificados. Deberán redactarse ordenadamente, con claridad, precisión y de forma cronológica, en la medida de lo posible. 5.- El fundamento jurídico de las pretensiones. 6.- El ofrecimiento detallado y ordenado de todos los medios de prueba.... 7.- La formulación clara, precisa e individualizada de las pretensiones… 8.- El señalamiento de medio para recibir las comunicaciones futuras. 9.- La firma de la parte o de su representante".

En la exposición de los hechos, ofrecimiento de prueba y pretensiones, conviene que el deudor cumpla, en la solicitud, con los requisitos de las demandas civiles -art. 35.1- en lo que fuere compatibles con el proceso concursal y los requisitos enunciados en el apartado anterior -art. 3 LC-.

Siguiendo la regla general del CPC la normativa concursal introduce la posibilidad de formular una pretensión principal y subsidiarias de propuestas de convenio. Conforme con el art. 23.2 CPC para que la acumulación sea procedente es necesario siempre que haya conexión entre estas, que no se excluyan entre sí y que el tribunal sea competente para conocer de todas. Si fueran excluyentes, podrán acumularse como principales y subsidiarias. Y de acuerdo con el 35.1.7 CPC "las pretensiones formuladas subsidiariamente, para el caso de desestimación de las principales, se harán constar por su orden y separadamente".

Al formular varias propuestas, precisará cuáles son principales y cuales subsidiarias, con su respectivo orden de proposición. Si lo omite, se entenderá la primera como principal y las demás subsidiarias en el orden que hubiesen sido enunciadas -art. 13.6 LC-.

El art. 13.6 LC además de regular las subsidiarias, introduce las "pretensiones alternativas" como aquellas "disyuntivas" en el que se debe escoger uno u otro, sin que necesariamente sean subsidiarias. "Podrán incluirse proposiciones alternativas o adicionales para categorías o clases de acreedores", dice el art. 13.6 LC.

Si se hubieran acumulado varias pretensiones indebidamente, se requerirá a la parte para que se subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las pretensiones cuya acumulación fuera posible. Transcurrido el plazo sin que se produzca la subsanación o se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las pretensiones escogidas por el accionante, se declarará inadmisible -art. 23.2 CPC-.

A diferencia de los procesos civiles puros, "en los procesos concursales no será necesario estimar la demanda, porque se desconoce la trascendencia patrimonial final" -art. 14.3 in fine LC-.

4.- EL TÍTULO REQUERIDO AL ACREEDOR

El LC, como era debido, ha regulado con precisión el título requerido para iniciar un proceso concursal por parte del acreedor, manteniendo en líneas generales la previsión del concurso civil y de la quiebra[81], que exigían un

[81] Artavia Sergio. La quiebra…, pág. 131.

título ejecutivo o no, siempre que contuviera una obligación dineraria o líquida -exigible o no-.

Al igual que la normativa derogada la LC establece algunas condiciones del título que le puede servir de base para la solicitud de un concurso de su deudor. Conforme con el art. 5.2.2 LC es condición adicional, para la solicitud del acreedor, que el deudor "ha dejado de cumplir dos o más obligaciones vencidas en perjuicio de acreedores distintos, sin que se evidencien bienes suficientes para responder por su pago", en ausencia de dos o más acreedores, estaríamos en un supuesto de demanda improponible -art. 14.5.3 LC-.

a.- Cualquier tipo de título

Podrá gestionar el concurso, el acreedor que presente un título legalmente válido de cualquier naturaleza en el que conste una obligación dineraria a cargo del demandado, sin que necesariamente esté vencida. El título deberá ser original, copia certificada cuando lo admita la ley para su cobro judicial, o estar contenido en un soporte en el que aparezca como indubitable quién es el deudor y su firma o la de sus representantes legítimos.

Si se presenta un título ejecutivo, la firma del deudor o su representante legal será indispensable únicamente cuando la ley lo exija.

De manera que el título base, con fundamento en el art. 14.1 LC, puede ser un título ejecutivo -de los que enumera el art. 111.2 CPC-, pero puede ser un documento privado. Los requisitos adicionales a un título ejecutivo, es que el documento o contenido en un soporte, debe tratarse de una obligación dineraria, que además se encuentre firmada por el deudor o su representante.

La norma no exige que la obligación esté vencida, lo que lo diferencia del proceso monitorio cobratorio, esto porque el art. 5.1 LC señala que "procederá la apertura del concurso con respecto a un deudor que se encuentre en una crisis patrimonial, general y no transitoria, que le impida satisfacer puntualmente sus obligaciones dinerarias. También procederá cuando sea inminente su insuficiencia patrimonial", de ahí entonces que el título base de la obligación, no necesaria esté vencida, si se cumplen los otros supuestos del art. 5.2 LC lo que podría hacer decaer el beneficio del plazo de deudas no vencidas.

b.- Deuda dineraria

Desde un punto de vista jurídico, el concepto de deuda dineraria es sumamente amplio, y según la disciplina, la materia o la delimitación que de este concepto se efectúe, dará lugar a diversas posiciones. La "deuda dineraria" es una deuda común, no especialmente sujeta a que se haya generado a través de una determinada materia jurídica, ni que obligatoriamente provenga de algún tipo de relación contractual o esté vinculada a figuras relacionadas con

consumidores, empresarios o entidades financieras, si bien serán estos los casos más frecuentes[82].

Se debe entender por "dineraria", –que también se denomina como deudas de suma de dinero, obligaciones pecuniarias, dinerarias o deudas de cantidad-, aquellas prestaciones consistentes en la entrega de una determinada cantidad de signos monetarios. Esta posición, quizá intermedia entre la corriente amplia y la corriente estricta sobre el concepto de deuda dineraria, nos permitiría considerar la deuda dineraria de forma global como aquella que exige la entrega de una cantidad de dinero. En ellas, el dinero está previsto no solo como contenido de la obligación (in obligaciones), sino también como manifestación externa de lo que se entrega en pago (in solutione). En ellas el objeto debido y el objeto del pago coinciden: ambos consisten en dinero. Es decir, en el origen aparece una suma. Así, no acogemos una perspectiva extensa sobre lo que debe entenderse por deuda de dinero[83], será posible incluir en dicho concepto aquellas modalidades de pago que, aun consistiendo en entregas de cosa o especie determinada, puedan ser computadas en dinero, de forma que este no sea el único medio pago, aunque sí el referente para el cómputo de su valor. La deuda dineraria tiene por contenido la entrega de una cantidad de dinero indeterminada, en cuanto a la especie de moneda en que debe realizarse el pago o con una determinación que no tiene carácter esencial.

La concepción amplia de deuda dineraria no es compartida por la generalidad de la doctrina, por lo que se considera que la exigencia de deuda

---

[82] En este sentido, cfr. Lorca Navarrete-Guilarte Gutiérrez.-AA.VV. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, t. IV, 2ª ed., pág. 4442, Valladolid, 2000, aclaran, no obstante, el autor, que el hecho de que la deuda monitoria sea una deuda común significa que: "solo se pueden proteger créditos de derecho civil o mercantil en los que…su exigencia no sea privativa de cualquier otro ámbito o ejercicio funcional de la jurisdicción civil especial o ejecutiva" y que este carácter común de la deuda monitoria se justifica "en que se proyecta sobre una base documental común y, por tanto, no privativa de la existencia de títulos que tengan aparejada ejecución".

También Díez-Picazo Giménez indica que "puede tratarse de una deuda dineraria nacida de cualquier tipo de relación jurídica y no necesariamente contractual, aunque esto último será lo más frecuente", De La Oliva Santos-Díez-Picazo Giménez-Vegas Torres. Derecho Procesal..., pág. 488; la misma posición es la de Armenta Deu. Lecciones de Derecho…, pág. 57 y López Sánchez. El proceso monitorio..., págs. 64 y 72.

[83] En contra Lorca Navarrete-AA.VV. Comentarios a la nueva Ley..., pág. 4443, señalar que no existen razones "para excluir…las deudas que en cosa o especie sean fundamentalmente computables en dinero. Si la computación termina siendo en dinero se está en presencia de una deuda dineraria", pág. 4445. También es la posición de Silgero Estagnan. "El proceso monitorio y el proceso cambiario en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil", Revista Jurídica Española La Ley – 2001, tomo 6, pág. 1240; Merino Merchán. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil..., pág. 927; De La Llana Vicente. El proceso monitorio. Su regulación...", pág. 1651.

dineraria debe excluir la que sea por cantidad determinada en cosa o especie, aunque tal deuda sea computable en dinero[84].

c.- El documento debe bastarse a sí mismo

El documento base para pedir la declaratoria de quiebra debe bastarse a sí mismo, debe ser autosuficiente en su literalidad y contenido y no hacerse depender de otros documentos o condicionamientos que impidan dotarlo de eficacia, lo mismo que si para completarlo necesitan integrarse con otros. Puede complementarse con otros documentos o pruebas, pero solo eso, pues su validez y eficacia debe ser pura y no hacerse depender de otros elementos o condiciones no incorporadas a él.

La jurisprudencia nacional ha hecho un importante aporte sobre el tema, al señalar "la legitimación activa debe extraerse de manera diáfana de un documento, título ejecutivo o privado suscrito por el deudor, que contenga la obligación de pagar una suma líquida. No se trata de un proceso de conocimiento pleno, como el ordinario o el abreviado, en el cual se trata de demostrar por todos los medios probatorios legalmente aceptados, la existencia de relaciones contractuales y posibles obligaciones a cargo de una o varias partes, siguiendo amplias etapas procesales hasta el dictado de una sentencia. El derecho del accionante, en esta ejecución colectiva, debe estar incluido expresamente en el documento que sustente la pretensión, por disposición expresa del legislador. Es posible, pero por la vía declarativa, discutir si entre la parte actora y todas las personas accionadas se han dado relaciones contractuales de las cuales pudiera declararse alguna obligación de pagar sumas concretas de dinero, pero la vía de la ejecución colectiva no es idónea al efecto, precisamente por la legitimación particular que debe acreditar el gestionante por medio de un documento, del cual se extraería directamente la existencia del derecho mediante la prueba documental idónea. Aquí, se observa, existe más que todo una controversia contractual, pues quien suscribe la misiva achaca a… haber tomado una decisión unilateral de no despachar más producto, conforme al vínculo negocial que los liga, por lo que propone entrar en una negociación para finiquitar sus intereses, pero hasta tanto ello no se dé, tomarían la decisión de suspender el flujo de pagos. Ello no es idóneo para la apertura de un proceso de quiebra, pues lejos de consignar sumas líquidas a cargo de una parte, el problema evidenciado es de ejecución y

[84] En este sentido Oliver López. El proceso civil..., pág. 6728; Cortés Domínguez, quien opina que la deuda "no podrá ser deuda en especie, tampoco cabe que sea deuda en moneda extranjera o ilíquida, ni siquiera liquidable", Cortés Domínguez-Gimeno Sendra-Moreno Catena. Derecho Procesal Civil..., pág. 114; o Gimeno Sendra-Morenilla Allard-Díaz Martínez-AA.VV. Derecho Procesal Civil..., pág. 218. López Sánchez J. El proceso monitorio..., pág. 76 y nota a pie n° 91.

cumplimiento de un contrato…V. La quiebra, en nuestro sistema jurídico, es una ejecución colectiva de la persona comerciante, cuando ha caído en una cesación de pago, conforme a las causales contempladas por el artículo 853 del Código de Comercio. Como remedios para mitigar las consecuencias negativas de naturaleza personal, económica y social que una liquidación patrimonial acarrea, se han creado otros mecanismos menos severos para afrontar las crisis patrimoniales de los deudores, tales como el convenio preventivo y la administración y reorganización con intervención judicial. Sin embargo, ello no obsta para que un acreedor pueda pedir directamente la apertura de este concurso liquidatorio. No obstante, no se trata de un proceso declarativo pleno, como lo son el ordinario o el abreviado regulados por el Código Procesal Civil, motivo por el cual dentro de este tipo de ejecución no cabe un contradictorio irrestricto para verificar las posibles relaciones comerciales o de otro tipo que puedan existir entre las partes, ni tampoco para establecer la existencia de obligaciones líquidas o dinerarias concretas, si no constan claramente en un documento suscrito por el propio deudor o bien por otro de naturaleza ejecutiva. Por este motivo, la solicitud de quiebra de un acreedor debe ser acompañada por un documento donde conste una obligación dineraria, el cual, conforme a los artículos 852 y 860 del Código de Comercio, puede ser ejecutivo o bien uno privado que no tenga tal característica, siempre y cuando a criterio del juez la firma del obligado sea auténtica. De igual manera, quien pretenda legalizar un crédito ante la quiebra, debe presentar el documento en el cual conste la obligación (artículo 889 ibídem). De ello se desprende que no procede convertir el proceso de quiebra en uno ordinario o abreviado, donde se llegue a debatir ampliamente con la finalidad de establecer en sede judicial obligaciones dinerarias que no se desprendan diáfanamente de un título ejecutivo o documento privado auténtico. En otras palabras, la obligación líquida -que bien podría no ser exigible en los casos previstos por la última frase del artículo 852 del citado Código- sí debe constar en un título que se baste a sí mismo para acreditarla. Ello obedece a una decisión de política legislativa que va acorde con la necesidad de contar con títulos dinerarios idóneos para iniciar ejecuciones, como, por ejemplo, las monitorias, las hipotecarias o las prendarias. Si no existe un documento o título del cual se desprenda sin lugar a duda una obligación líquida y, salvo casos de excepción, exigible, no cabe la apertura de la quiebra y cualquier discusión sobre la constitución y eventuales alcances de obligaciones mercantiles debe ventilarse en la vía declarativa". V. Con base en lo indicado en el considerando precedente, resulta evidente que los agravios esbozados por el apelante son improcedentes, pues pretende desvirtuar la naturaleza propia de un proceso de quiebra, ante la ausencia de

un documento inicial que se baste a sí mismo para acreditar una deuda líquida a cargo de la accionada… no se desprende de manera clara y precisa, una obligación dineraria concreta. Dicho título, como se verá, no se basta a sí mismo para establecer de manera transparente, perfectamente determinada e indubitable, la existencia de lo supuestamente debido. Tanto es así, que los esfuerzos probatorios que se intentan incluso en alzada, lo que pretenden es acreditar situaciones fácticas que no dimanan de esa escritura y con ellos se busca demostrar, cual si se tratara de un proceso ordinario, la obligación que no surgió de manera autónoma del documento aportado. En éste, se señala que las partes van a efectuar una declaración "…bajo la condición suspensiva, que elevan a rango de necesaria y esencial, para su validez y eficacia, de que la empresa …emita un documento auténtico por el cual homologue el contenido de esta escritura en forma integral, notificando a …en un plazo de treinta días hábiles…". Contrario a lo sostenido por el apelante, se desprende claramente que el documento presentado, al estar sujeto a condición, no se basta en sí mismo para tener como válida y eficaz las eventuales obligaciones dinerarias que pudiera tener. Quedó todo su contenido sujeto a un hecho futuro e incierto, la aceptación u homologación del contenido integral de lo estipulado por parte de la aquí accionante, lo cual, incluso, debía ser notificado en un plazo específico, sea, treinta días hábiles. La verificación del eventual cumplimiento o no de la condición es, por ello, un aspecto fáctico que no es susceptible de debate en un proceso diseñado para dar inicio a una ejecución colectiva, con base en un título dinerario líquido. Todo lo que se estipuló, quedó sujeto a dicha condición, en particular, el llamado RECONOCIMIENTO DE DEUDA, incluido en el punto II., su ORIGEN indicado en el punto III, el COMPROMISO DE PAGO del acápite IV., así como otros aspectos que pudieran eventualmente incidir en la verificación, aceptación y eficacia de posibles deudas de la accionada, tales como la eventual DACION EN PAGO (numeral V) de algunos equipos no vendidos cuyo valor sería eventualmente deducido de la deuda (lo cual conllevaría entonces a una liquidación para establecer los montos finales de una posible obligación), la CESION DE DERECHOS FUTUROS (punto VI.) respecto de los pagos o créditos que…tuviere a su favor por ventas a entidades del Estado (que también implicaría liquidaciones para determinar el supuesto saldo final adeudado). La inexistencia de una obligación líquida claramente determinada, se desprende incluso del parágrafo VIII., denominado INCUMPLIMIENTOS, pues de haberse verificado la condición suspensiva, se establece que solo en caso de incumplimientos de…de las obligaciones contenidas en dicha escritura, se entenderá que la deuda (que en todo caso debería previamente liquidarse) se tendría como exigible,

pudiéndose ejecutar en vía judicial de manera inmediata, generando intereses a una tasa mensual de un 1% sobre el saldo insoluto. Sin embargo, se añade: "En aras de poner en aviso a… sobre los incumplimientos que haya incurrido,…enviará una comunicación a tal efecto, sin que esto en forma alguna afecte los derechos que tenga…con motivo de dicho incumplimiento.". En conclusión, el texto del documento presentado no es idóneo para dar inicio a un proceso de quiebra, pues no cumple con la naturaleza de los documentos que conforme a los artículos 852 y 860 del Código de Comercio dan legitimación al acreedor para solicitarla. Si se hubiera analizado adecuadamente el documento presentado, lo procedente hubiera sido rechazar de plano la solicitud. La actividad procesal seguida a partir de la resolución procesal que ordenó el requerimiento de pago (folio 17), pone en evidencia la desnaturalización que se dio a este asunto, el cual prácticamente se trató de convertir en un proceso declarativo pleno, pues de manera impropia para este tipo de ejecución colectiva, se inició un debate sobre la existencia o no de la obligación requerida y el cumplimiento o no de la condición suspensiva estipulada. Tanto es así, que la accionada buscó echar mano a otro tipo de prueba para que mediante ella se acreditara la inexistencia de una obligación, como, por ejemplo, una prueba confesional practicada en un proceso de pruebas anticipadas (folio 86), una denuncia penal (folio 99) y toda una serie de documentos certificados por el notario público A.C. O., quien sin señalar siquiera el número de copias que certificó, simplemente las idenficó como "…documentación variada de la Empresa …. Ante ello, el apoderado especial judicial de la actora también intentó convertir este proceso en uno de naturaleza declarativa plena, al ofrecer contraprueba que viniera en auxilio de la escritura con base en la cual fundó su petición de falencia, tales como documentos privados y comunicaciones electrónicas, testimonial y confesional (folios 276 a 278). Ello, empero, es propio de un proceso ordinario más no de uno de quiebra y mal se hizo en dar cabida a prueba y discusiones ajenas a lo que es propio de la quiebra. Si el título no se basta a sí mismo, si se presenta condicionado o de alguna manera hace que eventuales obligaciones contenidas en este no sean liquidas, pues requieren de imputaciones, compensaciones y otros aspectos por liquidar, no es posible acceder a una declaratoria de quiebra. Ello, en este proceso, hace improcedente la vía escogida por la parte actora, procediendo la confirmación del rechazo de la quiebra[85].

[85] T. II C. S. II N° 351 del 31-10-2013. Ver en igual sentido: T. II C. S. II N° 113 del 30-04-2014 y T. II C. S. II N° 266 del 26-07-2010.

También ha afirmado "no se desprende de manera clara y precisa, una obligación dineraria concreta. Dicho título, como se verá, no se basta a sí mismo para establecer de manera transparente, perfectamente determinada e indubitable, la existencia de lo supuestamente debido. Tanto es así, que los esfuerzos probatorios que se intentan incluso en alzada, lo que pretenden es acreditar situaciones fácticas que no dimanan de esa escritura y con ellos se busca demostrar, cual si se tratara de un proceso ordinario, la obligación que no surgió de manera autónoma del documento aportado. En éste, se señala que las partes van a efectuar una declaración "…bajo la condición suspensiva, que elevan a rango de necesaria y esencial, para su validez y eficacia, de que la empresa…emita un documento auténtico por el cual homologue el contenido de esta escritura en forma integral, notificando a…en un plazo de treinta días hábiles…". Contrario a lo sostenido por el apelante, se desprende claramente que el documento presentado, al estar sujeto a condición, no se basta en sí mismo para tener como válida y eficaz las eventuales obligaciones dinerarias que pudiera tener. Quedó todo su contenido sujeto a un hecho futuro e incierto, la aceptación u homologación del contenido integral de lo estipulado por parte de la aquí accionante, lo cual, incluso, debía ser notificado en un plazo específico, sea, treinta días hábiles. La verificación del eventual cumplimiento o no de la condición es, por ello, un aspecto fáctico que no es susceptible de debate en un proceso diseñado para dar inicio a una ejecución colectiva, con base en un título dinerario líquido. Todo lo que se estipuló, quedó sujeto a dicha condición, en particular, el llamado reconocimiento de deuda, incluido en el punto II., su ORIGEN indicado en el punto III, el compromiso de pago del acápite IV., así como otros aspectos que pudieran eventualmente incidir en la verificación, aceptación y eficacia de posibles deudas de la accionada, tales como la eventual dacion en pago de algunos equipos no vendidos cuyo valor sería eventualmente deducido de la deuda (lo cual conllevaría entonces a una liquidación para establecer los montos finales de una posible obligación), la cesion de derechos futuros, respecto de los pagos o créditos que S… tuviere a su favor por ventas a entidades del Estado (que también implicaría liquidaciones para determinar el supuesto saldo final adeudado). La inexistencia de una obligación líquida claramente determinada, se desprende incluso del parágrafo VIII., denominado incumplimientos, pues de haberse verificado la condición suspensiva, se establece que solo en caso de incumplimientos de S. de las obligaciones contenidas en dicha escritura, se entenderá que la deuda (que en todo caso debería previamente liquidarse) se tendría como exigible, pudiéndose ejecutar en vía judicial de manera inmediata, generando intereses a una tasa mensual de un 1% sobre el saldo

insoluto. Sin embargo, se añade: "En aras de poner en aviso a S. sobre los incumplimientos que haya incurrido, D. enviará una comunicación a tal efecto, sin que esto en forma alguna afecte los derechos que tenga D. con motivo de dicho incumplimiento.". En conclusión, el texto del documento presentado no es idóneo para dar inicio a un proceso de quiebra, pues no cumple con la naturaleza de los documentos que conforme a los artículos 852 y 860 del Código de Comercio dan legitimación al acreedor para solicitarla. Si se hubiera analizado adecuadamente el documento presentado, lo procedente hubiera sido rechazar de plano la solicitud. La actividad procesal seguida a partir de la resolución procesal que ordenó el requerimiento de pago (folio 17), pone en evidencia la desnaturalización que se dio a este asunto, el cual prácticamente se trató de convertir en un proceso declarativo pleno, pues de manera impropia para este tipo de ejecución colectiva, se inició un debate sobre la existencia o no de la obligación requerida y el cumplimiento o no de la condición suspensiva estipulada…Ante ello, el apoderado especial judicial de la actora también intentó convertir este proceso en uno de naturaleza declarativa plena, al ofrecer contraprueba que viniera en auxilio de la escritura con base en la cual fundó su petición de falencia, tales como documentos privados y comunicaciones electrónicas, testimonial y confesional. Ello, empero, es propio de un proceso ordinario más no de uno de quiebra y mal se hizo en dar cabida a prueba y discusiones ajenas a lo que es propio de la quiebra. Si el título no se basta a sí mismo, si se presenta condicionado o de alguna manera hace que eventuales obligaciones contenidas en este no sean liquidas, pues requieren de imputaciones, compensaciones y otros aspectos por liquidar, no es posible acceder a una declaratoria de quiebra. Ello, en este proceso, hace improcedente la vía escogida por la parte actora, procediendo la confirmación del rechazo de la quiebra[86].

Finalmente sostiene, el documento base de la solicitud -en esta caso la derogada quiebra- " se debe bastar a sí mismo y que no requiera de ningún otro documento para hacer desprender de ellos la existencia de la obligación, a estrados y si la existencia o no de la obligación que se pretende ejecutar depende del cumplimiento o no por parte de terceros, es otra razón más para afirmar que el documento no se basta a sí mismo. De otra manera en la vía concursal se estaría resolviendo acerca del cumplimiento o no de un contrato complejo... en detrimento del derecho de defensa y del debido proceso. Es por

[86] T. II C. S. II N° 266 del 26-07-2010.

todo lo expuesto que ha sido correctamente denegada la solicitud de quiebra formulada[87]".

d.- No es necesario agotar la ejecución individual

En nuestro sistema existe un derecho optativo para el titular de un crédito documentado, de formular una demanda monitoria, individual, con embargo de bienes del deudor, alternativamente, y si las condiciones del deudor o la insuficiencia de los bienes no garantizan al acreedor la recuperación del crédito, entonces este puede acudir directamente al proceso de ejecución colectiva, siempre que el título base de su crédito cumpla con los requisitos que venimos explicando. Así entonces, el acreedor no está obligado a acudir previo al monitorio, para poder optar por el proceso concursal, el derecho a la elección de la vía le corresponde a él, sin que el ordenamiento le condicione a tal circunstancia. Tema aparte, , que en aplicación del principio "electa una vía se entiende renunciada la otra" -"electa una vía non datur recursus ad alteram", o sea que elegida una vía no se da recurso a otra, para no obligar al demandado a atender dos procesos, por no ser justo y para no agravarle su situación.-

Sobre el particular, la jurisprudencia ha confirmado esa posición: "los acreedores no están obligados a recurrir primero a la vía de la ejecución individual para interponer una colectiva. De conformidad con el artículo 851 del Código de Comercio, inciso b), la declaratoria de 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 en favor de otras personas". En la normativa mercantil o procesal civil, no se establece como requisito para gestionar la quiebra que se haya intentado cobrar previamente en la vía de la ejecución individual. En consecuencia, ese agravio deberá desecharse por infundado[88]. También ha afirmado "la protesta articulada por la sociedad apelante, en cuanto a la escogencia de vía hecha por la entidad bancaria promovente, debe ser descartada. Respecto a ese punto, el derecho de acción es potestativo de la tenedora del título, según la regla dispositiva que rige en todas las sedes de lo patrimonial privado. B. entabló este asunto, a su cuenta y riesgo y no se le puede negar el acceso a la justicia. La ley no limita al aparente acreedor, respecto a su posibilidad de acudir a la ejecución individual mediante monitorio en Juzgados de Cobro o a la ejecución colectiva mediante procedimiento de quiebra en Juzgados con atribución Concursal. Basta con la

[87] T. II C. S. I N° 381 del 13-10-2004.
[88] T. II C. S. II N° 741 del 10-11-2017.

presentación de documental que contenga la obligación de índole dineraria suscrita a su favor…"[89].

Finalmente, la jurisprudencia señala "no existe dentro de las fuentes formales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, norma legal que obligue al acreedor a intentar antes la ejecución individual de las facturas por servicios, como requisito de admisibilidad para acceder a la ejecución colectiva. El criterio que sigue nuestro legislador apunta a una simple cesación de pagos como base de la declaratoria de la quiebra, no a un estado de insolvencia más propio del concurso civil[90].

e.- Puede ser en cualquier tipo de moneda

La deuda dineraria debe estar representada además por una moneda de curso legal reconocida, aun sin referencia expresa a la especie de la moneda en que debe realizarse el pago, en cuyo caso se entenderá la moneda oficial "colones", salvo que contenga un símbolo que caracterice una moneda como el dólar, euro, yen, o libra esterlina.

No existe en la ley limitación de los títulos para las demandas de quiebra y por ello que estás solo deban ser consignadas solo en moneda nacional[91], por lo que cabría estimar apropiadas aquellas peticiones que estuviesen reflejadas en moneda extranjera distinta a la moneda oficial o de curso normal[92].

En virtud de las sentencias judiciales de los años noventa, es válido el título ejecutivo en cualquier moneda extranjera -usualmente en dólares-, de ahí que resultare inconstitucional la denegación de tutela, para el cobro deudas en moneda extranjera[93], que igual deberá respetarse[94]. En este supuesto, aunque el pacto se hizo en moneda extranjera, para efectos de la estimación de la demanda, el despacho de ejecución y embargo si se hace en moneda nacional,

---

[89] T. II C. S. II N° 624 del 22-09-2017.

[90] T. II C. S. II N° 113 del 30-04-2014.

[91] Indica De La Llana Vicente, que "en una primera aproximación, hay que considerar que si el espíritu del legislador hubiera sido decantarse por una interpretación estricta del término, habría sido más preciso, empleando una fórmula más directa e inequívoca, a semejanza de la utilizada por el legislador alemán en el art. 688 del ZPO, que hace referencia a "...pretensiones que tengan por objeto el pago de una determinada cantidad de dinero en moneda nacional...", De La Llana Vicente. El proceso monitorio. Su regulación..., pág. 1651.

[92] En este sentido López Sánchez. El proceso monitorio..., págs. 65-66 y Lorca Navarrete-Guilarte Gutiérrez-AA.VV. Comentarios a la nueva Ley..., pág. 4444.

[93] S. Const. N° 3495 de las 14:30 hrs. del 19-11-1992 y S. Const. N° 27-95 de 16,18 del 05-01-1995. También ha sido el criterio de la S. I C. Nº 8 del 17-01-1992 y Nº 106 del 16-11-1994.

[94] Sobre el punto concreto, en el referido ver voto 3495 del 19-11-1992. También ha sido el criterio de la S. I C. Nº 8 del 17-01-1992 y Nº 106 del 16-11-1994.

algún tipo de cambio oficial que se use con esa moneda, esto para evitar discusiones sobre los alcances de la ejecución y poder liberarse de la obligación en caso de pago del deudor.

f.- Deuda líquida

En un primer acercamiento, y sin perjuicio de valoraciones posteriores, debemos señalar que la obligación debe tratarse de una deuda dineraria líquida, por lo que no podrá tratarse de deuda por cantidad determinada en cosa o especie que precise de una liquidación o valoración dineraria.

En consecuencia, la llamada "deuda dineraria" principal debe estar concretada en una suma de dinero y en el caso de los intereses, que su determinación dependa de una simple o mera operación aritmética. Para el principal debe tratarse, pues, de una deuda precisa y concreta[95].

El hecho de que la deuda, sea en cantidad determinada, puede llevarnos a pensar que exista una sinonimia con el concepto de deuda líquida[96]. Se considera líquida "toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o términos comprensibles". Mas, independientemente de las posiciones sobre una posible identidad entre deuda líquida y cantidad determinada, lo cierto es que la deuda, debe ser precisa y concreta, se si prefiere líquida y exigible. En definitiva, no cabe la reclamación de cantidades sujetas a liquidación o por cuantificación porque no está preestablecida.

Ahora bien, esa cantidad que nosotros solicitemos puede incluir tanto las deudas o cantidades líquidas que aparecen como tales expresadas numéricamente, como aquellas otras deudas cuya cantidad ha sido preciso establecerla antes, mediante un proceso de liquidación, y que pueden ser el

[95] Cfr. Lorca Navarrete-Guilarte Gutiérrez-VV.AA. Comentario a la nueva Ley..., pág. 4447 y Oliver López. El proceso civil..., pág. 6729.

[96] Define el diccionario de la RAE (21.ª edición) el concepto de líquido en su segunda acepción "Aplíquese al saldo o residuo de cuantía cierta que resulta de la comparación del cargo con la data".

resultado de una suma de diferentes partidas, como un principal debido y una iquidación de intereses[97] pactados[98], no otros rubros no contenidos en el título[99].

La liquidez de las obligaciones, que normalmente ha estado referida a las obligaciones de dar o entregar, y más concretamente, a la cantidad debida, supone que el monto de la obligación se encuentra determinado, conociendo con exactitud la cantidad de unidades monetarias debidas. Por el contrario, existirá una obligación o deuda ilíquida en caso de cuantías indemnizatorias que requieran un previo pronunciamiento judicial para su determinación, pues se desconoce la cuantía exacta de la prestación debida hasta dicho momento[100].

Eso precisamente es lo que no puede hacer el juzgador. No puede pronunciarse determinando y fijando la cantidad que adeuda el deudor. La cantidad debe indicársela y concretársela el acreedor demandante, y el Juez simplemente verificar en el trámite de admisión de demanda o de requerimiento de pago, que se cumplen los requisitos de deuda dineraria, vencida y exigible, y de cuantía determinada; concretada en el título, de manera indubitable, por lo que se requiere pronunciamiento judicial que fije ese monto. Si esa cantidad determinada, fija, no está determinada, no se podrá siquiera

---

[97] Ese parece ser el sentido que ha querido exponer Oliver López cuando afirmaba que deuda de cantidad determinada suponía "un concepto más amplio que cantidad líquida, que comprende el supuesto en que la determinación se efectúa por simples operaciones numéricas" y entender así comprendidas las cantidades devengadas por intereses determinados, Oliver López. El proceso civil..., pág. 6729.

Posturas similares podemos encontrar en López Sánchez "no afecta a la liquidez... la necesidad de realizar operaciones aritméticas para la fijación de la cuantía definitica a la que asciende el importe de la deuda", López Sánchez J. El proceso monitorio..., pág. 79; Pérez-Cruz "no deja de ser menos cierto que una deuda no debe ser considerada ilíquida cuando para la determinación de su saldo "solo ha bastado una simple operación matemática a partir de datos fijados de antemano" (STS 22 de marzo de 1997)", Pérez-Cruz Martín-Seoane Spielberg. Derecho Procesal..., pág. 90.

[98] T. II C. S.I N° 391 del 31-10-2014 "efectivamente las partes expresamente establecieron de manera libre y voluntaria que sería de un 9%, caso en el cual no es posible emplear la tasa de interés legal, porque esta solo es aplicable supletoriamente, cuando hay falta de acuerdo acerca de ese extremo".

[99] T. II C. S. I N° 720 del 27-10-2017 "Tome en cuenta la apelante que los títulos ejecutivos son de reserva legal y en este caso, no existe norma que autorice al Jefe de Cobro de la Caja a certificar extremos ajenos a la función esencial que se ha fijado por ley, a la cual se ha hecho referencia. Ahora, la paralización de las ejecuciones individuales, no admite que en este proceso de quiebra, puedan cobrarse a los fallidos los honorarios y costas procesales de las mismas, salvo, a juicio de la Cámara, se cuente con resolución judicial que así lo establezca en firme.

[100] Lasarte Álvarez. Deudas líquidas e ilíquidas y cobro de intereses, Colección Jurisprudencia Práctica, n.° 100, págs. 17-18, Madrid, 1995, citado por Quílez José. El proceso monitorio: estudio..., pág. 89.

cursar la demanda o hacer el requerimiento de pago concursal.

Lo de "líquida" presupone que la deuda dineraria está determinada en su quantum y es exigible, por lo que el proceso de quiebra no se presta a hacer valer los créditos sometidos a condición suspensiva o a término[101] u obligaciones futuras.

Es líquida cualquier cantidad que pueda ser determinada por una simple operación aritmética, sin necesidad de acudir a una verdadera liquidación[102] -excepto en tema de intereses como vimos-. Esa determinación debe efectuarla el acreedor-reclamante y en ningún caso será competencia del Juez. La ejecución dineraria que para el despacho de la ejecución se considerará "líquida" deber ser toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras o cifras comprensibles, lo que confirma el carácter dinerario de la deuda que se reclama y veta cualquier tipo de liquidación en el procedimiento[103].

En cuanto a la exigibilidad, deriva de la liquidez y de su vencimiento. Sin bien ambos conceptos estas relacionados y la exigibilidad deriva de la liquidez y su vencimiento, es un requisito particular de la cesación de pagos, el vencimiento de la obligación sometida a ejecución concursal.

g.- La obligación debe estar vencida o ser exigible

Por deuda exigible habrá de entenderse cualquier tipo de deuda representada en dinero vencida o cuyo plazo y límite de pago ha transcurrido o vencido y, si no tiene plazo que permita su cobro inmediato -conforme a los arts. 418 Cco[104] y 774 CCi- consiguientemente, con ello puede generar intereses de mora, esto es, por haberse retrasado el deudor en el pago.

Por medio de la exigibilidad, se ha querido poner vallas al uso abusivo o anti funcional del derecho a pedir el concurso del deudor[105].

Ahora bien, es necesario concretar el significado de los términos "líquida" y "exigible", pues surgen dudas en cuanto a su expresión conjunta, lo que lleva a pensar, como se ha señalado, que se trata de una reiteración de

---

[101] Calamandrei Piero. El procedimiento monitorio…, pág. 113.

[102] Mantilla De Los Ríos Caridad. El proceso monitorio, 2002, pág. 17.

[103] López Javier. El proceso monitorio, Madrid, 2000, pág. 77.

[104] T. I C. 47-3U del 21-01-2016 "El hecho de que no se indique la fecha prevista para su pago, no presupone ausencia de exigibilidad. El acuerdo en su literalidad pero también aplicando supletoriamente las reglas del numeral 418 del Código de Comercio, dan cabida para presumir un pago inmediato asumido por la demandada; todo esto, sin perjuicio de lo que pueda la accionada alegar en el ejercicio de su derecho de contradicción, en el momento procesal oportuno".

[105] Heredia Pablo, Tratado exegético…, t. 3, pág. 162.

la idea de vencimiento[106], dado que entenderlo de otro modo puede suponer que su significado esté encaminado a forzar la necesidad de que el acreedor haya cumplido con sus obligaciones prestacionales para con el deudor, y que de este modo ese crédito dinerario pueda ser reconocido judicialmente como exigible, lo que supondría adoptar en el proceso de quiebra unas diligencias probatorias encaminadas a acreditar tales extremos que, en modo alguno, se contienen en la ley ni son exigidas[107].

Solo se exige para dar trámite a la demanda concursal, que de la documental aportada se deduzca la apariencia de derecho de la deuda que se reclama y que esta sea vencida, líquida y exigible, requisitos que concurren para hacer valer un contrato de préstamo incumplido, toda vez que junto al importe del principal impagado se reclaman los intereses vencidos a la fecha de la liquidación, cantidad claramente determinable por la simple operación matemática de aplicar a aquél el tipo de interés de demora libremente pactado por las partes, que en su caso el demandado podrá impugnar oponiéndose, por lo que inicialmente no debe inadmitirse la demanda.

Ambos caracteres de la deuda para el concurso -líquida y exigible- hay que disociarlos, pues no van unidos con la finalidad de expresar de forma reiterada la idea del vencimiento de la deuda, pero sin que ello suponga tampoco equiparar la exigibilidad con una exigencia al acreedor de

---

[106] Destaca Garberí Llobregat, la necesidad de descartar la equivalencia entre los términos de vencimiento y exigibilidad, por considerar los mismos inexplicablemente reiterativos y, en consecuencia, el requisito de "exigibilidad" solo podría significar para el autor "la necesidad de que el acreedor haya cumplido con sus obligaciones prestacionales para con el deudor, cumpliendo así con la totalidad de las condiciones precisas para que su derecho de crédito dinerario pueda ser reconocido por la autoridad judicial como un crédito exigible". Mas añade que tal interpretación no debe ser sostenida "so pena de arrumbar con la eficacia y operatividad del proceso monitorio", pues si el requisito de "exigibilidad" obligara al tribunal a examinar, con carácter previo a la admisión de la petición monitoria, si el acreedor reclamante ha cumplido o no efectivamente con las obligaciones que determinan el nacimiento de su crédito, ya no bastaría con aportar otros o simplemente los documento, sino que sería necesario aportar otros o abrir una especie de diligencia probatoria preliminar para acreditar la realidad del cumplimiento obligacional del acreedor, por lo que, concluye, dicho término "exigible", "ha de entenderse como una condición puramente reiterativa, que viene a confundirse con la relativa al vencimiento de la deuda", Garberí Llobregat Garberí Llobregat-Torres Fernández-Casero Linares. El cobro ejecutivo...,-Torres Fernández-Casero Linares. El cobro ejecutivo..., págs. 1164-1165.

[107] En este sentido, López Sánchez "no resultaría adecuado condicionar la admisibilidad de la petición inicial a una prueba exhaustiva del exacto cumplimiento de su prestación por el acreedor, sino que basta un simple principio de prueba, sin perjuicio de que el deudor pueda hacer valer la excepción del incumplimiento contractual en la oposición". López Sánchez. El proceso monitorio..., pág. 96.

justificación del cumplimiento de su obligación sinalagmática. Así, por deuda vencida debe entenderse aquella cuyo plazo de pago ha llegado a término, interpretando en sentido contrario el art. 773 del Código Civil "lo que es debido a plazo no puede ser exigido antes de la expiración de éste…" y si no tiene plazo, porque se puede requerir inmediatamente -art. 774 CCi y 418 Cco-.

Para comprender mejor los conceptos de deuda exigible es necesario acometer la labor poniendo dicho término en relación con lo que sería una deuda "no exigible". En principio será exigible toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado que los interesados ignoren[108], sino del cumplimiento del plazo establecido por las partes, fijado por el deudor o en ausencia, el fijado por ley -art. 774 CCi y 418 Cco-.

Si el acreedor toma conocimiento de la insolvencia de su deudor por otros hechos reveladores del estado de cesación de pagos que no sean la mora en el cumplimiento de su propio crédito, podrá pedir la quiebra aunque su crédito no sea exigible, lo que en definitiva permite el agravamiento del estado de insolvencia en perjuicio de todos los acreedores. Dicha restricción fue calificada por Maffia como lamentable, por achicar la denotación del vocablo "crédito" y correlativamente reducir el ámbito subjetivo de los posibles instantes. Agregaba que a ello se le suma el hecho de que el deudor es mal juez de su insolvencia, porque es sabido que siempre conserva la esperanza de superar la crisis, con lo cual las presentaciones siempre se dilatan y se agrava, consecuentemente, la insolvencia[109]. Como señala Llorente, el uso abusivo del derecho a solicitar la quiebra se debe, no a la exigibilidad o inexigibilidad del crédito, sino a la ausencia de un verdadero juicio de ejecución que le permita al acreedor, por medio de un procedimiento rápido y expeditivo, obtener la satisfacción de su acreencia. Destaca, además, que el derecho a pedir la quiebra

---

[108] Señala en España Oliver López"la deuda vencida comprende obviamente también el supuesto de una obligación pura. Las cantidades debidas no deben depender, cuando se reclaman, del cumplimiento de otra contraprestación", Oliver López. El proceso civil..., pág. 6728.

También Gómez Colomer apunta, al hacer referencia a los documentos "una deuda dineraria vencida y exigible…por tanto, ha de ser líquida y pura, no sujeta a obligación del acreedor", Gómez Colomer-AA.VV. Derecho Jurisdiccional…, t. II, pág. 773, y en Gómez Colomer. Estudios sobre la Ley de Enjuiciamiento..., pág. 159.

En similar sentido, López Sánchez "el vencimiento es el acaecimiento del término o el efectivo transcurso del plazo al que estaba sometido el cumplimiento de la obligación", López Sánchez. El proceso monitorio..., pág. 89.

[109] Maffia Osvaldo. Manual de concursos, pág. 467 y Heredia Pablo. Tratado exegético…, t. 3, pág. 162.

-como lo demuestra el derecho comparado- le pertenece tanto al crédito exigible como al que no lo es[110].

Lógicamente, una de las cuestiones que deberá comprobar el órgano judicial al momento de admitir o inadmitir la demanda concursal será verificar el vencimiento y exigibilidad de la deuda, pues se tratan de uno de los requisitos ineludibles que debe presentar toda deuda mercantil o civil[111]. Habitualmente dicho vencimiento y exigibilidad resultará acreditado por los documentos presentados por el acreedor anexo a la demanda.

h.- Puede ser vencida en su totalidad o por los intereses

En relación con el requisito de vencimiento, es motivo de cierta polémica el hecho de que el título venga precedida de un vencimiento anticipado de la deuda por no pago de un abono al principal o de un período de intereses. En principio, podemos señalar que, para reclamar el pago de una deuda vencida de forma anticipada, ha de acreditarse mediante los documentos que acompañen la solicitud, el hecho determinante del vencimiento anticipado. Tales documentos deberán reflejar las cláusulas de vencimiento anticipado por las que el impago de uno de los vencimientos parciales acarrea el de los restantes. De esta forma, acreditador estos extremos -pacto y recibos no satisfechos- en virtud del principio de prueba escrito exigido en el proceso concursal, deberemos considerar vencida la obligación en su totalidad y dar el curso a la demanda[112].

La legislación contempla varios supuestos:

a) Si se trata de obligaciones mercantiles, contenidas en un título ejecutivo de esa naturaleza, si se pactó el pago de la obligación en tractos o períodos consecutivos, el no pago de una mensualidad o período del principal hace exigible la totalidad de la obligación, aunque no se haya estipulado, resulta aplicable el art. 420 Cco[113] -también para el pagaré[114]-. En estos supuestos decae el beneficio del plazo para el deudor si se estipuló que el pago del principal debe hacerse en tractos, aunque no se haya estipulado que el no

---

[110] Lorente, El pedido de quiebra por acreedor: mitos y realidades, "Derecho y Empresa", 1995, n° 4, pág. 223.

[111] -Hay que recordar que el art. 852 CCo permite la solicitud de quiebra "aun cuando la causa de la obligación no tenga carácter mercantil"

[112] López Sánchez. El proceso monitorio..., págs. 90 y 92 y Pérez-Cruz Martín-Seoane Spielberg. Derecho Procesal..., pág. 90.

[113] Artículo 420 Cco "Cuando se haya estipulado que la obligación ha de ser pagada por tractos sucesivos, salvo convenio en contrario, la falta de un pago dará por vencida y hará exigible toda la obligación".

[114] T. I C. Nº 69-1C del 29-01-2016 y Nº 1178 -N- del 01-11-2006.

pago de una cuota mensual o periódica haga exigible la totalidad de la obligación[115].

b) Si expresamente se excluyó la decadencia del beneficio del plazo o se pactó que el principal se haría en un solo pago, en una fecha determinado, no aplicaría la decadencia del plazo por el no pago de intereses[116] o de una cuota mensual no pactada.

c) Será exigible la obligación en su totalidad -incluyendo el principal- cuando el capital no esté vencido, pero si una cuota periódica de intereses -mensual o trimestral-, para ello resulta aplicable el art. 420 del Cco -recién transcrito-, aunque la norma se refiere al pago del principio en cuotas, resulta aplicable también a intereses[117], por el perjuicio que ello provoca al acreedor, al

---

[115] T. I C. Nº 933-P- del 18-11-2009 "Así lo establece con toda claridad el numeral 420 del Código de Comercio: "Cuando se haya estipulado que la obligación ha de ser pagada por tractos sucesivos, salvo convenio en contrario, la falta de un pago dará por vencida y hará exigible toda la obligación". En el pagaré se echa de menos cláusula diversa que impida aplicar la regla estipulada en el citado precepto legal. Por esa razón, los motivos de inconformidad son inadmisibles. Por imperativo del legislador, en estos casos, la mora surge con el no pago de un tracto, entiéndase del capital". Ver en igual sentido N° 780-G del 23-07-2003.

[116] T. I C. Nº 859-3C del 13-07-2016 "el documento no hace alusión expresa al vencimiento anticipado por el no pago de intereses y que a su vez tampoco refiera a cláusula convencional de vencimiento de la fecha de capital. En otras palabras, que el documento base, incluso referido algún título cambiario, no mencione nada al efecto, eventualmente podría invocarse la aplicación del artículo 420 del Código de Comercio:" Cuando se haya estipulado que la obligación ha de ser pagada por tractos sucesivos, salvo convenio en contrario, la falta de un pago dará por vencida y hará exigible toda la obligación.". Sin embargo, en el caso de autos el pagaré expresamente consigna que: "el no pago de capital hace exigible la deuda". Dado que en la demanda se cobra entre otros aspectos el capital cuya fecha de vencimiento del título cambiario ofrece como fecha el día 20 de agosto del año 2015 y la demanda se presentó a estrados el 20 de febrero del aludido año, no ofrece margen de dubitación que resulta prematura como acertadamente consignó el a quo. Ello es así por cuanto a pesar de que no se cancelen intereses, el documento no podría ser exigible por cuanto las partes pactaron ese evento jurídico hasta el vencimiento de la fecha de capital".
Ver en igual sentido T. I C. Nº 311-1C- del 29-03-2012; N° 527-N del 18-05-2007, N° 778-G 29-07-2005 y N° 1355-F- 30-11-2005.

[117] T. I C. Nº311-1C- del 29-03-2012. "Si bien ha interpretado este Tribunal, que el incumplimiento que da pie a la mora automática que establece dicha norma, es el no pago de un tracto de capital…lo cierto es, que ese vencimiento anticipado y sus efectos se extiende a los intereses, cuando así se ha pactado en forma expresa en el título, tal y como sucede en este caso, cuando se incluyó como cláusula del contrato, que la falta de pago oportuno del principal o de los intereses, daría derecho al acreedor, a tener por vencida anticipadamente la deuda, sin previo requerimiento o intimación, y por exigible toda la obligación. En ese sentido, la empresa deudora conocía con exactitud las consecuencias en caso del no pago oportuno de los réditos. Aunado a lo anterior tenemos, que el numeral 417 ibídem, dispone en lo que interesa: "En los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o de cortesía..."".....Sobre la obligatoriedad del

no ver satisfecho su crédito, pues es de pensar que si el deudor no paga los intereses tampoco pagará el principal. El deudor verá decaer el plazo de su crédito, por el no pago de los intereses periódicos pactados, aunque no se haya pactado expresamente, hace exigible toda la obligación, ello siempre y cuando la obligación sea de carácter mercantil[118] -no la civil-.

---

cumplimiento de los contratos mercantiles en el plazo establecido por las partes, la Sala Primera de la Corte, en un pronunciamiento de reciente data dispuso: "III. […] Por último, en cuanto a la indebida aplicación supletoria del artículo 1008 del Código Civil, ya que para el casacionista debió utilizarse el precepto 417 del Código de Comercio. Para actuar esa norma, el Tribunal estimó que las fechas de entrega sufrieron un desplazamiento en el tiempo, que hizo que la satisfacción de las obligaciones se corriera, modificando en opinión de la mayoría de ese órgano, los términos inicialmente acordados entre los contratantes, de lo cual coligió que se dio un consentimiento tácito en la demora, por lo que no se le podía exigir a la actora que se sujetara a los plazos dispuestos en la orden de compra. Agregaron "… que de conformidad con el artículo 1008 del Código Civil: "La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito o por hechos de los que necesariamente se deduzca"....De aquí se sigue que el consentimiento tácito debe deducirse de hechos que tengan carácter unívoco…" (folio 210) y que dicha norma era de aplicación supletoria a los contratos de naturaleza mercantil. Para esta Sala la tesis del retardo consentido tácitamente, no es admisible en este asunto, ya que como el propio Tribunal reconoce se está ante un contrato mercantil, donde además las partes pactaron expresamente el plazo para su cumplimiento (hecho probado 2). Por ende, si el artículo 417 del Código de Comercio, cuya aplicación reclama el casacionista, dispone "En los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o de cortesía, y en los cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día hábil, de veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario gregoriano, y el año, podrá establecerse de trescientos sesenta y cinco días o de trescientos sesenta días, según lo acuerden las partes." Dicha disposición impide al Tribunal señalar o admitir un plazo distinto o mayor al fijado expresamente por las partes, debe tenerse presente que la norma de comentario responde o resguarda la rapidez que impera en el tráfico mercantil y pretende evitar aquellos daños y perjuicios que puedan derivarse del atraso. Consecuentemente, el Tribunal se equivocó al aprobar un plazo distinto, justificándolo en retardo consentido. Esa tesis podría ser admisible en materia civil, pero no en este asunto que es de índole mercantil, donde se reitera, debe protegerse la celeridad que predomina en el tráfico comercial... En este asunto, la demandada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad recibió y pagó las cuatro primeras entregas, aún cuando se realizaron de manera tardía. Posteriormente, para la fecha cuando la actora pretendió hacer la última entrega de colillas, en una fecha distinta de la acordada, la demandada no estaba en la obligación de recibirlas, mucho menos si para ese momento no le resultaban útiles, lo cual evidencia, contrario a la tesis del Tribunal, que sí operó la pérdida o decaimiento del interés del acreedor" En igual sentido N° 527-N del 18-05-2007, N° 778-G 29-07-2005 y N° 1355-F- 30-11-2005.

[118] T. I C. Nº 507-3C-, del 27-06-2014 "Finalmente resta por abordar lo referente al cuestionamiento invocado respecto a la cláusula de vencimiento anticipado que a criterio del apelante no opera al entender inaplicación de lo dispuesto en el artículo 420 del Código de Comercio en cuanto estima que la hipoteca corresponde a un contrato de naturaleza civil y no mercantil. Tampoco le asiste razón al impugnante, por cuanto en el caso bajo examen lo relativo al vencimiento anticipado del plazo no está subordinado a eventual aplicación del citado ordinal

d) La regla del no pago de interés como causa de decaimiento de toda la obligación también se aplica a los casos en que, si bien no existe pacto de intereses, el título proviene de un tercero -CPA autorizado por ley o Administración Tributaria-, pues si se certifique que no se pagó el principal, con mayor razón se hace exigible por el no pago de interés.

e) Si hay pacto expreso de que el no pago de una cuota del principal[119] o una mensualidad o período de intereses, hace exigible la deuda, se trate de deudas civiles o mercantiles, en cualquier caso, opera la decadencia del vencimiento del plazo y será exigible sin discusión, toda la obligación, por el no pago de una cuota de intereses o un abono del principal.

f) Finalmente, esta regla se aplicaría a los supuestos en que es la propia ley la que establece el vencimiento de la obligación principal por el no pago de intereses, tal es el caso del art. 580 Cco[120] para la prenda y 421 CCi para las cédulas hipotecarias por el no pago de cupones de intereses.

---

de lo mercantil porque esa disposición legal regula un supuesto distinto al debatido y que refiere a ausencia de cláusula de vencimiento lo cual no operó en el sub lite por cuanto precisamente en el contrato de préstamo se consignó en la cláusula XIX mención expresa de vencimiento anticipado. Al respecto debe tenerse presente que lo consignado en el artículo 420 del Código de Comercio: "Cuando se haya estipulado que la obligación ha de ser pagada por tractos sucesivos, salvo convenio en contrario, la falta de un pago dará por vencida y hará exigible toda la obligación". Lo descrito en el citado artículo aplicable a contratos mercantiles implica que, ante ausencia de pacto expreso, se deberá tener por aplicada la cláusula de vencimiento anticipado. Se trata de una previsión contemplada en la ley para los contratos mercantiles, sin embargo, en el caso debatido, independientemente de la naturaleza que se le atribuya a la hipoteca civil o mercantil, existe cláusula convencional de vencimiento anticipado, lo cual resulta ajeno a lo contemplado en el pluricitado ordinal 420. Apréciese a su vez que el ordenamiento civil -en caso de que se asumiera la posición del apelante- no prohíbe esa convención de partes y en todo caso debe quedar claro que un préstamo bancario es materia mercantil. Sin embargo, esa distinción no presenta importancia en el presente caso. Por las mismas razones no ofrece ninguna implicación lo previsto en el ordinal 411 ejúsdem respecto a contratos efectuados en escritura pública en relación con lo debatido". Ver en igual sentido T. I C. Nº 988-2U del 29-07-2016 "Contra el citado pronunciamiento se muestra inconforme la parte actora al señalar que contrario a lo descrito por el a quo, en el pagaré al cobro se incluye como parte de las cuotas lo referente tanto a intereses como a capital, con lo cual si aplica el aludido artículo 420 ejúsdem. Lleva razón el apelante. Efectivamente el citado documento base incluye dentro de las cuotas a cancelar tanto intereses como capital, con lo cual se presenta la regulación prevista en el artículo 420 del Código de Comercio".

[119] T. I C. 1250 del 15-11-2006.

[120] Art. 580 Cco "En las obligaciones prendarias, pagaderas por tractos sucesivos, la falta de pago de uno de ellos hará vencida y exigible toda la obligación, salvo pacto en contrario".

i.- Innecesariedad de deuda líquida y exigible

Además de los supuestos de obligaciones dinerarias líquidas y exigibles que contempla el art. 14.1 LC "…título legalmente válido de cualquier naturaleza en el que conste una obligación dineraria a cargo del demandado, sin que necesariamente esté vencida…" el derecho comparado, nos da otros supuestos de quiebra, que no se basan en la existencia de un título dinerario. Supuestos que ya hemos referido, por ejemplo, del art. 5.2 LC -presunción de insuficiencia patrimonial-, en estos casos, aunque su crédito no sea líquido, pues la calidad de acreedor es independiente de la concurrencia de la cesación de pagos, que es a lo que apuntan la liquidez y exigibilidad del crédito. Pero, en este caso, el crédito no prueba la cesación de pagos y esta debe resultar de otros elementos[121] y otras circunstancias, que hacen temer dicha cesación o afectación a los acreedores, cuyo crédito, no obstante, no está vencido.

j.- Documento firmado por el deudor

El documento base -sea título ejecutivo o documento privado-, para que sea útil para solicitar la quiebra, debe estar firmado por el deudor -art. 14.1 LC-. Por esa razón no se permiten copias no firmadas. Se exceptúa de esta regla aquellos títulos que emanan de una institución pública o de terceros particulares -CPA- en los casos en que expresamente el legislador autoriza su emisión, sin necesidad de la firma del deudor.

k.- Títulos ejecutivos en el país y su aplicación en el concurso

Como hemos señalado los títulos ejecutivos de obligaciones contraídas por el deudor concursado, son los documentos que habitualmente sirve de base a la solicitud de la quiebra, por ello es que se justifica sistematizar el instituto, pues uno de los análisis que debe realizar el juez, es el cumplimiento de los requisitos de cada título, ahora a nivel de título ejecutivo. Sin embargo, podría suceder que el título base no cumple con los requisitos formales establecidos para dicho título ejecutivo en concreto. No obstante, si leemos la evolución histórica del tema, caemos en cuenta que tanto el Código de Comercio en 1964 -capítulo derogado por la LC-, como la Ley de Cobro del 2008 -ya derogado- y el actual CPC del 2018 otorgan igual privilegio a un documento privado, sin que sea título ejecutivo, siempre que cumpla las condiciones de contener una obligación dineraria, líquida, exigible y firmada por el deudor. De manera que aun cuando el documento privilegiado, para la vía concursal y la vía monitoria sigue siendo el título ejecutivo, esa tendencia muestra que el documento privado, que cumpla con esas condiciones, también es útil para acceder a ambas vías.

---

[121] Argeri Saúl. La quiebra…, pág. 154.

Como hemos dicho en otra obra, los títulos ejecutivos comportan una serie de principios o elementos comunes, de los que se puede extraer una teoría general de los presupuestos exigidos para ser considerados como tal, a saber: principio de legalidad, principio de literalidad, principio de incorporación, principio de auto suficiencia del título y la prohibición de ser emanado del propio acreedor.

La siguiente clasificación permite entender mejor los títulos que pueden servir de base a un acreedor, para solicitar la quiebra de su deudor.

Conforme al artículo 111.2 NCPC: "Son títulos ejecutivos, siempre que en ellos conste la existencia de una obligación dineraria líquida y exigible".

1. El testimonio o la certificación de una escritura pública no inscribible.

2. La certificación de una escritura pública debidamente inscrita en el Registro Nacional.

3. El documento privado reconocido judicialmente.

4. La confesión judicial, cuando el demandado reconozca, sin condición

una obligación dineraria determinada, líquida y exigible[122]-[123].

---

[122] T. II C. S. I N° 211 del 07-04-2017 "la normativa comercial, concretamente el numeral 851 inciso b) del Código de Comercio, establece como uno de los presupuestos para la declaratoria de quiebra de un comerciante o sociedad, el que 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 en favor de otras personas. Asimismo, es necesario señalar que la normativa procesal civil prevé como un mecanismo para constituir un título ejecutivo de obligaciones indocumentadas, la confesión judicial que suponga el reconocimiento de una deuda líquida y exigible, así como el reconocimiento de documentos. Así las cosas, en este proceso concursal el título ejecutivo lo constituye el acto preparatorio de carácter mixto llevado a cabo en el Juzgado Civil de…".

T. II C. S. I N° 103 17-04-2015 "conforme lo dispuesto en los artículos 852 y 860 del Código de Comercio, para que una solicitud de quiebra sea admisible, el acreedor debe aportar un título ejecutivo o bien un documento, que a pesar de no tener ese carácter, a juicio del Juez, la firma o firmas del obligado fueren auténticas, pero en uno u otro caso debe contener una obligación líquida y en principio exigible. Por otro lado, dispone el numeral 2.2 de la Ley de Cobro Judicial, que es título ejecutivo: "...d) La confesión judicial". No obstante, al igual que en el monitorio, debe ser original. En ese tanto, la certificación que lleva a cabo Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Cartago (folios 55 y 56) y que en el proceso la parte aporta como sustento de su solicitud, denominándolo "ejecutoria de ley" no es título ejecutivo. En tratándose de la confesión ficta, considera esta Cámara, este lo constituye la resolución, contenida en el expediente original, en la que el juzgador tiene por contestadas por afirmativas las preguntas, de las cuales derive de manera simple y sencilla la deuda de una suma líquida a favor del acreedor. La recurrente no expresó en su solicitud de quiebra, que se hiciera llegar al expediente dicho proceso preparatorio, con el fin de que se verificara la existencia de la confesión judicial que se aduce, lo cual es razón suficiente para el rechazo de la ejecución colectiva que se pretende. Por otro lado es importante señalar, que no se está ante una solicitud defectuosa, dado que el título base es fundamental para ordenar la ejecución. En tal caso, resulta innecesario entrar analizar los demás aspectos que forman parte del recurso.

[123] T. II C. S. II N° 368 del 22-10-2010 "Como vemos, la forma en que el representante legal de la supuesta fallida procede a contestar el interrogatorio a él presentado, no permite establecer con certeza que en la especie existe una obligación de pago, pues también se habla de incumplimientos de la interrogante. Esto implica, que las partes de este proceso, deberán discutir en la vía correspondiente la relación contractual existente entre ambas, a fin de establecer si existe o no una obligación a cargo de la aquí confesante. El proceso de quiebra no está previsto para dilucidar cuestiones contractuales que se acusan incumplidas, que es lo que manifestó en la confesión el representante de la accionada".

T. II C. S. II N° 282 del 29-08-2014 "La confesión judicial a la que alude el apelante no constituye título apto para sostener la solicitud que se conoce, pues en ella el confesante, señor…, en condición de representante de...S.A. no reconoció la existencia de la deuda que se reclama. Por el contrario, afirmó que se trata de obligaciones no exigibles pues se encuentran prescritas. Aún y cuando se haya rechazado la excepción de prescripción opuesta por la accionada, el confesante no reconoció en ningún momento, que la obligación es líquida y exigible, requisito indispensable para que la confesión pueda utilizarse como título ejecutivo. De ahí que el juez resolvió en forma correcta, al interpretar que de la confesión no se infiere el reconocimiento de la deuda".

5. Las certificaciones de resoluciones judiciales firmes[124] que establezcan la obligación de pagar una suma de dinero[125], cuando no

[124] T. II C. S. II N° 268 del 04-05-2018 "En cuanto a este aspecto, no lleva razón el recurrente al apuntar que la afirmación del juzgador es errónea, pues al revisar los documentos aportados del proceso de cobro, efectivamente se echa de menos la constatación de la firmeza del auto intimatorio. Es claro que no se trata de un desconocimiento del juez de primera instancia, ni que a este le deba resultar "elemental" - como lo señala el apelante-, que al estar notificada la sociedad demandada del proceso monitorio -aquí pretendida falllida- y no exista oposición, debía deducir de forma automática, que la sentencia está firme. Lo anterior porque la condición de firmeza de una resolución judicial debe firmarla la autoridad que emite la certificación. Si bien es cierto es posible deducir tal información del contenido de un expediente, la acreditación de tal circunstancia para efectos de fundamentar una petición como la que aquí se conoce, con base en el principio dispositivo, corresponde a la parte, ya sea aportando una certificación notarial o del juzgado que tramita el asunto, según lo disponen los artículos 157 y 629 del Código Procesal Civil. De modo que, el a quo no puede obviar un requisito expresamente establecido por ley. El artículo 2.2. inciso e) de la Ley de Cobro Judicial prescribe que son títulos ejecutivos las certificaciones de resoluciones judiciales firmes que establezcan la obligación de pagar una suma de dinero, cuando no proceda el cobro en el mismo proceso".

[125] En este supuesto estaría el cobro de un saldo en descubierto que no se pudo cobrar en proceso monitorio o de cobro. Debe tomarse en cuenta que no se reprodujo en el CPC la previsión de la Ley de Cobro, para la conversión del monitorio a quiebra. Sobre el tema la jurisprudencia ha señalado T. S II C. S. II N° 222 del 15-07-2003 "III. Este mismo Tribunal, a través de la Sección Segunda, en el auto No. 460 dictado a las 9 horas del catorce de noviembre de mil novecientos noventa y seis, ha señalado en lo que interesa, que de conformidad con el artículo 852 del Código de Comercio, cuando el acreedor solicita el estado de quiebra de su deudor, "el ordenamiento le exige como requisitos elementales, demostrar su calidad de tal, presentar un documento con calidad de título ejecutivo y comprobar que la obligación es líquida y exigible, así como que el deudor es comerciante aún cuando la causa de la obligación no tenga carácter de mercantil. Resulta incorrecto para decretar la quiebra, exigir que se trate de un conjunto de deudas en las que el deudor deberá responder con su patrimonio a los diferentes acreedores pues ese requisito está contemplado en la ley únicamente para el caso del concurso civil de acreedores, es decir, cuando el deudor es una persona física no comerciante…

IV. A la luz de los preceptos legales mencionados y el criterio jurisprudencial que ha venido imperando, queda sentado que para decretar la quiebra, es suficiente que se demuestre la cesación de pagos por parte del deudor, de al menos una obligación, como lo establece el precepto 851 inciso b) del Código de Comercio. Por ello, no interesa que el deudor se encuentre en estado de insolvencia, basta que deje de pagar una sola de sus obligaciones para que la quiebra proceda.

V.- En el presente proceso ha quedado debidamente acreditado que se cumplen todos los presupuestos sustanciales para que se pueda declarar una quiebra. La accionada ostenta la condición de comerciante, al ser una sociedad anónima, conformada según las disposiciones del Código de Comercio. El Banco actor ha demostrado su legitimación activa, pues ha presentado certificaciones de dos sentencias firmes, que lo acreditan como el titular del crédito establecido a su favor en contra de la accionada. Mediante sendas resoluciones judiciales, se acredita que fue condenada la sociedad …, S.A. , a pagarle a la actora la suma total de…que incluye capital e intereses al 31 de mayo del 2001, así como la suma de…, por concepto de capital e intereses

procediera su cobro en el mismo proceso[126] -sic. cuando conste que no se haya podido cobrar en el respectivo proceso[127-128], incluso agotando los actos de embargo y ejecución en el proceso principal[129].

---

liquidados al veintiséis de junio del dos mil uno, sumas provenientes de la falta de pago de letras de cambio a favor del Banco. A la vez, estos documentos resultan idóneos para demostrar la calidad de acreedora de la sociedad promovente así como la condición de deudora de la accionada, y ostentan el carácter de título ejecutivo, según lo establece el ordinal 438 inciso 6) del Código Procesal Civil, conteniendo a su vez una obligación que es líquida y exigible"
Ver en igual sentido: T. II C. S. I N° 222 del 15-07-2003 y T. II C. S. II N° 336 del 28-08-2015.

[126] T. II S. II N° 017 del 17-02-2004 "Ahora bien, no es cierto, como afirma el apelante, que se haya acreditado que esa cantidad de dinero no hubiere podido ser cobrada dentro del aludido proceso. Al respecto no existe ninguna prueba en autos".

T. II C. S. I N° 011 del 11-01-2016 "de conformidad con lo dispuesto en los artículos 314 del Código Civil y 9 de la Ley de la Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, lo convenido y resuelto en la conciliación tenga (sic.) autoridad y eficacia de cosa juzgada material. Es decir, la condición de titulo ejecutivo y ejecutorio no lo obtiene el documento que sustenta el proceso, por tratarse una certificación de una resolución judicial firme que establece una obligación de pagar determinada suma de dinero…el acreedor puede elegir si cobra su adeudo en la vía singular o en la de ejecución colectiva y si se escoge la primera, debe agotar los trámites necesarios para tratar de recuperar su crédito y solo en caso en que eso no lo logre, puede recurrir a la colectiva, situación que no se da en la especie, puesto que el proceso de ejecución del acuerdo no se inició dentro del proceso en que fue logrado.

[127] T. II C. S. I N° 328 del 06-09-2012 "En forma reiterada este Tribunal ha establecido que, en los supuestos en los que se pretende plantear una solicitud de quiebra fundada en una resolución firme, en la que se establezca el pago de una suma líquida y exigible de parte del deudor, constituye un requisito sine qua non, el demostrar que dicho monto no se ha podido cobrar en el respectivo proceso cobratorio (ver en este sentido el Voto número 143-99, de la Sección Segunda de este Tribunal). Tal condición no se cumple en el sub-júdice, por lo que la resolución impugnada merece ser confirmada.

[128] T. II C. S. I N° 225 del 18-06-2012 "El artículo 851 del Código de Comercio prescribe que la declaratoria de quiebra de un comerciante o sociedad procederá cuando, entre otros supuestos, el 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 en favor de otras personas. Unido a esto, el numeral 852 ídem establece cuándo un acreedor tiene el derecho a pedir la quiebra, a saber, cuando demuestre su calidad de tal, presentando el título respectivo, comprobando que la obligación es líquida y exigible, así como que el deudor es comerciante aún cuando la causa de la obligación no tenga carácter mercantil. La razón por la que el inferior en grado rechazó ad portas la gestión de las sociedades promoventes dejó de tener sustento. Esto porque las obligaciones que se pretenden ejecutar en esta vía si bien son producto de demandas judiciales ya existentes, con la documental que el apelante adjunta con sus agravios, demuestra que los procesos donde nacen dichas obligaciones se dieron por terminados, de manera que, ya no existirían ejecuciones simultáneas".

[129] T. II C. S. I N°034 del 09-02-2012 "En este caso, la parte actora con la sola certificación pretende que se declare la quiebra de las demandadas cuando aún no ha acreditado que dentro de la etapa de ejecución del mismo proceso ordinario, no obstante de haberlo intentado, haya visto frustradas sus pretensiones de hacer efectivo el cobro de la obligación en el patrimonio de las

deudoras. Imposibilidad de cobro que no es posible dar por sentado con el hecho de que con la solicitud de quiebra se acompañen certificaciones del Registro Nacional en las que se consigna que las demandadas no aparecen con bienes muebles e inmuebles inscritos. Sobre este mismo tema, esta misma Sección y Tribunal, aplicando el inciso 5) del derogado artículo 438 del Código Procesal Civil, que contenía una redacción muy similar a la del actual apartado e) del inciso 2.2 del artículo 2 de la Ley de Cobro Judicial, sostuvo lo siguiente: "…I- La solicitud de quiebra se fundamenta en una resolución judicial firme mediante la cual se condena a la accionada al pago de veintiocho millones de colones. De conformidad con lo establecido en el inciso 5) del artículo 438 del Código Procesal Civil, son títulos ejecutivos: "Las certificaciones de resoluciones judiciales firmes que establezcan, a cargo de un tercero o de una parte, la obligación de pagar una suma líquida, cuando ésta no hubiere podido cobrarse dentro del mismo proceso". Ello quiere decir que la certificación en donde conste una deuda líquida y exigible por sí sola no es título ejecutivo, pues es necesario demostrar que la acreedora intentó hacerse pago del crédito, mediante gestiones de embargo en bienes de la deudora, los que resultaron infructuosos. Esa prueba fue la que previno la Jueza de instancia a la promovente y con lo cual ésta no cumplió en el plazo concedido. Así las cosas, es evidente que el rechazo de la solicitud de quiebra fue bien acordado y deberá mantenerse…" (Voto número 249 del 30-06-2004.

N° 246 T. II C. S. II , a las trece horas cincuenta minutos del treinta y uno de agosto de dos mil once.- Si se trata de hacer una interpretación sistemática, la cual según criterio del apelante no efectúa el a quo, debe necesariamente partirse de los criterios de interpretación previstos por el artículo 10 del Código Civil, según el cual las normas deben interpretarse de manera integral, tomando en cuenta el sentido de sus palabras en relación con su contexto, antecedentes históricos y legislativos, la realidad social donde han de ser aplicadas, atendiendo sobre todo su espíritu y finalidad. Al respecto, cabe recalcar que antes de la entrada en vigencia de la Ley de Cobro, el propio Código Procesal Civil, pese a reconocer el carácter ejecutorio de las sentencias según el citado artículo 630, solo permitía que sirvieran para iniciar una ejecución individual independiente "...5) Las certificaciones de resoluciones judiciales firmes que establezcan, a cargo de un tercero o de una parte, la obligación de pagar una suma líquida, cuando ésta no hubiere podido cobrarse dentro del mismo proceso." (art. 438 ibídem). Con ello se evidenciaba la clara intención del legislador de permitir la apertura de un proceso ejecutivo autónomo únicamente en los casos en los cuales las condenas a pagar sumas líquidas no se pudieran realizar dentro del mismo proceso en el cual se establecieron, lo cual está en plena armonía con lo indicado en el vigente artículo 629 del Código Procesal Civil. Este principio no cambia sustancialmente con la vigencia de la nueva Ley de Cobro, en la cual se repite en el artículo 2.2, inciso e. Lo que sí introduce la nueva Ley, es la posibilidad de que un proceso de ejecución hipotecaria o prendaria pueda transformarse en ejecución colectiva, pero únicamente en los casos en los cuales se den los presupuestos respectivos, según lo previsto por el artículo 12 de dicha normativa, pero se trata de un supuesto ajeno a lo aquí debatido, pues lo que se pretende ahora es eludir la ejecución en el proceso respectivo para iniciar una quiebra. Si se establecen estas limitaciones para acudir a la ejecución individual, cuando exista una condenatoria dineraria en un proceso en el cual se puede ejecutar lo dispuesto, sería ilógico pensar, contra la unidad del sistema, que en todo caso queda abierta de manera irrestricta la ejecución colectiva (quiebra o concurso civil de acreedores), tratándose de remedios jurisdiccionales que acarrean gravísimas consecuencias de naturaleza patrimonial y personal contra los fallidos. Si no es posible iniciar una ejecución individual, a mayor razón tampoco procede la vía de ejecución colectiva, que es más gravosa para los deudores".

6. La prenda y la hipoteca no inscritas.

7. Toda clase de documentos que, por leyes especiales, tengan fuerza ejecutiva".

Títulos ejecutivos cambiarios: Serían: a) Letra de Cambio -Art. 783 Cco-, b) Pagaré -Art. 802 inciso d Cco-, c) Cheque con la razón del rechazo del banco[130] -Art. 815 Cco-, cuyo plazo de prescripción es de 4 años, aunque se hayan emitido como pago de una facturas de bienes[131].

Otros documentos del Código de Comercio: Certificaciones de saldo sobre aportes de sociedad -Arts. 80 y 112 Cco, b) Certificaciones por desalmacenaje -Art. 284 Cco, c) Certificación de cuenta corriente mercantil, Art. 661 CCo[132], d) Certificación de sobregiros cuenta corriente bancaria -no una línea de crédito que no se sabe su saldo real, aunque esté garantizada con letra de cambio, lo que permite la discusión de la relación subyacente o el negocio causal, especialmente si el título no ha circulado[133]- -Arts. 611 y 632 bis-, e)

---

[130] N° 113 T. II C. S. II , del 30-04-2013.

[131] T. II C. S. II N° 273 del 04-05-2018 "conforme analizó la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto número 122-2008, de las dieciséis horas veintidós minutos del 4 de febrero del año 2008, ya citado por el recurrente, en este caso la base de la ejecución no son las compraventas, sino los cheques que sí constituyen título ejecutivo".

[132] T. II C. S. II N° 118 del 21-05-2013…Cabe indicar, en primer lugar, que en la certificación aportada a los autos el Contador Público no hace constar que se ha dado una terminación del contrato de cuenta corriente al cual hace referencia, por lo que no es posible concluir que se trate entonces de un saldo final. Simplemente se certificó el saldo existente al…. No procede en un proceso concursal declarar o establecer si dicho contrato, que no consta siquiera en autos, ha finalizado o no. Por otra parte, la citada certificación no hace referencia a la forma cómo se procedió a establecer los activos y pasivos de las partes y a su eventual compensación. Además, el citado profesional no realizó una auditoría o constatación técnica contable para asegurar la veracidad de lo que estaba consignado en la documentación que le suministró la empresa actora, a saber, el contrato de cuenta corriente mercantil No…, los estados de cuentas y los libros auxiliares de…, quien era la que llevaba los registros respectivos. Esto llevó a dicho contador a indicar lo siguiente "…dicha entidad es responsable por la exactitud e integridad de la información suministrada.", con lo cual ni siquiera está dando fe de la autenticidad de esa información".

[133] T. II C. S. II N° 266 del 04-05-2018 "En el caso que nos ocupa, las operaciones puestas al cobro corresponden a la línea de crédito conferida a la demandada en virtud del contrato suscrito el 21 de agosto del año 2013, para el que se libró la letra de cambio como respaldo de su cumplimiento. Es decir que este no es un documento autónomo sino colateral del citado contrato, y por ende perdió su fuerza ejecutiva (artículo 727 inciso b del Código de Comercio). La cantidad indicada en la letra de cambio no es la que corresponde a las sumas liquidadas y por lo que no se está ante una deuda líquida. En estas condiciones no se sabe a ciencia cierta, cuál es la suma que realmente debe la demandada. Y por las consecuencias gravosas que implica la declaratoria de una quiebra, el cumplimiento de los presupuestos objetivos y subjetivos debe ser claro, puntual e indubitable.

Factura mercantil originales[134] firmadas por el deudor -no simples recibidos de

No es posible como ha ocurrido en este proceso, que la demostración de los mismos abra la posibilidad a una discusión como si se tratara de un proceso declarativo".

Ver en igual sentido: T. II C. S. II N° 365 del 10-09-2015 "Sin embargo, la discusión se torna estéril, porque si ni siquiera se puede aceptar la existencia y ejecutividad por esta vía de los créditos supuestamente representados por las facturas, la letra pierde cualquier condición de título ejecutivo, aún si se compartiera la tesis que admite la posibilidad de su emisión para garantizar créditos inexistentes al momento de su suscripción. En este caso particular, la abstracción de la letra de cambio cede, al no haber circulado y al estar ligada, como lo indicó expresamente la accionante en su hecho primero de la demanda, a los supuestos créditos por servicios aduaneros, los cuales pretende documentar con las facturas y con la certificación de contador público aportada.".

T. II C. S. II N° 144 del 13-05-2015 Sucede que ese pagaré no ha circulado, circunstancia que permite analizar el negocio causal al que aún se encuentra ligado. Así las cosas, se concluye que si no se ha demostrado la exigibilidad de una de las facturas que originó el pagaré, entonces ese documento carece de la exigibilidad que le atribuye el apelante.

[134] T. II C. S. I N° 071 del 10-02-2017 "efectivamente, cuando el proceso concursal liquidatorio es solicitado por el acreedor, debe demostrar su calidad de tal, presentando el título correspondiente en que conste una deuda líquida y exigible, doctrina del artículo 852 del Código de Comercio. Así lo ha resuelto en forma reiterada el Tribunal, pudiendo consultarse los votos números 60 de las 9 horas 30 minutos del 13 de febrero de 1998 y 315 de las 10 horas 40 minutos del 30 de septiembre de 2003, ambos emitidas por la Sección Segunda de la Cámara, que esta Sección comparte. La entrega del título original a la deudora para la realización del trámite de pago, no releva a la acreedora del deber de presentarlo, conforme lo exige la ley, dado que existen medios legales para recuperar un documento que presuntamente está siendo retenido ilegítimamente por la tenedora actual y ese trámite no se ha cumplido".

T. II C. S. II N° 175 del 15-07-1997 "II.- Para que la solicitud de quiebra sea admisible, el gestionante debe aportar título ejecutivo o bien un documento privado de otra naturaleza, siempre y cuando a juicio del Juez la firma o firmas del obligado fueren auténticas (artículo 860 del Código de Comercio). Los documentos aportados como sustento a la solicitud de quiebra, en criterio del Tribunal, no reúnen ninguno de estos requisitos. Ya el Juzgado había notado que los documentos presentados no eran originales. En efecto, se trata de fórmulas de copia color rosado. No es atendible la tesis de la gestionante, según la cual "se acostumbra" confeccionar varios originales al emitir una factura. Tal práctica, de existir, no tiene ningún sustento normativo y generaría grave inseguridad jurídica, pues copias firmadas por el deudor podrían ser presentadas a ejecución por la vía judicial. Por ello, siempre han de presentarse al cobro las facturas originales. En todo caso, el acreedor es quien debe conservar la factura original en su poder hasta el efectivo pago, en cuyo caso la entregaría al deudor debidamente cancelada. Por ello, los documentos de copia de factura no constituyen título ejecutivo. En todo caso, tampoco se deduce de dicho documento que la acreedora sea la …S. A., pues no hay seguridad de que el nombre "…" que se encuentra en solo 5 de ellas, sea el equivalente del nombre completo de la sociedad cuya quiebra se pide. Tratándose de procedimientos de esta naturaleza, dada la trascendencia de una eventual declaratoria de quiebra, no debe existir duda alguna en cuanto a la identidad del deudor para proceder a admitir la solicitud y darle el trámite legal respectivo. Al no existir certeza al respecto en este asunto, cabe confirmar la resolución apelada".

ellas para su trámite de pago, que no serían originales[135]- y los documentos electrónicos que la sustituyan, por venta de bienes detallados con cantidades y montos, y a partir del 2014 también factura de servicios, debidamente firmada por el deudor, su representante o autorizado -Art. 460 y 460 bis Cco-, siempre que se encuentren, como dijimos, debidamente firmada por el deudor, apoderado o persona expresamente autorizada para ello, aspectos que se analizan infra cuando se estudie estos títulos en específico; f) Certificación de Contador Público Autorizado sobre saldos de tarjeta de crédito adeudados por el tarjetahabiente al emisor de la tarjeta, donde se detalle los rubros, conceptos y montos individuales adeudados -Art. 632 Cco reformado por Ley 7558 de 1995-, no de simples líneas de crédito entre comerciantes, aunque vengan certificadas por CPA[136].

---

[135] T. II C. S. II N° 266 del 26-07-2010 "En ninguna de las fotocopias aportadas, que se encuentran en el ampo de documentos custodiado por este Tribunal, consta firma alguna de recibido conforme de la mercadería o firma autorizada con el respectivo número de cédula aceptando la obligación en ellas contenida. Todas las copias carecen en absoluto de rúbrica del deudor o de una persona autorizada. Por otra parte, se encuentran unos simples recibos por medio de los cuales se señala que fueron entregadas facturas originales para el trámite de pago, pero dichos recibos, en los cuales aparece la firma… (persona respecto de la cual se desconoce si es representante de las accionadas), lo único que acreditan es que los documentos elaborados por la parte actora se presentaron, pero no que hayan sido aceptadas las obligaciones consignadas unilateralmente por la actora en cada uno de ellos. Contrario a lo sostenido por el apelante, no puede presumirse la validez y eficacia de las obligaciones a falta de oposición en cuanto a las facturas presentadas. Por el contrario, el título que da sustento a una declaratoria de quiebra debe ser ejecutivo o estar suscrito por el deudor, aceptando expresamente su contenido. No está acreditado que esos recibos de entrega de las facturas se encuentren firmados siquiera por el legítimo representante de las sociedades a nombre de las cuales se emitieron. El hecho de haber entregado esos documentos, contrario a lo sostenido por la apelante, no hace que se tengan por ciertas las sumas líquidas que indican las facturas elaboradas por la acreedora, pero no suscritas por las presuntas deudoras. No existe, por ende, ningún título ejecutivo o un documento privado, suscrito por las deudoras, que puedan dar pie a la apertura de una ejecución colectiva. Solamente si los documentos aportados son idóneos, en el sentido de incorporar en ellos las obligaciones y estar legalmente emitidos por el presunto deudor, podría entrarse a verificar si se cumplen los presupuestos objetivo y subjetivo atinentes a la declaratoria de quiebra, mediante la apertura del proceso. El problema es, entonces, de legitimación para accionar en este tipo especial de proceso de ejecución colectiva, la cual no se acredita porque, se reitera, no se presenta un título idóneo -ya que no hay facturas originales legalmente emitidas que contengan las obligaciones reclamadas- y los documentos presentados que sí están firmados, son tan solo aquellos en los cuales alguien recibió los documentos que pretende cobrar la parte actora, pero dichos recibos no contienen las obligaciones y ni siquiera consta que estén firmados precisamente por los representantes de las sociedades deudoras".

[136] T. II C. S. II N° 365 del 10-09-2015 "En cuanto a la certificación de Contador Público tampoco es idónea, porque, en primer lugar, no es título ejecutivo, pues solamente tienen tal carácter las emitidas en virtud de contratos de cuenta corriente, en los términos del artículo 611 del Código

Seguros: a) Primas o renovación de seguros no cubiertos por el asegurado -Arts. 37 Ley Reguladora del Contrato de Seguros, Ley 8956 del 17-06-2011-, b) Multas y sanciones que imponga la Superintendencia General de Seguros -arts. 41, 43 y 53 Ley 8653 del 22-07-2008 Ley de Reforma al Mercado de Seguros-.

Contratos con garantía no inscritos: Prenda sin inscribir e hipoteca sin inscribir -art. 111.2.6 NCPC-.

Cobro de servicios públicos: Entre otros: a) Certificación expedida por el jefe del departamento de contabilidad del Instituto Costarricense de Electricidad por deudas pendientes por servicio de telefonía móvil, fija o por servicios de electricidad -art. 21 Decreto Ley N°. 449 de 8 de abril de 1949, adicionado por ley N° 3226 del 28 de octubre de 1963-, b) Certificaciones de los contadores, auditores municipales o funcionario autorizado por deudas por impuestos municipales, salvo el de bienes inmuebles o de otros impuestos sobre inmuebles que corresponde a un proceso hipotecario, c- contribuciones o tasas municipales, por ejemplo: patentes y licencias municipales, servicios

---

de Comercio; y, en segundo lugar, porque pese a que las certificaciones de contadores públicos puedan considerarse, en lo que corresponda, documentos emitidos con fe pública, la adjuntada no demuestra la existencia o no de un crédito. Cabe recordar que el Código de Comercio dispone que los libros contables de una sociedad prueban en contra de su dueño (artículo 267), pero no son prueba idónea en cuanto le beneficie. La certificación aportada únicamente da fe pública de la presencia de una cuenta de la sociedad accionada, que incluye las facturas aquí invocadas, en el sistema informático de la propia empresa actora. Es decir, solo da fe de lo que dice la propia contabilidad de la actora, lo cual no puede beneficiarla conforme al numeral 267 citado. Si bien el artículo 7°, inciso a), de la Ley de Creación del Colegio de Contadores Públicos les confiere a dichos profesionales la facultad certificadora, con carácter de documento público según el numeral 8° ibídem, el Reglamento a dicha Ley, en su artículo 17, indica: "El Contador Público Autorizado deberá hacer constar claramente en los documentos que expida, mediante "razones limitativas", el alcance del examen realizado que determinará su grado de responsabilidad profesional. El alcance podrá referirse al contenido, bondad, exactitud, extensión y otras características de los documentos sobre los cuales esté dictaminado.". No efectuó el CPA…ninguna referencia a la bondad y exactitud de lo que el sistema informático indica, ni si dicha cuenta encuentra respaldo en documentación fehaciente que la respalde. Simplemente afirma que los datos fueron suministrados por la propia accionante y solo los cotejó, sin que hiciera una verificación o constatación técnica que permitiera certificar ampliamente conforme al citado numeral 17 del Reglamento. La fe pública se limita, por ende, a indicar que el sistema informático contable de la sociedad actora tiene una cuenta supuestamente a cargo de la accionada, lo cual no tiene valor legal para probar en su beneficio, los datos relativos a las facturas. No abarca la certificación una constatación de la veracidad de tal crédito, corroborando con otros elementos su validez y eficacia. Por ende, con la certificación aportada no se acredita la existencia de los créditos que eventualmente pudieran estar amparados en la letra de cambio presentada".
Ver en igual sentido: T. II C. S. II N° 203 del 05-08-1997.

urbanos, limpieza de vías públicas, recolección de basura, mantenimiento de parques. Art. 71 del Código Municipal, d) Certificaciones expedidas por Acueductos y Alcantarillados: Deudas derivadas de servicios. Art. 5 de la Ley 6622 -Ley Constitutiva del ICAA-

Impuestos: a) Certificaciones de Tributación Directa por deudas de carácter público o privado sobre impuestos, tasas, contribuciones fiscales, rentas por arrendamiento de bienes del Poder Central y créditos a favor de este -Art. 169 y 192 Código de Normas y Procedimientos Tributarios, reformado por Ley 9416 del 2016-, b) Certificaciones del Instituto Costarricense de Turismo por el impuesto de 3% sobre hospedaje adeudado -Art. 13 de la Ley 4813 para la Recaudación del Impuesto de Hospedaje-, c) Certificaciones de la Oficina de Arroz: Impuesto del 0.5% sobre el arroz entregado al beneficiador -Arts. 24 y 27 de Ley 7014 de Oficina del Arroz-, d- Certificaciones del Instituto Mixto de Ayuda Social expedidas por el la Dirección y Administrativa y Financiera por no pago del impuesto del 30% establecido para moteles, hoteles sin registro, casa de alojamiento ocasional, además de contribuciones adeudadas del 0.5% que corresponde a los patrones privados e instituciones autónomas que no dependan del presupuesto del Estado -Arts. 14,16 y 3 1 de la Ley 4760, reformada por las leyes 5586 y 6443-.

Créditos a favor del Estado o de sus instituciones: a) Documentos de JAPDEVA, facturas y cuentas certificadas por el Auditor de la Institución: Saldos de créditos sin cancelar a favor de la institución -Art. 44 de la Ley 5337, b) Certificación sobre detalles impagos en materia de caminos públicos: Deudas provenientes de detalles por caminos vecinales y sus recargos -Art. 16 de la Ley 5060 General de Caminos Públicos-, c) Resoluciones de la Contraloría General de la República: Resoluciones de saldos de crédito a favor del Estado -Art. 149 de la Ley 6727 General de Administración Pública-, d) Certificación por servicio de Defensor Público: Cuando un imputado solvente solicita los servicios de un defensor público y se niega luego a pagar los honorarios al Poder Judicial -Arts. 152 y 153 de la LOPJ N° 7333-, e- Certificaciones expedidas por el Jefe del Departamento Financiero del Instituto Nacional de Aprendizaje: Contribuciones que no sean pagadas por ejemplo legados, donaciones y herencias que se acepten. Arts. 16 de la Ley 6861 Orgánica del Instituto Nacional de Aprendizaje-, f) Certificaciones del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo: Adeudos de préstamos y créditos que existan con la institución. Arts. 44 de la Ley 1788 -Ley del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo-, g) Certificaciones que emita la Tesorería del Inder, "en que consten obligaciones a cargo de personas naturales o jurídicas por concepto de impuestos, tasas, precios, cánones, amortizaciones, intereses, créditos o

cualquier otro tipo de ingresos o deudas a favor del Inder" -Arts. 17 Ley 6735 Ley del Instituto de Desarrollo Agrario, hoy INDER, reformada por Ley 9036 del 11-05-2012-, h) Certificación emitida por el Director o Subdirector de la Dirección General de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares: Sumas dejadas de percibir por el fondo o que la dirección haya tenido que girar indebidamente, consideradas como daños -Art. 11 de la Ley 5662-, i) Cobro de sanciones económicas -multas- impuestas en procedimientos administrativos por la Comisión del Consumidor o Comisión para la Promoción de la Competencia -Coprocom) -art. 28 Ley 7472 reformada por Ley 9078 del 20-12-2012-, j) Cobro de impuestos a los moteles y lugares afines -art. 13 Ley 9326 del 19-10-2015-, k) Las multas económicas que imponga el Comité Ético Científico o del Consejo Nacional de la Investigación en Salud -art. 75 Ley 9234 Ley Regulador de Investigación Biomédica-, l) Cobro de multas e infracciones de tránsito y el cobro de prestaciones que realice la CCSS como consecuencia de accidentes de tránsito no cubiertos por los seguros respectivos -art. 198 y 71 Ley de Tránsito por vías públicas 9078-, m) Los propietarios o encargados de animales estarán en la obligación de combatir, por su cuenta, las plagas o enfermedades declaradas de combate particular obligatorio. Si no lo hacen, el Senasa lo hará por cuenta de ellos y el comprobante de egresos que emita el Senasa constituirá título ejecutivo -art. 43 de la Ley general de Servicio Nacional de Salud Animal, N.º 8495, de 6 de abril de 2006, reformado por Ley 8823 del 05-05-2010, n) Certificación por cualquier giro indebido realizado por el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares -Fodesaf) -art. 11 de la Ley N° 5662 Ley de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, reformado por Ley 8783 del 13-10-2009, o) Sanciones y multas en materia migratoria -art. 197 Ley 8764 del 19-08-2009-, p) La "certificación que emita la Junta de Pensiones del Magisterio Nacional, donde consten las deudas a favor del Fondo de Pensiones, tendrá carácter de título ejecutivo, excepto en los casos en que la Junta haya omitido o atrasado el envío de las planillas correspondientes o las haya enviado defectuosas al Ministerio de Hacienda" -art. 15 Ley 7531 de 1995, reformado por Ley 8721 del 18-03-2009-, q) Los "cánones adeudados a la Autoridad Reguladora, así como los montos de las multas, debidamente certificados por el regulador general, constituirán título ejecutivo y, en el proceso judicial correspondiente, solo podrán oponerse las excepciones de pago o prescripción. Dichos montos pasarán a formar parte del presupuesto de la Autoridad Reguladora" -Aresep, art. 40 Ley 7593 reformada por Ley 8660 del 08-08-2008-.

Deudas con instituciones del Sistema Bancario Nacional: a) Certificación de la Auditoria General de Entidades Generales, cobro de multas

a empresas que utilizaron la palabra "banco" sin serlo -Art. 7 Ley 1664 Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional-, b) Fotocopia de documento original en que conste la obligación debidamente certificada por la gerencia por no pago de cuotas de préstamos en el plazo establecido. Ley 1664 -Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional[137]-, c) Certificación de la Superintendencia General de Valores del costo de las publicaciones para recuperación: Cuando los emisores de valores y cualquier otra entidad, no comunicaron de inmediato al público por medios razonables cualquier hecho o información que a criterio de la superintendencia hubieren sido relevantes. Art. 150 de la Ley 2879 -Ley del Mercado de Valores-

Deudas originadas por servicios de educación estatal: a) Certificaciones del Instituto Tecnológico de Costa Rica: Saldos adeudados por estudiantes de la institución, además de cobro de créditos sin cancelar a favor de las sociedades en las que participa la universidad, b) Contrato de crédito suscrito con el Consejo Nacional de Préstamos para la Educación por saldos de créditos relacionados con los contratos de estudio que suscribe los estudiantes con esta institución. Art. 24 de la Ley 6041.

Cargas sociales: a) Certificación de la CCSS[138] expedida por la jefatura

---

[137] T. II C. S. II N° 301 07-11-1997 "no es posible decretar una quiebra con base en simples certificaciones de documentos, sino que deben aportarse los originales. Únicamente los casos exceptuados por ley, como los bancos del Sistema Bancario Nacional, están autorizados para aportar certificaciones) Artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional"

[138] S. II Corte N°0559 del 12-09-2001 "Ahora bien, el numeral 860 del Código de Comercio establece, como requisito de admisibilidad, que el acreedor que promueva la quiebra de su deudor debe aportar un título al cual la ley le otorgue el carácter de ejecutivo; ahora bien, la Ley N° 2765, en su reforma al artículo 53, indicaba que la certificación emitida por el Jefe de Contabilidad de la Caja, sobre sumas debidas a ésta, constituye tal título ejecutivo. Así las cosas, al momento en que fue iniciado el proceso de quiebra de "E…", la promovente cumplió con aportar el documento -título ejecutivo- emanado del Jefe de Contabilidad de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el cual se certifican las sumas adeudadas por la empresa supracitada –folio 4, del expediente principal-. El recurrente alega que, dicho documento, no constituye título ejecutivo, debido a que, la reforma introducida al numeral 53, por la Ley de Protección al Trabajador, establece como requisito que, la resolución de la que emane la certificación, debe estar firme en sede administrativa. Este requisito de ejecutividad no es aplicable al caso que nos ocupa, puesto que, al momento en el cual se promovió este proceso, no se encontraba en vigencia la reforma al numeral 53, introducida por la Ley de Protección al Trabajador; por lo que, intentar que se exija tal requisito, atentaría contra el principio de seguridad jurídica, al otorgarle carácter retroactivo a una norma que no era parte del ordenamiento jurídico, al momento en que, la actora, formuló este proceso. Máxime si consideramos que, dicha Ley de Protección al Trabajador, en su Transitorio XVIII, establece que ley rige a partir de su publicación; esto es, a partir del 18 de febrero del año 2000. Debe quedar

de Cobro Administrativo o de la sucursal competente de la institución, cualquiera que sea la naturaleza de la deuda. En su mayoría cobro de cuotas obrero-patronales y de la Ley de Protección al Trabajador, o certificaciones por atención médica. Art. 53 de la Ley 17 -Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social-, b) Certificación expedida contra el patrono por parte del INS sobre riesgos del trabajo: Cobro de suma adeudada por parte del patrono, cuando un trabajador, no asegurado, sufre un riesgo y acude al Instituto para rehabilitación -Art. 232 del Código de Trabajo-, c) Certificaciones del Banco Popular expedida por el Jefe del Departamento de Inspección -Art. 13 Ley 435 Ley del Banco Popular-, d) Certificaciones del INA, CCSS, BPDC, IMAS -excepto de impuesto de moteles-, por seguridad social -leyes citadas-

Prenda aduanera: La "certificación del adeudo y cualquier otra cantidad exigible, extendida por la autoridad superior del servicio aduanero, constituirá título ejecutivo para ejercer cualquiera de las acciones y procedimientos correspondientes" -art. 57 Código Aduanero Uniforme Centroamericano, reformado por Ley 8881 del 04-11-2010[139].

Saldo en descubierto de ejecuciones extrajudiciales: a) Certificación extendida por Notario Público sobre saldos de remate en almacenes de depósito: Art. 33 de la Ley 5, b) Certificados de inversión, bonos y sus cupones de interés de emisores que no cancelaron el título valor correspondiente en el plazo fijado. Art. 17 de la Ley 2879 -Ley del Mercado de Valores-.; c) El previsto en el art. 72 h- de la Ley de Garantías Mobiliarias "De quedar un saldo en descubierto" en la ejecución de una garantía mobiliaria.

---

claro que, las certificaciones donde consten las obligaciones por el pago de planillas, a favor de la Caja, desde su creación, han sido y son títulos ejecutivos".

[139] S. II Corte N°0211 del 12-07-1996 Así se reconoce, también doctrinariamente: "Salvo los casos de la prenda constituida en virtud de ley (la llamada prenda legal...), el derecho (real) de prenda -que tiene por objeto solamente bienes muebles (no-registrados)- surge, de ordinario, a base de un contrato, llamado, igualmente, de prenda, que se constituye entre el acreedor (llamado entonces acreedor pignoraticio) y el propietario del bien dado en prenda (o sea, dador de la prenda)." (MESSINEO, opág. cit., pág. 83). En el caso que nos ocupa, para efectos de acreditar la existencia del gravamen real, que asegura dicha obligación tributaria, sobre los bienes que resulten especificados válidamente, carece de toda importancia proceder a determinar si, los representantes de la persona moral, que suscribieron los ciento sesenta y siete documentos ("títulos de prenda aduanera"), presentados como prueba de la existencia de la garantía prendaria, en favor del Estado, tenían o no poder suficiente, para pignorar bienes de la fallida; toda vez que, dicho gravamen también nació a la vida jurídica por disposición legal expresa y en el mismo momento en que se produjo el hecho generador de la obligación tributaria. De manera entonces que, tanto el retiro de las mercancías como la firma del documento representativo del gravamen (a esto se hará referencia posteriormente), son actos de mera administración y, para realizarlos, es suficiente un mandato en ese sentido.-

Documento privado sin fuerza ejecutiva: Contrario a lo establecido en el 502 CPCD, que ya había sido derogado por la LCJ en ese sentido, el NCPC unifica el procedimiento, sin importar si el título que sirve de base es o no ejecutivo, por lo que puede ser un documento privado, sin el carácter de título ejecutivo, el que sirve de base, así lo señala el art. 110.1.1 "El cobro de obligaciones dinerarias líquidas y exigibles, fundadas en documentos públicos o privados, con fuerza ejecutiva o sin ella".

Documentos privados sin fuerza ejecutiva: La deuda puede estar contenida en un documento sin fuerza ejecutiva, con tal que el documento sea original y esté firmado. Dice el art. 860 "Un documento privado que no tenga carácter de título ejecutivo servirá, sin embargo, de base a una declaratoria de quiebra, cuando a juicio del Juez la firma o firmas del obligado fueren auténticas[140]", norma que se adelantó a su época, pues hoy el CPC también le da el carácter de título ejecutivo, para efectos de un proceso monitorio a aquel "documento…original, copia firmada…en el que aparezca como indubitable quién es el deudor mediante su firma o cualquier otra señal equivalente" -art. 111.1 CPC-.

l.- El victorioso de un arbitraje, sentencia o conciliación

Un acreedor favorecido con resolución firme, laudo o acuerdo homologado judicialmente, que contenga obligaciones dinerarias exigibles, solo podrá gestionar la declaratoria de concurso en las mismas condiciones

---

[140] T. II C. S. I N° 257 del 24-07-2014 "Por otro lado, es cierto que, conforme el numeral 860 del Código de Comercio, el título con base en el cual se solicita la quiebra, puede no ser ejecutivo, no obstante, omite indicar, que esto es posible, siempre y cuando, a juicio del Juez la firma o firmas del obligado fueren auténticas".

T. II C. S. II N°024 del 22-01-2010 "V.- Este Tribunal siempre ha tenido claro que la declaratoria de quiebra puede tener fundamento en un título ejecutivo o bien en uno que no tenga ese carácter, que incluso puede ser privado, pero esto último en el tanto en que a juicio del juez la firma o firmas del obligado fueren auténticas, pero sin dejar de lado que cualquiera de esos títulos debe contener una obligación dineraria que sea líquida y exigible (artículos 852 y 860 del Código de Comercio). Al respecto pueden consultarse, entre otras, las resoluciones números 125 de 1997, 446 del 2001 y 226 del 2002".

T. II C. S. II N° 106 del 25-03-2010 III. "En cuanto al título aportado como base de la solicitud de quiebra, carece de importancia determinar la ejecutividad del mismo, desde que ello no tiene transcendencia práctica, toda vez que el artículo 860 del Código de Comercio establece que también puede servir de base para ese propósito "un documento privado que no tenga carácter de título ejecutivo". En todo caso, cabe anotar que el documento aportado es de mejor linaje que el título ejecutivo, puesto que se trata de una ejecutoria que establece la existencia de una obligación líquida y exigible, es decir, en el proceso del que proviene ya se superó la fase de conocimiento, de manera que el acreedor podría iniciar la fase de ejecución. (En igual sentido ver de este Tribunal y Sección, resoluciones 401-09 y 24-10).

dispuestas para los demás acreedores, cuando demuestre que concurre alguno de los hechos que hace presumir la insuficiencia patrimonial. Esas condiciones son las del art. 5.2 LC "Procederá la apertura del concurso con respecto a un deudor que se encuentre en una crisis patrimonial, general y no transitoria, que le impida satisfacer puntualmente sus obligaciones dinerarias. También procederá cuando sea inminente su insuficiencia patrimonial" con las presunciones que de seguido enumera ese artículo.

m.- Solicitud por acreedor real. Requisitos

En nuestro ordenamiento jurídico las garantías reales siempre han gozado de una especial protección y privilegios, en la ley concursal se ha mantenido esa regla histórica, por lo que si bien estos pueden pedir la apertura de un concurso, la ley les impone a los "acreedores con garantías prendarias, hipotecarias, mobiliarias, reales o equiparables, solo podrán solicitar la apertura del concurso si renuncian a su privilegio o cuando los bienes que respondan por la obligación hayan resultado insuficientes para satisfacer la totalidad del crédito, incluido el desmejoramiento de las garantías debidamente acreditado".

Se trata de tres supuestos: a) Si renuncian a su privilegio real, b) Cuando hubiese ejecutado o rematado la garantía los bienes y el crédito obtenido fue insuficiente, c) Cuando se haya desmejorado la garantía real, lo que hace inviable su ejecución. Estas condiciones deben demostrarse con prueba idónea y útil a tales fines -art. 41.1 CPC-.

5.- LEGITIMACIÓN DE ENTES PÚBLICOS DE SUPERVISIÓN O REGULACIÓN

Vimos que conforme el art. 12.4 LC "Las entidades públicas que legalmente ejerzan la supervisión o regulación de actividades de empresarios susceptibles de ser sometidas a concurso".

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

6.- DEMANDA DEFECTUOSA

El art. 14.4 LC reitera la figura de la demanda defectuosa del art. 13.8 LC, de manera que, si la demanda concursal del acreedor no cumple los requisitos legales, el tribunal puntualizará todos los defectos de una vez y ordenará su corrección en el plazo de cinco días. Si la prevención no se cumple, se declarará su inadmisibilidad. No obstante, por única vez, se podrá hacer

una segunda prevención en casos excepcionales, cuando haya sido evidente la intención de subsanar los defectos señalados en el plazo conferido.

La demanda concursal defectuosa es la figura procesal según la cual, cuando una demanda civil no cumple los requisitos taxativos formales, establecidos para un tipo de proceso, el juez debe prevenir al demandante su corrección, para que se ajuste a aquellos requisitos omitidos.

a.- Prevención expresa

Reiteración de la regla de los procesos civiles -art. 35.4 CPC- si la solicitud concursal formulada por el deudor no cumple los requisitos legales, el tribunal puntualizará todos los defectos de una vez y ordenará su corrección en el plazo de cinco días. Si la prevención no se cumple, se declarará la inadmisibilidad de la solicitud -art. 13.8 LC y 35.4 CPC.

En el proceso las interpretaciones sobre las normas deben ser flexibles, amplias, anti formalistas, simples; principios que contrasta con el calvario que en muchas ocasiones se construye alrededor del proceso, transformándolo en una muralla infranqueable, que más rígido, costoso y lento, aparece plagado de estar con más dificultades. Esas deficiencias derivan en muchas ocasiones de la propia norma, mientras que, en otras, no son más que el producto del criterio y la drástica interpretación de quién es la aplican, con violación fragante, en ambos casos, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva -art. 41 de la Constitución política, 3.3 y 24 CPC, sobre el carácter instrumental del proceso y la proscripción de las formalidades procesales.

Como se trata de una sanción procesal que se antepone al derecho de acceso a la justicia y que, interpretado contra-actione originaría verdaderas indefensiones e infracción al debido proceso y al derecho de acceso a la justicia, opera aquí el denominado principio pro actione. Según este, todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de justicia y no como obstáculos para alcanzarla.

Los requisitos, condiciones o cargar para el ejercicio de la acción o el derecho de defensa deben ser interpretados de manera amplia y no restrictiva, permitiendo su ejercicio en forma ventajosa a la acción -pro actione- y al derecho de defensa, pues existe "una obligación positiva del Estado de interpretar y aplicar las leyes -en especial, las leyes procesales- de la manera más favorable posible para la efectiva iniciación del proceso[141]"

Además, en virtud del principio pro sentencia, el juez deberá tener en mente y como objetivo que su principal deber es dictar sentencia de fondo y ante el dilema de no impulsar o darle celeridad al proceso o no dictar sentencia

[141] Díez Picazo Luis. Sistema de derechos fundamentales, 3ª edic., Madrid, 2008, pág. 429.

de fondo –estimatoria o desestimatoria- por temas formales el juez debe optar por resolver el conflicto, en aplicación del principio pro sentencia que enuncia el art. 3.4. LC "…actuar con la mayor celeridad posible, impulsar el proceso hasta su conclusión y el art. 2.5 CPC y el de tutela judicial efectiva, que tienen claro raigambre constitucional.

Por lo anterior, en las prevenciones que haga el juez y en el rechazo de la demanda por defectuosa o informal –inadmisible-, debe tenerse presente que el proceso tiene como objetivo principal alcanzar un pronunciamiento de la pretensión de fondo y por eso debe procurar la flexibilidad y el informalismo en todos aquellos aspectos que, por ser subsanables, no afectan de manera grave la finalidad del acto procesal o el derecho a una defensa adecuada para quienes en él intervienen.

b.- Segunda prevención

Siguiendo lo que ya había anticipado el art. 35.4 CPC, establece el art. 13.8 LC que, si se había hecho una primera prevención, que el promovente haya intentado cumplir, pero no cumplió, por confusión o falta de claridad en la prevención, el tribunal "por única vez, se podrá hacer una segunda prevención en casos excepcionales, cuando haya sido evidente la intención de subsanar los defectos señalados en el plazo conferido". La norma exige que sea evidente la intención de subsanar, es decir, no incumplió del todo una de las prevenciones realizadas o que del todo no cumplió la prevención.

7.- DEMANDA IMPROPONIBLE EN LA LC Y EL CPC

Aunque ya admitido en la jurisprudencia de los tribunales de apelación en materia concursal aplicando supletoriamente el art. 35.5 CPC, la LC introduce, expresamente, para los procesos concursales, la figura de la demanda improponible en el art. 14.5 LC, aunque ya la jurisprudencia concursal la había admitido, aplicando el CPC.

a.- Definición

La improponibilidad, es una figura procesal que permite al tribunal el rechazo in limine, de una demanda, al inicio o en el umbral del proceso "al inicio -o en cualquier estado del proceso", dice el art. 35.5. CPC -, sin necesidad de celebrar audiencias o evacuar pruebas, por concurrir algún motivo objetivo y expresamente previsto en el ordenamiento, y sin necesidad de avanzar en el proceso, decisión que, al igual que una sentencia de fondo, produce los efectos de cosa juzgada. Aunque hablemos de rechazo in limine la figura no pretende el rechazo de plano de una demanda[142], algo que no está permitido en el

[142] Sobre la figura rechazo in limine de la demanda, Maurino Alberto. La demanda civil, pág. 131.

ordenamiento, con esta figura la forma de rechazo inicial es mediante la improponibilidad, por alguna de las causas legales, no su rechazo en puertas.

b.- Causales del CPC al que remite la norma

El art. 14.5 LC consagra dos causales de improponibilidad de demanda concursal: a) Los supuestos que establezca la legislación procesal civil, mediante sentencia anticipada, b) Las causales propias de la Ley Concursal.

Las causales de improponibilidad del art. 35.5 del CPC son:

i.- El objeto o la pretensión sean evidentemente contrarios al ordenamiento, imposibles, absurdos o carentes de interés

Una demanda abusiva, que sea contraria al ordenamiento jurídico, no debe poner en funcionamiento todo el sistema procesal, si al final, precisamente por ser contraria al ordenamiento o al orden público, nunca va a ser estimatoria. Se trata de supuestos en donde la demanda es abiertamente contraria a una norma jurídica, que prevé o soluciona el conflicto de una forma diversa o que atenta contra el ordenamiento.

El objeto o pretensión imposible, se refiere a lo improbable, a lo inadmisible jurídicamente. Se trata de una pretensión inverosímil porque es jurídicamente inaceptable. La pretensión absurda es aquella carente de toda lógica razonable, por ser ridícula, risible, ilógica, irracional, inconsecuente e irrazonable. Lo de carentes de interés, es por ser irrelevante, inútil, sin ningún provecho o rendimiento porque no tiene ninguna utilidad o importancia jurídica práctica o económica.

ii.- Se ejercite en fraude procesal o con abuso del proceso

Conforme al artículo 2.3 CPC el tribunal deberá prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso, impidiendo el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita. Conforme a los artículos 4.2, 5.4 y 6 CPC esos supuestos, que facultan al rechazo in limine de la demanda, por abuso del o fraude procesal, serían: a) cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, b) la mala fe, c) la falta lealtad o probidad, d) temeridad, e) abuso en el ejercicio de los derechos procesales, y f) uso de un proceso para obtener un móvil prohibido por la ley –ver además art. 22 CCi sobre el genérico abuso del derecho-.

iii.- Exista caducidad

La defensa de caducidad extingue el derecho y por ello puede ser considerada de oficio, haciendo improponible la demanda. Acaecido un término de caducidad prevista por el ordenamiento, no se justifica que se ponga en movimiento todo el sistema procesal, si la parte por inercia no presentó en tiempo la demanda y si al final el resultado va a ser su rechazo, sin consideraciones de fondo, solo por haberse extinguido tal derecho.

iv.- Exista cosa juzgada

Cuando la pretensión ya fue objeto de pronunciamiento en un proceso anterior con autoridad de cosa juzgada, de modo que el nuevo proceso sea reiteración del anterior, el juez puede declarar de oficio, como veremos, la existencia de la cosa juzgada. Con la base constitucional del instituto, se justifica el que la cosa juzgada pueda ser declarada de oficio, si a ello sumamos que se trata de una garantía de rango constitucional, que impide el doble juzgamiento, o doble proceso por los mismos hechos, se justifica entonces que sea una causal de improponibilidad de demanda.

Si el victorioso de un proceso, es nuevamente demandado por un acto posterior, puede hacer uso, en sentido positivo, de la cosa juzgada o un nuevo proceso en contra de los nuevos actos base de la nueva demanda. Pero si la anterior demanda fue rechazada por el incumplimiento temporal de una presupuesto material o formal y la nueva no es reiteración de aquella, si no que se base en nuevos hechos, causa y fundamento, por ejp, que ahora sí está vencido la hipoteca o si es el demandante el acreedor, ahí no operará, como veremos un supuesto de cosa juzgada formal.

v.- Quien la propone carece de forma evidente de legitimación

La legitimación, conforme al artículo 21.1 CPC, es un presupuesto material o de fondo, que históricamente se examinaba en sentencia, la Comisión Redactora Original creyó conveniente incluirlo como uno de los supuestos de demanda improponible, cuando lógicamente fuere evidente su ausencia. Su fuente es la figura fins de nom recevoir del art. 122 del Código francés y en el 123.9 del CMPI, aunque como una excepción previa a resolver en la preliminar.

La norma se refiere a la legitimación activa, "quien demande", no a la pasiva. Y el límite, como indicamos es que quien plantea la demanda "carece de forma evidente de legitimación" –art. 35.5.5- que reitera lo enunciado en el encabezado del art. 35.5 CPC "manifiestamente improponible". Por supuesto que la causal puede ubicarse en del art. 35.9 "la falta de un presupuesto material o esencial de la pretensión", pero aquella es especial sobre genérica que contempla otros supuestos.

vi.- En proceso anterior fue renunciado el derecho

De acuerdo con el art. 53 CPC, la renuncia del derecho, que es una modalidad de terminación anticipada y extraordinaria del proceso, produce como efectos dar "por terminado el proceso" y el que no "podrá promover nuevo proceso por la misma causa u objeto". Es decir, la renuncia del derecho produce los efectos de cosa juzgada, razón por la cual, al no poderse plantear

una demanda, que tenga el mismo objeto y causa, se faculta a su rechazo in limine del nuevo proceso, por demanda improponible.

vii.- El derecho hubiera sido conciliado o transado con anterioridad

En estos supuestos, es el mismo fenómeno que el anterior. Tanto la conciliación judicial como extrajudicial, así como la cosa juzgada, por disposición de los artículos 51 CPC y 9 Ley Rac –para la conciliación-, 52 y 1385 CCi. -para la transacción-, produce efectos de cosa juzgada, por lo que resulta improponible la demanda que pretenda reiniciar un proceso conciliado o transado.

viii.- El proceso se refiera a nulidades procesales que han debido alegarse en el proceso donde se causaron

De acuerdo con el artículo 33.3 CPC, siguiendo una jurisprudencia de casación de vieja data, "la nulidad –por actividad procesal defectuosa- solo podrá alegarse con posterioridad a la sentencia firme o a la conclusión del proceso, por vía incidental, cuando se sustente en una de las causales por las que es admisible la demanda de revisión, siempre que se trate de procesos en los que la revisión no proceda. Solo será admisible este incidente, si se planteara dentro de los tres meses posteriores al conocimiento de la causal, del momento en que debió conocerla o pudo hacerla valer la parte perjudicada". De la norma y la previsión del art. 33.2 se concluye que las nulidades procesales, por actividad defectuosa se deben alegar necesariamente dentro del proceso, de manera que no puede iniciarse un proceso con la única finalidad de anular un proceso anterior –aunque este solo produjo cosa juzgada formal-, lo que confirma la jurisprudencia reiterada de la Sala Primera de que las nulidades se alegan dentro del proceso en que se produjeron. Por esta razón, y como hemos señalado, la jurisprudencia reiterada en este sentido de la Sala Primera y avalada por la Sala Constitucional -S. Const. Nº 6325 del 19-07-2000-, la Comisión Redactora Original del CPC creyó conveniente introducir este como motivo de demanda improponible.

ix.- Sea evidente la falta de un presupuesto de la pretensión

Esta es otra novedad que introdujo la Comisión Redactora Original. La Comisión consideró, variando el criterio vigente, que no existe ningún impedimento para que un juez examine, ad initio, los presupuestos materiales de una demanda. Si la ley exige enunciar de manera concreta los hechos y el fundamento de derecho en el escrito de demanda, no existe ningún obstáculo para que de su simple lectura y de manera evidente, el juez pueda determinar si la demanda finalmente puede o no ser rechazada en el futuro. Se trata de la falta de presupuestos tan evidente, "manifiestamente improponible" como dice el 35.5 CPC, que no constituye un adelantamiento de criterio, sino de la

lectura de la demanda y la ley, solo que al inicio del proceso; esto no provoca ninguna indefensión ni violenta la tutela judicial efectiva, en tanto que es el legislador quien para una determinada pretensión ha fijado unos presupuestos materiales y el administrado debe ceñirse a tales presupuestos desde el inicio, pensamos ahora.

c.- Causales de improponibilidad de la LC

Por su parte, las causales previstas expresamente para procesos concursales, contenidas en el art. 14.6 sub incisos 1 al 3.

i.- La falta de legitimación concursal de quien demanda

De acuerdo con el art. 12.3.3 y .4 LC tienen legitimación para pedir el concurso: "3- Los acreedores del deudor o de los patrimonios autónomos. 4- Las entidades públicas que legalmente ejerzan la supervisión o regulación de actividades de empresarios susceptibles de ser sometidas a concurso".

La legitimación de los acreedores en los procesos concursales lo completa el art. 14.1 LC antes examinado, según el cual "Podrá gestionar el concurso, el acreedor que presente un título legalmente válido de cualquier naturaleza en el que conste una obligación dineraria a cargo del demandado, sin que necesariamente esté vencida" y 14.1 in fine para el caso de los acreedores reales.

Además, en cuanto a la legitimación si se presenta un título ejecutivo, la firma del deudor o su representante legal será indispensable únicamente cuando la ley lo exija.

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

Finalmente, en cuanto a la legitimación, para los acreedores con garantías reales, debe tenerse presente el art. 14.1 in fine LC, en el sentido de que solo "podrán solicitar la apertura del concurso si renuncian a su privilegio o cuando los bienes que respondan por la obligación hayan resultado insuficientes para satisfacer la totalidad del crédito, incluido el desmejoramiento de las garantías debidamente acreditado".

ii.- Que no se configuran los presupuestos objetivos o subjetivos concursales

Esta causal está referida a los presupuestos subjetivos y objetivos, contemplados en el art. 4 LC y art. 5 que se refiere a los sujetos susceptibles de concurso y de insuficiencia patrimonial. Si la solicitud incumple alguno de esos presupuestos, ya examinados, estaremos en un supuesto de demanda improponible. Así, por ejemplo, si no es una persona privada contra la que se

solicita el concurso, estaremos ante una demanda improponible. También, si no se cumple con los presupuestos objetivos de insuficiencia patrimonial del art. 5 LC y las condiciones que esto impone estaremos ante también ante una demanda contractual.

iii.- Que el deudor carece de pluralidad de acreedores

El tercero supuesto de improponibilidad de la demanda concursal se da cuando "el deudor o el patrimonio autónomo que se pretendan concursar, carecen de pluralidad de acreedores", debe recordarse que conforme con el art. 5.2.2. LC para que la procedencia de un proceso concursal el deudor "ha dejado de cumplir dos o más obligaciones vencidas en perjuicio de acreedores distintos, sin que se evidencien bienes suficientes para responder por su pago".

DEFENSA Y OPOSICIÓN DEL DEUDOR A LA DEMANDA CONCURSAL DEL ACREEDOR

Dr. Sergio Artavia Barrantes

1.- LA SOLUCIÓN NORMATIVA A UNA LAGUNA HISTÓRICA

El art. 14.6 LC resuelve una laguna existente en el ordenamiento derogado, cuando un acreedor solicitaba un proceso concursal -quiebra o concurso civil-, al establecer expresamente el trámite de la audiencia o emplazamiento al deudor, de la solicitud de apertura del concurso de acreedores de su deudor. El trámite de audiencia y oposición sí estaba prevista en la intervención judicial[143], no así en el convenio preventivo que ni siquiera era claro si podía ser solicitado por el acreedor del deudor en crisis, por lo que no se previó el trámite de oposición.

En efecto, sobre seria omisión en la solicitud de concurso civil o de quiebra por el acreedor, habíamos manifestado que no existe un "proceso debido" que garantice el "debido proceso" al deudor demandado, en un proceso concursal, el procedimiento creado lo ha sido vía jurisprudencial. De hecho, no existe formalmente emplazamiento en la fase inicial de los concursos -antes de la LC-. Entonces, ¿Cuál es el fundamento de esa oposición? Aunque no existe formalmente emplazamiento, si hay oposición o "ante quiebra" en la denominación argentina.

Quiere señalar que no se habilita un procedimiento de conocimiento pleno, con etapa de actos de proposición inicial, amplitud probatoria, de alegaciones y de audiencias, sino un procedimiento abreviado denominado "instrucción prefalencial". Por ello se ha podido decir que en el régimen de la ley de concursos no existe un juicio de antequiebra sino una mera instrucción prefalencial, con la posibilidad de que posteriormente el deudor impugne, mediante el recurso de revocatoria, la existencia de los presupuestos sustanciales de la quiebra ya declarada. Todas estas subetapas constituyen la denominada "instrucción prefalencial". Se trata de una actividad jurisdiccional puesto que debe concluir con un decisorio que rechaza la demanda de quiebra (declaración de inexistencia de los presupuestos de la quiebra) o, en su caso, con la sentencia de quiebra (declarativa-constitutiva), que determina la creación de un nuevo estado jurídico de fallido[144].

---

[143] Artavia Sergio. La administración y …, pág. 145.

[144] Baracat E.-Micelli M. Declaración de quiebra..., pág. 73.

Al respecto, Fernández acotaba: "No creemos que deba establecerse para el concurso a instancia de los acreedores, un procedimiento de antequiebra de carácter contradictorio, con amplitud de defensas y de pruebas, porque ello desnaturalizaría el instituto, quitándole su carácter sui géneris de juicio que afecta a la vez al interés privado y al interés público, y sobre todo, anulando la rapidez, que es esencial para evitar que el deudor de mala fe pueda, en conocimiento de la acción instaurada y disponiendo de tiempo suficiente, hacer desaparecer los restos de su activo"[145].

Lo que sí contiene esta etapa preliminar es un bosquejo de contradictorio. A la petición de quiebra le sucede el descargo del deudor y, luego de oído otra vez el acreedor, el juez debe resolver rechazando o declarando la quiebra, de tal fortuna que se concreta un ensayo de controversia, a similitud de lo que exhibe un procedimiento moldeado bajo el sistema monitorio.

Esta omisión del legislador ya había sido advertido en los 70´s[146], que luego llevó a la Sala Segunda[147] a afirmar que:

> "según lo dispuesto por los artículos 760 y siguientes de dicho Código, aplicables a la quiebra en lo que no esté dispuesto en el Código de Comercio (artículo 818 del citado Código Procesal) la declaratoria, ya sea de concurso civil o de quiebra, se hace sin que medie una fase previa de conocimiento, sino que únicamente se realiza un requerimiento y las averiguaciones necesarias a los efectos de constatar la existencia o la verdad de los presupuestos necesarios para una u otra declaratoria".

Todo proceso jurisdiccional, para ser considerado como tal, debe garantizar el principio del contradictorio y la oportunidad de defensa. Es tan elemental tales garantías que la ausencia de un contradictorio en un proceso haría dudar si se trata de un proceso, en el concepto de nuestra ciencia procesal moderna. Solo Dios puede condenar sin proceso. Y no puede haber condena en un proceso "inaudita altera pars[148]" Eso sumado al hecho del abuso procesal que se puede dar con la figura, pues el acreedor inescrupuloso podría utilizar de manera abusiva, extorsiva y de mala fe[149], esa vía directa y no de la ejecución

---

[145] Fernández. Fundamentos…, pág. 577, N° 241.Citado por Baracat–Micelli, Declaración de quiebra, pág. 73.

[146] La referencia histórica a las primeras resoluciones en Vargas Francisco Luis. Contribución…, pág. 156.

[147] S. II C. Nº 00781 del 12-10-2007. Ver en igual sentido: S. II Corte N° 0893 del 02-11-2005. T. II C. S. II N° 031 del 04-02-2010

[148] Moreno Honorato. Procedimiento de quiebra, Barcelona, 1999, pág. 114.

[149] T. II C. S. II N° 246 del 31-08-2011 "No escapa a este Tribunal que las normas deben interpretarse según la realidad social y económica del momento cuando se aplican. En el

individual, para lograr el pago, a pesar de que el deudor solo refleja una mora no relevante.

Entonces ¿Cuál es el proceso debido que se debe seguir para garantizar el debido proceso del deudor que es requerido de quiebra? Fue el ingenio de la jurisprudencia que aplicando la previsión del art. 760 CPC "creó" ese procedimiento y así garantizar los principios de contradicción y defensa de que debe gozar todo proceso jurisdiccional que pretenda jactarse de tal -art. 2.1 CPC y 39 Constitucional-.

Cualquier proceso jurisdiccional debe cumplir con un catálogo mínimo de garantías, que se ha ido perfilando no solo a nivel constitucional, si no principalmente convencional, en especial por el art. 8 de la CIDH y una abundante jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional que perfiló esa lista de garantías constitucionales en los procesos. La quiebra no escapa de esas condiciones, máxime por las consecuencias gravosas que produce, de ahí que el aporte jurisprudencial en dotar al proceso de quiebra de un mecanismo de requerimiento, que sustituye al emplazamiento formal de los procesos de conocimientos, pero que cumple los mismos fines, permite al deudor no solo oponerse a la solicitud de quiebra, sino que le permite oponer excepciones materiales y generar así un verdadero contradictorio.

A partir de una jurisprudencia de los 70´s, que mantiene su vigencia, cuando es el acreedor el que solicita la quiebra de su deudor, el debido proceso se le garantiza al notificársele un requerimiento de pago a este donde además

---

contexto actual, la utilización indiscriminada de las solicitudes de quiebra, se pueden convertir en instrumento de coacción contra deudores, cuando en realidad los mecanismos de ejecución individual o la posibilidad de utilizar la vía de apremio dentro de los mismos procesos en los cuales se han dado condenatorias dinerarias, son en principio suficientes para tutelar los derechos de los acreedores. Han sido múltiples los esfuerzos jurisprudenciales para evitar que el proceso de quiebra se convierta en medio de presión injustificado, tales como el permitir que se aleguen defensas como las de pago y prescripción o se combatan los presupuestos subjetivos y objetivos necesarios para su declaratoria, procediéndose, además, al requerimiento de pago para evitar la declaratoria innecesaria de este tipo de ejecución colectiva, evitándose de esta forma los gravísimos perjuicios que ella acarrea.

T. II C. S. II N°024 del 22-01-2010 "… convertir la vía concursal en otro modo o forma de ejecución de la sentencia que obtuvo en la acción singular, distinta a la de la "Vía de apremio" contenida en el Capítulo II del Título I del Libro III del Código Procesal Civil, y de esa manera someter en forma injusta al deudor a dos procesos distintos a la misma vez y para el cobro de la misma deuda, con lo cual se estaría utilizando la quiebra como un medio de presión de pago, como el mismo recurrente reconoce que suele ocurrir, y ello debido a las graves consecuencias legales que una declaratoria de quiebra acarrean para el deudor, tanto de índole patrimonial como personal, abuso que no se puede permitir (doctrina del artículo 22 del Código Civil).
Ver en igual sentido: T. II C. S. II N° 248 del 31-08-2011; 401 de 2009; 24-2010 y 106-2010.

puede oponer excepciones materiales, procedimiento que la Sala Constitucional ha avalado[150].

Dicho requerimiento debe siempre cumplirse, bajo pena de nulidad si se omite, para que dentro del plazo de tres días, el deudor pague el total de lo requerido -capital e intereses-, que deriva del título de su acreencia -requerimiento y plazo contenido en el art. 760 CPC de 1989 sobre concurso civil, aplicable analógicamente para la quiebra[151]-. Ese plazo de 3 días sigue

[150] S. Const. N° 2209 del 10-05-1996. V.- En lo que se refiere al principio que garantiza el artículo 8.2 inciso ch) de la Convención Americana, esta Sala reiteradamente ha afirmado que éste se limita a reconocer el derecho a recurrir ante un tribunal superior, específicamente a favor del imputado, entendiéndose que se trata de un fallo condenatorio en una causa penal por delito (véanse entre otras, la sentencia número 0642-94). Además, debe señalarse que por tratarse en el caso bajo examen de intereses calificados, debe salvaguardarse la ejecutoriedad de las medidas cautelares, de suerte que sean ejecutivas a pesar de encontrarse la decisión en revisión ante una instancia superior, sin que con ello se entienda menoscabo alguno del derecho al debido proceso. Tampoco aprecia esta Sala que las normas impugnadas desmerezcan el derecho de defensa. En principio, la declaratoria de apertura concursal no es intempestiva, toda vez que el concursado ha tenido ocasión de conocer del inicio de las diligencias desde que es requerido para que honre sus deudas y al momento de dársele audiencia sobre las averiguaciones previas que el tribunal haya estimado oportuno ordenar. Dichas etapas procesales previas son idóneas para que el deudor haga las alegaciones pertinentes en defensa de sus derechos. Además, la declaratoria de apertura admite tanto el recurso de apelación como el de apelación, aunque este último sea en un solo efecto. De lo expuesto, se concluye que el derecho de defensa del afectado resulta debidamente asegurado, pues éste goza de diferentes oportunidades procesales para ejercerlo, por ello no estima esta Sala que exista lesión a dicha garantía fundamental.

[151] T. II C. S. II N° 150 del 28-04-1998 "Con la cita anterior -sic. se refiere al voto 92 de 1993 de la Sala II, infra citado- queda claro que el requerimiento es obligatorio en todos aquellos casos en que exista una duda razonable acerca de si se ha producido la cesación de pagos. Esa duda razonable existe en el caso bajo examen, máxime si tomamos en consideración que la deuda que se cobra no es demasiado elevada. Ahora bien, la ausencia de requerimiento en este asunto en concreto genera indefensión y perjuicio para la sociedad contra la que se pide la quiebra y ese es motivo suficiente para que proceda anular la resolución apelada, a fin de que previamente se formule a la presunta deudora el requerimiento de pago. (Artículos 194 y 197 del Código Procesal Civil)".

Ver en igual sentido: T. II C. S. II N° 031 del 04-02-2010.

siendo corto, de ahí que algunos ordenamientos como el argentino y el español lo hayan ampliado a 5 días hábiles[152-153].

La resolución que ordena dicho requerimiento de pago puede considerarse un auto o una providencia. La jurisprudencia nacional considera que es una simple providencia y por tal razón carece de recurso de revocatoria

[152] González José Carlos. "La declaración de concurso", en Manual de derecho concursal, coord. Juana Pulgar, pág. 169 "debe elogiarse que se articule este trámite contradictorio previo a la declaración, frente a la solución histórica de declarar la quiebra inaudita parte, obligando al deudor a oponerse posteriormente solicitando su revocación, con el consiguiente daño para el mismo, solo indemnización en caso de culpa en la solicitud" (art. 15.2 Ley española).

Ver en igual sentido Sánchez Andrés. "El concurso necesario", en Derecho Concursal, coord.. Carlos Nieto Delgado…, 2012, pág.

[153] Campuzano Ana Belén. "Los aspectos generales de la normativa concursal", en Derecho Concursal, coord.. Carlos Nieto Delgado, Valencia, 2012, pág. 41 "se consagra en definitiva, el principio de universalidad de la jurisdicción del juez del concurso, dirigido a asegurar la eficacia del proceso concursal".

y apelación[154] -art. 65.9 y 28.1 CPC[155]-. No obstante, creemos se trata de un auto, porque emite juicios de valor trascendentales: a) Que el título en el que se basa el acreedor cumple con requisitos legales, b) Que la obligación es exigible, c) Que el deudor es comerciante, d) Que se cumplen los demás presupuestos para una eventual declaratoria de quiebra.

Sobre el tema, en un voto que marca un precedente, la Sala Segunda de Casación señaló:

El artículo 575 del derogado Código de Procedimientos Civiles, disponía: "A solicitud de cualquier acreedor que compruebe que existen dos o más ejecuciones pendientes contra su deudor, la exigibilidad de su crédito con título ejecutivo y la insuficiencia de los bienes de aquél, se decretará la apertura del concurso, si el deudor, requerido al efecto por el juez, no presenta dentro

---

[154] T. II C. S. I N° 255 del 24-07-2014 "La resolución apelada ordena el requerimiento de pago dentro del proceso de quiebra, por lo que se está en presencia de una providencia, que carece de alzada. Al respecto se pueden consultar los votos números 143-99 y 491-09, dictados por la Sección II de este Tribunal. En el primero de los votos indicados, se dispuso: "III-) Se ha establecido en forma reiterada por la jurisprudencia de este Órgano Jurisdiccional, que la resolución que ordena el requerimiento de pago en un proceso universal de quiebra es una mera providencia, es decir de mero trámite, por lo cual carece del recurso de apelación, que lo único que se persigue con el requerimiento de pago es establecer la cesación de pago en el comerciante, lo anterior debe cumplirse previo a que el Juez entre a calificar la resolución que requiere de pago es una mera providencia y carece del recurso de apelación, el Juez de conformidad con el artículo 553 del Código Procesal Civil podrá revocarla o modificarla, ya sea de oficio o bien en virtud de observaciones escritas de la parte interesada. De lo anterior se concluye que la parte recurrente no lleva razón al argumentas que el juez-a-quo erró al revocar la citada resolución".

II.- De esta manera al ser la resolución apelada una mera providencia carece de recurso de apelación de conformidad con el numeral 553 del Código Procesal Civil, lo que llevará a declarar sin lugar la presente apelación por inadmisión, confirmar el auto denegatorio y ordenar enviar este legajo junto con el principal al órgano jurisdiccional de origen para lo que corresponda".

Ver en igual sentido: T. II C. S. I N° 255 del 24-07-2014, N° 238 del 25-06-2012, N° 185-2007, N°257-2007; N°143-1999; N°491-2009.

T. II C. S. II N° 312 del 28-10-2011 "El recurso de apelación se plantea contra la resolución de las…que le hizo requerimiento de pago a la demandada por la suma de quince millones cien mil colones. Tal resolución carece de alzada porque no está contemplada dentro de las apelables, que establecen los artículos 764, 741 y 758, estos dos últimos según remisión que hace el 818, todos los numerales citados del Código Procesal Civil. Por esa razón deberá declararse mal admitida la apelación.

[155] Art. 65.9 CPC "Providencias. Contra las providencias no cabrá recurso alguno; sin embargo, los tribunales podrán dejarlas sin efecto o modificarlas dentro de los tres días posteriores a su notificación, bien de oficio o en virtud de observaciones escritas u orales de la parte interesada. Si juzgara improcedentes las observaciones no deberá dictar resolución alguna". Sobre la norma Picado Carlos-Artavia Sergio. El recurso de revocatoria…, t. I, pág. 253.

de tercero día bienes suficientes en qué practicar el embargo. Se prescindirá del requerimiento en los casos urgentes señalados en el artículo 577..." (El subrayado no es del original). Más adelante, el ordinal 647 ídem, establecía: "Lo dispuesto en este Título se aplicará al trámite de la quiebra, en cuanto no esté previsto en el Código de Comercio". Para resolver acerca de la necesidad del requerimiento de pago o del de presentación de bienes suficientes, es necesario partir del presupuesto de quiebra, que se emplea en el sistema jurídico costarricense; a saber, el cese de pagos en que incurre un comerciante, en relación con las obligaciones contraídas (...). En ese orden de ideas, cabe tener a la vista el ordinal 863 ídem, en cuanto expresa: "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...". A fin de dar contenido a la aplicación de esas disposiciones, jurisprudencialmente se ha establecido la tesis de que, atendiendo a las consecuencias económicas y sociales que depara la quiebra y siendo la cesación de pagos un presupuesto de fondo de la misma, resulta necesario requerir de pago al deudor, previamente a la susodicha declaratoria. Al respecto, la antigua Sala II Civil, en la resolución Nº 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. Pero en atención a que la cesación de pagos es un estado, por tanto, diferente al incumplimiento de una obligación, según lo evidencia el artículo 852, que permite la declaratoria en ciertos casos aun cuando la obligación no esté vencida; es necesario cuando se está en presencia de la situación prevista en el inciso antes citado, y no exista ningún indicio evidente de insolvencia, determinar de previo a la declaratoria, si, efectivamente, el comerciante ha dejado de pagar la obligación, pues la deuda puede encontrarse extinguida por alguno de los medios previstos por la ley o pendiente de una prórroga otorgada por el acreedor. Este aspecto lo contempla el citado artículo 851, tratándose del primer supuesto que señala el inciso b), que dice: procede la declaratoria de quiebra: "cuando un acreedor compruebe que el comerciante o sociedad ha dejado de pagarle una o varias obligaciones vencidas". Y la comprobación de la cesación de pagos en ese caso, no puede resultar de la sola exhibición del título, que únicamente presume la existencia de la obligación; pero no aquél estado. De modo que, si el propio acreedor se conforma con la presentación del documento, el Juzgado debe hacer las

averiguaciones que estime convenientes para verificar la cesación de pagos, que bien pueden reducirse a un requerimiento formal al deudor para que, en el mismo acto, este pague la obligación...". (El subrayado es nuestro y véanse, en igual sentido, las sentencias de esa misma Sala, números 588, de las 15:25 horas del 19 de noviembre de 1971; 63, de las 15 horas del 28 de marzo de 1973; y 60, de las 15:55 horas del 11 de marzo de 1980). Amén de lo anterior, otra razón por la cual se opta por que se haga tal requerimiento, se debe a que la aplicación inmediata del numeral 863 del Código de Comercio, opera en aquellos casos en que, a criterio del Juzgador, la solicitud se encuentre arreglada a derecho y ello ha de significar, ni más ni menos, que de la gestión del acreedor no resulte una duda razonable acerca de los dos presupuestos sustanciales para poderse declarar una quiebra: a) que el deudor sea comerciante; y, b) que se encuentre en real estado de cesación de pagos. Caso contrario, atendiendo al contenido del numeral 576 del Código de Procedimientos Civiles derogado -hoy 739 del Procesal Civil-, de previo a la declaratoria, el Juzgador debe llevar a cabo las averiguaciones y las diligencias indispensables, para dilucidar cualquier duda surgida, entre aquellas, el indicado requerimiento. Nótese entonces que, no se está dando la aplicación supletoria del ordinal 575 supra citado, de ahí que esa norma nunca ha podido ser infringida por los órganos jurisdiccionales de instancia, pues en punto a la obligada realización del requerimiento, en los casos en que el mismo se justifique, se ha actuado al amparo de los numerales 863 del Código de Comercio y 576 del Código de Procedimientos Civiles. Aclarada, hasta aquí, la justificación del requerimiento, resta por analizar si debe ser únicamente, de pago o también de presentación de bienes suficientes, sobre los cuales poder trabar embargo. Al respecto, el análisis de la jurisprudencia y de la doctrina nacionales (véase las sentencias citadas en relación con la doctrina nacional -Contribuciones al estudio del Derecho de Quiebra Costarricense, Dr. Francisco Luis Vargas Soto-), permiten arribar a la conclusión de que, como fue indicado en los fallos de instancia, tal requerimiento ha de ser, exclusivamente, de pago; dado que a través de ese simple procedimiento se puede acreditar, de manera fehaciente, si el deudor -comerciante- ha dejado en verdad de hacer cumplido pago de sus obligaciones; mientras que el requerimiento para la presentación de bienes suficientes, sobre los cuales practicar embargo, es propio del proceso de Insolvencia -Concurso de Acreedores-, dado que la misma tiene que ver con la eventual insuficiencia patrimonial del deudor, que es otro supuesto tanto fáctico como jurídico. Es, entonces, criterio de la Sala que, la jurisprudencia, en su labor integradora del Derecho aplicable, ha tenido que establecer que la figura aplicable, en estos casos, es la del requerimiento de

pago. Amén de lo anterior, debido a que uno de los presupuestos de fondo del pronunciamiento de quiebra, es la cesación de pagos, ese estado debe ineludiblemente verificarse y, para ello, resulta obligatorio que, el Juez, le formule un requerimiento de pago al deudor-comerciante, en todos aquellos casos en que exista una duda razonable, sobre esa situación[156]".

En el Código de Comercio no se previó ninguna fase o etapa contradictoria previa a la declaratoria de quiebra, siguiéndose en su oportunidad un sistema materialista extremo, en el cual dicha declaratoria podía ser impugnada luego, en caso de haber sido dictada erróneamente (ver, como referencia histórica, lo dispuesto por el derogado Código de Procedimientos Civiles en cuanto al "incidente de reposición" establecido por el artículo 579). Así, el artículo 863 del Código de Comercio dispone que si la solicitud estuviere arreglada a derecho, el juzgado, dentro del plazo de veinticuatro horas, debe decretar el estado de quiebra. Sin embargo, tal rigurosidad fue atenuada por nuestra jurisprudencia, tomando en cuenta que la declaratoria de quiebra tiene efectos personales y patrimoniales graves para el deudor, muchas veces de difícil reparación, los cuales habría que evitar en aquellos casos donde en realidad no se dieran los presupuestos respectivos para ésta. Ante el temor de que las solicitudes de quiebra se convirtieran en instrumentos abusivos de coacción contra los supuestos deudores, y con el fin de constatar que efectivamente la solicitud estuviera arreglada a derecho, según lo dispuesto por el artículo 863 citado, se ha establecido que previo a la declaratoria se proceda a requerir de pago al presunto deudor, aplicándose por analogía lo dispuesto por el artículo 760 del Código Procesal Civil. En estos casos, el requerimiento no puede ser de presentación de bienes sino únicamente de pago, por cuanto la solicitud de quiebra se funda en lo dispuesto por el artículo 851, inciso b, del Código de Comercio y no en el 886 del Código Civil, que regula el estado de insolvencia exigido para la apertura del concurso civil de acreedores. Asimismo, se ha considerado también aplicable el artículo 762 del Código Procesal Civil, que faculta al juez para realizar las averiguaciones y diligencias justificativas que estime necesarias, antes de proceder a la declaratoria respectiva[157].

En los artículos 851 y siguientes del Código de Comercio encontramos regulada la quiebra, que tiene como fin la liquidación judicial del patrimonio

---

[156] S. II Corte N°0893 del 02-11-2005. Ver en igual sentido: S. II C. N° 175 del 15-07-1997; S. II C. N° 92 de las 9:05 hrs del 07-05-1993. T. II C. S. II N° 150 del 28-04-1998 que cita el este voto 92-1993 de la Sala II; T. II C. S. II N° 398 del 19-11-2010. T. II C. S. II N° 026 del 23-01-2015 y N° 150 del 28-04-1998.

[157] T. II C. S. II N° 235 del 21-06-2001.

del deudor comerciante, que ha entrado en un estado de cesación de pago de una obligación. El numeral 863 ídem prescribe que, una vez que la solicitud de quiebra esté arreglada a derecho, el juzgado, a la brevedad y nunca fuera del plazo de veinticuatro horas, declarará el estado de quiebra por resolución motivada. Previo a esta declaratoria por criterio jurisprudencial, el cual se fundamenta en el artículo 760 del Código Procesal Civil, 863 del Código de Comercio y 41 de nuestra Constitución Política, se ha dispuesto que, se puede dar al deudor cinco días para pagar, considerándose este como el único medio para evitar que continúe la quiebra, es decir que se le hace un requerimiento de pago. Dentro de este plazo el deudor tiene la oportunidad de oponer excepciones como la de pago, la de prescripción, entre otras, pues se trata de acreditar el estado de cesación de pagos[158].

2.- ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

Si la demanda es admisible, por haber sido subsanados los defectos, el juez le dará traslado o curso y se concederá a la parte demandada el plazo de diez días -hábiles- para contestarle -art. 14.6 LC-, por lo que se aumenta de 3 a 10 el plazo de oposición -previsto para el concurso civil y la quiebra- manteniendo el de 10 días de la intervención judicial[159].

3.- ALLANAMIENTO Y FALTA DE CONTESTACIÓN. EFECTOS

Si el demandado acepta expresamente el estado de insuficiencia patrimonial y se allana a la pretensión del acreedor, o si no contesta dentro del plazo concedido; si fuere procedente, el tribunal emitirá sentencia que declare abierto el concurso -art. 14.7 CP-.

a.- El allanamiento

La norma contempla dos figuras. El allanamiento expreso a las pretensiones del actor, en este caso la existencia de una insuficiencia patrimonial, bajo los supuestos del art. 5 LC. El allanamiento debe ser puro y simple, sin condición. Y el allanamiento lo es a la pretensión. En aplicación del art. 39 CPC "si el demandado se allanara a lo pretendido en la demanda…se dictará sentencia anticipada sin más trámite, salvo si hubiera indicios de fraude procesal, si la cuestión planteada fuera de orden público se tratara de derechos indisponibles o fuera indispensable recibir prueba para resolver, en cuyo caso se continuará con el procedimiento".

---

[158] T. II C. S. II N° 536 del 10-11-2015.

[159] Artavia Sergio. La administración …, pág. 150.

b.- La rebeldía

La segunda figura es la rebeldía del deudor, cuando el demandado deja de contestar la demanda o lo hace extemporáneamente -vid. art. 39 CPC-. En este supuesto "Si el demandado omite contestarla -sic. la demanda-, o la contesta extemporáneamente, se dictará sentencia anticipada sin más trámite, salvo si …fuera indispensable recibir prueba para resolver, en cuyo caso se continuará con el procedimiento".

c.- El cumplimiento de requisitos por el deudor

En caso de allanamiento, dentro de los diez días siguientes contados a partir de la fecha en que haya presentado la contestación, el demandado deberá cumplir con los requisitos establecidos en esta ley para la solicitud de concurso del propio deudor o del patrimonio autónomo -art. 14.8 LC-. Los requisitos que deberá aportar el deudor son los enumerados en el art. 13.5 LC ya analizados.

El incumplimiento injustificado de la presentación de los requisitos en el plazo o la falta de contestación oportuna de la demanda, no impedirán la continuación del proceso concursal. Se adoptarán las medidas necesarias para obtener la información y documentación que se considere indispensable. Se decidirá acerca de la solución a la crisis patrimonial que se estime adecuada, con los elementos probatorios que se logre recabar. De acuerdo con los artículos 15.3.4, 14.8 y 46.1 LC "Se procederá a declarar el patrimonio del deudor, cuando… al ser requerido -sic el concursado- para cumplir los requisitos que le corresponde al haber sido demandado".

4.- CONTESTACIÓN NEGATIVA. EFECTOS Y ADMISIÓN DE PRUEBAS

El deudor requerido, dentro del emplazamiento, podrá asumir algunas de estas conductas: a) Admitir su crisis patrimonial general y no transitoria -art. 5.1 LC, b) Negar el estado de crisis, c) No decir nada o bien admitir que está en crisis patrimonial, d) Negar la presunción de insuficiencia patrimonial bajo los términos de art. 5.2 LC-, d) Contradecir y contestar la demanda, oponiendo excepciones materiales, procesales -art. 14-8- y ofreciendo pruebas.

La tercera actitud del demandado frente al emplazamiento de la demanda es contestar los hechos, oponer excepciones procesales, de fondo y ofrecer prueba, y, literalmente oponerse técnicamente en tiempo. Aunque la norma concursal no lo diga, para la contestación de la demanda se debe seguir la previsión del art. 39 CPC "El demandado deberá contestar la demanda por escrito, dentro del emplazamiento, aun cuando se formule cualquier excepción procesal, recusación o alegación de cualquier naturaleza. Contestará todos los hechos de la demanda en el orden en que fueron expuestos, expresando de

forma razonada si los rechaza por inexactos, si los admite como ciertos, con variantes o rectificaciones, o si los desconoce de manera absoluta. También, manifestará con claridad su posición en cuanto a la pretensión y su estimación, los fundamentos legales y la prueba presentada y propuesta por el actor. Ofrecerá y presentará todas sus pruebas de la misma forma prevista para la demanda".

Si el demandado contesta negativamente dentro del emplazamiento y se hubiere ofrecido prueba, el tribunal admitirá únicamente la que conduzca a esclarecer el objeto de lo debatido -art. 14.8 LC-. La norma tiene relación con el art. 41.1 CPC sobre admisibilidad de prueba, a saber, "Serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos. Se rechazará la prueba que se refiera a hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una presunción absoluta, evidentes o notorios, así como la impertinente, excesiva, inconducente o ilegal".

Asimismo, podrá ordenar de oficio, la que estime estrictamente necesaria -art. 14.8 LC, vid. art. 41.3 CPC-.

5.- AUDIENCIA O EL JUICIO ORAL

Frente a la oposición, en forma y en tiempo del deudor demandado, la norma concursal deriva de dos vías de solución: a) Si hay prueba de declaración, b) Si no hay prueba de declaración. En el primer caso, se señalará una audiencia o juicio oral. En el segundo se tramitará de forma escrita.

a.- El juicio oral

De acuerdo con el art. 14.6 LC "Cuando se requiera practicar prueba, adoptará las medidas que considere pertinentes y citará a las partes a una sola audiencia oral para ese fin, en un plazo no mayor de diez días". Tendría aplicación supletoria las reglas generales de audiencias orales del art. 50 CPC, vía artículos 3 y 11 LC.

"En esta audiencia, se tramitarán y resolverán todas las excepciones procesales que hubiesen sido opuestas. La formulación de defensas que puedan incidir en la competencia no suspenderá el curso del proceso ni impedirá la celebración de la audiencia oral, pero deberá ser resuelta al iniciarse. Si se declaran improcedentes las excepciones procesales, se continuará con las demás actividades propias de la audiencia, exceptuando la fijación de la cuantía por tratarse de un proceso inestimable" -art. 14.6 LC-.

La propuesta legislativa para esta audiencia oral en los procesos, en caso de que se admita prueba de declaración, es un poco diferente a las del CPC, pues en la LC se trata de una audiencia única, donde se resuelven tanto

las excepciones procesales y se estás se rechazan, se continúan con las demás actividades.

No dice la norma cuál son las "demás actividades propias de la audiencia". Si integramos o aplicamos por analogía las del ordinario o el sumario civil -arts. 50, 102.2 y 103.3 CPC-, el proceso más afín a los concursales sería el proceso sumario, donde todas las actividades de las audiencias preliminares y complementarias se fusionan y se concentran en una sola audiencia, como es la intención del legislador en la Ley Concursal, que enuncia como un principio la celeridad -art. 3.5 LC-.

b.- Las actividades y programa de la audiencia oral única

La primera actividad de la audiencia única de los sumarios -y que resulta aplicable a los procesos concursales, por lo que hemos dicho-, no es la del art. 103.3.1, sino la del 50.4 CPC, en la que el juez unipersonal, constituido en la sala de audiencia as, se presenta ante los presentes, toma registro de los asistentes, de la condición en que comparecen y además "explicará a las partes sobre los fines y las actividades de la audiencia. Hará las advertencias legales que correspondan". Por fin entendemos el propósito, finalidad u objeto de la audiencia –no del proceso aun-, los puntos de que tratará la audiencia

c.- Informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones

La segunda actividad de la audiencia en los procesos concursal "El informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver" –art. 103.3.1, por parte del juez.

El juez director del debate –identidad física del juzgador- señala a las partes, de manera breve, cual es el objeto o finalidad y contenido del proceso –no de la audiencia- que se está celebrando. Esto obliga al juzgador a leer previamente el proceso, estudiarlo para que no llegue sin saber nada de él o pase el fiasco de no saber de qué están hablando.

De manera oral, el juez informará a las partes sobre el objeto del proceso; por tal entendemos, lo que se pretende con el proceso concreto, identificando las partes, el objetivo o pretensión –concreta-, la causa de la pretensión y el fundamento de la oposición. Aunque el objeto del proceso al que refiere la norma es más amplio a lo que la doctrina conoce como objeto y causa del proceso, la norma alude a "que objeto tiene el proceso concreto".

Se entiende como objeto, normalmente, el bien corporal o incorporal que se reclama en juicio. Es decir, el objeto consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman de la justicia; mientras que por causa debe entenderse el hecho jurídico que sirve de fundamento a la pretensión. El hecho jurídico es el mismo, cuando en el nuevo juicio se aduce el mismo hecho

específico ya invocado en el anterior. O bien, con De la Oliva, se define como aquello sobre lo que, en cada proceso, se proyecta la actividad jurisdiccional o procesal. Con términos clásicos, el objeto del proceso es la cosa (en sentido amplio y, a la vez, propio) de la que un proceso trata la res de qua agitur, la "cosa de que se trata" que, en los procesos regidos por el principio dispositivo, es, a su vez, la res in iducio deducta (la cosa llevada a juicio).

En cuanto al análisis de la causa, se entiende como el fundamento, el título de la pretensión o el motivo jurídico; del cual una parte deriva, de forma inmediata, su pretensión deducida en el litigio. La doctrina apunta que no puede confundirse con las argumentaciones que el litigante pone a su servicio ni con los medios de prueba que son aducidos. Es el fundamento, hecho jurídico o razón alegada por el actor, para obtener el objeto de la pretensión contenida en la demanda y que al mismo tiempo es el fundamento jurídico de su apelación o negación por el juez en la sentencia. En síntesis, es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión. La causa de la pretensión debe ser buscada en el mismo relato de la demanda. Por causa, dice el mismo Couture, comprendemos el fundamento inmediato del derecho que se ejerce, la razón de la pretensión aducida en juicio llevado a cabo anteriormente.

Para tales, fines, contrario a lo que se señala en materia penal, el juez debe haberse preparado para la audiencia, haber leído la demanda y contestación, para saber cuál es el objeto de controversia, no llegar a improvisar y exponer a las partes su percepción de lo que va a ser objeto de debate.

Este acto del juez debe ser breve y conciso, no es necesario que se explaye en una amplia explicación de los hechos, el fundamento y las pretensiones de ambas partes. Bastará con indicar de qué se trata –la causa u origen- y qué es lo que se pretende. En cuanto a la defensa del demandado, bastará con enunciar los aspectos fundamentales de defensa. Se consideró necesario incluir esta exigencia en los procesos civiles, para garantizar que el juez previamente lea el proceso, examine el expediente y tenga una mejor preparación y fundamento en los diversos aspectos que deba ir resolviendo. Por ello, no se trata de leer la demanda, su contestación o reconvención, sino es una explicación oral del juez, para saber que leyó y comprendió lo que se está discutiendo, para que así pueda tomar mejores decisiones respecto de lo que tiene que resolver en esta audiencia.

Aunque la norma resulta clara, hay que insistir en que no se trata de que el juez lea la demanda, contestación y excepciones, como en varias ocasiones nos ha tocado. No, el juez debe hacer una síntesis, un resumen con el objeto más importante de los alegatos, argumentos o proposiciones de ambas. Hay

que recordar que se ha cambiado a un sistema oral, no un sistema escrito de lectura o la una "verbalidad" de la escritura. Esa práctica errada violenta los principios de inmediación y la regla de la oralidad, que siempre se presume aun en caso de duda.

En función de ese objeto de controversia fijado, se hará pronunciamiento sobre la admisión o rechazo de prueba.

d.- La aclaración de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas

La otra diferencia de importancia entre ambas audiencias: la única del sumario y los concursales y ambas del ordinario, está referida al tema de la modificación de las pretensiones. Mientras que para el proceso monitorio y sumario se limita a "La aclaración de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo" –art. 102., en el proceso ordinario se amplía, injustificadamente, como hemos criticado, a la "ratificación, la aclaración, el ajuste y la subsanación de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo". Nos parece más adecuada la norma de los monitorios y sumarios, acorde con el principio dispositivo, derecho de defensa, de contradicción y de la congruencia; de manera que en proceso sumarios y concursales no se permite la ratificación, el ajuste o la subsanación de las pretensiones o la defensa, solo su "aclaración… cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas".

Tampoco hay inconveniente con la aplicación de la norma, cuando el objeto sea simplemente "ratificar", las pretensiones, aunque no tiene ningún sentido, que hubo deba ratificar lo que ya exteriorizó y ató la litis con sus posiciones.

Entonces en el CPC no ha alterado el principio de la prohibición de modificar los hechos esenciales de las proposiciones de las partes, lo que el art. 102.3.3 permite es la "Ratificación, aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes, cuando… oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo". La norma no permite modificar o alterar los hechos ni las pretensiones, porque el debate quedó precluido con la contestación de demanda. Permitirlo sería afectar los argumentos del demandado que basó su estrategia y argumentación en la demanda, tal y como le fue notificado. Y para el actor, el demandado no podría modificar su contestación o excepciones, por cuanto ya pasó el momento para ello –art. 35.6 CPC-.

e.- Réplica de las excepciones procesales, ofrecimiento y presentación de contraprueba

La siguiente actividad que debe realizarse en la audiencia única de sumarios es la referente a la dialéctica de las excepciones opuestas, se encuentra regulada en el art. 103.3.4 CPC. En la LC, a diferencia del CPC las excepciones procesales se debaten y deciden en la audiencia oral no previas a ésta -art. 14.8 LC "…En esta audiencia, se tramitarán y resolverán todas las excepciones procesales que hubiesen sido opuestas. La formulación de defensas que puedan incidir en la competencia no suspenderá el curso del proceso ni impedirá la celebración de la audiencia oral, pero deberá ser resuelta al iniciarse. Si se declaran improcedentes las excepciones procesales, se continuará con las demás actividades propias de la audiencia…"- Si admite una procesal, hasta ahí llegó la audiencia, si la rechaza continuará la audiencia.

f.- Réplica de las excepciones materiales

Luego de replicadas, resueltas las excepciones procesales –previa evacuación de prueba en cuanto a ellas si la hubiere-, el actor tiene que argumentar para replicar las excepciones de fondo opuestas expresamente y en tiempo por el demandado. Conforme al 37.1 y 37.3, según vimos, el demandado debe fundamentar, aportar u ofrecer prueba de las excepciones materiales que interponga. A esos fundamentos es que debe referirse el actor al replicarlas.

g.- Técnica para replicar las excepciones procesales y materiales

En el sistema derogado la réplica que hacía el actor estaba referida tanto a la contestación de los hechos realizados por el demandado –dúplica-, como a las excepciones de fondo. Hoy la réplica se refiere a los argumentos que expone el actor a las excepciones –procesales o materiales- que hizo el demandado en su contestación de demanda.

Réplica de las excepciones procesales es eso, es el ataque o argumentos contra dichas defensas opuestas por el demandado. El actor no debe referirse a cada contestación de los hechos, sino a la defensa y los fundamentos que expuso el demandado al interponer estas. Hay que recordar que conforme a los artículos 37.2 CPC "Las excepciones procesales y materiales deberán oponerse con la contestación y debidamente razonadas", que conforme al 37.3 CPC, las excepciones procesales "serán rechazadas de plano aquellas que sean evidentemente improcedentes y las que se presenten sin prueba o sin su ofrecimiento, cuando esta sea necesaria". Con base en esas normas, el actor al replicar las excepciones procesales deberá considerar:

a) En el caso de las excepciones procesales, si en efecto están enumeradas en el art. 37.3 CPC –incompetencia, litisconsorcio necesario,

litispendencia, cláusula arbitral o indebida acumulación de pretensiones-, ya analizadas.

b) En cuanto a las excepciones materiales, hay que ver si es alguna de las tres admisibles, conforme al art. 112.3 recién citado.

c) La argumentación para su ataque debe referirse, en primer lugar, a los elementos jurídicos, fácticos y probatorios de su improcedencia.

d) Empezando con los jurídicos deberá replicar los aspectos normativos que justifiquen su improcedencia, para ello deberá saber la norma jurídica que regula la excepción.

e) Saber, para argumentar, los elementos que configuran la excepción -presupuestos jurídicos- para poder referirse con argumentos fundados, a cada una de ellas. Aquí sí son importante los requisitos del 37.1 y 37.3 CPC que exigen al demandado motivar, razonar y fundar las excepciones, pues el actor deberá en primer lugar acudir a los argumentos que expuso el demandado y luego acudir a la contestación de los hechos si ayudan en su tesis.

f) Las excepciones, especialmente las procesales, si bien son de carácter formal, están vinculadas a aspectos fácticos, enunciados en la demanda o contestación, de manera que, si se alega una litispendencia o indebida acumulación, fácticamente el actor debe exponer y argumentar porqué la excepción es improcedente

g) Y en cuanto a la prueba, en su exposición o argumentación, el actor deberá enlazar los argumentos –hechos jurídicos- y luego de estos, exponer, argumentando la prueba que sirve de base para afrontar la excepción y justifica su rechazo.

h) Deberá ofrecer y justificar su procedencia; de la procedencia de prueba adicional que justifique sea admitida. Se refiere a la prueba de declaración –testimonial o declaración de parte-, pues la documental ya está incorporada y podrá hacer uso de ella en su argumentación, salvo que sea documental, que llevó consigo a la audiencia oral, que ofrecerá al inicio de su exposición.

Replicadas las excepciones, con argumentos fácticos y jurídicos, el propio actor ofrecerá prueba para atacar las excepciones opuestas por el demandado. Puede hacerlo al inicio de la exposición de su defensa o al concluir la argumentación o réplica de las excepciones. Si se pasa al examen de las excepciones materiales, deberá ofrecerlas al inicio o al concluir la réplica de las excepciones de fondo. En muchas ocasiones el propio juez indica el momento para hacerlo. Pero si por olvido no lo hace, es conveniente tener presente que estos son los únicos dos momentos de ofrecerla: al inicio de la exposición de la réplica a ellas o al finalizar de replicar la contestación.

La frase "el ofrecimiento y la presentación de contraprueba" de la norma, está referida al hecho de que el actor, al fundamentar su oposición a las excepciones opuestas por el demandado, debe presentar al juez -debió llevar consigo y ofrecer, cuando es de declaración o aportar, cuando es documental- en el mismo acto, las pruebas que servirán de fundamento para atacar tales excepciones –procesales y materiales-. Si no se ofrecen dichas probanzas que fundamentan las excepciones o no se llevan consigo a la audiencia, el juez las rechazará por extemporáneas.

h.- Recepción, admisión y práctica de prueba sobre las alegaciones de actividad procesal defectuosa, los vicios de procedimiento en la audiencia

Replicadas oralmente las excepciones por el actor, el juez resolverá en la audiencia oral única sobre la admisión de prueba para la réplica y decisión de la actividad defectuosa o vicios de procedimiento, no resueltos anteriormente. Haciendo pronunciamiento oral admitirá y rechazará la prueba, a fin de resolver esas cuestiones procesales previas -en materia concursal ya las procesales para este momento, art. 14.8 LC-.

Con base en esta norma es que justificamos que conviene primero discutir y resolver el tema de actividad defectuosa o cualquier otra cuestión procesal previa que impida el desarrollo de la audiencia. Expuestos los argumentos por el actor, para replicar estas gestiones o mociones y ofrecida por él la prueba que fundamenta sus tesis, el tribunal debe pronunciarse primero sobre la prueba de declaración que admite y la que rechaza, para resolver tales cuestiones procesales. Se refiere a prueba testimonial, declaración de parte o documental que lleve consigo el actor y ofrezca en el acto, no a la documental que ya conste, en el proceso pues esa se tiene por incorporada de pleno, pues se valora en sentencia.

El juez solo admitirá la prueba pertinente, útil, admisible, necesaria y conducente, en los términos ya analizados, exigidos en la norma, como presupuesto de admisibilidad, en general de la prueba permitida y dispondrá todas las medidas necesarias para diligenciamiento y dictará cualquier otra decisión necesaria sobre dichas pruebas. Rechazará la prueba que no cumpla con esas condiciones. La prueba para tales actos procesales previos se evacuará en el mismo momento.

Los términos "recepción" y "práctica de prueba pertinente" que contiene la norma, son en realidad un mismo fenómeno. Los dos actos que sí son separables son la admisión y práctica de las pruebas, que el juez considere pertinentes, para la resolución de otras cuestiones procesales, todo lo cual deberá hacerse en la misma audiencia.

Consecuencia de esta actividad del programa de la audiencia oral única y por la forma concentrada de la audiencia, es que el actor podrá ofrecer ahí la prueba de interrogatorio de la parte y, si la parte no está presente, se tendrá por ciertas las preguntas formuladas en su ausencia, de manera que al ser obligación de la parte concurrir, si no lo hace, asume las consecuencias de su declaración ficta, en rebeldía -art. 42.2 CPC-. Debe tomarse en cuenta que la parte no está obligada a asistir a la audiencia si lo hace su abogado con facultades suficientes para conciliar, pero como puede ser ofrecida su declaración, advertido por la ley que se puede evacuar su interrogatorio, su inasistencia produce la consecuencia apuntada de la declaración de parte ficta –antes confesión ficta-, en caso de que se ofrezca su declaración, tanto para las excepciones procesales como prueba de fondo.

i.- Resolución de actividad procesal defectuosa, saneamiento

En un sistema por audiencias orales, dichosamente se supera el "desesperante" modelo procesal de excepciones procesales en cascada, y evacuadas las pruebas, en la misma audiencia en que se ofrecieron, admitieron y evacuaron; el juez resuelve primero, como dice la norma, "sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa, …y saneamiento", incluye incidentes pendientes de resolver al señalarse la audiencia –art. 113.2 CPC- o incidentes que se formulen en audiencia –art. 114.1 CPC-. El Tribunal las irá resolviendo, una a una, pero todas, de manera oral, dando las razones jurídicas y fácticas por las que la admite o rechace –art. 103.3.6 CPC-.

Solo si se acoge una excepción procesal que haga imposible la continuación del proceso o porque se afecte la válida constitución de la relación procesal, no resolverá las subsiguientes; pues si la alegación de actividad defectuosa o la excepción procesal no es subsanable en el acto o en plazo concreto que se otorgue y, con ello, la relación procesal se ve afectada, hasta ahí habrá llegado la audiencia, -tales como una incompetencia no resuelta antes, la existencia de un litisconsorcio necesario o cláusula arbitral estimatoria-.

Por el contrario si las "alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y de saneamiento", se van rechazando –se declaran sin lugar-, el juez debe ir conociendo y pronunciándose una a una; si todas esas alegaciones fueron rechazadas, en resolución oral, el juez continuará con las siguientes etapas o actividades de la audiencia oral y el demandado perdidoso de las excepciones procesales o actividad procesal defectuosa, si impugnó lo resuelto, deberá alegarlo y expresar agravios al impugnar la sentencia definitiva.

Hay que recordar que lo único que se van resolviendo en audiencia, oralmente, son las excepciones procesales y actividad defectuosa, puesto que las excepciones materiales o de fondo, si bien son replicadas en audiencia, se resuelven hasta en sentencia –art. 61.2.3 CPC-.

j.- Fijación de lo que será objeto del debate –el thema decidendi-

Resueltas las excepciones procesales -rechazadas-, alegaciones de actividad procesal defectuosa, y saneado el proceso, en caso de vicios que pudieran provocar actividad defectuosa, asimismo resueltos los recursos orales interpuestos contra las resoluciones que dictó el juez; el siguiente acto o actividad de la audiencia oral, de seguido, es la fijación, por parte del juez, "de lo que será objeto del debate", conocido como el "thema decidendi" –pues las excepciones materiales como dijimos se resuelven en sentencia, arts. 13.5 LC y 61.2.3 CPC-.

La norma anterior, en su inciso "a" habló del "objeto del proceso"; ahora nos habla de "fijación de lo que será objeto de debate"; el primero es la explicación de lo que se debatirá; el segundo la prueba que será objeto de controversia. Esta constituye una etapa necesaria para delimitar el tema de discusión –thema decidendi- y los extremos fácticos han de ser objeto de prueba –thema probandi-.

En el momento inicial de interposición de una demanda y su contestación, las partes definen el thema decidendum en virtud de su animus petendi, y durante el desarrollo del proceso se libra una "batalla" para que cada parte logre convencer al juez de su "tesis", demostrar los elementos fácticos favorables a sus pretensiones y con ello delimitar su tema decidendi; este postulado coincide con el tema probandum necesario, que en el fondo es el conjunto de hechos o actos materiales o psíquicos que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en el caso concreto, teniendo en cuenta la pretensión que se ejerce o las defensas que se oponen.

De manera que la "fijación de lo que será objeto del debate" al que se refiere la norma, se trata sin más de un examen y fijación "preliminar" en los que juez ha delimitado o "marcado" la "cancha" del debate o partido del proceso. Es lo que finalmente se va a debatir, probar y juzgar. El juez indicará oralmente el punto central del debate o los medulares en torno al cual girarán únicamente los actos subsiguientes de las partes, esto permitirá, al haberlo delimitado, que tanto las alegaciones, las pruebas que llegue a admitir, las preguntas en los interrogatorios, los recursos, el debate y conclusiones, no se salgan de ese camino trazado; pero especialmente trazará el camino de las pruebas que de inmediato admitirá y marcará la línea del interrogatorio y pruebas permitidas, en la parte del debate oral de las pruebas. Esta fase es el

efecto más importante de fijar el objeto de la demanda, pues la prueba se guiará por las reglas de la pertinencia, utilidad, admisibilidad y el objeto del proceso, según se analizó al estudiar este elemento.

k.- Admisión y rechazo de pruebas

Delimitado el objeto del debate, que deriva entre otros del objeto del concurso y de los fundamentos y causa petendi de la demanda y de la contestación, el acto siguiente es la admisión de la prueba o thema probadum.

El proceso, como medio instrumental para la aplicación del derecho objetivo, se va a encargar de dar al Juzgador el método de verificación o comprobación de esos hechos, a través de la actividad probatoria de este y de las partes. Si afirmamos que el fin de la actividad probatoria es el esclarecimiento de los hechos jurídicos debatidos, podemos decir que eso es entonces el objeto de la prueba. Se le identifica como thema probandum, que "comprende en general los hechos que deben ser materia de prueba, sin tomar en cuenta a quién corresponde suministrarla, y segundo, porque se refiere a ciertos y determinados hechos -los que en cada proceso debe probarse- ".

Debe tomarse en cuenta que no son todos los hechos relatados en el cuadro fáctico expuesto los que deben ser probados, sino, únicamente los que son controvertidos entre las partes. Esta limitación abarca, a su vez, los poderes-deberes del Juez en cuanto a su iniciativa probatoria, para determinar a priori cual prueba es útil y pertinente para el objeto del debate cuyos parámetros ha delimitado. Por ello, se debe tener como "objeto de la prueba son los hechos. La acepción de hechos, como objeto de la actividad probatoria en una investigación judicial o de un litigio, es de cosas que suceden, como son de alguna importancia en la discusión o el litigio".

El thema probandum proporciona al juez de los datos procesales para llegar a la verdad del proceso y darle una solución ajustada a Derecho. El thema probandum es el conjunto de elementos fácticos de interés para un proceso determinado. Consiste en los hechos que en el proceso las partes deben acreditar, de acuerdo a su carga del deber de probar (onus probandi) y el factor de admisibilidad de los medios de pruebas en el desarrollo de la prueba, en términos de relevancia. Recordemos que un medio de prueba irrelevante es aquel que versa sobre un hecho que no tiene interés o injerencia fáctica o legal sobre el objeto litigioso, es decir, no forma parte del tema probandum.

La labor intelectiva del Juez, a la hora del análisis de compatibilidad o no compatibilidad del tema decidendum o alegatos fácticos de las partes, con el tema probandum se centra en el objeto del proceso y el objeto de demanda o debate delimitado por el propio juez, realizado a la luz del contradictorio y demás principios procesales que conforman el debido proceso.

Consecuencia de lo anterior es la aplicación de las reglas sobre idoneidad, conducencia o utilidad de la prueba, según el cual solo son admisibles aquellas pruebas que por sí mismas o por su contenido sean consecuentes con el objeto de que se quiere demostrar; esto es, relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar. Estas reglas se encuentran consagradas en el artículo 41.3 CPC, el cual dispone: "Serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos. Se rechazará la prueba que se refiera a hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una presunción absoluta, evidentes o notorios, así como la impertinente, excesiva, inconducente o ilegal. En una misma resolución el tribunal indicará la prueba admitida y la que rechaza".

De acuerdo con el art. 41.3 CPC es el momento para que pueda "proponer a las partes la incorporación de otras no ofrecidas e incluso ordenarlas de oficio" y para que las partes, excepcionalmente, si fuera indispensable y dando razones fundadas se podrán ordenar otras pruebas para comprobar o aclarar hechos relevantes, respetando los principios de contradicción y de concentración. Regla que reitera el art. 13.9 LC "De previo a la decisión acerca de la declaratoria de apertura del concurso, el tribunal podrá ordenar la prueba que estime necesaria".

A diferencia del sistema derogado, la admisión y rechazo de prueba se hace en la audiencia oral única, de manera que no hay que dictar una resolución escrita previa que admita o rechace la prueba, tal pronunciamiento lo hará el tribunal en la audiencia oral, previa delimitación del objeto de debate –onus probandi-.

Como se ve, el juez tiene amplio poder para admitir o rechazar todo tipo de prueba que la ley procesal o de fondo permitan, siempre que sea conducente, pertinente, útil, guarde relación con el objeto de controversia y por ello solo recibirá la que sea de evidente influencia en la resolución de la controversia. Rige, por lo tanto, el principio objetivo o de necesidad, y no el principio subjetivo o de petición concorde o aislada de las partes.

En caso de que se admita prueba pericial, se nombrará de una vez al experto, se fijarán sus honorarios y se advertirá al perito que el peritaje "deberá presentarse al menos cinco días antes de la audiencia de práctica de pruebas" –art. 44.3 párrafo 2º y 103.3 para monitorios y sumarios -. Por eso, cuando hay este medio de prueba, se debe nombrar antes de señalar para la audiencia oral única.

6.- MODIFICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Conforme con los artículos 10, 14.6 y 15.3.6 LC y 94 al 96 CPC, sobre medidas cautelares, como regla general, antes de la adopción de una medida cautelar se dará intervención a la parte contraria. Para tal efecto, recibida la solicitud, se convocará a las partes a una audiencia oral que se celebrará a la mayor brevedad posible, de manera preferencial. En la audiencia se oirá a las partes y se admitirá y practicará la prueba que sea necesaria.

Conforme al art. 96 CPC también, podrán decretarse, provisionalmente, sin previa audiencia, otras medidas cautelares, cuando el solicitante lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la realización de audiencia puede comprometer su finalidad. La resolución que ordene provisionalmente la medida cautelar sin audiencia no tendrá recurso alguno. Notificado el afectado, respecto de la adopción de la medida, podrá oponerse en el plazo de tres días; solicitar, de forma justificada, su levantamiento o modificación y ofrecer la prueba pertinente. La falta de oposición implicará conformidad con la medida.

Si se formula oposición, se convocará a las partes a una audiencia oral por celebrarse a la mayor brevedad posible, en esta se decidirá si las medidas provisionales se mantienen, se modifican o se levantan. Es aquí donde opera la subsunción de esta audiencia de oposición de cautelares en la audiencia oral única de los monitorios y sumarios. Pues si dicha audiencia no se celebró o la medida cautelar fue tomada en el curso de proceso –no previa-, en virtud del principio de concentración de las audiencias –arts. 2.8 y 50.3 CPC-, es en la audiencia oral única que se debatirá y aportará prueba para resolver sobre la "suspensión, la cancelación o la modificación de medidas cautelares, cuando exista solicitud pendiente".

7.- EVACUACIÓN ORAL Y PÚBLICA DE LAS PRUEBAS

Las pruebas admitidas previamente –dos pasos antes- se evacuarán en el juicio oral de única audiencia de los concursales. Para tales fines, deberán seguirse las reglas de las audiencias orales, según el art. 50 y 41.4.2 CPC sobre la forma y reglas de evacuación de las pruebas orales, en la forma que se analizará para el dictado de sentencias en monitorios y sumarios. Deberá tenerse al menos las presentes reglas:

a) El tribunal dirigirá las audiencias según los poderes y deberes que le confiere la ley;

b) Verificará y consignará al inicio de cada audiencia la hora, la fecha, la naturaleza de la audiencia, la identificación de las partes, los testigos y demás auxiliares que comparezcan a ella;

c) Hará las advertencias legales que correspondan;

d) Juramentará a testigos, declarantes o peritos,

e) Evitará la formulación de preguntas impertinentes;

f) Evitará la lectura innecesaria de textos y documentos –art. 50.4, salvo el caso de prueba trasladada que facultativamente se puede ordenar la lectura en casos especiales –art. 41.4.9;

g) Respetará el orden en la práctica de las pruebas: reconocimiento judicial, declaración de partes, declaración de peritos e interrogatorio de testigos, salvo que, por causa justificada, se alterará el orden indicado;

h) Los interrogatorios serán orales y directo;

i) La parte formulará las preguntas al declarante sin intermediación del tribunal;

j) Las preguntas serán claras y precisas;

k) No se referirán a más de un hecho;

l) No incluirán valoraciones, ni calificaciones, excepto la de peritos y testigos técnicos;

m) El tribunal rechazará las preguntas y declaraciones que no guarden relación directa con los hechos controvertidos;

n) Primero preguntará el proponente de la prueba, luego la contraria, finalmente el tribunal;

o) La prueba no practicada por culpa de la parte proponente, se tendrá por inevacuable, sin necesidad de resolución expresa;

p) Si en la audiencia de prueba no comparece una de las partes, se practicará la prueba de la que asista –art. 50.2.3 CPC-;

q) No se practicará la prueba ofrecida por la parte que no se presente, salvo que la parte contraria manifieste interés en ella o el tribunal la considere indispensable;

r) Si no comparece ninguna de las partes, se dictará sentencia inmediatamente, si fuera posible, de acuerdo con lo que consta en el expediente –art. 50.2.3 CPC-;

s) Evitará la comunicación entre testigos y declarantes de una misma línea:

t) Cuando a una parte la asista más de un abogado, solo podrá intervenir uno por declarante –art. 50.4 y 20.2;

u) En las demás actividades que no tenga que ver con declaraciones, entre los abogados decidirán a cuál corresponderá actuar –art. 50.4 y 20.2 CPC-;

v) Moderará para que las oposiciones sean breves y referidas al punto concreto y los abogados no podrán insinuar la respuesta en las discusiones;

x) Las oposiciones las resolverá oralmente;

z) En caso de oposición a preguntas, no será necesario retirar al declarante, salvo casos muy calificado.

8.- CONCLUSIONES DE LAS PARTES

En criterio de Said las conclusiones son "los alegatos son actos procesales de los llamados de obtención de una resolución, al ser actos de convencimiento de actuaciones que se ligan íntimamente con el principio de fundamentación, que a lo largo del proceso impregnan diferentes actividades". Para Palacio es el "acto mediante el cual cada una de las partes expone al órgano judicial... las conclusiones que les sugieren las pruebas producidas… enunciación de alegaciones críticas". Alsina dice que es donde "las partes examinan la prueba rendida con relación a los hechos afirmados en la demanda y contestación, para demostrar exactitud o inexactitud.

En nuestro criterio, las "conclusiones" es la etapa procesal en la que, una vez evacuada toda la prueba, la parte ve el caso y pretende su resultado; y mediante el cual las partes examinan, sintetizan, recapitulan para el juez, quien debe decidir, cuáles hechos relevantes fueron probados, cuáles no, la procedencia, la fundamentación fáctica y adecuación normativa de sus pretensiones o defensas; así como una crítica a los argumentos –fácticos, probatorios y de fundamentación- de la parte contraria, con la finalidad de obtener, por un lado, una respuesta positiva a sus argumentos en el futuro laudo; y por otro lado, por qué deben rechazarse las pretensiones u oposición de la parte contraria.

Conforme al art. 103.3.1 CPC –para monitorios y sumarios -, vencido el plazo para evacuar la prueba ofrecida por las partes, o bien, la admitida de oficio; se debe otorgar a las partes, obligadamente un plazo para que formulen conclusiones. Este se da antes del período inmediato anterior a la fase decisoria. Por supuesto si conferida o señalada la audiencia de conclusiones, la parte no las formula, alegando incluso nulidades pendientes, se entiende que renuncia a esa etapa del proceso.

Ninguna norma dice cómo se realizan las conclusiones orales en un sistema por audiencias. Las únicas reglas generales aplicables serían las del artículo 50.4 CPC sobre la dirección de las audiencias orales, "lectura innecesaria de textos y documentos; moderará el debate evitando divagaciones impertinentes sin coartar el derecho de defensa; retirará el uso de la palabra o le ordenará el abandono del recinto a quien no siga sus instrucciones; mantendrá el orden y velará por que se guarde el respeto y la consideración

debidos, usando para ello las potestades de corrección y disciplina que le confiere la ley".

Ante la ausencia de norma, el tribunal conferirá un plazo prudencial a las partes, que, atendiendo la complejidad o extensión del proceso deberá ser entre 15 y 45 minutos. También deberá advertir que debe referirse al caso concreto, que no puede leerlas, que no podrá hacer ataques personales a la contraparte o al tribunal, deberá guardar el respeto y el decoro con ambos y los asistentes.

En cumplimiento del principio de inmediación y de identidad física del tribunal, se debe hacer ante el tribunal unipersonal concursal que dirigió la audiencia única y que deberá dictar la sentencia (SIC Nº 0488-F-S1 del 19-04-2012, para materia contenciosa).

La forma de hacer las conclusiones es sin duda la oral, porque estamos en un proceso regido por la oralidad y la inmediación, donde la palabra hablada es la forma de comunicación, la regla –art. 2.7 CPC. De ahí que resulte inadmisible la técnica utilizada por algunos litigantes -en el arbitraje y el contencioso administrativo-, de leer sus conclusiones, volviendo a un sistema escrito o verbalizando la oralidad.

En esta audiencia de conclusiones no se pueden formular nuevas pretensiones ni ampliar las existentes, tampoco es admisible prueba nueva, porque sería crear un mecanismo de ampliación de las pretensiones en contra del principio general, según el cual, una vez trabada la litis no se pueden ampliar las pretensiones de la demanda.

La práctica ha enseñado que a través de ella se hace una conclusión sobre las razones fácticas objeto de discusión, los hechos relevantes que a criterio de la parte se demostraron o no se demostraron. Seguido de un análisis de las conclusiones jurídicas -con doctrina y jurisprudencia- que justifica que se acoja la pretensión formulada o su rechazo, esto es la adecuación fáctica a la pretensión y la adecuación de esta a la normativa aplicable. Es recomendable que vaya acompañado de una indicación de los elementos de prueba evacuados que fundamenten y demuestren la conclusión lograda por las partes -con indicación de los folios donde consta la prueba que sirve de respaldo o el nombre del testigo o declarante-.

9.- El TRÁMITE ESCRITO DE LA OPOSICIÓN

Si no hubiere prueba que practicar en audiencia, el proceso se convertirá como si se tratara uno de "puro derecho" -art. 102.2 y 103.3 CPC-. En este supuesto, se concederá un plazo de tres días a la parte actora para que se refiera a la contestación negativa y excepciones opuestas; vencido en cual, el

tribunal decidirá en una sola resolución primero las defensas que puedan incidir sobre la competencia, de seguido las demás excepciones de carácter procesal y finalmente, si resultaren improcedentes las anteriores, lo concerniente a la apertura o rechazo del concurso.

La LC varía el sistema del CPC que ordena resolver de previo las excepciones procesales -vía art. 37.3 CPC- y en una sola resolución -no escalonadas- se debe pronunciar sobre las excepciones procesales y si las rechaza, en la misma resolverá y dictará sentencia sobre el fondo de la controversia, la cual debe cumplir con todos los requisitos del art. 61 CPC.

10.- PREJUDICIALIDAD

Siguiendo la línea trazada por el art. 34.2 CPC160, el art. 14.9 LC reitera que "la existencia de un proceso penal, en ningún caso dará lugar a prejudicialidad en cuanto a la solicitud de apertura del concurso. La falsedad del título base de la demanda, así como cualquier otra defensa en cuanto a la validez de la obligación o los presupuestos para la apertura del concurso, podrán ser invocadas como excepciones materiales dentro del emplazamiento y serán resueltas en sentencia.

Cuando para resolver sobre la apertura del concurso, sea necesario decidir alguna cuestión que constituya el objeto de otro proceso no penal anterior a la solicitud inicial; de oficio o a solicitud de parte, podrá decretarse la suspensión del curso del proceso concursal hasta que se decida aquél en firme. El proceso concursal se suspenderá previo a la celebración de la audiencia oral, cuando ésta sea necesaria. De no serlo, la suspensión únicamente impedirá el dictado de la sentencia" -art. 14.9 LC-.

En ningún caso la prejudicialidad impedirá el conocimiento de la constitución, modificación o extinción de medidas cautelares en el concurso -art. 14.10 LC, vid. art. 97 CPC-.

11.- DESISTIMIENTO DE LOS CONCURSOS

A pesar de tratarse de procesos civiles dispositivos, no rigen las reglas del desistimiento de la demanda del art. 56 CPC, de manera que quien hubiese demandado la apertura del concurso de otra persona, sucesión o patrimonio autónomo, no podrá desistir de la demanda -art. 14.10 LC-.

---

[160] Art. 34.2 CPC "La existencia de un proceso penal en ningún caso dará lugar a prejudicialidad. Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que a su vez constituya el objeto principal de otro proceso no penal pendiente ante el mismo o distinto tribunal, si no fuera posible la acumulación de procesos, el tribunal, de oficio o a solicitud de parte, podrá decretar la suspensión del curso de las actuaciones…"

Sin embargo, el art. 14.10 LC contempla una excepción que, si permite el desistimiento, bajo las reglas del art. 56 CPC, pues ordena que si antes de la declaratoria de apertura se aporta prueba que determine la insubsistencia del procedimiento en relación con los presupuestos objetivos, se podrá dar por terminado el proceso sin más trámite.

12.- PROHIBICIÓN DE ENERVAR EL PROCESO CONCURSAL

Se elimina una regla histórica de más de 100 años de vigencia, que permitía al deudor requerido, pagar en el plazo de requerimiento de 3 días, el monto reclamado por el acreedor demandante. Ahora bajo el art. 14.11 LC "El demandado no podrá enervar la demanda de concurso, haciendo pago de lo adeudado respecto de los créditos que le sirvieron de fundamento", esto a fin de evitar que se otorgue a ese acreedor prematuro y diligente, un beneficio, en perjuicio del resto de acreedores de la masa.

13.- MEDIDAS CAUTELARES

Se regula de manera expresa, el poder cautelar del juez concursal, pues permite, a solicitud de parte y de oficio el otorgamiento de medidas cautelares, en este tipo de proceso, sea antes de este o dentro de él -ver arts. 3.4, 10 y 14.6 LC-, de manera que, además de los efectos que prevé esta ley para la declaratoria del concurso, antes o durante el procedimiento concursal, será aplicable el régimen de la tutela cautelar que establece la legislación procesal civil. Sin embargo, solo caducarán las medidas cautelares cuando hubiesen sido solicitadas de previo al establecimiento de la demanda o solicitud concursal y el promotor no gestione el proceso principal dentro del plazo de un mes después de ejecutadas. Lo que se reitera en el art. 14.6 LC "Aun de oficio, el tribunal adoptará las medidas cautelares necesarias para tutelar los derechos de los eventuales acreedores, la preservación del patrimonio del deudor y cualquier otra medida típica o atípica que asegure los fines del concurso".

En cuanto a los presupuestos y procedimiento de las medidas cautelares, el art. 10.1 LC remite a la "legislación procesal civil", en específico, el art. 78 CPC "Las medidas cautelares serán admisibles cuando exista peligro de pérdida, alteración, daño actual o potencial del derecho o intereses jurídicamente relevantes, o cuando sea necesario asegurar resultados futuros o consolidar situaciones jurídicas ciertas o posibles. Para decretarlas, el tribunal analizará la probabilidad o verosimilitud de la pretensión" y el art. 79 CPC "Para decidir sobre la admisibilidad de la tutela cautelar se apreciará la apariencia de buen derecho, la proporcionalidad y razonabilidad de la medida,

su relación con la pretensión y la eventual afectación a terceros o al interés público…"

14.- LA SENTENCIA DESESTIMATORIA: PLAZO Y EFECTOS

La propia LC acaba con un debate doctrinal sobre la tipología y naturaleza de la resolución que estimado o desestima una demanda concursal, denominándola "sentencia", lo que luego confirma al otorgarle el carácter de cosa juzgada, por los recursos que le permite y prohibir el replanteamiento de un nuevo proceso para discutirlo resuelto en el proceso concursal -art. 60 LC "Tendrán autoridad de cosa juzgada y serán indiscutibles en otra vía, las cuestiones procesales o sustantivas resueltas en firme en el concurso, salvo lo que disponga la ley para casos especiales y sin perjuicio de la procedencia de la demanda de revisión conforme a la legislación procesal civil". Vid. art. 63 CPC-.

a.- Plazo para la emisión de sentencia

Concluida la audiencia oral o estando listo el proceso para la decisión de fondo cuando no se hubiera celebrado, se procederá a la emisión escrita de la sentencia dentro del plazo de cinco días. En procesos muy complejos, el plazo será de quince días, lo cual se justificará en la sentencia que se emita -art. art. 15 LC-. Al igual que el art. 61.2 CPC no se establece ninguna sanción o causal de nulidad de la sentencia extemporánea.

b.- Sentencia desestimatoria

Se consagra de manera expresa dos reglas, el rechazo de la solicitud de apertura de un concurso por parte del acreedor. Por la primera, "si se deniega la apertura del concurso, el tribunal podrá condenar al demandante al pago de costas, las cuales se liquidarán en el mismo proceso" -art. 15.10 LC, lo que innecesariamente reitera el art. 9.1 LC "Cuando se rechace la solicitud de apertura del concurso formulada por acreedores, podrán ser condenados al pago de las costas en los mismos términos previstos por la legislación procesal civil". La remisión que hace la norma se refiere a las reglas sobre costas del art. 73 CPC-.

La segunda innovación, tema debatido bajo la legislación derogada, por falta de previsión expresa, "también se podrá condenar al demandante al pago de daños y perjuicios que se hubieren ocasionado con su acción, los cuales serán liquidables ante el tribunal común competente" -art. 15.10 LC-, por lo que, por vía de ejecución de sentencia se ejecutará y condenará al pago de esos daños -art- 146 CPC-.

SOLICITUD DE APERTURA DEL CONCURSO POR EL DEUDOR

Dr. Sergio Artavia Barrantes
MSc. Katherine Calvo Artavia

1. Introducción.

La ley No 9957 del 14 de abril del 2021 "Ley Concursal de Costa Rica, publicada en el Diario Oficial la Gaceta el pasado 31 de mayo del 20021 y que entra en vigor el próximo 1 de diciembre de 202, presenta un cambio de paradigma en el Derecho Concursal. La nueva normativa da respuesta a las múltiples criticas que actualmente se realizan a la forma en que se regulan los procesos concursales; y utilizando como base las últimas tendencias doctrinarias y legislativas de otros países, presenta un nuevo procedimiento de concurso dotado de flexibilidad, adaptable a diversas situaciones, lo que permite que se promuevan soluciones que permitan dar satisfacción a los acreedores y a su vez crear un procedimiento judicial que tendiente al salvamento de la empresa cuando esto sea posible.

La superación de un modelo con multiplicidad de instituciones concursales, de la separación entre comerciantes y no comerciantes, y de una ley que abandona el carácter represivo que anteriormente se daba a este tipo de procesos, permite que se presente un procedimiento expedito, con una regulación clara desde su solicitud hasta su solución sea mediante convenio o liquidación.

Dentro de los cambios más relevantes es el replanteamiento de los requisitos cuando la solicitud, de lo que ahora será el concurso, sea formulada por el deudor. El artículo 13 de la Ley evidencia la preocupación de sus redactores en adaptar esta gestión a las situaciones actuales y que a falta de una normativa clara y única eran resueltos por la jurisprudencia.

2. Sobre los requisitos de la solicitud por parte del deudor.

Por su objeto, pretensiones que se pueden esgrimir y la naturaleza particular del proceso concursal, la demanda debe cumplir con requisitos que no contienen las demandas civiles comunes, por lo que la solicitud de concurso del propio deudor o del representante o administrador del patrimonio autónomo, deberá cumplir los requisitos del art. 13.5 LC.

Véase que, a diferencia de la demanda concursal formulada por un acreedor y otros entes legitimados -art. 14 LC-, el art, 13.5 no remite al proceso civil para regular los requisitos de la solicitud. Y a diferencia de la demanda por parte de un acreedor, en el caso del deudor la ley la denomina, en varias ocasiones, como "solicitud" y no demanda.

No obstante, lo anterior, en la exposición de los hechos, ofrecimiento de prueba y pretensiones, conviene que el deudor cumpla, en la solicitud, con los

requisitos de las demandas civiles -art. 35.1- en lo que fuere compatibles -art. 3 LC-.

a. Indicación de si se trata de una insuficiencia actual o inminente

Por la diferencia de trámite y efectos entre uno y otro, el deudor deberá indicar en su solicitud, si ya ha entrado en mora en el pago de sus obligaciones en los supuestos del art. 5.1 LC., esto es cuando el deudor "se encuentre en una crisis patrimonial, general y no transitoria, que le impida satisfacer puntualmente sus obligaciones dinerarias", o si es inminente161.

También procederá cuando sea inminente su insuficiencia patrimonial, en los supuestos del art. 5.2 LC cuando: "1- Admita su estado de insuficiencia patrimonial y solicite su propio concurso, 2- Ha dejado de cumplir dos o más obligaciones vencidas en perjuicio de acreedores distintos, sin que se evidencien bienes suficientes para responder por su pago, 3- Cese su actividad empresarial, o todos sus representantes legales se oculten o ausenten, sin haber adoptado las previsiones necesarias para cumplir puntualmente sus obligaciones. 4- Realice actos de disposición patrimonial, que beneficien a uno o varios acreedores o terceros, con los cuales pueda comprometer el pago puntual de sus demás obligaciones. 5- Recurra a actos o procesos ruinosos, fraudulentos o ficticios, para obtener recursos económicos o dejar de cumplir sus obligaciones. 6-Concurran otras circunstancias que evidencien su insuficiencia patrimonial" -art. 5.2-.

La inclusión del presupuesto objetivo de insuficiencia inminente evidencia que la norma – siguiendo las tendencias actuales- busca adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.

Debe considerarse que el carácter inminente también debe conservar las características de regularidad y puntualidad que refiere el art. 5, y que para su comprobación se requiere acreditar la condición amenazante, a fin de que tenga sentido la vocación preventiva, y no podrá reducirse a supuestos en que la insolvencia está a punto de ser confirmada, tampoco será procedente que el juzgador utilice un parámetro temporal (plazo corto o medio para la efectiva insuficiencia patrimonial), puesto que lo único preciso es advertir esa razonabilidad del cálculo objetivo del solicitante acerca de que no podrá cumplir sus obligaciones de forma puntual y regular, aunque se vayan a incumplir dentro de seis meses o un año.

---

161 González José Carlos. "La declaración de concurso", en Manual de derecho concursal, coord. Juana Pulgar, pág. 153 aunque hoy habla de presupuesto objetivos para referirse a "insolvencia actual" e "insolvencia inminente".

b. Documentos de la representación y acuerdo de asamblea

Es un requisito en todos los procesos civiles, especialmente en los concursos por las exigencias de representación y legitimación calificada que imponen los art. 13.1 al 13.4 de la LC, incluye el acuerdo de socios o miembros de la persona jurídica-

c. Explicación de los motivos de la insuficiencia patrimonial

Al igual que los hechos en una demanda civil, en la solicitud inicial de concurso, el deudor deberá exponer y dar una "explicación clara, detallada y precisa, en orden cronológico, de los motivos que ocasionaron la insuficiencia patrimonial o que la hacen inminente" -art. 13.5.3 LC-.

La explicación que se impone acerca de las causas concretas de la insuficiencia patrimonial significa hablar simplemente de las razones por las cuales se ha llegado al punto de no poder satisfacer las obligaciones con medios regulares. De manera clara, detalla y precisa, el deudor solicitante deberá exponer en los hechos, las razones concretas que motivaron la crisis, aportando la prueba que lo confirma o si se trata de hechos, como una crisis admitida en el sector u otro factor externo conocido, devaluación, cierre de mercados, tasas de intereses que representen una carga financiera inmanejable, pérdidas acumuladas durante algún período económico o varios meses, entrada de la competencia, pérdida de contratos, cambio de las condiciones del mercado en los productos y servicios que brinda, contracción del mercado, una condición personal del empresario, por una condena, distorsión en el mercado o malas inversiones, caída de un negocio, incumplimiento de un contrato, cierre de la distribución o representación, cierre de canales de distribución, etc. En este sentido, se podrán alegar causas exógenas, tales como, por ejemplo, las derivadas del cambio de las condiciones de mercado o de la competencia, que han llevado al ahogo financiero del sector; o causas endógenas, como ser una mala administración de los recursos162.

La frase "explicación clara, detallada y precisa, en orden cronológico" del art. 13.5 LC, tiene su símil en el requisito de los hechos de cualquier demanda, en los que el ordenamiento exige, "Narración precisa de los hechos, expuestos uno por uno, numerados y bien especificados. Deberán redactarse ordenadamente, con claridad, precisión y de forma cronológica, en la medida de lo posible" -del art. 35.1.3 CPC163. "Detallar" es tanto como precisar, puntualizar, pormenorizar, especificar, individualizar, explicar, concretar y delimitar los hechos que motivaron esa crisis.

Manifiesta Cámara que lo que la ley pretende es "que se especifiquen claramente las causales del desequilibrio económico, muy importante para

---

[162] Heredia Pablo. Tratado exegético de derecho concursal. Bs. As., 2001, t. I, pág. 371.

[163] Ver la técnica en Artavia Sergio. Litigación civil y audiencias orales, 2ª edic, San José, 2020, pág. 71

apreciar el quehacer del deudor: en síntesis, una narración veraz y circunstanciada de su evolución en la actividad económica, que muestre cómo desembocó en la crisis y las perspectivas para sortear las dificultades"[164]. Sin estos datos, que hacen a una adecuada táctica procesal, no es posible pretender que el juez abra el concurso preventivo, insistimos por ende en la importancia y el debido cumplimiento de este requisito legal[165].

d. Reseña económica y jurídica de los últimos tres años

En la solicitud, específicamente en los hechos o en un anexo, cuando es complejo, el deudor hará una "reseña de la actividad económica y jurídica que ha realizado durante los últimos tres años" -art. 13.5.4-. La actividad económica se refiere a todos los negocios importantes que ha realizado en el giro comercial, que conduzcan a determinar su relevancia, entender las causas de la crisis y eventualmente la viabilidad económica, de las propuestas de solución de la crisis.

"Indicará si continuará ejecutando actividad económica luego de la solicitud y en su caso, expondrá un detalle de ella" -art. 13.5.4 y 17.2 LC-. Esto a fin de determinar si se determinar si será removido de la administración, si se debe nombrar un administrador o interventor y para entender su participación en la propuesta de solución de la crisis. En todo caso debe recordarse que conforme con el art. 3.8 LC "La persona concursada, sus representantes legales o apoderados, administradores, liquidadores y albaceas, tienen el deber de comparecer ante el tribunal competente y ante el administrador, interventor o liquidador concursal, cuantas veces sean requeridos".

Se ha insistido en el orden y la claridad expositiva que debe observar el deudor, de modo que facilite la labor de comprensión del juez, del interventor, administrado y liquidador, y de los propios acreedores que son los que deben tomar la decisión, según se explique adecuadamente esa circunstancia y se justifique darle la protección legal con el proceso concursal, pues esa decisión es fundamental para la aprobación del concurso.

Hay quienes pretenden dar largas explicaciones sobre la historia de la empresa y otros datos que, si bien pueden ser interesantes, no hacen al estricto cumplimiento de este requisito normativo.

e. Inventario de bienes, valor y procesos judiciales que los afecten

Con base en el art. 30.1 LC "El activo del concurso estará integrado por los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado a la fecha de su apertura, los que se reintegren durante su tramitación, y los que se adquieran posteriormente hasta su conclusión", es por ello por lo que, el art. 13.5.5 de la LC, en cuanto al activo, exige indicar al deudor en su solicitud:

---

[164] Cámara Héctor. El concurso preventivo..., pág. 407.
[165] Grispo Jorge. Tratado sobre la ley de concursos..., pág. 175

a) Inventario de bienes materiales e inmateriales de los que sea titular o formen parte del patrimonio autónomo, a la fecha de solicitud del concurso,

b) estimación de su valor -se entiende individual o grupo de ellos, de manera que no debe incluirse bienes sin valor, inservibles o irrelevantes,

c

en orden alfabético. También con garantía real y personal.

Incluirá el monto de capital, intereses, comisiones, gastos, multas y otros rubros que debiere. En cuanto a los intereses deberá especificar su tipo y tasa -art. 13.5.10 C-.

Informará la fecha de vencimiento de cada uno de los créditos, así como la existencia de codeudores, garantías personales, reales o de cualquier otra naturaleza -art. 13.5.10-.

Si algún acreedor hubiera reclamado judicial o extrajudicialmente el pago, se indicará la clase de reclamación, el tribunal o personas encargadas de la ejecución, el número de proceso o expediente y su estado actual -art. 13.5.10-. Esto permitirá determinar en qué supuestos estos procesos de reclamo o cobro, pueden ser o no suspendidos -art. 18.2 LC en cuanto ordena "se suspenderán los procesos judiciales y extrajudiciales cobratorios y de ejecuciones dinerarias interpuestos previo a la declaratoria de concurso, únicamente en cuanto pretendan la persecución de bienes del concursado. El proceso continuará contra otros demandados y sus bienes",

Para tales efectos debe tomarse en cuenta, con base en esta información, que se excluye de la suspensión y efectos procesales de la admisión, el remate de que aquellos bienes si: a) Al momento de presentarse la solicitud o demanda del concurso, hubiere fecha señalada para remate ya debidamente notificada al concursado o su representante legal, b) Se haya ordenado la venta o liquidación de bienes por otros mecanismos diferentes al remate, debidamente comunicada al concursado o su representante legal, antes de la presentación de la solicitud o demanda del concurso, c) Se trate de créditos laborales o alimentarios, si en la ejecución se hubiera decretado o practicado embargo -art. 18.2.1, .2 y .3 LC-

f. Procesos judiciales y extrajudiciales patrimoniales

Como una novedad, aunque en la práctica se venía incluyendo, el deudor deberá presentar una "información detallada de cualesquiera otros procesos judiciales y extrajudiciales de carácter patrimonial, en los que sea parte, con indicación de su n) lugar donde se encuentran y,

d) los datos de identificación registral.

e) Deberá indicarse detalladamente los gravámenes y anotaciones de cualquier naturaleza que pesen sobre los bienes, sus características,

f) Informar sobre cualquier disputa o ejecución judicial o extrajudicial que afecte los bienes del deudor o pudiere afectar, con indicación del número de expediente o causa, el estado de los respectivos procesos y ejecuciones que estuviesen en trámite.

g. Listado de sus deudores y montos adeudados

A fin de determinar la masa activa -acreencias y deudores del deudor concursal, art. 30.1 LC-, el deudor en la solicitud deberá adjuntar un "listado por orden alfabético, con indicación de su nombre completo, calidades y domicilio". Se refiere a deudores relevantes, bien sea financieros o comerciales con los que ha mantenido relación comercial -art. 13.5.6 LC-.

Para ir perfilando la masa que compone el activo, incluirá, respecto de sus deudores, "el monto de capital, intereses, comisiones, gastos, multas y otros rubros adeudados" -art. 13.5.6 LC-.

En cuanto a los intereses deberá especificar su tipo y tasa de interés que le paga cada deudor, por deuda.

Informará la fecha de vencimiento de cada uno de los créditos, así como la existencia de codeudores, garantías personales, reales o de cualquier otra naturaleza -art. 13.5.6-, esto a fin de determinar los verdaderos obligados y si se pueden realizar acciones cobratorias con esos deudores y garantes de créditos del deudor, en los términos de los artículos 18.2, 19.5, 35.5 y 43.2 LC.

h. Información pormenorizada de los fideicomisos

Esta es una novedad normativa, aunque en la práctica se hacía, especialmente para formular medidas cautelares contra ellos, de manera que deberá indicar y aportar información pormenorizada de los fideicomisos en los cuales que el deudor concursado "figure como fideicomitente, fiduciario o fideicomisario, con indicación detallada de los bienes fideicometidos.

Aportará los contratos de constitución y sus modificaciones. Informará sobre el estado actual de cada fideicomiso, sus bienes, además de los derechos y las obligaciones de quienes participen en él. Si se trata de concurso de patrimonio autónomo, la información indicada se referirá expresamente a sus bienes y a la actividad empresarial que se realiza" -art. 13.5.7 LC-.

Esto tiene importancia a efecto de determinar, cuando es fideicomitente, si la eventual ejecución del fideicomiso es atraída al concurso -art. 18.2.3- y su consideración o no de crédito privilegiado -art. 34.2.3 LC-.

i. Listado de bienes que no sean de su propiedad

De cara a eventuales exclusiones de activos -art. 30.5 LC-, el deudor deberá incluir un "listado de bienes que no sean de su propiedad y se encuentren bajo su posesión, con señalamiento de las causas o actos jurídicos en virtud de los cuales los posee, así como el uso que les da. Agregará la estimación de su valor y el plazo por el que legalmente los habría de mantener bajo su posesión" -art. 13.5.8 LC-.

Debe considerarse que conforme con el art. 30.5 LC "Los terceros, por cualquier medio que permita demostrar su recepción, podrán requerir directamente al interventor, administrador o liquidador concursales, la exclusión de bienes o derechos del inventario. También podrán pedir su restitución cuando estuvieren en posesión del concurso" y este sería una prueba e indicio importancia de la titularidad de esos bienes de terceros, para lograr su exclusión.

j. Listado de sus trabajadores

Ese listado de trabajadores, que se podrá anexar, lo será "por orden alfabético, cuando los hubiere, con la indicación de su nombre completo, calidades y domicilio. Incluirá sus puestos de trabajo, los salarios brutos y netos, así como la indicación de si se encuentra al día en el pago de lo que les corresponde.

De encontrarse moroso en el pago de las acreencias laborales, individualizará, por tipo de prestación, los períodos y montos adeudados. Si algún trabajador hubiera reclamado judicial o extrajudicialmente el pago, se indicará la clase de reclamación, el tribunal o personas encargadas de la ejecución, el número de proceso o expediente y su estado actual" -art. 13.5.9-.

Debe recordarse que los créditos laborales siguen siendo privilegiados generales -art. 34.3.2 LC- y que los procesos alimentarios y laborales establecidos contra el concursado, que se encuentren en fase de conocimiento, continuarán hasta el acaecimiento de sentencia firme. Sin embargo, será innecesario el inicio o la continuación de un proceso de conocimiento laboral, cuando quien ejerza la intervención o administración concursal, reconozca directamente créditos de trabajadores, bajo su responsabilidad, si estima que se encuentran debidamente acreditados, en cuyo caso, procederá a su pago inmediato -art. 18.1 LC-.

Finalmente, en cuanto a los créditos laborales "si en la ejecución se hubiera decretado o practicado embargo. No obstante, en la ejecución no se podrá apremiar otros bienes del concurso. En cualquier caso, contando a su favor con embargo o no, el acreedor siempre podrá requerir directamente a quien esté administrando el activo concursal, para que, a la mayor brevedad posible, pague lo que corresponda" -art. 18.2.3 LC-.

k. Listado de los demás acreedores

Para la determinación del pasivo concursal -art. 32 LC-, y el primer informe del administrador o interventor, el deudor deberá aportar un listado de acreedores de concursado "por orden alfabético, con la indicación de su nombre completo, calidades y domicilio" -art. 13.5.10-.

Conviene separar los acreedores entre financieros, proveedores y de servicio, siempre úmero, las partes involucradas y la autoridad o personas que lo tramitan; así como su objeto y estado actual" -art. 13.5.11 LC.

Es un breve resumen o cuadro sinóptico con esta información de los procesos judiciales y extrajudiciales -fideicomisos o garantías mobiliarias por ejp. -, en los que el deudor sea parte. No es necesario adjuntar copias del proceso o de sus elementos esenciales.

Esto permitirá determinar la composición del activo y el pasivo, según la condición que tenga el deudor en esos procesos. Permite determinar cuáles procesos se interrumpen, cuales son atraídos y cuales pueden continuar por separado, a pesar de la admisión del convenio -art. 18 y 18.4 LC. Este último en cuanto señala "La apertura del concurso no impedirá la instauración de nuevos procesos judiciales o arbitrales a favor o en contra de los intereses del concurso, ante el tribunal judicial común o arbitral que corresponda, salvo que se trate de: 1- Pretensiones que, conforme esta ley, deban tramitarse ante el tribunal concursal. 2- Procesos cobratorios o de ejecuciones judiciales o extrajudiciales de obligaciones dinerarias, contra el concurso, en cuyo caso, los acreedores deberán sujetarse a lo dispuesto en esta ley".

l. Gastos y costos de operación de los últimos 12 meses

Deberán revelarse los gastos en los que incurre periódicamente, y en caso de realizar actividades empresariales, sus costos de operación de los últimos doce meses -art. 13.5.12 LC-. Con la reforma se delimita un aspecto de duda de la legislación derogada, pues algunos jueces de primera instancia habían entendido que, los costos de operación eran de los últimos 4 años, asimilando a la exigencia de los estados financieros y declaraciones tributarias.

En este detalle de gastos, se incluirán los relevantes, los que figuran en las declaraciones o estados. Puede ser preparado por un contador público o privado. Y en cuanto a los costos de operación serán los gastos directos e indirectos en que incurrió el deudor, en los últimos 12 meses.

Los 12 meses no se refieren necesariamente al año fiscal, sino a los 12 meses anteriores cerrados, de la fecha en que se presentó el concurso.

m. Contratos en curso de ejecución

En la solicitud de convenio el deudor hará una "Enumeración de los contratos en curso de ejecución. Indicará las personas contratantes, las prestaciones asumidas, plazos o condiciones, garantías y el estado actual de su cumplimiento" -art. 13.5.13 LC-, esto con la finalidad de determinar y justificar cuáles contratos se puedan continuar o resolver, con la declaratoria del concurso, bajo el art. 20.4 LC.

n. Estados financieros de los últimos tres años

Si el deudor estuviera obligado a llevar contabilidad, acompañará los estados financieros y contables correspondientes a los últimos tres años -art. 13.5.14 LC-. Los estados financieros, también denominados indebidamente como estados contables, informes financieros o cuentas anuales, son informes que utilizan las empresas para dar a conocer la situación económica, financiera y los cambios que experimenta en un periodo determinado. En nuestro país,

tras la reforma de la Ley de Fortalecimiento hacen su cierre al 31 de diciembre de todos los años.

La norma aclara que deben presentarse los estados financieros si el deudor está legalmente obligado a llevar contabilidad, de manera que, si no lleva, porque no existe la obligación legal o se trata de una sociedad extranjera que tiene otra regulación se exime de su presentación.

Se reduce de 4 a 3 años el período que debe acompañarse, nos parece razonable la reducción, pues en ese periodo refleja la realidad actual y no histórica de la situación económica de la empresa.

Los estados financieros en Costa Rica están integrados por: a) Mayor, b) Diario, c) Inventarios y balances. Estos últimos a su vez integrados por a) Estado de situación financiera, b) Estados de resultados y resultado integral del período, c) Estado de cambio de patrimonio del período, d) Un estado de flujo de efectivo del período, e) Notas que incluyen un resumen de las políticas contables significativas y otra información explicativa.

Los estados contables (sic. financieros) deberán ser acompañados de certificación emitida por contador público autorizado. Si el deudor hubiera contratado auditoría externa de sus estados contables, acompañará los informes correspondientes al período indicado. Estas dos son novedades de la LC.

Debe tomarse en cuenta que los libros contables y estados financiero se llevan desde hace mucho en sistemas informáticos, por lo que bastará con presentarse de este modo y no necesariamente en físico. El art. 251 del Cco señala "al hacer este Código referencia a libros contables, se entenderá igualmente la utilización de sistemas informáticos de llevanza de la contabilidad" (así reformado por Ley 9069 del 2012).

A diferencia del sistema derogado, los libros legales y contables serán aportados únicamente cuando los requiera el tribunal, si lo considera necesario. No obstante, podrán ser consultados irrestrictamente por quienes ejerzan la administración, control o vigilancia dentro del proceso concursal. El deudor o sus representantes serán responsables de la custodia de los libros mencionados y de la continuación de la contabilidad, mientras la autoridad judicial no disponga lo contrario -art.13.5.14-.

o. Cumplimiento de las declaraciones y obligaciones tributarias

Es una novedad de la LC pues exige al deudor "si tuviere deber legal de tributar, comprobará el cumplimiento de las declaraciones y obligaciones tributarias de los últimos tres años". ¿Qué se entiende por cumplimiento de las declaraciones y obligaciones tributarias? ¿Haber presentado las declaraciones? ¿Haber pagados los impuestos que está obligado a pagar en esos tres años? ¿Haber cumplido con las dos?

En mi opinión bastará con haber presentado las declaraciones respectivas -de renta e IVA- pues puede que la causa de la crisis y parte de los

pasivos en mora se refieran a esas obligaciones tributarias, que en todo caso el fisco mantiene el derecho y privilegio de su cobro. Hacer depender la admisibilidad de un concurso al pago efectivo de las obligaciones tributarias, podría cerrar el camino a una cantidad importantes de deudores, que parte de la crisis sea precisamente esa o que por su situación no ha podido pagar las últimas declaraciones.

Debe tomarse en cuenta que esta solución se basaría en la previsión del art. 13.5.18 LC según el cual "En caso de no poder cumplir con alguno los requisitos anteriores, expondrá al tribunal las razones del caso y aportará la prueba que sea necesaria. Se prescindirá del requisito si las razones expuestas son atendibles a criterio del tribunal". Se trata de una instrumentalización del principio pro sentencia y de derecho a la tutela judicial efectiva.

p. Detalle de socios, asociados y miembros de administración

Otra novedad de la LC concursar es que, tratándose de una solicitud de persona jurídica -de cualquier naturaleza, art. 4.1.3-, se "aportará el detalle de socios, asociados o miembros, representantes, órganos de administración, gestión y fiscalización". Es decir, quienes conforman los diversos órganos de la persona jurídica: socios, miembros y órgano de la administración y fiscales.

q. Si se trata de un grupo de interés económico

Debe cumplirse con lo establecido en el numeral 61 a 63 LC, bajo pena de inadmisibilidad -art. 13.8 LC- e incluirse a todos los sujetos, personas físicas o jurídicas que formen parte del grupo.

r. Cualquier otra documentación o información necesaria

Información o prueba que justifique los enunciados fácticos, razones de la crisis o ayude a comprender mejor la situación por lo que pasa el deudor y clarifique la propuesta que formule.

s. Las propuestas para la solución de la crisis patrimonial

En la solicitud el deudor deberá indicar y documentar la propuesta o propuestas concursales para la solución de su crisis patrimonial, aquellas "podrán consistir en una propuesta de convenio o de liquidación". La primera si pretende la conservación de la empresa porque esta es salvable -art. 3.6 y 31.1 LC-, la segunda si la empresa no es recuperable y no se va a conservar, para proceder con el proceso de liquidación -ya no quiebra- del art. 46 y siguientes de la LC.

3. Las propuestas para la solución de la crisis patrimonial.

Cuando el deudor proponga un concurso preventivo o propuesta de convenio166, para la conservación y marcha de la empresa, podrá hacer propuestas de diversa naturaleza.

---

166 Gutiérrez Andrés. El convenio concursal, Madrid, 2015, para la definición, naturaleza, modalidades, requisitos, etc., del convenio concursal.

a. Contenido de la propuesta de convenio

Las diversas clasificaciones que se hacen de los convenios dependen, si se liquidan o no, los bienes del deudor y la segunda clasificación obedece a si estos permiten que se continúe con la actividad comercial del deudor, en vez de su liquidación o la de sus bienes, entonces se dividirán así: i) Concursos no liquidatorios, y, ii) Concursos liquidatorios -art. 4.6 LC-. Los primeros, el ingenio del deudor propondrá dilación, quitas, mora en el pago, reducción de la carga financiera, la reorganización de la entidad y cualquier medida, partiendo de la base de que el deudor continuará con sus actividades.

b. Propuestas diferenciadas

La LC introduce, expresamente la regla de que en los procesos concursales se debe "respetar los principios de igualdad y proporcionalidad en el trato de acreedores de una misma clase, salvo los casos de excepción expresamente establecidos por la ley" -art. 1.4 LC-, que se complementa con 3.1 LC "salvo las disposiciones especiales que establezca la ley, en el concurso, se tratará de manera igualitaria y proporcional a sus créditos a los acreedores de una misma clase, independientemente del vencimiento y fuente de las obligaciones". En aplicación de esta regla y su excepción, cuando el deudor pretenda el salvamento de una empresa o de la crisis patrimonial del deudor, el concursado podrá formular propuestas de convenio de acuerdos generales o diferenciadas, siempre que favorezca a los fines del concurso. Cuando efectúe propuestas diferenciadas, justificará con criterios objetivos las agrupaciones y categorías de acreedores para los cuales las formule -art. 13.6 LC-.

El juzgado, cuando estime que las categorías no se encuentran debidamente justificadas, aplicará lo dispuesto para la solicitud defectuosa de concurso -art. 13.8 LC, 35.4 CPC, puntualizando las razones por las cuales no son admisibles y prevendrá la corrección -art. 13.6 LC-, esto porque tal propuesta violenta los principios de universalidad -art. 3 LC-.

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

c. Modalidades de propuesta

La norma amplió la lista de los que sugería la legislación derogada, la doctrina y la práctica amplía las posibilidades, pues como señala Satta[167] la ley no regula en los detalles esta forma de concordato; y adrede, porque se ha querido dejar amplio desahogo a las negociaciones directas entre los acreedores. Esas modalidades de propuesta de convenio pueden ser: i) El otorgamiento de quitas de las deudas, ii) El pago escalonado de la deuda la aceptación de abonos parciales a los créditos, iii) La simple espera de los acreedores; iv) La administración de los bienes o negocios del deudor por una

[167] Satta Salvatore. Instituciones…, pág. 495.

tercera persona, v) La vigilancia de la gestión del deudor, vi) La enajenación de los bienes necesarios para llevar a efecto el concordato, y, en fin, cualquiera otra medida que facilitara el pago de las obligaciones a cargo del deudor o que regulara las relaciones de este con sus acreedores.

La norma enuncia alguna de esas propuestas, enunciación que no es taxativa sino enunciativa: "Las propuestas podrán consistir en perdón parcial de las deudas, otorgamiento de plazos más amplios para el cumplimiento, un plan de reestructuración empresarial, la refinanciación o readecuación de deudas, entrega de bienes, capitalización de activos, aumentos del capital social, liquidación patrimonial o cualquier otro tipo de solución lícita no contemplada en las anteriores o que resulte de la combinación de ellas" -art. 13.6 LC-.

d. Propuesta principal y subsidiarias

Siguiendo la regla general del CPC la normativa concursal introduce la posibilidad de formular una pretensión principal y subsidiarias de propuestas de convenio. Conforme con el art. 23.2 CPC para que la acumulación sea procedente es necesario siempre que haya conexión entre estas, que no se excluyan entre sí y que el tribunal sea competente para conocer de todas. Si fueran excluyentes, podrán acumularse como principales y subsidiarias. Y de acuerdo con el 35.1.7 CPC "las pretensiones formuladas subsidiariamente, para el caso de desestimación de las principales, se harán constar por su orden y separadamente".

Al formular varias propuestas, precisará cuáles son principales y cuales subsidiarias, con su respectivo orden de proposición. Si lo omite, se entenderá la primera como principal y las demás subsidiarias en el orden que hubiesen sido enunciadas -art. 13.6 LC-.

El art. 13.6 LC además de regular las subsidiarias, introduce las "pretensiones alternativas" como aquellas "disyuntivas" en el que se debe escoger uno u otro, sin que necesariamente sean subsidiarias. "Podrán incluirse proposiciones alternativas o adicionales para categorías o clases de acreedores", dice el art. 13.6 LC.

Si se hubieran acumulado varias pretensiones indebidamente, se requerirá a la parte para que se subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las pretensiones cuya acumulación fuera posible. Transcurrido el plazo sin que se produzca la subsanación o se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las pretensiones escogidas por el accionante, se declarará inadmisible -art. 23.2 CPC-.

e. Asentimiento de propuestas de terceros y acuerdo

Cuando una propuesta de convenio incluyere compromisos de terceros o acreedores, deberá ir firmada, además, por ellos o sus representantes, con la indicación expresa de no estar sujeta a condición -art. 13.6 LC-. Era una duda práctica, bajo la legislación derogada, por la omisión legal, si las propuestas en

el convenio, cuando involucraba compromisos de terceros -compra de cartera, de determinados bienes, de la empresa, etc.- si esos terceros debían dar su consentimiento a la propuesta. Hoy queda claro que, desde la solicitud inicial, esos terceros deben dar su asentimiento en la propuesta que los involucra.

La norma señala que esos compromisos de terceros "no debe estar sujeta a condición". Entendemos a condición potestativa, pues el tercero comprometido puede "condicionar" su oferta al cumplimiento de las condiciones que propone.

Por otra parte, el art. 13.6 in fine señala "cuando la validez de la propuesta dependa por ley del acuerdo de un órgano social o de personas jurídicas, deberá adjuntarse el acuerdo respectivo", con lo cual exige un acuerdo del órgano social -asamblea de socios- o de órgano soberano de otras personas jurídicas, en los casos en que esos compromisos de terceros provengan de una persona jurídica.

5.- Aviso inicial a los acreedores

Se mantiene la regla del sistema derogado, prevista para convenio preventivo e Intervención Judicial de la obligación del deudor de comunicar a los acreedores, la interposición del proceso concursal.

a. Forma y tiempo

Los procesos concursales, por sus efectos, están dotados de una amplia publicidad. La primera impone una obligación al deudor, una vez presentada la solicitud, de avisar a todos los acreedores acerca de la gestión efectuada y les comunicará ante cuál juzgado se gestiona, por cualquier medio que demuestre fehacientemente su efectiva recepción -art. 13.7 LC.

La LC fiel a la tendencia de introducción de la tecnología en la normativa procesal, innova para que esa comunicación -que no debe cumplir con las formalidades de notificaciones judiciales-, se puede hacer por cualquier medio, por lo que puede ser por correo electrónico, fax -aunque cada vez hay menos-, comunicación electrónica, correo tradicional, courier, con notario o entrega personal.

Ya no se exige el acuse de recibido, en su lugar, que demuestre fehacientemente su efectiva recepción por el acreedor.

Obviamente se debe notificar a los acreedores financieros, comerciales, de servicios, proveedores, que figuren en la lista de acreedores exigida en el art. 13.5.10 LC, incluso con los que continúa la relación comercial. Algunos de montos irrelevantes y que sea operativos, será innecesario la comunicación

Para efectos prácticos se puede acompañar un anexo con el nombre del acreedor, en orden alfabético, con la indicación de la forma en cómo se hizo la notificación, la fecha -dentro de los 5 días de presentando el concurso-, y adjuntando el comprobante respectivo.

b. Bajo pena de inadmisibilidad de la solicitud

La norma mantiene la obligación del derogado art. 713 CPC, pues exige que, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la solicitud, acreditará al tribunal el cumplimiento de la comunicación de la presentación del proceso al juez concursal.

Solo podrá declararse abierto el concurso si comprueba la efectiva comunicación a todos los acreedores o la existencia de motivos calificados que le impida hacerlo -domicilio desconocido, medio desactivado o fuerza mayor-

En consecuencia, de no cumplir con la comunicación en el plazo indicado, se declarará inadmisible el concurso -art. 13.7 LC-, por lo que es una causa adicional de inadmisibilidad del proceso, puesto que lo establece como un requisito ad solemnitaten, pues deberá demostrarse su cumplimiento, dentro del quinto día de presentado el concurso, sin importar si se le ha dado o no curso, imponiendo así la norma un requisito de admisibilidad, que no figura en la solicitud concursal original.

c. Suspensión de acciones judiciales

El art. 13.7 in fine LC introduce una importante innovación, dándole, ahora sí, relevancia a esa comunicación privada que debe hacer el deudor, al establecer que, una vez recibida la comunicación de la presentación del proceso concursal, el acreedor no podrá iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales contra el deudor o el patrimonio autónomo, salvo que estén habilitados expresamente por norma legal para ejercer sus derechos crediticios fuera del concurso, o este se declare inadmisible. De manera que los efectos ya no se dan con la admisión del convenio o intervención -extinto art. 723 CPC/98-, sino con la notificación al acreedor de la presentación del concurso.

Esta protección, de no poder iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales, no se produce en los supuestos del art. 18.2 LC, puesto que el 13.7 a "no podrán iniciar", de manera que los procesos de ejecución iniciados se rigen por el art. 18.2, a saber: "a) Se suspenderán los procesos judiciales y extrajudiciales cobratorios y de ejecuciones dinerarias interpuestos previo a la declaratoria de concurso, únicamente en cuanto pretendan la persecución de bienes del concursado. El proceso continuará contra otros demandados y sus bienes, b) No se suspenderán las ejecuciones dinerarias con respecto a bienes del concursado, cuando: 1- Al momento de presentarse la solicitud o demanda del concurso, hubiere fecha señalada para remate ya debidamente notificada al concursado o su representante legal. 2- Se haya ordenado la venta o liquidación de bienes por otros mecanismos diferentes al remate, debidamente comunicada al concursado o su representante legal, antes de la presentación de la solicitud o demanda del concurso. 3- Se trate de créditos laborales o alimentarios, si en la ejecución se hubiera decretado o practicado embargo".

6.- Demanda defectuosa

La demanda concursal defectuosa es la figura procesal según la cual, cuando la solicitud del deudor o la demanda concursal, en el caso que la interponga el acreedor, no cumple los requisitos taxativos formales, establecidos para un tipo de proceso, el juez debe prevenir al demandante su corrección, para que se ajuste a aquellos requisitos omitidos.

a. Prevención expresa

Reiteración de la regla de los procesos civiles -art. 35.4 CPC- si la solicitud concursal formulada por el deudor no cumple los requisitos legales, el tribunal puntualizará todos los defectos de una vez y ordenará su corrección en el plazo de cinco días. Si la prevención no se cumple, se declarará la inadmisibilidad de la solicitud -art. 13.8 LC y 35.4 CPC.

En el proceso las interpretaciones sobre las normas deben ser flexibles, amplias, anti formalistas, simples; principios que contrasta con el calvario que en muchas ocasiones se construye alrededor del proceso, transformándolo en una muralla infranqueable, que más rígido, costoso y lento, aparece plagado de estar con más dificultades. Esas deficiencias derivan en muchas ocasiones de la propia norma, mientras que, en otras, no son más que el producto del criterio y la drástica interpretación de quienes las aplican, con violación flagrante, en ambos casos, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva -art. 41 de la Constitución política, 3.3 y 24 CPC, sobre el carácter instrumental del proceso y la proscripción de las formalidades procesales.

Como se trata de una sanción procesal que se antepone al derecho de acceso a la justicia y que, interpretado contra-actione originaría verdaderas indefensiones e infracción al debido proceso y al derecho de acceso a la justicia, opera aquí el denominado principio pro actione. Según este, todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de justicia y no como obstáculos para alcanzarla.

Los requisitos, condiciones o cargar para el ejercicio de la acción o el derecho de defensa deben ser interpretados de manera amplia y no restrictiva, permitiendo su ejercicio en forma ventajosa a la acción -pro actione- y al derecho de defensa, pues existe "una obligación positiva del Estado de interpretar y aplicar las leyes -en especial, las leyes procesales- de la manera más favorable posible para la efectiva iniciación del proceso[168]"

Además, en virtud del principio pro sentencia, el juez deberá tener en mente y como objetivo que su principal deber es dictar sentencia de fondo y ante el dilema de no impulsar o darle celeridad al proceso o no dictar sentencia de fondo –estimatoria o desestimatoria- por temas formales el juez debe optar por resolver el conflicto, en aplicación del principio pro sentencia

[168] Díez Picazo Luis. Sistema de derechos fundamentales, 3ª edic., Madrid, 2008, pág. 429.

que enuncia el art. 3.4. LC "…actuar con la mayor celeridad posible, impulsar el proceso hasta su conclusión y el art. 2.5 CPC y el de tutela judicial efectiva, que tienen claro raigambre constitucional.

Por lo anterior, en las prevenciones que haga el juez y en el rechazo de la demanda por defectuosa o informal –inadmisible-, debe tenerse presente que el proceso tiene como objetivo principal alcanzar un pronunciamiento de la pretensión de fondo y por eso debe procurar la flexibilidad y el informalismo en todos aquellos aspectos que, por ser subsanables, no afectan de manera grave la finalidad del acto procesal o el derecho a una defensa adecuada para quienes en él intervienen.

b. Segunda prevención

Siguiendo lo que ya había anticipado el art. 35.4 CPC, establece el art. 13.8 LC que, si se había hecho una primera prevención, que el promovente haya intentado cumplir, pero no cumplió, por confusión o falta de claridad en la prevención, el tribunal "por única vez, podrá hacer una segunda prevención en casos excepcionales, cuando haya sido evidente la intención de subsanar los defectos señalados en el plazo conferido". La norma exige que sea evidente la intención de subsanar, es decir, no incumplió del todo una de las prevenciones realizadas o que del todo no cumplió la prevención.

Es importante destacar que, aunque en la práctica en materia civil el uso de la segunda prevención se ha utilizado, y no de forma abusiva-, es necesario recordar que no existe obligación del juez en otorgarla, pues con se indicó, los principios que rigen la nueva ley concursal, en especial los de conservación de la empresa, flexibilidad concursal y el principio pro sentencia, hacen que el juez deba tener en mente y como objetivo que su principal deber es dictar sentencia de fondo, la segunda prevención sigue siendo un tema discrecional del juez y que se ajustará a cada caso concreto.

7. Conclusiones

Sin duda la nueva Ley Concursal responde a las necesidades actuales del derecho concursal y presenta una solución a las severas críticas que se le formulan a la regulación vigente. Una norma que presenta un procedimiento novedoso, que busca la celeridad en proceso como el concursal, en que resulta totalmente aplicable y vigente lo que decía el tratadista Uruguayo Eduardo de J. Couture, citado por Hernando Devis Echandía, "En el proceso el tiempo no es oro, sino Justicia".

Los cambios e incorporaciones que se realizan en cuanto a la solicitud de concurso cuando es presentada por el deudor, reflejan este cambio de

paradigma y la aplicación de los principios que regulan estaba nueva normativa. Se evidencia, el propósito de sus redactores y del legislador de promover un proceso célere, de brindar al juez y a los acreedores información clara, precisa y necesaria para los fines del concurso y así lograr que el proceso avance con la rapidez necesaria y no agravar la situación de quien forma parte de este tipo de procesos.

Desde la perspectiva del abogado, el nuevo proceso concursal exige una mayor preparación, de lo que ya de todas formas es una materia compleja, pues sin duda alguna la nueva normativa requiere que las partes hagan un uso racional del sistema y que presenten gestiones claras, completas. Pues sin duda, la colaboración de todos los intervinientes, abogados, partes, jueces, es esencial para que el cambio que promueve la nueva Ley Concursal de Costa Rica y el proceso diseñado pueda cumplir sus fines de forma efectiva.

Bibliografía

Artavia Sergio. Litigación civil y audiencias orales, 2ª edic, San José, 2020.
Artavia Sergio-Artavia Paula. Manual de Derecho Concursal, San José, 2021.
Artavia Sergio. Convenio preventivo (proceso concursal), San José, 2019.
Cámara Héctor. El concurso preventivo, Tomo I, Bs. As., 2004
Díez Picazo Luis. Sistema de derechos fundamentales, 3ª edic., Madrid, 2008.
González José Carlos. "La declaración de concurso", en Manual de derecho concursal, coord. Juana Pulgar, 3ª edic., Madrid, 2020.
Grispo Jorge. Tratado sobre la ley de concursos y quiebras, 1ed., Bs. As., 1998
Gutiérrez Andrés. El convenio concursal, Madrid, 2016.
Heredia Pablo. Tratado exegético de derecho concursal. Bs. As., 2001.
Satta Salvatore. Instituciones del Derecho de Quiebra, Madrid., 2020.
Ley No 9957 del 14 de abril del 2021 "Ley Concursal de Costa Rica.
Ley 9342, Código Procesal Civil.

LOS RECURSOS EN LA LEY CONCURSAL COSTARRICENSE

Dra. Jessica Alejandra Jiménez Ramírez

Desde que acontece una reforma procesal, el operador jurídico procura comprender las grandes líneas de reforma que tiene el nuevo esquema. Como ya sabemos, la nueva ley concursal organiza, de manera sistemática, un proceso concursal unitario, especializado y simplificado, que no hace diferencia, para la aplicación de los institutos concursales, entre la condición de la persona en estado de insuficiencia patrimonial.

En el ámbito recursivo la nueva ley -según veremos- articula esa sistemática a partir del aglutinamiento ordenado y pormenorizado de las resoluciones que admiten determinadas instancias recursivas, determinación que considera, al detalle, las especificidades de la materia concursal.

Ahora, tratándose de un cambio de paradigma procesal, puede ser de suma utilidad establecer un parangón entre lo regulado con anterioridad -en el régimen superado-, para luego contratarlo con el nuevo modelo, pues eso permitirá, a partir de la identificación de las diferencias, tener mayor claridad sobre las novedades de la nueva ley.

Desde esa idea, en lo que al régimen recursivo corresponde, conviene traer a memoria que el esquema anterior se encontraba segregado por figuras, por lo que el esquema recursivo se estructuraba, a nivel procesal, a partir de las figuras de administración y reorganización con intervención judicial, convenio preventivo y ejecución colectiva.

De este modo, el artículo 741 del CPC de 1989 establecía, para la administración y reorganización con intervención judicial, el recurso de revocatoria para todas las resoluciones y regulaba el recurso de apelación, contra las resoluciones que:

1.- Admitan o denieguen el procedimiento.
2.- Aprueben o rechacen el plan de administración y de reorganización de la empresa.
3.- Resuelvan sobre la modificación del plan.
4.- Declaren la conclusión del proceso.
5.- Se pronuncien sobre la fijación de honorarios.
6.- Resuelvan sobre autorizaciones.
7.- Resuelvan las reclamaciones de los acreedores no incluidos en la lista suministrada por el deudor.

8.- Se pronuncien sobre gestiones de terceros o resuelvan cuestiones sustanciales no reguladas expresamente.

Este mismo precepto descartaba el efecto suspensivo de la apelación, en tanto el Juzgado seguiría conociendo del proceso principal y, en caso de declararse la quiebra o el concurso, pese a la apelación formulada contra esa decisión, ello no impediría la ejecución inmediata de las medidas dispuestas como consecuencia de esa declaratoria.

Tratándose del convenio preventivo de igual manera, el artículo 758 del CPC 1989, antes de la reforma que le introdujo el nuevo CPC, regulaba el recurso de revocatoria contra toda resolución y la instancia vertical para las siguientes decisiones:

El rechazo de plano de la solicitud de convenio.
La que emita criterio sobre el concordato.
La que declare insubsistente el procedimiento o el convenio aprobado
La que fije honorarios.
La que resuelve sobre autorizaciones.
La que resuelve o anule el concordato.
La que se pronuncie sobre gestiones de terceros, o resuelva sobre cuestiones sustanciales no reguladas expresamente.

El precepto además remitía, en lo pertinente, a la regulación sobre recursos establecida para la administración y reorganización con intervención judicial. De hecho, la comparación de las resoluciones apelables en uno y otro caso, permite constatar una clara similitud.

Finalmente, el recurso de casación se estableció para la sentencia que se pronuncia sobre el convenio preventivo, su resolución o nulidad.

El siguiente cuadro muestra la semejanza, en materia recursiva vertical, entre la administración con intervención y el convenio preventivo.

	Administración con intervención judicial	Convenio preventivo
Revocatoria	Todas las resoluciones	Todas las resoluciones
Apelación	Admita o deniegue el procedimiento.	Rechazo de plano de la solicitud
	Apruebe o rechace el plan de administración y de reorganización de la empresa	La que emita criterio sobre el concordato
	Resuelva sobre la modificación del plan.	
	Declare la conclusión del proceso.	
	Se pronuncie sobre la fijación de honorarios.	La que fije honorarios
	Resuelva sobre autorizaciones.	La que resuelve sobre autorizaciones
	Resuelva las reclamaciones de los acreedores no incluidos en la lista suministrada por el deudor.	
	Se pronuncie sobre gestiones de terceros o las que resuelvan cuestiones sustanciales, no reguladas expresamente en las disposiciones relativas a este procedimiento.	La que se pronuncie sobre gestiones de terceros, o resuelva sobre cuestiones sustanciales no reguladas expresamente
		La que declare insubsistente el procedimiento o el convenio aprobado
		La que resuelve o anule el concordato

Por otra parte, tratándose del régimen de impugnación para la ejecución colectiva -artículo 764 del CPC 1989- se especificó que la resolución que resuelva la solicitud de apertura del concurso, además de revocatoria, tiene apelación con efecto devolutivo y casación, si la cuantía lo permitía.
En igual situación, esto es, con posibilidad de plantear recurso horizontal, vertical y de casación también se reguló la resolución que defina la existencia, cantidad y preferencia de créditos, siempre que sean de mayor cuantía (art. 775).
Es decir, el modelo recursivo regulado, de manera sintética, podría representarse del siguiente modo:

<table>
<tr><td colspan="2">Ejecución colectiva</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Revocatoria
Apelación
Casación</td><td>Resolución que se pronuncia sobre la solicitud de apertura del concurso</td></tr>
<tr><td>Existencia, cantidad y preferencia de créditos.</td></tr>
</table>

Regulación de los recursos en la nueva Ley Concursal

La nueva normativa, además de presentar un esquema concursal unitario y simplificado, según se adelantó, también contempla un régimen recursivo concentrado y con vocación de numerus clausus que guarda algunas similitudes con la legislación anterior.

En primer término, la nueva regulación mantiene el recurso de revocatoria para todas las resoluciones, siempre que no sean providencias (artículo 56 LC).

La redacción del artículo 57 parece inclinarse por un sistema numerus clausus respecto de las resoluciones apelables, en tanto señala: "Sin perjuicio de lo establecido para casos especiales expresamente previstos por esta ley, solo serán apelables (….)".

Si bien el vocablo "solo" contenido en ese precepto, podría hacer pensar en un sistema reducido de impugnación vertical, en realidad el régimen de control por parte del órgano superior es considerablemente detallado y extenso, porque establece una treintena de resoluciones que admiten apelación, conforme al siguiente detalle, de modo que serán apelables los pronunciamientos que:
1) Rechacen la representación de alguna de las partes.

2) Decreten la suspensión o interrupción del proceso.
3) Se pronuncien sobre la solicitud de concesión, modificación, sustitución o levantamiento de una medida cautelar o tutelar, en concursos nacionales o transfronterizos (ver numerales 15.3 inciso 6, 17.3 inciso 5 segundo párrafo, 18.3, 67.8 inciso 6, 69.2 inciso 2 apartado i) Ley Concursal.
4) Declaren con lugar excepciones procesales.
5) Resuelvan sobre la acumulación o desacumulación de procesos.
6) Decidan sobre la intervención de sucesores procesales o terceros.
7) Decreten la nulidad de actuaciones procesales.
8) Rechacen la apertura del concurso o denieguen su extensión.
9) Pongan fin al proceso o denieguen su conclusión.
10) Resuelvan inclusiones u objeciones al activo concursal, incluido su avalúo, siempre que lo discutido supere el monto establecido para la mayor cuantía de los procesos civiles, artículo 30.2 Ley Concursal
11) Decidan reclamos de terceros respecto de los bienes inventariados o administrados en el concurso, precepto 42.8. Ley Concursal
12) Fijen o denieguen honorarios.
13) Dispongan sobre la remoción del administrador, interventor o liquidador concursal, norma 26.6 Ley Concursal
14) Decidan sobre la continuidad, variación o cesación de la actividad empresarial del concursado, artículo 30.5. Ley Concursal
15) Dispongan la pérdida, suspensión o limitación de las facultades del concursado o sus representantes para administrar los bienes del concurso, artículo 46.3 inciso 1, 17.2,.3 y .4 Ley Concursal.
16) Decidan la solicitud de resolución, continuación o cumplimiento forzoso de contratos en los que participe el concursado, cuando el valor de las prestaciones supere la suma prevista para mayor cuantía de los procesos civiles o sean inestimables, numeral 20, 46.3 inciso 5) Ley Concursal.
17) Se pronuncien sobre la nulidad o ineficacia frente al concurso, de actos y contratos de menor cuantía, norma 22 Ley Concursal.
18) Decidan la pretensión alimentaria a cargo de la masa y a favor del concursado o las personas a quienes este deba alimentos, precepto 17.7 Ley Concursal.
19) Se pronuncien sobre la aprobación o el rechazo de acuerdos de solución concursal, así como sus modificaciones. Solo podrán impugnar la aprobación, quienes se hubieran opuesto expresamente, en tiempo y forma, a la propuesta o acuerdo. Si se celebró junta para la aprobación, será necesario que el apelante haya asistido a ella y votado en contra de la propuesta, numerales 42 y 43 Ley Concursal.

20) Decidan sobre la nulidad, cumplimiento íntegro, cumplimiento forzoso o resolución de acuerdos concursales, artículos 44 y 45 Ley Concursal.
21) Dispongan la apertura de la fase de liquidación del patrimonio concursado, numeral 46.3 Ley Concursal.
22) Ordenen, denieguen o aprueben la venta judicial o extrajudicial de bienes concursados con un valor de mayor cuantía y se encuentren afectos a un crédito concursal con privilegio especial, artículo 46.6 Ley Concursal.
23) Resuelvan por el fondo sobre el reconocimiento de créditos de menor cuantía concursales o a cargo de la masa, que hayan sido controvertidos, numeral 35 Ley Concursal.
24) Decidan incidentes sobre la extinción, por cualquier causa, de créditos admitidos dentro del concurso, artículo 36.1 Ley Concursal
25) Dispongan o denieguen el pago de créditos concursales o a cargo de la masa, artículos 33.2, 34.2, 52, 53, 55.2 Ley Concursal.
26) Resuelvan liquidaciones de intereses de mayor cuantía, cuando la ley admita su cobro dentro del concurso, norma 52.4 Ley Concursal.
27) Resuelvan sobre la responsabilidad patrimonial solidaria o concurrente de otras personas, respecto de pasivos del concurso.
28) Resuelvan en forma definitiva sobre la rendición de cuentas o responsabilidad frente al concurso, de administradores, interventores o liquidadores concursales, artículo 26.9 Ley Concursal.
29) Modifiquen la condición de procesos principales o secundarios en relación con concursos transfronterizos paralelos.
30) Se pronuncien sobre la reapertura del concurso, numeral 55.1 Ley Concursal.

Este recuento permite, a todas luces, notar una clarísima vocación clarificadora y expansiva del régimen de resoluciones controlables por la vía recursiva en la nueva Ley Concursal. Además, la comparación de este precepto con el nuevo régimen recursivo del Código Procesal Civil muestra que los encargados del proyecto tuvieron el celo de basarse en la regulación del artículo 67.3 del nuevo CPC en torno a la apelación, para, a partir de él, especificar supuestos especiales del régimen concursal, pues comparten, casi en el mismo orden, una importante cantidad de supuestos.

Ahora, en cuanto al régimen casacional, la Sala Segunda conocerá, conforme al artículo 58, del recurso formulado contra las resoluciones del Juzgado Concursal de primera instancia que:
1) Declaren la apertura del concurso o admitan su extensión. Al respecto conviene recordar que la resolución que rechace la apertura del concurso o deniegue su extensión, en este nuevo régimen, admite recurso de apelación.

2) Se pronuncien sobre la nulidad o ineficacia frente al concurso, de actos y contratos de mayor cuantía o inestimables, pues si son de menor cuantía, tendrá apelación.

3) Se pronuncien por el fondo sobre el reconocimiento de créditos concursales. Tal y como fue señalado, la decisión de fondo sobre reconocimiento de créditos concursales de menor cuantía, o a cargo de la masa, que hayan sido controvertidos, tendrá apelación. Ahora, pareciera que la jurisprudencia tendrá que dilucidar si la resolución que emita criterio sobre el pago de créditos concursales (artículo 57 inciso 25 de la nueva LC), admite ambos recursos, como parece colegirse del texto de la normativa, por lo que habrá que estar atentos al desarrollo jurisprudencial sobre la figura.

Efectos de los recursos "A pesar de haberse interpuesto o admitido un recurso, mientras este se resuelve, el proceso continuará con su trámite de primera instancia.

Cuando se decrete la apertura del concurso, la interposición de los recursos que procedan no impedirá la producción de los efectos previstos en esta ley y la ejecución inmediata de las medidas acordadas a consecuencia del decreto. El superior, de oficio o a instancia de parte, al conocer de un recurso, tomará las medidas necesarias para subsanar vicios esenciales del procedimiento", artículo 59.

En una sola norma, la nueva Ley dispuso que, en general, su interposición o admisión no suspende la prosecución del proceso. Algo similar disponía el CPC, en varias normas: tocante a la Administración y reorganización con intervención judicial y Convenio preventivo (artículo 741); el Convenio Colectivo, (canon 758) y la resolución que decrete y deniegue la apertura del concurso (precepto 764).

Es más fácil su estudio, compresión y análisis, si solo existe una norma que regule los efectos de los recursos.

Asimismo, la nueva normativa dispone que, de oficio o a instancia de parte, el superior, al conocer el recurso, debe tomar todas las medidas necesarias para subsanar vicios esenciales del procedimiento. Norma sumamente importante, a efecto de dar cumplimiento a los principios constitucionales del debido proceso y defensa. Además de práctica, pues, ahorrará tiempo, al evitar la interposición de recursos en donde se alegue ese vicio.

Cosa juzgada "Tendrán autoridad de cosa juzgada y serán indiscutibles en otra vía, las cuestiones procesales o sustantivas resueltas en firme en el concurso, salvo lo que disponga la ley para casos especiales y sin perjuicio de

la procedencia de la demanda de revisión conforme a la legislación procesal civil", norma 60.

Con relación a la cosa juzgada, la nueva Ley unificó y modernizó el instituto. Lo regula en una sola norma. Distinto a lo preceptuado en el CPC, donde varias disposiciones regulaban esos efectos de la resolución emitida por la autoridad judicial. De esta manera, tocante a la legalización, examen y reconocimiento de créditos, lo decidido tenía autoridad y eficacia de cosa juzgada material (artículo 775); al igual que la sentencia firme que aprobaba o improbaba el convenio (numeral 799). Además, la nueva legislación señala que tendrán ese efecto las cuestiones no solo sustantivas; sino también, las procesales, resueltas en firme en el concurso, lo cual es novedoso. Salvo lo que la ley disponga para casos especiales; y sin perjuicio del proceso de revisión previsto en el nuevo CPC.

Así, en resumen, el régimen recursivo presenta importantes novedades, pues incluye una ampliación, sistematización y clarificación de los supuestos apelables, mantiene la reducción preexistente sobre la reducida posibilidad de acudir a casación y finalmente, regula un incidente para dilucidar cuestiones en torno a la declaratoria previa de reconocimiento de un proceso concursal extranjero.

LEGALIZACIÓN DE CRÉDITOS

Dr. Hc Kendall David Ruiz Jiménez, Msc.

El cambio en la normativa en materia concursal conlleva reaprender y tener claros los conceptos desde "Cero" es por ello es deber intelectual y académico de los profesionales en derecho entender la génesis o el origen de los términos de manera individual para que así se pueda comprender posteriormente sus elementos en conjunto, es por ello que esta exposición sobre la legalización de créditos buscará dar claridad a conceptos y a elementos prácticos, sin hacer tanta referencia a lo que sucedía antes, pues el cambio para esta gestión prácticamente es TOTAL y por ello implica "quitarse el chip" de la tramitología anterior, reaprender desde los conceptos y también la manera como se legalizan los créditos con la Ley Concursal de Costa Rica.

1- CONCEPTO DE LEGALIZACIÓN (LEGALIZAR)

Así las cosas, primeramente, se debe entender el concepto legalizar ante esto se comparten dos conceptos de la palabra LEGALIZAR: "Acto administrativo, mediante el cual la autoridad competente acredita la autenticidad de un documento o de una firma, atribuyéndole efectos legales." (Diccionario Enciclopédico Vox 1, 2009) y "Legalización: 1. Legislación; 2. Confirmación de un acto, convalidación de un acto viciado, eliminación de los vicios de un acto." (Cabanellas de las Cuevas & C. Hoague, 2010)

Se comparten estos dos conceptos que facilitan de entender el concepto de legalización, se debe primero entender que legalización nace del verbo legalizar, y esto conlleva a entender que cuando se habla de estos dos términos se está en presencia de dos situaciones particulares dado que la legalización es entendida como el acto o gestión de la parte para que se reconozca el documento (crédito en este caso) y pretende que este documento (crédito) se proceda a legalizar por ello se podría simplificar como LEGALIZACIÓN=ACTO y LEGALIZAR=RESULTADO, de hecho esta explicación es similar a la que se brinda con respecto al concepto de legalización en la página definición. De que establece "La legalización es el acto

y consecuencia de legalizar. Este verbo (legalizar), a su vez, alude a otorgar estado legal o a certificar la autenticidad de una firma o de una documentación." (Pérez Porto & Merino, 2021)

2- CONCEPTO DE CRÉDITO

Por su parte el término crédito es un concepto que es "fácil" de palpar al momento que se escucha, el crédito es analizado en todo ámbito, al estar de lleno con el derecho corporativo hace que el profesional en derecho comprenda que no solo son los conceptos legales si no hay que analizar las definiciones desde otros matices, es por ello que este término la página ECONOMIPEDIA especialistas en economía lo definen de la siguiente manera "Un crédito es una operación de financiación donde una persona llamada 'acreedor' (normalmente una entidad financiera), presta una cierta cifra monetaria a otro, llamado 'deudor', quien a partir de ese momento, garantiza al acreedor que retornará esta cantidad solicitada en el tiempo previamente estipulado más una cantidad adicional, llamada 'intereses'." (Montes de Oca, 2015).

Por su parte la página debitor define el crédito como "una operación financiera en la que una persona o entidad (acreedor) presta una cantidad determinada de dinero a otra persona (deudor).

El deudor deberá devolver el dinero tras el tiempo pactado, además de una serie de intereses que son las ganancias del acreedor.

Características

El acreedor tiene derecho de exigir y cobrar el crédito. En caso de que el deudor no cumpliera con el pago se podrían emprender acciones legales." (https://debitoor.es/, 2021).

El problema con estas definiciones es que deja por fuera algunas obligaciones que no propiamente son denominadas créditos a partir de menciones como que nacieran únicamente fruto de un préstamo, pero también podría nacer fruto de una sentencia que se esté ejecutando y cobrando (hay una obligación a favor del ejecutante también), por tanto, el término créditos en materia concursal es un poco más amplio, dado que incluso la normativa refiere a presentar los "documentos en los que conste la obligación, conforme

a los requisitos establecidos por la legislación procesal civil para el cobro de obligaciones dinerarias.", esto significa viajar al código procesal civil y entrar a analizar el artículo 110 y 111 del código procesal civil que refiere, pero queda tan abierto que inclusive se incluiría el artículo 103.1.1 pues refiere a deudas liquidas y exigibles que no correspondan a proceso monitorio, lo que abre una gran gama de posibilidades.

3- CONCEPTO DE LEGALIZACIÓN DE CRÉDITOS

Ante esto se llega al momento de definir el concepto de "LEGALIZACIÓN DE CRÉDITOS" "En procesos judiciales, procedimiento o trámite de apersonamiento en calidad de acreedor, para el cobro de un derecho de crédito. || En procedimientos para la adquisición de un crédito o préstamo, formalización y cumplimiento de los requisitos necesarios." (Poder Judicial de Costa Rica, 2021)Este concepto es desarrollado por el Poder Judicial de Costa Rica en el que en realidad es un resumen de lo que compone esta figura, que conlleva una serie de elementos y requisitos para su elaboración.

Por su parte los autores Sergio Artavia Barrantes y Paula Artavia Campos han desarrollado el concepto de legalización de un crédito como "es el acto procesal de un sujeto que se estima acreedor del deudor que ha presentado un concurso, que ya ha sido admitido, mediante el cual dicho acreedor informa expresamente al juez de dicho proceso concursal, sobre su acreencia por el deudor, el monto adeudado y el título o documento original -título ejecutivo o simple documento- donde conste la existencia de la deuda, el monto adeuda y el saldo indubitable" (Artavia Barrantes & Artavia Campos, 2021), este concepto amplia lo referido por el poder judicial en el que lo establece como un acto procesal para que alguien que puede o no ser acreedor, de importancia que se refiere sobre la existencia de un título ejecutivo o bien un documento simple, y esto se debe a que justamente no precisamente está delegado a que sean deudas que estén sustentados por garantías.

Un concepto que no puede pasar aislado es que la regulación actual lo determina a nivel conceptual ya el crédito LEGALIZADO es un "PASIVO CONCURSAL", primero para saber el origen del término PASIVO equivale a deuda u obligación y así lo confirma la página economipedia que lo define así

“El pasivo, desde el punto de vista contable, representa las deudas y obligaciones con las que una empresa financia su actividad y le sirve para pagar su activo. También se conoce con el nombre de estructura financiera, capital financiero, origen de los recursos y fuente de financiación ajena.

Son deudas que tenemos en el presente pero que hemos contraído en el pasado. Un ejemplo de obligación es el préstamo con una entidad financiera. Al adquirir ese préstamo, estamos obligados a pagar el principal y los intereses al proveedor (documentado en una factura o en una letra de cambio).” (Llorente Jaime, 2014)

Esto es un aspecto relevante que la normativa 9957 incluye y por eso se ha establecido como parte del concepto de legalización de créditos, cuando la norma en su artículo 27.4 establece el concepto de pasivo concursal en el proceso y determina sobre este particular que “se informará sobre la totalidad de los pasivos concursales que consten en la contabilidad o documentalmente, los que hayan sido incluidos en la lista suministrada por el concursado, en caso de haberla presentado, así como las legalizaciones de crédito presentadas en tiempo. Si el concurso ha sido solicitado por un acreedor, se tendrá su reclamo inicial como legalización en caso de estar obligado a efectuarla.” (LEY CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957, 2021).

De conformidad con lo anterior para el suscrito el concepto en realidad es un poco más amplio y no solo un acto procesal, la LEGALIZACIÓN DE CRÉDITOS es un acto procesal y un derecho con el que cuentan personas físicas o jurídicas, que se consideran acreedoras, con derecho a cobrar o reclamar una obligación dineraria, para que se apersonen a presentar ante una autoridad judicial, en un proceso concursal admitido, la obligación dineraria (u obligaciones dinerarias, que puede ser liquidas y exigibles o no) en la que el deudor o parte obligada es promovente o promovido del proceso concursal para que esta obligación proceda a ser LEGALIZADA por la persona juzgadora(o no pues queda sujeta al cumplimiento de requisitos y la aprobación de la autoridad judicial) para convertirse en un PASIVO CONCURSAL.

De importancia indicar que esta obligación debe ser demostrada y no siempre será propiamente lo que se conoce como crédito o deuda, se puede entender que se puede legalizar obligaciones dinerarias de distinta naturaleza.

4- TIPOS DE CRÉDITOS Y REQUISITOS DE LA LEGALIZACIÓN DE CRÉDITOS

Con la entrada en vigencia de la Ley N. º 9957 se estableció la regulación expresa de la legalización de créditos en el cuerpo normativo, su regulación inicia en el artículo 35 de la LEY CONCURSAL DE COSTA RICA, pero no se puede dejar de lado el articulado sobre los créditos concursales ante esto es de importancia, todos los créditos enlistados se encuentran en la reciente ley aprobada, y publicada en ALCANCE 109 A LA GACETA N 103 del lunes 31 de mayo del 2021 (LEY CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957, 2021) , ante esto una breve reseña de cómo se encuentra dividas las clases, prelación según el cuerpo normativo:

Clases y prelación:

1) Créditos con privilegio especial.
2) Créditos con privilegio general.
3) Créditos comunes.
4) Créditos subordinados.

Créditos con PRIVILEGIO ESPECIAL (sobre estos es importante indicar que según la normativa tienen derecho preferente sobre otras acreencias)

1) Hipotecas.
2) Prendas.
3) Fideicomisos de garantía.
4) Garantías mobiliarias, salvo las provenientes de embargos judiciales por créditos que no gozaban de ellas.
5) Derecho de retención, cuando el acreedor esté en ejercicio de él.
6) Bienes gananciales.
7) Los demás que disponga la ley para supuestos especiales.

Cuando la norma refiere a este tipo de créditos remite a las normas sustantivas respectivas para la preferencia de pago, de importancia indicar que lo que corresponde a las hipotecas y prendas le da prioridad a hipotecas o

prendas legales sobre las comunes, como por ejemplo hipoteca legal por deuda ante las municipalidades o deudas en propiedad horizontal propio de la propiedad en condominio.

Créditos con PRIVILEGIO GENERAL (La norma los deja por debajo de privilegio especial, pero sobre los comunes y subordinados)
1) Los alimentarios.
2) Los laborales.
3) Las indemnizaciones concernientes a daños a la salud o la vida, no cubiertas por seguros.
4) Los demás dispuestos por la ley para supuestos especiales.

Con respecto a los créditos COMUNES se encuentran regulados en el artículo 34.4 de la ley 9957 y básicamente los limita a los que no sean ni privilegio especial, general o subordinado, esto genera que acá sea donde se genere la mayor cantidad de reclamos de muchas obligaciones dinerarias bajo esta categoría y normalmente pueden existir o no garantías personales que cubran estas deudas o bien contratos, por tanto la lista de acreedores es enorme en esta área, de acá la importancia de generar garantías reales que permitan ostentar grados prioritarios para el reclamo de obligaciones dinerarias.

Con respecto a los créditos SUBORDINADOS es lo último que se paga o es "lo que sobra", pues queda al final de la "cadena alimenticia" de los procesos concursales pues se pagan luego de haber pagado los comunes, según la normativa concursal establece:
1) Aquellos a los que el acreedor voluntariamente les asigne esa condición.
2) Los de aquellas personas especialmente relacionadas con el concursado, salvo que se trate de créditos concursales con privilegio general.
3) Los demás a los que la ley les otorgue esa calificación.

5- REQUISITOS DE LEGALIZACIÓN DE CRÉDITOS

La manera más sencilla de entender los requisitos es enlistarlos por tanto para fines del congreso se procederá a "desgranar" estos requisitos y hacer algunos comentarios al respecto. Importante indicar que el artículo 35.2 no limita la posibilidad de que se presenten varios créditos de un mismo acreedor.

El artículo 35.1 establece el DEBER de los "presuntos" acreedores (indico presuntos pues está sujeto al resultado de la legalización) de presentarse a realizar la legalización de créditos, dentro del plazo concedido por el despacho y en caso de no hacerlo serán considerados acreedores tardíos, pero se establecen 3 salvedades las cuales son (LEY CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957, 2021):

1) Consten en la lista suministrada por el concursado.
2) Estén reconocidos en sentencia.
3) No requieran ser cobrados en el concurso, conforme a esta ley.

Los efectos de presentar una legalización de créditos de manera tardía es que el acreedor asume el estado del proceso en la etapa que se encuentre y perdería los privilegios que tenga el crédito, se entendería que quedaría como un crédito subordinado, lo anterior se encuentra regulado en el artículo 37.3 de la Ley 9957, estos acreedores tardíos deberán hacer su gestión para ingresar dentro del proceso mediante vía INCIDENTAL, se deja claro en la normativa que estos incidentes NO serán procedentes "luego de ejecutados los acuerdos concursales o de haberse liquidado y distribuido la totalidad del haber concursal" (LEY CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957, 2021)

Estos incidentes quedarán suspendidos hasta el tanto NO sea resuelto lo correspondiente a los acreedores que realizar su gestión en tiempo en apego a lo establecido en el artículo 15.3.3, dado que este artículo establece lo referente a la convocatoria a los acreedores e interesados, este apersonamiento por parte de los interesados o acreedores empieza a correr a partir de la fecha de la publicación de la parte dispositiva de la sentencia y son 15 días que son hábiles (esto a partir del artículo 30.5 del código procesal civil que establece que los plazos por días se entiende que han de ser hábiles. Los plazos por años o meses se contarán según el calendario, sea, de fecha a fecha.)

Esta publicación se realiza por una única vez y puede ser realizada por medios de circulación nacional, algo curioso es que se refiere a que deben ser "reconocidos" y no propiamente hay un parámetro para esto, y tampoco se refiere a que sean medios escritos, quedando abierta la posibilidad de medios digitales.

Los acreedores tardíos la ley los ha entendido como (LEY CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957, 2021):

1) Quienes, estando obligados a ello, legalicen sus créditos fuera del plazo

concedido para hacer valer sus derechos.
2) Los acreedores rechazados en el informe que no estuvieran apersonados cuando este fue puesto en conocimiento y no lo hayan impugnado oportunamente

6- DESGRANANDO LOS REQUISITOS DE LA LEGALIZACIÓN DE CRÉDITOS

Los requisitos de la legalización se encuentran en el artículo 35.2 de la Ley 9957 y básicamente se establece:

1- Pueden tramitarse varios créditos de un mismo acreedor por lo tanto se sugiere se presenten todos en un mismo escrito
2- Se deben expresar las calidades del gestionante de la legalización que como mínimo deben ser:
    a. nombre completo o razón social
    b. número de cedula de identidad, cédula jurídica o documento de identificación
    c. Domicilio social o domicilio de su casa de habitación en caso de ser persona jurídica
    d. Cargo que ostenta o poder respectivo para actuar en caso de representar una persona jurídica
    e. Profesión u oficio del suscribiente
3- Relación de hechos breve sobre la situación de la generación de la obligación en gestión de legalización, siempre deben ser claros, precisos y concisos.
4- Indicar el título o la causa del crédito en el entendido que deberá indicar de manera ordenada el titulo o la causa de la obligación que pretende legalizar.
5- Debe indicarse los montos que adeuda y el grado de preferencia en caso que lo hubiere de conformidad con la Ley Concursal 9957 en su artículo 34, el monto adeudado puede incluir los respectivos intereses.
6- Debe indicarse si la obligación que se pretende cobrar corresponde a garantías reales como por ejemplo hipotecas, prendas o garantías

mobiliarias o si se está en presencia de la garantía personal ejemplo letra de cambio, factura o pagaré.

7- SE DEBEN PRESENTAR LOS DOCUMENTOS DONDE CONSTA LA OBLIGACIÓN, sobre este tema la dinámica actual no es propiamente presentar de manera física si no de manera digital, solo en algunos casos excepcionales se solicita de manera física el documento, la norma procesal civil actualmente básicamente lo deja a criterio de cada juez esta gestión por la naturaleza de expedientes digitales si basta y sobra el documento escaneado y en el expediente digital o si requiere la presentación del documento para que lo resguarde el despacho.

8- Cumplimiento de presentación de requisitos de obligaciones dinerarias según el código procesal civil, sobre esto el Código Procesal básicamente establece su regulación se encuentra en los artículos 110 y 111 del código procesal civil lo correspondiente a las obligaciones dinerarias que se tramitan mediante proceso monitorio, lo correspondiente a las hipotecas y prendas se encuentran reguladas a partir del artículo 166 del código procesal civil. Una opción que deja abierta la modalidad de esta presentación para este tipo de obligaciones. El deber de cumplir con algunos requisitos que ya es propio de la naturaleza de cada proceso es importante a manera de ejemplo en las garantías hipotecarias y prendarias por ejemplo es importante adjuntar la certificación que no se ha cancelado el gravamen en el registro nacional.

9- Prueba correspondiente, este elemento es muy amplio dado que los elementos de prueba que establece el código procesal civil sería la siguiente lista (Código Procesal Civil N° 9342, 2018):

41.2 Medios de prueba. Son admisibles como medios de prueba los siguientes:

1. Declaración de parte.
2. Declaración de testigos.
3. Dictamen de peritos.
4. Documentos e informes.

5. Reconocimiento judicial.

6. Medios científicos y tecnológicos.

7. Cualquier otro no prohibido.

Teniendo estos elementos se podría entender que todos los elementos de prueba son permitidos para así convencer a la persona juzgadora que la obligación presentada se debe legalizar y así se convierta en un pasivo concursal.

"En caso de no llenar la solicitud los requisitos indicados, se prevendrá la subsanación de las omisiones concretamente señaladas, con el apercibimiento de que, de no hacerlo dentro del plazo de cinco días, será rechazada sin perjuicio de su presentación posterior." (LEY CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957, 2021), el problema que acarrearía la presentación posterior es que podría convertirse en acreedor tardío dado que este incumplimiento y eventual rechazo según la ley concursal en sus artículos 56 y 57 solo cabría recurso de revocatoria pues no se encuentra enlistado en el artículo 57 como causal de apelación el rechazo por incumplimiento prevenido de la legalización.

7- "ESQUELETO DE LEGALIZACIÓN DE CRÉDITOS"

En otras palabras y a nivel práctico el cuerpo de la legalización de créditos se vería más o menos de la siguiente manera:

ENCABEZADO DEL PROCESO:

EXPEDIENTE: 21-00001-0958-CI - 6
PROCESO: CONCURSAL
ACTOR/A: EJEMPLO S.A.
DEMANDADO/A: PARTE DOS EJEMPLO S.A.

JUZGADO CONCURSAL

LEGALIZACIÓN DE CRÉDITOS

IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE GESTIONANTE:

COMENTARIO SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE GESTIONANTE: De igual manera como se describió con antelación supra se debe identificar claramente el gestionante ante la autoridad judicial y debe

tener la legitimación tanto en mandato, así como de la obligación que se pretende legalizar.

a.Nombre completo o razón social, b. Número de cedula de identidad, cédula jurídica o documento de identificación, c. Domicilio social o domicilio de su casa de habitación en caso de ser persona jurídica d. Cargo que ostenta o poder respectivo para actuar en caso de representar una persona jurídica, e. Profesión u oficio del suscribiente, en tiempo y forma ante su autoridad procedo a presentar la gestión legalización de créditos y acto seguido procedo a cumplir con lo dispuesto en la ley 9957 para que sean legalizados y pasen a ser parte del pasivo concursal.

HECHOS (Ejemplo):

COMENTARIO SOBRE LOS HECHOS: "Hemos indicado la importancia de que los hechos sean redactados y se haga una exposición clara y precisa de los mismos. En la expresión relacionados con el objeto del proceso, debemos comprender que estos hechos deberán sustentar las pretensiones que son el objeto del proceso, de aquí que deba existir una relación clara entre lo que se pretende y los hechos que se exponen". (Ruiz Jiménez & Rodriguez Salazar, 2020)

Primero: TÍTULO QUE SUSTENTA LA OBLIGACIÓN Y FECHA DE FIRMA DE LA LETRA DE CABIO: En fecha dos de diciembre del año 2020 la empresa PARTE DOS EJEMPLO S.A. cédula jurídica 3-101-123456 firmó una garantía personal siendo una letra de cambio por la suma de C1,000,000.00 (un millón de colones) fungiendo como parte libradora y librada quedando como obligada en favor de mi representada EJEMPLO S.A. (Anexo 1 prueba documental letra de cambio)

Segundo: ACREEDOR Y POSESIÓN DEL TÍTULO: Actualmente la tenedora y acreedora de la letra de cambio es mi representada EJEMPLO S.A. (Anexo 1 prueba documental y prueba testimonial)

Tercero: VENCIMIENTO Y EXIGIBILIDAD: La letra de cambio tenía vencimiento a la vista y se hizo exigible a partir del día tres de diciembre del año 2020 y a la fecha la sociedad PARTE DOS EJEMPLO S.A. no ha pagado la deuda que sostiene con mi representada EJEMPLO S.A. siendo la actual deuda

en gestión liquida y exigible (Anexo 2 prueba de certificación de contador público autorizado y testimonial)
Quinto: INTERESES: La letra de cambio suscrita por PARTE DOS EJEMPLO S.A. tenía una tasa de intereses moratorios de UNO PUNTO CINCO PUNTOS PORCENTUALES MENSUALES SOBRE EL CAPITAL ADEUDADO, el monto adeudado de intereses a la fecha de la presente legalización es de C200,000.00 (doscientos mil colones) (ANEXO 3 tabla de cálculo de intereses a la fecha y anexo 2 certificación de contador público autorizado)
Sexto: MONTO TOTAL ADEUDADO: El monto adeudado actualmente por parte de PARTE DOS EJEMPLO S.A. a mi representada de conformidad con la presente legalización de créditos y el titulo en gestión para la respectiva legalización sumando capital más intereses moratorios a la fecha es de la suma de C1,200,000.00 (UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL COLONES)
Sétimo: TIPO DE CRÉDITO Y PREFERENCIA: De conformidad con la ley 9957 la deuda que se solicita sea legalizada en esta gestión es un crédito común.
Octavo:…
Noveno:…
COMENTARIO: Usted puede seguir escribiendo tantos hechos como usted determine sea necesarios, lo importante es que tengan relación con la pretensión (que en este caso es legalizar el crédito) y claramente con la prueba respectiva que los sustente.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

COMENTARIO: No es requisito propiamente dispuesto en la ley 9957 pero sugiero colocarlo siempre por tema de sustento normativo de lo que se está gestionando en apego a lo determinado en el código procesal civil artículo 35.

FUNDAMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL

COMENTARIO: De igual manera que el apartado anterior no es requisito propiamente dispuesto en la ley 9957 pero sugiero colocarlo siempre por tema de sustento jurisprudencial más en temas que pueden ser un poco convulsos sobre lo que se pretende legalizar y ya hay algunos criterios previos o pronunciamientos de los tribunales.

MEDIOS DE PRUEBA

COMENTARIO: Como indica el artículo 35 del código procesal civil "El ofrecimiento detallado y ordenado de todos los medios de prueba. Si se propusiera prueba testimonial, se deberá indicar, sin interrogatorio formal, los hechos sobre los cuales declarará el testigo." (Código Procesal Civil N° 9342, 2018) a continuación algunos ejemplos, pero puede ser tan amplio como sea necesario como se indicó anteriormente.

PRUEBA DOCUMENTAL

Anexo 1- letra de cambio a ser legalizada

Anexo 2- Certificación de contador público autorizado

Anexo3- Tabla de cálculo de los intereses pendientes a la fecha

Anexo 4-…

COMENTARIO: Como se ha enlistado en el código procesal civil se puede incluir todos estos aspectos de prueba que regula el código procesal civil, siempre valorando la viabilidad pertinencia y necesidad de aportar esta prueba según corresponda:

1. Declaración de parte.
2. Declaración de testigos.
3. Dictamen de peritos.
4. Documentos e informes.
5. Reconocimiento judicial.
6. Medios científicos y tecnológicos.
7. Cualquier otro no prohibido.

PRETENSIÓN

COMENTARIO: El código procesal civil ha sido claro con respecto a la pretensión "La formulación clara, precisa e individualizada de las pretensiones. Las pretensiones formuladas subsidiariamente, para el caso de desestimación de las principales, se harán constar por su orden y separadamente." (Código Procesal Civil N° 9342, 2018), se debe recordar que la pretensión es "la manifestación de voluntad de un sujeto, que exige frente a

otro, la cual debe contener los fundamentos de hecho o razones fácticas que la sustentan (causa pretendi) y por el derecho en que se sustenta (iuris petitum)." (Ruiz Jiménez & Rodriguez Salazar, 2020)

NOMBRE DEL REPRESENTANTE O PATROCINIO LETRADO

COMENTARIO: Así como establece el código procesal civil se debe indicar "el nombre del abogado responsable de la dirección del proceso y el de los suplentes." (Código Procesal Civil N° 9342, 2018), puede solo indicarse el nombre y en poder aparte establecer los suplentes sin ningún problema, recordar que el poder debe ser amplio y suficiente para todos los actos propios que se le está asignando en el proceso para la respectiva legalización o bien el representante que firma debe estar debidamente autorizado o autorizada (facultad suficiente) para actuar en este tipo de procesos.

MEDIO DE NOTIFICACIONES

COMENTARIO: Los medios de notificaciones deben verificarse muy bien, un error común es colocar el número de fax erróneo o bien un correo electrónico que no ha sido verificado ni autorizado con el poder judicial, y esto podría tenerlos por notificados.

FIRMA DE LA PARTE O REPRESENTANTE

COMENTARIO: La firma digital es válida para esto, pero hay algunos despachos que han tenido problema entonces una sugerencia es que se firme de puño y letra y se escanee y luego si gustan colocan firma digital, pero esto ayudará a prevenciones por no poder verificar la firma digital por parte de las autoridades judiciales.

8- OTROS ELEMENTOS EN LA LEGALIZACIÓN DE CRÉDITOS

A. Créditos reconocidos en resolución judicial o laudo previos

Sobre este particular la Ley 9957 no requerirán el trámite de verificación, pero se debe demostrar mediante certificación de la sentencia o del laudo sobre este particular, de importancia que a pesar de exceptuar e tramite de verificación "el concursado, el interventor, el administrador concursal o cualquier acreedor, por la vía incidental, podrán solicitar que se

decrete la extinción o el pago total o parcial del crédito por causas sobrevinientes" (LEY CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957, 2021), esto es básicamente un parámetro de seguridad para que se evite cobrar sobre temas que ya se han cumplido y pagado, deben tomar nota que este incidente muy similar a como se realizó el "esqueleto" de legalización debe estar fundamentado o motivado si no podría ser rechazado de plano, y debe aportarse prueba SI O SI, como lo establece el artículo 35.3, recordando que es admitido CUALQUIER MEDIO DE PRUEBA, no olvidar que los hechos, pretensión y prueba deben tener correlación directa siempre.

B. Derechos Litigiosos

Si usted solicita algo en un proceso y lo reclama DEBE PROBARLO, y esa casi es la regla en todo proceso, no es la excepción con la ley concursal y mucho menos con temas de derechos litigiosos, "Si se tratara de derechos litigiosos que se reclamen fuera del concurso, de los cuales pudieran surgir obligaciones dinerarias o afectar la masa activa, el presunto acreedor podrá legalizar el crédito litigioso haciendo referencia a los datos del respectivo proceso." (LEY CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957, 2021), de importancia que los derechos litigiosos tendrán el grado de prelación de cada caso que se pretenda incluir en la legalización.

La prejudicialidad aplica para estos casos y se debe recordar que es "…la existencia de otro proceso que impide verter pronunciamiento sobre el civil, al menos válido, hasta tanto no se resuelva el proceso que causa esa prejudicialidad. Prejudicial es todo proceso jurisdiccional pendiente ante un juez diverso a aquel al que le afecta y que deba formarse, con carácter previo, para poder formular la base definitiva sobre la cuestión que se decide el proceso principal. La prejudicialidad guarda una conexión de lógica jurídica con el tema que se debate, de tal manera que la decisión está ligada en relación de subordinación con el objeto principal del proceso." (Artavia Barrantes & Picado Vargas, Código Procesal Civil (Comentado) Tomo II, 2016), y la normativa en estos casos establece "La impugnación de un crédito, cuya validez o eficacia esté siendo debatida en un proceso no penal anterior a la apertura del concurso, estará sujeta a las reglas de la prejudicialidad." (LEY

CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957, 2021), por tanto, se entiende que no se puede reclamar el derecho litigioso hasta en el tanto el proceso donde se impugne el caso respectivo esté resuelto.

De importancia que para que sea acreditado el derecho litigioso se debe igual demostrar con documento idóneo de la sentencia que así lo acredita o bien el laudo que lo determina de esta manera.

C. Legalización de fiadores, avalistas o coobligados del concursado

Curiosamente este artículo para los civilistas y mercantilistas tendría algún "corto circuito" por el trato igual que le dan a los fiadores, avalistas y coobligados, pero claramente entendiendo que es para fines del proceso concursal y es claro que se hace referencia a la siguiente regulación:

Artículo 944 de código civil que refiere a que "los coobligados o fiadores del insolvente serán acreedores del concurso por las cantidades que hubieren pagado por cuenta de aquél; pero no por las que estén obligados a pagar después, salvo que, satisfaciendo al acreedor, entren, por medio de subrogación, en su lugar." (Código Civil N 63, 1888)

Por su parte en el código de comercio en razón del fiador establece "ARTÍCULO 515.- El fiador que paga se subroga en los derechos y garantías que tenía el acreedor, y puede exigir del deudor el reembolso del capital, y de los intereses por él satisfechos y los que corran con posterioridad, los gastos judiciales y de cualquier otro orden en que él hubiere incurrido por la falta de cumplimiento del deudor." (Código de Comercio, 1964)

Y en su caso para el avalista "ARTÍCULO 757.- El avalista responderá de igual manera que aquél a quien garantiza. Su compromiso será válido, aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma. Cuando el avalista pagare la letra de cambio adquirirá los derechos derivados de ella contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última por virtud de la letra de cambio." (Código de Comercio, 1964)

Se podría entender de la redacción del artículo 35.5 que se da un escenario en el que estas figuras supra mencionadas honraron la deuda del deudor (ya sea total o parcialmente) y pretenden cobrar la obligación dentro del proceso concursal, y podrán cobrar en este proceso.

D. Créditos con condición suspensiva o resolutoria y créditos sometidos a excusión de pago

Este aspecto se encuentra regulado en el artículo 35.6 de la Ley 9957, es importante recordar que los créditos de condición suspensiva o resolutoria son de naturaleza distinta. A nivel del código civil se encuentra normativa propia de estas figuras del artículo 678 al artículo 692 en los que se establecen diversas variantes para este tipo de condiciones.

Condición Suspensiva: propiamente es según doctrinarios "La condición es suspensiva cuando la formación de la obligación depende del acontecimiento." (Boulanger & Ripert , 1965) o bien "La condición suspensiva es aquella a la realización de la cual está subordinado el nacimiento de una obligación. (…) Ejemplo: "aseguro un inmueble de mi propiedad y el asegurador se obliga a indemnizarme si aquél es destruido por un incendio. Se dice entonces que la condición es suspensiva, porque la obligación no nacerá si no es que el acontecimiento se realiza; hasta entonces, esta obligación está en suspenso" (Borja Soriano , 1984), esta condición en estos casos básicamente suspende la existencia del pago de la obligación y para fines del proceso concursal se encuentra contemplada esta condición, y se incluye esta obligación en la lista de acreedores SIEMPRE indicando que está sujeto a esta condicionante.

Condición Resolutoria: El concepto de este tipo de condición cuyo fin es el "cumplimiento determina la resolución o pérdida del derecho de crédito, que de momento adquiere en firme el acreedor contra el deudor. La condición resolutoria no afecta al nacimiento de la obligación, sino a la efectividad de su cumplimiento." (Diccionario panhispánico del español jurídico, 2021) "La condición puede tener por fin extinguir una obligación. Ejemplo: le dono a usted diez mil francos, pero la donación será resuelta si usted muere antes que yo. Se llama a esta segunda especie de condición, condición resolutoria. La obligación se forma inmediatamente; produce sus efectos como si fuera pura y simple, pero su desaparición está subordinada a la llegada del hecho previsto. Analizando de cerca la condición resolutoria, se ve que no es sino una variedad de la condición suspensiva: lo que suspende no es el nacimiento, sino la desaparición de la obligación." (Colin et Capitant citados por Borja Soriano M.,

1984), estos conceptos ayudan a entender la figura para fines prácticos, y de importancia que el proceso concursal las incluya estas condiciones para que eventualmente estas obligaciones puedan ser legalizadas.

Para fines prácticos dos ejemplos que ayudan a diferenciar la condición suspensiva y resolutoria (Derecho La Guía, 2008):

"Las condiciones suspensivas son aquellas que retrasan el comienzo de los efectos de un acto jurídico a que el acontecimiento suceda. Por ejemplo, te daré cien dólares, si apruebas el examen del próximo miércoles.

La condición resolutoria, hace depender de ese acontecimiento el fin de la existencia del negocio. Por ejemplo, te pagaré cien dólares mensuales hasta que te recibas de abogado."

Esta diferenciación es importante manejarla a nivel conceptual y en resumen la condición suspensiva genera que el derecho nazca hasta el tanto se cumpla un hecho o una condición determinada, en la resolutoria finaliza la obligación y todo se podría entender que vuelve a su "origen" o condición original por haberse cumplido lo pactado entre las partes.

Sin duda entran dentro del inventario las obligaciones con estas condiciones y el gestionante deberá aportar todos los elementos respectivos para que la autoridad judicial identifique que se está en presencia de esta situación contractual, en ambas figuras es importante cumplir con la presentación de los hechos y elementos que hagan ver la situación en la que se encuentren las obligaciones y así las actuaciones también quedarán sujetas al cumplimiento o incumplimiento que se de las obligaciones por ende la activación de la condición para extinguir la obligación o generarla. "La posterior inclusión o exclusión del crédito, a consecuencia del cumplimiento o incumplimiento de la condición, no afectará la validez de las actuaciones realizadas hasta ese momento." (LEY CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957, 2021)

En el caso de los créditos que estén sometidos a la excusión de pago se encuentran regulados en el artículo 35.7, la excusión de pago se entiende como un derecho o beneficio, normalmente a fiador, a que cobren primero al deudor principal y en caso que no lo puedan cobrar procedan luego a cobrarle, en Costa Rica es extraño encontrar esto dado que por ley se responde solidariamente en materia mercantil (salvo pacto en contrario de aplicación del

beneficio de excusión) de conformidad con el artículo 509 del código de comercio "Para que la fianza se considere mercantil, basta que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio. La fianza mercantil será siempre solidaria, salvo reserva en contrario, y en consecuencia no podrá el fiador invocar el beneficio de excusión." (Código de Comercio, 1964) , en materia civil aplica el principio de excusión (ver artículos 1311 a 1316 del Código Civil).

La ley regla esta situación el que lo regula de manera sencilla y se entiende está excusión en la obligación como una condición suspensiva dado que está sujeto a la aplicación o no de la excusión, sobre esto la ley 9957 establece "los créditos que no puedan hacerse efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal, se considerarán créditos con condición suspensiva." (LEY CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957, 2021).

CONCLUSIONES

Ciertamente al concluir este artículo sobre la legalización de créditos es importante rescatar que hay innovación y aplicación de términos contables, financieros y por supuesto legales que permiten identificar mejor que antes la gestión, efectos y tramitación de la legalización de créditos, de rescatar encontrar términos como pasivo y acreedores tardíos (así como su sanción por no cumplir en el tiempo), de igual manera la normativa actual, que puede sufra reformas para aclarar algunos aspectos es muy positiva los avances con respecto a la norma procesal de 1989.

Parte de la identificación que la legalización de créditos es una de los aspectos que mayor cantidad de cambios tuvo en materia concursal, tal y como se ha expuesto en esta exposición para mayor entendimiento se dan algunos ejemplos; desde el plazo para legalizar (antes el plazo no podía ser menor de un mes ni mayor de dos, el cual empezaba a correr desde la última publicación), los que tenían la obligación para legalizar, antes se establecía todos los acreedores, salvo los hipotecarios, los prendarios, los arrendadores, los arrendatarios y los de crédito reconocido en sentencia, debían legalizar sus créditos y reclamar oportunamente el privilegio que poseyeran y como se evidencio en este caso está el deber total todos los acreedores y si no lo realizan

son acreedores tardíos. Otro de los cambios son los lineamientos de los requisitos para la gestión del escrito y calificación de admisibilidad en la que se determinan casi igual requisitos que una demanda y antes se regían por una regulación antigua como lo era el artículo 772 del código procesal civil de 1989. Al tener tantos cambios es importante seguir de cerca la dinámica práctica de aplicación de las autoridades de justicia sobre la admisibilidad y cumplimiento de requisitos, pues como se desprende de la normativa para la admisión el recurso estrella será la revocatoria, para dar atención a la legalización de créditos y lograr que se proceda a legalizar no se pueden olvidar el conocimiento procesal y por supuesto de normas sustantivas que fueron modificadas, otras que se mantienen vigentes, tener claros los conceptos necesarios para manejar los aspectos de los contratos, obligaciones, títulos y demás en la que figuran acreedores y obligados, teniendo claros estos aspectos que se han procurado resumir de manera sencilla y con conceptos para fácil entendimiento se espera que el lector pueda comprender de mejor manera esta figura.

Bibliografía

Artavia Barrantes, S., & Artavia Campos, P. (2021). Manual de derecho concursal. San José: Editorial Jurídica Faro .

Artavia Barrantes, S., & Picado Vargas, C. (2016). Código Procesal Civil (Comentado) Tomo II. San José: Investigaciones Jurídicas S.A. .

Borja Soriano , M. (1984). Teoría General de las Obligaciones. Ciudad de México: Porrúa.

Boulanger, J., & Ripert , G. (1965). Tratado de derecho civil (Tomo V). Buenos Aires: La Ley.

Cabanellas de las Cuevas, G., & C. Hoague, E. (2010). Diccionario jurídico: inglés castellano. Buenos Aires: Heliasta.

Código Civil N 63. (1888). Cdóigo Civil Ley número 63. San José.

Código de Comercio. (1964). Código de Comercio. San José: Diario Oficial La Gaceta.

Código Procesal Civil N° 9342. (2018). Código Procesal Civil N° 9342. San José: Diario Oficial la gaceta .

Colin et Capitant citados por Borja Soriano M. (1984). Teoría General de las Obligaciones. Ciudad de México: Editorial Porrúa.

Diccionario Enciclopédico Vox 1. (2009). Diccionario Enciclopédico Vox 1. Larousse Editorial.

Diccionario panhispánico del español jurídico. (25 de Julio de 2021). https://dpej.rae.es/. Obtenido de https://dpej.rae.es/lema/condici%C3%B3n-resolutoria

https://debitoor.es/. (19 de Julio de 2021). https://debitoor.es/. Obtenido de https://debitoor.es/glosario/definicion-credito

LEY CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957. (2021). LEY CONCURSAL DE COSTA RICA N.° 9957. San José: Diario Oficial La Gaceta.

Llorente Jaime, J. (30 de Diciembre de 2014). https://economipedia.com/. Obtenido de https://economipedia.com/definiciones/pasivo.html

Montes de Oca, J. (20 de Julio de 2015). https://economipedia.com. Obtenido de https://economipedia.com/definiciones/credito.html

Pérez Porto , J., & Merino, M. (19 de Julio de 2021). https://definicion.de/. Obtenido de https://definicion.de/legalizacion/

Poder Judicial de Costa Rica. (22 de Julio de 2021). https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr. Obtenido de https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/42134:legalizaci%C3%B3n%20de%20cr%C3%A9ditos#:~:text=En%20procesos%20judiciales%2C%20procedimiento%20o,cumplimiento%20de%20los%20requisitos%20necesarios.

Ruiz Jiménez , K. D., & Rodriguez Salazar, R. Á. (2020). Aspectos prácticos de la demanda laboral y su contestación. San José: Editorial Jurídica Faro.

LAS 30 DIFERENCIAS ENTRE LA LEY CONCURSAL ANTERIOR Y LA ACTUAL

DESDE LA PERSPECTIVA DEL LITIGANTE

MSc. Nohelia Vega Carvajal[169]

"Nunca emprenderíamos nada si quisiéramos asegurar por anticipado el éxito de nuestra empresa". Napoleón

En momentos de crisis, solo la imaginación es más importante que el conocimiento". Albert Einstein

Sumario. I. Introducción. II. Las 30 diferencias entre la Ley Concursal anterior y la actual desde la perspectiva del litigante. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I. Introducción

La realidad socio económica nos ha enfrentado con un aumento de los procesos concursales. En los últimos años hemos evidenciado como empresas reconocidas figuran en los medios de comunicación buscando el auxilio judicial para tratar de hacer frente a difíciles situaciones financieras que han generado algún grado de insolvencia y, en casos mucho más dramáticos, no queda más remedio que la quiebra de la compañía.

La afectación de esta realidad trasciende al fallido y lógicamente sus acreedores, sino que en muchos casos, tiene un importante impacto en la economía en general. Dicho esto, existió una preocupación por la regulación de estos institutos jurídicos y su regulación a fin de actualizarlos, a fin de

[169] Máster en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona, España y la Universidad de Génova, Italia. Máster en Derecho por la Universidad de Chile/ Graduate Certificate in International Contracts and Business Law del American University Washington College of Law. Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Abogada litigante.

encaminar un proceso que se ajuste a la realidad actual, mayor agilidad y eficiencia.

Esta es una normativa en donde confluyen el derecho concursal procesal y sustantivo. En lo que guarde silencio la ley concursal, resulta aplicable el Código Procesal Civil vigente.

Con la entrada en vigencia de CPC del 2016, se acordó mantener la vigencia de los artículos del 709 al 818 CPC de 1989 hasta que se publicarán las normas que lo sustituyan. Con la ley N° 9957 del 14 de abril del 2021" Ley Concursal de Costa Rica"[170], se regula justamente esta materia con la introducción de grandes innovaciones y cambios de paradigmas con miras a un proceso más garantista para todas las partes y eficiente.

II. Las 30 diferencias entre la Ley Concursal anterior y la actual desde la perspectiva del litigante

1. Único proceso concursal

A diferencia del sistema normativo anterior, que contemplaba 4 tipos de procesos, sea la administración por intervención, convenio preventivo, quiebra y concurso de acreedores. En dicha clasificación se consideraba si se trataba de procesos preventivos y liquidatorios, pero además se diferenciaba al deudor entre comerciante y no comerciante.

El nuevo régimen concursal establece un único proceso denominado "proceso concursal", aplicable con independencia de si el deudor es comerciante o no y busca la intervenir judicial ante una crisis económica, con independencia de la solución concursal que se derive en el curso del procedimiento. Es decir, este único proceso concursal tiene por finalidad principal el restablecimiento de las actividades económicas del deudor y solo en caso de no ser viable, se pasaría a una fase liquidatoria.

Asimismo, la insuficiencia patrimonial para iniciar el proceso concursal puede ser actual o inminente, este segundo cuando la insuficiencia vaya a ocurrir plausiblemente. La finalidad de esta referencia a una insuficiencia inminente busca evitar un deterioro mayor del patrimonio del deudor y que afecte también a los acreedores.

2. Listado más minucioso de requisitos para la solicitud del deudor

[170] Esta normativa entrará a regir 6 meses después de su publicación, es decir el 1° de diciembre del 2021, por lo que a partir de esa fecha se realizará la respectiva abrogación.

La nueva normativa busca contar con mayor riqueza en la información del deudor para la apertura del proceso concursal. Al respecto, el art.13.5 LC establece como requisitos novedosos:

- Indicación de si se trata de una insuficiencia patrimonial actual o inminente.
- Reseña de la actividad económica y jurídica que ha realizado durante los últimos tres años. Indicará si continuará ejecutando actividad económica luego de la solicitud.
- Inventario de bienes materiales e inmateriales de los que sea titular o formen parte del patrimonio autónomo, con estimación de su valor, lugar donde se encuentran y, en su caso, los datos de identificación registral, indicarse detalladamente los gravámenes y anotaciones de cualquier naturaleza que pesen sobre los bienes, sus características, así como cualquier disputa o ejecución judicial o extrajudicial que los afecte o pudiere afectar, con indicación del número de expediente o causa, el estado de los respectivos procesos y ejecuciones que estuviesen en trámite[171].
- Información pormenorizada de los fideicomisos en los cuales figure como fideicomitente, fiduciario o fideicomisario, con indicación detallada de los bienes fideicometidos. Esto es una innovación normativa de la LC que sí bien ya se venía utilizando en la práctica, se positivisa dande mayor claridad.
- Listado de bienes que no sean de su propiedad y se encuentren bajo su posesión, con indicación de las causas o actos jurídicos en virtud de los cuales los posee, así como el uso que les da.
- Listado de sus trabajadores con indicación de puestos de trabajo, los salarios brutos y netos, así como la indicación de si se encuentra al día en el pago de lo que les corresponde.
- Información sobre procesos judiciales y extrajudiciales de carácter patrimonial, en los que sea parte.
- Gastos periódicos y costos de operación de los últimos doce meses.
- Contratos en curso de ejecución.

[171] Los artículos 713 y 744 CPC derogados, era mucho más someros en cuando a los requisitos, particularmente en cuanto a la descripción del activo y pasivo, así como la referencia a gravámenes.

- Declaraciones y obligaciones tributarias, estados financieros y contables de los últimos 3 años[172].
- Si se trata de persona jurídica, aportará el detalle de socios, asociados o miembros, representantes, órganos de administración, gestión y fiscalización.
- La propuesta para la solución de la crisis patrimonial, podrán consistir en una propuesta de convenio o de liquidación.

3. Amplitud de propuestas de solución de la crisis

La solicitud del deudor debe indicar si la propuesta es de convenio, si tiene por finalidad restablecer la actividad económica y rescate del deudor o si por el contrario son de liquidación. Se concede plena amplitud y creatividad en cuanto a las soluciones propuestas, cuyo límite es la legalidad y la viabilidad técnica de lo que se propone, sin que exista una lista taxativa, evitando el modelo rígido anterior. Además las propuestas pueden establecerse como principales y subsidiarias, en armonía con el art.35.1.7 CPC actual.

Dicho esto, el art.13.6 LC ejemplifica como propuestas:

- perdón parcial de las deudas
- otorgamiento de plazos más amplios para el cumplimiento
- plan de reestructuración empresarial
- readecuación de deudas
- entrega de bienes
- capitalización de activos
- aumentos del capital social
- liquidación patrimonial

Asimismo, se admiten propuestas alternativas o diferenciadas para acreedores de una misma categoría o clasificación, siempre que mantenga condiciones iguales para los acreedores de esa categoría.

4. Eliminación de formalismos del aviso a acreedores y se establece un efecto

Si bien la LC mantiene la obligatoriedad del deudor solicitante de informar la presentación de su concurso a todos sus acreedores, se eliminó el formalismo de dicho requisito sobre la exigencia de acreditarlo por correo certificado, telegrama o facsímil con acuse de recibido[173]. El art.13.7 LC

[172] El art.713 del CPC exigía que la información contable tributaria fuera de los últimos 4 años

[173] El art.715 CPC derogado, exigía la obligación del aviso a los acreedores por correo certificado, telegrama o facsímil con acuse de recibido en todos los casos. Esta exigencia no responde a los medios de comunicación actuales y más eficientes, resultando ser una limitación sustancian en la practica. De ahí que la reforma busca superar este obstáculo y actualizar el requisito.

entenderá su cumplimiento mediante cualquier medio físico o tecnológico que acredite fehacientemente la comunicación, sin que se exija acuse de recibido.

La nueva normativa establece expresamente como innovación el efecto del aviso para el acreedor, sea que, una vez recibido el aviso inicial del proceso concursal, el acreedor no podrá iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales contra el deudor o el patrimonio autónomo, salvo que estén habilitados expresamente por norma legal para ejercer sus derechos crediticios fuera del concurso, o que el proceso concursal se declare inadmisible[174].

5. Estructura los requisitos de la solicitud de los acreedores

La nueva normativa es más específica sobre los requisitos de la solicitud del acreedor a fin de verificar la legitimación[175] de su condición. Además de los requisitos de demanda según el art.35.1 del CPC y los indicados concretamente en el art.14.1 LC, el acreedor debe aportar el título donde conste la obligación dineraria del deudor. Sobre el título:

- No se exige que la obligación dineraria esta vencida.
- El título deberá ser original, copia certificada cuando lo admita la ley para su cobro judicial, o estar contenido en un soporte en el que aparezca como indubitable quién es el deudor y su firma o la de sus representantes legítimos.
- Si se presenta un título ejecutivo, la firma del deudor o su representante legal será indispensable únicamente cuando la ley lo exija.

6. Solicitud de acreedores con resolución y garantías

El art.14.1 LC establece expresamente que podría solicitarse la apertura del proceso concursal solo cuando:

- Acreedor favorecido con resolución firme, laudo o acuerdo homologado judicialmente: si demuestra que concurre alguno de los hechos que hace presumir la insuficiencia patrimonial.
- Acreedores con garantías prendarias, hipotecarias, mobiliarias, reales o equiparables: si renuncian a su privilegio o cuando los bienes que respondan por la obligación hayan resultado insuficientes para satisfacer la totalidad del crédito, incluido el desmejoramiento de las garantías debidamente acreditado.

[174] Art.13.7 LC.

[175] Regulado anteriormente en el art. 716 CPC y 14.1 LC.

7. Posibilidad de segunda prevención

En los casos de solicitud defectuosa, realizará una prevención donde puntualizará los defectos para su corrección en el plazo de 5 días, so pena de inadmisibilidad de la solicitud. En armonía y consonancia con el CPC, por única vez, se podrá hacer una segunda prevención excepcionalmente, cuando haya sido evidente la intención de subsanar los defectos (Art.3.8 LC).

8. Causales de improponibilidad

La nueva normativa expresamente establece, que además de las causales contempladas en el art.35.5 CPC, la LC regula 3 causales adicionales de improponibilidad de la demanda[176] para el proceso concursal, siempre que sean evidentes:

- La falta de legitimación concursal de quien demanda de acuerdo con lo previsto en esta ley.
  De acuerdo con el art.12.3.3 y 4 LC, tienen legitimación para solicitar el concurso, el deudor, los acreedores y las entidades públicas que legalmente ejerzan la supervisión o regulación de la actividad.
- Ausencia de presupuestos objetivos o subjetivos concursales.
  Los artículo 4 y 5 LC establece los presupuestos subjetivos (sujetos susceptibles de concurso) y objetivos (insuficiencia patrimonial).
- El deudor o el patrimonio autónomo que se pretendan concursar, carecen de pluralidad de acreedores.
  De conformidad con el art.5.2.2 LC el deudor debe haber dejado de cumplir dos o más obligaciones vencidas en perjuicio de acreedores distintos.

9. Audiencia de oposición a solicitud formulada por acreedor

En los casos de demanda formulada por un acreedor para la declaratoria de concurso, el deudor contará con un plazo de 10 días hábiles para que conteste la demanda en los términos del art.39 CPC y pueda oponer o admitir la crisis. En ese plazo, el deudor podrá oponer excepciones procesales, materiales y prueba.

- Si no hay prueba de declaración: no hay audiencia oral y se resuelve por escrito.

[176] Art.14.5 LC.

- Si hay prueba de declaración: se convocará a las partes a audiencia única en un plazo no mayor de 10 días, donde se resolverán todas las excepciones procesales opuestas[177], dándole mayor celeridad al proceso.

10. Imposibilidad de desistimiento

Como una innovación, la nueva regulación establece la imposibilidad de desistir de la solicitud o demanda para apertura de concurso, salvo acreditación de hechos sobrevinientes que hicieran desaparecer la crisis actual o inminente[178], en cuyo caso estaríamos ante una falta del presupuesto objetivo. Asimismo, para evitar la ocultación de verdaderas crisis económicas, se dispone claramente la imposibilidad de enervar la demanda concursal de un acreedor mediante el simple pago total de lo que se le adeude[179].

11. Se elimina la figura del curador

La Ley Concursal eliminó la figura del curador180. En su lugar, regula como órganos concursales al Interventor, el Administrador concursal y el Liquidador.

Órganos concursales	Principales funciones
Interventor (Art.23 LC)	Procede cuando el concursado conserve la administración total de sus activos, así como su representación judicial y extrajudicial. El interventor dentro de sus principales atribuciones están ejercer las acciones judiciales y extrajudiciales para la efectiva tutela de los intereses del concurso, así como asesorar y fiscalizar la administración del activo concursal.
Administrador concursal (Art.24 LC)	Procede cuando el concursado sea separado total o parcialmente de la administración de los activos. El administrador concursal representará al concurso y administrará los activos concursales conforme a las atribuciones que le confiera el tribunal, ejercer las

[177] Art.14.8 LC. La norma no establece expresamente las actividades de la audiencia, por lo que considerando su naturaleza y siendo el CPC norma aplicable en lo no regulado, se deberá aplicar el art.103.3 CPC referente a las audiencias de los procesos sumarios.

[178] Art.13.10 y 14.10 LC.

[179] Art.14.11 LC.

[180] La Ley Concursal derogó el art.921-939 Código Civil.

	acciones judiciales y extrajudiciales para la tutela efectiva de los intereses del concurso, entre otras.
Liquidador concursal (Art.25 LC)	Procede cuando el tribunal disponga la liquidación de los activos concursales. Quien funja como administrador concursal o interventor, asumirá la liquidación de los bienes, salvo que se justifique designar a otra persona distinta. Entre otras funciones esta continuar la administración de los activos concursales mientras se liquidan, continuar la representación del concurso y examinar las propuestas efectuadas para la liquidación.
Junta de acreedores (Art.29 LC)	Órgano de deliberación para tomas de decisiones sobre acuerdos concursales y otras propuestas de soluciones a las crisis.

12. Se elimina el sistema de honorarios del curador

El anterior art.757 CPC establecía un sistema de honorarios porcentual para el curador. En la nueva normativa se establece un sistema de remuneración mensual para los órganos concursales (interventores, administradores y liquidadores concursales) con cargo a la masa[181], donde ya no se considera el activo o pasivo del concurso sino un arancel que será fijado por la Corte.

13. Delega a la Corte la determinación de reglamentación sobre remuneración de órganos concursales

La Corte Suprema de Justicia reglamentará[182] el arancel para la fijación de la remuneración de los órganos concursales, la cual considerará la complejidad del asunto y de las funciones que ejerzan, la duración de los cargos, la cuantía del activo y del pasivo, así como el resultado de la gestión[183].

14. Clasificación del pasivo concursal

[181] Art. 26.5 LC.

[182] De conformidad con el art.75.3 LC, Transitorio III, dentro de los 3 meses siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, la Corte Suprema de Justicia deberá emitir el Reglamento para la selección, designación y ejercicio de las funciones de interventores, administradores, liquidadores y auxiliares concursales, así como los criterios para definir los honorarios de dichos profesionales.

[183] Art. 26.5 LC.

La ley concursal clasifica los pasivos en créditos a cargo de la masa y créditos concursales.

- Créditos a cargo de la masa (Art.33 LC): son los gastos, remuneraciones e inversiones necesarios para la tramitación de los concursos, asegurar su patrimonio, continuar con actividades económicas cuando proceda; deberán pagarse en primer lugar con los bienes que no esten especialmente afectados a favor de acreedores.
- Créditos concursales (Art.34 LC), que son los anteriores a la solicitud de apertura concursal, se subclasifican en:
  - créditos con privilegio especial[184]
  - créditos con privilegio general[185]
  - créditos comunes[186]
  - créditos subordinados[187]

  Con ello se sigue una clasificación concentrada, moderna y funcional, que establezca reglas claras de prelación y sujeción entre unos y otros.

15. Alimentos del deudor y su familia

Cuando los bienes inembargables e ingresos del concursado persona física sean insuficientes para su manutención y la de su familia dependiente de él, luego de la apertura del concurso, vía incidente, tendrá derecho a percibir alimentos a cargo de la masa, siempre y cuando existan ingresos o bienes para ello[188], salvo:

- que su familia cuente con ingresos para su manutención,
- cuando el concursado recibe colaboración económica suficiente de sus familiares o terceros
- cuando pueda percibirlos de otras personas legalmente obligadas a ello.

16. Efectos de declaratoria sobre el concursado

La nueva normativa establece con mayor precisión los efectos de la apertura del concurso sobre el concursado, resultando como regla general la continuación del mismo con la actividad económica, conservación de sus facultades, administración y representación[189].

---

[184] Por ej. hipotecas, prendas, fideicomiso de garantía, garantías mobiliarias, bienes gananciales, etc.

[185] Por ej. alimentarios, laborales, etc.

[186] Los que no son privilegiados especiales ni generales.

[187] Los que serán pagados, de ser posible, luego de cubiertos en su totalidad los créditos comunes.

[188] Art.17.7 LC.

[189] Art. 17 LC.

Efectos sobre el concursado	Regla: No interrumpirá la actividad del concursado.
	Regla: Concursado conservará facultades de administración y disposición de sus activos sometidos a concurso
	Excepción: Gestión de los bienes podrá ser ejercida total o parcialmente por un administrador concursal
	Concursado conservará las facultades de capacidad y representación para actuar y gestionar fuera y dentro del concurso, salvo que haya sido separado de administración de activos.
	Se mantendrán los órganos de la persona jurídica concursada, sin perjuicio de participación de los órganos concursales.
	Regla: Los órganos colegiados de las personas jurídicas concursadas, no podrán acordar la repartición de dividendos, excedentes, bonificaciones o cualquier otra prestación, a favor de sus socios o asociados.

17. Efectos de declaratoria sobre procesos judiciales y acciones extrajudiciales

El art.18 LC establece de forma amplia y detallada como efectos de la apertura del concurso sobre procesos judiciales y acciones extrajudiciales. La regla es la paralización o imposibilidad de procesos y acciones cobratorias.

Momento	Tipo de proceso	Efecto
	Procesos judiciales o arbitrales no cobratorios[190], incluyendo su ejecución[191]	Continuarán ante los tribunales que conocen de ellos, hasta su conclusión en firme.

[190] Que no consistan en el pago de sumas líquidas.

[191] No obstante, si en el transcurso de la ejecución sobreviniere una condena dineraria contra el concursado, su cobro deberá hacerse dentro del concurso.

Procesos y ejecuciones iniciados antes de la declaratoria		
	Procesos previos de cobro y de ejecuciones dinerarias:	Se suspenderán únicamente en cuanto pretendan la persecución de bienes del concursado, salvo casos previstos en la normativa192.
	Medidas cautelares decretadas en otros procesos	Conservarán su eficacia.
Procesos y ejecuciones posteriores a la apertura del concurso	La apertura del concurso no impedirá la instauración de nuevos procesos judiciales o arbitrales a favor o en contra de los intereses del concurso, ante el tribunal judicial común o arbitral, salvo que se trate de: 1) Pretensiones que, conforme esta ley, deban tramitarse ante el tribunal concursal. 2) Procesos cobratorios o de ejecuciones judiciales o extrajudiciales de obligaciones dinerarias, contra el concurso.	

18. Efectos materiales de los contratos

Dentro de los efectos materiales de la apertura del concurso, en materia de contratos, la nueva normativa establece la continuidad de los contratos del concursado pendientes de ejecución193.

No obstante, se establece la facultad de resolución contractual por el concursado, quien podrá solicitar autorización judicial para ello. Por su parte,

192 El art. 18.2 LC establece que No se suspenderán las ejecuciones dinerarias con respecto a bienes del concursado, cuando:

1) Al momento de presentarse la solicitud o demanda del concurso, hubiere fecha señalada para remate ya debidamente notificada al concursado o su representante legal.
2) Se haya ordenado la venta o liquidación de bienes por otros mecanismos diferentes al remate.
3) Se trate de créditos laborales o alimentarios, si en la ejecución se hubiera decretado o practicado embargo.

193 Art. 20.1 LC.

si el concursado no ejerce la facultad, el contratante podrá solicitar al tribunal que declare resuelto el contrato o se le garantice adecuadamente su cumplimiento194.

La declaratoria de apertura del concurso, no afectará la facultad de los contratantes de solicitar la ejecución forzosa, la resolución del contrato, o daños y perjuicios derivados del incumplimiento anterior o sobrevenido de la contraparte, las cuales deberán ser tramitadas ante el tribunal concursal, mediante la vía incidental195. Aunque exista incumplimiento del concursado, atendiendo al interés del concurso, el tribunal podrá ordenar la continuación del contrato o su resolución.

Efectos sobre los contratos	Regla: Continuidad de los contratos pendientes de ejecución.
	Derecho de resolución contractual
	Ineficaces las cláusulas contractuales que establezcan la resolución del contrato o la facultad de resolverlo, por la sola declaratoria de concurso.
	Ineficaces aquellas cláusulas que hagan más gravosas las prestaciones de uno de los contratantes en caso de apertura de concurso.
	La declaratoria de apertura del concurso, no afectará la facultad de los contratantes de solicitar la ejecución forzosa, la resolución del contrato, o daños y perjuicios derivados del incumplimiento anterior o sobrevenido de la contraparte.
	Cuando un contrato de préstamo o de financiamiento hubiera vencido anticipadamente por la falta de pago de cuotas, dentro de los 3 meses anteriores a la solicitud de apertura del concurso, el concursado podrá dejar sin efecto el vencimiento anticipado, antes de la expiración del plazo para el ejercicio de derechos dentro del concurso.

194 Art. 20.2 LC.
195 Art. 20.4 LC.

	Cuando no se haya practicado el desalojo, el concursado, antes del vencimiento del plazo para el ejercicio de derechos dentro del concurso, podrán enervar un proceso judicial de desahucio por falta de pago, establecido antes de la declaratoria de concurso, si se consigna las sumas debidas por alquileres y costas.
	Regla: Quedarán sin efecto las cláusulas contractuales de pagos automáticos de créditos con cuentas corrientes, de ahorros, deducciones salariales u otras similares.

19. Elimina obligatoriedad legalización de créditos para 3 supuestos

No será obligatorio[196] la legalización de créditos a los acreedores de obligaciones dinerarias cuando se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- Consten en la lista suministrada por el concursado sin objeción fundada.
- Estén reconocidos en sentencia.
- Créditos que no requieran ser cobrados en el concurso: créditos laborales y alimentaruos..

20. Establece requisitos claros para legalización

El art.35.2 LC exige para la legalización:

- Calidades del legalizante
- Relación sucinta de los hechos en los cuales funde el reclamo título o causa del crédito
- Montos precisos adeudados y su preferencia, si la hubiere.
- Indicar las garantías reales, personales o de otra naturaleza que tuviese.
- Aportar como prueba los documentos en los que conste la obligación.

Además, la legalización puede comprender varios créditos de un mismo acreedor.

[196] Art.35.1 LC.

21. Convocatoria a junta en un plazo razonable

El nuevo sistema prevé convocatoria a junta en un plazo razonable, sin que las objeciones a la constatación de activos y sus avalúos, o al reconocimiento de créditos, suspendan su celebración197.

22. Reduce porcentaje de votación y posibilidad de votación por clase de acreedores

Bajo el modelo anterior, el convenio se tenía por aprobado por una mayoría de los acreedores concurrentes que representara por lo menos 2/3 de la totalidad de los créditos legalizados198. Ese porcentaje de votación de reduce a mayoría simple. En la nueva Ley concursal, los acuerdos de propuestas se adoptarán por la mayoría concurrente de votos de personas y de capital a la Junta de Acreedores199.

Asimismo, se permite la posibilidad de votación por clase o categoría de acreedores, según art. 40.4 y 40.9 LC.

23. Acuerdos concursales extrajudiciales

Antes o durante la tramitación de un proceso concursal, el deudor podrá celebrar un acuerdo extrajudicial por escrito con sus acreedores, siempre que no cause perjuicio a los demás acreedores. Dichos acuerdos podrán incluir a terceros no acreedores200.

24. Elimina relación del reproche por conducta del concursado con la solución a tomar

La ley separa la conducta del concursado o sus representantes, en relación con la solución concursal a seguir. La conducta en el concurso o antes de él, no deriva en una liquidación patrimonial, sino que las propuestas de solución dependerán del análisis de la viabilidad económica de la actividad del concursado, no de su comportamiento.

25. Apertura de liquidación

---

197 Art. 29.1 y 29.2 LC.

198 Art.752 CPC derogado.

199 Según el art. 29.5 LC:

- Mayoría de personas: se obtendrá por la mayoría simple de acreedores con derecho a voto que asistan a la junta. También se computará el voto del acreedor que se haya adherido a una propuesta en los términos previstos por esta ley.
- Mayoría de capital: se considerarán los montos de los créditos concursales admitidos de los acreedores apersonados al proceso al momento de la votación. Se requerirá la mayoría ordinaria de votos de capital.

200 Art.42 LC.

Las referencias normativas a los procesos de quiebra, insolvencia y concurso de acreedores contenidas en preceptos no derogados ni modificados expresamente, se interpretarán y aplicarán en relación con la fase de liquidación del concurso regulado por la Ley Concursal201.

La nueva normativa establece la apertura de la liquidación202 cuando:

a) Lo solicite el concursado en la solicitud de apertura del concurso o contestación de demanda.
b) La junta de acreedores rechace todas las propuestas de solución a la crisis patrimonial que hubiesen sido sometidas a votación.
c) Se homologue un acuerdo de junta de acreedores consistente en la liquidación del patrimonio concursado.
d) El tribunal deniegue en firme la homologación de todos los acuerdos concursales judiciales que no impliquen liquidación.
e) Se declare en firme la resolución por incumplimiento o la nulidad de un acuerdo judicial o extrajudicial.
f) Se acredite la imposibilidad material o legal de cumplimiento del acuerdo judicial o extrajudicial homologado.

26. Forma de liquidación de activos

Una innovación de la LC refiere a la forma de liquidar el activo concursal, donde aun en la fase liquidatoria, en primer lugar, se busca la unidad del patrimonio del concursado. Al respecto, la normativa203 establece el siguiente orden de venta de activos:

a) La empresa o unidades productivas en marcha.
b) La empresa como un todo, cuando no hubiere continuado su actividad.
c) Unidades productivas independientes, en caso de no haberse podido enajenar la empresa como un todo.
d) Grupos de bienes.
e) Bienes singularmente considerados.

27. Regulación unificada de prelación y pago a acreedores

Se regula de forma unificada la prelación y pago de créditos. Al respecto, se debe primeramente pagar los créditos a cargo de la masa y cuando corresponda los acreedores concursales.

---

201 Art.72 LC.
202 Art.46.1 LC.
203 Art.46.5 LC.

- Acreedores con privilegios especiales se les pagará inmediatamente cuando se haya efectuado la venta individualizada de los bienes garantes o la enajenación de la empresa concursada que los incluya.
- Acreedores con privilegios generales: se les pagará cada tres meses, sin perjuicio del pago inmediato que deba efectuarse a los alimentarios y laborales.
- Acreedores comunes
- Acreedores subordinados.

28. Recurso de casación

De conformidad con el art.58 LC, admitirán recurso de casación ante Sala Segunda, las resoluciones del Juzgado Concursal que:

- Declaren la apertura del concurso o admitan su extensión.
- Se pronuncien sobre la nulidad o ineficacia frente al concurso, de actos y contratos de mayor cuantía o inestimables.
- Se pronuncien por el fondo sobre el reconocimiento de créditos concursales o a cargo de la masa, de mayor cuantía, que hubiesen sido controvertidos.

El recurso de casación no suspende, por lo que el proceso continuara su trámite de primera instancia.

29. Centros de mediación y resolución alterna de conflictos

La nueva normativa prevee la posibilidad de creación de centros de mediación especializados en materia concursal[204].

30. Lista de profesionales y auxiliares concursales

La normativa establece que la Corte deberá elaborar una lista con con las personas jurídicas y empresarios con conocimiento y experiencia especializada en la administración y rescate de empresas[205].

III. Conclusiones

Nadie puede garantizar que su actividad económica o negocio pueda enfrentar una crisis financiera que lo coloque en una situación grave de insuficiencia patrimonial. Tal realidad quedó ampliamente evidenciada con los efectos económicos generados como consecuencia de la crisis sanitaria mundial de la Covid-19.

---

[204] Art.70 LC.

[205] Art. 26.1, así como el Transitorio III de la LC.

Ello evidenció con mayor fuerza la necesidad de un proceso más flexible, que responda a las condiciones y necesidades actuales y, sobre todo, que pueda cumplir los fines reales sea preventivos que permitan el rescate del deudor, o en caso de no ser posible, se garantice un proceso liquidatorio respetuoso de los derechos humanos del deudor y eficiente de cara a sus acreedores afectados.

La nueva regulación busca no solo resolver los problemas de la normativa anterior en materia concursal, disgregada, con diferencias históricas e ideológicas sustanciales, sino que además procuró una modernización a fin de brinda una estructura más clara, actualizada y eficiente.

No obstante, como toda regulación, nos permite contar con mejores herramientas procesales, queda en manos de todos los actores procesales contribuir con el éxito de su implementación, con un ejercicio responsable de nuestra profesión.

IV. Bibliografía

- Código Procesal Civil, Ley 7130 del 16 de agosto de 1989.
- Reforma Título V del Código Procesal Civil (Intervención Judicial), Ley 7643 del 17 de octubre de 1996.
- Código Procesal Civil, Ley 9342 del 03 de febrero de 2016.
- Ley Concursal de Costa Rica, Ley N° 9957 del 14 de abril del 2021.
- Artavia Sergio. Litigación civil y audiencias orales, 2ª edic, San José, 2020.
- Artavia Sergio y Artavia Paula. Manual de Derecho Concursal, San José, 2021.
- Artavia, Sergio. Convenio preventivo (proceso concursal), San José, 2019.
- González, José Carlos. "La declaración de concurso", en Manual de derecho concursal, coord. Juana Pulgar, 3ª edic., Madrid, 2020.
- Grispo Jorge. Tratado sobre la ley de concursos y quiebras, 1ed., Bs. As., 1998
- Gutiérrez, Andrés. El convenio concursal, Madrid, 2016.
- Heredia, Pablo. Tratado exegético de derecho concursal. Bs. As., 2001.
- Satta, Salvatore. Instituciones del Derecho de Quiebra, Madrid., 2020.

ASPECTOS SOCIETARIOS EN LA NUEVA LEY CONCURSAL

Álvaro Hernández Aguilar

I ASPECTOS GENERALES

La interacción del Derecho de sociedades y el Derecho concursal representa una interesante área de investigación que desde hace ya algún tiempo considerable, recibe una atención importante de parte de la doctrina y las propuestas regulatorias en legislaciones de avanzada. Existe un principio general de respeto de los derechos de los accionistas en el concurso, pero el ejercicio de esos derechos en el concurso de la sociedad, puede plantear muy diversos problemas, sin que sean previsibles a priori, y con grandes variaciones en cada caso concreto.

Con el devenir de la ansiada y esperada "Nueva Ley Concursal", en lo sucesivo –LCon-continúa omnipresente la amplia gama de aspectos ayunos de respuestas coherentes, coordinadas y bajo una acertada propuesta –sistemática- en relación a los conflictos emergentes entre el derecho societario y el régimen concursal. La acentuación de los mismos, se evidencia con mayor énfasis en los aspectos interorgánicos así como los derechos de los accionistas respecto a los derechos de los socios. Otro aspecto importante digno de resaltar de manera positiva en el jovial procedimiento concursal, consiste en una mejor propuesta en la interrelación entre las fases extintivas de la sociedad respecto a la disolución y liquidación, en relación a los efectos del concurso. Incluso, con elocuente novedad, apreciamos como la LCon propone como nuevos destinatarios concursales una modalidad bastante sui géneris –incluso en el Derecho comparado- referida al concurso no ya de la sociedad como un totum en su modalidad y entidad con capacidad procesal concursal en su haz subjetiva, sino que se apuesta además con una propuesta específica e independiente, respecto a la situación de la sociedad en etapa de disolución o de liquidación, según se advierte de la previsión adoptada en el art. 4.1 inciso 4) de la citada Ley.

Sin embargo, nuestra Ley Concursal en estreno, no ofrece un trato sistemático al problema del concurso en el ámbito societario en sus dos propuestas - convenio o liquidación - sino que se ha limitado a reglar ciertas cuestiones particulares, incluso de tinte aclarativo, suponemos que influenciaba en gran medida por las ineludibles exigencias respecto a la tortuosa y complicada convergencia entre la administración societaria respecto

a la concursal, cuyas opacidades, confusiones e intereses divergentes, tampoco han logrado siquiera ponderar la legislación comparada: el evidente choque de intereses entre acreedores y socios. Si bien en la legislación preexistente -Código de Comercio- de manera un tanto más "pomposa" que lo ofrecido por la realidad, se proponía un título "De la quiebra de las sociedades" que abarcaba la Sección IV del Capítulo VI del Título de la "Quiebra" –arts. 960 a 967 respecto a sociedades- ahora derogados con la LCon, el aludido título devino en sobrevalorado, por cuanto el ámbito regulatorio, al igual que en el caso de la actual regulación del derecho de sociedades en el citado Código, sustenta su piedra angular en materia de responsabilidad patrimonial de socios respecto a la sociedad o viceversa. Sin duda, un planteamiento muy discreto y limitado, a una verdadera regulación sistémica sobre la materia, como la ofrecida en la legislación italiana en el nuevo Código de crisis e insolvencia empresarial (Decreto Legislativo 12 de enero de 2019,. 14) que contiene todo un capítulo denominado "Liquidazione giudiziale e concordato nella liquidazione giudiziale delle societá" donde se ofrece una rica y amplia regulación sobre la materia entre los artículos 254 a 267.[206]

Los entretelones disociados de lo concursal y societario, se evidencia agudamente en el Derecho comparado –salvo algunas excepciones como la nueva normativa italiana descrita- con lo cual no era de extrañar sus efectos expansivos y aún perennes en legislaciones como la costarricense a pesar de los cambios operados con la nueva normativa. A nuestro criterio, parte de la modesta propuesta regulatoria en materia de sociedades, presenta repercusiones vinculas con los fines generales y principios plasmados en la LCon, referidos a la unificación o unidad disciplinaria[207] respecto al tratamiento de los deudores privados en situación concursal quienes se

[206] Vid. Fallimento E Crisis D´Impresa. IPSOA In Practica. Wolters Kluwer.AA.VV. 2021.

[207] La manifestación de "unidad de procedimiento" refleja relación con su propia denominación "concurso". La denominación "concurso" se justifica desde el seno del derecho español, por tratarse de una expresión clásica que desde los tratadistas españoles del siglo XVI, fundamentalmente de Amador Rodríguez (*Tractatus de concursu, 1616*) y de Francisco Salgado de Somoza (Labyrinthus creditorum concurrentium ad liten per debitorem commune inter illos causatam, 1651). No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno, unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones.

propende estaría sujetos a un único proceso concursal, salvo disposiciones legales establecidas para casos especiales –vid. Art. 2 LCon.

Advertimos desde estos propios albores respecto a la vigencia de la LCon, que la salvedad descrita, en el citado ordinal, resultó excesivamente discreta y limitada respecto a los requerimientos que ofrecen las sociedades anónimas y de estructura bursátil, ante el fenómeno concursal. Reconocemos y advertimos que la finalidad del proceso unificado responde a una idea disruptiva o de ruptura como respuesta al tormentoso fenómeno omnipresente en nuestra disciplina normativa de la "dispersión" que se presentaba desde el mismo momento de identificar previamente -comerciantes con no comerciantes-, a fin de determinar la aplicación de un proceso de quiebra o concurso civil de acreedores. Entendemos que en el nuevo escenario comerciantes y no comerciantes, empresarios mercantiles, agrícolas o ganaderos, artesanos y también profesionales, prestadores de servicios en general y consumidores, cualquiera deudores de índole privado, en suma, pueden, consecuentemente ser declarados en concurso, así como que en el proceso concursal es único y no depende de la condición personal del deudor, ni de si es una persona física o jurídica en cuanto se introduce la herencia y los patrimonios de afectación. Sin embargo, ello no quiere decir, que la condición de empresario mercantil en su modalidad de estructura corporativa como la sociedad anónima, justifique incluso su total ausencia de regulación y hasta de mención de la sociedad mercantil, lo cual evidencia, según veremos, un retroceso, y por ende de singular acentuación, que ya no es poca cosa, respecto a la anterior regulación.

En efecto, el Código de Comercio, dedicaba parte de la regulación de la quiebra, a través de secciones específicas, y por ende, varios artículos, al tema concreto de la quiebra de las sociedades. Si bien su contenido no reflejaba en la actualidad las exigencias propias de la disciplina, bien o mal, ofrecía cierta seguridad jurídica y algún confort respecto a situaciones concretas: el supuesto de quiebra voluntaria se requería acuerdo tomado por los socios independientemente de la condición de eventual apoderado generalísimo sin límite de suma del representante societario –art. 855 del Código de Comercio-. Por otra parte, se deroga además del anterior artículo, la sección denominada precisamente "De la quiebra de las sociedades" que corresponde a los artículos 960 a 967, que fueron derogados con la actual LCon en su art. 73.2, sin que se

introduzca ninguna sustitución o propuesta novedosa con fines equivalentes a la normativa derogada, provocando una lamentable acefalía sobre la disciplina.

La propuesta de eludir las concreciones específicas de las sociedades de capital en general y en particular, a la sociedad anónima, ofrece grandes inconvenientes, "interregno sine lege", en un tema de la transcendencia socio económica de estas entidades y por su vinculación con el fenómeno concursal. La LCon, no menciona en su articulado a las sociedades de capital, a pesar de la monumental incidencia del concurso sobre las sociedades anónimas configuradas sin discusión con el mayor protagonismo en el tráfico económico costarricense y por tanto, está llamado a acaparar la mayor atención en la gran sustancialidad de concursos.

Por más que se insista en un "procedimiento unificado", cuestión diferente como se verá en las líneas que siguen, es que la propuesta legislativa ofrezca una atención suficiente y acertada del tema. Es evidente que las distancias que la naturaleza misma de las cosas impone entre una persona física y una jurídica hacen indispensable una disciplina específica en algunos aspectos para el concurso de la persona jurídica y en particular de la sociedad anónima. Una posición excesivamente generalizada o estandarizada de la regulación del deudor concursado, no resulta ni sencillo ni pacífico, en especial cuando se trata de personas de base asociativa que además, disponen de una estructura corporativizada. Por una parte, porque los intereses del concurso pueden entrar en conflicto con los de la persona jurídica, que no están claramente delimitados, entre otras cosas, no se puede focalizar en el de una persona concreta, sino, normalmente, en el de un colectivo a menudo disperso que forman sus miembros en cuanto a tales. Por otra parte, porque esa estructura diluye la instancia de poder al repartir las atribuciones decisorias y ejecutivas en dos órganos distintos–la junta y la administración-, cada una con su respectiva esfera de competencia que, en buena lógica, debe resentirse con la declaración de concurso y los sucesivos vaivenes y cambios de la fase o de orientación que padezca el procedimiento.

Así pues, la declaración de concurso exige responder ante todo a una pregunta fundamental, atendiendo a la realidad del tráfico: cómo incide el concurso sobre los órganos de la sociedad anónima. Por supuesto, que la pregunta cobra el mayor interés cuando se trata de personas que concentran de un modo abrumador y mayoritario, la titularidad en la articulación del

ejercicio de actividades empresariales en Costa Rica. Claro que ello no priva de interés el caso de otras personas jurídicas como las asociaciones en general y cooperativas, fundaciones; pero que distan mucho en la incidencia económica respecto a las sociedades anónimas. Lamentablemente destaca por su ausencia la propuesta y distribución de artículos específicos de la sociedad anónima o de estructura capitalista, dejando un vacío injustificable al decantarse la LCon por una tenue y genérica regulación de la persona jurídica en general, decantándose por una excesiva respuesta unificada y excesivamente rígida. Corresponderá a la jurisprudencia, acudir a un elemento de auxilio, referido al principio de "flexibilidad concursal" entendido y complementado de la mejor manera posible con aspectos de "coordinación". Sin embargo, advertimos como agravante que la disciplina de fondo o sustantiva de las sociedades mercantiles, ofrece una vetusta y desactualizada previsión normativa también ayuna de sistematicidad que agudiza aún más el abordaje de la concursalidad societaria.

Por otra parte advertimos incidencias propias de ambas disciplina en el ámbito externo, ajenas a nuestra concursalidad y del régimen societario costarricense. Uno de los aspectos más álgidos, que ofrecen los sistemas societarios y concursal, refiere al ejercicio de los derechos de los accionistas dentro del concurso, derivado en gran medida por la excesiva especialización en las materias jurídicas, que ha dado lugar a una creciente separación entre el Derecho de sociedades y el Derecho concursal, lo que se ha denominado por la doctrina anglosajona como "vestigialization" al decir de SKEEL208, la separación entre disciplinas jurídicas (el Derecho concursal y el Derecho de sociedades) y el consiguiente abandono y descoordinación de las cuestiones que quedan situadas en el espacio entre ambas disciplinas.

La superación de tal antagonismo, impone una apuesta por una regularización armonizadora entre ambas disciplinas. Regularizar significa ajustar, reglar, o poner en orden. Al servicio de esa regularización requiere modificar en ocasiones la sistemática, a la vez que intentar reducir las imperfecciones de las proposiciones pretéritas. Junto a la regularización se va de la mano de la habilitación, que exige aclarar, es decir eliminar, en la medida

---

[208] Autor citado por Garrido, José María, Los derechos de los accionistas en el concurso, en: Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán "Liber Amicorum-". Coordinadores: Ángel Rojo y Ana Belén Campuzano. Tirant lo blanc. T. II. Pág. 2363. Valencia. 2015.

de lo posible, las dudas de interpretación que suscitan los textos legales, determinando el exacto alcance de las normas. En fin, el mandato de armonización impone la supresión de divergencias de expresión legal, unificando y actualizando no solo aspectos terminológicos propios de ambas disciplinas, sino que escudriñar los alcances, fines y objetivos que deben ponderarse, entre las prerrogativas de la concursalidad respecto al fenómeno societario.

II. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ACCIONISTAS EN EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD

La situación de los socios ante una sociedad que deviene en concursada frente a los acreedores del concurso, ofrece innumerables dificultades ante la elocuente presencia de intereses en conflicto. Sin duda, los acreedores son los actores principales en el concurso de la sociedad: los derechos de los acreedores experimentan efectos sustantivos y procesales como consecuencia de la apertura del concurso, y gran parte de la compleja arquitectura del proceso concursal tiene por objeto la determinación de los derechos de los acreedores y el establecimiento de mecanismos de participación que les permitan adoptar las decisiones de mayor importancia en el seno del concurso. Una de las manifestaciones más evidentes respecto a la salvaguarda de los derechos económicos de los acreedores se evidencia de lo dispuesto en el art. 17. 6 in fine de la LCon respecto a la prohibición de repartición de dividendos, excedentes, bonificaciones o cualquier otra prestación a favor de los socios. A nivel decisorio, a pesar de que se reconoce el funcionamiento de los órganos societarios ante la declaración de concurso, la nueva normativa exige la presencia del administrador o interventor en las sesiones, bajo el apercibimiento de que ante su ausencia no podrán sancionar y los acuerdos tomados serán anulables a solicitud del administrador, interventor o administradores sociales.

No obstante las propuestas legales existentes en favor de los intereses de los acreedores, esa previsión prácticamente resulta inexistente en el caso de los socios de la sociedad concursada. La propuesta a favor de los acreedores era previsible y en consonancia con la mayor parte de las previsiones legales de Derecho comparado. En efecto, los acreedores ocupan el centro del procedimiento concursal, y sus derechos se ven intensamente afectados por dicho procedimiento. La posición de los accionistas sin embargo –por más que

algunos propongan- no puede ser exactamente equiparable a los acreedores por lo menos en el plano procesal. Los accionistas no son parte formal del concurso de la sociedad y no reciben siquiera notificación de los actos procesales referidos al concurso de la sociedad, pues debemos ser conscientes, de que es muy difícil avizorar una situación similar derivado de los inconmensurables inconvenientes de esa inclusión. Lógicamente, la sociedad misma es parte en el proceso, y los administradores ostentan su representación según lo postula el art. 13.4 y 17. 6 de la LCon en cuanto a legitimación para solicitar el concurso y efectos del mismo sobre los órganos de la persona jurídica respectivamente.

Desde un punto de vista económico que se ha venido extendiendo al plano jurídico, su suele estimar al accionista como como meros "acreedores residuales" ("residual claimants") de la sociedad. Ello por cuanto, los accionistas tienen derecho a percibir los ingresos y bienes de la sociedad una vez que se hayan satisfecho todos los créditos contraídos por ésta. Para Garrido, esa posición de acreedor con "derecho al residuo" resulta insuficiente. Señala que el accionista aporta el capital de la sociedad, y ello no solamente le da derecho a participar en el producto de la liquidación, por un lado, y en los beneficios de la sociedad, por otro. Agrega que aunque resulte cuestionable hoy día, el término "dueño de la sociedad, lo justifica en que ha de aceptarse que existe un plus en la posición de accionista respecto a la posición de mero inversor con derecho a percibir rendimientos económicos o la devolución de las cantidades aportadas. Agrega que esta discusión puede tener consecuencias prácticas y no necesariamente teóricas: si se acepta la idea de accionista como "acreedor residual", se recude que, en caso de insolvencia –en sentido de desbalance- de la sociedad, no existe justificación para la continuidad de los accionistas en la sociedad concursada, ni mucho menos, para el ejercicio de los derechos de los accionistas en el concurso.[209]

La condición del accionista es compleja, y abarca un conjunto de derechos que la definen. En forma paralela al principio general de conservación de los órganos societarios, aparece el principio general de conservación de los derechos de los accionistas. En efecto, los derechos de los accionistas solamente se ven modificados en la sociedad concursada por efecto directo o indirecto de normas específicas del Derecho concursal. Sin embargo, los derechos de los

[209] Garrido, Op. Cit. Pág. 2367.

accionistas están vinculados a la estructura societaria, y no al procedimiento concursal estricto sensu. Adviértase que dentro de las bases axiológicas la LCon consagra como finalidad asegurar la viabilidad de las empresas, así como la preservación –de ser posible- la unidad del patrimonio concursado –art. 1, incisos 1) y 2). A su vez el ordinal 3.6 enarbola el conocido principio de conservación de la empresa (a mi gusto: viabilidad de la empresa) que resulta más omnicomprensivo del fin perseguido, en el sentido de que solo es posible conservar empresas viables, término este último que resulta más atinado al abarcar –su conservación- de manera implícita, pues al contrario, la simple conservación no incluye la viabilidad empresarial.

Los fines de conservación de la actividad y la productividad de la empresa, están estrechamente ligados a la estructura de la empresa. De manera que no es posible, desligar los órganos de la sociedad y su entorno estructural productivo, respecto de los órganos concursales y con gran preeminencia, lo relativo a la administración concursal. Tanto la administración societaria como los órganos de la sociedad, deben lucir interconectados, y ahí aparece, coligados los socios, como protagonistas de elocuente transcendencia en la conservación productiva de la sociedad.

1) Los derechos económicos del socio

La declaratoria del concurso, no paraliza la vida de la sociedad que está conformada –especialmente en la sociedad anónima- por un ecosistema orgánico y estructurado en gran medida en atención a los fines de la condición de socio, que precisamente reside en obtener ganancias. A ello responde precisamente la prohibición contemplada en el art. 122 del Código de Comercio: "No producirá ningún efecto legal las estipulaciones que excluyen a uno o más socios tenedores de acciones comunes de la participación en las ganancias".

Por consiguiente, los derechos de participación en el reparto de las ganancias sociales , en el patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad –art. 217 del Código de Comercio- representan el núcleo de los derechos económicos de los accionistas. Lógicamente que estos derechos responden a una naturaleza diversa respecto al derechos de crédito –incluso a los propios títulos valores de crédito- pues precisamente de la condición de socio, que otorga derechos de participación en las ganancias de la sociedad, que se instrumentalizan a través de decisiones políticas plasmadas a través de las deliberaciones en las juntas y se materializan con el consecuente voto que

resulta proporcional al porcentaje de acciones. Por ello, no es dable asimilar al socio respecto a un acreedor en el concurso de la sociedad. Ello no quiere decir que los derechos desparezcan en el concurso; simplemente, no se dan los presupuestos para su ejercicio. Adviértase que por ningún lado la LCon determina que al declarase la apertura del concurso, los derechos del socio se extingan o desaparezcan. Precisamente resulta baladí, referirse al derecho de participación en el reparto de las ganancias sociales, en supuestos de declaratoria del concurso –art. 17.6 LCon -, sin embargo, potencialmente sin las finanzas de la sociedad, se recomponen a través del concurso, se reactivará la percepción de los beneficios. En lo que respecta al derecho de la cuota de liquidación, tampoco están sujetos al tratamiento de un derecho de crédito concursal, sometido a un régimen de comunicación y reconocimiento. Su configuración, supone que los accionistas puedan actuar dentro del procedimiento concursal, para proteger ese eventual derecho a la cuota de liquidación como sería la posibilidad de impugnación de la admisión de créditos en el concurso, lo cual no se encuentra reconocido en nuestra legislación concursal, al igual que en la normativa española. La circunstancia de que la cuota de liquidación consista en un derecho de reintegro tipo expectativa de derecho, no modifica su esencia y razón de ser dentro del derecho concursal, por cuanto tanto en ambos escenarios –concursal y societario- siempre presupone una expectativa sujeta al pago de acreedores.

2. Los derechos políticos del socio

Como es sabido esta modalidad de derechos se configuran en las juntas de accionistas por medio de la deliberación y voto. Estos derechos ofrecen relación directa con la Junta general, lo cual ofrece algunas matizaciones en caso de concurso de la sociedad. Conforme al contenido del art. 17.6 de la LCon, se infiere que la convocatoria la realiza el respectivo órgano societario –Junta Directiva- a través del presidente y secretario o ambos y exige se convoque al administrados, interventor o liquidador concursal. Sin embargo, la cuestión de la competencia para convocar a Junta en la sociedad concursada, ofrece algunas dudas, particularmente en los casos de suspensión de los administradores –art. 17. 3 de la LCon-. En efecto, respecto a los supuestos de sustitución de los administradores societarios por los administradores concursales o liquidadores, la ley de la materia no contempla expresamente esa atribución según se evidencia de los arts. 24.2, ni en el ordinal 25.2. La única norma que

alude a la vinculación interna respecto a la persona jurídica –sociedad- refiere al ejercicio de los derechos políticos que corresponde al concursado en otras entidades (incisos 10) y 9) respectivamente.

La ausencia de previsión expresa sobre el deber de convocatoria de la sociedad, deja la gran duda en cuanto supondría una situación implícita o si se requiere previsión legal. Incluso, no sería descartable, que aún y cuando, los administradores sociales, fuesen desligados de la administración continuada en el proceso concursal, éstos a lo interno de la sociedad concursada, aún tengan vinculación orgánica. Esta interrogante precisamente no encuentra previsión en la jovencísima normativa concursal. No obstante, en el supuesto de que la administración societaria, realizara la convocatoria surge otro cuestionamiento, de similar intensidad, siempre bajo la hipótesis de que en el concurso se separara de la administración a los directores de la sociedad. La duda luce apreciable en lo relativo a la necesidad de eventual autorización de parte de la administración concursal, respecto a la convocatoria de la Junta peticionada por los órganos societarios. La respuesta debería estar relacionada con eventuales repercusiones económicas agendadas para la realización de la Junta de accionistas que se encuentren relacionadas con los presupuestos contemplados en el art. 17. 2 de la LCon.[210] De no encuadrar los puntos agendados con los citados supuestos no se requeriría autorización. Sin embargo, conviene señalar bajo esta argumentación, que en la citada Junta de accionistas eventualmente se podrían generar situaciones de índole económico ajenas a los supuestos típicamente consignados en el citado art. 17. 1.

Adicionalmente a lo señalado, conviene aclarar que muchos de los aspectos típicamente previstos para la junta ordinaria contemplada en el art. 155 del Código de Comercio, deberían preexistir por tratarse de aspectos propios de la operatoria normal de la sociedad. Nos referimos entre otros aspectos a la aprobación de las cuentas anuales y la eventual decisión de revocar a los administradores.

---

[210] El artículo 17.2, aparte 1) y siguientes determina los siguientes supuestos que requiere autorización judicial: 1) Se pretenda disponer, de cualquier forma, bienes inmuebles fuera del giro normal de la empresa o actividad del concursado. 2) Se pretenda enajenar activos de cualquier naturaleza que sean indispensables para la actividad empresarial o económica del concursado. 3) No exista conformidad entre el concursado y el interventor, respecto de la realización de cualquier otro acto jurídico que pueda comprometer los fines del concurso. 4) Se pretenda resolver un contrato en curso de ejecución, en los casos permitidos y las formas previstas por esta ley.

Ha de considerarse también el ejercicio de derecho de información, el cual se mantiene, pero con ciertas matizaciones. En efecto, resulta coherente señalar que el derecho de información del accionista, sigue existiendo aunque la sociedad se encuentre en concurso de acreedores. Sin embargo, el derecho de información del accionista está ligado al funcionamiento de la sociedad, más no al procedimiento concursal. Por consiguiente, el derecho de información deberá ejercerse bajo las previsiones de la legislación societaria, que vincula primordialmente el ejercicio de dicho derecho a la celebración de la Junta general. Por otra parte debemos resaltar, que el ejercicio del derecho de información bajo el tamiz del ámbito societario se encuentra estrechamente relacionado con el aspecto patrimonial. Obviamente que la información patrimonial, transita inexorablemente a la operatoria concursal, lo cual mengua recíprocamente el derecho de información del socio en el seno de la sociedad.

3. Efectos del concurso de la sociedad y de los socios ilimitadamente responsables

La anterior legislación sobre el proceso de quiebras prevista en el Código de Comercio, ofrecía una regulación específica sobre las repercusiones de la declaratoria del proceso de quiebra sobre los socios ilimitadamente responsables y viceversa. La situación descrita, la resolvía parcialmente el Código de Comercio, en sus anteriores arts. 960 a 963, y respecto a un socio que forma parte de diversas sociedades y quebrare alguna en la que el –socio- es solidariamente responsable lo contemplaba el canon 964 ejúdem.

Los citados artículos fueron derogados en la LCon –ordinal 73.2, con lo cual actualmente no existe ninguna norma que refiera al tema en concreto. La presencia de incertidumbre –de los peores acompañamientos del juzgador y demás protagonistas del proceso- luce elocuente. Dentro de los dilemas a dirimir, aparece presente el caso del eventual concurso de socios con responsabilidad ilimitada. A diferencia de nuestra normativa en estreno, el art. 150 de la Ley de Concursos y Quiebras argentina se ocupa del supuesto de los socios concursados previendo que: “El concurso de los socios ilimitadamente responsable no puede reclamar lo adeudado a estos por la sociedad fallida, cualquiera fuera su causa”. Como acertadamente comenta Graziabile, la quiebra de la sociedad no afecta a la sociedad, únicamente puede extenderse la

quiebra social a los socios con responsabilidad ilimitada.[211] Precisamente esa postura la adoptaba el derogado art. 960 del Código de Comercio, en cuanto aclaraba que en supuestos de sociedades en nombre colectivo o en comandita, el juez de oficio decretará embargo de bienes general en los bienes de los socios ilimitadamente responsables. Desde luego, que esta propuesta guarda armonía con el principio de responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada, contemplado en la norma general respecto a sociedades colectivas –art. 33 del cuerpo mercantil extensivo a los socios comanditados por mandato expreso del ordinal 60 ejúsdem.

La quiebra del socio en Costa Rica, no acarrea ni se extiende a la sociedad, fenómeno conocido en doctrina como "quiebra ascendente"[212], dado que la insolvencia o cesación de pagos con responsabilidad ilimitada, no puede afectar patrimonialmente a la sociedad. La sociedad no es garantes ni nada que se le parezca respecto a las deudas del socio ilimitadamente responsable. La extensión prevista anteriormente respecto de la quiebra en nuestro país, según lo pregonaba el pluricitado art. 960 era únicamente descendente, sea, de la sociedad respecto al socio ilimitadamente responsable, porque dicha responsabilidad –según advertíamos- proviene de un origen tipológico de las sociedades colectivas y comanditas –ex . art. 33 Código de Comercio- que incluso, se estima como inexistente la cláusula incorporada en contrario en el canon 34 del Código de lo comercial.

En realidad, la combinación de posiciones entre deudas a favor del socio y las deudas en su contra respecto a la sociedad, prevalecen las últimas con efecto diluyente o extintivo de las primeras, aunque aparezca injusta la condonación a favor de las sociedades, obedece al hecho de que no se vea afectada la responsabilidad ilimitada de los socios a través de los créditos que éstos tengan en contra de la sociedad.

En términos similares, el reciente texto refundido de la Ley Concursal española –Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo de 2020, en que se sustenta en gran medida la LCon costarricense[213], a pesar de que tampoco evidencia un trato satisfactorio por su parquedad y escasa amplitud de la

[211] Vid. Graziabile J. Darío, Instituciones de Derecho Concursal. T V, La Ley, Thomson Reuters, Buenos Aires. 2018. P. 463.

[212] Cfr. Graziabile, Idem.

[213] Se aclara que la mayor orientación de la nueva legislación costarricense se evidencia de su antecesora Ley Concursal de 2003 y sus numerables reformas previas al texto refundido actual de reciente data: 2020.

concursalidad societaria contempla la situación descrita en el art. 131: 1. "Durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de este anteriores a la declaratoria de concurso". A su vez dispone en el inciso 2: "Durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubieran sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento.". Junto a la citada disposición, de manera muy tenue y aislada, la normativa refundida española en esta materia concursal, tímidamente reconoce una sola disposición referida a los grupos de sociedades mediante referencia expresa. Corresponde a la denominada Disposición adicional primera se refiere a grupos de sociedades con propuesta remisoria al art. 42.1 del Código de Comercio.

A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, venido en -orfandad absoluta- sobre el tema derivado de la derogación adoptada expresamente por la LCon y la injustificable ausencia de propuesta sustitutiva en nuestro país, resulta digno de destacar la novísima regulación italiana en contraposición incluso al modesto desarrollo ofrecido por la legislación española. El denominado "Codice della crisis d'impresa –Liquidazione giudiziale e concordato nella liquidazione giudiziable della societá", publicado el 25 de febrero de 2020, inicialmente presto a regir en septiembre de este año, pero pospuso su vigencia para el año próximo -2022-, ofrece una meritoria propuesta que abarca una serie de especialidades y sensibilidades propias de las sociedades que no podrían quedar al margen de regulación. Particularmente nos referimos al capítulo VIII del Título V: "Liquidazione giudiziale e concordato nella liquidazione giudiziale delle societá (att. 254-267). El art. 254 inicia con los deberes de directores y liquidadores de la sociedad en liquidación judicial, para lo cual dispone que deberán ser escuchados en todos los casos en los que la ley exija que el deudor sea escuchado y estén obligados a aportar información o aclaraciones necesarias para la gestión del procedimiento solicitado por el fiduciario o el acreedor del comité.

De manera expresa reconoce al fiduciario autorizado conforme al art. 2 del art. 128, promover o continuar, incluso separadamente la acción de

responsabilidad social y todas las demás acciones de responsabilidad que le atribuyan las disposiciones individuales de la ley, así como otras descritas en el aludido numeral. Por otra parte, de manera clara y acertada dispone en el art. 256 en lo que respecta a la denominada "Asociación con responsabilidad ilimitada": 1. La sentencia que declara la apertura del procedimiento de liquidación judicial contra una empresa perteneciente a una de las modalidades reguladas en los capítulos III, IV y VI del título V del libro quinto del código civil produce la apertura del procedimiento de liquidación judicial también contra accionistas, aunque no sean personas físicas, con responsabilidad ilimitada. Sin embargo, conforme resaltamos en la normativa derogada costarricense y conforme lo acentúa la actual legislación española, en Italia también se coincide en excluir la responsabilidad de la sociedad a la inversa: Art. 258: Efectos en la sociedad de la apertura de la liquidación judicial respecto de los accionistas: 1.La liquidación judicial abierta respecto de uno o más socios con responsabilidad ilimitada no determina la apertura de la liquidación judicial respecto de la sociedad.

El art. 257 "Liquidación judicial de la empresa y sus accionistas" ofrece una amplia y acertada regulación de la liquidación judicial de la empresa y sus accionistas. Destaca en gran medida que los activos de la empresa y los de los accionistas individuales se mantienen separados. Los incisos 3) y 4) con gran acierto señalan: "3. El crédito declarado por los acreedores corporativos en la liquidación judicial de la sociedad se entiende declarado en su totalidad y con el mismo privilegio general también en la liquidación judicial abierta a las acciones individuales. El acreedor social tiene derecho a participar en todas las divisiones hasta el pago íntegro, salvo el recurso entre los procedimientos de liquidación contra los accionistas por la parte pagada además de la respectiva participación. 4. Los acreedores particulares participan únicamente en la liquidación judicial de sus accionistas deudores.

Sobre esta última propuesta, que la normativa italiana ofrece alguna relación con lo que disponía de manera muy acertada el ordinal 962 del Código de Comercio –lamentablemente ahora derogado-: "Los acreedores particulares de los socios, ya sea dentro del concurso de éstos o como simples acreedores, tendrán derecho a que se anote su crédito en el haber que el socio quebrado o embargado tenga en la sociedad. Podrá obtener, el pago de dividendos que puede exigir en cada oportunidad, y el del capital cuando la sociedad liquide los negocios, pero no tendrá derecho ni a pedir la participación del deudor

antes de que se liquide la sociedad, ni a rematar esa participación, pues debe esperar a que se liquide la sociedad." A su vez el art. 963 contemplaba que en caso de sociedades de personas declaradas en quiebra–colectiva y en comandita- los acreedores de la sociedad serían pagados con los bienes particulares de los socios y en concurrencia con los acreedores de éstos, si los tuviere, cuando los bienes sociales no bastaron a cubrir el importe de sus crédito. Evidencia una propuesta sumamente razonable, en cuanto primero se persiguen los bienes sociales y solo en caso de insuficiencia responderían los bienes personales de los socios.

En síntesis, creemos la citada normativa, no requería su derogación, pues con algunas modificaciones leves se podría ajustar y complementar sin inconvenientes con el entramado regulatorio en general previsto en la LCon. Al no contar con la regulación derogada, nos lleva a buscar soluciones alternas por medio de fuentes supletorias, como la doctrina y regulación foránea, generando focos de incertidumbre y patologías de absoluta previsible evitación que en antaño, a nivel paradójico, no era necesario.

III. Indeterminación sobre la legitimación del ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora concursada.

Tratar la cuestión relativa a los administradores responsables implica pronunciarse sobre el ámbito subjetivo de aplicación del régimen de responsabilidad del administrador de sociedades de capital. En definitiva, suponer dar respuesta a una pregunta en apariencia sencilla: ¿a quién va resultar aplicable las normas sobre responsabilidad civil individual y social previstas en la legislación societaria en casos de concurso de acreedores?. La cuestión durante largo tiempo fue considerada fácil de responder que apenas era objeto de atención por parte de quienes se ocuparon en detalle de la responsabilidad de los administradores sociales[214]. Parecía claro en el escenario societario se circunscribía a los administradores formalmente investidos de la condición de administración de una sociedad que aparezca vigente e inscrito

[214] Sobre la responsabilidad de Administradores. Vid. Hernández Aguilar, Álvaro, Nuevas propuestas sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas. Revista Ivstitia. Año 18. N°. 231-214. Septiembre-Octubre. 2004. Conviene resaltar que la acción individual compete al socio respecto a los administradores y solidariamente responsables, mientras que la acción social corresponde a la sociedad. Art. 189 y 192 del Código de Comercio, con antelación al concurso.

su nombre en el Registro Mercantil. Esa limitación de manera acertada fue ampliada en el ámbito penal costarricense a la figura del administrador de hecho y en forma correcta y oportuna se introduce en la LCon en su artículo 21.4. apartes 7) y 8). Desde luego que en el plano de la administración concursal, difícilmente nos referiríamos a administrador o liquidador de hecho, y por ello se justifica que la LCon cuando refiere al ejercicio de la responsabilidad consigne únicamente los interventores, administradores y liquidadores en el canon 26.8. La situación del administrador de hecho, ofrece ahora interés en el caso del derecho societario y concursal, entendido este como referido al sujeto que sin haber sido formalmente designado como administrador, ejercen de facto las funciones propias de dicho cargo. Se trata en suma de buscar un mecanismo para imputar a estos sujetos el régimen de responsabilidad de los administradores, resolviendo con ello todo un problema advertido en la práctica del Derecho de sociedades desde hace mucho tiempo.

Esta perspectiva amplia ofrece algunas inconvenientes en casos de disciplinas específicas como la societaria donde aún en Costa Rica no se cuenta con reconocimiento expreso en la regulación específicamente societaria, a pesar de su incorporación a la LCon. Las inconsistencias obedecen principalmente a eventuales problemas de aplicación analógica o extensiva de la ley, sobre temas sancionatorios. En países como España la situación descrita no ofrece problemas. Particularmente el art. 236. 1 de la actual Ley de Sociedades de Capital, señala que: "Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo."

Superado en términos muy generales lo relativo al "administrador de hecho", volvemos a insistir que desde hace varios años se aprecia incluso con sorpresa las amplias y profundas investigaciones doctrinarias que se reflejan en las legislaciones recientes sobre el tema de la responsabilidad civil concursal y su aguda relación con la responsabilidad de los administradores, liquidadores y auditores, de la sociedad deudora y posteriormente concursada. Vasta y autorizada doctrina foránea desarrolla el tema con profundidad. Las evidentes interacciones y delimitaciones de la responsabilidad concursal respecto a la societaria no sólo se reduce a su ubicación en el campo espacial: la crisis económica en la esfera preconcursal, acciones rescisorias de

inoponibilidad, etcétera, sino propiamente a la detección de conductas incorrectas, fraudulentas, dolosas y culposas con la consecuente repercusión en el activo o pasivo concursal. Esto último justifica que la mayor parte de los ordenamientos sobre la materia se decanten por reconocer legitimación exclusiva del ejercicio de las acciones de responsabilidad societaria a la administración concursal.

En el derecho argentino la Ley de Sociedades Comerciales número 19.550 en su art. 278 pregona: "En caso de quiebra de la sociedad; la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso y, en su defecto, se ejercerá por los acreedores individualmente". Efectivamente según exponen Junyent Bas y Ferrero, en el Derecho argentino actual, superadas las propuestas desinteresadas en formular dos sistemas duales por separado, en la actualidad las reformas a la Ley Concursal 24522 , señala que desde el año 1995, vienen existiendo dos clases de acciones –la concursal y societaria-. Sostienen que la Ley Concursal recepta precisamente en los artículos 175 y 176, las acciones societarias. Sin embargo aducen que el escenario legal en su país en estas materias resulta asimétrico, bajo un sistema dual que refleja aún mayores dificultades en el tanto el art. 173 de la Ley concursal establece propuestas más severas, diferenciando nítidamente la regulación concursal con la societaria, lo cual dificulta aún más su utilización.[215]

Por su parte en el caso español, el art. 132 del texto refundido de la Ley Concursal española. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora. 1. Declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio del as acciones de responsabilidad de las persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuida facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados. 2. Declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el

[215] Junyent Bas, Francisco y Ferrero, Luis Facundo, Acciones de Responsabilidad en la Quiebra. Influencias del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994). Errejus. Buenos Aires. 2016, págs. 28-31.

ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus auditores, así como contra los expertos independientes que hubieran valorado aportaciones sociales o dinerarias en las ampliaciones de capital de la sociedad concursada.

La LCon costarricense a diferencia de las legislaciones aludidas, no contempla de manera expresa y concreta, el ejercicio de la responsabilidad contra administradores, liquidadores o auditores de la sociedad fallida, lo cual extraña y sorprende. El reconocimiento expreso y aún resaltado en la Ley española respecto a la condición de "exclusividad" ofrece mayores garantías de seguridad y claridad sobre el tema. Contrariamente, la LCon al guardar silencio, introduce incertidumbre sobre eventuales legitimados: socios, acreedores, terceros, etc. Ante la falta de remisión expresa, estaríamos bajo la eventual posibilidad de encuadrar la acción dentro de los presupuestos genéricos del art. 24 10) respecto al administrador y 25.8).

Adviértase que la incertidumbre surge, ante la declaratoria de concurso, por cuanto con antelación a ese estado, sería lógicamente la sociedad la destinataria exclusiva del ejercicio del derecho de la acción social de responsabilidad, incluso en el caso de liquidación, correspondería al liquidador con la consecuente autorización –artículo 210 del Código de Comercio-.

El art. 26.8 de la LCon consigna que los interventores, administradores y liquidadores concursales, serán responsables frente al deudor y los acreedores, por los daños y perjuicios causados a la masa derivados de sus actos y omisiones contrarios a la ley o efectuados sin la diligencia debida. Señala además que la acción se tramitará en vía incidental y con una prescripción de dos años[216], y quien la ejerza lo hará por su cuenta y riesgo. El último párrafo consagra: "Si la sentencia comprende una condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor o los acreedores que hubiesen demandado en interés de la masa, gozarán de los beneficios que esta ley concede para las sentencias estimatorias de acciones de inoponibilidad de actos perjudiciales al concurso.".

La responsabilidad concursal y la responsabilidad por las deudas sociales, requiere una sutil y necesaria coordinación. Esa finalidad se alcanza en mejor medida a través de la incorporación de normas referidas a ambas disciplinas en la propia LCon. La necesaria coordinación entre la

[216] El artículo 97 del texto refundido d la Ley Concursal española contempla el doble de ese plazo: 4 años.

responsabilidad en el ámbito concursal sanciona la Ley en relación con el concursado habido en la liquidación y, por otra parte, las acciones de responsabilidad que configura nuestro ordenamiento societario, supone la necesidad de adentrarnos en el tema que ha suscitado enconados debates en la doctrina europea y alguna sudamericana, sobre las reformas propuestas al Derecho de la crisis económica. Los puntos en conflicto refieren a situaciones de "infracapitalización" en áreas de espacio cercanas a la disolución o muy cercanas al concurso. Resulta complicado los aspectos que pueden presentarse en el caso de la responsabilidad de administradores o liquidadores de hecho o de derecho, de la persona jurídica concursada dentro de cierto margen de tiempo anterior al concurso –dos o tres años-. Imperiosas exigencias de seguridad jurídica determinan brindar una regulación explícita sobre actos realizados en esa espinosa línea fronteriza, a fin de delimitar el período temporal en que los administradores y liquidadores pueden ver enjuiciadas sus actuaciones al frente de la sociedad de la sociedad declarada en concurso. Particularmente el art. 133 del texto refundido de la Ley Concursal española determina en su inciso 2) la posibilidad de decretar embargo de bienes sobre los administradores, liquidadores, de hecho o de derecho, directores generales de la persona jurídica e incluso sobre socios ilimitadamente responsables dentro de los dos años anteriores a la declaratoria de concurso. Justificada esa exigencia, dentro del Derecho español, luce aún más controvertido en ambos ordenamientos, pero con mayor intensidad en nuestro país, la determinación de la aludida responsabilidad como concursal o societario. A nuestro criterio, la conducta exigible a quienes fueron administradores y liquidadores del ahora concursado a fin de considerar su conducta, descarta que esta constituya una condena de responsabilidad concursal. Opinamos, que el criterio de enjuiciamiento no puede ser otro que el requerido para los administradores y liquidadores con cargo vigente y que, en su caso, justificara tal condena referida a responsabilidad societaria. Sin embargo, la situación ofrece mayores dudas, en casos de situaciones referidas a aquellas obligaciones surgidas con posterioridad a la causa de disolución por infracapitalización o al incumplimiento del deber de instar el concurso –aspecto por cierto muy discutible en épocas de serias crisis económicas, incluida la pandemia- por cuanto legislaciones como la española e italiana suspendieron esa exigencia de forma temporal. En estas situaciones consideramos que la responsabilidad

sería concursal precisamente por el devenir en estado de concursalidad de la persona jurídica. En situación inversa, curiosamente la responsabilidad de los administradores sería una responsabilidad por deudas sociales y con características en mi opinión de los siguientes presupuestos: personal, ilimitada, autónoma, no objetiva, de carácter cumulativo y solidaria.[217], según se infiere del contenido de los arts. 201 inciso c) y 209 del Código de Comercio.

A propósito de esta modalidad de "responsabilidad concursal" y dada su reciente aparición en nuestra disciplina, conviene acudir a los intereses planteamientos trazados por la doctrina española desde hace varios años. Al respecto, señala García-Cruces en relación con la legislación española el intenso debate entre la noción de una responsabilidad tipo sanción que se entendía, defendida desde el Anteproyecto concursal de 1991 por Rodríguez Ruiz de Villa y Huerta Biesca, así como Fernández de la Gángara y Llebot Majó entre otros. Sin embargo, García-Cruces, se decanta por una responsabilidad por daños: "Frente a estas consideraciones, y frente a la opinión mayoritaria, no ha faltado quien afirmara el carácter indemnizatorio de la responsabilidad concursal. En este sentido, se ha manifestado que "el régimen legal en materia de responsabilidad concursal que acabamos de analizar y, en particular, los aspectos relativos a sus presupuestos, alcance y exoneración, permiten considerar que estamos en el ámbito más general de la responsabilidad civil subjetiva o por daños de los administradores sociales, si bien con las particularidades del régimen de que derivan de su ubicación y juego en sede concursal y, además, siempre que el concurso derive en liquidación.(…). De lo expuesto se deriva que en esencia estamos ante una responsabilidad por daño, concretamente el causado a la sociedad al generar o agravar el estado de insolvencia de la misma, daño que en cuanto tal dará lugar a que los acreedores puedan no ver satisfechos íntegramente sus créditos, siendo por tanto el daño a los acreedores derivativos del año causado a la sociedad. La Ley Concursal sólo hace jugar esta responsabilidad concursal cuando el daño a la sociedad provoca efectivamente que los créditos de sus acreedores resulten total o parcialmente fallidos siendo este un aspecto singular de esta responsabilidad, que sin embargo no es óbice a su calificación como responsabilidad por daños.

[217] Vid. García-Cruces, "Los mecanismos de anticipación del Concurso en el Derecho español, Rivista di Diritto Societario (Italia), 4, 2007, pp. 22 y sgts.

No se está por tanto ante una responsabilidad sanción que opere al margen de la noción de daño.."[218]

En nuestro entorno, la LCon asume una propuesta de responsabilidad por daños, similar a los trazos descriptivos señalados anteriormente en el caso del sistema español. Adviértase que el citado art. 26.8 alude a una responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la masa derivados de actos u omisiones contrarios a ley sin diligencia debida.

Adicionalmente a la inexistente incorporación de la LCon sobre el ejercicio de la legitimación de la responsabilidad societaria, así como la absoluta inexistencia de incorporación de disposiciones referidas a la responsabilidad de los administradores y liquidadores sociales, advertimos otra omisión que podría generar inconvenientes. Nos referimos a los posibles problemas de determinación en el ámbito subjetivo de la responsabilidad concursal en el caso de –administrador-persona jurídica-. En efecto, LCon contempla en el penúltimo párrafo del art. 24.1, el eventual nombramiento de persona jurídica, atendiendo a la complejidad del concursado y su estructura organizativa. Se indica que la persona jurídica debe tener por objeto la administración, rescate o intervención de empresas en crisis debidamente incorporadas la correspondiente lista de la Corte Suprema de Justicia para ejercer como administradora concursal. Se consigna que deberán actuar a través de sus representantes quienes a su vez deberán cumplir con los requisitos para los administradores concursales personas físicas. De lo consignado es evidencia una doble exigencia en cuanto a la autorización para ejercer el cargo: tanto el representante, que en este supuesto debería tener la habilitación correspondiente, con lo cual esas personas jurídicas no estarían en posibilidad de acreditación, sin esa exigencia. Por ende, los presidentes o representantes deben corresponder a personas calificadas y autorizadas como administradores concursales.

Por otra parte y volviendo a la inquietud inicial, el aludido art. 28.6 no ofrece contenido alguno, sobre quién sería el destinatario de la responsabilidad concursal: ¿persona jurídica, representante o incluso ambos solidariamente?. La cuestión no se encuentra prevista por el Derecho positivo costarricense, por

[218] Cfr. García- Cruces, José Antonio, La responsabilidad concursal, en "La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles. Dirección Ángel Rojo y Emilio Beltrán, AA.VV, tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pps. 316-318.

cuanto en Costa Rica no hay previsión legal sobre el reconocimiento de personas jurídicas como administradoras de sociedades al devenir en un órgano plurimembre y conformado como mínimo por tres personas físicas –presidente, tesorero y secretario- según patentiza el ordinal 181 del Código de Comercio. La situación más cercana refiere a la anterior legislación derogada en materia de quiebras, particularmente en el anterior artículo 874: "No obstante lo dicho en el artículo anterior, cuando el Juez así lo considere conveniente a los intereses del concurso, podrá nombrar como curador una institución bancaria o una sociedad comercial, en cuyo caso las funciones del curador serán ejercidas por el administrador bajo la dirección de un abogado.". Se evidencia que tampoco ofrece propuesta de cómo resolver el "acertijo" de la responsabilidad, a cargo de la sociedad, del representante o ambos.

En el Derecho español tampoco se cuenta con previsión expresa, a pesar de que existe un antecedente importante en el Anteproyecto de Ley de Sociedades mercantiles en el campo de la administración societaria por persona jurídica, que para el efecto de la administración societaria por parte de otra sociedad, consignaba en su artículo 115.2: "la persona natural representante de la persona jurídica administradora estará sometida a los mismos deberes y a la misma responsabilidad que si ejerciera el cargo en su propio nombre, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica.".

A nuestros efectos, la situación debatida no resulta tarea sencilla. La propuesta que se intentó en el sistema español, contraviene situaciones propias de la representación en general y desde luego la orgánica, que en el caso de Costa Rica aún se manifiesta a nivel contractual sobre el ligamen entre representante y sociedad, a través de la figura del mandato –art. 189 del Código de Comercio, alude a la diligencia de mandatario-. De manera que traducido a nuestro ámbito de interés significa que, debe recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad –por haber actuado- en su nombre y por su cuenta, el representante persona física, independientemente de que el art. 26.8 de la LCon, resalte la exigencia de un representante calificado y experto en materia de administración societaria. Ello no revierte que la persona jurídica asume la responsabilidad como administradora, pues no ostentan condición de –coadministradores-.

Es manifiesto, por tanto, que el ámbito subjetivo de responsabilidad, se debe constreñir a la persona jurídica administradora. Todo ello sin perjuicio de que, en el plano interno, la sociedad administradora pudiera dirigirse contra

su representante. Por otra parte y bajo esta propuesta, resultaba oportuno que además de las aclaraciones contenidas respecto al objeto social de la persona jurídica referida a su función de administración, también se hubiera aprovechado la posibilidad de exigir un capital social mínimo, similar a las sociedades que actúan en el ámbito financiero y bursátil: bancos, puestos de bolsa, sociedades administradoras de fondos de inversión, etcétera. Con ello, se matiza y se elude problemas de solvencia de estas sociedades para hacer frente a eventuales reclamaciones que supone serían dentro de concursos complejos y de gran cuantía económica.

De lo anteriormente descrito, en el tema de las interconexiones requeridas entre las responsabilidades societarias o por deudas sociales, así como su ahora homóloga concursal, la Ley de la materia ofrece serias inconsistencias y vacíos. Insístase en la lamentable ausencia de propuesta expresa sobre el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra administradores, liquidadores y auditores, en contraposición a sistemas tan calificados como el argentino y el español en esta materia.

IV. PERSONA JURÍDICA EN FASE DE DISOLUCIÓN O LIQUIDACIÓN COMO PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO

Las relaciones entre liquidación y disolución societaria respecto al concurso de acreedores, es un tema tradicionalmente confuso en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina. Punto referencial en la temática analizada lo constituye la regulación de las relaciones entre la causa de disolución por pérdidas ex. art. 201 inciso c) del Código de Comercio y el estado de insolvencia de la sociedad.

Sobre esta temática, advertía en su momento Beltrán Sánchez, las relaciones entre la liquidación de una sociedad y el concurso de acreedores de la propia sociedad han de afrontarse, precisamente partiendo de la función que cumplen: el concurso de acreedores es un instrumento legislativamente previsto para la satisfacción – lo más eficiente y equitativo posible- de los acreedores un deudor insolvente, a través del medio (reorganización, transmisión o liquidación de la empresa) que resulte más adecuado, y la liquidación de la sociedad como un instrumento legal de extinción de las sociedades. Con lo cual resulta claro, que el concurso de acreedores y la liquidación de la sociedad son instituciones autónomas, y, por tanto,

compatibles, a pesar de algunas interferencias legales que oscurecen esa autonomía.[219]. Advertía el autor, que la función de la liquidación social resulta un tanto más modesta en relación con el concurso. Mientras que en el Derecho de la insolvencia se advierte en su entorno una función represora (moralizante) de determinadas conductas del deudor, de sus representantes y sobre todos de sus administradores, conecta con otras funciones de índole solutoria en el sentido que permite que los acreedores puedan en ciertos casos, satisfacer con cargo a otro patrimonio. Ni que decir de la conservación de la empresa, fuentes de trabajo y la paulatina conexión con los derechos fundamentales referidos al derecho a la salud, educación y vivienda en casos de concursos de consumidores o particulares.

La disolución de una sociedad puede es un fenómeno complejo, aún más, si se combina con las consecuencias emergentes en el planco concursal. No por casualidad, advertía Francesco Ferrara con su eximia elocuencia descriptiva, que la persona jurídica no muere en el instante en el que concurre la causa extintiva; sino que si fuere permitida una imagen funeraria…entra en agonía…Su vitalidad queda limitada, debilitada, especializada en el sentido de que, abandona la finalidad de vida, persigue ahora su fin de muerte, dirigido a liquidarse, a finiquitar sus propios negocios y a preparar su definitivo reparto. Se trata de una continuidad de la personalidad con finalidad cambiada …el fin originario es sustituido por el fin de liquidación.220

En consonancia con lo anterior, la construcción del concepto de disolución tiende a desentrañar la relación existente de tipo amplio, entre disolución, liquidación societaria y extinción. Conforme afirma Bataller[221], por esta última, hemos de entender cualquier proceso que implique la supresión de la personalidad jurídica de la sociedad. Bajo esta propuesta amplia, sería capaz de albergar todo hecho, acto o resolución cuyo resultado comprenda el fin de la personalidad jurídica, con independencia de cuál sea el método seguido, para la resolución de las relaciones internas y externas de la sociedad. La complejidad del fenómeno extintivo se justifica en la aparición o concurrencia

[219] Vid. Beltrán Sánchez, Emilio, La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores, en "La liquidación de las sociedades mercantiles", Dirección: Ángel Rojo y Emilio Beltrán, tirant lo blanch, Valencia, 2012, pág. 418.

[220] Ferrara, Francesco. Le persone giuridiche en el Tratt, del Vassallt, II, 2, Torino, 1938, núm. 110, pág. 284).

[221] Autor citado, La disolución, en: "La liquidación de las sociedades mercantiles, AA.VV, tirant lo blanch, Valencia, 2012, pág. 22.

de una trama de relaciones duraderas o de tracto sucesivo entre los socios, la sociedad y terceros, y porque antes que la extinción de un contrato, significa la extinción de muchos contratos presenta el cariz de un proceso que continua a lo largo del tiempo, en el que es preciso liquidar las relaciones pendientes para hallar el haber social liquido al cual hay que darle un destino.

Esta concurrencia de factores determina advertir e identificar las disímiles causas o factores que justifican la disolución societaria. En atención a su razón de ser ofrece cierta inseguridad en la medida en que las mismas fuentes justificativas de las causas pueden ser contempladas con diversa perspectiva. Hay causas establecidas por el propio contrato generativo de la sociedad, como lo es el plazo y otros convenios en él y las hay fundados en los elementos de la relación contractual de sociedad, como pueden ser los sujetos, la causa o el objeto. Así se fundan en factores subjetivos las causas relacionadas con la vida o solvencia de los socios (el fallecimiento o la quiebra del socio colectivo), o con respecto a las causas que inciden directamente en el objeto social como es el caso de la pérdida o disminución del capital social y también el de la insolvencia de la sociedad.

Dentro del amplio andamiaje de situaciones vinculadas con la extinción societaria, nos interesa deslindar la liquidación societaria en sentido estricto y su diferencia con el fenómeno concursal de la disolución de la sociedad en fase de liquidación concursal. En la primera propuesta, obedece a mecanismos propiamente societarios, lo que no obsta que se preserven los intereses de los acreedores. Este régimen al igual que en el ambiente concursal, no obsta para lograr la liquidación societaria a fin de alcanzar la extinción de la sociedad, pero no conlleva necesariamente a la liquidación de la empresa. Ergo, en el plano concursal es dable proponer una forma de liquidación a través de la venta total de la empresa –cambio de titularidad- o en forma parcial, como más adelante insistiremos. La liquidación societaria se contrapone a la empresarial, dado que mediante la primera se puede alcanzar la extinción de la sociedad, sin conllevar al de la empresa, La esencia de la primera modalidad –estrictamente societaria-, se circunscribe al proceso jurídico, que no es material, pero se conduce a la pérdida de la personalidad jurídica: balance inicial, extinción de las relaciones externas, balance final, determinación y reparto de la cuota de liquidación y en países como España, con gran duda en Costa Rica, la cancelación registral. A diferencia del régimen de liquidación concursal, el

régimen societario requiere suficiencia patrimonial para atender las obligaciones pendientes de terceros.

Tras un trazado general de las diferentes formas de disolución recogidas en la legislación societaria –art. 201 del Código de Comercio- de las diferentes formas de disolución contempladas es posible afirmar que el régimen se articula desde la sociedad, por la sociedad y para la sociedad[222]. Si bien es cierto que en la disolución también está presente el interés de terceros, la finalidad de ese instituto está diseñado para los socios, pero respetando los intereses también de los acreedores sociales. Por otra parte, interesa insistir la incorrección de asimilar la nulidad como una causa de disolución, por cuanto la disolución presupone causas que aparecen sobrevenidamente sobre una sociedad activa y regularmente constituida. Una sociedad nula es una sociedad inexistente o inválida como persona jurídica, independientemente de la ausencia de efectos retroactivos de esa nulidad, por cuanto esa excepción responde exclusivamente a un escenario típico y propio de seguridad en el tráfico, donde en países como España encuentra la seguridad jurídica un reconocimiento de índole constitucional. Por ello, el planteamiento trazado por el art. 20 del Código de Comercio sobre el concepto de disolución y liquidación debe ser suavizado y digerido como una especie de asimilación funcional u operatoria, sin que constituya una verdadera disolución.

Sentado lo anterior, interesa señalar que con el advenimiento de la LCon, aparece un aspecto de gran acierto, pues se finaliza un debate sobre la el concurso o la quiebra en su momento, como causa de disolución al establecer de una manera clarificadora que la apertura de la liquidación concursal es el momento en que concurre la causa de disolución. Por tanto, no es a través de la apertura del concurso, sino como efecto de la apertura de la liquidación concursal. (art. 46.3 aparte 2).

Otro aspecto importante de mención lo constituye como gran novedad, el concurso de la sociedad ya estando preexistente la fase de disolución o incluso de liquidación. Vid. art. 4 inciso 4) referido a personas jurídicas en fase de disolución o liquidación como destinatarios del proceso concursal. En este supuesto, encontramos una elocuente diferencia con la propuesta anterior, en el sentido de que el estado de disolución o liquidación tiene su génesis bajo el escenario orgánico de la sociedad mercantil. En estas condiciones, la sociedad

[222] Bataller, Op, cit, pág. 23.

ya disuelta o vigente la disolución o liquidación acordada durante la fase común del concurso, lo lógico y claro es que la sociedad se regirá por las normas propias de la regulación societaria previstas para ese efecto, sobre todo que los órganos societarios permanecen vigentes en esa etapa del proceso concursal a las que se superpondrán con carácter preferente las concursales. Insístase en que la disolución o liquidación actúa y se configura a través de los órganos sociales. O dicho de otro modo, estamos ante un cuerpo social que, como es propio del Derecho de sociedades, no siempre es una decisión libérrima,, pues ha de conciliar el interés de los socios sin olvidar a los terceros. Sin embargo, la prevalencia de las normas concursales que acertadamente se recogen en el art. 4.2 de la LCon, conmina a que la liquidación del patrimonio social se efectúe a través de la liquidación concursal, lo que acontecería una vez abierta esta fase del procedimiento concursal. No obstante el carácter subsidiario del régimen societario, durante la fase común del concurso, éste mantiene su virtualidad, en especial lo atinente a los órganos sociales. A su vez, la apertura de la fase de liquidación del concurso supone la inaplicación del régimen de liquidación societario.

V. CONCLUSIÓN

La LCon no ofreció la –solvencia- regulatoria que se esperaba respecto a las implicaciones en relación con la protagonista de mayor relevancia y con creces, como destinataria de la nueva normativa: la sociedad anónima. Ambas normativas permanecen desarticuladas y ayunas de armonización, con el agravante de que la LCon suponía una moderna y remozada legislación con sus consecuentes ramificaciones en diferentes materias de conexión, en especial, la societaria.

Se desaprovecha una oportunidad transcendente mientras no aparezca en el horizonte la reforma integral del derecho de sociedades, que aún ofrece un contenido decimonónico y desfasado, como ocurría precisamente con la materia concursal incluida en la regulación codificada en que aún se encuentra la regulación societaria. Resultaba esperable una renovación y armonización en las facetas más sensibles del fenómeno societario respecto al concursal.

Advertimos una marginación del ámbito societario, en aras de mantener la propuesta de proceso unificado prevista en el canon 2° de la LCon. A través del desarrollado de la investigación, se evidencia que el desfase de la

LCon en materia societaria es apreciable claramente en relación con normativas de países con una amplia y moderna tradición concursal, como los casos de Italia, España y en nuestra continente Argentina, lo cual lastimosamente sorprende.

La sociedad anónima prácticamente no aparece mencionada en la LCon, generando un injustificado desequilibrio y vacíos inapropiados. Los derechos de los socios, la situación de los socios ilimitadamente responsables, la situación interorgánica entre ambas disciplinas brillan por su ausencia, pues solo menciona de manera genérica el mantenimiento de los órganos sociales en la declaratoria del concurso. Tampoco se ofrecen soluciones válidas por no decir, ninguna sobre el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores, liquidadores y auditores de la sociedad, lo cual si se recoge en las leyes concursales de Argentina, Espala e Italia.

Corresponderá a la jurisprudencia, dictaminar propuesta solutorias, congruentes y armónicas con una regulación societaria vetusta e ineficaz ante el nuevo escenario concursal que aspira a la modernidad y una gran mejora de la disciplina, lo cual no será sencillo. La inacabada integración normativa entre ambas disciplinas deparan un devenir sombrío y desalentador, con disciplinas que por su naturaleza deben ofrecer la misma intensidad de maduración y armonía legislativa. Salvo lo relativo al reconocimiento de la liquidación concursal como causa de disolución, no apreciamos avance del derecho societario respecto a su concursalidad. Ojalá el diagnóstico que ofrecemos resulte –fallido- o cuando menos no tan desalentador, por la buena salud del tejido empresarial y la recuperación de las empresas costarricense

LOS EFECTOS PARA LOS ACREEDORES CON GARANTÍAS HIPOTECARIAS, A LA LUZ DE LA NUEVA LEY CONCURSAL DE COSTA RICA

Alejandro Madrigal Quesada[223]

Este artículo pretende abordar el tema de algunos efectos para los acreedores con garantías hipotecarias, a la luz de la nueva Ley Concursal de Costa Rica, expediente N. 21436. Es necesario indicar que se hará un abordaje sencillo y llano, con el fin de que provocar que el lector, comprenda de forma oportuna los conceptos, sea que conozca en detalle la materia concursal o no.

1. Antecedentes

Es para todos los que estudiamos el derecho concursal conocido, la enorme necesidad que se tenía por encontrar un solo conglomerado normativo que encierre toda la materia, ya que históricamente a pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico encontramos opciones en cuanto a procesos concursales, lo cierto es que hemos estado en presencia de legislación dispersa en nuestros Códigos Civil, Comercial y Procesal Civil, este último en la parte no derogada.

Una ventaja que encontramos es la visión conservacionista que se puede observar desde la misma exposición de motivos en el expediente legislativo N. 21436, situación que pone en ventaja a todas las partes y que provoca un punto más a favor del concepto de hacer negocios en nuestro país.

2. Nociones Generales

Como bien es conocido, el Derecho Concursal se basa en normas de carácter procesal y dentro de estas, las normas de ejecución, particularmente las colectivas.

La realidad actual nos coloca en un artículo, el 981 del Código Civil que indica: "ARTÍCULO 981- Todos los bienes que constituyen el patrimonio de

---

[223] Doctorando en Derecho Comercial y Procesal Civil. Escuela Libre de Derecho

una persona responden al pago de sus deudas. Sin embargo, las cláusulas de inembargabilidad son válidas cuando hubieren sido impuestas en los términos y condiciones del artículo 292."

A partir de este artículo se nos coloca ante la realidad de la deuda, es decir la existencia de relaciones contractuales de crédito que primordialmente nos identifican a un deudor y un acreedor.

2.1 Derecho de Crédito

El mundo actual no puede concebirse sin crédito, visto este como una forma de adquirir bienes o servicios. Cualquier persona sea física o jurídica que se considere sujeto de crédito en la actualidad, echará mano en más de una oportunidad al crédito. Visto de esta manera, quien se dedique o no al comercio, optará por créditos para la adquisición de su casa o apartamento o vehículos, bienes hoy vistos de primera necesidad; o bien, adquisición de bienes a través de tarjetas de crédito, como menaje de casa, la firma de una letra de cambio o pagaré para el estudio de la colegiatura de sus hijos. Desde el punto de vista de los negocios, se accede al crédito para la formación de pequeñas, medianas o grandes empresas, mismas que funcionan a través de la inversión de estos dineros obtenidos, precisamente gracias al crédito.

En otras palabras, el crédito en nuestro entorno social y comercial es fundamental para el constante movimiento, es decir, es un elemento positivo dentro de la economía. Ahora bien, el problema surge cuando alguno de los créditos no puede ser pagado en la forma en la que ordinariamente fuere pactado, sea por problemas de liquidez o por excesos en las solicitudes de crédito, es aquí donde el derecho debe dar una respuesta a todo evento social y económico, por lo que existe la vía de cumplimiento forzoso.

2.2 Derecho de Agresión

Los acreedores ante el incumplimiento de su deudor deben acudir al cumplimiento forzoso de la obligación dineraria a través del embargo de bienes. Al acudir a esta vía forzosa, es necesario comprender la naturaleza de la obligación desatendida, ya que según sea el caso, así la vía que corresponda para su cobro.

En la antigüedad, en Roma, este derecho le permitía al acreedor hacerse del deudor como su esclavo o bien podía matarlo, es decir entregaba en manos del deudor una posibilidad de agredir personalmente al sujeto deudor. En el presente el derecho de agresión solamente abarca la posibilidad de atacar al deudor en su patrimonio, para lo cual recordamos el artículo 981 indicado supra.

El acreedor cuenta con lo que podemos llamar un derecho genérico, cual es el de recuperar su crédito, y por otra parte un derecho personal, que implica la facultad de demandar a la persona con la que contrató, ambos englobados en lo que se conoce como el derecho de agresión.

El derecho de agresión, es un derecho subjetivo que asiste a un acreedor para que se le exija al deudor un comportamiento que beneficie los intereses patrimoniales del acreedor, por medio de medidas coercitivas que se van a desarrollar dentro de un proceso judicial. En virtud de la posibilidad de agredir el patrimonio del deudor, es necesario que exista el concepto de deuda líquida y exigible, en otras palabras, que exista y sea cuantificable, así como que no haya oportunidad de rehusarse al pago, en virtud de un documento por medio del cual haya nacido la obligación, ejemplo, el otorgamiento de un contrato de préstamo, con respaldo de garantía real, a través de la firma de una escritura pública. (Carmiol Montero, Adriana. Tratamiento de ejecuciones de Garantías Mobiliarias en el Proceso Concursal Liquidatorio de Quiebra en Costa Rica. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2019. 263.)

3. El contrato hipotecario

La hipoteca puede ser definida como un derecho real, accesorio a uno principal de préstamo. La hipoteca recae sobre bienes inmuebles individualizados, sin la necesidad de privar al o los titulares, del dominio ni posesión de la cosa, pero si puede someter a una serie de restricciones con el objetivo de que la garantía real no se vea afectada o demejorada.

El contrato hipotecario crea un título ejecutivo especial que permite la ejecución procesal de manera forzosa, sobre el bien rendido como garantía, creando además el concepto de privilegio especial, en otras palabras con la constitución del derecho real de garantía a favor del acreedor, se crea en la figura de este último, el concepto de acreedor privilegiado, concepto que nos permitirá continuar con el abordaje de este tema a la luz de la Ley Concursal.

De acuerdo con autores como H y L Mazeaud, se establece la hipoteca como una garantía real sin desposeer al titular de la cosa, pero que permite atacar ese bien particular en caso de morosidad o incumplimiento. Lo anterior provoca que se realice la venta pública de dicho bien con el fin de que el acreedor sea indemnizado. (Mazeaud Henri y León. Lecciones de derecho civil. pág. 225 1 Colombo J. Carlos. Pág. 16)

3.1 Características del contrato hipotecario

1. Real: es decir la garantía otorgada recae sobre un bien inmueble.

2. Nominado o típico: la hipoteca se encuentra regulada en la ley a partir del artículo 409 del Código Civil.

3. Unilateral: sólo se obliga el deudor hipotecario a transferir al acreedor hipotecario al derecho real con valor de garantía.

4. Accesorio: supone la existencia de una obligación principal a la cual le sirve de garantía.

5. Oneroso: ambas partes tienen obligaciones y ventajas económicas recíprocas.

3.2 Tipos de Hipotecas

En relación a los tipos podemos citar las legales y las convencionales o voluntarias, las cuales se definen como: 1. Convencional o Voluntaria: Estas vienen a depender del acuerdo establecido entre las partes, mediante la forma que se establece y por medio de la escritura de constitución de la misma. En este tipo, comparece deudor haciendo nacer el derecho real de garantía a favor del acreedor. Si las mismas son para garantizar el cumplimiento de una deuda propia es denominada como Hipoteca Común, y por el contrario cuando se garantiza una ajena, se denomina Hipoteca por Consentimiento. 2. Legal o Tácita: Es la que surge por disposición de la ley para respaldar una deuda ya sea por morosidad o incumplimiento del pago del obligado. Esta hipoteca no requiere de la inscripción en el Registro Inmobiliario y no es necesaria la constitución o intervención directa y expresa del deudor. Entre estas se pueden encontrar por ejemplo las provenientes de deudas por impuestos municipales, territoriales y de servicios de agua.

4. Efectos sobre la presentación de la demanda en la Ley Concursal

4.1 Legitimación

En cuanto a la legitimación para la presentación de la demanda, la Ley Concursal empieza su regulación a partir del artículo 12. Ahora bien, es en el artículo 14 que refiere a la posibilidad de un acreedor para la interposición del proceso concursal, artículo que reza:

"ARTÍCULO 14- Solicitud del acreedor y otros entes legitimados

14.1. Legitimación de la condición de acreedor

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

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

Es interesante el efecto que produce sobre los créditos con garantía hipotecaria, puesto que únicamente podrían solicitarlo si existe una renuncia al privilegio sobre el bien determinado, o bien que los bienes resultaren insuficientes para satisfacer toda la deuda. En el primero de los casos, el acreedor estaría renunciando a su condición de acreedor privilegiado y a la consecuente subasta de dicho bien; en el segundo, estamos en presencia del acreedor que ya cobró en la vía ejecutiva individual, por medio de un ejecutivo hipotecario, resultando un saldo en descubierto, lo que le otorga en adelante, la condición de acreedor común y la posibilidad de embargar una generalidad de bienes. En el tercer supuesto, el deudor ha desmejorado la garantía al punto de no poder ejecutarse en beneficio del acreedor.

Para el caso de los demás acreedores hipotecarios debe quedar claro que su condición de privilegiado no se pierde, ya que estos fueron llamados al concurso sin que se demostrara que hubieren demandado previamente en un ejecutivo hipotecario, es decir pasarán a formar parte de un listado de acreedores con privilegio especial y gozarán protección tal como la indicada en el artículo 41.1 por citar un ejemplo.

4.2. Improponibilidad que afecta acreedores hipotecarios

La ley concursal es clara en determinar que una causal de improponibilidad es la falta de legitimación concursal. En este sentido, el artículo 14.5 indica: "Demanda improponible. Además de los supuestos que establezca la legislación procesal civil, mediante sentencia anticipada, se declararán improponibles las demandas concursales cuando sea evidente cualquiera de los siguientes supuestos: 1) La falta de legitimación concursal de quien demanda de acuerdo con lo previsto en esta ley (…)." Se considera que en este punto va de la mano con el contenido del artículo 14.1 anteriormente indicado. Por otra parte podríamos considerar la posición del acreedor hipotecario quien por inercia o inacción sufre la prescripiciòn de su derecho de accionar, por lo que un acreedor que pretendiere demandar en un proceso concursal de acuerdo a la nueva ley, carecería de legitimación si se basare su pretensión en el contrato hipotecario inscrito pero pasados los diez años desde su vencimiento.

4.3 Aviso inicial a los acreedores

El artículo 13 L.C. genera para los efectos del deudor una obligación de dar aviso a los acreedores y el derecho para estos últimos, al deber de información, este aviso podrá ser por medio de fax, correo electrónico, correo tradicional, con notario o bien entrega personal. Esta obligación se debe acreditar ante el tribunal y de ser acreedor se deberá estar claro en que si existe una apertura, además de otros requisitos, sin duda cumplió el deudor con la comunicación efectiva a todos los acreedores enlistados. Esto es en conservación del párrafo último del derogado 713 del Código Procesal Civil y para efecto de los acreedores, no podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales contra el deudor o el patrimonio autónomo, salvo que estén autorizados por norma legal para cobrar fuera del concurso o bien se declare inadmisible dicho concurso.

5. Los procesos hipotecarios previos

Para este apartado es necesario establecer lo que indica el artículo 18 de L.C. en lo que interesa:

> "ARTÍCULO 18- Efectos sobre procesos judiciales y acciones extrajudiciales
>
> (…)
>
> 18.2. Procesos previos de cobro y de ejecuciones dinerarias
>
> Se suspenderán los procesos judiciales y extrajudiciales cobratorios y de ejecuciones dinerarias interpuestos previo a la declaratoria de concurso, únicamente en cuanto pretendan la persecución de bienes del concursado. El proceso continuará contra otros demandados y sus bienes.
>
> No se suspenderán las ejecuciones dinerarias con respecto a bienes del concursado, cuando:
>
> 1- Al momento de presentarse la solicitud o demanda del concurso, hubiere fecha señalada para remate ya debidamente notificada al concursado o su representante legal. (…)"

Este artículo conserva los indicado en los artículos derogados 723 y 767 del Código Procesal Civil, es decir existirá una atracción de este tipo de pretensiones, para que sean ventiladas a la luz del proceso concursal, sin embargo el acreedor que demuestre que al momento de presentarse la demanda del concurso, ya contaba con señalamiento para remate con su debida notificación, podrá continuar este proceso fuera del concurso, aspecto que resultaría en la completa indemnización, o bien con un saldo en

descubierto que a futuro le colocaría en la obligación de cobrarlo pero dentro del concurso.

El artículo 723 habla de paralización, mientras que el 18 indicado de suspensión, debiendo destacarse que la suspensión va a provocar la terminación anticipada para que con ello el acreedor se sienta en la obligación de acudir al proceso concursal.

6. Acerca de los acreedores tardíos

Al igual que en la legislación derogada, en la Ley Concursal se define el concepto de los acreedores tardíos, en el artículo 37.1, considerando a acreedor tardío quienes a) estando obligados para legalizar el crédito, lo hicieren fuera del plazo concedido para tal efecto, es decir dentro de los 15 días siguientes de la publicación del aviso respectivo que admite el concurso; o b) fueran rechazados en el informe que no estuvieren apersonados al ponerse este en conocimiento y no lo hubieren impugnado de manera oportuna.

Este acercamiento de los acreedores tardíos se tramitará por la vía incidental y no interferirá de ninguna manera en el proceso principal. Es necesario dejar claro que el acreedor tomará el proceso en el estado que se encuentre y perderá cualquier privilegio correspondiente a su crédito, siendo que este acreedor se tomará en cuenta solamente en las distribuciones pendientes de realizar.

7. La prejudicialidad para efectos del acreedor hipotecario

El elemento de la prejudicialidad està regulado en la Ley Concursal, artículo 14.9. "Prejudicialidad. La existencia de un proceso penal en ningún caso dará lugar a prejudicialidad en cuanto a la solicitud de apertura del concurso. La falsedad del título base de la demanda, así como cualquier otra defensa en cuanto a la validez de la obligación o los presupuestos para la apertura del concurso, podrán ser invocados como excepciones materiales dentro del emplazamiento y serán resueltas en sentencia."

Por su parte, el artículo 34 del Código Procesal Civil indica:

> **ARTÍCULO 34.- Suspensión** La suspensión del procedimiento únicamente se decretará por acuerdo de partes, por prejudicialidad y en los casos previstos por la ley.
>
> (…)
>
> **34.2 Prejudicialidad.** La existencia de un proceso penal en ningún caso dará lugar a prejudicialidad.

Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que a su vez constituya el objeto principal de otro proceso no penal pendiente ante el mismo o distinto tribunal, si no fuera posible la acumulación de procesos, el tribunal, de oficio o a solicitud de parte, podrá decretar la suspensión del curso de las actuaciones.

Cuando se haya ordenado instruir proceso penal por falsedad del documento base de una ejecución hipotecaria y prendaria, el remate no se aprobará mientras no haya finalizado el proceso penal.(…)" (El resaltado no es del original)

Las normas de cita nos colocan frente a la realidad de que el contrato hipotecario se encuentre cuestionado en vía penal por falsedad del documento base para la ejecución, es decir, la inexistencia de la escritura pública de hipoteca, que en nuestra realidad nacional se ha convertido en un problema de todos los días. Esto lo puede provocar la poca responsabilidad que pueda tener un notario público para resguardar los elementos propios de su función como lo son el tomo de protocolo, el papel de seguridad, firma digital, boletas de seguridad o sellos blanco o de tinta, negligencia que provoca el uso incorrecto de dichos medios para suplantar identidades y comprometer bienes ajenos. Si un acreedor se presentare al proceso concursal como hipotecario y la legitimidad del titulo base se encuentra cuestionada en sede penal, el proceso concursal no se suspenderá, siendo que la circunstancia descrita podrá ser invocada a modo de excepción material dentro del emplazamiento.

8. Paraliza devengo intereses y conversión de deuda en colones.

Los acreedores que tengan su crédito en moneda extranjera, deberán convertirlo a colones conforme al tipo de cambio de venta oficial aplicable, esto al momento de la apertura del concurso, de conformidad con el artículo 19 de L.C. Cabe mencionar que estas disposiciones no son aplicables para los créditos que en la ley se permita el cobro fuera del concurso, para lo cual citamos el ejemplo del acreedor hipotecario con fecha para remate debidamente notificada. Sin embargo consideramos que al ingresar por saldo en descubierto, si deberá cumplir con la premisa de este artículo.

En cuanto a los intereses, sean convencionales o legales serán suspendidos, salvo los relativos a los créditos con privilegio especial, que podrán ser liquidados hasta donde alcance el bien que se ha rendido como garantía, es decir este punto es positivo para el acreedor hipotecario.

9. Créditos con privilegio especial

Uno de los beneficiados con este concepto es el acreedor hipotecario, el cual tendrá un derecho preferente para el pago de su crédito, con la subasta que se realice de dicho bien.

El artículo 34 define los créditos concursales, identificando para nuestro interés, los créditos con privilegio especial. El 34.2 indica: "Créditos con privilegio especial. Los acreedores de créditos con privilegio especial tendrán un derecho preferente para el pago de sus créditos, con el producto de la enajenación de los bienes sobre los cuales recae el privilegio, salvo que por ley se disponga otro criterio de prelación para casos especiales. Podrán renunciar a su garantía total o parcialmente.

Se considerarán créditos con privilegio especial, los garantizados por:

1) Hipotecas. (…)"

Una vez conocido el contenido de la norma anterior, hay que distinguir el orden que realiza la Ley Concursal, puesto que primero se pagará la hipoteca con privilegio legal, es decir las *hipotecas legales*, las que surgen por deuda con impuestos territoriales y cuotas condominales; prevalecen sobre las convencionales, es decir, las *hipotecas comunes*. Este beneficio, para el acreedor de hipoteca común, como se indicó es renunciable si este interpusiera la demanda o de manera voluntaria si así lo decidiere para efectos del concurso.

Por último, es necesario indicar en este punto que la ley concursal en el mismo artículo 34.2, genera para los acreedores privilegiados, la obligación de que se reserve un 10% para el caso de que no existan bienes suficientes para pagar todo o en parte los créditos alimentarios, laborales y los que correspondan a las indemnizaciones por daños a la salud y vida de las personas.

Concluimos indicando que la Ley Concursal ha generado otros efectos positivos para efecto de los acreedores hipotecarios, tales como la votación en *juntas diferenciadas*, según su clase o categoría. En general ha venido a modernizar nuestro recurso jurídico sustantivo y procesal, creando una legislación con un significativo propósito de eliminar estigmas en cuanto a la práctica procesal anterior, es decir, el dejar de ver al deudor como aquel a quien hay que castigar por malas administraciones, creando un proceso más expedito, menos costoso e implementar el concepto de rescate empresarial hasta donde sea posible.

Existen otras incidencias relacionadas con la nueva Ley Concursal y los créditos hipotecarios, sin embargo como se indicó al inicio de esta lectura, se

pretendió hacer un artículo de fácil lectura enfocada muy directamente al contenido más relevante, reservándose para artículos futuros el análisis de otros elementos relacionados con este tipo de acreedores.

LAS ACCIONES RESCISORIAS CONCURSALES

Federico Torrealba Navas[224]

Sumario: *1. ¿Rescisión o inoponibilidad? 2. Compatibilidad y acumulación con otras acciones. 3. Tipología de acciones de inoponibilidad concursal: (a) Inoponibilidad de pleno derecho de actos a título gratuito. (b) Inoponibilidad de pleno derecho de actos a título oneroso. (c) Inoponibilidad concursal ordinaria. 4. Legitimación activa. 5. Vía procesal. 6. Efectos de las acciones concursales de inoponibilidad. 7. Prescripción de las acciones de inoponibilidad.*

1. ¿Rescisión o inoponibilidad?

El tema que se me asignó fue el de las "*acciones rescisorias concursales*". Sin embargo, la *Ley Concursal de Costa Rica* (LCCR) no utiliza la voz "rescisión", como sí lo hace la Ley Concursal española[225], sino que se vale de otro concepto, el de la "*inoponibilidad concursal*", en el artículo 22, dedicado a los "*Efectos sobre los actos perjudiciales al concurso*"[226].

Me pregunto cuáles habrán sido las razones que llevaron, primero, a eludir la voz "rescisión"; y segundo, cuáles fueron las razones positivas que llevaron a nuestros redactores y legisladores a elegir el término "inoponibilidad". Ambas figuras son muy distintas; razón por la que no se trata de una cuestión simplemente terminológica.

Veamos lo primero: Me atrevería a suponer que la evitación de la voz "rescisión" tiene mucho que ver con la polisemia de dicho concepto, lo que lo hace problemático. En mi libro *Lecciones de Contratos*, en el capítulo 9, doy cuenta de siete acepciones distintas del término rescisión, presentes en nuestra

---

[224] Conferencia presentada el 22 de julio de 2021, en el marco del XI Congreso de Derecho Procesal, organizado por el Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico.

[225] V. **LÓPEZ LÓPEZ**, Enrique, **MACÍAS CASTILLO**, Agustín (directores), *Comentario Práctico a la Nueva Ley Concursal,* La Ley/Wolters Kluwer, Madrid, 2012. El artículo 71 de la Ley Concursal de España las denomina "*acciones de reintegración*". El 72 y el 73 hablan de "*acciones rescisorias*" y de "*efectos de la rescisión*". Explican los comentaristas: "*La finalidad de las acciones de reintegración es rescindir, dejar sin efecto los actos realizados por el deudor, en el período de tiempo establecido en la ley, que hayan supuesto un perjuicio para su patrimonio, una disminución del mismo, o de su valor, se trata de aumentar la masa del concurso con aquellos bienes y derechos que salieron indebidamente del patrimonio del concursado antes de la declaración del concurso*". El anterior comentario es acomodable a las acciones de inoponibilidad concursal de la LCCR.

[226] El título de la norma es réplica del que encabeza el Capítulo IV de la ley española: "*De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa*".

ley y en nuestra costumbre: 1. Como sinónimo de nulidad relativa (*Código Civil* artículos 841, 847 y 907). 2.Como sinónimo de resolución por incumplimiento; 3. Como resiliación o denuncia (terminación sin causa del contrato de tracto sucesivo pactado por plazo indefinido); 4. Como resolución convencional (*mutuus disensus*). 4. Como resolución convencional presunta (art. 469 del *Código de Comercio*: devolución de la cosa contra la voluntad). 5. Como retracto o desistimiento de ventas a domicilio (ej. art. 42 de la Ley 7472) "*…amparado al derecho de retracto, puede rescindir*" (*ius poenitendi*); y 7. Como efecto de la lesión o desproporción originaria (*laessio enormis*), en el derecho italiano (*Codice civile*, art. 1448).

El legislador concursal introduce un neologismo: la **inoponibilidad.** Digo neologismo, no porque la palabra sea nueva, sino porque no tiene correspondencia en el *Código Civil*. La inoponibilidad se ha utilizado, en la práctica, como equivalente a "*ineficacia a su respecto*", que es el efecto de la acción revocatoria o pauliana común, del artículo 848 del *Código Civil*.

La oponibilidad es —sin perjuicio de reglas que varían de un sistema jurídico a otro[227]— la aptitud de un contrato para producir situaciones jurídicas que, desde el ángulo de un tercero, deban ser consideradas como hechos jurídicos. La oponibilidad determina: la prioridad o prelación frente a intereses rivales y la legitimidad para ejercer acciones indemnizatorias frente a terceros dañadores.

La inoponibilidad, *a priori*, vendría a ser la antítesis de la oponibilidad: la inaptitud del contrato para producir efectos frente a terceros. Nótese que la inoponibilidad, en la concepción usual, no invalida el contrato entre las partes, solamente lo invisibiliza desde la óptica de terceros. Tal noción corresponde a la ineficacia relativa de la acción pauliana común (artículo 848 del Código Civil) y de las acciones paulianas especiales: para donaciones, el artículo 1402 del *Código Civil* y, para fideicomisos, el artículo 658. En todos esos casos el acreedor individual del *tradens* puede perseguir los bienes enajenados, como si todavía estuvieran dentro del patrimonio de éste. El *accipiens* (se piensa en el tercero adquirente) se ve expuesto a la evicción, pero, como el acto entre partes sigue vivo, no está obligado a restituir los bienes al patrimonio del *tradens*. Más bien, si se trató de un acto oneroso, podría accionar contra su transmitente en vía de garantía de evicción o, en su caso, de incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado, y exigir el resarcimiento del interés contractual positivo.

---

[227] **WINTGEN,** Robert: *Étude critique de la notion d´opposabilité*. LGDJ, Paris, 2004.

El concepto de **inoponibilidad concursal** consagrado en la Ley Concursal de Costa Rica no coincide con la noción antedicha. Para muestra, un botón: Al tenor del artículo 22.6, párrafo segundo, "*la declaratoria de ineficacia condenará a la parte demandada* ***a reintegrar*** *a la masa activa los bienes o derechos adquiridos con el acto ineficaz*", o, en su defecto, "*a la entrega del valor*" de los bienes. La restitución es, además, *ex tunc*: se deben reintegrar los frutos percibidos o, en su defecto, reconocer intereses sobre el valor a partir la fecha del acto impugnado. Este efecto perfila la así llamada inoponibilidad concursal como una verdadera **acción de nulidad**: ataca la validez del acto, y busca retrotraer sus efectos como si nunca hubiera ocurrido. Tal es el efecto típico de la acción rescisoria concursal a la española, solo que en nuestro país lleva a otro nombre, para hacer una nueva contribución a la ya caótica teoría de las nulidades en el derecho positivo costarricense. En resumen: las acciones de inoponibilidad concursales son, en realidad, acciones rescisorias concursales, entendiendo la voz rescisión en su acepción de nulidad. ¿Pero, qué tipo de nulidad? No es absoluta, porque el acto es convalidable y su declaratoria es a instancia de parte interesada. Tampoco es relativa, porque consiste en un ataque "desde afuera", por sujetos que no formaron parte del contrato (los acreedores del concursado).

Pero, además, la acción de inoponibilidad concursal trae consigo aparejada una veta de **responsabilidad subjetiva aquiliana**. De constatarse la mala fe y/o el *consilium fraudis* (lo cual es una condición para procedencia de la acción de inoponibilidad ordinaria), hay un efecto adicional a la restitución: la obligación —solidaria entre los copartícipes— de resarcir daños y perjuicios al concurso, la cual es declarable aun de oficio (obsérvese el sacrificio del principio dispositivo procesal).

En suma, la acción de inoponibilidad concursal, en la LCCR presenta una mixtura de nulidad con responsabilidad.

2. Compatibilidad y acumulación con otras acciones:

De entrada, en su artículo 22.1, la LCCR se apresura a dejar en claro que "*las acciones de nulidad o ineficacia de actos y contratos, previstas por la legislación común en favor de acreedores, podrán ser ejercidas también por quien ostente la representación o administración del concurso*". Se agrega que "*Cuando el concursado continúe con la representación, requerirá la anuencia del interventor*".

Las acciones de inoponibilidad concursal son, en principio, compatibles con otros remedios dirigidos al mismo objetivo práctico de lograr

la invalidez o la ineficacia de un acto, entre ellas: las acciones de nulidad absoluta (ej., por simulación), anulación por incapacidad, vicios del consentimiento, conflictos de interés. Asimismo, las acciones basadas en otras causas de pedir, como la polémica inexistencia[228], la falsedad instrumental (que posee su propio cuadro de efectos sustantivos), el abuso del derecho, el fraude a la ley, etc.

Surge la duda en torno a la compatibilidad de la acción de inoponibilidad concursal con otras acciones de nulidad que no producen efecto restitutorio. Se piensa en la figura del contrato-delito, cuya declaratoria de nulidad no produce la restitución de prestaciones, de conformidad con los artículos 805 y 844 del Código Civil. Dispone la primera de dichas normas, en su segundo párrafo:

> "…si el **objeto del contrato constituye un delito o un hecho contrario a las buenas costumbres, común a ambos contratantes**, **ninguno de ellos tendrá acción para reclamar el cumplimiento de lo convenido, ni la devolución de lo que haya dado."**

Por su parte, dispone el artículo 844 del Código Civil:

> **Artículo 844.-**
> La nulidad absoluta, lo mismo que la relativa, declaradas por sentencia firme, dan derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, **siempre que la nulidad no sea por lo ilícito del objeto o de la causa, en cuyo caso no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas**.

Supongamos que el acto impugnado haya sido la venta de mercadería fraudulenta que incorpore derechos de propiedad intelectual ajenos. El acto es nulo por imposibilidad jurídica del objeto, por tratarse de bienes *extra commercium*. En tal caso, la nulidad del acto no produce efecto restitutorio: la mercadería está destinada al decomiso y la destrucción, al tenor de lo preceptuado en el ordinal 41 de la Ley 8039 *de Procedimientos de Observancia de Derechos de Propiedad Intelectual*.

¿Qué tal si el acto cuestionable consiste, ya no en la venta, sino en la *compra* de mercadería fraudulenta, efectuada por el concursado con conocimiento de causa? Con arreglo a las normas citadas, el *solvens* carece de acción para repetir el precio. Se pregunta si los acreedores podrían alcanzar el reintegro por vía de la acción de inoponibilidad concursal.

---

[228] Sobre este concepto, su rechazo en la jurisprudencia judicial, su acogimiento en la jurisprudencia arbitral y otras vicisitudes, ver el Capítulo 83 de mis *Principios del Derecho Privado*, tomo IV.

Surge otra duda en materia de pluralidad de acciones. ¿Qué ocurriría si, abierta la legitimación activa subsidiaria de los acreedores a causa de la inercia pasiva del administrador del concurso, varios acreedores emprenden, paralelamente, acciones incompatibles entre sí?

Tampoco queda claro qué ocurre si la administración del concurso, primera legitimada para el ejercicio de las acciones inoponibilidad (art. 22.5 LCCR), es del criterio que lo más conveniente no sea la anulación del acto, sino su resolución o la misma ejecución forzosa, a fin de apuntar al interés contractual positivo (se piensa en los casos en los que el interés negativo, en un escenario contrafactual de ausencia de contratación, no evidencie daños indemnizables). La pregunta es si tal postura daría base para la presentación, por el acreedor, como legitimado subsidiario, de una acción rescisoria.

Se pregunta, finalmente, si las acciones adicionales sean susceptibles de acumulación con la acción de inoponibilidad concursal, dentro del mismo incidente. Este punto no lo aclara la LCCR.

3. Tipología de acciones de inoponibilidad concursal:

La LC contempla tres tipos de acción de inoponibilidad concursal:

(1) La acción de inoponibilidad de pleno derecho de actos a título gratuito (art. 22.2);

(2) La acción de inoponibilidad de pleno derecho relacionada con actos a título oneroso (art. 22.3); y

(3) La acción de inoponibilidad concursal así-llamada **ordinaria** (art. 22.4).

Las tres comparten los mismos efectos. Se diferencian en cuanto a sus condiciones de aplicación. Estudiaremos seguidamente las condiciones particulares de aplicación de cada una de estas tres modalidades de acción de inoponibilidad.

(a) Inoponibilidad de pleno derecho de actos a título gratuito:

Señala el art. 22.2: "*Serán inoponibles al concurso, los actos realizados por el concursado a título gratuito, dentro* ***dos años anteriores a la solicitud de apertura***".

Esta norma fija un período de sospecha de dos años anteriores **a la solicitud** de apertura. En esto se distingue la LCCR de la ley concursal española, en la que el período se determina retroactivamente tomando como fecha focal la de la **declaración judicial de apertura** del concurso. Este rasgo

idiosincrático suscita impresiones encontradas. Lo positivo, desde el punto de vista del acreedor urgido por activar la *par conditio creditorum*, es que se evita la incertidumbre sobre la fecha focal para el cómputo del período de sospecha. *A contrario*, si, como hasta ahora, el plazo se cuenta desde la **declaratoria judicial** de apertura del concurso puede retardarse, con lo cual se reduce progresivamente el período de sospecha. Este rasgo es común a las tres acciones concursales de inoponibilidad. Lo negativo es que se puede abrir prematuramente la puerta a las acciones de inoponibilidad (se piensa en la eventualidad de que la solicitud de concurso fuere denegada por el tribunal).

La noción de "*actos realizados por el concursado a título gratuito*" es sumamente amplia, y puede cobijar múltiples actos distintos de la donación, como las prestaciones gratuitas de garantía por deuda ajena, las estipulaciones gratuitas a favor de terceros, las conciliaciones y transacciones sin prestaciones recíprocas conmutativas, la prestación de servicios "*pro-bono*", las atribuciones intrafamiliares no alimentarias, la concesión gratuita del uso u ocupación de bienes inmuebles, etc.

Se pregunta si caben, dentro de la noción de actos a título gratuito, los actos y contratos económicamente **neutros**[229], que no implican una disminución cuantitativa del patrimonio, pero que sí pueden implicar una mutación de la calidad de los bienes y un incremento del grado de dificultad para la persecución de acreedores. Por ejemplo: la subrogación de bienes inscritos por títulos valores; la constitución de fideicomisos hereditarios; el aporte a fundaciones extranjeras de interés privado; actos que, sin reducir el patrimonio (lo cual permite poner en entredicho su gratuidad), tiene la capacidad de alejar los bienes de la persecución de acreedores o incrementar el grado de dificultad, *v.gr.*, por razones de extraterritorialidad.

La ley se enfoca, únicamente, en el aspecto cuantitativo: "*Se considerarán gratuitos los actos en que lo recibido sea notoriamente inferior a la contraprestación cumplida por él*". No queda claro si esta presunción es *iure et de iure* o *iuris tantum*, ni tampoco si cabe una aplicación distributiva, cuando un acto tenga naturaleza mixta gratuita/onerosa —*v.gr.*, una donación con cargas—, o potencialmente mutante, como una atribución en principio gratuita ligada a

[229] Sobre la doctrina de los actos neutros, con aplicación a los fideicomisos, ver: **LEÓN SANTAMARÍA**, Gilberto y **GÓMEZ DE LA LASTRA**, Manuel: *Fideicomiso. Aspectos impositivos, contables y notariales. Doctrina de los actos neutros*. 2ª edición, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2019.

una estipulación modal no susceptible de apreciación *a priori*, como una renta vitalicia[230].

La norma contempla una excepción: la donación remuneratoria: "*…conservarán su eficacia las liberalidades con carácter remunerativo o conformes a los usos y costumbres, siempre que no sean desproporcionadas*". Esto, muy respetuosamente, me parece un error: Se podrían legitimar las atribuciones gratuitas a los fundadores y las liberalidades de uso, como el disfrute del vehículo, del apartamento, del yate y el avión de la empresa.

Olvidaba señalar que el artículo califica esta acción como una "inoponibilidad **de pleno derecho**". La frase "*de pleno derecho*" alude a efectos jurídicos que se producen automáticamente por disposición de la ley, sin intermediación de aspectos discrecionales, criterios estimativos ni componentes volitivos. En la figura comentada, tal efecto automático no lo es tal. Si bien no se debe demostrar el *consilium fraudis*, sí se debe acreditar el aspecto objetivo de la gratuidad —lo cual en la práctica da pie a mucha discusión—. Para muestra un ramillete: ¿Qué valor tienen los actos aleatorios? ¿Y qué si el deudor ha apostado y jugado o invertido en títulos de alto riesgo?: ¿Son estos actos a título gratuito? ¿Y qué efecto cabe si el deudor ha incurrido en comercio oneroso, pero ilícito? Por ejemplo, ha pagado sobornos. O, por el contrario, qué pasa si, movido por un deber de consciencia, el deudor ha pagado obligaciones naturales, las cuales son intrínsecamente irrepetibles (el acreedor puede refugiarse en la *soluti retentio*) ¿Califican, los anteriores, como actos a título gratuito?

(b) Inoponibilidad de pleno derecho de actos a título oneroso:

La segunda figura es también "*de pleno derecho*" y concierne a "*los actos realizados por el concursado dentro de un año anterior a la solicitud de apertura*", "*salvo que se acredite que no le son perjudiciales*". En otras palabras, el fundamento de esta acción es el **perjuicio**[231]. Y éste es un concepto indeterminado. Esta acción se concreta a los siguientes supuestos taxativos:

---

[230] La donación con renta vitalicia, a priori un acto gratuito, se puede transformar en un acto oneroso (una permuta atípica), cuando el importe de la renta sobrepase el valor del bien donado.

[231] Señalan los comentaristas arriba citados: "*El art. 71.1 LC sitúa el fundamento de la ineficacia en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. De este modo, puede revocarse cualquier acto que se acredite se favorezca a través de presunciones, que en unos casos admitirán prueba en contrario y en otros no.*" **LÓPEZ LÓPEZ**, **MACÍAS CASTILLO**, *op.cit*., p. 412.

(1) Constitución o ampliación de garantías reales o fiduciarias. Se pregunta si se puede considerar perjudicial, a los fines de habilitar la acción de inoponibilidad concursal, la ejecución de bienes garantes del deudor por un precio muy inferior al valor de mercado, como es tan común en nuestro medio; tanto en materia de remate judicial, donde impera un pacto comisorio de origen legal al tercer remate, como en las ejecuciones extrajudiciales de garantías, donde los remates se producen en contextos situacionales que ahuyentan la formación de precios de mercado. En los Estados Unidos, uno de los principios cardinales del sistema del *security interest* es el **principio de razonabilidad comercial** de la disposición de los bienes garantes[232]. Este principio de **orden público**, asentado en la equidad y la buena fe, ordena tomar en consideración los derechos del deudor al momento de disponer extrajudicialmente de los bienes garantizadores a los fines de la satisfacción de la obligación garantizada. De conformidad con este principio, el acreedor debe emplear el máximo esfuerzo a fin de que obtener el máximo precio posible por el bien garantizador[233]. Es de lamentar que este

---

[232] Código Uniforme de Comercio, §9-504: "*[E]very aspect of the disposition, including the method, manner, time, place and terms must be commercially reasonable*". (Traducción libre: "*Todos los aspectos de la disposición, incluyendo el método, la manera, el tiempo, el lugar y los términos deben ser comercialmente razonables*"). Esta regla es considerada de orden público, no susceptible de exclusión mediante pacto en contrario, respecto del cual **GILMORE** afirma: "*This is mandatory rule, not subject to disclaimer or limitation*": *Security Interests in Personal Property*, p. 1232.

[233] "*The secured party´s obligation is to act (as the Code puts it) in a "commercially reasonable" manner, or (as Judge Desmond put it in Kiamie) "in good faith", or (as Judge Learned Hand, citing Kimie, once put it) with a "reasonable regard for the pledgor´s right". The obligation on the secured party is to use his best efforts to see that the highest possible price is received for the collateral*". Ibid., p. 1234. Traducción libre: "*La obligación del acreedor garantizado es actuar (como dice el Código) de manera "comercialmente razonable", o (como dijo el juez Desmond en Kiamie) "de buena fe", o (como dijo el juez Learned Hand, citando a Kimie) con una "consideración razonable del derecho del deudor garante". La obligación del acreedor garantizado es hacer todo lo posible para que se reciba el precio más alto posible por la garantía*". El caso *Kimie´Estate*, al cual se hace referencia en los pasajes transcritos, resuelto por la Corte de Apelaciones de Nueva York en 1955, se refería a la subasta de las acciones de cuatro *corporations* propietarias de varias parcelas en Manhattan. El acreedor garantizado, *Colonial Trust Company*, publicó un aviso de subasta de las acciones en dos diarios neoyorkinos, indicando el nombre las sociedades y el número de las acciones, sin dar más detalles sobre los bienes inmuebles pertenecientes a dichas sociedades. A falta de postores, la compañía fiduciaria se adjudicó las acciones. Los jueces consideraron que el acreedor no había hecho suficiente publicidad como para atraer la atención del público sobre la naturaleza de los bienes en venta. La sola mención de las acciones se consideró insuficiente. Los tribunales condenaron a la fiduciaria como "*converter of the stock*", es decir, la responsable de un acto de disposición ilegítimo de un bien

principio, siendo, como lo es, fundamental en el sistema del *Article 9* del UCC para el equilibrio de intereses, no haya sido extrapolado a la Ley Modelo de la OEA ni, por consiguiente, traspuesto a la LGM. La pregunta es si cabe considerar perjudicial, para los intereses del concurso, el acto jurídico por el que un acreedor garantizado haya, durante el período de sospecha, satisfecho su crédito mediante la disposición o adjudicación de bienes del concursado, sin respetar un principio de razonabilidad comercial en la disposición de bienes garantes; el cual, a falta de consagración expresa en la LGM, se puede hacer soportar sobre los principios de buena fe y de proscripción del abuso del derecho.

(2) Pago de "*obligaciones no vencidas al momento de la solicitud del concurso*". ¿Incluye la compensación convencional de deudas no vencidas? ¿La subrogación *ex parte debitoris*?

(3) Pago o novación objetiva de "*obligaciones dinerarias, liquidas y exigibles, si se realizan con otro tipo de bienes, salvo que sea acorde con la costumbre o lo pactado*". ¿Incluye el pago o la novación de obligaciones contraídas en criptomonedas?

Esta figura tiene una importante zona de excepción: "*En ningún caso serán ineficaces los actos realizados en condiciones normales por el concursado, con ocasión del giro ordinario de sus actividades profesionales o empresariales*". ¿Qué tal si el giro ordinario incluye la constitución de garantías mobiliarias o la prestación de garantías personales autónomas? Por ejemplo: los contratos de factoraje con recurso, los contratos de *leasing* operativo de más de un año, los contratos de *leasing* financiero. ¿Serán, tales actos, inoponibles al concurso por virtud del inciso 1º del artículo 22.3, o eficaces por el párrafo precitado?

(c) Inoponibilidad concursal ordinaria:

Esta figura residual, disciplinada en el artículo 22.4 tiene un período de sospecha más amplio: 5 años anteriores a la solicitud de apertura, pero tiene

---

ajeno. Se consideró que adjudicación no se había hecho de buena fe. V. **GILMORE**, *op.cit*. pp. 1232-1234.

condiciones de aplicación más pesadas desde el punto de vista probatorio. Requiere, básicamente, probar las mismas condiciones acumulativas de acción pauliana común de actos onerosos (art. 848 del Código Civil): (1) el *eventum damni*: el perjuicio a la masa activa de los acreedores; y (2) el *consilium fraudis*, si se trata de un acto oneroso, hay que demostrar, no sólo que el concursado conocía o debía conocer el efecto lesivo de su acto, sino también "*que quien contrató con el concursado conozca o haya debido conocer el perjuicio*". Hilando más finamente, para la inoponibilidad de actos gratuitos hay que probar, además del dato objetivo del perjuicio, el aspecto subjetivo del conocimiento actual o potencial, por el concursado, del efecto lesivo de su acto sobre la futura masa activa concursal. Este es un aspecto psicológico que hace más pesado el *onus probandi* de la acción de inoponibilidad concursal en comparación con la acción revocatoria individual, que únicamente requiere la prueba del *eventum damni* —que en un supuesto se aliviana con la inversión de la carga de la prueba, como ocurre en la acción pauliana especial en materia de fideicomisos (art. 658 del Código de Comercio)—. A modo de paliativo, la LCCR establece una presunción *iuris tantum* de "*conocimiento del estado de insuficiencia patrimonial, por parte de las personas especialmente relacionadas con el concursado que contrataron con él*".

4. Legitimación activa:

Las acciones de inoponibilidad concursal pueden ser interpuestas por "*Quien ostente la representación o administración del concurso*". Art. 22.5.

El concursado que ejerza la representación requiere de anuencia del interventor.

El Interventor tiene legitimación subsidiaria "*cuando el concursado o sus representantes no las formulen dentro del plazo de treinta días luego de la recepción de la comunicación que los inste a ello*".

Los acreedores reconocidos pueden requerir al representante del concurso el ejercicio de alguna de las acciones de inoponibilidad, si se levanta la carga de identificar el "*acto o contrato cuestionado y su fundamento jurídico*".

El acreedor reconocido tiene legitimación subsidiaria para promover las acciones "por su cuenta y riesgo", si el representante del concurso no interpone la acción en un plazo de 30 días desde la recepción de la comunicación.

La LCCR genera un incentivo y un premio: "*Los acreedores cuyas acciones de inoponibilidad concursal prosperen tendrán respecto de los bienes o derechos objeto de la acción, derecho preferente a percibir el pago hasta del cincuenta por ciento (50%) del saldo de su crédito, así como el reembolso de los gastos de proceso*". Se genera un

privilegio legal especial, que, dependiendo del tipo de bien reintegrado a la masa activa, sería una hipoteca legal o una garantía mobiliaria de origen legal, que responde por el 50% del crédito del acreedor victorioso.

La Ley no aclara qué ocurre si hay pluralidad de acciones ni coadyuvancias.

5. Vía procesal:

De conformidad con el artículo 22.5 *in fine* de la LCCR: "*Las acciones de inoponibilidad concursal reguladas en esta ley se tramitarán por la vía incidental*".

6. Efectos de las acciones concursales de inoponibilidad:

Los efectos de las 3 acciones concursales son:

(1) La "*ineficacia frente al concurso*". En realidad, se trata de un efecto de invalidez, por la obligación de restitución retroactiva.

(2) La obligación, a cargo del *accipiens*, de reintegrar "*a la masa activa los bienes o derechos adquiridos con el acto ineficaz*".

(3) La obligación, a cargo del *accipiens*, de reintegrar "*los frutos percibidos*" sobre tales bienes. Se crea un régimen *sui generis* de liquidación de la posesión, que no calza con las figuras del derecho común. Conforme al derecho común, el poseedor **de buena fe** no está obligado a restituir los frutos que hubiera percibido antes de la notificación de la demanda de restitución[234] (a partir de la notificación de la demanda, cesa la buena fe[235]). En las acciones concursales, el poseedor debe restituir los frutos percibidos: no se indica si es desde que se celebró el acto, desde que entró en posesión o desde que se le notificó la demanda. Por su parte, conforme al derecho común, el poseedor **de mala fe** debe restituir: "*…no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción.*"[236] En las acciones concursales de inoponibilidad, el accipiens debe restituir únicamente, los frutos **percibidos** (no los que hubiera podido percibir).

---

[234] Art. 327.

[235] Art. 285 in fine del *Código Civil*: La buena "*…cesa también desde la notificación de la demanda en que otro reclame el derecho de poseer.*"

[236] Art. 329 del *Código Civil*.

(4) Cuando no fuere posible restituir los bienes específicos —por ejemplo, por estar ahora en manos de un tercero de buena fe— , el *accipiens* debe restituir "*el valor que tenían al momento de la realización del acto impugnado*", más "*intereses legales respecto de dicho valor, a partir de esa fecha*". Finalmente, el legislador se percató que es posible calcular intereses sobre un valor nocional (pensamos en los *swaps*), aspecto que no ha sido reconocido en la jurisprudencia sobre obligaciones de valor.

(5) *No se afectarán los derechos de los terceros adquirentes de buena fe* (22.6). Nada impide dirigir la acción también contra el tercero subadquirente, demostrando su mala fe, a fin de alcanzar el efecto restitutorio.

(6) Cuando se compruebe la mala fe de parte de los demandados (incluyendo los terceros subadquirentes), o el "*conocimiento del estado de insuficiencia patrimonial del concursado*", se les ha de condenar, "***aun de oficio***", solidariamente al pago de daños y perjuicios irrogados al concurso.

(7) Dado que la restitución de contraprestaciones es recíproca, los obligados a restituir pueden ejercer sus derechos como **acreedores comunes** del concursado, hasta el "*valor de las prestaciones que hayan realizado*" (monto que, en lo posible, se ha de fijar en una suma líquida). Sin embargo, si se les prueba la mala fe o el conocimiento del estado de insuficiencia patrimonial del concursado, su condición será la de **acreedores subordinados**.

7. Prescripción de las acciones de inoponibilidad:

El art. 22.7 establece un plazo de 5 años "*contados a partir del momento en que pudo haber sido ejercida*". No queda claro si este momento es desde la solicitud de apertura o a desde la resolución de apertura del concurso.

LOS EFECTOS DEL CONCURSO EN LOS CONTRATOS

Mauricio París[237]

Sumario: *1. Introducción. 2. Pendencia de las obligaciones y su condición sinalagmática. 3. Resolución contractual en interés del concurso. 4. Ineficacia de las cláusulas contractuales. 5. Resolución por incumplimiento. 6. Enervación en caso de incumplimientos del concursado. 7. El efecto sobre los contratos laborales.*

1. Introducción

Siguiendo la visión tradicional en donde el concurso o la quiebra representaban la muerte del comerciante o de la empresa, en donde el concursado debe ser despojado de cualquier activo y operación comercial existente, encontramos aun disposiciones legales o incluso cláusulas contractuales que prevén la resolución automática y anticipada de los contratos ante la apertura o declaratoria de un concurso.

En esa visión tradicional, se identificaba la insolvencia con el incumplimiento, cuando menos previsible[238] de las obligaciones, en donde el contratante no concursado puede protegerse resolviendo el contrato a efectos de evitar un mal mayor, producto de la situación financiera o patrimonial del concursado.

Precisamente, bajo esa concepción concursal liquidatoria, enfocada en el pago de todos los créditos mediante la ejecución colectiva de los bienes del deudor, el futuro de los contratos celebrados por el concursado no tenía mayor relevancia, si el efecto jurídico principal era la desposesión del deudor de todos sus bienes y la terminación de todas las relaciones jurídicas existentes (Antón, 2018).

La nueva Ley Concursal, con una visión más moderna y (tímidamente) más proteccionista de la empresa y la continuidad del negocio, en donde la obligación ya no es un vínculo personalísimo del deudor sino una de carácter patrimonial (Gerbaudo, 2018), prevé una serie de supuestos relacionados a los efectos del concurso sobre los contratos que involucran al concursado, partiendo de un principio general de continuidad de los efectos del contrato,

---

[237] Profesor de Contratos Comerciales Internacionales en la Universidad de Costa Rica. Máster en Asesoría Jurídica de Empresa de la Universidad Carlos III de Madrid. Socio en ECIJA.

[238] Sobre esta figura, conviene acudir a los artículos 71 y 72 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que establecen un esclarecedor elenco de supuestos en donde puede aplicarse.

respetando, de forma excepcional, aquellas disposiciones contenidas en leyes especiales que prevean una solución diferente.

2. Pendencia de las obligaciones y su condición sinalagmática

El artículo 20.1 establece la continuidad de los contratos entre el concursado y terceros con obligaciones pendientes de ejecución. Asimismo, establece que en los contratos que solo obligan al contratante in bonis (no concursado) o en donde las obligaciones pendientes de ejecución sean solo las del contratante in bonis, deben subsistir y ser cumplidos en la forma pactada, en ese caso, los derechos derivados del contrato (dinerarios o no) se convierten en activo concursal, como un derecho o crédito del concursado, en los términos del Art. 30.1 de la Ley: "El activo del concurso estará integrado por los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado a la fecha de su apertura, los que se reintegren durante su tramitación y los que se adquieran posteriormente hasta su conclusión."

La diferencia que esta norma parece hacer respecto a obligaciones pendientes de cumplimiento por parte del concursado o de la contraparte no concursada, debe interpretarse en conjunto con el artículo 46.3 de la norma, que regula los efectos de la apertura de la liquidación.

En el caso de que la recuperación económica del concursado sea inviable, se deberá proceder a la liquidación colectiva de los activos, y en ese caso, prevé el inciso 5 que la apertura de la liquidación producirá, de inmediato, la resolución anticipada de contratos anteriores a la declaración de concurso, que tengan obligaciones pendientes de cumplimiento por el concursado.

Es de la lectura conjunta de ambas normas (Artículos 20.1 y 46.3.1) se extrae que la solución aplicable en cuanto a la resolución o no del contrato dependerá de si las obligaciones pendientes de ejecución corresponden a ambas partes, únicamente al concursado, o únicamente al contratante no concursado. En ese caso, en la fase de concurso, previo a la liquidación, el contrato no se resuelve, sin embargo, ante la liquidación del concurso, se resolverán de pleno derecho y de forma anticipada, todos los contratos que contengan obligaciones pendientes de cumplimiento por parte del concursado. A contrario sensu, y como establece el artículo 20.1, no se resolverán los contratos en donde las obligaciones pendientes estén a cargo del contratante no concursado.

Aun y cuando la norma no lo resuelve expresamente, en aquellos casos en donde el contrato involucre obligaciones sinalagmáticas, bilaterales o

recíprocas, en caso de liquidación del concurso, el contrato debería resolverse, en el tanto involucre obligaciones pendientes a cargo del concursado. No pareciera descabellado afirmar que, en caso de que la naturaleza del contrato y de las obligaciones que contiene así lo permita por no ser obligaciones condicionales o interdependientes, el juez podría resolver el contrato parcialmente, resolviendo únicamente aquellas obligaciones a cargo del concursado, y manteniendo aquellas a cargo del no concursado, en el tanto beneficien a la masa concursal.

La determinación de si el contrato tiene obligaciones pendientes o no de cumplimiento, puede no ser en todos los casos sencilla. Un interesante ejemplo expuesto por Antón (2018, pp. 60-61) es el contrato de leasing. Si en el contrato el arrendador financiero cuenta con exoneración de responsabilidades más allá de la puesta en posesión del bien al arrendatario financiero, con la entrega del bien estaría satisfecha la obligación por parte del arrendador, sin que pueda alegarse que existan obligaciones pendientes de ejecución a cargo de este. Pero si estuviéramos en presencia de un contrato según el cual el arrendador asume la responsabilidad de las reparaciones del bien, sí estaríamos en presencia de un contrato con obligaciones recíprocas, ya que la reparación del bien consiste en una obligación sustancial que guarda relación con el pago de la cuota por parte del arrendatario.

Deberá tomarse en consideración que las obligaciones pendientes de cumplimiento derivadas del contrato podrán ser a favor o en contra del concursado, de allí que el crédito la deuda que de dicho contrato se derive se deberá considerar o un activo o un pasivo del concurso, según corresponda.

3. Resolución contractual en interés del concurso

El artículo 20.2 de la Ley Concursal prevé la potestad del concursado, con la venia del interventor o el administrador, de solicitar autorización judicial para resolver el contrato siempre que se cumplan tres criterios: a) Que el contrato tenga pendiente de ejecución prestaciones contractuales por parte del concursado, b) Que el concurso haya sido abierto (aunque no se fija un plazo para solicitarlo), y c) Cuando la resolución contractual favorezca a los fines del proceso. La terminología empleada no es, en mi criterio, la mejor, ya que el proceso no es un fin en sí mismo, y pueden haber múltiples en el proceso intereses contrapuestos. Por ello, debería interpretarse que, cuando se habla de los fines del proceso, el legislador se refería al interés del concurso, y en específico, al principio de conservación de la empresa previsto en el artículo

3.6. Es decir, cualquier solicitud del concursado tendiente a resolver un contrato con obligaciones pendientes a cargo del concursado, debe acreditar que dicha resolución es conveniente o necesaria para la preservación y el salvamento de las actividades económicas productivas de la empresa.

Aun y cuando no está expresamente definido en la legislación, doctrinariamente se elevado el interés del concurso a principio, definido como maximización del patrimonio concursal con el fin de lograr la mayor satisfacción de los acreedores (Antón Sancho, pág. 104).

La norma establece un procedimiento de comunicación previa bastante confuso. Se establece que el concursado debe notificar previamente a la contraparte contractual, imaginamos que su intención de solicitar la resolución del contrato, indicando el tribunal que tramita el concurso y el número del expediente. Esta comunicación previa es indispensable, so pena de rechazar de plano la gestión, por lo que lo necesario será aportar la prueba de dicha comunicación junto con la solicitud de resolución que formule el concursado.

El inciso 2 establece que: "Dentro del plazo concedido para el ejercicio de derechos dentro del concurso, la otra parte contratante podrá requerir al concursado y al interventor, o al administrador concursal, según corresponda, que manifiesten en forma expresa si ejercerán la facultad de resolución del contrato, por cualquier medio que demuestre fehacientemente su efectiva recepción." Debe entenderse que esto lo hará la parte contratante no concursada si no ha recibido la comunicación prevista en el inciso 1, ya que en ese caso, la voluntad de solicitar la resolución habría sido comunicada al contratante no concursado. La norma sigue diciendo que, recibida la comunicación por parte del concursado, "solo podrán ejercer la facultad de resolución en el plazo de cinco días", Entendemos que la norma habla en plural al referirse al concursado con el interventor o el administrador, que, conjuntamente, tendrán un plazo de 5 días para presentar la solicitud de resolución, contados a partir de que la parte contratante no concursada haya cursado la comunicación antes indicada.

En consecuencia, la resolución del contrato se podrá gestionar por el concursado, con la venia del administrador o interventor, en cualquier momento a partir de que se haya abierto el concurso, y siempre que se acredite haber informado al otro u otros contratantes. Pero también el contratante no concursado podrá solicitar al concursado y al interventor o administrador concursal, dentro de los 15 días posteriores a la apertura del concurso, que manifieste de forma expresa si solicitará la resolución del contrato, caso en el

que la solicitud de resolución tendrá que formularse necesariamente dentro del plazo de 5 días a partir de la recepción de dicha comunicación.

Pero el inciso 3 del artículo en comentario prevé que, de no formularse la solicitud por parte del concursado dentro de los 5 días de haber recibido el requerimiento antes dicho, el contratante no concursado podrá solicitar la resolución del contrato, o que se le garantice adecuadamente su cumplimiento, si existe un riesgo manifiesto y grave para sus derechos e intereses, ante un eventual incumplimiento por parte del concurso.

Esta facultad del concursado relativiza el principio de continuidad del contrato, y lo somete en todo caso a control judicial. En mi criterio, la solicitud de resolución debe tener como fundamento las razones que se indican para solicitar garantías de cumplimiento por parte del concursado: la existencia de un riesgo manifiesto y grave para sus derechos e intereses, ante un eventual incumplimiento por parte del concurso. En otras palabras, la solicitud de resolución del contrato por el contratante no concursado, o la solicitud de garantía de cumplimiento de sus obligaciones, sólo deberían concederse por el juez cuando el incumplimiento es previsible.

El procedimiento establecido respecto de notificaciones previas genera, en mi criterio, una incertidumbre jurídica innecesaria. En primer término, si bien la solicitud de concurso debe tener un listado de todos los contratos vigentes del concursado, no se prevé que se les notifique a las partes contratantes sobre la existencia del concurso, salvo que se les considere entonces interesados, en los términos del artículo 15.3(3). La notificación, tanto la que debe hacer el concursado como la judicial, está prevista principalmente para los acreedores, no entrando, en mi criterio, necesariamente una parte contractual en esa condición.

En consecuencia, no se tiene claridad de a partir de qué momento comenzará a correr el plazo de 15 días para el contratante no concursado para solicitar al concursado que manifieste su intención de solicitar la resolución del contrato, sobre todo si no va a ser emplazado formalmente, en cuyo caso, comenzará a correr entonces a partir de la publicación en un medio de reconocida circulación nacional, en los términos del artículo 15.3(3) de la Ley Concursal.

Se entiende que el requisito previo de emplazar al concursado para que en cinco días solicite o no la resolución por interés del concurso, tiene un doble efecto práctico: a) evitar al contratante no concursado el tener que presentar una solicitud él mismo, si desea hacerlo, ya que en su caso la solicitud debería

ser calificada únicamente por incumplimiento previsible, según se expuso antes, o b) conferir seguridad jurídica sobre la intención del concursado de continuar con el contrato, y no acogerse a su derecho de solicitar su resolución.

Llama la atención que no se prevé un plazo para que el contratante no concursado solicite la resolución del contrato, una vez que el concursado le haya respondido ya sea, indicándole que no solicitará la resolución por sí mismo, o no haya respondido la solicitud dentro del plazo de cinco días antes indicado.

4. Ineficacia de las cláusulas contractuales

La cláusula 20.3 de la Ley Concursal establece una clara limitación a la autonomía de la voluntad al decretar la ineficacia de las cláusulas contractuales que establecen la resolución contractual o la facultad del contratante no concursado de resolverlo en caso de concurso, o aquellas que establezcan condiciones más gravosas las prestaciones del concursado por ese solo motivo.

La disposición se establece salvo disposición legal en contrario, como sería el caso por ejemplo de la terminación del contrato de mandato, cuya terminación por quiebra o concurso del mandante o mandatario prevé expresamente el artículo 1278 del Código Civil.

Estas cláusulas de resolución anticipada por situaciones de insolvencia son muy frecuentes en distintos tipos de contratos, y constituye un elemento importante a la hora de determinar el derecho aplicable. Por ejemplo, los Principios sobre la Elección de Derecho Aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, adoptados por la Convención de la Haya en 2016, ya preveían la complejidad de sugerir soluciones generales en la materia, decantándose por excluir los efectos de la insolvencia sobre los contratos del alcance de tales principios:

> "…los Principios no regulan el Derecho aplicable a la insolvencia. Esta exclusión se refiere a los efectos que la apertura de un procedimiento de insolvencia pueda tener sobre los contratos. Los procedimientos de insolvencia pueden interferir con los principios generales del Derecho de contratos, por ejemplo, invalidando un contrato en virtud de normas de reintegración (clawback rules), suspendiendo el derecho de resolución de la parte in bonis o confiriendo al administrador concursal la potestad de rechazar el cumplimiento de un contrato pendiente de ejecución o de cederlo a un tercero. La exclusión de la insolvencia del artículo 1(3)(d) se refiere a estas cuestiones. En general, los Principios no determinan el Derecho aplicable a la cuestión de cómo proceder con los contratos en caso

de insolvencia, ni tratan la capacidad del administrador concursal de celebrar nuevos contratos en nombre de la masa de la insolvencia."

Un elemento importante en cuanto a los contratos internacionales es el alcance de esta ineficacia. ¿Será de aplicación únicamente a los contratos que se rijan por la legislación costarricense, o puede extenderse dicha ineficacia a los contratos regidos por otras legislaciones, cuando una parte sea costarricense, o tenga establecimiento en Costa Rica y sea objeto de concurso? En mi criterio, debe prevalecer el derecho aplicable a cada contrato, ya sea porque fue el elegido por las partes o porque resulta aplicable de acuerdo a las reglas de conflicto. En mi criterio, un juez costarricense no podría, con fundamento en esa norma, aplicar la ineficacia de una cláusula contractual a un contrato regido por una ley extranjera, salvo que existiera una justificación en el orden público, que considero no existe.

Por último, cabe preguntarse cuál sería la suerte de una cláusula contractual que prevea la resolución automática en caso de liquidación. La norma en comentario establece la ineficacia de estas cláusulas por "la sola declaratoria de concurso", sin referirse a un estadio posterior y eventual del concurso, como sería su liquidación. Considero que no puede entenderse que esta disposición alcance la liquidación del concurso, no solo por un tema de literalidad de la norma, sino también por que si bien el concurso no implica la liquidación de la empresa, llegado ese escenario, el principio de conservación de la empresa pierde relevancia, al dejar de ser este cometido posible, y pasarse a una fase de liquidación del activo concursal.

5. Resolución por incumplimiento

Si bien se parte del supuesto de la continuación de los contratos pese al concurso, este principio no aplica en caso de incumplimiento. El artículo 20.4 regula la ejecución forzosa y la resolución contractual en caso de incumplimiento, ya sea del concursado o de su contraparte, tanto anterior a la declaratoria del concurso como sobrevenido.

La norma establece que cuando las acciones de ejecución forzosa o resolución contractual se pretendan ejercer contra el concurso, se tramitarán ante el tribunal concursal, mediante la vía incidental. En contraposición, cabe afirmar que cuando estas acciones se pretendan ejercer por el concurso contra la contraparte no concursada, es decir, cuando la resolución o la ejecución forzosa sean producto del incumplimiento de la contraparte, se tramitarán de acuerdo con las reglas comunes de la competencia, al ser específica la norma al

conferir competencia al tribunal concursal solo cuando la acción se dirija contra el concurso.

Respecto al momento del incumplimiento del contrato por parte del concursado, se diferencian dos momentos, con consecuencias distintas: i) Incumplimientos anteriores a la declaratoria del concurso: las obligaciones vencidas se incluirán como créditos a favor de la parte in bonis, en calidad de créditos concursales comunes; ii) Incumplimiento posterior a la declaratoria de concurso: los créditos que se deriven serán satisfechos con cargo a la masa.

En cuanto a las consecuencias, resalta el tratamiento especial que reciben los créditos derivados del incumplimiento posterior a la declaratoria del concurso, en el tanto se establece que serán créditos a cargo de la masa, en los términos del artículo 33 de la Ley Concursal, por ser créditos generados con posterioridad a la apertura del concurso, a diferencia de aquellos derivados de un incumplimiento anterior, que serán considerados créditos concursales comunes, en los términos del artículo 34.4 de la misma noma. La ventaja de que el crédito sea contra la masa y no se integre en la masa pasiva, es que los primeros tienen prioridad de pago sobre los créditos concursales.

Es importante indicar que, si el contrato no se resuelve, las obligaciones a cargo del concursado debidas al otro contratante se considerarán también a cargo de la masa.

La Ley no establece ninguna referencia respecto al incumplimiento según se trate de contratos de tracto único o de tracto sucesivo, como sí hace la Ley Concursal española 1/2020, según la cual la resolución por incumplimiento anterior a la declaratoria de concurso sólo puede decretarse en caso de contratos de tracto sucesivo, no para contratos de tracto único, que solo podrán resolverse por incumplimiento posterior a la declaratoria del concurso, a diferencia de los contratos de tracto sucesivo, en donde el incumplimiento puede ser anterior o posterior a la apertura del procedimiento concursal.

6. Enervación en caso de incumplimientos del concursado

El artículo 20 de la Ley Concursal establece tres supuestos de enervación de los contratos en caso de incumplimiento a cargo del concursado:

a. Enervación por interés del concurso (Art. 20.4): en cualquier tipo de contratos, a criterio del tribunal, en cuyo caso las prestaciones debidas al otro contratante se considerarán a cargo de la masa.[239]

[239] Sobre este punto, pareciera que el legislador utiliza esta clasificación del crédito a cargo del concurso como una especie de garantía a favor de la parte in bonis (Antón, 2018. Pág. 139).

b. Enervación de cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de préstamo o financiamiento (Art. 20.5): cuando la falta de pago de cuotas de capital o intereses devengados no supere los tres meses anteriores a la solicitud de apertura del concurso, y siempre que se cumplan los siguientes supuestos: i) Se consigne ante el tribunal concursal las sumas debidas a ese momento, ii) Se continúe pagando al acreedor las cuotas o los tractos sucesivos, según lo previsto en el contrato, a cargo de la masa y; iii) El acreedor no haya establecido, con anterioridad a la declaratoria de concurso, acciones judiciales o extrajudiciales tendientes al cobro total de lo debido.

c.Enervación del proceso de desahucio (Art. 20.6): Bajo las siguientes condiciones: i) No se haya practicado el desalojo, ii) Sea necesario para los fines del concurso, iii) Se realice por el concursado con la conformidad del interventor, o el administrador concursal, iv) el proceso haya sido establecido antes de la declaratoria de concurso, y; v) Se consigna ante el tribunal que conoce del desahucio las sumas debidas por alquileres y otros rubros que por ley o contrato correspondan, así como las costas ocasionadas al arrendador con ocasión de aquella demanda judicial.

No lo establece la norma, pero pareciera lógico interpretar que esta posibilidad de enervar los efectos del incumplimiento aplicará por única vez, siendo que si el concurso vuelve a incumplir el contrato, la parte in bonis podrá solicitar la resolución contractual, sin que el juez concursal pueda enervar nuevamente los efectos del incumplimiento, salvo algún caso considerablemente calificado, en donde no sería irracional que se el contratante in bonis solicite una garantía más allá de la calificación del crédito como a cargo del concurso.

7. El efecto sobre los contratos laborales

El artículo 20.7 contempló que en caso de concurso de un empleador, los contratos laborales se regirían por las disposiciones del Código de Trabajo.

El artículo 85 (c) del Código de Trabajo contempla como causa de terminación justificada del contrato de trabajo para el trabajador la insolvencia, concurso, quiebra o liquidación judicial o extrajudicial del patrono, con la expresa advertencia de que aplicará solo cuando los hechos produzcan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, el cierre del negocio o la cesación definitiva de los trabajos. En mi criterio, de conformidad con la nueva legislación concursal costarricense, el contrato de trabajo sólo podrá extinguirse por parte del trabajador cuando el concurso entre en fase de

liquidación, y no con su mera declaración. El patrono concursado tendrá siempre la potestad de dar por terminado el contrato laboral en los términos previstos por la legislación laboral.

Conforme al artículo 34.3(2) de la Ley Concursal, los créditos laborales cuentan con privilegio general, por lo que tienen un derecho preferente para el reconocimiento y pago sobre acreedores comunes y subordinados. Sin embargo, la Ley Concursal reformó los artículos 33 y 488 del Código de Trabajo, que en este punto introducen tres condiciones especiales a los créditos laborales: i) un privilegio especialísimo sobre todos los demás créditos concursales, excepto los hipotecarios, prendarios y alimentarios, ii) no soportarán créditos de la masa, y iii) Deben pagarse dentro de los treinta días siguientes al reconocimiento formal de dichos créditos.

Considero que en materia laboral, la Ley Concursal resultó en exceso tímida, perdiendo una valiosa oportunidad de regular más a fondo los efectos del concurso respecto a los contratos laborales en materia, por ejemplo, de modificación de las condiciones de trabajo en interés del concurso, como sí lo hace la Ley Concursal española, de gran influencia en la costarricense.

8. Conclusiones

La nueva Ley Concursal representa un avance importante en el país, al menos en el papel. De una serie de normas desperdigadas en diversos códigos pasamos a un texto refundido, con una visión más moderna y unos principios que, bien aplicados por el juez, permitirán dar solución a las múltiples lagunas internas y externas que la norma contiene.

Con un rezago importante, creo que la Ley Concursal permitirá el surgimiento de un verdadero análisis científico del derecho concursal costarricense, tan dejado de lado por las deficiencias tan profundas de la legislación anterior.

Dentro de los avances normativos importantes, se encuentra sin duda la regulación de los efectos que el concurso representa a los contratos del concursado, partiendo de un principio de conservación del contrato, acorde con el de conservación de la empresa, que se va matizando con distintas excepciones y supuestos que la misma norma desarrolla.

La norma desarrolla supuestos diferentes dependiendo de criterios tales como si las obligaciones pendientes de cumplimiento están a cargo del concursado o del contratante in bonis, o de si se trata de obligaciones sinalagmáticas o unilaterales. Una ausencia notable es que para el legislador

costarricense no resultara relevante si se trata de obligaciones de tracto único o sucesivo.

El principio del interés del concurso se refleja en los supuestos de enervación del incumplimiento a cargo del concursado, así como la posibilidad de solicitar la resolución del contrato por interés del concurso. Son normas novedosas que pueden permitir una aplicación adecuada del principio de conservación de la empresa, siempre que los vacíos normativos sean adecuadamente interpretados por el juez concursal.

Por último, respecto a los contratos laborales, pareciera que la legislación prefirió no tocar nervios sensibles, haciendo una remisión a la normativa laboral en la materia, sin embargo se perdió, en mi criterio, la posibilidad de abordar situaciones jurídicas determinantes en la realidad costarricense, como la posibilidad de revisión judicial de las condiciones laborales de los trabajadores, como mecanismo para lograr la continuidad de la empresa.

Decía al inicio de estas conclusiones que la Ley Concursal representa un avance importante al menos en el papel, y es que será la práctica la que determinará en definitiva si una buena ley es suficiente, o si, como sucedió en otros casos como la Ley de Cobro Judicial o la Reforma Procesal Laboral, los recursos, humanos y materiales, son el impedimento real y verdadero para el cumplimiento del derecho constitucional a una justicia pronta y cumplida.

9. Referencias

Antón Sancho, M. (2018). *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. Artículos 61 y 62 de la Ley Concursal*. Tirant lo Blanch.

Gerbaudo, G.E. (2018). *Introducción al derecho concursal*. Editorial Astrea.

Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (2016). Convenio de la Haya de Derecho Internacional Privado. https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf

LOS EFECTOS DE LA LEY CONCURSAL EN EL DERECHO DE FAMILIA

M.Sc. Mario Naranjo Luna[240]

SUMARIO. Introducción. 1. Régimen Patrimonial de la Familia: 1.1. Régimen Convencional. 1.2. Régimen Supletorio. 1.3. Afectación del Patrimonio Familiar. 1.4. Deudas generadas durante la relación matrimonial o convivencial; 2. Alimentos; 3. Ley Concursal, Generalidades: 3.1. Aplicación de la Ley. 3.2. Aspectos relevantes para el Derecho Familiar. 3.3. Activo del Concurso. 3.4. Bienes Gananciales como parte de la masa del concursado. 3.5. Bienes Inembargables y que se deberán de excluir de masa del concursado. 3.6. Créditos Concursales. 3.7. Crédito de Privilegio Especial, Gananciales. 3.8. Eventual causal para solicitar gananciales por parte del conviviente o cónyuge no concursado. 3.9. El Interventor y las autorizaciones judiciales. 3.10. Crédito con Privilegio General- Acreedores Alimentarios. 4. Reflexiones Finales. Referencias Bibliográficas.

Introducción

Independientemente de la rama del derecho en la que nos especialicemos, lo cierto del caso es que todo profesional en derecho debe de estar al día con las reformas que se vayan impulsando en el país, aunque no pertenezcan propiamente a la rama en que se esté especializado o se ejerza en mayor cantidad, ello a fin de poder generar una debida asesoría o resolución de casos, en las que vaya a intervenir el o la profesional independientemente de su rol.

Por ello, a pesar de que la Ley Concursal, pareciera obedecer a un tema aislado de los llamados *Juicios Universales* y, que con esto se pudiera generar que la propia ley pase como "inadvertida" por los operadores del derecho

---

[240] **Mario Naranjo Luna**, Abogado Litigante y Notario Público; Licenciado en Derecho por la Universidad Fidélitas de Costa Rica; Especialista en Derecho Notarial y Registral, por la Universidad Latina de Costa Rica; Máster en Derecho de Familia de la Universidad Latina de Costa Rica; Miembro activo y conferencista del Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico; Miembro activo y conferencista de la Asociación Internacional de Profesionales en Derechos de Costa Rica; Maestrando de la Maestría de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Universidad de Buenos Aires Argentina; Con curso superior en Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes y Estudios en Daños, ambos por la Universidad de Salamanca, España; Escritor de artículos en materia de Derecho de Familia

familiar, lo cierto del caso, es que es nuestra obligación estudiar la norma y sus efectos en el derecho de familia, pues no podemos dejar de lado que el mismo tiene como un gran tema central durante la separación de las parejas, los temas de índole patrimonial, como sería en casos de posibles ejecuciones de bienes declarados como gananciales, o incluso, en procesos alimentarios.

Desde mi perspectiva, el Derecho de Familia tiene un complejidad bastante marcada, pues el mismo tiene ligámenes con todas las ramas del derecho, siendo que uno de los mayores escenarios donde el mismo se involucra es en el Derecho Mercantil o el Civil, pues muchos de los casos en esta materia terminan siendo juzgados en bajo la competencia de jueces de Familia, pero a la luz de figuras civilistas o mercantilistas, de ahí la importancia de contar con un conocimiento no solo del derecho de familia de fondo y forma, sino además, de otras ramas del derecho, para así poder abordar mejor los conflictos familiares.

Es por lo anterior, que esta ponencia buscará dar una perspectiva de los efectos que podemos esperar desde el punto de vista familiarista, una vez que entre a regir la Ley Concursal en Costa Rica, para poder empezar a proveer posibles situaciones y hasta soluciones que el derecho familiar deberá de encontrar en el camino.

1. Régimen Patrimonial de la Familia

El régimen patrimonial del matrimonio, o bien, de las relaciones de convivencia, es el sistema legal a través del cual se norma las situaciones los bienes que han sido adquiridos por las parejas durante el matrimonio o convivencia y, además, se refiere a las posibles repercusiones económicas y sobre bienes que se dan cuando las parejas, terminan su relación mediante una disolución del vínculo matrimonial, separación judicial, liquidación anticipada de bienes gananciales, nulidad de matrimonio o muerte, o con el reconocimiento de la unión de hecho, es a partir de aquí, exceptuando el tema de la surgen la liquidación de los efectos patrimoniales de la familia y, por lo tanto, hay que entender primero como está compuesto este régimen en Costa Rica, para poder identificar los posibles panoramas de la Ley Concursal, ya que nuestro sistema legal tiene dos tipos régimen bien definidos.

1.1. Régimen Convencional

Este régimen se describe en los artículos 37 y 39 del Código de Familia que indican en lo que interesa:

> Artículo 37.- Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante su existencia y comprenden los

> bienes presentes y futuros. Este convenio, para ser válido, debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público.
> Artículo 39.- Las capitulaciones matrimoniales pueden ser modificadas después del matrimonio. Si hay menores de edad, ha de serlo con autorización del Tribunal.
> El cambio no perjudicará a terceros, sino después de que se haya publicado en el periódico oficial un extracto de la escritura y ésta quede inscrita en el Registro Público. (Asamblea Legislativa, 1974, p.p. 39-41).

Como se puede ver el legislador le da la opción a las parejas de regular la forma en que desean se dé una posible liquidación de bienes que adquieran durante el matrimonio, ante el surgimiento de una eventual situación que implique el liquidar el patrimonio familiar. En este sistema, denominado convencional, no es más que el acuerdo de voluntades entre la pareja, que mediante el principio de autonomía de la voluntad y del respeto que debe tener el Estado en las decisiones que estos tomen. Bajo esta vertiente podríamos encontrar varias situaciones que se den y que pueden influir ante un posible proceso concursal.

1.1.1. Las capitulaciones matrimoniales que se realizan mediante un contrato entre la pareja, donde se establecen las reglas en caso de que se tuviera que liquidar el patrimonio que adquieren durante el matrimonio, el mismo es formal, ello quiere decir que debe de realizarse en escritura pública y realizar su inscripción ente el registro público, en la sección denominada personas, y si alguno de los contratantes es comerciante, debe además inscribirse en la sección mercantil (Artículo 37 del Código de Familia). Es importante la inscripción, pues ello conlleva los efectos para terceros, y como tal, esto implica a la luz de la Ley Concursal, si de antemano se puede tener certeza o no de si se debe de tomar en consideración para los efectos de tenerlo como un crédito con privilegio especial, conforme lo regulado en el artículo 34.2.6 de la Ley bajo estudio.

1.1.2. Existen otras formas que se consideran convenciones, pero estas se dan de una forma distinta, como lo son:

i. Acuerdos judiciales o extrajudiciales de conciliación con procesos en trámite, donde hay liquidación de bienes gananciales por parte de la pareja, los cuales tienen como fundamento la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Sin efectos

para terceros, sino hasta después de su suscripción ante los registros respectivos.

ii. Convenio de divorcio o separación judicial por mutuo consentimiento, el cual se regula por las estipulaciones del artículo 60 inciso b) del Código de Familia. Con la entrada en vigor del Código Procesal de Familia, habría que incluir el cese de la unión de hecho por mutuo consentimiento. Sin efectos para terceros, sino hasta después de su suscripción ante los registros respectivos.

iii. Las modificaciones que se realicen en ocasión a la liquidación de los bienes gananciales, pero en la etapa de ejecución de sentencia. Para que esto ocurra ya debe de existir una inscripción de la ejecutoria de divorcio en los registros respectivos y, como tal, previo a este convenio, si el concurso se encuentra abierto, lo dictado en la sentencia a favor del concursado debe de considerarse para que se incluya en el inventario de la masa del concurso.

iv. Acuerdos privados suscritos por la pareja durante la unión, sin formalidades, estos son muchas veces cuestionados, pero siendo respetuosos de lo que en algún momento la pareja pacto, podría ser considerado como una convención legal, eso sin, sin efectos para terceros.

1.2. Régimen Supletorio

Ante la falta de convenciones, nos encontramos en un panorama que solo la ley mediante reglas supletorias puede llenar, por eso se creó el régimen supletorio, el cual surge, una vez que se tenga certeza de que no hay capitulaciones matrimoniales, siendo el mismo regulado por el artículo 40 del Código de Familia, que indica, "Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio de los que adquieran durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros" (Asamblea Legislativa, 1974, p. 41).

Por ende, para este supuesto cada cónyuge o conviviente, queda dueño y podría disponer libremente de sus bienes que hubiese adquirido antes o durante el matrimonio, así como de lo que produzcan estos. Evidentemente este precepto se mantendrá siempre y cuando la relación matrimonial o

convivencial se mantenga con un desarrollo normal, porque cuando hay rupturas, separaciones o ciertas vicisitudes, las reglas del régimen libre, pueden variar y, por ello, el legislador estableció algunas situaciones, tanto para efectos de excluir bienes como gananciales, así como el momento en que estos se deban de reclamar, de ahí la importancia de repasar el artículo 41 del Código de Familia, que establece:

> Artículo 41.- Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación. Los tribunales, de oficio o a solicitud de parte, dispondrán tanto la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos, al margen de la inscripción de los bienes registrados, como los inventarios que consideren pertinentes.
>
> Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlo. Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación.
>
> 1) Los que fueren introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria;
>
> 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales;
>
> 3) Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio;
>
> 4) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y
>
> 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.
>
> Se permite renunciar, en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio que deberá en hacerse escritura pública, a las ventajas de la distribución final (Asamblea Legislativa, 1974, p. 42).

Como vemos, hay una serie de reglas en el sistema supletorio, que son:

a) ¿Cuándo surgen la ganancialidad de un bien? Precisamente, debemos recordar que cuando ya hay una crisis matrimonial o convivencial, las reglas de libre disposición pueden cambiar y, con ello, se limitan los actos de disposición sobre los bienes. El artículo establece en su inicio, los momentos definidos por ley, de cuándo surgen los bienes gananciales.

b) Nos habla además sobre lo que debemos de entender por el derecho ganancial, que no es más que un crédito que obtendrá el cónyuge o conviviente no titular del bien, sobre este y, que corresponde al cincuenta por ciento del valor neto del bien.
c) El artículo trae consigo una lista taxativa de causas que excluyen la ganancialidad de los bienes, lo cual es de suma importancia, para comprender desde entrada si se está en presencia o no un bien ganancial.
d) Existe un punto muy importante, que corresponde a la llamada "liquidación anticipada de bienes gananciales", pues podríamos tener una causa sobreviniente, con o sin riesgo de separación o ruptura de la relación, pues lo importante aquí es demostrar que existe un "*riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlo*" y es importante, pues ello como se desarrollará más adelante, podría generarse a partir de un proceso concursal contra el cónyuge.

1.3. Afectación del Patrimonio Familiar

Esta es una figura que se crea con el fin de asegurar a la familia una protección, recordemos que el artículo 51 de la Constitución Política establece que la Familia, merece una protección especial por parte del Estado, de ahí que se crea una figura que proteja al menos el bien que sirve como techo de la familia, lo cual se regula a partir del numeral 42 del Código de Familia.

Para los efectos de este artículo, nos centraremos en los efectos que se provocan con esta figura, una vez constituida la afectación del patrimonio familiar, y que en el artículo líneas arriba mencionado, se establece en lo que es de interés:

> …no podrá ser enajenado ni gravado sino con el consentimiento de ambos cónyuges, si el propietario estuviere ligado en matrimonio; o por disposición judicial, a solicitud del propietario, previa demostración, en este último caso, de la utilidad y la necesidad del acto. Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en caso de cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente. (Asamblea Legislativa, 1974, p. 45).

Además de limitar los actos de disposición del derecho de propiedad sobre el bien, se genera un efecto de inembargabilidad de este, el cual es sumamente importante para los efectos de la Ley Concursal.

1.4. Deudas generadas durante la relación matrimonial o convivencial

Durante la convivencia de las parejas, la mayoría de las veces, se realizan créditos para satisfacer cuestiones personales, o bien, para el crecimiento del acervo ganancial, pero no toda deuda puede ser reconocida cuando se realiza la liquidación de bienes gananciales. Para ello hay que entender primero el concepto de bienes gananciales, y su regulación en nuestro Código de Familia, para determinar si existe una solidaridad de las deudas que sean contraídas durante el matrimonio.

El Código de Familia no define qué es un bien ganancial, por lo que su definición ha sido construida por la doctrina y jurisprudencia, se podría afirmar que los bienes gananciales son: "...aquellos adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos, respecto del que se aportó al constituirse el matrimonio. Observamos así que los bienes gananciales son aquellos que implican un aumento de capital, un acrecentamiento patrimonial, forjado mediante el esfuerzo común de los esposos" (Trejos, Ramírez y Benavides, 2010. p.235).

Ahora bien, el artículo 41 del Código de Familia, indica, "…cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro…" todo lo cual, nos permite concluir, que los bienes gananciales bajo el sistema supletorio, no encuentra regulación alguna de comunidad de deudas, por lo que las personas en matrimonio o convivencia, que adquieran deudas durante la relación, no podrían pretender que las deudas que adquirieron sean proporcionalmente canceladas por su conviviente o cónyuge. Se exceptúa de esto, las adeudas adquiridas con garantías de bienes gananciales, que produjeron un incremento del valor del bien o un beneficio para el bien o familia, como sería el caso de las deudas hipotecarias para construir una casa o realizar mejoras, o bien, la adquisición de préstamos prendarios que sirvieron para la compra de un vehículo, en estos casos, una vez que el bien se declara ganancial, en la fase de ejecución para determinar el "valor neto" se descontaran y cancelaran las deudas sobre esos bienes y, el remanente será repartido en un cincuenta por ciento para cada uno de los cónyuges.

2. Alimentos

Evidentemente el concursado, cuando es persona física, tendrá sus relacionas familiares y, eventualmente, obligaciones con su prole. Por ello, este tema no puede dejarse de analizar, pues las consecuencias del concurso podrían afectar a las obligaciones familiares que tengo el concursado.

El artículo 164 del Código de Familia, regula el concepto de alimentos, que es, "Se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos. Se tomarán en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y síquico, así como sus bienes". Como se puede observar el legislador realizó un diseño de la norma que permite comprender de forma amplia el concepto de alimentos y, abandonar la conceptualización de que se tenía de un significado de alimentos puro y simple, sin tomar en cuanto todo el resto de las necesidades fundamentales que tiene un ser humano, para lograr su pleno desarrollo físico y mental.

Ahora bien, establecido que entendemos por alimentos, debemos de analizar quienes se deben alimentos, esto para construir la conceptualización de lo que es una obligación alimentaria. El artículo 169 del Código de Familia indica:

> Artículo 169.- Deben alimentos:
> 1.- Los cónyuges entre sí.
> 2.- Los padres a sus hijos menores o incapaces y los hijos a sus padres.
> 3.- Los hermanos a los hermanos menores o a los que presenten una discapacidad que les impida valerse por sí mismos; los abuelos a los nietos menores y a los que, por una discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, cuando los parientes más inmediatos del alimentario antes señalado no puedan darles alimentos o en el tanto en que no puedan hacerlo; y los nietos y bisnietos, a los abuelos y bisabuelos en las mismas condiciones indicadas en este inciso (Asamblea Legislativa, 1974, p. 200).

Por último, no hay que dejar de lado, los límites que impone la ley, en cuanto a este derecho, y su cesación, como lo contemplado en el artículo 173 del Código de Familia, que expresa:

> Artículo 173.- No existirá obligación de proporcionar alimentos:
> 1.- Cuando el deudor no pueda suministrarlos sin desatender sus necesidades alimentarias o sin faltar a la misma obligación de alimentos para con otras personas que, respecto de él, tengan título preferente.
> 2.- Cuando quien los recibe deje de necesitarlos.

3.- En caso de injuria, falta o daños graves del alimentario contra el alimentante, excepto entre padres e hijos.
4.- Cuando el cónyuge haya incurrido en abandono voluntario y malicioso del hogar o se compruebe que comete o cometió adulterio.
5.- Cuando los alimentarios hayan alcanzado su mayoridad, salvo que no hayan terminado los estudios para adquirir una profesión u oficio, mientras no sobrepasen los veinticinco años de edad y obtengan buenos rendimientos con una carga académica razonable. Estos requisitos deberán probarse al interponer la demanda, aportando la información sobre la carga y el rendimiento académicos.
6.- Entre ex cónyuges, cuando el beneficiario contraiga nuevas nupcias o establezca una convivencia de hecho.
7.- Cuando el demandante haya incumplido los deberes alimentarios respecto a su demandado, si legalmente debió haber cumplido con tal obligación.
Las causales eximentes de la obligación alimentaria se probarán ante la autoridad que conozca de la demanda alimentaria. Pero, si en un proceso de divorcio, separación judicial o penal, el juez resolviere cosa distinta, se estará a lo que se disponga (Asamblea Legislativa, 1974, p.p. 201-202).

Bien, entonces, comprendemos por completo que la obligación alimentaria nace a partir de lazos de consanguinidad o afinidad, conforme la regulación legal y, que la misma pretende llenar las necesidades fundamentales del beneficiario de la obligación; Además, la misma puede desaparecer solo por causas definidas por ley. Cabe destacar que está obligación tiene un privilegio, pues la misma es prioritaria y es considera un derecho fundamental, tal como fue expuesto en el voto 56-2020 del Tribunal de Familia que dice:

> …Así, la obligación de dar alimentos tiene sustento tanto en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política, como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que con su satisfacción se le garantiza al acreedor alimentario el disfrute de una serie de derechos humanos indispensables para su subsistencia y desarrollo integral, entre los que se incluyen, entre otros, el derecho a la vida, a la salud, a la vivienda y a la educación (ver en este sentido las sentencias número 2001-07517 de las catorce horas con cincuenta minutos del primero de agosto del dos mil uno y 2003-15392 de las quince horas con cincuenta y ocho minutos del diecinueve de diciembre del dos mil tres). Es justamente ese carácter fundamental de la obligación alimentaria el que justifica que se prevea la fijación de una pensión provisional mientras se conoce de una demanda de alimentos -a fin de que los acreedores alimentarios puedan satisfacer de forma inmediata sus necesidades básicas mientras se tramita

y resuelva la respectiva demanda-, así como que su pago se pueda garantizar por medio del apremio corporal, conforme a lo establecido en los artículos 165 del Código de Familia, 21 y 24 de la Ley de Pensiones Alimentarias (ver en este sentido sentencia número 2003-8604 de las dieciséis horas con cuarenta minutos del diecinueve de agosto del dos mil tres), y ello responde a la protección de valores constitucionales y de derechos humanos, que obligan a su pago, inclusive mediante el apremio corporal (ver en este sentido sentencias número 2794-96 de las doce horas del siete junio de mil novecientos noventa y seis y 2000-00198 de las diez horas dieciocho minutos del siete de enero del dos mil). (Votos de la Sala Constitucional n. os 2008-8645, de las 17:36 horas del 21 de mayo; 2008-10461, de las 14:40 horas del 24 de junio; 2008-12101, de las 15:08 horas del 15 de agosto y 2008-13010, de las 15:57 horas del 27 de agosto, todos de 2008). En casos similares al que se presenta en este caso y tratándose de la cuota alimentaria entre cónyuges, la Sala Constitucional ha indicado "El artículo 52 de la Constitución Política establece que el matrimonio es la base esencial de la familia, y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges. El artículo 51 del mismo Cuerpo de Leyes, define a la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad e indica que, como tal, tiene derecho a la protección del Estado. Como desarrollo de esos preceptos constitucionales, el legislador estableció en el Código de Familia que el matrimonio es la base esencial de esa institución y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio (artículo 11). El artículo 34 de ese Código refiere que los esposos están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. De esa obligación de socorro mutuo surge la obligación alimentaria que está prevista en el artículo 169 inciso 1) del Código de Familia, el cual indica que se deben alimentos los cónyuges entre sí. De manera que, si bien es cierto, es posible afirmar que el derecho a ser alimentado y su correlativo deber de proveer los alimentos, no está establecido en forma directa por la Constitución Política, deriva en forma indirecta de los preceptos constitucionales señalados y reviste el carácter de derecho humano fundamental (…)." (Voto nº 2001-7517, de las 14:50 horas del 1º de agosto de 2001) … (Voto 56-2020, de las nueve horas y cincuenta y cuatro minutos del veinticuatro de enero de dos mil veinte, del Tribunal de Familia, San José).

Por lo que se puede concluir que el concursado, pese a sus compromisos económicos con sus acreedores, también puede tener obligaciones de índole primario y prioritario que deba sufragar, estas tendrán una prevalencia sobre otros créditos, pues vienen a cubrir obligaciones que derivan de derechos fundamentales y que no se puede desatender.

3. Ley Concursal, Generalidades

Luego de estudiar el fondo básico, del régimen patrimonial de la familia, debemos de comprender cuales podrían ser los efectos que podría traer la Ley Concursal en el régimen patrimonial familiar, y para comprenderlos, lo primero es que debemos entender ciertos aspectos generales que encierra la Ley Concursal, para así abordar la óptica familiarista.

3.1. Aplicación de la Ley

Los artículos 4.1.13 y 4.1.3 de la Ley Concursal (en adelante L.C.) elimina las antiguas distinciones entre insolvencia y quiebra, así como de intervención comercial y convenio, pues todo ello, se resumen los dos únicos procesos de la L.C. sea el preventivo o liquidatorio. La ley tiene se aplicará para personas físicas y jurídicas privadas, todas sometidas dentro de estos dos procesos indicados.

3.2. Aspectos relevantes para el Derecho Familiar

No es la intensión de este trabajo, profundizar en todos los aspectos de ley, sino solo en aquellos que sean relevantes y de intereses para el Derecho de Familia, por ello, me centraré en algunos requisitos donde podremos abordar adecuadamente lo deseado.

3.3. Activo del concurso

Por lo general saltará la pregunta, ¿cuáles son los bienes que son parte del activo del concurso? Bien, el artículo 30.1 de la Ley Concursal establece que**,** "El activo del concurso estará integrado por los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado a la fecha de su apertura, los que se reintegren durante su tramitación y los que se adquieran posteriormente hasta su conclusión. Se exceptúan los bienes y derechos que sean legalmente inembargables." Lo anterior significa que bienes o derechos patrimoniales, con excepción a bienes inembargables, constituirán lo que se denomina, dentro de la Ley, como la masa del concursado o masa activa.

3.4. Bienes Gananciales como parte de la masa del concursado

Ya vimos la disposición del artículo 30.1 de L.C., pero entonces, ¿es necesario dentro del inventario de bienes que se realiza enlistas posibles bienes con vocación a ganancial del concursado?

La respuesta es sí y, por eso, era necesario explicar al menos de una forma sucinta el régimen patrimonial de la familia, porque ya entrando en materia concursal, hay que tener claridad de ello, para al menos de una forma preliminar establecer cuáles bienes incluir y cuáles no, y el porqué de ello.

Bajo el régimen convencional, entenderíamos que, si se tratan de capitulaciones matrimoniales, así como acuerdos judiciales o extrajudiciales de procesos de divorcio o divorcios por mutuo consentimiento, cuyos efectos se hayan inscrito antes de la apertura del concurso entenderíamos que dependiendo de las convenciones que se hayan firmados se incluirían o no. Los acuerdos privados que hayan realizado los cónyuges no incrasarían en esta categoría, pues no afectarían derechos de terceros.

Ahora bien, si se trata de bienes bajo el régimen supletorio, debemos de incorporar estos dentro del inventario del deudor, porque una vez que estos sean liquidados y pagados los créditos gananciales respectivos, la proporción que le corresponda al concursado podrá ser utilizada para el pago de acreedores.

Es importante hacer mención que, no solo se contemplaran bienes que estén a nombre del concursado, sino los eventuales derechos que le puedan corresponder de los bienes gananciales que estén a nombre de su cónyuge o conviviente.

3.5. Bienes Inembargables y que se deberán de excluir de masa del concursado

Reiterando el precepto del artículo 30.1 de la Ley Concursal, si uno dentro de los bienes del concursado se encuentra un bien afectado a patrimonio familiar, no podrán ser inventariados, esto por razones de ley, siempre y cuando, la misma se haya inscrito ante el Registro Público con anterioridad a la apertura del concurso, pues hay que recordar lo indicado en el artículo 42 del Código de Familia que indica "El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público…" ello se hace necesario recordarlo, pues debemos de comprender, sin duda alguna, que los efectos de la afectación se dan hasta que la misma este inscrita.

Lo que se hay que considerar, es que si ese bien tiene a futuro una disputa por eventuales gananciales y, en el juicio de divorcio o de reconocimiento de unión de hecho, se resuelve sobre la cancelación de esa afectación y el bien pasa a estar desafectado, la proporcionalidad que le corresponda al concursado tendrá que ser ingresada al procesos concursal, dentro del inventario de bienes, si se ordena el cese de la afectación, pues el bien pasa a ser de libre disposición del concursado, o bien, si se da una causa de cese de la afectación que no sea la disolución del vínculo o reconocimiento de la unión, el bien podría ser parte de la masa del concurso.

3.6. Créditos Concursales

Comprendido el tema de activos, debemos ir a la parte del pasivo concursal y, para ello debemos de analizar los créditos concursales, los cuales son definidos como, "Los créditos concursales son aquellos nacidos antes de la declaratoria del concurso, generalmente son la base para solicitar la apertura, a solicitud del deudor o del propio acreedor. Son el pasivo o deuda que el propio deudor ha debido revelar en la solicitud y que luego debe ser verificada por el administrador o interventor" (Artavia y Artavia, 2021, p.159).

3.7. Crédito de Privilegio Especial, Gananciales

Esta condición es dada por ley, por que deviene del artículo 34.2 de la Ley Concursal y, en lo que interesa, los bienes gananciales, se consideran un crédito privilegiado, y así está regulado en inciso 6) del artículo en mención. Ahora bien, recordemos que esto es distinto al inventario, aquí se procede a identificar créditos que el concursado debe de pagar, por ende, se identifican los acreedores. En el caso del régimen patrimonial de la familia, debemos entenderlo, desde la óptica del reconocimiento de bienes gananciales que hay que pagar al cónyuge o conviviente del concursado.

Hay que cuestionarse si se hace necesaria una sentencia judicial previa que declare la ganancialidad de los bienes, para determinar si es válida la legalización del crédito con solo la legalización aportando prueba idónea que demuestre la ganancialidad o, si se requiere una sentencia judicial que así lo declare. Me decantaría por la segunda, ya que cuando se va a legalizar un crédito se debe de sustentar en un título o sentencia que lo establezca, y los gananciales son solo establecidos, inter vivos, en la jurisdicción familiar, lo que significa contrario sensu, que para la legalización de crédito ganancial se podría requerir aportar la sentencia declarativa del derecho ganancial.

3.8. Eventual causal para solicitar gananciales por parte del conviviente o cónyuge no concursado

El artículo 41 del Código de Familia es claro, los gananciales se declaran cuando "Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales…" pero entonces, ¿Cómo podría un cónyuge que vive con el concursado y, no tiene esas causas legales, para que se decreten sus derechos gananciales y luego legalizarlos en el concurso?, pues creo, que es aquí donde la pareja (de hecho o de derecho), siendo que su conviviente o cónyuge le han o, este ha gestionado un proceso concursal y sus bienes podrían correr un peligro emitente, pues el precepto legal, es que el patrimonio del deudor, es

prenda de común de acreedores y con ello, en el cobro de acreencias se podrían perder derechos gananciales.

Por eso, existiría la posibilidad, de presentar un proceso ordinario de liquidación anticipada de bienes gananciales, pues cabe aquí recordar la siguiente regulación del Código de Familia, que indica "…Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlo. Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación…".

Y es que precisamente la apertura de un proceso concursal perfectamente podría interpretarse como un riesgo para que los bienes del cónyuge o conviviente, sean eventualmente vendidos para liquidar deudas que son exclusivas del concursado, valga recordar aquí, que como se desarrolló líneas anteriores, no existe un régimen de solidaridad o comunidad de deudas entre esposos o convivientes, sino que las únicas deudas que pueden ser deducidas de los bienes gananciales, son aquellas que cuenten con una garantía real y que se liquidan en la fase de ejecución de sentencia, pero la realidad, es que si el bien no se ha decretado como ganancial y no hay anotaciones sobre el mismo, podría ocurrir una situación injusta para cónyuge no concursado, que lo lleve a perder sus bienes, si no procede a liquidarlos y a pedir que se respete su derecho ganancial preferente ante acreedores de menor grado de prelación.

3.9. El Interventor y las autorizaciones judiciales

Un punto que cobra importancia es la figura del interventor y las autorizaciones judiciales, esto cuando se tenga que disponer de bienes y, es que mientras se da el concurso, se podrían estar tomando acuerdos de divorcio, separaciones judiciales, o bien de reconocimientos de unión de hecho, que puedan afectar la masa activa del concurso, como sería el caso de un concursado, que con el fin de defraudar acreedores del concurso, proceda a disponer de sus bienes, que se reputen gananciales, y decida renunciar a estos y que se inscriban todos a nombre de su conviviente o cónyuge, o incluso, renunciar a la distribución final de gananciales, esto conlleva un aspecto negativo para los acreedores, pues si se dispone conforme a la ley, el concursado obtendría un derecho a un valor, que es el ganancial y, que a futuro se pueda liquidar y servir de pago a los acreedores.

Por ello, según los efectos de la apertura del concurso y conforme al artículo 17.2 de la Ley Concursal, para ese acto de disposición se necesitaría la

autorización judicial y la participación del interventor, a fin de no causar perjuicio a los acreedores, si se pretende disponer en esas condiciones.

Además, no se puede olvidar que esta nueva Ley Concursal, tiene disposiciones legales para combatir eventuales actos gratuitos e incluso onerosos que haga el interventor antes y durante el concurso y que podrían llevar a procesos inoponibilidad de esos actos, para que el juez concursal, ordene una vez concluido el debido proceso, que pasara con esos bienes.

3.10. Crédito con Privilegio General- Acreedores Alimentarios

Ya vimos en qué consiste la obligación alimentaria, quiénes tienen derecho y cuán podría acabarse el mismo, pero ahora debemos comprender, que pasa en los casos de que el concursado tenga obligaciones alimentarias a su cargo, por ejemplo, con su esposa, hijos, o padres, esa obligación debe o no legalizarse como un crédito y de qué tipo.

Pues sí, el 34.3, inciso 1), de la Ley Concursal establecen los créditos con privilegio general, siendo uno de ellos, los alimentos, el cual tiene una connotación importante, y que se comprende como:

> Si los acreedores con privilegio especial del art. 34.2 LC tienen un derecho preferente para el pago de sus créditos, con el bien garante, los acreedores con privilegio general, están por debajo de los de privilegio especial, por lo que solo pueden ser pagador luego de aquello, pero los de privilegio general tendrán derecho preferente para el reconocimiento y pago de sus créditos, sobre acreedores comunes y subordinados, con el producto de la totalidad del patrimonio del concurso no afectado por privilegios especiales (Artavia Y Artavia, 2021, p.162).

El artículo 17 de la Ley Concursal delimita los efectos de la apertura del concurso, y en el punto 7, establece:

> 17.7. Derecho a alimentos
>
> Cuando los bienes inembargables e ingresos del concursado persona física sean insuficientes para su manutención y la de su núcleo familiar dependiente de él, luego de la apertura del concurso, tendrá derecho a percibir alimentos a cargo de la masa, siempre y cuando existan ingresos o bienes para ello.
>
> No procederá el derecho a percibir alimentos cuando el núcleo familiar cuente con ingresos para su manutención o si el concursado recibe colaboración económica suficiente de sus familiares o terceros. Tampoco tendrá derecho a alimentos a cargo de la masa cuando pueda percibirlos de otras personas legalmente obligadas a ello.
>
> La gestión del concursado se tramitará vía incidental, con la participación del administrador, interventor o liquidador concursal, según corresponda (Asamblea Legislativa, 2021, p.119).

Para la legalización de este crédito se deberán aportar formal resolución ejecutoria, del proceso alimentario, donde se constate la obligación dineraria a efectos de que se puede establecer como un crédito y posteriormente se legalice por parte de la Autoridad judicial. Su pago se hará de forma preferente por parte de la masa activa del concursado, que también podrá pagar los alimentos del concursado, si no cuenta con recursos para su subsistencia.

4. Reflexiones finales

En conclusión, debemos de tomar con seriedad el estudio de la nueva Ley Concursal, pues como se indicó al inicio y se dejó claro en su desarrollo, evidentemente la misma tendrá repercusiones en el Derecho Familiar. El hecho de que la competencia en razón de la materia, donde se disputan los eventuales derechos gananciales no se varié, no quiere decir ni por asomo, que los operadores de esta rama no deban de conocer los posibles escenarios y consecuencias que podrían derivarse de la presente ley en estudio, esto para poder generar un óptimo y adecuado panorama a las personas que requieran de asesoría jurídica en temas familiares y que tengan un escenario, como cónyuge o conviviente concursado o no concursado.

La ley está por entrar en vigencia, son pocos meses los que hacen falta para que se ponga en práctica e inicien los eventuales panoramas para personas concursadas o cónyuges o convivientes no concursados, lo anterior es un llamado tanto para las personas litigantes como juzgadoras, en materia familiar, la cual considero una de las ramas más complejas del derecho, pues nos obliga a tener alto conocimiento no solo en derecho de familia, sino, además, en una variedad de ramas legales, que son necesarias en el engranaje de un conflicto familiar, no escapándose de ese estudio el área procesal, que pienso es una de las que más se ha rezagado a lo largo del tiempo, y ello nos obliga a repasarla, comprenderla y manejarla de manera adecuada a fin de brindar un servicio, más expedito y menos complicado para nuestros clientes o usuarios.

Referencias bibliográficas

Artavia, Barrantes, S., y Artavia Campos, P. (2021). *Manual de Derecho Concursal Costarricense*. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Faro.

Asamblea Legislativa. (1974). *Código de Familia.* Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_text

o_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=TC

Asamblea Legislativa. (2021) *Ley Concursal*. Diario Oficial la Gaceta, número 103, alcance 109.

Trejos, G., Ramírez, M., Y Benavides, D. (2010). *Derecho de la Familia*. San José, Costa Rica. Juricentro.

Tribunal de Familia. (2020). *Resolución número 56-2020 de las 09 horas y 54 minutos del 24 de enero del 2020*. Recuperado de: https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-981011

ADMINISTRADOR E INTERVENTOR EN LA NUEVA LEY CONCURSAL

Lic. Carlos José Carrera Castillo
Especialista en Derecho Comercial, Posgrado UCR.

1. Reflexión preliminar.

Dentro de nuestra óptica mercantilista, lo primero que queremos abordar desde el punto de vista dogmático reside en precisar que la nueva Ley Concursal presupone en nuestra legislación mercantil una regulación sistemática de la empresa y todos sus elementos componentes: empresario, hacienda, actividad, organización, aviamiento, clientela, etcétera. En diversas normas jurídicas se alude o mencionan los términos: empresa, empresario, actividad económica, actividad productiva, etc, los conferencistas que me han precedido en el uso de la palabra utilizan el término empresa de manera habitual, sin embargo, conviene precisar que lastimosamente nuestro Código de Comercio no regula la teoría de la empresa, sino que conforme al numeral 1 del citado cuerpo legal, se constata que se sigue la teoría de los actos (predominantemente) objetivos.

En el texto de la normativa se utiliza indistintamente el término empresa como sujeto, objeto, actividad e institución, algunas veces en sentido técnico y otras anfibológicamente. No tenemos una regulación sobre la materia en nuestro código mercantil, la jurisprudencia (sentencia No. 7-94 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia) tampoco ha delimitado y fijado el concepto de empresa mercantil, aspecto harto difícil en virtud de su carácter poliédrico o de distinto perfiles (Asquini, Alberto) desde el cual puede ser abordada, lo cual resulta determinante, para de entrada entender y definir el ámbito de regulación de la ley. Ante esa insuficiencia conceptual deberán ser los tribunales los que tendrán la labor de elaborar un concepto preciso de empresa, no obstante, pareciera existir un predominio o tendencia de entender la empresa *como actividad o función*.

*2. **De la administración e intervención de bienes productivos en la legislación procesal civil vigente de carácter no concursal.***

La administración e intervención judicial de bienes productivos fue introducida como una medida cautelar típica en el numeral 88 del Código Procesal Civil de 2018, anteriormente no se encontraba regulada y en la práctica no se aplicaba con habitualidad.

> Desde nuestra óptica y perspectiva se trata de la administración e intervención de la hacienda mercantil (elemento objetivo de la empresa mercantil, el cual no se encuentra regulado sistemática y normativamente en nuestro país, por más que se intente pretender que esa regulación la encontramos en los artículos 478 a 489 del Código de Comercio que regula la venta del establecimiento mercantil e industrial) bajo los supuestos o causales que se prevé en el párrafo primero de dicho numeral, es decir, que señala:
>
> *¨Se podrá disponer la administración e intervención de bienes productivos, cuando se pretenda su entrega a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando la garantía de esta sea de primordial interés para la efectividad de la condena. La resolución que disponga una intervención judicial necesariamente fijará su plazo…..y las facultades del interventor o administrador…..¨*

El numeral 88.2 del C.P.C. establece las facultades y obligaciones del interventor o administrador, teniendo inclusive las de coadministrar con el titular y, en casos muy calificados, hasta su sustitución.

Es decir, la figura de administrador o interventor no concursal se encuentra presente en nuestra legislación adjetiva.

Desde la ley 7643-1996 se adoptó el régimen del administrador concursal o interventor en la administración por reorganización con intervención judicial como lo veremos posteriormente. El autor nacional ARTAVIA, Sergio, lo describía así: ¨Es el órgano más importante de este proceso concursal preventivo¨[241].

[241] ARTAVIA, SERGIO. La Administración y Reorganización por Intervención Judicial, Tomo III, Procesos Concursales, San José, Editorial Faro, 2019, página 237.

3. De los órganos del proceso concursal.

Son en principio cuatro órganos: **a)** el interventor (artículo 23 LC, **b)** administrador concursal (canon 24 LC), **c)** liquidador (precepto 25 LC y **d)** las juntas de acreedores (numeral 29 LC).

De conformidad con la Exposición de Motivos de la Ley, en caso que se decida y opere la continuación de la actividad o gestión empresarial del concursado, se ha dicho:

¨Ahora bien, en caso de continuidad de actividades económicas, el sistema prevé un detalle de los supuestos para decidir si el concursado o sus representantes legales *son idóneos para continuar la gestión empresarial*. A partir de ahí, se prevén una serie de variables lo suficientemente discrecionales para adaptarlas a necesidades concretas y ante circunstancias sobrevenidas dentro del concurso abierto, en las cuales se permite el **nombramiento de un interventor** para acompañar y supervisar la administración del concursado, o bien su separación parcial o total para que un administrador concursal asuma la gestión y representación.

Sobre este tema, la nueva ley avanza al permitir el registro y funcionamiento de personas jurídicas y empresarios dedicados a la administración y de empresas y su rescate. Para ello hay que entender la dinamización de la sociedad moderna y la existencia aprovechable de entes especializados en la atención de situaciones de crisis.

En todo caso, la estructura normativa tiende a mantener al concursado e la gestión de su actividad económica, lo haga con independencia en el caso del giro ordinario o actos de poca valía, en el tanto el consentimiento del interventor o la autorización del tribunal sean requeridos tratándose de actos fuera de lo habitual, extraordinarios o que podrían perjudicar en mayor medida la composición de su patrimonio.

¨Los órganos concursales establecidos por la legislación son: el interventor, el administrador concursal, el liquidador y las juntas de acreedores.

El interventor acompañará y supervisará la gestión administrativa y representación que el concursado conserve, cuando así se haya dispuesto en el concurso, y tendrá poder de decisión sobre los actos más preponderantes que puedan comprometer el patrimonio concursado.

El administrador concursal entrará en funciones cuando se separe al concursado parcial o totalmente de su gestión de activos.

El liquidador estará encargado de la tarea de liquidar la totalidad del patrimonio concursado, si se cumplen algunos de los presupuestos establecidos para ello¨.

Como habrá quedado establecido se elimina la denominación del ***Curador Concursal (síndico o comisario),*** que ha sido el criterio que se había empleado hasta la promulgación de la Ley No. 7643 de 17 de octubre de 1996, en los procesos concursales, con la salvedad de la administración por intervención judicial que desde esa data utilizaba el término interventor y administrador (artículos 714 inciso 1, 719 inciso 2, 720, 721, 722, 725, 733 el C.P.C. entre otros).

Hipotéticamente estimamos que el término producía alguna confusión con el curador procesal que se encuentra regulado en el numeral 19.4 del Código Procesal Civil, en el apartado de capacidad procesal y representación de las partes. De allí que se haya decidido eliminar ese ¨nomen iuris¨ y, además, por que las funciones que se le otorgan al órgano son de administración e intervención lo que acerca el nombre más a su realidad.

La mayoría de las funciones que en la legislación derogada (Códigos de Comercio, Civil y Procesal Civil) correspondían al curador concursal se han trasladado al interventor, administrador y liquidador.

4. ***Del órgano de gestión y fiscalización.***

Nos vamos a referir a los interventores y administradores actuando en la fase de salvataje, saneamiento o conservación del deudor o concursado en crisis económica. No obstante, el artículo 25.1 de la LC, señala que el administrador o interventor asumirán la función del liquidador, cuando el tribunal disponga que la solución es la liquidación de los bienes del concursado, en ese caso, interpretamos que es por causa sobrevenida, es decir, se ha establecido un proceso de saneamiento que por alguna causa fue declarado insubsistente, invalido o ineficaz y posteriormente se ha declarado la liquidación por causas sobrevenidas.

Es decir, el administrador e interventor, pueden tener las siguientes funciones: **i)** ***la gestión***: que se divide en interna y externa, la primera tiene relación con los aspectos internos del manejo de la actividad y la segunda se refiere a las relaciones con los terceros y la representación (judicial y extrajudicial) en caso de que se trate de personas jurídicas mercantiles o civiles que tengan personalidad jurídica y ***ii) supervisión o vigilancia*** del plan de administración.

La ley prevé en los procedimientos de salvamento, el nombramiento de: **i)** un interventor cuya función será asesorar y fiscalizar el plan de saneamiento que proponga el deudor o en su caso el acreedor. En estos casos normalmente no opera el ***desapoderamiento*** de manera tal que el concursado conserva la administración de la actividad y representación legal, el interventor, solamente auxilia la administración de justicia y tiene función que se limita a la fiscalización y supervisión del plan propuesto como medio para superar la crisis económica o financiera de la deudora y **ii)** un administrador concursal total o parcial, en cuyo caso asume tanto la gestión como la fiscalización, en caso de desapoderamiento (*exclusión del deudor concursado de la libre administración y disposición de sus bienes, ver artículo 899 del Código Civil y 763 inciso d) del Código Mercantil*) detenta u ostenta en su totalidad la representación legal, con la salvedad que se trate de actos o acciones personales del concursado o bienes que no formen parte del concurso.

La LC también regula la figura de ***los auxiliares***. Esa figura la teníamos prevista, desde mi punto de vista, con mayor precisión en el artículo 719 inciso 3) del C.P.C. a propósito de la Administración y reorganización con intervención judicial.

El numeral 28 de la LC dispone:

ARTÍCULO 28- Auxiliares

> *Cuando la complejidad del concurso lo exija, quienes ejerzan la intervención, administración o liquidación concursales, podrán solicitar la autorización al tribunal para delegar atribuciones en los auxiliares que propongan o bien de los incluidos en las listas creadas al efecto por el Poder Judicial, con indicación de los criterios para el establecimiento de su remuneración.*
>
> *Si se designan auxiliares, el tribunal especificará sus funciones y determinará la remuneración, que podrá ser con cargo a la retribución que le corresponda al administrador, interventor o liquidador, en proporción a las funciones que ejerzan; o bien, autónoma cuando el tribunal lo decida en casos justificados atendiendo a la complejidad del concurso y las funciones asignadas.*
>
> *Cuando el interventor, administrador o liquidador del concurso no sea abogado y lo considere necesario, podrá solicitar la designación de un profesional en Derecho como auxiliar jurídico, para lo cual se seguirán las reglas dispuestas anteriormente.*
>
> *Acogida la gestión, si fuere necesario, se concederá el plazo de cinco días para aceptar el cargo, bajo apercibimiento de designar a otra persona en caso de negativa u omisión.*
>
> *La solicitud rechazada podrá gestionarse nuevamente, si se justifica por circunstancias sobrevinientes.*

A los auxiliares delegados se les aplicará el régimen común de incompatibilidades, prohibiciones, recusación, remoción, responsabilidad, rendición de cuentas e inscripción en registros públicos, cuando fuere necesaria.
La Corte Suprema de Justicia está autorizada para reglamentar la administración de listados de auxiliares en la misma forma prevista para los interventores, administradores y liquidadores concursales.
Las designaciones, ceses, sanciones, rechazos de rendiciones de cuentas y cualquier otro aspecto que se considere relevante, se informará a la oficina del Poder Judicial que gestiona los listados de interventores, administradores y liquidadores concursales.

Anteriormente el nombramiento de los auxiliares ***era función del juez***, ahora se modifica el sistema, quedando al arbitrio o elección del administrador o interventor *proponer* el nombramiento de los auxiliares (pudiendo ocurrir que por inercia o desidia no los llegue a solicitar, surgiendo la pregunta *sí el juez puede nombrar de oficio o petición de los acreedores o deudor los auxiliares*?), o sea, delegar atribuciones en los auxiliares que propongan o los establecidos al efecto por la Corte Suprema de Justicia (lo que podría contrarrestar la función exclusiva de la administración y el carácter personalísimo del cargo de interventor o administrador) , no obstante, se ha admitido el auxilio de otros sujetos, pero con la expresa indicación que estos no asumirán en su totalidad o de manera principal el cargo que le atañe cumplir [242] Algunos doctrinarios (PROVINCIALI) afirman que la sustitución no debe ser admitida, aunque si se permite la delegación autorizada por el Juez, para actos determinados.

En la práctica -según nuestra experiencia vivencial-, algunos administradores o interventores, delegan sus funciones casi de manera total en los órganos auxiliares (co-administración de hecho), sobre todo, en materia jurídica, en caso del administrador o interventor no abogado, en tanto, el proceso concursal tiene un alto componente jurídico que realizar lo que queda establecido en los deberes y obligaciones que le corresponden al interventor conforme a la LC en los artículos de la misma como lo analizaremos en su oportunidad.

Preocupa también la objetividad e idoneidad del auxiliar recomendado por el administrador o interventor, que en todo caso, deberá ser justipreciada de previo por el Tribunal en el momento de su nombramiento, es decir, el Juez debe imponer una designación pertinente.

---

[242] **LEYLA LOZANO CHANG**. El Curador como Organo Auxiliar de los Procesos Concursales Liquidatorios. San José, Editorial IJSA, 1era edición, 2004, pág. 114.

Consideramos que el ***órgano interventor o administrador***, conforme a la ley es un órgano: ***a) unipersonal*** (no colegiado), en tanto, si bien se prevé la posibilidad de auxiliares, la responsabilidad del interventor y auxiliar son autónomas e independientes y el auxiliar no toma decisiones colegiadas con el interventor o administrador, o que por los menos se le puedan atribuir o imputar al auxiliar. La ley no regula el nombramiento colegiado (pluripersonal) de administradores o interventores, al menos no se deduce del texto normativo de manera expresa, en cuanto, el cardinal 15.3 inciso 2) dispone: El nombramiento de un interventor o administrador concursal y un suplente, según corresponda. En algunas liquidaciones administrativas, se nombran interventor y sub interventor e inclusive juntas interventoras. ***b) puede ser interdisciplinaria***, la nueva LC en sus artículos 23.1.1 y 24.1.1. parte in fine respectivamente, disponen que: ¨También podrán ser interventores (administradores) los abogados que a su vez cuenten al menos con el título de bachiller en cualesquiera de las ramas profesionales indicadas¨ (administración de empresas y contaduría), de allí que sostengamos el carácter interdisciplinario del cargo y ***c) su nombramiento es judicial y deviene de ley***, es decir, el concursado no elige el Administrador o Interventor, no lo sugiere o recomienda, sino que se trata de un nombramiento judicial conforme los criterios objetivos de selección que regula la ley. Aunque no se señale expresamente estimamos que, en situaciones particulares, en caso de *inopia*, el Juez puede discrecionalmente nombrar el interventor o administrador tratando de cumplir el mandato legal y dotar de un administrador o interventor idóneo y calificado, ***d) puede ser persona física o jurídica.*** Lo usual y normal ha sido el nombramiento de personas físicas, aunque el nombramiento de personas jurídicas estaba previsto para el proceso de quiebra en el numeral 874 del Código de Comercio, lo que resultaba sumamente excepcional, *e)* ***es imparcial y objetivo***, tutelando los intereses del deudor y acreedores de igual manera. En liquidaciones administrativas (**SUGEVAL, SUPEN, SUGESE, SUGEF, CONASSIF** se nombran interventores funcionarios que desempeñan esa función).

Tenemos **administradores e *interventores propietarios y suplentes***, los últimos para funciones de ausencia temporal, definitiva o incompatibilidad del propietario con los intereses del concurso (artículo 26.4 LC), -el más usual que se presenta es la discusión sobre honorarios del interventor o administrador concursal, aunque normalmente no se apersona al suplente en ese caso.

En doctrina se le reconoce a la función administrativa del administrador e interventor tres características: **a) originaria**, al tratarse de una función encomendada legalmente, **b) exclusiva**, es decir, propia del administrador o interventor, en tanto ¨ex lege¨ se le confiere, sin que puedan ejercerla el deudor o los acreedores, **c) instrumental** respecto de la procesal, desarrollándose en tres tiempos: el secuestro y la custodia, la conservación (entendida dinámicamente) y la liquidación.[243]

Dada la brevedad del espacio para este tema, no podemos entrar a considerar de manera amplia acerca de la naturaleza jurídica del administrador o interventor. En doctrina se discute si se trata de un funcionario público en su rol de auxiliar de la administración de justicia, un funcionario paraestatal o un servidor privado e inclusive tesis intermedias o eclécticas. La tesis dominante es considerar que se trata de un funcionario paraestatal que realiza funciones públicas pero que su retribución es de naturaleza privada.

5. ***Requisitos de idoneidad para el nombramiento del cargo de interventor y administrador.***

Son comunes los requisitos de idoneidad para el nombramiento de interventor y administrador concursal al unísono de lo regulado en los artículos 23.1 y 24.1 de la LC respetivamente, con algunas situaciones especiales para el administrador concursal que puede ser una persona jurídica especializada.

Vamos a analizar los requisitos:

1- ***Ser profesionales universitarios en administración de empresas, contaduría o cualquier otra profesión afín a la actividad del concursado, incorporados en el Colegio respectivo. También podrán ser interventores los abogados que a su vez cuenten al menos con el título de bachillerato en algunas de las profesiones dichas.***

Históricamente el cargo de curador recaía sobre un abogado de los tribunales de la República, así lo regulaban los ordinales 746 y 763 inciso c) del Código Procesal Civil, 873 del Código de Comercio y 923 del Código Civil, para el convenio preventivo, concurso de acreedores y quiebra. Ese sistema se mantuvo vigente hasta que la Ley No. 7643 de 17 de octubre de 1996, incorpora el cardinal 720 inciso 3 del C.P.C., que señala respecto del nombramiento del Curador: ¨….Se considerará el giro ordinario de la empresa, con el fin de que el interventor sea una persona especializada en la rama respectiva…¨ en

[243] Para un mejor desarrollo ver **LOZANO CHANG**, en su *op cit*, páginas 122 a 125.

relación con la administración y reorganización con intervención judicial, en los demás procesos concursales se mantiene hasta la entrada en vigencia de la nueva LC que viene a modificar sustancialmente el requisito de idoneidad subjetivo.

Grandes discusiones y debates se han generado en la doctrina y en las nuevas regulaciones que han considerado que los procesos concursales, en cuanto al sujeto encargado de la administración, debe ser una persona profesional universitaria en administración de empresas y contaduría pública como se aprobó en la legislación argentina y en la nuestra, no obstante, nuestro redactor agregó un aspecto interesante e importante de *destacar y subrayar*, al dejar abierta y permitir la posibilidad que dependiendo de la actividad (objeto) de la concursada se pueda nombrar un profesional afín al área, en tanto, si bien los conocimientos de administración de negocios y contaduría sean necesarios no resultan suficientes en determinadas áreas del conocimiento humano, sobre todo en materias tan especializadas, como la robotica, animación digital, software, blockchain, etc. Incluso como anécdota, cuento el caso, que fuimos nombrados en el comité asesor de una AIJ de una empresa que se dedicaba a la construccion de carreteras, puentes, explotación de un tajo, manejo de equipo especializado, etc, donde se nombró interventor a un contador público autorizado que no tenía el menor conocimiento de la actividad empresarial específica que resultaba indispensable para el desarrollo de la empresa. Con la posibilidad de nombrar profesionales especializados afines a la actividad de la concursada se puede superar este problema.

La tendencia de la doctrina y la legislación contemporánea ha sido eliminar la figura del abogado como administrador e interventor, lo que tampoco estimamos sea una solución correcta o adecuada. Los procesos concursales tienen un alto contenido jurídico de gran especialización[244], para comenzar se tramitan judicialmente, es decir, en sede judicial, no ante un órgano económico (Cámara de Comercio, Industrias, etc), sino que su discusion y análisis se dirime y resuelve en el foro judicial, en los juzgados concursales, con los efectos inmediatos, personales y patrimoniales consiguientes. Al administrador e interventor se le asignan algunos deberes en la ley de naturaleza eminentemente jurídicos, así: en el artículo 24.2 respecto

[244] *El proceso concursal liquidatorio no es tan sólo un procedimiento donde se conozcan aspectos económicos sino que va más allá, es decir, tales los tópicos legales, y en ese sentido, sería ajeno el administrador o el contador…*LOZANO CHAN, página 43.

del administrador concursal observamos las siguientes atribuciones o deberes, todas ellas de naturaleza jurídica o al menos mixtas:

> *¨2- Representar al concurso, salvo para el ejercicio de derechos y acciones de naturaleza personal, actos relativos a bienes que no forman parte del activo concursal, o que el tribunal disponga otra forma de representación o administración en situaciones concretas,*
> *3- Impulsar el avance del proceso concursal y velar por el cumplimiento de lo que en éste se resuelva.*
> *5- Informar al juzgado cualquier incorrección o anomalía que detecte en la información o documentación del concurso.*
> *8- Examinar las propuestas de solución efectuadas por el promotor del proceso o el concursado o sus representantes, cuando no se hubiera realizado previamente, e informar al juzgado, mediante una relación pormenorizada, acerca de su procedencia. Podrá sugerir las modificaciones necesarias, para que sea eficiente en relación con los fines perseguidos en el concurso.*
> *9- Ejercer las acciones judiciales y extrajudiciales para la tutela efectiva de los intereses del concurso.*
> *10- Asumir el ejercicio de los derechos políticos que corresponden al concursado en otras entidades.*
> *11- Asumir las funciones dispuestas para el interventor, cuando el concursado conserve parcialmente la administración de los bienes concursales o su representación legal, en relación con los actos y contratos para los cuales la ley exige su autorización o conformidad.*
> *12- Gestionar ante las dependencias respectivas, la entrega de las comunicaciones que se emitan dentro del proceso y que no sea posible su envío directo por medios tecnológicos. ¨*

Aspectos tales como la representación legal del concurso, impulsar el avance del proceso concursal, informaciones o examenes al Juzgado, pero sobre todo ejercer las acciones judiciales y extrajudiciales para la tutela efectiva de los intereses del concurso (activa y pasivamente), normalmente los procesos laborales se tramitan contra el concurso, asumir el ejercicio de los derechos políticos en otras entidades, son asuntos eminentemente jurídicos, sin entrar a considerar, su función en la calificación de los créditos *-legalización, admisión o rechazo de créditos, medios de impugnación sobre el rechazo-*, exclusión o inclusión de bienes concursales (reinvindicaciones), reclamos de prescripción o caducidad de créditos, suspensión de intereses, suspensión del término de la prescripción, acciones concursales rescisorias, acciones resolutorias, inoponibilidades, participar activamente en el eventual proceso penal del concursado, iniciar procesos de desalojo de bienes del concurso o contestar los procesos monitorios arrendaticios, atender el eventual incidente de alimentos

del concursado, todas las incidencias o articulaciones que se presenten en el proceso, la participación del interventor o administrador en las audiencias orales de oposición de la declaratoria de concurso o en las demás audiencias previstas en la ley, participación y dirección del debate en las juntas de acreedores, donde en algunos casos tiene que expresar oralmente su opinión sobre determinados créditos o aspectos jurídicos que se suelen presentar en esas juntas, de la determinación de los créditos en preferentes, especiales, comunes, subordinados, de la masa activa de la forma de cancelar el pasivo, etcétera, como se instala la junta, quorum personal o de capital, formación de mayorías, son tópicos que entrañan necesariamente el conocimiento jurídico. **ESTARÁ PREPARADO EL ADMINISTRADOR E INTERVENTOR PARA ATENDER TODAS ESTAS FUNCIONES, ABOGADO O NO, AUN EN EL CASO DE LLEVAR UN CURSO DE CAPACITACION CONCURSAL**, esperemos que el remedio no nos salga más caro que la enfermedad. (En un caso de un convenio preventivo que somos curadores tuvimos que atender una **SOLICITUD DE EXEQUATUR** contra la concursada ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia). En la práctica judicial anterior, el curador-abogado atendía y defendía esos asuntos, sin costo adicional para el concurso, en tanto, se entendía que formaban parte del proceso concursal, ahora, ante el desconocimiento del administrador e interventor se tendrá que contratar abogados externos o nombrar auxiliares con un costo adicional para el concurso.

> *Señala el párrafo penúltimo del artículo 24 que:*
>
> *¨Atendiendo a la complejidad de las actividades del concursado y su estructura organizativa, podrán serlo también personas jurídicas cuyo objeto social comprenda administración, rescate o intervención de empresas en crisis, debidamente incorporadas en la lista que al efecto confeccione la oficina respectiva del Poder Judicial que determine la Corte Suprema de Justicia, las cuales deberán actuar directamente por medio de representantes legales que designen, quienes deberán cumplir con los requisitos previstos para los administradores concursales personas físicas¨.*

Aunque se señala como una innovación del sistema concursal, lo cierto del caso, es que el nombramiento de personas jurídicas se encuentra previsto en el artículo 874 del Código de Comercio para la quiebra, donde se puede nombrar a a una institución bancaria o una sociedad comercial, en cuyo caso las funciones del curador serán ejercidas por el administrador bajo la dirección de un abogado.

Lo interesante de la norma es que se nota la influencia de la ¨***doctrina de los actos vires***¨ típica del derecho anglosajón y extraña a nuestro sistema (p. ej. para ser fiduciario debe indicarlo el pacto conforme al artículo 637 del Código Comercial), en tanto, la persona jurídica para ser nombrada como administrador concursal debe indicarse expresamente en su objeto social que se dedicará a la administración, rescate o intervención de empresas en crisis, entendiendo a contrario sensu, que si en el pacto constitutivo no se indica que se puede dedicar a esa actividad no califica como persona jurídica susceptible de ser nombrada como interventor.

Para evitar que por esta vía se eliminen o supriman los requisitos exigidos al interventor o administrador persona física, la norma señala que los representantes legales deben contar con los mismos requisitos.

2. ***Tener al menos cinco años de experiencia profesional en su campo, debidamente acreditada.***

Se sigue el criterio expresado en la legislación argentina en cuanto al plazo quinquenal. No se exige, pero para el ejercicio del cargo de esos profesionales indicados en el inciso 1), se requiere estar incoporados al Colegio de Contadores Públicos Autorizados y para los administradores en el Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas, obviamente que la sola matriculación o inscripción en el Colegio no es suficiente para acreditar la experiencia forense en la rama de la administración e intervención de concursados, por lo que se deberá requerir información complementaria y adicional lo que deberá hacer la Corte en el momento de elaborar las listas (artículo 26.1 de la LC).

3. **Aprobar los cursos de acreditación concursal impartidos por la Escuela Judicial o entidades universitarias. En el segundo caso, los cursos deberán ser equivalentes a los impartidos por la Escuela Judicial.**

En el III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia llevado a cabo en Argentina en 1998 se llegó a la conclusión de exigir el citado requisito al perfil del profesional administrador e interventor independientemente de su formación académica. Nos parece atinada la exigencia y no dudamos de la seriedad de la Escuela Judicial en formar administradores, interventores y liquidadores competentes, la duda asiste respecto de las entidades universitarias y los instrumentos de control que se seguirán para garantizar la calidad y contenidos de la capacitación.

Con la salvedad de la figura interdisciplinaria (abogado-administrador), que no resuelve completamente, en caso que el abogado tampoco sea un experto en

materia concursal, quizá tenga conocimientos generales, pero los que hemos tenido experiencia en la materia podemos afirmar que la materia concursal es particularmente compleja y a la que se dedican un número reducido de colegas.

6. Atribuciones y deberes del interventor.

Dispone la norma 23.2, seis atribuciones y deberes del interventor.

23.2. Atribuciones y deberes del interventor

Además de las atribuciones y deberes regulados por otras normas de esta ley, el interventor tendrá los siguientes:

1- ***Impulsar el avance del proceso concursal y velar por el cumplimiento de lo que en éste se resuelva***.

De contenido jurídico esta obligación, implica impulso de parte del proceso, es decir, el interventor debe realizar y cumplir los actos procesales que conduzcan al proceso hasta su finalización. Aunque el artículo 3.4 de la LC prevé el impulso oficial, ciertamente, la ley ha fijado el impulso por parte del interventor como un deber procesal.

2- *Verificar la información suministrada por el concursado o sus representantes e informar al juzgado cualquier incorrección o anomalía que detecte.*

En su función fiscalizadora y contralora debe verificar la información suministrada por el concursado en el momento de presentar la solicitud de concurso y contrastar la misma con la información que obtenga una vez asumido el cargo. Deberá informar cualquier incorrección o anomalía que detecte, *no señala la norma si grave o leve, por lo cual deberá informar en cualquier caso.*

3- *Procurar la obtención de la información y documentación que sea necesaria a los fines del proceso.*

Debe gestionar de manera proactiva el proceso, es decir, debe interesarse por obtener informaciones propias o en poder de terceros y la documentación de soporte para los fines del proceso.

4- ***Asesorar y fiscalizar la administración del activo concursal, así como el cumplimiento de los deberes que atañen al concursado. De previo a solicitar la intervención del tribunal, sugerirá al concursado las medidas que estime convenientes para propiciar la mejor gestión posible***.

El administrador concursal o interventor es un sujeto con conocimientos especializados que debe coadyuvar en la solución del concurso, de allí que se le imponga labores asesoras y de vigilancia de la administración

del activo concursal, es decir, que el mismo sea empleado para solucionar la crisis económica de manera eficaz.

5- ***Examinar las propuestas de solución efectuadas por el promotor del proceso o el concursado o sus representantes, e informar al juzgado, mediante una relación pormenorizada, acerca de su procedencia. Podrá sugerir las modificaciones necesarias, para que sea eficiente en relación con los fines perseguidos en el concurso.***

El administrador como sujeto experto en la actividad u objeto de la concursada debe justipreciar objetivamente las propuestas planteadas y su viabilidad, siendo totalmente transparente en sus conclusiones, las que deben estar plenamente soportadas documentalmente o con los medios de prueba útiles. Dentro del ambito de sus facultades puede recomendar modificaciones y hacer las sugerencias respectivas para la eficiente marcha del concurso.

6- ***Ejercer las acciones judiciales y extrajudiciales para la efectiva tutela de los intereses del concurso.***

De contenido jurídico debe atender las acciones judiciales y extrajudiciales, pasivas y activas, que tengan relación con el concurso.

Conforme la exposición de motivos de la ley, se señalan como deberes: ¨El administrador o interventor concursales, tendrán el deber de aportar un informe inicial sobre la situación económica del concursado, el estado y detalle de activos y pasivos, así como la viabilidad de las propuestas que hubieren formulado el acreedor demandante y el deudor concursado, pudiendo en todo caso recomendar modificaciones o hacer propuestas propias¨.

24.2. Atribuciones y deberes del administrador concursal

Además de las atribuciones y deberes regulados por otras normas de esta ley, el administrador concursal tendrá los siguientes:

1- Administrar los activos concursales conforme a las atribuciones que le confiera el tribunal.

Se trata de una administración ejecutiva y dinámica.

2- Representar al concurso, salvo para el ejercicio de derechos y acciones de naturaleza personal, actos relativos a bienes que no forman parte del activo concursal, o que el tribunal disponga otra forma de representación o administración en situaciones concretas,

Se le confiere la representación legal (judicial y extrajudicial).

3- Impulsar el avance del proceso concursal y velar por el cumplimiento de lo que en éste se resuelva.

4- Verificar la información suministrada por el concursado o sus representantes, cuando no hubiese sido realizado previamente.
5- Informar al juzgado cualquier incorrección o anomalía que detecte en la información o documentación del concurso.
6- Procurar la obtención de la información y documentación que sea necesaria a los fines del proceso.
7- Asesorar y fiscalizar la administración del activo que continúe ejerciendo el concursado sobre los bienes sometidos al proceso, así como el cumplimiento de los demás deberes que atañen al concursado. De previo a solicitar la intervención del tribunal, sugerirá al concursado las medidas que estime convenientes para propiciar la mejor gestión posible.
8- Examinar las propuestas de solución efectuadas por el promotor del proceso o el concursado o sus representantes, cuando no se hubiera realizado previamente, e informar al juzgado, mediante una relación pormenorizada, acerca de su procedencia. Podrá sugerir las modificaciones necesarias, para que sea eficiente en relación con los fines perseguidos en el concurso.
9- Ejercer las acciones judiciales y extrajudiciales para la tutela efectiva de los intereses del concurso.
10- Asumir el ejercicio de los derechos políticos que corresponden al concursado en otras entidades.

No entendemos la razón por la que solamente se confieren los derechos politicos, no así los derechos patrimoniales y los derechos pro cuota, respecto de los primeros, el derecho al dividendo y cuota de liquidación, los segundos aquellos que para su ejercicio se requiere contar con una determinada participación social (derecho de solicitar a los administradores la convocatoria y celebración de asamblea, derecho de solicitar el aplazamiento de la asamblea, derecho de suspensión provisional de acuerdos de asamblea, derecho de información, etc, que dependen de una cantidad de participaciones sociales de la concursada en otras entidades mercantiles
11- Asumir las funciones dispuestas para el interventor, cuando el concursado conserve parcialmente la administración de los bienes concursales o su representación legal, en relación con los actos y contratos para los cuales la ley exige su autorización o conformidad
12- Gestionar ante las dependencias respectivas, la entrega de las comunicaciones que se emitan dentro del proceso y que no sea posible su envío directo por medios tecnológicos.

REGIMEN COMUN APLICABLE A LOS INTERVENTORES Y ADMINISTRADORES CONCURSALES.

El artículo 26 de la LC, establece un régimen común aplicable a los interventores y administradores. Por las limitaciones de la ponencia nos limitaremos a explicar algunos de ellos.

26.1. Criterios de selección y apersonamiento al proceso.

Se contínúa el criterio vigente desde el año 1995, que los antiguos Curadores actualmente los administradores e interventores se seleccionan de una lista que al efecto lleva la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial.

Se señala en el texto normativa que se realizaran mediante concursos**.** En la práctica de nombramiento de los curadores, notarios inventariadores, interventores y comité asesor, nunca se aplicaron verdaderos concursos por oposición o se justipreciaron mediante examenes los conocimientos de los oferentes, bastaba solamente la inscripción en la oficina respectiva de la apertura del concurso (que se publica en la Gaceta y del que muy pocas personas se enteran) y demostrar los requisitos mínimos sin ser sujeto de valuación o verificación. No se garantiza ni se ha garantizado la idoneidad del cargo y los jueces que conocen en alzada la materia concursal pueden ampliar criterios.

Proponemos que se aplique analógicamente el numeral 297 inciso c) del Código de Comercio, para ser nombrado corredor jurado, es decir, tener preparación suficiente (universitaria con título emitido al efecto) pero además debe ser sometido aparte del Curso de Capacitación a un examen de idoneidad general para el ejercicio del cargo si lo que se pretende es la especialización de la profesión y la recertificación cada 5 años.

26.2. Incompatibilidad y prohibiciones

No podrán ser nombrados interventores, administradores o liquidadores concursales, quienes:

1- Se encuentren inhibidos legalmente para administrar bienes propios o ajenos.

2- Hubiesen laborado o prestado servicios de cualquier clase al concursado o a las personas especialmente relacionadas con éste, en los cinco años anteriores a la apertura del concurso.

3- Sean personas especialmente relacionadas con el concursado.

4- Tengan su domicilio fuera de la República de Costa Rica.

5- Hayan sido removidos por resolución firme de un cargo concursal, durante el

año precedente al momento de la designación.

6- Hubiesen presentado cuentas finales de gestión en otro proceso concursal y estas fueran rechazadas por resolución firme en el año precedente a la designación.

26.3. Recusación

Los interventores, administradores y liquidadores concursales, podrán ser recusados por cualesquiera de las causas de incompatibilidad o prohibición que establece la ley, así como las dispuestas por la legislación procesal civil para la recusación de peritos.

El procedimiento será el previsto para la recusación de peritos en la citada legislación y su trámite no producirá efectos suspensivos.

26.4. Suplentes

Los interventores, administradores y liquidadores concursales suplentes entrarán en funciones de forma inmediata ante las ausencias temporales o definitivas de los propietarios y también en aquellos asuntos en que los titulares estén impedidos para participar, por tener un interés propio en contradicción con los del concurso.

26.5. Remuneración

Los interventores, administradores y liquidadores concursales, tendrán derecho a remuneración con cargo a la masa.

La Corte Suprema de Justicia reglamentará el arancel que permita fijar la remuneración de cada uno de ellos. Deberá considerar la complejidad del asunto y de las funciones que ejerzan, la duración de los cargos, la cuantía del activo y del pasivo, así como el resultado de la gestión. Devengarán honorarios mensuales mientras se mantengan en ejercicio de sus cargos, cuando el concurso continúe o realice actividades económicas.

A solicitud del interesado, el tribunal fijará los honorarios correspondientes. La petición deberá justificar el monto pretendido.

En caso de cese, remoción o renuncia, se procederá en la forma indicada, pero la estimación de los honorarios guardará proporción con la etapa del proceso y la labor realizada por el profesional.

En materia de remuneración existían régimenes especiales para cada tipo de proceso, así la quiebra en el artículo 883 del Código de Comercio, el 5% de lo que produzca el activo, mientras el convenio preventivo se calculaba conforme al pasivo constatado en porcentajes que fija numeral 757 del Código Procesal Civil que iban desde el 12.5% hasta el 1.5%, el artículo 722 del Código Procesal Civil regula los honorarios del interventor en la administración por

intervención judicial y otra regulación en materia del concurso civil de acreedores, formaban un mosaico disperso de fijación de honorarios.

Con las crisis de los años 90 y el ejercicio en algunos casos -abusivo- de la administración por intervención judicial, algunos sectores o grupos de presión proclamaron la modificación de los honorarios que percibían los curadores enarbolando tesis que los curadores teníamos ingresos cuantiosos y desproporcionados. Fue así como se introducen reformas en materia de administración por intervención judicial y concursos preventivos en el año 1996.

Inclusive con la reforma de la AIJ ocurrida en 1996, se fijaron honorarios al interventor y también a los auxiliares o comité asesor del interventor, sumamente exiguos que perjudicaron en lo sucesivo que personas con conocimiento de la materia se interesan en formar parte de las listas de curadores e interventores.

Debe existir una justa proporción entre el trabajo realizado y el honorario estipulado, algo que pretende la ley fijando como criterios la complejidad del asunto, la duración, la cuantía del activido y pasivo, y el resultado de la gestión, en sintonía con lo normado en los artículos 74 y 76.1 del C.P.C. y la novísima jurisprudencia que se ha dictado por la Sala I desde el año 2019.

Con esta nueva LC, en materia de remuneración, se unifica el régimen de honorarios, desconocemos si ya ha sido reglamentado por la Corte Suprema de Justicia, pero en todo caso, debe ser una regulación que motive el ejercicio del cargo, es decir, una remuneración en atención a las obligaciones, deberes, cargas y tiempo que impone el cargo. No debe aplicarse el criterio esbozado en el numeral 722 del Código Procesal Civil para la actual AIJ que se revela desde todo punto de vista ìnfimo.

En el párrafo final se regula la posibilidad de renuncia, tema interesante, en tanto, el criterio era que el cargo de curador era irrenunciable.

26.6. Remoción

De oficio o a instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá remover del cargo a los interventores, administradores o liquidadores concursales, por atraso injustificado de su gestión o cualquier otro incumplimiento grave de sus funciones. Cuando se inste a gestión de interesado, se seguirá el trámite incidental.

La interposición de recursos contra la resolución que ordena la remoción, no impedirá la asunción del cargo por parte de los suplentes, mientras se resuelven las impugnaciones.

La remoción no implicará la pérdida de los honorarios a que tuviere derecho la persona cesada, hasta ese momento.

Se deberá tramitar mediante audiencia de remoción del interventor o administrador para garantizar el debido proceso, al menos en el caso cuando provenga de gestión de parte, por el trámite incidental, aunque no lo señala expresamente la norma, pero debe seguirse según nuestro concepto ese trámite en aplicación de reglas generales y en la práctica está así operando.

Se sigue el criterio que la interposición del recurso contra la resolución que ordena la remoción al tener efectos inmediatos, no impide que los suplentes asuman el cargo, mientras se resuelven las impugnaciones. Veremos si en la práctica operara así o se mantiene el administrador o interventor en su cargo.

El párrafo in fine continuando con la jurisprudencia vertida por la SALA CONSTITUCIONAL, No. 6113-96, de las 15:12 horas del 12 de noviembre de 1996, que la remoción no implica la pérdida de los honorarios a que tuviere derecho el cesado de manera prudencial y proporcional.

26.7. Informes

Dentro de los cinco días siguientes a la terminación de cada trimestre del calendario, los interventores, administradores y liquidadores concursales en ejercicio, deberán presentar un informe detallado de su gestión y los aspectos relevantes para el concurso.

De ser necesario, adjuntarán la documentación que respalde lo informado.

Además de los informes que deben presentar de acuerdo con esta ley, de oficio o a instancia de interesado, el tribunal podrá ordenarles la presentación de informes específicos o del estado general del concurso.

Cuando el concursado conserve parcial o totalmente la administración de los bienes concursales, estará obligado a rendir informes trimestrales de esa gestión, así como cualquier otro que le requiera el tribunal.

SOBRE ESTE TEMA HAY UNA EXPOSICION DEL PROFESOR CERDAS.

26.8. Responsabilidad

Los interventores, administradores y liquidadores concursales, serán responsables frente al deudor y los acreedores, por los daños y perjuicios causados a la masa derivados de sus actos y omisiones contrarios a la ley o efectuados sin la diligencia debida.

La acción se tramitará vía incidente concursal y prescribirá a los dos años contados desde el momento en que el interesado legítimo la pudo hacer valer.

Quien la interponga lo hará por su cuenta y riesgo.

Si la sentencia comprende una condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor o los acreedores que hubiesen demandado en interés de la masa, gozarán de los beneficios que esta ley concede para las sentencias estimatorias de acciones de inoponibilidad de actos perjudiciales al concurso.

26.9. Rendición de cuentas finales

Los administradores, interventores y liquidadores concursales, deberán rendir cuenta de su gestión, dentro de los quince días siguientes a la conclusión de sus funciones. Por unanimidad de acreedores apersonados al proceso con el consentimiento de la persona concursada, podrá relevarse el deber de rendición de cuentas.

La cuenta será puesta en conocimiento de los interesados por el plazo de quince días. Se aprobará si no existiere oposición fundada, no hay discrepancia con lo documentado en el expediente y no contraviniere la ley, En caso contrario, se ordenará su corrección en el plazo cinco días. Se improbará la cuenta presentada si no se corrige satisfactoriamente, salvo que, por única vez, realice una segunda prevención, en casos excepcionales, cuando sea evidente la intención del obligado de subsanar los defectos señalados.

De no formularse o de improbarse la cuenta final presentada, en la resolución que se dicte, el tribunal comunicará a la oficina del Poder Judicial encargada de los listados respectivos para lo que corresponda administrativamente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que hubiesen podido causar.

26.10. Inscripción en registros públicos

La designación y la remoción de administradores, interventores y liquidadores concursales, así como las variaciones en sus atribuciones de administración y representación, se inscribirán en los registros públicos correspondientes.

26.11. Gestión de los listados

La oficina que designe la Corte Suprema de Justicia, llevará un listado de las personas inscritas como interventores, administradores y liquidadores concursales, el cual deberá contener, como mínimo, lo siguiente:

1. 1- El nombre y los antecedentes profesionales de las personas inscritas.
2. 2- Las designaciones y ceses de los cargos de cada uno, con la consignación

debida de sus motivos.

3- Las recusaciones acogidas y su fundamentación, contra los profesionales o personas jurídicas que ejercen los cargos.

4- Las acciones de responsabilidad acogidas por sentencia firme, contra quienes han ejercido cargos concursales, con la indicación de los hechos y fundamentos jurídicos de la decisión judicial.
5- Los rechazos en firme de las cuentas de gestión que hubiesen presentado.
6- Las sanciones civiles, penales y administrativas que se les impongan con ocasión del ejercicio de sus cargos.
7- Cualquier otro hecho o circunstancia que a criterio de los tribunales judiciales, sea relevante a efectos de valorar la continuación o renovación de las personas físicas y jurídicas que integran los listados.
Las entidades públicas y privadas informarán a la oficina del Poder Judicial encargada, sobre cualquier hecho que consideren relevante para la gestión administrativa de los listados.