



Facultad de Ciencias Sociales

Escuela de Derecho

Campus Heredia

Trabajo Final de Graduación para Optar por el Grado Académico de Licenciatura

Modalidad Tesis

Análisis Sobre la Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en el  
Derecho Concursal Costarricense

Sustentante

Meilyn Lizano Calderón

Heredia-Costa Rica

Noviembre -2016

## Carta de Solicitud de Aprobación del Trabajo Final de Graduación

Heredia, 03 de noviembre de 2016

Señores

Tribunal Examinador Proyecto Final de Graduación

Escuela de Derecho

Universidad Latina de Costa Rica

Campus Heredia.

Estimados Señores:

Se adjunta la propuesta de Trabajo Final de Graduación, modalidad Tesis, a la que se refiere el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación, como requisito básico para optar por el grado académico de Licenciatura en la Carrera de Derecho. El trabajo fue elaborado por la estudiante Meilyn Lizano Calderón número de cédula 1- 1240 0933 y se titula, Análisis Sobre la Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en el Derecho Concursal Costarricense.

Se propone como tutor al Licenciado Juan Ramón Coronado Huertas y como lectora a la Licenciada Carolina Alvarado Gutiérrez.

En espera de las observaciones que estime el Tribunal Examinador.

Se suscribe cordialmente.



Meilyn Lizano Calderón

Cédula 1-1240-0933

## Carta de Aprobación del Tutor

Heredia, 19 de Setiembre de 2016.

Señores

Tribunal Examinador Proyecto Final de Graduación

Escuela de Derecho

Universidad Latina de Costa Rica

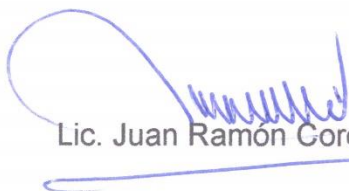
Campus Heredia.

Estimados Señores:

Por este medio se comunica que se ha aceptado la tutoría del Trabajo Final de Graduación denominado Análisis Sobre la Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en el Derecho Concursal Costarricense, elaborado por la estudiante Meilyn Lizano Calderón, número de cédula 1-1240-0933, para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

Asimismo, se hace constar que se ha revisado la propuesta referida para la aprobación de ese Comité, como respaldo técnico y profesional del citado trabajo de investigación y se avala y autoriza para su defensa.

Atentamente.



Lic. Juan Ramón Coronado Huertas

## Carta de Aprobación del Lector

Heredia, 31 de octubre de 2016

Señores

Tribunal Examinador Proyectos Finales de Graduación

Escuela de Derecho

Universidad Latina de Costa Rica

Campus Heredia

Estimados Señores:

Se ha revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, Análisis Sobre la Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en el Derecho Concursal Costarricense, elaborado por la estudiante Meilyn Lizano Calderón, número de cédula 1-1240-0933, como requisito para que la estudiante pueda optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

Dicha tesis cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad y por lo tanto, se autoriza para su defensa.

Respetuosamente.



---

Licda. Carolina Alvarado Gutiérrez

## Constancia de Revisión Filológica

Heredia, 28 de octubre de 2016

Señores

Tribunal Examinador Proyecto Final de Graduación

Escuela de Derecho

Universidad Latina de Costa Rica

Campus Heredia

Estimados Señores:

Se ha revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado Análisis Sobre la Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en el Derecho Concursal Costarricense, elaborado por la estudiante Meilyn Lizano Calderón, número de cédula 1-1240-0933 para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

Se ha revisado errores gramaticales, de puntuación, ortográficos y de estilo que se manifiestan en el documento escrito, y se ha verificado que estos fueron corregidos por la autora.

Esta tesis cumple con los requisitos formales y de contenido exigido por la Universidad, y por tanto se avala para su defensa oral ante dicho Tribunal.

Atentamente.



Licda. Raissa Pizarro Alfaro 35554

## Declaración Jurada

La suscrita, Meilyn Lizano Calderón, número de cédula 1-1240-0933, declaro bajo fe de juramento y conociendo las consecuencias penales que conlleva el delito de plagio, que el presente documento que lleva por título Análisis Sobre la Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en el Derecho Concursal Costarricense, constituye el informe final para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho de la Universidad Latina de Costa Rica, Campus Heredia.

Doy fe de que es producción intelectual de la suscrita, y por tanto, su contenido es obra original y auténtica de conformidad con la normativa penal vigente, así como con la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. (Ley número 6083 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas).

De igual manera, doy fe de que en este trabajo, se aplicó rigurosamente las normas y procedimientos que exige la normativa internacional APA, en cuanto al registro de fuentes bibliográficas y documentales.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de Heredia a las dieciocho horas del tres de noviembre de dos mil dieciséis.



Meilyn Lizano Calderón

Cédula 1-1240-0933

Sustentante

## FACULTAD CIENCIAS SOCIALES

### TRIBUNAL EXAMINADOR

Este proyecto titulado: Análisis Sobre la Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en el Derecho Concursal Costarricense, por el (la) estudiante: Meilyn Lizano Calderón, fue aprobada por el Tribunal Examinador de la carrera de **Derecho** de la Universidad Latina, Sede Heredia, como requisito para optar por el grado de **Licenciatura**:



---

Lic. Juan Ramón Coronado Huertas

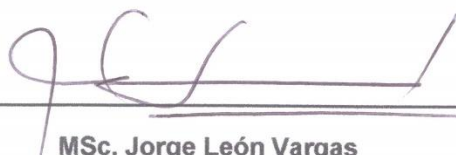
Tutor



---

Licda. Carolina Alvarado Gutiérrez

Lectora



---

MSc. Jorge León Vargas

Representante de la Rectoría

## AGRADECIMIENTOS

A mi Padre Celestial, por darme la vida, por su fidelidad que sobrepasa mi entendimiento, por darme fuerza de voluntad en momentos difíciles, porque ha sostenido mi mano y porque en su inmensa sabiduría me ha dicho “todo en su momento”.

A mi familia, le agradezco su apoyo, su comprensión y sus ánimos no solo en la conclusión de este trabajo final de graduación, sino en cada etapa de mi vida.

A las autoridades de la Universidad Latina de Costa Rica, sede Heredia; a cada uno de los profesores que a lo largo de la carrera aportaron con sus enseñanzas a mi crecimiento académico y profesional. Gracias por su dedicación y por haber inculcado en mí el sentido de justicia.

Al máster Jorge León Vargas, Director País de la Escuela de Derecho. Agradezco su comprensión, paciencia y disposición para ayudar que es digna de reconocer.

Al licenciado Juan Ramón Coronado Huertas, tutor y profesor de este trabajo final de graduación: gran abogado, profesor y amigo, quien, con su vasto conocimiento y apoyo, fue una guía que me orientó a lo largo de este camino hacia la culminación de esta etapa universitaria tan importante y al inicio de mi vida profesional como abogada.

A la lectora de tesis licenciada Carolina Alvarado Gutiérrez, por su colaboración con la conclusión de este trabajo final de graduación.

Al licenciado José Mario Alvarado Granados, metodólogo en esta tesis, porque nunca nos dejó desmayar, por su motivación, por asesorarme y por su profesionalismo, un amigo. Su ayuda incondicional fue esencial.

Al licenciado Alejandro Gómez Picado, abogado del Banco Nacional de Costa Rica por atenderme tan cordialmente.



Al máster Carlos José Carrera Castillo, abogado de Consultoría Jurídica Empresarial, por compartir sus conocimientos profesionales, por su disposición y ayuda desinteresada.

Al máster Christian Quesada Vargas, Juez Concursal de la República, por disponer de un espacio para atender a mi entrevista, por su valioso aporte a este trabajo final de graduación.

Al doctor José Rodolfo León Díaz, Juez Civil de la República, por su disposición, por compartir su conocimiento, por su aporte a esta tesis.

## DEDICATORIA

A Dios, que todo lo que haga sea de su agrado.

A mi familia, lo más valioso que tengo.

Alexander y Yamileth, son un ejemplo a seguir, gracias por su apoyo y amor incondicional.

Esaú, amor, gracias por acompañarme en este camino, por su paciencia, comprensión, su amor y apoyo, no solo en la conclusión de este trabajo, sino a lo largo de la carrera.

Valentina, Esaú, por su comprensión, su apoyo y su amor.

Sally, Wilson, Benjamín y Stephanie por su apoyo incondicional y su amor.

Los amo

A mis amigas,

Naty, amiga mía, desde la infancia y para siempre.

Alexa Narvárez, Alexa Barboza, Celina, Blanca, Sonia, Fernanda, Yorgenia, compañeras en la carrera, pero el tiempo nos convirtió en amigas.

*Entendemos que hay un fin público que tutelar, el fin público es esa actividad que nos interesa a todos que se mantenga, porque esa actividad genera puestos de trabajo, genera intereses, genera divisas y es muy simple demostrar que de la sanidad, de la salud económica de las empresas, depende la salud económica de un país.*

Francisco Luis Vargas Soto

Abogado Costarricense

## RESUMEN EJECUTIVO

El principio de conservación de la empresa, dentro de los procesos concursales, alude a la preservación de la unidad de decisión y producción económica, ante las posibles dificultades que atraviese, con la eventual posibilidad de que no abandone el circuito económico en el que se desenvuelve. Como precepto es de alto reconocimiento en ordenamientos jurídicos cuya estructura se ha consolidado a partir de la propia realidad adversa en la que la sociedad ha participado como un todo. En tal sentido, en este trabajo final de graduación se conceptualiza el principio y se confronta frente a la normativa nacional para conocer cómo es su aplicación en el territorio nacional.

Una primera consideración a partir de lo anterior es el reconocimiento del derecho y en particular del derecho concursal como una disciplina científica aplicada en la que las fuentes de decisión siempre o casi siempre estarán enfrentadas dependiendo de perspectivas o intereses particulares.

Se logró determinar que en los procesos concursales participan en primer instancia acreedores y deudores, pero cuando la investigación se enrumbó en la profundización analítica fue factible determinar que en los procesos concursales son más que estos dos agentes los que intervienen pasiva o coactivamente y con posibilidad de afectación, tal es el caso de trabajadores, proveedores, consumidores, entre otros.

Se estudió separadamente los distintos tipos de procesos concursales bajo la nomenclatura de Administración y Reorganización con Intervención Judicial, Convenio Preventivo y un tercero denominado Quiebra. El primero de ellos se caracteriza por que se limita estrictamente su elemento subjetivo a empresas. El segundo grupo tiene la particularidad de ser flexible, es decir, que a su procedimiento se puede acoger cualquier deudor persona física o jurídica, comerciante o no comerciante. Y el último proceso tiene la singularidad de ser un proceso de carácter liquidatorio en contraposición con los dos primeros.

En el estudio se utilizó la consulta de fuentes de derecho comparado de dos importantes países americanos de los que se revisó el ordenamiento jurídico

vigente y la forma de aplicación del principio de conservación de la empresa. Ese estudio comparado permitió conocer la aplicación del principio de conservación de la empresa en los citados países, esto permite aseverar que la aplicación del principio de conservación de empresa en Costa Rica es exigua, por lo que mejorar la normativa actual es una necesidad.

**Palabras Clave:** Administración y Reorganización con Intervención Judicial - Análisis - Aplicación - Crisis – Comparado - Conservación - Convenio Preventivo - Derecho Concursal – Empresa – Insolvencia – Normativa – Principio – Quiebra.

## Contenido

Carta de Solicitud de Aprobación del Trabajo Final de Graduación .....	ii
Carta de Aprobación del Tutor .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Carta de Aprobación del Lector.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Constancia de Revisión Filológica.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Declaración Jurada .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Acta Tribunal Examinador.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
AGRADECIMIENTOS.....	viii
DEDICATORIA .....	x
EPÍGRAFE.....	xi
RESUMEN EJECUTIVO .....	xii
ÍNDICE DE TABLAS .....	xvii
ÍNDICE DE FIGURAS.....	xix
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	4
PROBLEMA Y PROPÓSITO.....	4
1. ESTADO ACTUAL DEL AREA TEMÁTICA A INVESTIGAR (ANTECEDENTES DEL PROBLEMA) .....	5
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
2.1 Enunciado del Problema .....	12
2.2 Formulación del Problema .....	17
3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
4. PREGUNTA GENERADORA Y PREGUNTAS DERIVADAS .....	28
4.1 Pregunta Generadora .....	28
4.2 Preguntas Derivadas.....	28
5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	29
5.1 Objetivo General.....	29
5.2 Objetivos Específicos .....	29

6. ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN .....	29
6.2 Limitaciones .....	32
7. DELIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN .....	33
7.1 Delimitación Espacial .....	33
7.2 Delimitación Temporal .....	33
CAPITULO II .....	35
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA .....	35
1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA .....	36
1.1 Marco Teórico Contextual .....	39
1.2 Marco Teórico Conceptual .....	124
1.3 Marco Teórico Situacional .....	152
CAPITULO III .....	154
MARCO METODOLÓGICO .....	154
1. EL PARADIGMA, EL ENFOQUE METODOLÓGICO Y EL MÉTODO SELECCIONADO .....	155
1.1 El Paradigma de la Investigación .....	155
1.2 Enfoque de la Investigación .....	157
1.3 El Método de la Investigación .....	157
2. TIPOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN .....	158
2.1 Tipología Histórica .....	158
2.2 Tipología Deductiva .....	159
2.3 Tipología Documental .....	159
2.4 Tipología Jurídica Interpretativa .....	160
3. OBJETO DE ESTUDIO .....	160
4. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS PARTICIPANTES Y LAS FUENTES DE INFORMACION .....	161
4.1 Sujetos de Información .....	161
4.2 Fuentes de Información .....	162

5. LAS CATEGORIAS DE ANÁLISIS DE INVESTIGACIÓN .....	164
5.1 Matriz Metodológica .....	164
6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE LOS DATOS.....	166
7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA EL ANÁLISIS DE LOS DATOS .....	168
CAPITULO IV .....	172
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	172
1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	173
CAPITULO V .....	225
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	225
1. CONCLUSIONES.....	226
2. RECOMENDACIONES.....	230
BIBLIOGRAFÍA .....	234
ANEXOS .....	242



## ÍNDICE DE TABLAS

TABLA N° 1 Los Procesos Concursales en Costa Rica .....	83
TABLA N° 2 Conservación de la Empresa en la Quiebra.....	106
TABLA N° 3 Conservación de la Empresa en el Convenio Preventivo .....	112
TABLA N°4 Conservación en la Administración y Reorganización con Intervención Judicial .....	124
TABLA N° 5 Sujetos de la Información.....	161
TABLA N° 6 Matriz Metodológica .....	164
TABLA N° 7 Entrevistas de la Investigación .....	170
TABLA N° 8 Morfología de los Cuestionarios de la Investigación.....	171
TABLA N° 9 Conservación de la Empresa en Fuentes de Derecho Comparado .....	175
TABLA N° 10 Proceso más utilizado en Costa Rica.....	183
TABLA N° 11 Recuperación por tipo de Acreedor en Proceso de Quiebra.....	184
TABLA N°12 Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en los Procesos Concursales.....	186
TABLA N° 13 Normativa Nacional y el Principio Conservación .....	189
TABLA N° 14 Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en los Procesos de Administración y Reorganización con Intervención Judicial .....	191
TABLA N° 15 Causas de la Inaplicación de la Administración y Reorganización con Intervención Judicial.....	196
TABLA N° 16 Conservación de la Empresa en el Convenio Preventivo.....	199
TABLA N° 17 Convenio Preventivo como solución para las Empresas .....	202
TABLA N° 18 Postura del Acreedor.....	203
TABLA N° 19 Ventajas del Convenio para el Acreedor.....	204
TABLA N° 20 Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en la Quiebra ....	208
TABLA N° 21 Continuidad del Negocio dentro de la Quiebra .....	212
TABLA N° 22 Motivos que Impiden su uso .....	213
TABLA N° 23 Convenio dentro de la Quiebra.....	215
TABLA N° 24 Obstáculos culturales para aplicación del Principio Conservación de Empresa en Costa Rica.....	218
TABLA N° 25 Regulación de la Empresa .....	220
TABLA N° 26 Desvinculación Empresa Empresario .....	221

TABLA N° 27 Factor Tiempo ..... 222

## ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA N° 1 Desempleo total según la población activa total Estimación OIT período 2010-2014.....	19
FIGURA N° 2 Tasa de Desempleo en Costa Rica periodo 1980 al 2015 .....	20
FIGURA N° 3 Composición Porcentual del Parque Empresarial según tamaño 2014-2015.....	22
FIGURA N° 4 Distribución del Empleo Generado por PYMES en el 2015. ....	23
FIGURA N° 5 Distribución del crédito a PYME por tipo de entidad según tamaño de empresa año 2013. ....	24
FIGURA N° 6 Clasificación de los Procesos Concursales según el Ordenamiento Jurídico Costarricense .....	31
FIGURA N° 7 Componentes del Marco Referencial.....	38
FIGURA N° 8 Principios del Derecho Concursal.....	79
FIGURA N° 9 Órganos Intervinientes en el Proceso Concursal.....	82
FIGURA N° 10 Conclusión de la Quiebra.....	101
FIGURA N° 11 Elementos de la Empresa .....	129
FIGURA N° 12 Entorno General y Específico de la Empresa.....	137
FIGURA N° 13 Ciclo Económico de la Empresa.....	140

## INTRODUCCIÓN

En la dinámica económica y jurídica de las organizaciones sociales la práctica del derecho concursal es una realidad. Las razones por las cuales una unidad productiva se enfrenta a una situación de quiebra son diversas, y pueden venir de dentro de la unidad productiva o por el contrario desde afuera y afectarla, Lo que es cierto es que sucede. En otros países, como Estados Unidos los procesos de reorganización son bastante concurrentes en especial cuando las circunstancias son de agobio económico, financiero o en condiciones en las que la sociedad como un todo está inmersa en conflictividad.

En Costa Rica, las últimas tres décadas se han caracterizado por una aguda crisis fiscal y financiera que no ha sido superada de manera estructural, sino que más bien se agudiza con el paso de los años. La afectación sobre las empresas no se ha hecho esperar y según datos generales del Poder Judicial, solo en la provincia de San José (I, II y III Circuito Judicial), el promedio de casos presentados es de entre 70 y 80 por año. Eso sin considerar casos que se presentan fuera de San José en los Juzgados de Mayor Cuantía.

Los efectos que trae el cierre de empresas ante una quiebra, es un tema que incumbe a los interesados en el proceso, pero no se puede negar el interés general que existe en torno a la unidad productiva. Es decir, ante una eventual crisis económica y financiera de la empresa deben existir instrumentos jurídicos que garanticen la protección del crédito, no obstante esa protección debe ir de la mano con los intereses sociales, en especial cuando se trata de empresas que tienen viabilidad para seguir operando.

Reflexionando en lo anterior, es que la investigación se enrumba al estudio de fuentes de derecho comparado, como una forma de conocer como es aplicado el principio de conservación de la empresa en otras latitudes del continente, dejando ver que lo existente en Costa Rica, además de complejo, se encuentra aún más diseminado en una serie de instrumentos jurídicos no necesariamente

articulados de ahí que el tratamiento jurídico por parte de los especialistas no consigna un alto interés, salvo casos particulares de especialización profesional.

El estudio titulado Análisis sobre la aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en el Derecho Concursal Costarricense, se enfoca en un tratamiento riguroso de orden teórico en el cual se profundiza sobre la empresa y las causas por las que ésta puede llegar a un estado de crisis económica y financiera, así como cuáles son los remedios legales que el sistema jurídico nacional ofrece para el salvamento de la unidad productiva.

. De manera detallada se elige la revisión del principio de conservación de la empresa, de igual forma se puntualiza en los articulados que regulan los procesos de Administración y Reorganización con Intervención Judicial, en el Convenio Preventivo y en la Quiebra, encontrando puntos favorables y desfavorables a la aplicación del principio. Asimismo una vez estudiado a fondo cada uno de los procesos las consultas a especialistas en la materia permite revelar cuál es el panorama actual al que se enfrenta la aplicación del principio conservación de la empresa.

Para efectos de estructura, la investigación se subdivide en cinco capítulos. El eje de análisis dinamizador es el principio de conservación de la empresa y la interpretación se realiza vinculando aspectos teóricos con información y datos generalmente ubicados en figuras y tablas.

El Capítulo I comprende elementos históricos, además del enunciado y formulación del problema, así como la justificación y los objetivos construidos en calidad de guía.

En el Capítulo II se resume una amplia conceptualización que sirve de fundamento aprehensivo y es diseñado siguiendo una línea deductiva, es decir, de lo más general a lo más particular.

El Capítulo III recopila aspectos de orden metodológico dentro de los que destaca el enfoque y la tipología de la investigación, así como un listado de los sujetos fuentes de información.

En el penúltimo capítulo se detalla el análisis e interpretación de la información haciendo uso inclusive a la consulta de fuentes de derecho comparado.

En el Capítulo V se resume las conclusiones y recomendaciones del estudio a partir de los propósitos planteados. En la parte final se describen las referencias bibliográficas y varios anexos considerados relevantes.

## **CAPÍTULO I**

### **PROBLEMA Y PROPÓSITO**

## **1. ESTADO ACTUAL DEL AREA TEMÁTICA A INVESTIGAR (ANTECEDENTES DEL PROBLEMA)**

El Derecho Concursal es un conjunto de normas jurídicas y principios que tienen como finalidad regular la relación deudor – acreedor, así como los procedimientos a seguir en caso de una dificultad económica que impida al deudor cumplir con sus obligaciones. Se enmarca e interviene dentro del ámbito del cumplimiento forzoso de las obligaciones y lo hace a través de normas sustantivas y procesales que definen la vía legal o los pasos a seguir, según sea el escenario que se presente.

Las empresas en el ejercicio de la actividad empresarial normalmente requieren de créditos para financiar algunos de sus proyectos, o bien, en su funcionamiento crean vínculos comerciales con otras empresas que facilitan materia prima o algún servicio determinado. El crédito es considerado como la sangre que nutre el comercio y en razón de esto la protección que se le debe dar es vital.

Sobre esto Gómez y Eyzaguirre (2011), indican que el dinamismo de la empresa se ha convertido en un eje primordial de desarrollo económico, e inclusive influye en el derecho comercial moderno, especialmente porque ha propiciado la masificación de relaciones jurídicas así como la circulación de la riqueza. Y esto ha permitido la satisfacción de múltiples necesidades de los diferentes sectores de la población.

Ante una dificultad financiera de la empresa el derecho concursal tiene como uno de sus objetivos primordiales, la protección del derecho de crédito de los acreedores, pero es una realidad que cuando una empresa entra en crisis económica las repercusiones no van a limitarse al empresario fallido, sino que la afectación dependiendo del posicionamiento de la empresa puede desencadenar una crisis sobre terceros.



Aseveran estos autores (2011), que debido a la gran variedad de relaciones que llega a desarrollar una empresa se genera una interdependencia económica y por ende el desajuste en alguna de ellas puede trascender a otras, inclusive la crisis económica podría saltar de lo interno y alcanzar una dimensión tal que comprometa el interés público.

Siguiendo lo que dice el autor García (1992), el derecho concursal trata de conciliar tres intereses, el del deudor, el de los acreedores y el de la colectividad. Conciliar esos tres intereses constituye su fin.

La crisis económica de la empresa, y el trato que se le dé a esta tiene efectos que pueden ser analizados desde diferentes ópticas, unos de los afectados son los trabajadores, grupo vulnerable ante la crisis, pues su situación se torna compleja en razón de la subordinación que este grupo tiene sobre el empleador. El trabajo es definido por el diccionario de la Real Academia Española (2016), como una ocupación remunerada, de ahí su importancia, pues el trabajo constituye la forma en la cual la mayoría de las personas obtienen el sustento diario y el de los suyos. El hecho de que una persona tenga un trabajo incide directamente en su formación integral como ser humano, ya que parte de su realización está directamente relacionada con la satisfacción de necesidades materiales y psicológicas.

Según la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) la crisis laboral que se vive alrededor del mundo es uno de los peligros más grandes para la seguridad. Considera la OIT que la insuficiencia de oportunidades laborales decentes, la escasez de las inversiones y un bajo consumo favorecen a la merma del contrato social sobre el cual se basan sociedades democráticas y se exponen mayormente a la incertidumbre.

Según el informe Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo (2016), publicado por la OIT, la tasa de desempleo a nivel mundial fue de 5,8, esto refiriéndose a la población activa, lo que significó un aumento en el número de personas desempleadas anualmente de 0,7 millones. El informe considera que se

alcanzará la cifra de 2,3 millones de desocupados en el 2016 y 1,1 millones más en el 2017, esto a nivel mundial. En América Latina y el Caribe actualmente hay alrededor de 20 millones de personas sin trabajo y el estudio especula un aumento de 1,3 millones más para lo que resta del año 2016 y el siguiente.

En razón de lo mencionado es que muchas economías a nivel mundial han flexibilizado sus normativas. El principio de conservación de la empresa es una de las alternativas para minimizar los efectos perniciosos que conlleva un proceso concursal.

El Banco Mundial (en adelante BM), como parte del Sistema Multilateral del Comercio constituye una fuente de asistencia financiera y técnica para los países que se encuentran en desarrollo a nivel mundial. En razón de esto el Banco realiza investigaciones y análisis en las diferentes economías para propiciar escenarios económicos y de inversión que garanticen estabilidad y no zozobra. La preocupación mundial por el cierre de empresas es un tema que se discute ampliamente en las agendas de los foros internacionales.

Las crisis empresariales, contrario a lo que podría creerse, son usuales, en ocasiones pueden ser crisis fáciles de superar, en donde el empresario solamente requiere de algunos ajustes, sin embargo hay crisis que realmente son un desbalance para la empresa.

Para Olazabal (2011), el éxito de la empresa no puede ser garantizado, pues sobre ella inciden factores externos e internos, como parte de los últimos se mencionan la administración o manejo de la empresa por parte de la gerencia, y el financiamiento del período operativo que está estrechamente vinculado a la situación patrimonial de la misma.

Es decir, que a nivel interno el éxito en parte depende de la persona al mando, quien debe considerar la viabilidad económica – financiera de la empresa y contraer las obligaciones que pueda pagar, empero algunos empresarios no consideran ese tipo de detalles, o bien surgen crisis económicas a raíz de los diferentes elementos que convergen en el funcionar de la empresa.

Externamente uno de los factores que influye según Candelario y Rodríguez (1998), son las condiciones a nivel mundial, una de ellas la globalización de la economía, la revolución científico tecnológica que rápidamente deja obsoleta líneas de productos, máquinas y procesos, asimismo las nuevas ideas de gerencia y marketing, la liberación del comercio y la creación de mercados comunes, son aspectos que determinan la suerte de la empresa actualmente.

Considerando el macro ambiente, son múltiples las fuerzas económicas que afectan la salud y bienestar general de una nación o parte de ella. Esto influye en la capacidad de las empresas y sectores productivos para obtener tasas de rendimiento adecuadas.

Para Hill y Jones (2013), cuatro son los factores macroeconómicos que están directamente relacionados con el rendimiento solvente o no de las unidades productivas. Tales factores son, la tasa de crecimiento de la economía, las tasas de interés, los tipos de cambio de las divisas y un cuarto factor que alude a dos aspectos de alta incidencia. El primero es cuando se necesita dinero de más para vivir exactamente igual que el año anterior. Se conoce como inflación. Por ejemplo, si en Costa Rica la tasa de inflación para el periodo abril 2014 a abril 2015 fue de 4%, ese es el valor porcentual dinerario que una familia precisa de más para satisfacer las mismas necesidades de bienes y servicios que tenía en abril 2014.

El segundo aspecto es más bien cuando los precios de los bienes y servicios bajan y se conoce como deflación. Es decir, que se necesita menos dinero para vivir exactamente igual que el año anterior. A primera vista parece alentador y en Japón se ha vivido la experiencia en dos ocasiones, en 1930 y 1990 con resultados negativos. Si se contraen los precios de los bienes y servicios sucede lo mismo con los sueldos. Aquellas personas o empresas que previamente contrajeron deudas van a experimentar un aumento en el costo real de los pagos fijos ya que disponen de menos liquidez para asumir deudas previamente asumidas.

Lo ideal, agregan los especialistas norteamericanos señalados, es que la inflación se aproxime lo más posible a base cero porcentual, ya que si es muy alta el futuro de un país, empresa u otro es poco predecible. La deflación por su parte también es desestabilizadora en razón de que se necesita de mayor consumo de flujos de efectivo para pagar deudas.

Como se denota, la crisis de una empresa no siempre obedece a una deficiente administración a nivel micro o a un aspecto en específico, convergen múltiples factores. Conocer de aspectos globales es una exigencia en el actual sistema económico. A juicio de Henry Mintzberg (1975), experto en planeación estratégica, las empresas deben llevar dos tipos de estrategias, la planeada o deliberada y la no planeada o inesperada. Estas últimas exigen de los directores gran agilidad para dar respuesta a circunstancias no previstas que se escapan a los mecanismos formales de planeación.

En el ámbito jurídico una de las estrategias implementadas a nivel mundial es el Doing Business, que constituye un proyecto del Banco Mundial (2013), que tiene como finalidad analizar de forma objetiva la legislación que ofrecen los países para regular la actividad empresarial a lo largo de su ciclo de vida. De esta forma los empresarios pueden conocer cuál país se ajusta a sus necesidades y los legisladores por su parte pueden ver los puntos cuestionados en la normativa para mejorarlos. Para ello se recopilan datos como obtención de crédito, protección a los inversionistas minoritarios y el tema que atañe a la resolución de las insolvencias, es decir, cual es la respuesta de la legislación concursal del país respectivo a esa problemática (insolvencia de las empresas).

En cuanto a este último tema el informe indicado del BM no solo se enfoca en el marco jurídico que ofrecen los países, sino que también estudia el tiempo, costo y resultado en los procesos de ejecución colectiva liquidatorios y preventivos.

Sobre el aspecto relacionado con la resolución de la insolvencia, el Doing Business del 2016 indica que la economía que ocupa el primer lugar es Finlandia,

seguido de países como Japón, Alemania, República de Corea y Estados Unidos. En estos países la tasa de recuperación para los acreedores ronda entre los 80.4 a 92.9 centavos por dólar. En Costa Rica la tasa de recuperación es de 26.7 centavos por dólar.

Uno de los aspectos que influye directamente en la tasa de recuperación para los acreedores se relaciona con el hecho de si los activos se venden separadamente, si la empresa continúa sus operaciones o bien si ésta se realiza, se vende, como un todo en funcionamiento. Esto porque según indica el Banco Mundial, basándose en la práctica internacional contable, la depreciación de los activos (muebles) es de un 20%.

Blank y Tarquin (1988), explican que con el paso del tiempo la maquinaria o activos de la empresa van tener un grado de depreciación como resultado del uso, del deterioro propio del paso del tiempo o como resultado de la obsolescencia debido a nuevos adelantos. Esta depreciación puede elevarse cuando son bienes que están en abandono o desuso durante mucho tiempo, que es lo usual en un proceso de quiebra, ya que al menos en la práctica en la legislación costarricense la declaratoria de quiebra implica el cierre y cese de funciones de la empresa. Se dice en la práctica, ya que la normativa nacional permite que el curador pueda solicitar la continuación del negocio, no obstante por diversas razones que se pretenden dilucidar más adelante no es una práctica utilizada.

En palabras de Díez (1993), la quiebra no es un instrumento social positivo, hay insatisfacción general por lo que significa y por la forma en que se efectúa.

De ahí que la continuidad de la empresa se ha convertido en un punto crucial en muchas legislaciones, en especial como una forma de brindar seguridad jurídica a los inversionistas y acreedores, quienes siempre exigen la más alta tasa de retorno del capital colocado.

El principio de conservación de la empresa permite la protección de los intereses del Estado, o sea los sociales; así como los intereses privados de los acreedores, es decir de quiénes procuran la recuperación total de la deuda. La

aplicación de este principio se traduce en una cadena de beneficios para el país y para los acreedores.

Sobre este tema Díez (1993), señala que la protección de acreedores y sus créditos no debe suprimir la existencia de otros intereses como los colectivos. El mismo autor hace referencia a la postulación de Paillesseau, quien considera que el derecho de quiebras se está trasladando para convertirse en un derecho de empresas en dificultades, el cual debe girar en torno a la empresa, pues si está no está en crisis los demás intereses tampoco se verán afectados.

El análisis sobre la aplicación del principio de conservación de la empresa en el derecho concursal permite realizar un análisis jurídico de esta experiencia aplicada en otros países, asimismo constituye un análisis de la normativa nacional, el cual permite establecer la aplicación o no aplicación de este principio, todo esto con el fin de identificar los principales obstáculos, y por ende los cambios, que deben darse para lograr un mejor desarrollo del principio dentro del país. Uno de los primeros escollos a superar consiste en que el derecho concursal costarricense no reúne en un solo cuerpo normativo los preceptos que lo regulan sino que estos se encuentran disgregados en el Código de Comercio, Código Civil y Código Procesal Civil, así como en leyes especiales.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 2.1 Enunciado del Problema

Históricamente el derecho ha recurrido a la aplicación de fuentes no escritas, como la doctrina y los principios, éstos a través del tiempo han servido al operador del derecho para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas.

En si los principios del derecho obedecen a un grupo de elementos históricos, éticos y sociales de una población en un tiempo determinado. Algunos de estos principios se convierten en esenciales, tal es el caso de la buena fe, considerado un principio general del derecho.

Las normas no pueden ser acogidas de forma pétrea, en virtud de lo dicho previo, la sociedad conforme el paso del tiempo va cambiando, sus necesidades se modifican, con estas variaciones algunos principios y subsecuentemente normas deben ser adaptados a un nuevo panorama socioeconómico.

El derecho concursal actual es producto de una larga cadena evolutiva, se cree que sus orígenes remontan al siglo XIII, es decir, que los diversos institutos del llamado derecho de quiebras han sido permeados por diversas organizaciones sociales y corrientes de pensamiento.

Para Pulgar (1994), originalmente la empresa y el empresario se encontraban ligados, por lo que las malas acciones del empresario repercutían directamente sobre la empresa. En sus inicios el objetivo era castigar al empresario, posteriormente se amplifica la finalidad y se inserta la satisfacción de intereses de crédito. Con el paso del tiempo se va a desvincular al empresario de la empresa, se reconoce la existencia de comerciantes desafortunados y se crean institutos preventivos. Estos eran ligados únicamente a la satisfacción de los acreedores, y no propiamente a la conservación de la empresa en virtud de la variedad de intereses que conlleva su cierre.

Sobre esto Pulgar (1994), señala que durante el siglo XIX no habían institutos concursales que reflexionaran sobre los intereses públicos en la conservación de empresas, si no que estos eran satisfechos de forma indirecta, ya que inicialmente hay una auto regulación del derecho concursal por parte de los empresarios quienes tenían en sus manos la decisión de otorgar una “oportunidad” al comerciante. Solo se buscaba la satisfacción de las corporaciones mercantiles.

En el siglo XX señala la mencionada autora Pulgar (1994), se va dar una desprivatización del derecho concursal. Cambios en el modelo económico de varios países, propiciados por la crisis económica desencadenada por la Primera Guerra Mundial, permiten que la finalidad conservativa o liquidativa deje de relacionarse únicamente con los afectados directos por la crisis y que se genere la intervención del aparato estatal. Asimismo entra a considerarse la conservación de la empresa por motivos de interés público y fundarse sobre la base de la viabilidad de la empresa.

Coincide Díez (1993), quien señala que entre la Primera Guerra Mundial y la crisis industrial es la etapa en donde el legislador tiende a regular el convenio deudor-acreedor sustentándose en la conservación de la empresa. Además indica que es hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando se desarrolla mayormente el interés público por medio de la conservación de la empresa.

De igual forma Castro (2009), señala que es después de la crisis industrial que se comienza a dar mayor importancia a la conservación de las empresas y no a la liquidación, en ese periodo el sistema jurídico hace una valoración y contrapone los intereses privados del empresario y los intereses de los acreedores quienes podrían preferir aceptar las ofertas de propuesta de los deudores antes que optar por la quiebra en razón del pago que podrían recibir optar por ese proceso.

En la actualidad, el principio de conservación de la empresa representa nuevas acepciones, las consecuencias del cierre de una empresa en la actualidad



han sido motivo de estudio por diversos juristas, propiciando cambios a las legislaciones con el fin de proteger los intereses económicos de los afectados y sociales del Estado. No obstante, esos cambios no han sido simultáneos en todos los países que conforman el concierto de naciones.

En el siglo XXI la mayoría de economías a nivel mundial regulan jurídicamente los procesos preventivos. Estos tienen como presupuesto objetivo que no se esté en un estado de cesación de pago, estos últimos son ejemplo del principio de conservación de empresa, en razón de la flexibilidad que permiten, además que el objetivo que persiguen es no llegar al punto de declarar una quiebra y desatar los efectos que implica este proceso.

Pero ¿Qué sucede en los casos en donde ya existe un desequilibrio tal, que no permite honrar las deudas? ¿Se pena al mal empresario o a la sociedad? ¿Se admite la continuación de la actividad empresarial? ¿Recuperan los acreedores el total de lo adeudado? Estas interrogantes tienen diversas respuestas dependiendo del ordenamiento jurídico de cada país.

En países como España, Argentina y Colombia –por mencionar algunos– han constatado que el cierre de empresas o de unidades productivas conlleva efectos perjudiciales para los acreedores y la colectividad, es por ello que han impregnado sus normativas con principios - como el del tema en estudio - modificando sus legislaciones a la realidad social y económica propia.

Ejemplo de ello es la legislación española que señala la conservación de la empresa o de las unidades productivas como parte de los objetivos de la ley, prioriza la enajenación de la empresa como un todo, con la salvedad de que de otra forma resulte más conveniente para los intereses del concurso. Pero dándole preferencia al no cierre de la empresa.

En el principio de conservación de la empresa convergen el objetivo primordial del concurso y otros intereses de peso como lo son la continuidad del vínculo laboral entre empleado y empleador, conservación de las actividades industriales, así como los intereses generales para la economía del país.

Este principio reconoce las dimensiones de los procesos concursales, concientiza que una perturbación al movimiento de riqueza no es buena para los intereses públicos, reconoce la arista social y muy importante admite medidas que evitan la destrucción innecesaria de un negocio.

La legislación costarricense, clasifica las ejecuciones colectivas en dos grupos según el fin, de esta forma se encuentran los llamados procesos liquidatorios destinados a la liquidación o venta del patrimonio del deudor para satisfacer los intereses de los acreedores. Por otro lado están los procesos preventivos, que sirven para salvar empresas, es decir, se trata ya sea de una Administración y Reorganización con Intervención Judicial o Convenio Preventivo de acreedores que tienen como fin evitar que se llegue al punto de la liquidación.

En el país se dice que el principio objeto de estudio es aplicado a pesar de que la legislación nacional utiliza un criterio de actos objetivos y subjetivos de comercio y no regula propiamente la figura de la empresa. Sobre esto Quesada (2013), apunta que el legislador plasmó en la norma una regulación objetiva del acto de comercio, en virtud de que fija ciertos actos que son considerados mercantiles, así se desprende del primer artículo del Código de Comercio. Y una regulación subjetiva pues establece de forma expresa cuáles personas físicas o jurídicas son consideradas comerciantes, esto lo estableció en el artículo cinco ibídem.

De igual forma Díaz (2015), apunta que el Código Comercial vigente se cimienta en la teoría de los actos de comercio subjetivo y objetivo, pero con una tendiente inclinación a los actos objetivos.

El principio conservación de empresa se ve aplicado dentro de los procesos de carácter preventivo, pero se debe destacar que estos no operan cuando ya existe un estado de cesación de pago o de insolvencia declarada, es decir, son efectivos solo cuando existe una crisis económica o situación de hecho.

Aún en los procesos preventivos se presentan trabas para la aplicación de este principio, al menos en el caso de los procesos de administración con intervención

judicial, ya que son reservados para empresas, cuya desaparición traería efectos perniciosos a la generalidad.

Además, constituye un proceso con una tramitología costosa, pues requiere de ciertas formalidades por ejemplo la presentación de un plan de salvamento y cubrir los gastos de honorarios del perito, aspectos que encarecen el proceso y que deben correr por cuenta del deudor, quien ya per se enfrenta una crisis económica. Y todo esto no es garantía de la admisibilidad del proceso.

Los convenios preventivos son más flexibles en ese sentido, pues son una solución pactada entre acreedores y deudor, de modo que estos mismos son los que establecen la solución a la crisis de la forma que más se ajusta a sus intereses. Como desventaja no todos los acreedores están abiertos al diálogo ante una situación de crisis de la empresa

Para los procesos liquidatorios, en específico la quiebra, el principio en estudio topa con un panorama que dificulta su aplicación. Esto porque la quiebra tiene como presupuesto objetivo que ya existe una crisis económica tal que ha imposibilitado el pago de las obligaciones. Y en la práctica nacional ante esto lo que ocurre es el cierre de la empresa, el cese de las operaciones y la realización de los bienes.

El punto desfavorable es que los activos con el paso del tiempo se deprecian, y al venderlos de forma separada no permite a los acreedores recuperar el 100 % del crédito. Asimismo los procesos liquidatorios son bastante gravosos, requieren figuras establecidas por ley como por ejemplo los curadores, en sí es un proceso extenso para todas las partes involucradas.

En el desarrollo de este trabajo final de graduación se pretende analizar en cuáles de los procesos concursales es efectivamente aplicado el principio en estudio.

Ante la problemática descrita la presente investigación plantea la interrogante que se formula a continuación.

## **2.2 Formulación del Problema**

Toda investigación científica tiene su origen en el surgimiento de un problema o bien de la necesidad de conocimiento. Sobre esto asevera el autor y metodólogo colombiano lo siguiente “en lugar de hacerlo con afirmaciones, se plantea mediante la formulación de preguntas orientadas a dar respuesta al problema de la investigación”. (Bernal, 2010, p.89).

De conformidad con lo anterior en esta investigación se persigue dar respuesta a la siguiente interrogante,

En el derecho concursal costarricense, ¿Cómo es aplicado el principio de conservación de la empresa?

En el apartado de preguntas derivadas se incluyen las interrogantes específicas de esta investigación.

## **3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO DE LA INVESTIGACIÓN**

La justificación del estudio de la investigación científica permite demostrar los motivos por los que se considera que la investigación es de interés. Es definida como: “La explicación que el investigador proporciona al interesado, a fin de precisar el enfoque del problema, la metodología y las técnicas escogidas y, por último, justificar la conveniencia de su estudio” (Rodríguez, 2005 p.50).

El derecho obedece a las necesidades y exigencias de la cotidianidad, por consiguiente no puede ser estático, sino que es precisa su evolución para adecuarse a las demandas actuales. El derecho concursal como especificidad disciplinaria no debe permanecer rezagado por lo que es necesario adaptarlo al

escenario mundial actual, ya sea actualizando la normativa o modernizando la aplicación de los principios al proceso.

El principio de conservación de la empresa forma parte del derecho concursal desde el siglo XX es decir, no es un principio nuevo, pero puede ser considerado moderno en su aplicación. Esto porque las economías han evidenciado los efectos multisectoriales no positivos que conlleva el cierre de una empresa, especialmente en tiempo de crisis como las que se viven actualmente en gran parte del mundo.

*El derecho concursal moderno, en síntesis, subordina el interés de los acreedores y el interés al resarcimiento vía sanción, al objetivo principal de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento, con el objetivo y fin de lograr la reactivación de la empresa. (Diez, 1993, p.397).*

Los aspectos intervinientes son múltiples y sensibles, así por ejemplo es preciso garantizar un trabajo digno y estable a los ciudadanos, sin perder de vista la necesidad de brindar seguridad al crédito, con la certeza jurídica con la que un inversionista nacional o extranjero toma decisiones para participar en un determinado escenario de negocios, es uno de los aspectos claves contemplados en la normativa concursal.

Lo que se pretende con esta investigación es un análisis riguroso y objetivo a partir del derecho concursal, de la aplicación del principio de conservación de la empresa, buscando evidenciar los principales obstáculos que la misma ley ha establecido y que dificultan que las empresas sean salvadas

Más en detalle, el desempleo actualmente es un problema mundial, así lo ha estimado la OIT en su análisis sobre las perspectivas sociales y del empleo en el mundo para el 2016. La organización señala que el desempleo ha disminuido en algunas economías desarrolladas, pero los análisis describen que en el panorama futuro es improbable que la situación se resuelva, especialmente para las llamadas economías emergentes. La siguiente figura permite ver el comportamiento del desempleo a nivel mundial para el periodo que va del 2000 al 2014.

## FIGURA N° 1

Desempleo total según la población activa total

Estimación OIT período 2010-2014.



**Fuente:** Banco Mundial / Datos.

De lo anterior se desprende que a nivel mundial la tasa de desempleo ha venido disminuyendo posterior a la crisis del 2009 (6.2%), sin embargo actualmente la tasa es de 5,9%, solo 0.4% por debajo de la alcanzada en 2009.

El diario El País de Uruguay (2015), indica que según el informe de la OIT por lo menos 1.7 millones de personas quedaron sin empleo en el 2015 en América Latina y en el Caribe, esto es en promedio el 6.7%, porcentaje catalogado como el mayor en cinco años. Para finales del 2016 se proyecta que se incremente al 6.9%, debido a lo que ha sido descrita como una “crisis en cámara lenta” que afecta la región.

En Costa Rica, según datos de la Comisión Económica Para América Latina (CEPAL), en el 2015 la tasa de desempleo fue de 9.6%, es decir, aumentó respecto de los dos años anteriores.

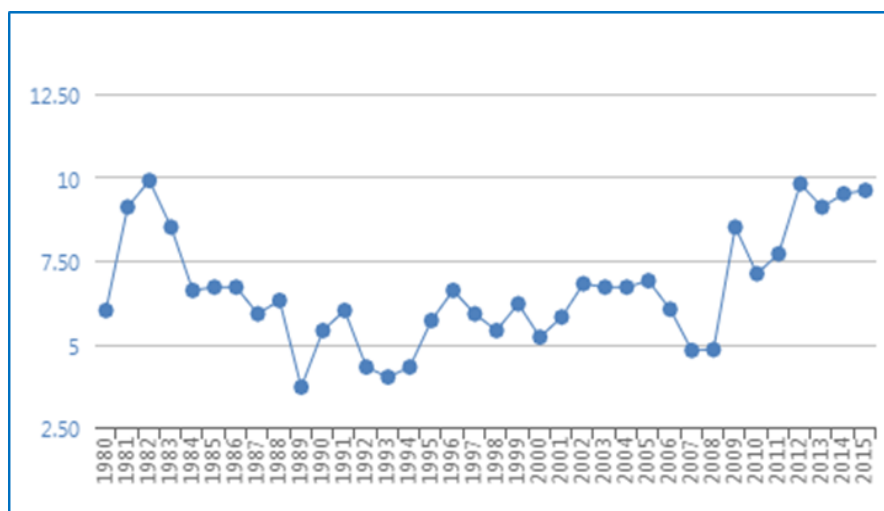
A continuación se describe en el infograma, un polígono de frecuencia en el que se advierten los movimientos registrados en materia de desempleo en el

país durante las últimas dos décadas del siglo XX y los primeros tres quinquenios del siglo XXI.

## FIGURA N° 2

Tasa de Desempleo en Costa Rica

Periodo 1980 al 2015



**Fuente** Cepal.Org 2015.

En Costa Rica, los mayores índices de desempleo se registran en las provincias costeras, en el pacífico norte y en la parte oriental de país. En los primeros años del presente siglo la tasa de desempleo osciló entre 4 y 6%. Posterior a la crisis internacional del 2008 y 2009 aumentó a más del 7 % y en el 2012 alcanzó el valor relativo más alto. Después de ese año los últimos quince meses el nivel de desempleo se ubicó entre 8.5 y 9%.

Desde la primera década del siglo XXI la población pobre y en extrema pobreza se mantiene constante. Según datos del Instituto Nacional de Estadística y Censo (INEC), (2014), 1 220 000 personas se encuentran en condición de pobreza y un monto superior a las 200 000 personas se ubican en condición de

pobreza extrema, es decir con incapacidad para satisfacer las necesidades elementales como por ejemplo de tres tiempos de alimentación.

El modelo de desarrollo económico seguido en Costa Rica desde finales del siglo XX ha permitido el impulso empresarial exportador y el país camina a paso lento pero firme en este aspecto. El informe sobre el Estado de Situación de las PYMES en Costa Rica del 2015, elaborado por el equipo técnico de Ministerio de Economía, Industria y Comercio, deja ver la situación y aporte de las PYMES, y derivada la de las grandes empresas.

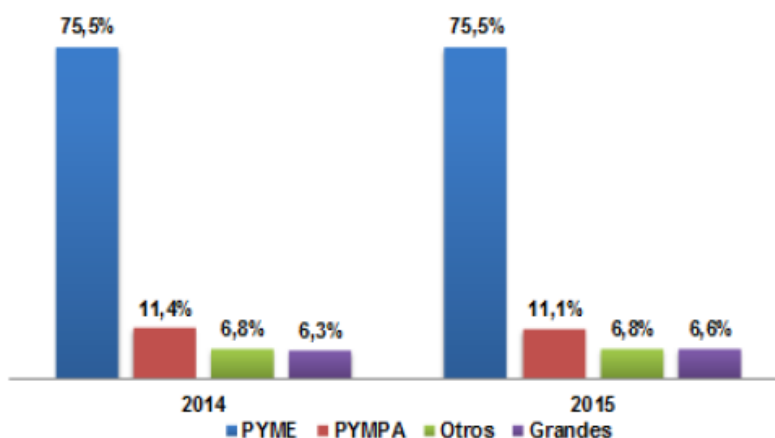
*Durante el 2015, el parque empresarial de Costa Rica estuvo conformado por 38.501 empresas [...] Durante el 2015 las micro, pequeñas y medianas empresas representaron el 93,4% del total de empresas contempladas en el Directorio de Establecimientos y Empresas del Instituto Nacional de Estadística y Censo (INEC). (Quesada, Fuentes y Masís, 2014, p.18).*

Lo anterior refleja que gran parte del parque empresarial nacional corresponde a PYMES y que el 6,6 % restante corresponde a empresas grandes con más de 100 empleados. El siguiente infograma permite ver en detalle cómo se compone el parque empresarial para el periodo 2014-2015.



### FIGURA N° 3

Composición Porcentual del Parque Empresarial según tamaño  
2014-2015.



**Fuente:** Informe Estado de Situación de las PYME en Costa Rica, 2015.

De la figura se desprende que en el 2015 el 75,5% del parque empresarial corresponde a empresas de tipo PYME (menos de 100 empleados), un 11,1% corresponde a las PYMPA (pequeño y mediano productor agropecuario). Mientras que el 6,8% corresponde a empresas que tienen menos de 100 empleados pero dirigidas a sectores como explotación minera, actividades financieras y de seguros, servicios relacionados a la salud humana, entre otras de servicio.

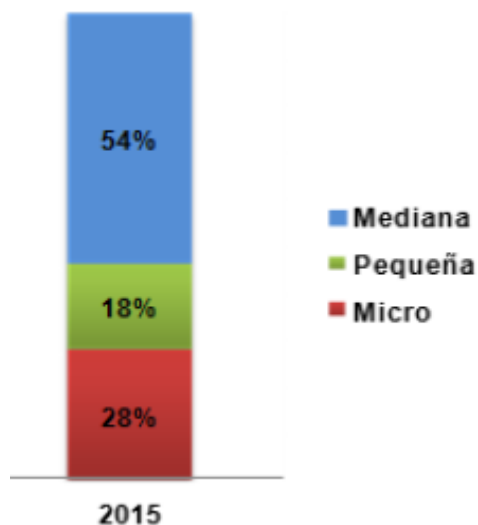
Según el informe Estado de Situación de las PYME (2015), las PYMES durante el 2015 absorbieron el 25% de los empleos de Costa Rica, mientras que la PYMPA el 3,4%, esto se traduce en al menos 176612 trabajadores. Por su parte las grandes empresas aportan el 68,8% de los empleos y hay un 2,8% que fue generado por empresas de otros sectores económicos.

La siguiente figura permite observar la distribución de empleos en las PYMES tomando como referencia el ámbito de cobertura que las divide en microempresa, pequeñas y medianas empresas. Tal y como se explica páginas

infra en ninguna de estas tres clasificaciones empresariales la cantidad de personas laborando supera el total de 100 colaboradores por empresa.

#### FIGURA N° 4

Distribución del Empleo Generado por PYMES en el 2015.



**Fuente:** Informe del Estado de Situación de las PYMES en Costa Rica, 2015. MEIC.

Es decir que las PYMES a pesar de ser pequeñas y medianas empresas calan en el desarrollo del país por la variedad de las actividades a las que se dedican, así como por la oferta de empleo que ofrecen. Como parte de éstas se encuentran empresas dedicadas a actividades de construcción, inmobiliarias, servicios de gas, aire acondicionado, enseñanza, reparación de vehículos, actividades de entretenimiento, técnicas, manufacturas, ganadería, agricultura, transporte, entre otras.

Para el desarrollo de las actividades empresariales las PYMES, al igual que las grandes empresas, deben recurrir al financiamiento. Según el informe de crédito en PYMES (2014), para el año 2013, la colocación de créditos por sector económico fue de 180. 807, 77 millones de colones para el sector comercio, para

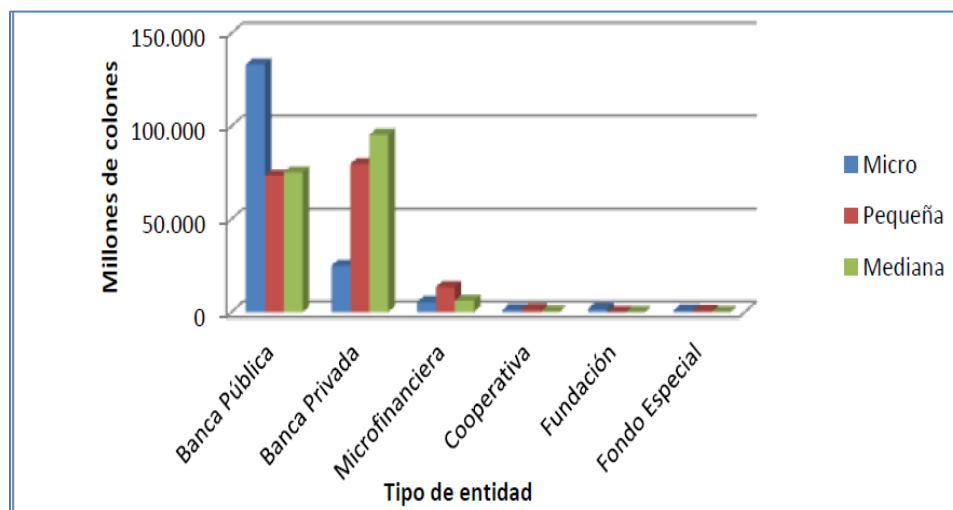
el sector servicios de 155.150,58 millones de colones, para la industria de 53.716,83 millones de colones, y para la agricultura de 48.491,73 millones de colones. Esa distribución de créditos fue realizada por diversas entidades, tal y como lo deja ver la siguiente figura.

### FIGURA N° 5

Distribución del crédito a PYME por tipo de entidad

Según tamaño de empresa

año 2013.



**Fuente:** Informe Crédito de PYMES, año 2014.

La anterior permite dimensionar no solo las proporciones de créditos que son colocados para la financiación de PYMES, sino que deja ver cuáles son las entidades financieras que interactúan más con este tipo de empresas.

En razón de esa necesidad de financiación crediticia - que dicho sea de paso no es propia solo de las PYMES, sino que las grandes empresas también requieren de este mecanismo - es que se desarrolla la relación entre deudor y acreedor, pues las entidades financieras ofrecen dentro de sus servicios plataformas empresariales, las cuales se enfocan en los diversos grupos que conforman el parque empresarial nacional. Ejemplo de esto son las plataformas

del Banco de Costa Rica, Banco Nacional de Costa Rica, BAC San José, entre otros.

Los acreedores generalmente acuden a mecanismos que ante una eventual crisis económica les permita asegurarse el pago por medio de algún privilegio. No obstante, no todos los créditos pueden ser garantizados por lo que en caso de una quiebra se verán afectados en mayor grado respecto de los que sí tengan algún privilegio. Sobre esto,

*Prácticamente todas las empresas, grandes y pequeñas, obtienen de los bancos fondos a corto plazo para sus operaciones. En la mayoría de los casos, los servicios de crédito otorgados a estas compañías adoptan la forma de una línea de crédito o préstamos por un monto fijo [...] los bancos también pueden hacer préstamos garantizados que se hallan respaldados por una garantía que el banco pueda reclamar si los prestatarios no pagan, y préstamos no garantizados, que no están respaldados y sólo se otorgan por la buena reputación y calificación del crédito anterior de los prestatarios. (Ferrell et al, 2010, p.500).*

Asimismo como parte de la actividad empresarial es usual que el empresario adquiera obligaciones con otras empresas que le proporcionan materia prima, servicios, equipos, entre otros. Sobre esto,

*Toda empresa necesita casi a diario adquirir multitud de productos y servicios imprescindibles para su marcha: materias primas o productos a proveedores; suministros de todo tipo, desde material de oficina a energía eléctrica, teléfono, combustibles, mano de obra, servicios muy variados de publicidad; financieros, con la contratación de préstamos para adquirir elementos de activo, etc. Todas estas adquisiciones o compras en ese momento o algo más adelante generarán sus correspondientes pagos a los que la empresa ha de hacer frente. (González y Ganaza, 2015, p.141).*

De igual forma repercute sobre los acreedores la dificultad económica o posterior desaparición de la empresa. Es decir que ante la crisis de unidades productivas los acreedores afectados no corresponden a un solo grupo, sino que existe una variedad de acreedores que estarán supeditados al proceso concursal.

Dicho de otra forma la crisis de la empresa y su eventual cierre no es una situación que se limite en cuanto a sus efectos a un pequeño grupo de intervinientes, sino que la afectación alcanza dimensiones mayores, en especial cuando a raíz de la crisis económica se instaura un proceso concursal, por todas las consecuencias que de estos derivan.

Los procesos concursales en general provocan temor no solamente en el deudor, sino que acarrea tensión sobre los acreedores y los demás afectados indirectos, pues cada uno de los involucrados tiene intereses particulares y variados, los cuales penden del proceso. Es decir, las variables de empleo y desempleo son parte involucrada en los procesos concursales, pero no son las únicas que registran alteración ante una cesación de pagos o crisis empresarial.

Para el autor argentino Roberto García Martínez, citado por la Jueza costarricense especialista en Derecho Comercial y Agrario, apunta que

*Dentro de los principios de los procesos concursales se encuentra el principio conservación de la empresa, no es un simple medio de reservación de los intereses de los acreedores en la ejecución colectiva. Se entiende actualmente como una solución de fondo, no como un medio para liquidar mejor la empresa, sino como una forma de solucionar una empresa. No se trata de liquidar para repartir, sino de conservar para salvar [...] el principio tiende al cuidado de la estructura productiva. (Díaz citando a García, 2015, p.174).*

La investigación que se presenta tiene como objetivo el estudio del principio de conservación de la empresa, busca evidenciar cómo es su aplicación en el derecho concursal costarricense y demostrar los beneficios que aporta su aplicación.

En Costa Rica los procesos concursales regulados en la ley se clasifican en dos grandes grupos, preventivos y liquidatorios. Los procesos de tipo preventivo son considerados como una manifestación de la aplicación del principio de conservación de la empresa ya que los mismos se inclinan a la búsqueda de soluciones al problema previo a que éste se desarrolle de forma tal que la quiebra sea inevitable.

En el país los procesos preventivo son de dos tipos, el convenio preventivo que debido a su accesibilidad y flexibilidad se convierte en una de las alternativas preferidas tanto por deudores como acreedores, ya que básicamente el convenio puede consistir en cualquier acuerdo de solución a la crisis económica y financiera que presenta la empresa deudora, acuerdo que sea voluntad de las partes, siempre y cuando no sea contrario a la ley. El otro tipo corresponde a los procesos de administración y reorganización con intervención judicial. Estos son destinados solo para empresas, las cuales deben de cumplir con una rigurosa lista de requisitos para poder acogerse a los beneficios de este proceso.

Por otra parte, los procesos liquidatorios en Costa Rica, como su nombre lo indica, la función que cumplen es liquidar el patrimonio del fallido, en este caso empresas, para con su producto pagarle a sus acreedores de acuerdo con el principio de *par conditio creditorum*, y si bien es cierto el juez antes de declarar un proceso de este tipo es precavido y consciente de que debe verificar bien el cumplimiento de todos los presupuestos para iniciar el proceso, lo cierto es que una vez declarada la quiebra todo el patrimonio queda afecto, hay desapoderamiento del patrimonio para el deudor, y la regla es que la empresa cierra operaciones, salvo que el curador solicite a los acreedores y al juez autorización para continuar con el negocio de la empresa, y se la concedan, pero todo esto con la finalidad de facilitar la liquidación y no propiamente sacar a flote la empresa.

Es decir, que los empleados quedan en desventaja laboral, la empresa deja de generar ingresos económicos al país, sean estos derivados de su condición de obligada tributaria o por adquisición de divisas vía exportación, y por último, pero no menos importante, los acreedores se mantienen pendientes de un proceso para recuperar sus créditos.

Según Dasso (2011), uno de los periódicos más influyentes, "The Economist" de Londres, en el 2009 tituló una de sus ediciones de la siguiente forma: "Dudas sobre la eficiencia de las modernas leyes de quiebra", y con esto se tornó más visible la incertidumbre que provocaban las normativas.

*Las nuevas leyes de los albores del Siglo XXI están dirigidas en líneas generales a reforzar los instrumentos del salvataje de las empresas en dificultades pero parecen insuficientes frente al agravamiento universal del escenario económico donde el derrumbe de los mercados provoca la automática devaluación de los activos y genera la espontánea aparición de la insolvencia técnica. (Dasso, 2011, p. 22).*

Para la catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid,

*La transmisión de la empresa cobra una relevancia singular cuando ese negocio traslativo se inserta en el marco de un procedimiento concursal como consecuencia de los intereses diversos que en él confluyen. A este respecto, la Ley contempla distintos supuestos en los que la empresa o determinadas unidades productivas pueden ser transmitidas no solo como medio para lograr la satisfacción de los acreedores sino también como mecanismo de conservación de la empresa y la continuación de la actividad. (Alonso, 2011, p. 2).*

El problema planteado en la investigación es analizar cómo es la aplicación del principio de conservación de la empresa y establecer los beneficios que de tal aplicación se desprenden. Además de la posibilidad que ofrece el principio de conservación de empresa para que los acreedores recuperen un porcentaje mayor al que obtienen actualmente cuando una empresa es liquidada por venta de activos.

## **4. PREGUNTA GENERADORA Y PREGUNTAS DERIVADAS**

### **4.1 Preguntas Generadora**

En el derecho concursal costarricense ¿Cómo se aplica el principio de conservación de la empresa?

### **4.2 Preguntas Derivadas**

¿Cómo aplican otras fuentes de derecho comparado el principio de conservación de la empresa?

¿Cómo se aplica el principio de conservación de la empresa en el convenio preventivo, en la administración y reorganización con intervención judicial, y en la quiebra?

¿Cuáles son los obstáculos que enfrenta la aplicación del principio de conservación de la empresa dentro del derecho concursal costarricense?

## **5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **5.1 Objetivo General**

Analizar la aplicación del principio de conservación de la empresa en el derecho concursal costarricense.

### **5.2 Objetivos Específicos**

Examinar mediante fuentes de derecho comparado la aplicación del principio de conservación de la empresa.

Exponer la aplicación del principio de conservación de la empresa en el convenio preventivo, en la administración y reorganización con intervención judicial, y en la quiebra.

Identificar los obstáculos que enfrenta el principio de conservación de la empresa en su aplicación dentro del derecho concursal costarricense.

## **6. ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**



Los alcances en la investigación permiten al investigador definir el campo de estudio según los resultados que pretenda obtener.

*En esta sección el investigador establece hasta dónde va a llegar con su trabajo, es decir, lo que proyecta alcanzar. De esta manera se delimitan las fronteras de la investigación para circunscribir, lo más concretamente posible, el proceso del tema, y con ello especificar lo que el autor se propone hacer para que el lector conozca los alcances del trabajo. (Landeau, 2007, p.110).*

Esta investigación pretende un análisis sobre la aplicación del principio de conservación de la empresa en el derecho concursal costarricense, busca conocer la aplicación de este principio en otras legislaciones, evidencia los beneficios que aporta el mismo y procura dar a conocer los obstáculos legales que presenta la legislación nacional con respecto al tema de estudio.

En Costa Rica los procesos concursales están clasificados en dos grandes grupos que son objeto del estudio; los preventivos dentro de los que se encuentran la administración y reorganización con intervención judicial y el convenio preventivo. Para la investigación este último será considerado siempre que el deudor sea comerciante ya que el estudio se enfoca en empresas, pues a ese proceso también pueden acogerse deudores que no sean titulares de una empresa.

Respecto a los procesos de tipo preventivo se analiza la normativa nacional con el fin de descubrir puntos débiles que se contraponen al principio de conservación de la empresa.

El otro grupo que se va investigar son los procesos liquidatorios, estos se subdividen en procesos de quiebra y concurso civil de acreedores.

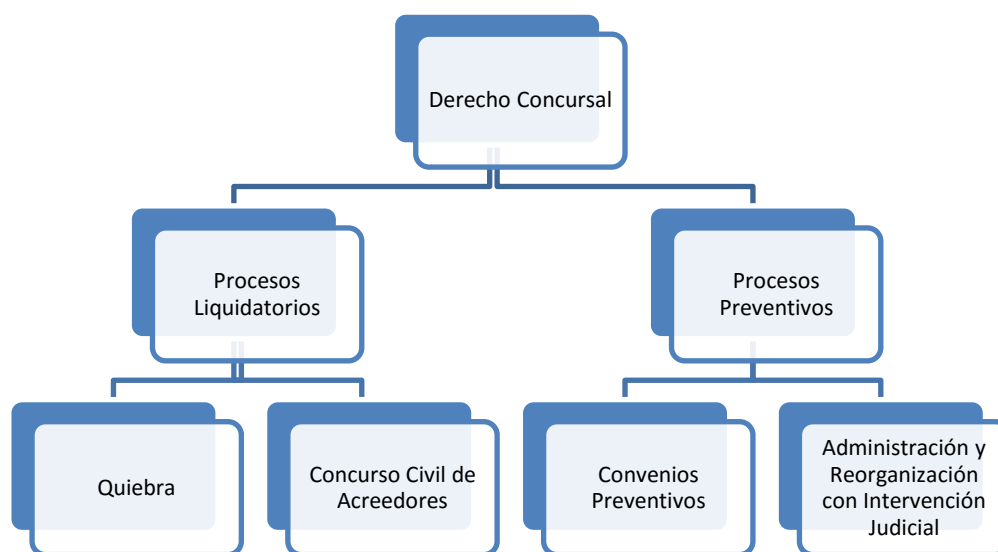
En este caso, la investigación se circunscribe al análisis del proceso liquidatorio de quiebra, en razón de que el estudio se basa en el análisis de la conservación de las empresas, pues a éstas es que se aplica la quiebra. El

concurso civil de acreedores en la legislación costarricense tiene como presupuesto subjetivo que el deudor no sea comerciante, razón por la cual se le alude pero no se profundiza en la revisión jurídica de este tipo de proceso.

En el siguiente infograma se describe la categorización de los procesos concursales según el ordenamiento jurídico costarricense.

## FIGURA N° 6

Clasificación de los Procesos Concuriales según el Ordenamiento Jurídico Costarricense



**Fuente:** Elaboración Propia 2016. Según normativa nacional.

Este trabajo final de graduación alude a los procesos concursales preventivos a nivel jurisdiccional. No se incluyen dentro de esta investigación entidades financieras (públicas o privadas) que están sometidas a la fiscalización de la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), así como cualquier otra que requiera de un procedimiento administrativo previo, el cual desviaría la investigación del tema de estudio.

Para efectos expositivos y de comprensión integral de los tres procesos por analizar (quiebra, convenio preventivo y administración y reorganización con

intervención judicial), en el apartado de fundamentación teórica se dedica un espacio argumentativo para explicar el proceso jurídico sobre el que se sustenta el derecho concursal aplicado en cada caso.

Asimismo serán consideradas normativas del Derecho Comparado con el fin de conocer la aplicación del principio de conservación de la empresa en países como Estados Unidos de Norteamérica y Argentina.

## 6.2 Limitaciones

Las limitaciones en la investigación consisten en todos los aspectos o situaciones que restringen al estudiante durante la realización del trabajo investigativo, estas pueden ser de índole personal o ajenas al investigador.

*Toda investigación tiene limitaciones y algunas pueden quedar implícitamente descritas en otros aspectos de la formulación del problema, pero es necesario plantear esas limitaciones con la mayor claridad posible.*

*Las limitaciones pueden obedecer a varias razones, entra las cuales estaría: Área geográfica, tiempo disponible, época o periodo, recursos utilizados (humanos, técnicos), tipo, cantidad y calidad de los datos e información obtenida, métodos o técnicas empleadas, financiamiento. (Calderón y Alzamora, 2010, p.25)*

Una de las primeras limitaciones a las que se ha visto expuesto el presente trabajo es que actualmente la biblioteca del Poder Judicial se encuentra cerrada por motivos de traslado de las instalaciones. Ante esta situación se ha tratado de solicitar información digitalizada vía correo electrónico, pero la comunicación ha sido limitada.

Otros de los atenuantes de la investigación es el cierre hasta junio de 2016 de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ello constituyó una restricción en razón de la cantidad de material bibliográfico que no se logró utilizar en la elaboración del anteproyecto.

## 7. DELIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Para el autor infra generalmente las investigaciones se delimitan en relación con el tiempo y el espacio

*En relación con el tiempo: pasado, presente, futuro, es decir se ubica el tema en el momento en que un fenómeno sucedió, suceda o pueda suceder.*

*En relación con el espacio: indica la circunscripción en sí de la problemática a una población o muestra determinada, estos dos factores deben ir unidos en toda delimitación, ubican geográficamente, localizan la problemática. (Tamayo, 2004, p. 118-119)*

### 7.1 Delimitación Espacial

Por tratarse de un análisis sobre la aplicación del principio de conservación de la empresa de acuerdo al ordenamiento jurídico costarricense, el trabajo teórico y práctico se desarrolla en Costa Rica y específicamente consultando en el Primer Circuito Judicial de San José. Además se realiza trabajo de campo en el Banco Nacional de Costa Rica y en las oficinas de Consultoría Jurídica Empresarial.

### 7.2 Delimitación Temporal

La investigación toma en consideración el quinquenio comprendido entre el 2010 a febrero de 2016. La información revisada en oficinas judiciales comprende una cantidad relativamente grande de expedientes, razón por la cual se dirigió a casos contemporáneos dentro de la modalidad del derecho concursal y cuya resolución de fondo fue emitida en enero de 2016.



**CAPITULO II**

**FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA**

## 1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

La fundamentación Teórica o Marco Teórico está conformada por cuatro elementos a saber marco teórico contextual, conceptual, fundamental y situacional, estos facilitan al investigador establecer las bases del estudio, permiten de conformidad con antecedentes históricos, leyes, doctrina y diferentes enfoques tener un panorama amplio del tema en cuestión. Es decir, *“El marco teórico es el conjunto de principios teóricos que guían la investigación estableciendo unidades relevantes para cada problema a investigar”*. (Ruíz, 2006, p.138).

*El marco teórico se entenderá aquí como la fundamentación teórica dentro de la cual se enmarcará la investigación que va a realizarse. Es decir, es una presentación de las principales escuelas, enfoques o teorías existentes sobre el tema objeto de estudio, en que se muestre el nivel del conocimiento en ese campo, los principales debates, resultados, instrumentos utilizados, y demás aspectos pertinentes y relevantes sobre el tema de interés.* (Bernal. 2010, p.125).

Para Ruíz (2006) a través del marco teórico el investigador puede realizar la delimitación teórica que su investigación tendrá. Según lo indica el autor la finalidad que tiene el marco teórico es dar consistencia, unidad y coherencia a las teorías que originan la investigación.

Es decir, en el marco teórico se encuentra el material disponible que permite al investigador apoyar o sostener su teoría o tema investigativo. Ello no significa que se encuentra todo lo relacionado al problema de investigación, esto parecería una tarea inacabada y una pretensión que escapa a las limitaciones propias de cada investigador.

Uno de los primeros marcos a desarrollar es el marco teórico contextual. Permite al investigador desarrollar los antecedentes históricos, así como la normativa relacionada al tema de estudio, de tal forma que haya una visión amplia del tema, y además de ubicar al propio investigador y la investigación.

*Se considera que la revisión sobre el contexto de estudio implica una amplia descripción sobre el marco de referencia contextual para ubicar de manera precisa el tiempo, espacio y circunstancias en las que se desarrolla la investigación, con el propósito de concentrar los argumentos del análisis evitando así la dispersión del enfoque. (Reyes, 2014, p. 40).*

El marco teórico conceptual tiene como fin identificar y definir los términos necesarios para comprender el tema de estudio. En la investigación se utiliza establecer definiciones de términos descriptores, asimismo serán consignadas otras definiciones que son de trascendencia para la comprensión del objeto de estudio.

*El marco teórico conceptual hace una extensa revisión de los Conceptos de Estudio, se refiere a los temas y los aspectos relacionados con el objeto de estudio, mismos que resultarán ser el apoyo conceptual del proceso de investigación que se busca desarrollar. (Reyes, 2014, p.39).*

El marco teórico fundamental busca contrastar corrientes de pensamiento. Esta sección hace referencia al objeto de estudio, que es el aspecto relevante de la investigación y corresponde al eje central de la temática bajo análisis, en donde el investigador se concentra para especializarse en una línea de trabajo.

*[...] es necesario identificar cuál es la teoría fundamental sobre la que se basará el desarrollo de la investigación, en este apartado es necesario citar al menos a 4 (cuatro) autores diferentes que han escrito sobre el objeto de estudio de nuestro interés, revisando la posibilidad de confrontar sus teorías o conjeturas de cada teórico, antes de asumir nuestra propia postura. (Reyes, 2014 p. 38).*

El marco situacional por su parte permite conocer el sujeto de estudio. Esta investigación tiene dentro de sus fines determinar la aplicación del principio en estudio, así como los beneficios que de la aplicación de éste resulten. El marco situacional no se limita a una entidad, sino que se consideran personas que están en contacto con este tipo de procesos, para que sean ellas quienes a través de su experiencia determinen aunado a lo que indica la legislación actual cómo se aplica el principio dentro del derecho concursal.



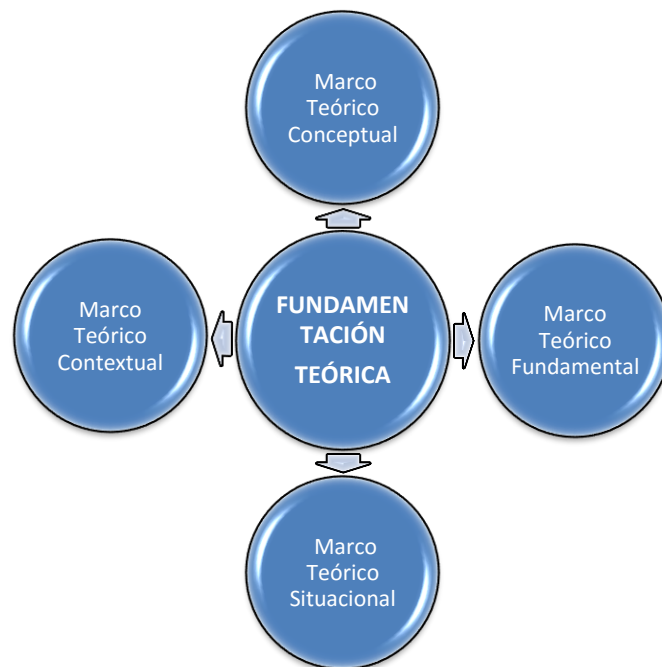
*El denominado marco teórico situacional, corresponde a la descripción completa de la entidad u organización en donde se plantea hacer dicha investigación, pudiendo tratarse de personas físicas o morales, sobre las que se desarrolla nuestra investigación, esto con el propósito de darle el enfoque situacional a nuestro análisis y evitar el hacer generalizaciones que pueden ser tendenciosas, a esta revisión de literatura se le conoce como Sujeto de Estudio en un proceso investigativo. (Reyes, et al, 2014, p. 39).*

La división de este capítulo favorece a que la investigación se realice de forma ordenada, asimismo el sistema de clasificación del marco teórico facilita la consulta y lectura, pues permite acudir a una sección que precisa conocer un punto en específico de la investigación.

El siguiente infograma describe cada uno de los componentes que conforman el marco referencial o fundamentación teórica.

## FIGURA N° 7

Componentes del Marco Referencial



**Fuente:** Elaboración propia 2016.

En este trabajo final de graduación por tratarse de un análisis sobre la aplicación del principio de conservación de la empresa en el derecho concursal nacional, se hace uso de tres de los cuatro marcos antes mencionados, ellos son el marco teórico contextual, el marco teórico conceptual y el marco teórico situacional.

No se considera el marco teórico fundamental, pues el fin de este no es consonante con los objetivos que persigue ésta investigación, además considera la sustentante que realizar un contraste sobre las distintas corrientes de pensamiento en materia concursal sería una tarea digna de otra investigación académica. En razón de esto se exponen los siguientes tres marcos teóricos elegidos.

## **1.1 Marco Teórico Contextual**

### 1.1.1 Antecedentes Históricos

Los juicios universales, como también se le conoce a los procesos concursales, son producto de un largo desarrollo histórico, uno de los primeros antecedentes que se tiene ,data de los años 451 a 450 a.C. en Roma con la promulgación de la Ley de las XII Tablas, la que para muchos constituye uno de los cuerpos normativos más antiguos.

En la Ley de las XII Tablas, entre otras cosas, se establecían normas para con el deudor que confesaba una deuda, o bien, que era declarado deudor en juicio. La ejecución era de carácter personal. Textualmente la tercera de las tablas señalaba:

*ERIS CONFESSI REBUSQUE IURE IUDACATIS XXX DIEZ IUSTI SUNTO. POST DEINDE MANUS INIECTIO ESTO. IN IUS DUCITO. NI IUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EO IN IURE VINDICIT, SECUM DEDUCITO, VINCITO AUT NERVO AUT COMPEDIBUS XV PONDO, NE MINORE, AUT SI VOLET MAIORE VINCITO. 4. SI VOLET SOU VIVITO. NI SUO VIVIT, QUI EUM VINCTUM HABEBIT, LIBRAS FARRIS ENDO DIEZ DATO. SI VOLET, PLUS DATO.* (Rascón y García, 2003, p.6).

Según Rascón y García (2003), lo primero alude al término que se le confería al deudor para pagar la deuda, ya fuese reconocida por él mismo, o bien, impuesta por sentencia; ese término según la ley era de 30 días (a estos días se les conocieron como los días justos, y durante este periodo no se podía reclamar ningún derecho, sino hasta que transcurriera ese plazo). En caso de que el deudor faltara con lo establecido, su aprehensión era inmediata y se le llevaba ante el pretor. Si aún así no cumplía lo que se le había establecido, existía la posibilidad de que un fiador se comprometiera a pagar por él, pero si esto no sucedía el deudor era adjudicado en el acto al acreedor, quien se lo podía llevar y atarlo con correa o argolla, para que el apresado viviera a su propia costa o el que lo tuviera preso le podría dar una libra de cereal “farro” por día.

Asimismo la Tercera de las Tablas brindaba la opción de un pacto a convenir entre el acreedor y el deudor. Esto es sumamente interesante ya que, dentro de la dureza característica de la ley, podría considerarse el surgimiento de un precursor rudimentario de los convenios preventivos, la fijación del pacto debía establecerse en 60 días, y durante el lapso que durase la fijación del acuerdo el deudor permanecía preso. Inclusive si no se llegara a un acuerdo entre las partes el acreedor tenía la opción de venderlo por el monto de la deuda.

*Así las cosas, el acreedor puede pactar con el deudor del modo que mejor se convengan, para lo cual se conceden 60 días, durante los cuales el deudor estará siempre preso a satisfacción del acreedor, si no pactasen nada, el acreedor se presentará ante el pretor con tres nundinos, que vengán a estar comprendidos dentro de los 60 días, pregonando en estos tres días la deuda, para ver si alguno lo compra por el importe de ella. (Quisbert, 2006, p.8)*

De lo anterior se desprende que era propio de la Ley el castigar al deudor aprehendiéndolo, e inclusive se admitía su venta (trans tiberiun), empero uno de los puntos que se establecía y quizá de los más temidos era el que se daba cuando varios acreedores solicitaban el cumplimiento de las deudas, ya que en estos casos la ley hacía mención a hacer pedazos del cuerpo del deudor.

*Pero, como dije, esta pena de muerte que tenía como fin preservar la buena fe de todo ataque, estaba rodeada de todo aquello que podía hacerla horrible, porque, si fueran varios aquellos a los que se entregase el deudor, la ley les permitía cortarlo en pedazos y, si querían repartírselos...* (Rascón y García, 2003, p.73.)

Según el autor supra citado (2003), los comentarios de Gelio en las Doce Tablas se basaron en establecer castigos severos como el citado anteriormente, los cuales tenían como fin disuadir, por ello no se conoce un caso en el que se haya aplicado. Varios autores, especialmente de escuelas alemanas, manejan la tesis de que cuando se hablaba de hacer trozos del cuerpo del moroso, se hacía referencia a la división del patrimonio del deudor, es decir, a la venta (in partis secando) del deudor para prorratar los dividendos de la venta entre todos los acreedores y no a la redacción literal de la tercera de las Doce Tablas.

En Roma la Manus Injunctio tenía como fin que el deudor honrara las deudas con cualquier cosa que tuviera en su haber, inclusive eran considerados como forma de pago bienes inmateriales como la misma vida. Por lo que una buena forma de adjudicarse los bienes del deudor era convertirlo en esclavo. Sobre esto,

*Debe recordarse que si por el hecho de caer en incumplimiento se llegaba a convertir en esclavo al deudor (addictus), esto se hacía no con el fin de injurarlo o vejarlo, sino en atención a aquel principio romano de derecho de que el esclavo adquiría para su dueño, y que, en virtud de tal principio, pasaban cuerpo y bienes del deudor en poder del acreedor. (Ramírez citando a Apodaca, 1959, p. 120.).*

El mismo autor, Apodaca (1959), considera que la forma de ejecución colectiva utilizada por los romanos fue uno de los primeros cimientos del derecho concursal actual, esto porque los romanos establecían la igualdad en el trato a los acreedores, por eso la venta del deudor favorecía a todos los acreedores. En el derecho concursal actual esto correspondería a la Par Conditio Creditorum o Principio Paridad de Acreedores, lo que significa que “todos los acreedores son de igual condición frente al patrimonio del deudor común” (Castiblanco y Madrigal citando a Diez-Picazo, 2012, p.13). Sobre esto se profundizará más adelante.

Este tipo de ejecución fue muy criticado por la severidad y facilidad para cometer abusos en contra del deudor, debido a esto la Ley de las XII Tablas experimenta varias reformas, una de ellas es la que menciona Sanguino (1998), con la introducción de la Lex Poetilia Papiria en el año 428 a.C. Con ella se elimina la persecución del deudor y en su lugar se va a iniciar la persecución del patrimonio del moroso. Esta nueva reforma va dar posibilidad de que los acreedores tomen los bienes y de esta manera obliguen al moroso a cumplir con las obligaciones.

*La igualdad de trato entre los acreedores frente al común deudor, y la actuación conjunta o en beneficio de los acreedores como colectividad, surge más evidente y decisiva cuando, a través de los tiempos, el procedimiento ejecutivo romano se transforma de personal en real, o sea, cuando la ejecución sobre la persona del deudor se transforma en ejecución sobre sus bienes o patrimonio (non corpus debitoris sed bona obnoxia), lo que tiene lugar por la Ley Poetilia. (Ramírez, 1959, p. 122).*

Continuando con lo mencionado por Sanguino (1998), considera que con el paso del tiempo los romanos fueron perfeccionando sus leyes y crean en 737 a. C la Lex Julia, con ella surgen instituciones como la Bonorum Venditio, o la Missio in possessionem.

La Misio in Possessionem correspondía a un tipo de medida cautelar, consistía en un tipo de garantía en favor de los acreedores, en este caso los bienes del deudor eran tomados como una forma de asegurar el pago.

En la Bonorum Venditio, el acreedor aprehendía al deudor hasta por 15 días a la espera de que alguien pagara por él (de igual forma se aseguraba el pago con la retención de los bienes) y si no aparecía nadie todos los acreedores podían vender los bienes del deudor, es decir que aunque en inicio un solo acreedor solicitara la aprehensión el procedimiento tenía carácter de universal, por ende todos los acreedores podían aproximarse para ejecutar sus créditos.

El trámite de liquidación del patrimonio resulta interesante, ya que se fingía la muerte del deudor, para de esta forma proceder a la venta de los bienes, cabe

destacar que era realizada como un bloque al mejor postor y la ganancia de la venta prorrateada entre los acreedores. Y el deudor a partir de allí era libre de la deuda. Sobre esto

*La bonorum venditio, que producía una especie de sucesión en universum ius (del activo y del pasivo) a favor del adquiriente de los bienes (bonorum emptor), el cual, al sustituir al deudor, estaba obligado a pagar sus deudas hasta el límite del valor del patrimonio cedido (Ramírez citando a Brunetti, 1959, p.124).*

A lo anterior Fernández aporta

*El procedimiento de la bonorum venditio consistía en lo siguiente: tomada la posesión del patrimonio del deudor después de determinado plazo, durante la cual se fijaban avisos llamando a los acreedores y citando al deudor en los casos de ausencia, y mediante una ficción de muerte de este y por aplicación de las disposiciones que regían tal caso, el magister procedía a la venta en pública subasta de los bienes en bloc, atribuyendo al comprador la calidad de sucesor a título universal, con lo cual venía a hacerse cargo del activo y pasivo, exactamente como ocurría con el heredero (Ramírez citando a Fernández, 1959, p. 125).*

Asimismo, en el Derecho Romano se origina la figura del Magister Bonorum, quien era nombrado por todos los acreedores y su función era realizar un inventario de los bienes y determinar las deudas. Figura que guarda semejanza con el curador o síndico del derecho concursal actual en razón de las obligaciones que la ley le confiere.

*Después de cumplidas las formalidades de la missio in possessionem, y después de transcurridos los términos de ley y realizadas las medidas previas y conducentes por el magister (conservación de bienes, inventario, avalúo, determinación del activo y pasivo, publicidad y condiciones de la venta), se llegaba a la fase propiamente ejecutiva, a la venta material de la universalidad de los bienes (bonorum emptio) (Ramírez citando a Apodaca, 1959, p. 124).*

Surge paralelamente a la Bonorum Venditio la modalidad de la Distractio Bonorum, y con ella la figura del curador bonis distrahendis, la liquidación o venta de los bienes del moroso se comienza a realizar individualmente y ya no como un

bloque. Sin embargo, si quedaba algún saldo de la deuda el deudor continuaba siéndolo por el monto pendiente. Este instituto evitaba fingir la muerte del deudor, o su esclavitud.

Otro instituto que surge es la *Cessio Bonorum*, en esta quien fuese declarado deudor de forma involuntaria, así como el deudor que acudía al magistrado con el fin de declarar su deuda, dejaba sus bienes a disposición de los acreedores para que estos se pagaran las acreencias y como beneficio para el deudor no era apresado. Luego surge una modificación que establece este beneficio solo para deudores libres de culpa.

Según indica Sanguino (1998), con la caída del Imperio Romano en manos de los germanos los primeros indicios de la ejecuciones colectivas van a desaparecer, porque los pueblos conquistadores asumen la dirección del pueblo conquistado, van a surgir nuevas instituciones jurídicas, pero tendientes a la ejecución individual, se retrocede nuevamente a la aprehensión como pago de las deudas, es decir retornan las sanciones de carácter personal y permanecerá así hasta los primeros siglos de la Edad Media. Justamente durante la edad media surgen dos corrientes doctrinales muy fuertes, la que tiende a la continuidad del Derecho Romano y la proveniente del Derecho Visigodo (grupo germano que invadió Roma).

El Derecho Romano en ese momento se caracterizó porque los acreedores eran vistos como un solo ejército y el juez en este caso es considerado como quien asiste y atiende a esa masa de acreedores para que logren ver satisfechos sus derechos, era básicamente proteccionista de los acreedores y de los intereses privados.

Por su parte el Derecho Visigodo se caracterizó porque el juez era considerado el director de la masa de acreedores, mientras que el deudor era considerado un defraudador, por ende era de interés público y el Estado debía intervenir pues se aducía estar en presencia de un ilícito.

Según Ramírez (1959), también surge en ese periodo una corriente legislativa que no diferencia en razón de la persona sometiendo a la quiebra tanto al insolvente como al que está en situación de impago. Posteriormente va surgir una corriente que sí hace distinción entre ambas figuras y va a ser de ahí en adelante que se establece la quiebra como instituto meramente mercantil y el concurso de acreedores como una institución civil.

Muchos autores consideran que la quiebra es de origen italiano, pues ellos fueron sumamente cuidadosos de las actividades comerciales, eran muy severos ante situaciones de impago (inclusive si el deudor no era comerciante), y tendían a la protección de los acreedores frente a los deudores y consideraban que era deber del Estado regular este tipo de situaciones que podían desencadenar un desajuste al orden público por el incumpliendo de las obligaciones.

*Históricamente, el primer instituto fue la quiebra. Surge a partir del siglo XIII en torno a los estatutos emanados de las Corporaciones Mercantiles de las ciudades medievales italianas en el marco más amplio del “Ius Mercatorum” y como un instituto específico de protección del comercio. (Pulgar, 1994, p. 23 – 24).*

*La quiebra produce ciertos efectos sobre la persona del fallido que en alguna medida importan la limitación de sus libertades y derechos subjetivos. Estos efectos tienen su origen en los mismos estatutos italianos del medioevo que preveían la adopción de medidas muy severas, como imponer la prisión, y aún la muerte del fallido, romper la banca en la cual ejercía su actividad en el mercado ( donde surge la expresión bancarrota), llevar un determinado hábito que lo identificase como fallido, etc. Esas disposiciones se fundaban en la presunción de que el fallido ha actuado con fraude (decoctus ergo fraudator). (Rivera, 1997.p.63)*

Asimismo es en el derecho italiano que surge el predecesor del periodo de sospecha, pues la legislación italiana establecía que los deudores perdían sus bienes y que su estado de quebrado tenía efectos retroactivos, que por lo general se retrotraían a la fecha de la cesación de pagos.



Muchas legislaciones se nutren de la escuela italiana para establecer sus regulaciones y principios, tal es el caso de Francia, Inglaterra, los Países Bajos, entre otros países europeos.

Retomando lo referido por Pulgar (1994), indica que la quiebra no surgió tal cual la conocemos en la actualidad, sino que nació como mecanismo punitivo, es decir, que el fin era castigar al mal comerciante y es hasta finales del siglo XIII que a la quiebra se le integra la finalidad de satisfacción de los intereses de los acreedores.

Según la misma autora (1994), en la época medieval también se van a desarrollar los primeros convenios como una medida de solución a la crisis y como una forma de brindar una oportunidad al deudor bueno, pero desafortunado. Por orden de aparición, sin considerar el año en que surgen, se encuentran los siguientes convenios: el solutorio, éste se daba dentro de un proceso de quiebra ya establecido y tenía como fin evitar que se llegara a la liquidación del patrimonio (similar al concordato en la legislación costarricense); luego surge el convenio preventivo extrajudicial el cual debía ocurrir previo a que se iniciara el proceso de quiebra, para que procediera todos los acreedores debían estar a favor del mismo y se debía de hacer en ausencia de un juez, es decir, era de ámbito absolutamente privado; por último surge el convenio preventivo judicial (siglo XIX), este funcionaba antes de que se diera la declaratoria de quiebra y tenía que ser aprobada por la mayoría de los acreedores y homologado por un juez.

Ya en el siglo XIX tanto Pulgar como Ramírez coinciden en que esa es una época que se caracteriza por la corriente privatista. En este periodo el interés va ser el cobro y el Estado simplemente debe ofrecer los procedimientos para discutir la crisis. La quiebra en este periodo se define como de carácter solutorio, es decir pretende satisfacer intereses de los acreedores y para ello se basa en la liquidación. Asimismo los convenios funcionan en el ámbito privado y la decisión de conservar recae sobre el acreedor y no en relación a la conservación que se plantea actualmente, es decir basándose en la viabilidad económica.

Posteriormente surge una corriente publicística, se comienza a desvincular al empresario de la empresa (siglo XX), en esta etapa se van a considerar los intereses privados y públicos. Surgiendo así otros institutos conservativos tendientes a la reorganización de las empresas.

Según la autora Juana Pulgar (1994), menciona que son varios los cambios introducidos en las legislaciones en el siglo XX, la desprivatización del derecho concursal se va desarrollar en dos sentidos:

*De una parte, el centro de decisión sobre la solución conservativa o liquidativa a la crisis económica de las empresas deja de residir exclusivamente en los propios sujetos privados afectados por la crisis (deudor-acreedores), y pasa a ser una decisión compartida y excepcionalmente sustituida, con otros sujetos públicos, ya sean de carácter jurisdiccional o administrativo. De ello se deriva que con relación a la función de los órganos públicos dentro de los procedimientos concursales estos dejan de limitarse a conformar el marco procedimental colectivo en el que los sujetos privados decidirán sobre la solución a la crisis económica, como era propio del siglo XIX, para asumir dentro de los procedimientos, además de funciones relativas al control de la legalidad, otras de carácter decisorio sobre la solución a la crisis económica. De otra parte, la toma de decisiones deja de producirse con base en la exclusiva consideración de los intereses privados en el cobro (deudor-acreedores), como era propio del siglo XIX, para ser tomados en consideración otros intereses y en concreto, uno específico y prioritario en la conservación de la empresa por razones de interés público y sobre la base de la viabilidad. (Pulgar, 1994, p. 34).*

La misma autora (1994), destaca que hoy en día se siguen dos modelos al respecto, ambos se basan en el modelo constitucional – económico, no obstante la interpretación anglosajona admite que los intereses públicos y privados coexisten, pero que los intereses públicos están sometidos a los privados. Mientras que el modelo jurídico latino (como el italiano), no hace esta subordinación, sino que por el contrario en ocasiones el interés privado queda sujeto al público.

Es decir, que con el paso del tiempo los juicios universales van a ir adoptando nuevos mecanismos para lograr la satisfacción del crédito a los

acreedores, así como recientemente una visión más social, como parte esto se van a introducir nuevos institutos conservativos. Refiriéndose a los nuevos institutos, “Sin prescindirse de buscar la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores, ello deja de ser, frente a lo que sucede durante el siglo XIX, su finalidad exclusiva y prioritaria para coexistir con la conservación de las empresas” (Pulgar, 1994, p.36).

Actualmente en Costa Rica el derecho concursal se divide en dos grupos, en razón de su finalidad:

Los procesos de finalidad liquidativa, dentro de este grupo existe una subdivisión, la quiebra que es un instituto meramente para deudores comerciantes, y por ende regulada en el Código de Comercio; y el concurso civil de acreedores, el cual opera solo cuando se trata de personas deudoras no comerciantes y está regulado en el Código Civil.

Los procesos con finalidad preventiva también son dos, ambos regulados en el Código Procesal Civil. Uno de ellos es la administración y reorganización con intervención judicial, la cual está reservada para empresas cuya desaparición acarrearía un desbalance social, esto porque son empresas de grandes dimensiones o porque son de importancia a nivel nacional. El otro proceso es el convenio preventivo, el cual opera a petición del deudor.

En este tipo de procesos preventivos no existe el desapoderamiento, como regla, sino que excepcionalmente, es decir que el deudor se mantiene en posesión de los bienes, cosa distinta ocurre en los procesos liquidatorios, en donde establecida la declaratoria arreglada a derecho el deudor es separado de los bienes, se prohíbe que le hagan pagos o le entreguen bienes, entre otros efectos que se establecen en el artículo 863 del Código de Comercio y 763 del Código Procesal Civil.

El Derecho Concursal como producto de una cadena evolutiva ha desarrollado diferentes institutos, y ha variado a través de la historia los objetivos, mas en la actualidad se considera que la regulación de este tipo de procesos

trasciende el ambiente comercial y civil, al punto de rozar el ámbito social e internacional.

### 1.1.2 Normativa

Este apartado pretende exponer la normativa aplicable a los procesos concursales que son motivo de estudio, esto con dos finalidades, la primera dar a conocer cómo es el proceso en general y la segunda determinar la aplicación del principio de conservación de la empresa en el derecho concursal costarricense.

#### 1.1.2.1 Normativa Internacional

El primer instrumento internacional que se menciona es el Código de Derecho Internacional Privado, llamado Código de Bustamante, este cuerpo normativo es fruto de la Convención de Derecho Internacional Privado celebrada en la Habana el 20 de Febrero de 1928. Este Código regula a partir del libro segundo los aspectos relativos al derecho mercantil internacional.

En el libro Cuarto, Título Segundo, Capítulo I hace referencia a las reglas generales de la competencia en materia civil y mercantil, en lo que interesa, los artículos 328 y 329 tratan sobre la competencia del juez en procesos de concurso o quiebra y establecen “En los concursos de acreedores y en las quiebras, cuando fuere voluntaria la presentación del deudor en ese Estado, será juez competente el de su domicilio” (Código Derecho Internacional Privado, 1928, s/p). Mientras que el 329 hace referencia a los concursos o quiebras promovidos por los acreedores y dice que “será juez competente el de cualquiera de los lugares que esté conociendo de la reclamación que los motiva, prefiriéndose, caso de estar entre ellos, el del domicilio del deudor, si éste o la mayoría de los acreedores, lo reclamasen”. (Código Derecho Internacional Privado, 1928, s/p).

A partir del artículo 414 y hasta el artículo 422 el mencionado Código hace referencia a la quiebra o concurso propiamente.

El artículo 414 refiere a la unidad de la quiebra, en razón de esto decreta que si el deudor no tiene más que un domicilio civil o mercantil, no puede existir más que un juicio para todos sus bienes y todas las obligaciones que tuviera en los Estados contratantes.

Continúa el instrumento haciendo mención a la universalidad de la quiebra o concurso y los efectos. Así establece que la declaratoria de incapacidad del deudor tiene efectos no solo en donde se tramita el proceso, sino que este efecto se extiende a los demás Estados parte, tomando en cuenta los requisitos formales que cada uno de los Estados requiera según su legislación.

Asimismo la declaratoria de la quiebra que se dicta en uno de los Estados parte puede ser ejecutada en otros Estados parte siguiendo las reglas de las ejecuciones de resoluciones judiciales que dicta el mismo cuerpo normativo en el artículo 423 (Exequátur).

Un punto importante es lo que se establece respecto al efecto retroactivo, señala este cuerpo normativo que la anulación que se haga de actos como de la quiebra o concurso serán aplicables en los demás territorios de los países parte. Esto es basado en el principio de universalidad objetiva. Se aprecia que los efectos no se limitan al territorio nacional, sino que en virtud de la protección de la masa activa se amplían los efectos a los demás Estados parte.

En cuanto al convenio (entendido como concordato) y rehabilitación señala en los artículos 421 y 422 que el convenio que se celebre entre acreedores y quebrado alcanzará efectos fuera del territorio del Estado y de igual forma la rehabilitación del quebrado es eficaz en los demás Estados parte.

El Código de Bustamante básicamente trata de regular de forma escueta aspectos de la quiebra transfronteriza. Al respecto pueden ser observados los artículos 864, 865, 866,867 del Código de Comercio de Costa Rica y el artículo 980 del Código Civil que versan sobre el mismo tema.

En este apartado es preciso mencionar el papel de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), establecida por la Organización de las Naciones Unidas en 1966.

La UNCITRAL tiene como una de sus principales funciones la elaboración de convenios, de leyes modelos, que son textos legislativos recomendados (como por ejemplo la Ley Modelo sobre la Quiebra Transfronteriza), y normas que sean aceptadas a nivel mundial. Del mismo modo trabaja constantemente en la realización de guías legislativas y recomendaciones para los países parte (por ejemplo la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia: tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia), ofrece asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación, organizan seminarios. Es decir, que la UNCITRAL trabaja con el objetivo de lograr en la medida de lo posible la unificación de las normativas, busca un régimen de insolvencia concreto y eficaz.

Por su parte el Banco Mundial (BM), también trabaja en desarrollar sistemas efectivos de insolvencia, busca desarrollar principios a partir del estudio y observación de las mejores prácticas en este tema, es así como surgen los “Principios para sistemas efectivos de insolvencia y de Derechos de los Acreedores”.

Según el BM (2005), estos principios surgen como una petición de la comunidad internacional a raíz de crisis financieras sufridas por mercados emergentes en las décadas de los noventa. Para lograr ese sistema de principios el BM requirió de la experiencia de profesionales funcionarios y expertos de 75 países, posteriormente fueron colocados preliminarmente en la página web para que los usuarios dieran sus comentarios, en 2001 fueron aprobados, y por un tiempo estuvieron bajo el análisis de la experiencia por lo que en 2005 fueron actualizados.

En cuanto al tema que atañe, el BM ha señalado que un marco regulatorio ideal es el que busca:

1. *Maximizar el valor de los activos de la empresa y de los recuperos por parte de los acreedores.*
2. *Prever tanto la liquidación efectiva de empresas no viables, y de aquellas cuya liquidación pueda producir un mayor beneficio para los acreedores, como la reorganización de empresas viables.*
3. *Establecer un cuidadoso equilibrio entre liquidación y reorganización, permitiendo una fácil conversión entre un procedimiento y otro.*
4. *Impedir la utilización indebida del sistema de insolvencia.*
5. *Evitar el desmembramiento prematuro de los activos del deudor por parte de los acreedores individuales que persiguen sentencias rápidas (Banco Mundial, 2005, p.19).*

No obstante, en materia concursal, a nivel internacional no hay un consenso en cuanto a la normativa, sino que la tónica ha sido que cada país regule a nivel interno sus normas sustantivas y procesales. En razón de esto se procede a describir dos casos de fuentes de derecho comparado que permiten conocer la aplicación del principio de conservación de la empresa. Ellos son Estados Unidos y Argentina. El criterio de selección se sustenta en la revisión del modelo jurídico aplicado en la cultura anglosajona y latinoamericana.

#### *1.1.2.1.1 Estados Unidos de América:*

Pioneros en la integración de la reorganización de las empresas a los procesos concursales, su ley vigente en temas de quiebras es la Bankruptcy Code (Código de Bancarrota), de 1978 y que fue reformada en 1994. Este cuerpo normativo está conformado por 13 capítulos, sin embargo solo se toma en cuenta para el estudio el capítulo 11 que versa sobre la reorganización.

*La “Reorganization” o procedimiento de reorganización de carácter general, puede definirse como un procedimiento concursal conservativo de carácter reorganizativo, a través del cual se busca la superación de una situación de crisis económica mediante la elaboración y ejecución de un plan de reorganización, con arreglo al cual la empresa seguirá funcionando bajo la gestión del propio deudor o, excepcionalmente, de un eventual “trustee” (administrador). (Pulgar, 1994, p. 136).*

El capítulo 11 o proceso de reorganización según Alvarado (2009), tiene como antecedente las crisis económicas del siglo XIX, específicamente las del

sector ferrocarrilero, es a partir de ahí que el país norteamericano se vuelve consciente sobre el beneficio de proteger empresas dedicadas a esto en razón de la conveniencia de los intereses públicos frente a la liquidación de estas empresas. Posteriormente con la caída de la bolsa estadounidense que desencadenó en la gran depresión de los años 30 se amplía la cobertura y la reorganización deja de ser aplicada solo al grupo ferrocarrilero, sino que es funcional para todas las sociedades. Estos serían precursores de la actual reorganización empresarial norteamericana.

Según menciona Pulgar (1994), el país norteamericano debió incursionar de forma anticipada en este tipo de soluciones debido a las crisis económicas producto de las guerras mundiales. Un aspecto influyente es la filosofía de la segunda oportunidad americana el cual es visible en el trato que da el derecho concursal a las crisis económicas, que a su vez tiene la influencia del favor debitoris (favorece a la parte débil de la obligación).

Sobre el pensamiento que se desarrolla a partir de las mencionadas crisis indica Alvarado (2009), que éste va superar la idea de que ante una situación de insolvencia se debe de liquidar al deudor y en su lugar el Estado va buscar el mantenimiento de la empresa en la medida de lo posible, especialmente por considerarla un mecanismo generador de riqueza.

*El sistema desarrollado [...] intentará dejar como última opción el desmembramiento del deudor, para buscar soluciones en las que se puedan satisfacer de mejor manera los intereses de todos aquellos que se verían afectados por un cese de operaciones, incluidos los trabajadores, los terceros, el propio titular, e inclusive los mismos acreedores. Comienza a nacer aquí un principio moderno del derecho concursal: El principio de “Conservación de la empresa”, el cual eventualmente puede llegar a satisfacer de forma más eficiente los intereses antes indicados. [...] En este sentido podríamos afirmar que la conservación de la empresa viable aparece como principio general, rector y medular de la nueva filosofía concursal existiendo así mayores posibilidades de satisfacciones de los acreedores si se reorganiza (Alvarado, 2009, p.8).*



Continuando con Pulgar (1994), otro de los puntos a considerar es que el derecho consuetudinario utilizado por el sistema estadounidense, es más práctico en comparación con el de las legislaciones de países máximamente influenciados por el derecho romano. De igual forma el derecho americano tiende a ser menos apegado a tradiciones jurídicas y esto le permite reformar de forma innovadora.

El capítulo 11 es un claro ejemplo de lo mencionado por la autora supra. Según los colaboradores de “Introducción a los Negocios en un Mundo Cambiante” dicho capítulo consiste en lo siguiente:

*Libera temporalmente a la empresa de sus obligaciones financieras, mientras se reorganiza y acuerda un plan de pagos con sus acreedores. La compañía deudora continúa operando durante los procedimientos de la quiebra. Con frecuencia, la empresa vende sus activos y subsidiarias menos rentables para reunir dinero y poder cubrir sus obligaciones inmediatas (Ferrell et al, 2010, p.77).*

La reconocida firma internacional Bracewell y Giuliani (2012), destaca que el objetivo de este capítulo es brindar una oportunidad para salvaguardar la empresa del deudor como una unidad productiva en marcha, esto se logra mediante la reestructuración de la deuda y sus intereses hacia unos que sean reflejo de su capacidad de pago real, esto se hace por medio de la formulación de un plan que posteriormente debe ser aprobado.

Previo a entrar en detalle se debe mencionar que la Ley de Quiebras (Bankruptcy Code) de los Estados Unidos se basa en tres principios básicos, los cuales explica De la Madrid (2009), El primero de ellos es la regla de prioridad absoluta, el cual establece que los créditos de mayor jerarquía deben ser pagados en su totalidad antes de que se paguen los de menor jerarquía, en ese sentido los accionistas no pueden cobrar nada si antes no han sido canceladas las acreencias. No obstante lo utilizado es una mezcla de este principio con el de prioridad relativa, por lo que al acreedor de menor jerarquía sí se le paga de forma parcial, aunque el acreedor mayor no haya visto satisfecho su pago.

El segundo principio que menciona el mismo autor (2009), es el llamado nuevo arranque este pretende dar oportunidad al deudor de ser liberado de las obligaciones y poder empezar de nuevo, no se trata de exonerar de responsabilidad, pues en ese supuesto el deudor debe entregar sus activos en pago, sin importar que no cubran el total de las acreencias. Por último el principio de rehabilitación de empresas, con este se pretende facilitar la rehabilitación del deudor que aun tenga capacidad para conservar el negocio pagando la mayor parte de las deudas. En este principio se basa la reorganización o capítulo 11, pues este supone el caso de empresas que tienen más valor funcionando que si se liquidaran sus activos.

Más en detalle, Pulgar (1994), apunta que a la reorganización estadounidense pueden acogerse personas físicas o jurídicas, tanto grandes empresas como empresas pequeñas, además para hacer uso de este capítulo no interesa si la crisis se dio por causas internas o externas, en el caso de las empresas.

Los numerales 301 y 303 establecen que la solicitud opera de forma voluntaria o involuntaria. La autora citada (1994), explica de forma clara los presupuestos objetivos para ambos casos:

- a) Voluntaria: opera con la sola la solicitud por parte del deudor (esta solicitud contiene según el artículo 521 una serie de requisitos, entre ellos es una lista con los activos y pasivos, un calendario de contratos pendientes, una declaración de asuntos financieros, etcétera).

La normativa estadounidense habla como presupuesto objetivo de falta general de pago y para ello no interesa la situación que ha provocado esa situación, en ese sentido se da una interpretación amplia y dentro de esa falta general de pago se incluye cualquier acto que conduzca a esa falta de pago, por ejemplo realizar cesiones de bienes fraudulentas.

Asimismo constituye parte del presupuesto objetivo el nombramiento de un "Custodian" dentro de 120 días previos a la fecha de apertura, esto porque hace creer que si se está nombrando esta figura es porque hay una situación

financiera difícil. Apunta además Pulgar que esto significa una ventaja porque se adelanta el momento de apertura, es decir que no se espera hasta el momento del impago, si no que se adelanta a esto.

- b) Involuntaria: cuando la solicitud es involuntaria el tribunal al que le corresponda conocer el proceso deberá realizar un doble juicio, el primero de ellos tendiente a comprobar el cumplimiento de los presupuestos que la ley establece, llamado juicio de legalidad, el otro juicio es llamado de oportunidad en el que se van a valorar los intereses de los acreedores, y se determinará si los intereses de los mismos están protegidos con la reorganización o si será mejor una liquidación (quiebra).

Sobre este particular De la Madrid (2009), complementa que para que la solicitud involuntaria sea aceptada quien impulsa el proceso debe demostrar que el deudor no está al día en el pago de sus obligaciones. Además influye en la solicitud la cantidad de acreedores, si hay más de 12 acreedores la solicitud debe ser hecha por mínimo 3 acreedores, pero si hay menos de 12 acreedores un solo acreedor no garantizado puede hacer la solicitud, sin embargo en ambos casos será preciso que lo adeudado sea como mínimo 500 dólares.

Un punto que vale destacar de este proceso es que no hay una fase de reconocimiento o legalización de créditos, ni de inventario de activos esto en razón de que es el mismo deudor quien como parte de la solicitud debe entregar una lista con estos detalles, una fase de reconocimiento no es lo usual. Y si la solicitud fuera involuntaria se le da un plazo de 15 días para que haga llegar al juzgado dichas listas.

La apertura del proceso de reorganización tiene varios efectos los cuales menciona Pulgar (1994), el primero de los efectos es que se paralizan todas las acciones ejecutivas que pudieran haber contra el deudor, este es un efecto importante en razón de que la reorganización busca dar un alivio al deudor para que presente el plan de reorganización y busque la forma en la cual pagar las deudas (362 Bankruptcy Code), esto es similar a los efectos formales que la

normativa nacional establece para el proceso de administración y reorganización con intervención judicial y el convenio preventivo.

El segundo de los efectos es que en la reorganización “No se producen efectos personales para el deudor, quien por regla general, mantiene la posesión, gestión y administración de sus bienes, necesitando autorización judicial para la realización de actos de administración extraordinaria, pero no así para los de administración ordinaria” (Pulgar, 1994, p.144). Esto quiere decir que, el deudor puede gestionar los actos ordinarios de la empresa, sin embargo requerirá ser autorizado para algún acto de carácter extraordinario (363 y 1107 Bankruptcy Code). Igual sucede en Costa Rica en la Administración y Reorganización con Intervención Judicial, en donde los órganos previstos para la administración solo podrán realizar los actos de carácter regular de la empresa o los que sean indispensables para el funcionamiento normal. Por su parte el artículo 725 del Código Procesal Civil establece en cuales casos deberá solicitar autorización del juez.

En los casos que se separa al deudor de la administración del negocio y la asume el trustee (síndico), a este se le permite anular cualquier transferencia de bienes que el deudor haya realizado desde tres meses hasta un año antes de la presentación de la apertura. Y sobre los intereses sobre deudas de acreedores no garantizados cabe destacar que son suspendidos.

Antes de continuar es preciso hacer mención de la figura del trustee, ya que la ley establece dos tipos, estos los menciona De la Madrid (2009), el United States Trustee que es un empleado del Departamento de Justicia y su función es apoyar al juez en asuntos meramente administrativos, por ejemplo hacer investigaciones, establecer comités. Por otra parte está el Trustee of the Estate que se encarga de la liquidación de los activos del deudor, son personas con una gran experiencia en el manejo de empresas y negocios.

La aceptación de la solicitud tiene como efecto la creación de comités (1102 y 1103 Bankruptcy Code), el comité de acreedores no garantizados es obligatorio,

este está constituido por los acreedores que tengan las 7 reclamaciones más grandes contra el deudor.

La formación del comité de acreedores sin garantía es importante esto porque según De la Madrid (2009), los acreedores garantizados tienen protección no solo en razón de su garantía, sino por la regla de prioridad absoluta, por lo que el comité de los no garantizados fungirá como un foro con labores como vigilar la actuación del deudor, colaborar con la elaboración del plan y muy importante permite las negociaciones entre acreedores y deudor. Es decir, constituye un canal de comunicación entre el deudor y los demás acreedores no garantizados.

Ahora bien, no significa lo anterior que los acreedores privilegiados y los accionistas de la empresa no puedan conformar un comité, pero en este caso deberán solicitar ante el tribunal su apertura (1102 (2) Bankruptcy Code).

Ya propiamente sobre la elaboración del plan de reorganización,

*En esta fase del procedimiento se concreta lo que constituye la finalidad básica del instituto, esto es, la conservación de la empresa a través de la elaboración de un plan de reorganización. Este plan es, por tanto, la pieza básica y central del procedimiento y en la que reside fundamentalmente la diferencia frente a los clásicos convenios del siglo XIX. (Pulgar, 1994, p. 146).*

Según el artículo 1121 del Bankruptcy Code el deudor cuenta con un periodo de 120 días (que se computa desde la presentación de la solicitud), en los cuales solo él podrá proponer un plan, posteriormente vencido ese plazo podrán presentar planes además del deudor, el trustee, un comité de acreedores. Esto es posible solo si el deudor perdió ya el plazo de exclusividad o si el deudor no ha presentado un plan que haya sido aceptado antes de 180 días después de presentada la solicitud.

El contenido del plan se encuentra en el artículo 1123 del Bankruptcy Code, un aspecto del contenido que se debe destacar es el que menciona De la Madrid (2009), y es que dentro del plan se debe realizar una clasificación de las deudas por categoría, agrupando las deudas similares en los mismos grupos, esto es

esencial porque para que le aprueben el plan es necesaria la aceptación de cuando menos una de las categorías de la deuda.

Sobre este particular Pulgar (1994), señala que la normativa anglosajona hace una distinción entre el contenido obligatorio y el voluntario del plan. El contenido obligatorio se clasifica en dos: En el primero están las medidas que tienen como fin el arreglo del pasivo, es decir el tratamiento que se le va dar a lo adeudado, aquí cabe la modalidad de quitas o esperas. El segundo contenido obligatorio consiste en las medidas que tratan la conservación de la empresa a partir de la reorganización. Según la autora este contenido se refiere a que el plan debe tratar esos temas, no obstante no se establece una medida para cada caso particular.

Según la misma autora (1994), el derecho norteamericano ha hecho énfasis en la necesidad de coordinar la reorganización con los intereses y derechos de que gozan los acreedores. Es por ello que como parte del plan es preciso establecer cuáles acreedores se verán afectados y la forma, en esta parte haciendo alusión a cada grupo de acreedores, valga decir que el trato debe ser el mismo para todos los que conforman cada grupo particular.

El plan puede consistir en suscripción de acciones, transferencia parcial o total de bienes, transformación de créditos en acciones, rescisión de un contrato, prórrogas, entre otras que menciona el artículo 1123 (a) del Bankruptcy Code.

Dicho de otra forma,

*El objetivo del plan de reorganización es proveer una estructura de reorganización justa y viable [...] el plan debe proveer los medios adecuados para su ejecución. Asegurar, entre otros aspectos, la satisfacción o modificación de las garantías, así como la fusión o consolidación de la empresa con otra de mayor fortaleza, si así se requiere. El plan también puede afectar o no los derechos de una clase de acreedores, garantizados o no garantizados, así como proponer la venta de la totalidad, o una parte importante del negocio y determinar la distribución del producto de dicha venta entre los acreedores y accionistas. (De la Madrid, 2009, p.9, 10).*

Posteriormente el plan debe ser aprobado y se hace en dos fases. En la primera de ellas los acreedores deben de votar el plan y en la segunda el juez homologa el plan.

Pulgar (1994), explica ambas fases de esta forma: En la primer fase o fase privada los acreedores (que ya habían sido clasificados en comités 1102 y 1103 Bankruptcy Code), son divididos para facilitar la votación en acreedores que deben aceptar expresamente el plan (los que se ven afectados con el plan, en razón de que obtienen de la reorganización menos de lo que conseguirían con la liquidación) y otro grupo de acreedores sobre los cuales se presume la aceptación o negativa (a los que el plan no les altera derechos legales o contractuales).

Para que el plan sea aprobado deben estar de acuerdo en su aprobación acreedores que representen 2/3 partes de los créditos del grupo y por lo menos la mitad de los acreedores reconocidos de la categoría (votación personal y capital).

Ya sobre la homologación del plan (segunda fase), el juez debe contemplar aspectos como viabilidad y ejecución del plan, protección de los intereses de los discrepantes del grupo, entre otros puntos que menciona el artículo 1129 del Bankruptcy Code.

Un detalle interesante de la legislación norteamericana lo menciona De la Madrid (2009), es el cramdown que consiste en la facultad que tiene el juez para imponer el plan de reorganización sobre categorías disconformes. Respecto a esto el juez debe ser cuidadoso de que sea un plan justo y equitativo. Por ejemplo si se trata de acreedores garantizados el juez debe velar que esta clase conserve la garantía de la propiedad, aunque esta se mantenga en posesión del deudor, de manera que aunque la propiedad sea vendida el acreedor garantizado reciba durante la eficacia del plan pagos diferidos

Algunos casos de reorganización conocidos son las de aerolíneas como Republic Airways, United Airlines, la General Motors, la multinacional Kodak,

entre muchas otras que se han beneficiado con la oportunidad de salvamento que ofrece este capítulo.

#### *1.1.2.1.2 Argentina*

La ley 24 522, de Concursos y Quiebras, de 1995, establece tres tipos de procedimientos que son el acuerdo preventivo extrajudicial, el concurso preventivo (judicial), y la quiebra. No obstante para efectos de esta investigación solo se va hacer mención de una figura del concurso preventivo conocida como salvataje o cramdown y de la quiebra, con el fin de conocer cómo es que esta legislación aplica la conservación de la empresa a procesos que son de carácter liquidativo.

Al igual que lo sucedido en Estados Unidos, fue la crisis económica que vivió el país del sur en los años 90 lo que dio pie a una larga cadena de cambios, y así como por método de prueba y error los argentinos se mantienen constantemente estudiando cambios que cubran los objetivos y que no se preste para abusos. Sobre lo mismo Farina y Farina (2008), mencionan que las épocas de crisis económicas dejan ver las carencias del derecho concursal.

Este país suramericano tiene una larga trayectoria en el tema de la conservación de empresas, lo integra originalmente por medio de la ley 19 551 del año 1984, en aquella ley el síndico era la figura que podía solicitar la continuación y venta de la empresa en funcionamiento. Posteriormente surge la ley 24 522 ley de concursos y quiebras del año 1995, que es la ley vigente, pero que fue reformada en algunos de sus artículos por la ley 26 684 de junio de 2011.

La ley 24 522 según (2008), persigue dentro de sus objetivos flexibilizar el procedimiento del concurso preventivo, incorporar una instancia ulterior que permita que acreedores o terceros interesados puedan acceder a un salvataje, reconocer fenómenos de la realidad económica, disminuir costos en procesos concursales, incorporar profesionales de diferentes áreas, entre otras.



### El salvataje en el derecho argentino:

De forma general el concurso preventivo está regulado en el Título II a partir del artículo 5 de la ley. Puede ser solicitado por los deudores, sean personas físicas o jurídicas. Para poder solicitarlo se debe cumplir con todos los requisitos que establece el artículo 11 de la ley 24 522, ley de Concursos y Quiebras.

Sus efectos se regulan a partir del artículo 15, algunos son: que el deudor conserva la administración bajo vigilancia del síndico, se le prohíbe al concursado realizar actos que alteren la situación de los acreedores, se suspende el cobro de intereses para los créditos no garantizados, las deudas no dinerarias son convertidas para efectos del concurso en valor de moneda, un efecto notorio es que los servicios públicos no pueden suspenderse por deudas que sean anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, entre otros.

El concurso preventivo tiene una etapa que es de verificación de los créditos, este se presenta ante el síndico, posteriormente el síndico realiza un informe general en donde expone las causas que han generado la crisis y describe cómo se componen el activo y el pasivo (Artículo 39).

Al igual que en la reorganización estadounidense, el derecho argentino establece un periodo de exclusividad en el cual el deudor podrá proponer el agrupamiento de acreedores y los acuerdos de concurso (Capítulo IV de la ley 24 522). Para aprobar la propuesta se requiere de mayoría absoluta de acreedores que representen 2/3 partes del capital; ahora bien si el deudor no alcanza la votación necesaria el artículo 48 ibídem establece supuestos especiales, conocidos como salvataje o cramdown, que buscan evitar la conversión a quiebra (Artículo 77 de la ley 24 522). Sobre este particular,

*El salvataje es una figura novedosa que aparece en la legislación argentina y consiste en dar una oportunidad a los acreedores de la empresa y terceros interesados, de adquirir en propiedad la misma, evitando así la quiebra por falta de acuerdo entre los deudores y sus principales acreedores (De la Madrid, 2009, p.35)*

El llamado cramdown puede ser definido de la siguiente forma,

*El procedimiento que se implementa cuando determinados sujetos sometidos al proceso de gran concurso ven frustradas sus aspiraciones o pretensiones de acuerdo, al no presentar propuesta o al no obtener las conformidades necesarias, o cuando se admitan algunas de las causales de impugnación del acuerdo obtenido con el deudor concursado; todas hipótesis que abren la posibilidad para que terceros adquieran las participaciones sociales de la entidad concursada (Rodríguez citando a Di Tullio, Macagno y Chiavassa, 2007, p. 642).*

El salvataje busca una forma de preservar la empresa cuando la propuesta del concurso preventivo no fue aceptada por los acreedores, es un ejemplo de lo que se conoce como la desvinculación del empresario de la empresa, esta figura pretende que la suerte del empresario no arrastre a la empresa a su cierre.

El objetivo del instituto lo mencionan los autores de concurso preventivo y quiebra,

*Con este procedimiento se procura tutelar a la empresa y a sus acreedores, permitiendo la reconversión, reestructuración o salvataje del negocio, y también el patrimonio de los accionistas, que recibirán una justa compensación por la participación societaria, de la que deben resignar el mismo porcentaje del valor patrimonial que resignan los acreedores (Farina y Farina, 2008, p. 576).*

En otras palabras el cramdown o salvataje permite que los mismos acreedores o terceros totalmente ajenos a la empresa puedan adquirir la participación accionaria de ella, previo el compromiso de lograr un acuerdo con los acreedores y éstos lo voten de forma positiva.

El trámite inicia de oficio, esto de conformidad con el artículo 48 inciso 1 de la ley 24 522, que señala que es el mismo juez quien abre un registro dentro del mismo expediente, ahí deben inscribirse los acreedores, las cooperativa de trabajadores de la empresa concursada y los demás terceros que estén interesados en la adquisición de las acciones o cuotas representativas del capital social, para que formulen una propuesta de acuerdo preventivo. Ahora, bien si transcurrido el plazo de inscripción nadie lo hace el juez deberá declarar la quiebra

No obstante según Farina y Farina (2008), el salvataje tiene una insuficiencia pues es un instituto que se basa solo en la transferencia forzosa del paquete accionario y no considera dentro de esa transferencia la empresa para continuar con la misma.

En caso de que sí hubiera personas inscritas interesadas será preciso realizar una valuación de dichas acciones en el mercado (artículo 48 inciso 3 de la ley 24 522). Ya con la valuación el juez fija el valor de las acciones y procede a la fase de negociación y presentación de las propuestas por parte de los interesados, quienes deberán obtener las conformidades necesarias (artículo 48 incisos 6 y 7), y para que el juez pueda homologar. En este punto si no se logra el salvataje se declara la quiebra.

#### La Quiebra en Argentina – Enajenación en marcha de la empresa

Sobre el proceso de quiebra se aclara que esta sección no pretende entrar a conocer a fondo la regulación jurídica del proceso de quiebra argentino, el cual es rico en normativa y doctrina, ya que esto solo distraería del punto que sí se pretende enfatizar, y que es la continuación de la actividad empresarial y posterior enajenación en marcha dentro de este tipo de procesos. Dicho esto se exponen en forma breve algunos detalles del proceso para luego conocer lo que interesa.

El proceso de quiebra en Argentina se encuentra contenido en la ya citada ley 24 522 en el Título III a partir del artículo 77. La quiebra inicia por petición del deudor, acreedor, o bien por conversión. El presupuesto objetivo es que el deudor se encuentre en estado de cesación pagos, así como que se demuestre cualquier hecho que deje ver que no tiene posibilidad de cumplir con sus obligaciones, sobre este último punto se puede consultar el artículo 79 ibídem.

El presupuesto subjetivo es que el proceso se aplica a personas de existencia ideal (jurídica) y personas físicas, comerciantes o no. La sentencia que declara la quiebra tiene un contenido específico, en ese sentido coincide la legislación argentina con la costarricense, pues en ese acto se establecen aspectos como el desapoderamiento, se ordena a terceros que entreguen los

bienes del quebrado que tengan en sus manos (reintegración), se intercepta la correspondencia del fallido, se da orden de publicar la apertura del proceso, entre otros que establece el artículo 88 de la ley 24 522.

Sobre los efectos de la quiebra versa el Capítulo II, el cual se divide en cinco secciones y en cada una de ellas se regula un tipo de efecto. De esta forma la sección primera contiene los efectos personales que recaen sobre la figura del quebrado, la segunda trata sobre el desapoderamiento, la tercera regula el periodo de sospecha y los efectos sobre actos perjudiciales a los acreedores, la cuarta atiende los efectos generales sobre las relaciones jurídicas preexistentes y por último la sección quinta establece cuáles son los efectos sobre ciertas relaciones jurídicas en particular.

Dentro de los efectos se puede mencionar que el quebrado debe cooperar con el juez y el síndico en el esclarecimiento de la situación patrimonial, no podrá ausentarse del país sin autorización judicial, al igual que sucede en Costa Rica se declara el desapoderamiento, el síndico continúa con la administración de los bienes, un efecto interesante es que la quiebra no disuelve el contrato de trabajo, esto es importante en caso de que la empresa sea vendida en marcha como se explica más adelante, entre otros efectos.

La legislación argentina regula la continuación de la empresa a partir del Capítulo IV, Sección II, en los artículos del 189 y al 199. Y la realización a partir del artículo 203.

Sobre esto Farina y Farina (2008), mencionan que el cambio de enfoque sobre la quiebra ha sido un gran avance en razón de que la quiebra hasta mediados del siglo XX era orientada como un proceso liquidatorio. Mientras que actualmente en Argentina la Ley de Concursos se impregna de la conservación de empresa, pues considera que ésta beneficia a la comunidad y genera un beneficio económico, además de proteger los créditos.

Asimismo señalan los autores (2008), que la ley concursal argentina tiene diversas posibilidades dentro de la línea preventiva que buscan evitar la

liquidación, no obstante cuando la quiebra es declarada no implica precisamente la extinción de la empresa. Esto porque la misma ley busca evitar ese desmantelamiento innecesario de la unidad productiva. No obstante se debe tomar en cuenta que se trata de algo excepcional, y no se busca de ninguna manera establecer ventajas, créditos o demorar la liquidación, sino que lo que se busca es que la empresa se realice en funcionamiento o en marcha.

Sobre este particular,

*Si pretendemos liquidar una empresa viable que solo atraviesa una crisis superable con los medios normales de los que dispone, estamos propiciando una conducta socialmente dañosa que a nadie beneficia. Si en el otro extremo, pretendemos sanear una empresa inviable manteniéndola en actividad, lo único que lograremos es prolongar una crisis terminal con perjuicio para los diversos sectores involucrados (Candelario y Rodríguez, 1998, pp.. 14, 15).*

Es decir, que la continuación de la empresa y su venta en marcha no es aplicada a la ligera, sino que es de aplicación meditada, pues no busca perjudicar, sino beneficiar.

A pesar de que la legislación argentina está más desarrollada y se basa en la protección de la empresa, dicha legislación, al igual que la costarricense no regula propiamente la figura.

Sobre esto aclaran Farina y Farina (2008), que cuando se habla de empresa se alude a la organización de los medios para la producción de bienes y servicios con el fin del comercio. Consideran que es importante aclararlo para que se entienda que al hablarse de la explotación de la empresa se está refiriendo a la actividad objeto de la misma.

Para la legislación argentina la continuación inmediata es esencial, no solo como un modo de potenciar el patrimonio que va a ser liquidado, sino que considera que para vender la empresa en marcha y para mantener el contrato social la continuación inmediata es vital, pues mantiene al equipo de trabajo y no se deprecian sus activos.

Dicho lo anterior, el artículo 189 menciona que la continuación inmediata pretende evitar un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio, busca evitar que se interrumpa un ciclo de producción que puede ser perfectamente concluido, asimismo reflexiona sobre aspectos como el emprendimiento que es económicamente viable y la conservación de la fuente laboral.

En la continuación inmediata el síndico juega un papel importante ya que es el llamado a solicitarla para que el juez resuelva según lo que considere más conveniente. Asimismo es sobre él que recae la continuación, salvo que las 2/3 partes de los trabajadores organizados en una cooperativa la soliciten al síndico o al juez. Sobre este particular,

*En cuanto al requisito de que los trabajadores deberán actuar en el periodo de continuidad bajo la forma de una cooperativa de trabajo, entendemos que esta cooperativa habrá de constituirse una vez resuelta la continuidad de la empresa y otorgue tales funciones a la cooperativa en formación. Hasta lograr la autorización del órgano de control actuará como cooperativa en formación, puesto que de otro modo equivaldría a encerrar a los trabajadores en una trampa. Esta cooperativa actuará bajo la supervisión del síndico de la quiebra. (Farina y Farina, 2008, p. 349).*

Sobre lo mismo Olazabal (2011), considera que las cooperativas de trabajo son fenómenos que se han instaurado en la realidad argentina, así como en su legislación.

Empero pese a que la legislación trata de implementar la continuidad inmediata se debe tomar nota de ciertos detalles en los que la normativa no es armónica, por lo que dificulta la aplicación de la figura. Resulta sumamente importante considerarlos para una efectiva aplicación del principio bajo estudio.

Sobre esto Farina y Farina (2008), mencionan que la normativa argentina establece por un lado la continuación inmediata en manos del síndico, sin embargo en el artículo 88 que trata sobre el contenido de la sentencia, en el inciso 11 establece que en ésta se debe fijar audiencia para sortear el síndico. Asimismo consideran los autores que el síndico enfrenta otra dificultad pues la normativa

establece que una vez dictada la sentencia se procede a incautar los bienes del quebrado incluyéndose la clausura del establecimiento, entonces para cuando el síndico se integra al proceso lo que va encontrar es una empresa cerrada.

Continuando con el artículo 190 este se titula “Tramite común para todos los procesos”, y menciona que el síndico en todos los procesos debe informar al juez, dentro del plazo de 20 días computados desde la aceptación del cargo, sobre la posibilidad de continuar la explotación de la empresa o de alguno de los establecimientos del quebrado, así como la conveniencia de enajenarlos en marcha.

Ese informe debe contener aspectos como la posibilidad que tiene la empresa de continuar su actividad sin contraer nuevas obligaciones, con excepción de las necesarias para continuar la actividad; debe de informar porqué la venta en marcha resulta en una ventaja para los acreedores; qué beneficio pueden tener terceras personas en que la actividad se mantenga; debe contener un plan de la posible explotación y establecer el presupuesto que se utilizaría, señalar cuáles contratos de ejecución deben mantenerse, determinar cuáles modificaciones deben darse dentro de la unidad productiva para hacerla económicamente viable y por último debe informar cómo se va a cancelar el pasivo preexistente.

Sobre esto,

*El informe sobre la posibilidad de continuar la explotación es necesario, porque la decisión sobre el mantenimiento de una explotación ha de analizarse en el plano pragmático de la acción económica, y su pertenencia dependerá primeramente de que ello sea viable. (Farina y Farina, 2008, p. 351.)*

Como se mencionó antes y de conformidad con el artículo 191 de la Ley 24 522, Ley de Concursos y Quiebra de Argentina, la autorización para continuar la actividad de la empresa debe ser dada por el juez, para ello él debe razonar las ventajas o beneficios y desventajas que se puedan producir. Además en la autorización debe tocar puntos como el plan de explotación, para este particular la

legislación argentina admite que el juez sea asesorado por expertos o entidades especializadas, debe indicarse el plazo por el que se continuará explotando la empresa, pero considerando el tiempo que se tarde en vender la misma, los bienes que se van a emplear para la actividad, determinar cuáles contratos se continúan, entre otros aspectos.

También se considera dentro de la Ley de Concursos y Quiebra conque en el caso de que sean los trabajadores quienes hayan continuado la empresa, el Estado debe brindarles asistencia técnica para continuar con el giro normal de los negocios.

Ahora bien, ya en la continuación de la empresa los trabajadores o el síndico estarán bajo cierto control, pues el artículo 192 les establece el régimen bajo el cual lo harán. Por citar algunos controles podrán realizar actos de administración ordinaria, pero para asuntos que sobrepasen esa administración normal deberán ser autorizados por el juez, si el juez en algún punto de la administración considera que la continuación no está dando el fruto esperado o es deficitaria, podrá ponerle fin.

En caso de continuación de la empresa, los acreedores prendarios e hipotecarios no pueden hacer uso de su derecho si los bienes en garantía son necesarios para la explotación y cumplen con lo estipulado en el artículo 195, por ejemplo que se traten de créditos no vencidos y que el síndico continúe haciendo pago de la obligación.

Respecto al contrato de trabajo el artículo 196 de la mencionada ley establece que la quiebra no produce su disolución, sino que lo suspende por el término de 60 días, esto como una forma de dar plazo para que se resuelva si va haber continuidad o no, si no hubiera continuación se va a tomar como fecha de terminación del contrato laboral la fecha en que se declaró la quiebra.

De continuarse la explotación el síndico debe considerar cuáles trabajadores continúan y cuáles no, en razón del plan de explotación. Las



indemnizaciones de los trabajadores que corresponden al periodo de la continuación tienen preferencia.

Sobre las obligaciones laborales del que adquiere la empresa es considerado sucesor del concurso solo en cuanto a los derechos laborales producto del periodo en que se continuó la actividad, es decir que los pagos por derechos laborales correspondientes al periodo previo a la continuidad deben ser pagados con el concurso.

Lo anterior constituye una pincelada de lo que el derecho argentino establece sobre la continuidad de la explotación de la empresa. Por otra parte interesa conocer las formas en las que se realiza el patrimonio. Al respecto se hace mención en dos artículos, que son el 203 y el 204 de la Ley de Concursos y Quiebras de Argentina los cuales establecen el tiempo y las formas de realización.

El primero establece que la venta de los bienes recae sobre el síndico y que debe hacerse de inmediato salvo que exista recurso contra la sentencia o que se haya resuelto la continuación de la explotación. El segundo establece lo siguiente,

*La realización de los bienes debe hacerse en la forma más conveniente al concurso, dispuesta por el juez según este orden preferente: a) Enajenación de la empresa, como unidad; b) Enajenación en conjunto de los bienes que integren el establecimiento del fallido, en caso de no haberse continuado con la explotación de la empresa; enajenación singular de todos o parte de los bienes. Cuando lo requiera el interés del concurso o circunstancias especiales, puede recurrirse en el mismo proceso a más de una de las formas de realización. (Ley 24 522, vigente al 2016, s/p).*

Al respecto Farina y Farina (2008), apuntan que esta forma de venta de empresa busca proteger el valor que esta significa de modo especial, ya sea como empresa en marcha o por lo menos por bloques de establecimientos.

Para la enajenación de la empresa la ley concursal argentina hace referencia a la figura de los enajenadores, sobre lo cual el artículo 261 establece que la enajenación es una tarea que recae en martilleros, bancos comerciales o

de inversión, intermediarios profesionales en enajenación de empresas, así como en cualquier otro experto en el tema.

Dicho esto el artículo 205, de la citada ley, establece cuál es el procedimiento a seguir, al respecto indica que el encargado de la enajenación debe tasar lo que se va a vender en función de su valor probable de venta en el mercado, de ese valor se informa a la cooperativa de trabajadores y al síndico, quien deberá proceder de conformidad con el artículo 206 e indicar si en la enajenación se están incluyendo bienes gravados o con un privilegio especial, en cuyo caso estas preferencias se trasladan al precio obtenido.

Sobre lo mismo el inciso 2 del artículo 205 establece que en todos los casos la cooperativa de trabajadores puede realizar una oferta y pedir la adjudicación de la empresa de acuerdo al valor que se le haya establecido.

Asimismo el inciso 3 ibídem dispone que la venta debe ser ordenada por el juez y puede ser realizada en subasta pública, en este caso se le debe de informar al síndico quien deberá proceder igual que en el caso del inciso 1 (respecto a bienes gravados).

En el caso de que el juez ordene la venta, sin recurrir a la subasta pública, señala el inciso 4 del mismo artículo que el síndico y quien haya sido designado para la enajenación, deberán plantear un documento en donde estarán contenidas todas las condiciones de la venta, dentro de éstas la base del precio, una descripción de los bienes, locación de los bienes en caso de ser necesario, entre otras.

Además dentro de la base pueden incluirse créditos que no se hubieran realizado y que son vinculados a la empresa o el establecimiento que se va vender. De igual forma el citado inciso establece que la venta debe ser de contado y que el precio debe pagarse previo a la toma de posesión.

El contenido de ese pliego debe ser conocido por el juez quien deberá definir el contenido por medio de resolución fundada, para ello la normativa le

brinda la opción de asesorarse por los especialistas necesarios según el tema. Esos pliegos deben ser publicados mediante edictos por dos días.

Las ofertas se deben entregar en sobre cerrado y el juez debe abrirlos en la fecha acordada frente al síndico, oferentes y acreedores que concurren. La legislación argentina establece que desde que los enajenadores valoran el bien (inciso 1), hasta este punto del proceso no pueden transcurrir más de 4 meses. Además el juez para adjudicar deberá ponderar que la empresa continúe su explotación. Para concluir una vez depositado el precio el juez ordena las inscripciones pertinentes. Si no se deposita el precio se debe realizar otra licitación que sería sin base.

#### 1.1.2.2 Normativa Nacional

En Costa Rica una de las primeras críticas que recibe el derecho concursal en general es la dispersión de normas relativas al tema, es decir que no hay unificación de los diferentes procesos en un mismo cuerpo legal, lo que complica el estudio. Como efecto de esto se debe tener claridad en cuáles son las normas aplicables a los diferentes procedimientos y principalmente a cada caso particular.

*El proceso de quiebra se encuentra regulado de manera dispersa en nuestro ordenamiento jurídico, así podemos encontrar en los Códigos de Comercio, Civil y Procesal Civil, lo que ha provocado que doctrinarios como litigantes e incluso los jueces, rehúyan en cierta medida al estudio sistematizado de esta materia. (Hernández, 2005, ¶ 1).*

##### 1.1.2.2.1 Principios Rectores

El principio de responsabilidad patrimonial es uno de los principios esenciales que rigen tanto a las ejecuciones colectivas como a las individuales. Según ese principio el patrimonio de una persona es considerado prenda común de sus acreedores, de ahí que éstos pueden perseguir todos los bienes de su deudor, con la salvedad de los inembargables por ley o por alguna cláusula, siempre y cuando se cumpla con lo dicho en el artículo 292 del Código Civil. Esto

es así por la función tan vital que cumple el crédito dentro de la economía de un país, es por ello que se procura el pago.

Este principio lo establece el Código Civil en el artículo 981 “Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responde 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. (Código Civil, vigente al 2016, s/p).

En materia concursal propiamente dicha existen varios principios uno de ellos es el de la “Par Conditio Creditorum” o Principio de Paridad de Acreedores, también conocido como principio de igualdad, este indica que en los procesos concursales todos los acreedores estarán sometidos a una igualdad de condiciones, con las salvedades establecidas en la ley. Dentro de este principio deben considerarse dos manifestaciones que explican Castiblanco y Madrigal (2012), la primera de ellas relativa al aspecto positivo de este principio, que está relacionado con la forma de recuperar sus créditos que tienen los acreedores, en este caso al ser el valor del pasivo del patrimonio del concursado, mayor al valor del activo de ese patrimonio, y al estar los acreedores en igualdad de condiciones, el pago se les realiza a prorrata, o sea de forma proporcional a sus créditos, salvo las preferencias de ley. La otra manifestación del principio es la negativa. Por estar en condiciones de igualdad también repercuten en los acreedores los aspectos negativos, por ello deben soportar en conjunto las pérdidas y gastos resultantes del proceso.

Sobre los gastos el artículo 892 del Código de Comercio que establece que todos los acreedores deben soportar los gastos a los que refiere el inciso 1) del artículo 990 del Código Civil:

*Las que provienen de gastos tanto judiciales como de actos u operaciones extrajudiciales hechos en el interés común de los acreedores para la comprobación y liquidación del activo y pasivo del concurso, para la administración, conservación y realización de los bienes del deudor y para*

*la distribución del precio que produzcan.* (Código Civil, vigente al 2016, s/p).

En palabras de Rodríguez los acreedores “se encuentran unidos por la desgracia común” (Castiblanco y Madrigal citando a Rodríguez, 2012, p. 14). Respecto a esta manifestación negativa, especialmente a efecto del pago, hay que considerar lo dicho por el artículo 886 Código de Comercio que establece el orden en que deben de ser pagadas las acreencias. “Para el reconocimiento y pago, los créditos se clasifican así: créditos con privilegio sobre determinado bien, créditos de los trabajadores, créditos de los arrendadores y arrendatarios, créditos de la masa y créditos comunes”. (Código de Comercio, vigente al 2016, s/p).

El principio de universalidad subjetiva, éste también de carácter concursal, establece que todos los acreedores deben concurrir al juicio universal, para que allí legalicen sus créditos y pasen a formar parte de la masa de acreedores. No podrán ejecutar al deudor de forma individual, salvo que se trate de un acreedor privilegiado, que en virtud de su privilegio podrá ejecutar, si así lo desea, fuera del concurso, pero con intervención del curador y dentro del mismo juzgado en que se tramita el proceso concursal; la única excepción a este último punto la establece el artículo 890 Código de Comercio en el párrafo segundo que dice:

*Los procesos ejecutivos hipotecarios y prendarios iniciados antes de la declaratoria de la quiebra, continuarán en el tribunal en el que hubieren sido establecidos, si en ellos ya hubiere señalamiento para el remate; en caso contrario se remitirán al juzgado que tramita la quiebra.* (Código de Comercio, vigente al 2016, s/p).

El principio concursal de universalidad objetiva establece que todos los bienes que constituyen el patrimonio del deudor queda afectos, vinculados, al proceso concursal, con la salvedad de los bienes no perseguibles por los acreedores establecidos por ley, como los señalados en el artículo 984 del Código Civil o el Código de Familia respecto a la afectación de un inmueble a patrimonio familiar.

Este principio según lo explican Castiblanco y Madrigal (2012), se sustenta de tres aspectos: la reintegración patrimonial, la reivindicación de los bienes de terceras personas que se encuentren en manos del fallido y por último los bienes futuros que ingresen al patrimonio del concursado.

La reintegración del patrimonio, se refiere a la reconstrucción del patrimonio del deudor, de esta forma en los procesos de tipo liquidatorio (Quiebra y Concurso Civil de Acreedores), se decreta, como regla, el desapoderamiento de los bienes por parte del deudor y en su lugar el curador será quien quede a cargo de la posesión y administración de los bienes. Al respecto debe considerarse lo dicho por Lozano (2004), quien menciona que ese desapoderamiento al que se refiere la quiebra no es por una incapacidad declarada sobre el fallido, ya que éste perfectamente puede seguir ejerciendo actos jurídicos de índole personal, así como disponer y administrar los bienes que tengan el carácter de inembargables.

Continuando con el tema de la reintegración se generan prohibiciones sobre terceras personas (los cuales se mencionan párrafos abajo como parte de los efectos de la quiebra), y se establece el periodo de sospecha.

En los procesos de tipo preventivo el desapoderamiento es excepcional, pero de igual manera se decreta periodo de sospecha y se inventarían bienes, ya que de ser infructuoso el proceso se decreta de inmediato la quiebra o el concurso civil, según sea el deudor persona comerciante o no comerciante.

El periodo de sospecha corresponde al lapso de tiempo que transcurre desde el momento en que el deudor entra en crisis económica, ya sea estado de cesación de pagos o insolvencia, hasta el momento en que se declara abierto judicialmente el concurso en sus diferentes modalidades. Tiene como objetivo retrotraer los efectos de los procesos concursales al momento en que el deudor inició esa crisis. Ese período obedece a la necesidad de salvaguardar el patrimonio para que los acreedores puedan ver honrados sus créditos, pues de no ser de esta forma muchos de los deudores se valdrían de traspasos ficticios,

ventas simuladas, donaciones, entre otras con el fin de ocultar o distraer sus bienes.

La jurisprudencia costarricense a través de algunas resoluciones ha determinado la forma correcta en que se debe establecer ese periodo, algunas de las resoluciones son los números 271-2004, 148-2006 y 110-2009, todas del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José. Al respecto indican en lo que toca con el proceso de Quiebra, primeramente remiten a los artículos 863 y 868 ambos del Código de Comercio. El artículo 863 establece que después de presentada la solicitud de quiebra (siempre que cumpla con todos los requisitos) el juzgado dentro de un plazo de 24 horas deberá declarar el estado de quiebra (con todos sus efectos), sin embargo por vía jurisprudencial ese plazo de las 24 horas actualmente no se cumple, ya que previo a que sea declarada la quiebra judicial se le hace un requerimiento de pago al deudor con el fin de verificar si efectivamente está en estado de cesación de pagos, ya ese es el presupuesto objetivo de la quiebra para declararla judicialmente.

Por otro lado el artículo 868 del Código de Comercio señala que de no haber dentro del expediente prueba de que sea más reciente la cesación de pago, “el juez retrotraerá los efectos de esa declaratoria hasta tres meses hacía atrás desde el día siguiente a aquél en que se solicitó la declaratoria de quiebra. Aquí es importante conectar éste artículo al 863 del Código de Comercio, esto por lo ya mencionado en relación al plazo de las 24 horas, mismo que no se cumple debido a los diferentes trámites previos que se dan en la actualidad, por lo que la jurisprudencia ha considerado que a la hora de fijar el periodo de sospecha no se puede usar la fecha real en la que se está declarando la quiebra, pues esto iría en contra de la verdadera intención del legislador, sino que se debe de establecer como si no hubieran existido todos esos retrasos y se hubiese declarado la quiebra 24 horas después de presentada la solicitud.

De igual manera el artículo 868 del Código de Comercio, deja abierta la posibilidad de que en cualquier tiempo y por vía incidental, ya sea por gestión del curador o de algún acreedor, se varíe esa fecha y que los efectos de la

declaratoria de quiebra se retrotraigan hasta por seis meses. Asimismo por medio de acciones legales establecidas, ya sean las ordinarias o las concursales, se pueden impugnar los actos o contratos que haya realizado el deudor dentro de ese periodo en relación a su patrimonio.

La reivindicación de los bienes de terceras personas en manos del fallido. Uno de los atributos de la propiedad es la posesión y en razón de ello el Código Civil en el artículo 281 establece “El hecho de la posesión hace presumir el derecho de poseer, mientras otro no pruebe corresponderle ese derecho” (Código Civil, vigente al 2016, s/p).

Ante esa presunción es posible que bienes que están en manos del deudor fallido, pero que no le pertenecen sean incluidos dentro de la conformación del activo de su patrimonio, y en razón de esto es que su verdadero propietario deberá acudir a reclamar su derecho de propiedad sobre el bien, para esto deberá de presentar un incidente de exclusión de bienes, y presentar un documento que demuestre que el bien estaba en manos del deudor en condición de préstamo, por ejemplo un contrato de Leasing Operativo.

El incidente debe ser presentado antes de que se liquide el bien; pues si ya se hubiera vendido el artículo 1065 del Código Civil, establece que “La nulidad de la venta de cosa ajena no se aplica a cosas muebles, pues respecto de éste el comprador de buena fe se hace inmediatamente propietario, si entró en posesión real, salvo lo dispuesto en el artículo 481” (Código Civil, vigente al 2016, s/p).

De lo anterior se extrae a contrario sensu, que si el comprador lo adquirió de mala fe (sabiendo quién era el verdadero dueño), el reivindicante puede solicitar la nulidad de la venta, pero ya por vía ordinaria y no por vía incidental. Y si el comprador adquirió de buena fe quien desee reivindicar la cosa deberá proceder de conformidad con el artículo 481 del Código Civil.

Respecto a los bienes futuros Castiblanco y Madrigal (2012), mencionan que las personas a lo largo de su vida tienen un solo patrimonio y que éste crece o se reduce, aunado a ello cabe decir que el sistema jurídico costarricense se basa



en el principio de responsabilidad patrimonial, por lo que tanto los bienes actuales como los futuros estarían afectados por el proceso, con las limitaciones que la ley establezca.

Otro de los principios del proceso concursal es la oficiosidad, este principio surge de la necesidad de que el aparato estatal regule ciertas actividades y situaciones. Los procesos concursales regulan intereses públicos y privados. Como se ha mencionado el comercio, la empresa, los créditos, entre otros son aspectos determinantes en la economía del país, de allí que resulta tan necesaria la regulación efectiva por parte del Estado.

Como parte de esa intervención del Estado va a surgir el principio de conservación de la empresa, que es el que motiva esta investigación, el cual pretende impregnar los procesos concursales de elementos que permitan evitar el cierre innecesario de empresas. Sobre lo anterior se ahondará en apartados posteriores.

En el siguiente infograma se ilustran los seis principios rectores del derecho concursal.

## FIGURA N° 8

### Principios del Derecho Concursal



**Fuente:** Elaboración Propia 2016.

#### 1.1.2.2.2 Órganos Intervinientes en el Proceso Concursal

En los juicios universales, se encuentran tres órganos que resultan comunes a todos los procesos concursales, por eso resulta importante previo a entrar en el estudio de la normativa propia de cada proceso tener una idea general de ellos.

- a) El órgano de dirección o judicial, en palabras de Hernández (2005), es el órgano supremo, emana de la Constitución Política, y es representado por la

figura del juez, dentro del proceso tendrá funciones judiciales así como de índole administrativo.

- b) El órgano de gestión, administración y representación, lo conforman el curador (función auxiliar del juez,) y el interventor (en los procesos de administración y reorganización con intervención judicial). Debe estar claro que se trata de tres funciones distintas que pueden recaer sobre la misma persona, ya que según sea el proceso de que se trate las funciones pueden variar.

La gestión corresponde a la realización de todos los trámites pertinentes para que el proceso siga su curso. Un claro ejemplo de esta función la establece el Código Procesal Civil en el artículo 781 “El avalúo de los bienes se hará tan pronto lo solicite el curador...” (Código Procesal Civil, 2016, s/p).

La administración tiene que ver con la potestad que la ley le concede al curador para recuperar, ocupar y conservar los bienes del deudor. El autor y jurista español José A. Ramírez, hace una apreciación sobre la función de administración y la clasifica de la siguiente manera:

*Se puede catalogar la actividad administradora así: 1. Actos que tienden a la custodia de los bienes (conservación física). 2. Actos que tienden a la conservación de los bienes, a subdividir en dos categorías, a saber: a) Actos que persiguen la conservación de los bienes en su estado y sustancia. b) actos que persiguen la conservación del valor de los bienes. 3. Y actos que tienden a la productividad o rentabilidad de los bienes. (Ramírez, 1998, p.696).*

Es decir, que la función de administración engloba una serie de obligaciones que recaen sobre la figura del curador o síndico. En relación con la administración quizás la función que más interesa al tema objeto de esta investigación, es la referida a la conservación dinámica de los bienes, pues esta función persigue que los bienes no pierdan su valor en el tiempo.

*El síndico no ha de velar tanto por la conservación de los bienes en sí como por la conservación del valor económico representado por los mismos, puesto que lo bienes habrán de ser enajenados un día u otro para*

*satisfacer con su valor a los acreedores. Ha de ser, por tanto, la administración de los síndicos esencialmente operativa y dinámica, y no una administración estática.* (Uría, 1992, p.976).

La administración dinámica recobra mayor importancia cuando se trata de empresas que sean rescatables en virtud de tener algún grado de viabilidad, de ahí la importancia de analizar la continuidad del negocio no solo con el fin de evitar un daño mayor (por ejemplo: pérdida de materia prima), sino con miras a la liquidación, es decir, considerando la posibilidad de mantener la empresa activa para venderla funcionando y en bloque.

La función de representación del órgano que se viene mencionando es tanto judicial como extrajudicial; así se desprende de los artículos 925 y 932 incisos 2 y 3 del Código Civil, cuando el segundo establece lo siguiente como obligaciones del curador. “2°-Continuar los juicios pendientes que activa o pasivamente interesen al concurso y sostener los que en contra él se entablen...” (Código Civil, 2016, s/p). 3°-Reclamar judicial o extrajudicialmente los créditos vencidos a favor del concurso...”. (Código Civil, 2016, s/p).

c) El órgano deliberativo. Según Hernández (2005) la junta de acreedores está compuesta por un conjunto de personas (físicas o jurídicas) tienen como objetivo, tratándose de una quiebra o de un concurso civil de acreedores, la liquidación del patrimonio del fallido para salvaguardar sus propios intereses monetarios, este órgano delibera sobre ciertos aspectos, por ello no es un órgano de presencia continua.

## FIGURA N° 9

### Órganos Intervinientes en el Proceso Concursal



**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

#### 1.1.2.2.3 Clasificación de los procesos concursales

La siguiente tabla ilustra la clasificación de los procesos concursales, además permite una aproximación cognoscitiva a cada uno de los procesos concursales regulados por la legislación nacional, distingue figuras propias de cada proceso, normativa que los regula, entre otros aspectos de interés, esto para facilitar el estudio individual de cada proceso posteriormente.

**TABLA N° 1**

## Los Procesos Concursales en Costa Rica

		Liquidatorios		Preventivos	
Nombre del Proceso	Quiebra	Concurso Civil de Acreedores	Administración y Reorganización con Intervención Judicial	Convenio Preventivo de Acreedores	
Regulación	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Código de Comercio Artículos del 851 al 967.</li> <li>- Según 818 CPC lo dispuesto para el proceso de administración y reorganización por intervención judicial y el convenio preventivo es aplicable a la quiebra en lo compatible. Igual las normas procesales del concurso civil de acreedores. (Artículos 709 al 818 CPC).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Código Civil Artículos 884 al 1000.</li> <li>-Código Procesal Civil del Artículo 760 al 818.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Código Procesal Civil del Artículo 709 al 742.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Código Procesal Civil del Artículo 743 al 759.</li> </ul>	

<b>Presupuesto Subjetivo (Deudor)</b>	Persona física o jurídica, pero Comerciante	Persona Física o jurídica pero No comerciante	Empresas que su desaparición pueda provocar efectos sociales perniciosos y sin posibilidades de fácil sustitución	Persona física o jurídica, comerciante o no comerciante
<b>Presupuesto Objetivo</b>	Estado de Cesación de pagos (aunque tenga bienes carece de liquidez)	Insolvencia (más pasivos que activos)	Persona física o jurídica, pero titular de una empresa, la cual se encuentre en una situación económica o financiera difícil con cesación de pagos o sin ella, siempre y cuando esa situación sea superable, mientras no hayan sido declarados la quiebra o el concurso civil, y no se esté tramitando ya un procedimiento de convenio preventivo.	Encontrarse en crisis económica o financiera o en una situación de hecho. (estado de cesación de pagos o bien estado de insolvencia) que, según la ley, permita someter al deudor a una ejecución colectiva
<b>Órgano de gestión, administración y representación</b>	Curador	Curador	Interventor	Curador

<b>Desapoderamiento</b>	Sí	Sí	No *Excepción.	No Excepción*

**Fuente:** Elaboración Propia 2016.

En la tabla anterior se denotan diferencias entre los procesos de tipo preventivos y liquidatorios. Según Bresciani (2003), una de esas diferencias es que los primeros se basan en el principio de la buena fe, mientras que los liquidatorios presumen lo contrario, ejemplo de ello es que al iniciarse un proceso de quiebra se abre paralelamente un proceso en el Ministerio Público para que este dilucide si se trata de una quiebra fraudulenta o culposa (Artículo 863, inciso f del Código de Comercio).

De igual forma como efecto de la buena fe, en los procesos preventivos no ocurre el desapoderamiento, salvo lo dicho en el artículo 719 inciso 6 del Código Procesal Civil que se refiere al proceso de administración y reorganización con intervención judicial. Y en el artículo 753 párrafo segundo ibídem, respecto al convenio preventivo. Mientras que en los procesos liquidatorios el desapoderamiento es la regla y no la excepción.

Continuando con las diferencias establecidas por la autora supra citada considera que la quiebra es un proceso tendiente a matar empresas, que es un proceso de efectos destructivos, mientras que los procesos preventivos suponen un remedio, persiguen salvar empresas, pues las consideran fuente de empleo y por ende de interés social.

Esta última diferencia es parte de lo que esta investigación pretende dilucidar, y en razón de esto es que a continuación se exponen las etapas de cada proceso y se hace una tabla en la que se da énfasis a las normas que armonizan o desarmonizan con el principio de conservación de las empresas, para de esta



forma determinar cómo es la aplicación en cada uno de los procesos que afectan directamente a la empresa.

a) La Quiebra

La quiebra según Gómez y Eyzaguirre (2011), puede ser vista desde tres ángulos distintos; de esta forma se puede hablar de quiebra empírica referida al estado de crisis patrimonial, pero que no es aún una quiebra declarada jurídicamente, es decir la llamada quiebra de hecho. Desde la óptica económica es considerada como el desajuste o desbalance que provoca la quiebra. Por último, la que atañe a esta investigación, la quiebra desde la óptica jurídica que es en la que el juzgador verifica la situación de hecho y posteriormente declara mediante resolución judicial la quiebra con arreglo a la ley.

En términos generales el Dr. Jiménez describe la quiebra como,

*Aquella que puede ser solicitada por el deudor o alguno de sus acreedores y decretada por el juez competente. Implica el inicio de un proceso liquidatorio, que tiene como efecto el desapoderamiento patrimonial del deudor de sus bienes, los cuales son asumidos por los órganos creados para tal efecto por la autoridad judicial competente, quienes procurarán la venta o realización de ellos, para cancelar los pasivos o créditos verificados y admitidos dentro del proceso. (Jiménez, 2009, p.34).*

Sin embargo, la quiebra, por lo que significa, considera Morales (2009), que no es un proceso que traiga beneficio a las partes por lo que debe ser la última medida que se deba considerar para proteger los intereses de los afectados.

Según el diccionario jurídico Cabanellas la quiebra es entendida como la "acción y situación del comerciante que no puede satisfacer las deudas u obligaciones contraídas" (Cabanellas, 1993, p.267). Consecuencia de esa imposibilidad para hacer frente a las obligaciones es que surge el proceso que se explica a continuación:

### Trámite Inicial

Están legitimados para solicitarla el deudor; si es una sociedad la deudora, su representante puede solicitarla, pero en ese supuesto debe acompañar constancia del acuerdo firme tomado por los socios, mediante el cual se le autoriza para solicitar la quiebra. Asimismo puede ser solicitada por el acreedor cuando compruebe que hay un estado de cesación de pagos, es decir que el deudor ha dejado de pagar una o varias obligaciones. En caso de que la solicitud sea realizada por el acreedor es indispensable que demuestre su condición de tal y la de comerciante del deudor (Artículo 851 del Código de Comercio).

El Código de Comercio en el artículo 851 establece otros diversos casos en los que procede la quiebra, por mencionar algunos está, cuando el deudor se oculta o se ausenta sin dejar un apoderado al frente de su empresa o negocio y fondos suficientes para hacer frente a sus deudas, cuando el deudor cierra el local sin justificación alguna, si el deudor cede todos sus bienes a un acreedor o varios, si se demuestra que el deudor recurre a la realización de fraudes para evadir el cumplimiento de sus obligaciones, entre otras. No obstante se maneja que el presupuesto objetivo de la quiebra es el estado de cesación de pagos, porque lo que interesa es que el deudor cumpla con sus obligaciones de pago.

La cesación de pagos, quiere decir que el deudor no cuente con dinero y que en razón de ello no pueda satisfacer la obligación o requerimiento de pago.

Según Bresciani (2010), para la quiebra lo que interesa es la liquidez, en el caso de la quiebra podría ocurrir que una persona posea suficientes bienes o activos, pero por el hecho de no tener dinero en caja y estar en una situación de impago -sin importar la causa- ser declarado en quiebra. Que el deudor incumpla una obligación hace suponer que incumplirá las demás.

La quiebra procede según el artículo 851 del Código de Comercio en contra de un comerciante o de una sociedad. Es decir que para efectos de la quiebra lo importante es que la persona ejerza la actividad comercial, sin importar que sea

persona física o jurídica, ya que el Código de Comercio establece en el artículo 5 quiénes son calificados como comerciantes, y menciona por citar algunos a las sociedades que constituyen de acuerdo a sus normas, a las empresas individuales de , empresas individuales de responsabilidad limitada, pero además hace referencia a “Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual” (Código de Comercio, 2016, s/p). Es decir que aunque sea una persona física si ejerce de forma habitual actividades comerciales va ser considerado comerciante, no obstante tal condición debe de ser demostrada por el solicitante.

Bresciani (2010), señala un punto importante sobre los grupos de interés económico, que son grupos de personas físicas o jurídicas que crean un vínculo en razón de sus negocios, capitales o algún otro aspecto que les une y les permite obtener beneficios de la actividad empresarial, es decir “aquellos que poseen un interés centrado en los resultados y en el éxito de una empresa” (Ferrell et al, 2010, p.5), los cuales por la ley y la jurisprudencia han sido admitidos dentro de procesos preventivos, así como también se han declarado quiebras, respecto a ellos, pero cuando algún proceso preventivo que los involucra se ha convertido en uno liquidatorio, pues todas las empresas son responsables de las obligaciones asumidas como grupo.

Presentada la solicitud, el juez procederá a verificar el cumplimiento de todos los requisitos para su admisibilidad, si cumple todas las exigencias procederá de conformidad con el artículo 760 del Código Procesal Civil a realizar el requerimiento de pago de la obligación dineraria que origina la solicitud, que para efectos de la quiebra únicamente para pagar la obligación según lo tiene establecido la jurisprudencia. Si el deudor no pudiera hacer frente a ese pago, el juez estaría confirmando la situación de cesación de pagos del deudor, por lo que en el plazo de 24 horas deberá declarar la quiebra. En caso de que se haga el pago también se debe hacer una resolución rechazando la apertura del proceso. Ambas resoluciones según el artículo 764 del Código Procesal Civil admiten

recurso de revocatoria y de apelación. La que declara la quiebra tendría recurso de casación, si la cuantía lo permite.

### Resolución Inicial

La resolución que declara la apertura de la quiebra deberá cumplir con los requisitos que establece el artículo 863 del Código de Comercio y 763 del Código Procesal Civil. Estos requisitos producen efectos para el deudor, sus acreedores y terceros ajenos al proceso.

Sobre los efectos que recaen sobre el deudor,

*Los efectos sobre el deudor han tenido y tienen su razón genérica de ser en la protección de los acreedores del mismo tras la pérdida de confianza que el sistema había depositado en él. Esta protección de los acreedores puede tener lugar en dos formas: actuando sobre el poder de administrar su patrimonio o bien sobre la libertad personal, el secreto de la correspondencia del deudor y la inviolabilidad de su domicilio. A los primeros llamaremos efectos patrimoniales; a los segundos, efectos personales. (Romero, 2005, p.99).*

Entre los efectos personales que recaen sobre el deudor (persona física), están la prevención para que el deudor no abandone su domicilio, como parte de esto se envía un comunicado a las oficinas de migración para que no extiendan el pasaporte o permitan la salida del país del deudor, se pone en aviso al Ministerio Público, para que el juez penal califique si se está ante una quiebra fraudulenta o culpable. A pesar de que constitucionalmente las comunicaciones son inviolables, la resolución que declara la quiebra constituye una de las salvedades que estima la Constitución Política; en el caso de la quiebra las oficinas de correo, telégrafo, radio y cables deben entregar al curador la correspondencia y demás paquetes que lleguen para el fallido.

Los efectos patrimoniales de la declaratoria básicamente pretenden reintegrar y asegurar los bienes del acervo común, es así en obediencia al principio de universalidad objetiva. Sobre esto,

*La declaratoria de quiebra crea un estado jurídico especial para el quebrado que no es de incapacidad, sino de limitación en el ejercicio de sus derechos, en relación con los bienes que han pasado a integrar la masa de la quiebra. (Rodríguez, 1988, p.321).*

Uno de los mecanismos para lograr la efectividad de ese principio es el desapoderamiento (artículo 899 Código Civil). Es decir que una vez declarada la quiebra “el deudor queda de derecho separado e inhibido de la facultad de administrar y disponer de los bienes que le pertenezcan y sean legalmente embargables” (Código Civil, vigente al 2016, s/p), en razón de ello los bienes pasan a ser administrados por el curador, pero pertenecen a la masa común. A la incapacidad de administrar los bienes que genera el desapoderamiento hace referencia el Dr. Vargas, quien dice al respecto lo siguiente:

*La incapacidad doctrinalmente hablando, ha sido prevista como una medida que crea un obstáculo a los actos realizados por el inhábil, pero teniéndolo en mira a él como sujeto principal. Esto es, una medida creada en su propio beneficio, ya que él no es persona que pueda discernir sobre la conveniencia o inconveniencia del acto que celebra, circunstancia de la cual podrían sacar provecho los terceros. En cambio, en tratándose de la quiebra o del concurso, la medida que afecta los atributos del derecho de propiedad del deudor ha sido concebida no en su propio beneficio, sino por el contrario, en el de sus acreedores. Es más, puede decirse que ha sido imaginada en contra del deudor y a favor de sus acreedores. De ahí que se sostenga que los actos celebrados por el concursado o el quebrado en realidad no son nulos, ya que el deudor sigue siendo un sujeto capaz, sino inoponibles a la masa de acreedores. (Vargas, 1983, p.496).*

Lo anterior permite distinguir que el deudor no es incapaz de celebrar actos jurídicos como sí sucede en la incapacidad del inhábil, además que los actos que realice el deudor son válidos frente a las partes intervinientes y frente a terceros, pero les son inoponibles a los acreedores, es decir que a éstos los efectos del negocio jurídico no les afectan.

Continuando con los efectos patrimoniales y con el fin de reintegrar el patrimonio se dictan medidas tales como la prohibición para que le paguen o

entreguen bienes al deudor (o al apoderado), se prohíbe que se dé curso o que sean inscritos traspasos, ventas, donaciones o cualquier otro documento por medio del cual el deudor pueda sustraer bienes de la quiebra. En esa misma línea se prohíbe a bancos y demás instituciones de crédito que entreguen títulos valores o cualquier documento que tenga valor monetario. Como parte de la reintegración del patrimonio se dicta el periodo de sospecha en calidad de “por ahora” (868 del Código de Comercio), y se les solicita a las personas que puedan tener bienes del fallido que los entreguen. Todos esos extremos configuran efectos para el deudor y sobre terceros, pues la prohibición es para ellos.

Asimismo en la resolución que declara la quiebra, se establece el plazo para que los acreedores legalicen sus créditos (artículo 887 del Código de Comercio).

*La declaración del concurso va tener importantes efectos en los derechos y en los créditos de los acreedores [...] y ello presidido por el principio cardinal de igualdad de trato de los mismos y en sujeción a la ley del dividendo. Por ello, en primer lugar, se va a producir una paralización de las acciones individuales de los acreedores contra el patrimonio del deudor, que será constituida por la acción colectiva de todos, constituyéndose una masa de acreedores o masa pasiva, que será la encargada de ejercitar dicha acción conjunta. (Romero, 2005, p.116).*

Tal y como se señalaba en párrafos anteriores los efectos de la declaratoria van a recaer inclusive sobre los acreedores, uno de esos efectos es el que cita el Código de Comercio en el artículo 885 “La declaratoria de quiebra fija de modo irrevocable la situación de los acreedores haciendo cesar el curso de los intereses corrientes o moratorios frente a la masa y produce el vencimiento y exigibilidad de todas las obligaciones del deudor” (Código de Comercio, 2016, s/p).

De lo anterior se desprenden dos efectos, el primero es el vencimiento y exigibilidad de las obligaciones del deudor, es decir, que los acreedores comunes deberán acercarse al proceso para legalizar las obligaciones que el deudor hubiera contraído con ellos previo a la declaratoria. Esta medida brinda protección al acreedor, pues de no ser así en el momento que fuera exigible la obligación ya podría haber concluido el concurso y no haber patrimonio para ejecutar.

El segundo efecto es que dejan de correr los intereses moratorios y los corrientes, pero frente a la masa de acreedores, y no frente al deudor, por lo que cada acreedor podrá ejecutarlos de forma individual posteriormente, en caso de que se levante el estado de quiebra.

Otro efecto que recae sobre los acreedores quirografarios es la forma de pago del crédito, para ellos el pago será a prorrata, es decir que cada uno recibirá el pago en proporción a sus créditos, sin importar la fecha en que se estableció la obligación, esto último permite apreciar la aplicación de la *par conditio creditorum*.

No obstante la situación varía al tratarse de acreedores privilegiados (886 y 901 del Código de Comercio), pues en razón de su privilegio pueden seguir percibiendo intereses, tienen privilegio en el reconocimiento y pago de sus créditos, además pueden ejecutar fuera del concurso, pero dentro del mismo juzgado que atiende la quiebra.

Continuando con la resolución de apertura del proceso, se debe nombrar al curador propietario y suplente quienes deben cumplir con las condiciones que establece el artículo 873 del Código de Comercio y ser elegidos con base en el reglamento para la selección de los curadores, notarios inventariadores e interventores.

El curador en un proceso de quiebra es una figura de suma importancia, pues sobre él recaen diversas funciones (gestión, administración y representación). El artículo 876 del Código de Comercio establece una lista con varias de sus obligaciones, entre las cuales se encuentran recibir los libros de contabilidad del fallido, debe velar porque se realice a mayor brevedad el inventario, promover el envío de los comunicados a las instituciones bancarias, oficinas de migración, Ministerio Público, Registro Civil, etc. Debe recibir los bienes que componen el acervo común, vender los bienes del concurso por una suma no menor a la que el avalúo indique (para poder vender los bienes por sumas menores debe tener la aprobación de acreedores y autorización del juzgador), debe solicitar al juez la convocatoria a juntas de acreedores, debe apersonarse en la causa penal como

acusador, entre otras. Los artículos 878, 879, 880, 881, 882, 883, y 884 *ibídem* también regulan la figura del curador, no obstante no se entra en detalle por no tratarse del tema de interés para la investigación.

No obstante, es necesario resaltar una función del curador y es la que establece el artículo 877 del Código de Comercio “El curador propietario será independiente en sus funciones de administración y únicamente necesitará ser autorizado para: 5) Continuar el negocio del quebrado” (Código de Comercio, 2016, s/p).

La propuesta de continuar los negocios del quebrado es decisión del curador, quien en caso de considerarlo beneficioso para el concurso, o con el fin de evitar un perjuicio económico mayor podrá solicitar la autorización del juzgado.

*Sobre la continuación de la empresa, “Es tan importante la debida valoración que se realice de la viabilidad social y fundamentalmente económica de la empresa para continuarla en un equilibrio tanto del interés de los acreedores como los del propio fallido [...] Esta continuación de la empresa puede conllevar a riesgos que comprometan aún más el patrimonio del deudor [...] como también es de reflexionar en el posible beneficio que resultaría de la venta de la empresa en funcionamiento como un todo y no cada uno de sus elementos en forma separada. (Lozano, 2004, p.172, 173).*

Es decir, que la continuación del negocio debe ser estudiada como una posibilidad de beneficio, según el proceso en concreto, no obstante, como se mencionó a nivel nacional lo usual ha sido no continuar los negocios.

Se considera que en este aspecto influye el hecho de que el curador es un abogado que desconoce de administración o dirección de empresas, por se ya recae sobre el curador una lista de responsabilidades y lo demandante que resultaría llevar la continuación del negocio impediría la realización de otras de sus funciones.



## El activo

La constatación del activo constituye una etapa muy importante en razón de que es con lo obtenido de la realización de la masa de bienes que se van a cancelar las acreencias. Sobre este particular,

*La declaración de concurso lleva consigo la formación de una dualidad de masas [...] Inicialmente la masa activa o patrimonio estará formada por todos los bienes que pertenezcan al concursado susceptibles de ejecución a favor de la masa de acreedores o masa pasiva. [...] Pero, como dentro de esa masa habrá bienes que no le pertenezcan o que perteneciéndole hayan salido indebidamente, es por lo que hay que delimitar los bienes que componen la masa de derecho (Romero, 2005, p.149- 150).*

Tal y como lo señala el autor supra, la masa activa va estar conformada por todos bienes del deudor. Para poder conformar esa masa deberán llevarse a cabo diferentes operaciones o procedimientos, los cuales permitirán determinar la cantidad de activos que pertenecen al deudor quebrado para que pasen a formar parte de la masa común y posteriormente sean liquidados.

La constatación del activo responde al primer paso dirigido a conformar la masa, en el caso de los bienes inmuebles, en razón de la publicidad registral será muy fácil verificar cuáles pertenecen al deudor, sin embargo, en el caso de los bienes muebles la única forma de verificar cuáles posee es mediante la ocupación e inventario de los bienes que estén en su propiedad al momento de la declaratoria.

Vale recordar en este punto que en Costa Rica, en materia de bienes muebles, se presume que el que posee la cosa es propietario de la misma, en razón de ello todos los bienes que estén en manos del deudor serán considerados de él para efectos de la ocupación e inventario.

En Costa Rica el Código Procesal Civil en el artículo 779 establece que el inventario puede ser llevado a cabo por el juez o que él puede delegar esa función en un notario inventariador; la persona que inventaríe el activo deberá tomar lista

de todos los bienes y luego depositarlos en el curador, aunque también se admite ponerlos en manos de otros depositarios si se considera necesario.

La misma norma citada establece que si por algún motivo no se pudieran inventariar determinados bienes muebles y no es urgente, la ley faculta al juez a realizar la ocupación y cerrar el sitio donde se encuentran esos bienes, igual cosa sucede si el inventario no se logra terminar en un solo día. El cierre se hará con sellos y además la puerta debe quedar asegurada con dos cierres distintos, de estos una llave la tendrá el juez y la otra el curador. Esta medida de la doble llave permite asegurar que para ingresar al sitio donde están los bienes solo podrán hacerlo estando juntos y es una medida protectora de la masa común.

Una vez que se termina el inventario de los bienes, se le entregan las llaves al depositario, quien deberá tener los productos de éstos y los bienes muebles a disposición del juzgado y los bienes inmuebles a disposición del curador. Cuando ya termine el depósito el depositario debe dar cuenta de la administración para que los acreedores examinen su labor.

Posterior al inventario se debe realizar de conformidad con el artículo 781 del Código Procesal Civil, un avalúo de los bienes para determinar el valor para ello el juez nombrará al peritos o peritos que considere necesarios.

Sin embargo, según lo dispone el artículo 783 del Código Procesal Civil se podrán realizar ventas anticipadas de bienes, en el caso de que se puedan perder o bienes perecederos, de costosa conservación, o que su venta resultara útil, previo el avalúo correspondiente, entre otros, pero siempre que así sea autorizado por el juez.

Sobre la masa activa es necesario recordar que opera bajo el principio de universalidad objetiva, y este a su vez se sustenta en tres aspectos que ya habían sido explicados, por lo que no se entrará en detalle de estos, solo se destaca que cada uno de ellos son esenciales en esta etapa pues permiten determinar la masa activa.

## El pasivo

*Como es sabido, frente a la masa activa (patrimonio ejecutable del quebrado) se ha de crear la masa pasiva (conjunto de acreedores con derecho a obtener su satisfacción concursal), para cuya constitución definitiva es indispensable examinar si quienes pretenden ser acreedores lo son efectivamente, con el fin de reconocer su derecho a participar en el procedimiento y en el posterior reparto del patrimonio del deudor. (Arias citando a Broseta, 2014, p. 108).*

La constatación o verificación del pasivo consiste en todas las acciones necesarias que llevan a determinar la cantidad y calidad de acreedores que se apersonan al proceso, pues en virtud del artículo 886 del Código de Comercio se determinará el orden de pago según sea su calidad. De esta forma se establece la siguiente clasificación:

- a) Créditos con privilegio sobre determinado bien, sobre ello el Código de Comercio (artículo 901), establece una lista taxativa, en ella se incluye al Fisco y a los municipios por concepto de los impuestos que correspondan al año precedente a la declaratoria; sobre el valor de las cosas sujetas a dichos impuestos; al acreedor hipotecario por el valor de la cosa hipotecada, el acreedor prendario por el valor de lo dado en prenda, al acreedor con derecho de retención que haya hecho uso de ese derecho, por el valor de la cosa retenida,
- b) Créditos de los trabajadores, el Código de Trabajo en el artículo 33 establece que respecto a las indemnizaciones (preaviso y cesantía y los otros extremos laborales), en caso de insolvencia, concurso, quiebra, u otras similares, gozarán los trabajadores de privilegio especialísimo sobre todos los demás acreedores de la masa, excepto sobre los alimentarios, el tiempo para pagarlos según la norma es de dentro de los 30 días siguientes al reconocimiento formal de ellos, no obstante la parte final del artículo señala que si no hay fondos del todo al vencerse el plazo de los 30 días, serán pagados en el momento que los haya.
- c) Créditos de los arrendadores y arrendatarios

- d) Créditos de la masa, como ya se mencionó anteriormente el principio de igualdad tiene dos manifestaciones, y los créditos de la masa es un claro ejemplo de una manifestación negativa para los acreedores. El artículo 894 Código de Comercio determina cuáles son estos créditos a los que la masa deberá hacerle frente. Por su parte el artículo 892, ibídem remite al artículo 990 inciso 1 del Código Civil refiriéndose a los gastos que deben soportar todos los acreedores.

*Son deudas de la masa: 1° Las que provienen de gastos tanto judiciales como de actos u operaciones extrajudiciales hechos en el interés común de los acreedores para la comprobación y liquidación del activo y pasivo del concurso, para la administración, conservación y realización de los bienes del deudor y para la distribución del precio que produzcan (Código Civil, 2006, s/p).*

No obstante, a lo anterior hay que aclarar que los acreedores con privilegio sobre determinado bien sólo soportarán esos gastos en lo que especialmente les aproveche y, proporcionalmente, en los que hagan por el interés común de todos los acreedores

Continuando con el artículo 892 del Código de Comercio, el mismo señala que todos los acreedores deben soportarán los gastos a los que refiere el artículo supra citado, no obstante para los acreedores con privilegio sobre un bien determinado soportaran el gasto en la medida que les aproveche, y si son gastos de interés común de todos los acreedores soportarán proporcionalmente.

- e) Créditos comunes, últimos en la línea de pago (a prorrata).

Para verificar el pasivo todos los acreedores, excepto los separatistas, deben legalizar el crédito (887 del Código de Comercio), para ello en la resolución que declara la quiebra el juez va señalar el plazo para que los acreedores legalicen sus créditos, que va rondar entre 1 y 2 meses después de la última publicación que se haga de la resolución. En caso de que se tratara de un acreedor extranjero que no tiene apoderado en el país el plazo será de dos meses fijos.

Para poder legalizar los créditos los acreedores deberán, según lo indica el artículo 889 del Código de Comercio, presentar el documento en el que consta la obligación, puede hacer referencia a los libros del deudor, si tuviere el dato concreto; y si el legalizante es un comerciante, este debe acompañar una certificación emanada de un notario o de un contador público, del asiento o asientos de los libros del legalizante en donde consta la obligación que cobra. De la misma forma deberá el escrito de legalización contener lo dispuesto por el artículo 772 Código Procesal Civil.

Si el acreedor no demuestra su calidad de manera fehaciente no se dará trámite a su legalización, y por ende no se dará curso a gestiones que éste realice, tampoco tendrá voz ni voto y mucho menos participará de dividendo alguno. Es decir que para efectos del concurso el acreedor que no pueda demostrar su calidad, no tendrá participación alguna en el mismo.

Todos los acreedores deben legalizar sus créditos, salvo los separatistas, pues como señala el artículo 888 del Código de Comercio, ellos tienen un trámite establecido para cobrarlos (ver Ley de Cobro Judicial, Capítulo II, Procesos de Ejecución, Sección I, Ejecución Hipotecaria y Prendaria, y artículos 890 y 891 del Código de Comercio).

Los separatistas además de no tener que legalizar (891 C.CO), pueden cobrar los créditos fuera del concurso, pero en el mismo juzgado que tramita la quiebra.

Al mismo tiempo como ya el deudor está quebrado el curador va poder rematar el bien dado en garantía (aunque no hubiera vencido la obligación), pero no lo hará por la base que la obligación señale, sino que va ser por el monto que el perito determine que vale el bien (la excepción a esto último es que ya la prenda o hipoteca estén en trámite en otro juzgado y que ya esté señalado el remate).

Lo que se obtenga del remate del bien se distribuirá pagando primero al acreedor prendario o hipotecario su crédito, los intereses corrientes y moratorios hasta el día en que se efectúe el pago, se cubrirán los gastos de la ejecución, el

saldo que quede va pasar a formar parte del acervo común, pero si por el contrario se quedó descubierta parte de la deuda, de los intereses y gastos, el acreedor separatista podrá legalizar ese saldo dentro de la quiebra, y no va necesitar que ese crédito (que entraría en calidad de común) sea reconocido (890 Código de Comercio).

Posterior al plazo para legalizar el curador debe presentar al juzgado un informe que será conocido por los acreedores, este informe contendrá una lista con los créditos no legalizados y un detalle de todos los créditos que estén siendo reclamados, además deberá indicar si debe ser aceptado o no ese crédito, o si debe aceptarse parcialmente (773 Código Procesal Civil), no obstante según el artículo 909 del Código de Comercio la opinión del curador respecto a los créditos no obliga a los acreedores, pero el juzgado será quien al final determinará si está debidamente comprobado el derecho del acreedor (774 Código Procesal Civil).

Sin embargo cabe destacar que en la quiebra se tiene establecido por jurisprudencia, y con base en lo dispuesto en el artículo 909 del Código de Comercio, que es norma especial para el caso, que no obstante los acreedores aprueben un crédito determinado, el juez puede rechazarlo si a su juicio no está debidamente comprobado el derecho del acreedor. Pero no le está permitido al juez hacer lo contrario, es decir, aprobar un crédito que los acreedores hayan rechazado. Ver al respecto, como antecedentes, las resoluciones del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José, números 401 del 2003, 46 el 2005 y 293 del 2007.

Previo a conocer las formas de extinción la quiebra se hace mención al órgano deliberativo dentro de la quiebra, el cual está constituido por las juntas de acreedores, las cuales según Bresciani (2010) son:

- La que conoce el plan de distribución (876 del Código de Comercio inciso k).
- La que conoce la cuenta distributiva al final (792-793 Código Procesal Civil y 927 del Código de Comercio).

- La que conoce la cuenta de administración (807 Código Procesal Civil)
- La que conoce el convenio “concordato” entre acreedores y concursado (796,797 Código Procesal Civil).

### Formas de extinción de la Quiebra

La quiebra puede terminar de varias formas, para un estudio más ordenado han sido clasificadas en dos, conclusión anormal y normal.

*En nuestro sistema jurídico no existen sino dos únicas formas de solución del proceso de quiebra: una, que podría ser llamada la solución normal; la otra, la solución anormal. Finaliza la quiebra normalmente cuando el procedimiento se agota plenamente, produzca o no efectos definitivos. Acaba anormalmente cuando el procedimiento cesa antes de que pueda estimarse concluido, en virtud de haberse interrumpido el desenvolvimiento natural de aquel a causa del concordato celebrado entre acreedores y deudor, o bien, si aparece, según las circunstancias del patrimonio del quebrado, que la continuación del proceso es inconveniente (Bresciani citando a Vargas, 2010, p. 148, 149).*

Sobre las formas de conclusión anormal se refiere Arias (2014), quien realiza un análisis sobre los otros modos de terminación de la quiebra, y subdivide esta clasificación en dos, por modalidad singular, es decir, por las impugnaciones que se puedan generar y que imposibiliten la continuación del proceso, en este caso se mencionan la revocatoria del auto que declara la quiebra o la insuficiencia del patrimonio, esto porque sería improductivo llevar a cabo un proceso oneroso como la quiebra, para conseguir un resultado inútil, en razón de no haber nada que liquidar o tan poco que no cubra ni los gastos del proceso. Cabe señalar que en este caso el deudor no será rehabilitado y los acreedores podrán ejercer las acciones individuales pertinentes, asimismo la legislación nacional permite la reapertura del proceso de quiebra en caso de la aparición de pertenencias del fallido (808 Código Procesal Civil).

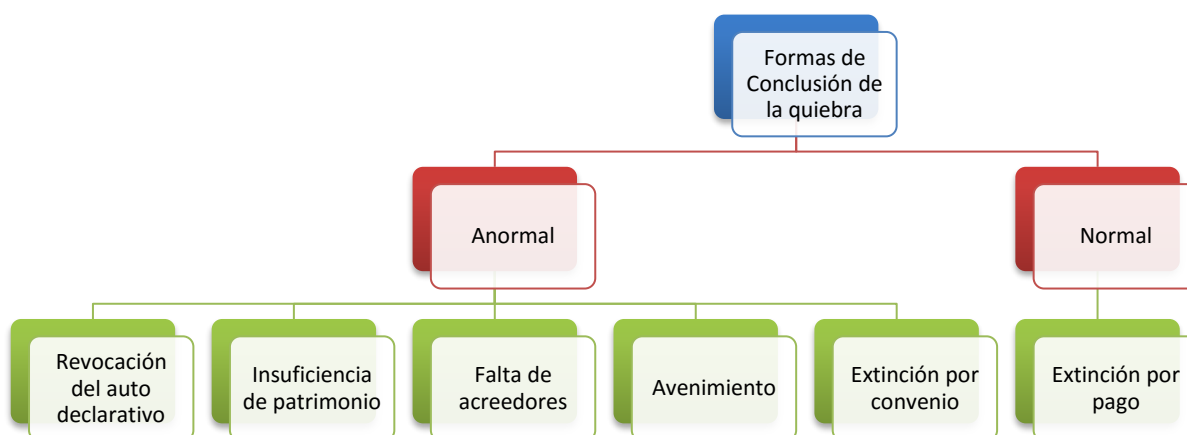
Continuando con el autor Arias (2014), la otra subdivisión corresponde a las modalidades relacionadas con los acreedores, la primer causal para dar por concluida la quiebra se refiere a la falta de acreedores, ya sea porque no quieren

hacer valer su derecho o realizaron alguna negociación extrajudicial, entre otros; claramente al ser el proceso concursal una ejecución colectiva no tendría sentido que no exista una pluralidad de acreedores. Otro caso es el avenimiento, es decir, un desistimiento colectivo, debe aclararse que esta figura no se trata del concordato, pues tiene una diferencia marcada, para votar el convenio o concordato se requiere de una mayoría de acreedores (3/4), a favor; mientras que para que se dé el avenimiento debe ser aceptado por la totalidad de los acreedores. El avenimiento consiste en prescindir del proceso, no en el perdón de la deuda. La otra forma de conclusión que pertenece al grupo de la conclusión anormal es el convenio dentro de la quiebra, que es más conocido como concordato.

La siguiente figura permite distinguir las clasificaciones mencionadas:

## FIGURA N° 10

### Conclusión de la Quiebra



**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.



Para este trabajo final de graduación no se ahondará más que en dos formas de conclusión, pues son las que tienen mayor importancia para el tema que se investiga, éstas son la extinción por pago y el convenio, llamado también concordato.

La extinción por pago constituye la terminación normal del proceso, para que esta opere es precisa la preclusión de todas las etapas anteriores, con el fin de llegar al punto de la liquidación o realización de los activos y efectuar el pago a los acreedores.

Según Arias (2014), la enajenación del activo es una labor que por excelencia le ha correspondido al curador, quien deberá proceder con la venta de los bienes de forma extrajudicial, pero no por suma menor a la que se indique en el avalúo (salvo autorización previa de acreedores y juez), así se desprende también de la lectura del artículo 876 inciso J del Código de Comercio.

Asimismo el curador puede vender los bienes de forma anticipada para los casos que la ley lo permite, de forma excepcional el juez podrá autorizar que el curador realice ventas directas de los bienes (por ejemplo cuando su conservación sea costosa). De igual forma el curador necesita ser autorizado por el juez, según lo estima el artículo 877 inciso 2 del C.CO, para vender bienes inmuebles de forma privada. A pesar de que el curador es el llamado a la realización de los bienes, desempeña esta función bajo la estricta vigilancia de los acreedores y del juez.

El autor Arias (2014), toca un punto importante que se da dentro de los procesos de tipo liquidatorio, como lo es la quiebra, y es que generalmente existen bienes que son invendibles, es decir que no se logran enajenar, en razón de esto el artículo 803 párrafo segundo del Código Procesal Civil, señala que se debe dar audiencia al fallido y a los acreedores a fin de tomar una decisión sobre estos, en este caso puede haber algún acreedor que admita adjudicarse en pago algún bien o se procedería de conformidad con el artículo 805 Código Procesal Civil a vender los bienes en subasta pública al mejor postor, con base o sin ella.

Sobre esto,

*La solución normal tendrá lugar después del inventario de los bienes, su posterior avalúo y una vez convertido en dinero todo el patrimonio del fallido, con el cual se pagará en primer lugar los créditos privilegiados y luego a los acreedores comunes, hasta donde alcance, porque normalmente el patrimonio no es suficiente para cubrir por completo las deudas. (Bresciani, 2010, p.151).*

Para saber la forma en que será distribuido el dinero obtenido por la realización de los bienes el curador deberá de presentar un plan de distribución, que tendrá que ser presentado frente a la junta de acreedores, estos planes pueden ser parciales o el plan de distribución final y el juzgado considerando los acuerdos de la junta resolverá.

Sobre esto el artículo 927 del Código de Comercio señala:

*Llenadas todas las formalidades legales y realizado el haber, el curador procederá a formular una memoria explicativa, que resuma toda la actuación y contenga su parecer acerca de la distribución del haber entre los acreedores. Esa memoria, junto con el balance final, será presentada al juzgado con la solicitud de que se señale el día para verificar la junta que ha de conocer de ese proyecto de distribución. (Código de Comercio, 2016, s/p).*

Mientras que el artículo 929 del Código de Comercio estipula: “Se considerará realizado el activo, a pesar de que algunos créditos no se hayan podido cobrar por carecer los deudores de bienes sobre los cuales hacer efectivas las obligaciones, o ser por otras razones imposible el cobro”. (Código de Comercio de Costa Rica, 2016, s/p).

Cuando el proceso llega a esta etapa los intervinientes del proceso por lo general no ven totalmente satisfechos sus intereses, y a esto se le atribuyen varios motivos, por ejemplo que no habían suficientes activos, que la empresa estuvo fuera de funcionamiento por mucho tiempo y se depreciaron los activos, que máquinas y equipo ya no son de utilidad para la venta, que no se lograra vender extrajudicialmente los bienes o en ninguno de los remates, es decir, que hay

muchos factores que impiden resultados satisfactorios, por lo que evitar llegar a este punto es vital, o bien impulsar formas más efectivas para realizar el activo, como lo es la venta en funcionamiento de las empresas viables o concluir el proceso de una manera pactada entre los intervinientes y que sea más beneficiosa.

Para dar por concluido el proceso según lo estipula el artículo 930 Código de Comercio no debe haber acciones judiciales pendientes en los que figure la quiebra como parte actora o demandada. No obstante se debe considerar lo dicho en los artículos 931 y 932 ibídem, respecto a la conservación del derecho de los acreedores para cobrar el saldo que no hubiera sido cancelado.

La forma anormal de concluir el proceso, se trata del concordato o convenio dentro de la quiebra, este según Bresciani (2010), se presenta cuando dentro del proceso de quiebra el deudor y el acreedor realizan un contrato que tiene como objetivo finalizar la quiebra en una forma anticipada, además de rehabilitar al quebrado. La autora lo considera de doble finalidad "Pago anticipado y restituye derechos del deudor.

Esta forma de terminación propiamente es regulada por el Código de Comercio en los artículos que van del 933 al 949. También le son aplicables los artículos que van del 796 al 801 del Código Procesal Civil, en los que sea pertinente y no esté previsto en el Código de Comercio.

El momento procesal oportuno para ser presentado es después de la calificación de créditos y antes de que sea distribuido el patrimonio (artículo 913 y 933 del Código de Comercio y 796 del Código Procesal Civil). Según Bresciani esto es así porque el concordato pretende una distribución anticipada, por ello es preciso que los créditos hayan sido calificados.

Sobre esto mismo,

*Si a través del juicio de quiebra (Proceso de ejecución colectiva) se pretende obtener mediante la liquidación o realización del activo del deudor, la satisfacción de los créditos en su contra, y si el convenio o*

*concordato concursal busca la satisfacción de los acreedores por un procedimiento diverso al de la liquidación en el juicio de quiebra, al que pone fin, se comprende que el convenio o concordato solo tenga un contenido, el cual implica necesariamente un modo de satisfacer los créditos contra el común deudor. (Chávez, 2006, p. 216).*

La propuesta de concordato lleva un proyecto de arreglo y es presentada ante el juez, de conformidad con los artículos 907 del Código de Comercio y 796 del Código Procesal Civil puede ser propuesto por el deudor, un acreedor o un tercero.

En el caso de solicitud de convenio el Código Mercantil hace una clara distinción en cuanto a si se trata de un deudor condenado por quiebra fraudulenta o si se trata de un deudor con sentencia condenatoria por delito de quiebra fraudulenta. (Artículos 934 y 935 del Código de Comercio en relación con el 238 y 239 del Código Penal). En caso de que el deudor sea declarado en sede penal por quiebra fraudulenta el convenio queda sin efecto y se procederá con la quiebra en el punto en donde se había quedado al presentar el concordato.

La proposición debe ser conocida y discutida por la junta general que deberá ser convocada especialmente para esto, el concordato debe ser estimado o desestimado en la misma junta con la excepción de que para estudiarlo mejor se considere que es más conveniente posponer su votación. Ahora bien para que el convenio sea válido requiere de la aprobación por voto que represente las tres cuartas (3/4), partes del total del pasivo (voto capital), así como del voto personal (910 del Código de Comercio), se exceptúan los acreedores de la masa y los privilegiados (894, y 901, 938 y 939 del Código de Comercio).

Sobre la propuesta algunas de las posibles son las que se menciona Chávez (2006), concordato de cesión de bienes o concordato de abandono del activo, concordato remisivo o condonatorio (sin que consista en el perdón total de las deudas según lo dispone el artículo 814 del Código Procesal Civil), concordato dilatorio, concordato mixto (remisión y dilatorio). Estos convenios, con excepción del primero, preservan la empresa.

Una vez votado y aprobado el convenio, se debe publicar en el Boletín Judicial y en un diario de circulación nacional, con el fin de que sea conocido. No se dicta la sentencia sino hasta 15 días después de la fecha de la publicación, esto con el fin de que los acreedores que no estuvieron en la junta o que estuvieron, pero votaron en contra, se puedan oponer por las razones que dicta el 941 del Código de Comercio y el juez las resuelve en la misma sentencia que apruebe o impruebe el concordato. Esa sentencia constituye cosa juzgada material.

Dentro de los efectos del concordato el primero de ellos es que pone fin a la quiebra, produce la rehabilitación del quebrado, quedan extinguidas acciones en contra del deudor por parte de acreedores que hubieran concedido algún perdón.

El concordato no produce ningún efecto sobre el procedimiento que se sigue en sede penal. El convenio puede ser declarado nulo o resuelto por el incumplimiento, así como por cualquier otra causa, en cuyo caso la quiebra reasumirá su curso y las concesiones otorgadas quedarán sin efecto.

En el siguiente infograma se clasifican los artículos que guardan mayor relación con la aplicación del principio conservación de la empresa, se miden como favorables o desfavorables según impidan la conservación de las empresas o bien, contribuyan a la conservación de las mismas. Los argumentos explicativos para la medición operacional, se incluyen el Capítulo 4 de análisis de resultados.

## TABLA N° 2

### Aplicación del Principio Conservación de Empresa en la Quiebra

Artículo	Medición
851 inciso b Código de Comercio	Desfavorable
863 Código de Comercio – 760 Código Procesal Civil	Favorable
877 inciso 5 del Código de Comercio	Favorable
907 del Código de Comercio	Favorable

913 del Código de Comercio	Desfavorable
933 del Código de Comercio	Desfavorable
934 del Código de Comercio	Favorable
935 del Código de Comercio	Desfavorable
947 del Código de Comercio	Desfavorable

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

#### *b) El Convenio Preventivo*

El Convenio Preventivo dentro de los procesos de los procesos funciona como un medio por el cual el deudor, que se encuentra en una crisis económica y financiera, o bien, en una situación de hecho, le proponga a sus acreedores un acuerdo que constituye una solución pactada que se ajusta a los intereses de ambos, es decir deudor y acreedores.

El objetivo general que persigue este instituto concursal es evitar llegar a un proceso liquidatorio, esto lo hace al brindarle una opción al deudor que atraviesa la crisis, ya que le permite pactar con los acreedores una posible solución al problema, que sea de fácil acceso para los deudores sin ser un proceso informal.

*Así el convenio a diferencia del saneamiento económico y financiero, o proceso de administración por intervención judicial como lo denomina el proyecto oficial, no busca evitar la causa de la quiebra o del concurso, sino que lo que procura es impedir que la causa ya existente, la cesación de pagos en caso del deudor comerciante [...] sea declarada judicialmente y por ende, que se pronuncie la quiebra. (Vargas, 1985, p. 57).*

El convenio preventivo persigue otros fines más específicos, entre los que se mencionan obtener más plazo para el pago, que es el llamado convenio de espera o dilatorio. Otro fin puede ser conseguir disminuciones del monto tanto de capital como de intereses, este es el llamado convenio de quitas, el cual se aclara que no puede consistir en la remisión total de las deudas, por disponerlo así el artículo 814 del Código Procesal Civil. El convenio puede servir también para facilitar la recuperación de un negocio y empresas. O bien, puede ser visto como

una forma más ágil para liquidar el patrimonio del deudor, esto porque se trata de un trámite que es más corto y menos costoso.

El convenio preventivo según Morales (2009), se ha convertido en la única opción que tienen los deudores que buscan salvar y recuperar una empresa, esto ante la rigurosidad, rigidez y difícil acceso a un proceso de Reorganización y Administración con Intervención Judicial. De esta forma por medio de propuestas abiertas que den posibilidad al diálogo y la negociación con los acreedores, los empresarios han logrado salvar sus empresas.

No obstante Morales (2009), reflexiona que el convenio preventivo no nació como un mecanismo para salvar empresas (la administración y reorganización sí), sino como una forma de evitar un proceso liquidatorio (quiebra o concurso civil de acreedores), cuando hay una crisis económica y financiera, o una quiebra o concurso de hecho, pero la figura no se pensó como un instituto de salvamento de empresas en crisis, esto porque la decisión de admitir o no el convenio recae en sus acreedores, siendo esto un mecanismo no idóneo u objetivo para proteger una empresa.

El convenio preventivo se encuentra regulado en el Código Procesal Civil a partir del artículo 743 y hasta el 759. Tiene como presupuesto subjetivo a personas deudoras físicas o jurídicas, comerciantes o no. Para efectos investigativos serán consideradas solo cuando hubiera una empresa de por medio.

El presupuesto objetivo del convenio es la existencia de una crisis económica y financiera, o encontrarse el deudor a las puertas de un proceso liquidatorio pero sin que éste haya sido declarado abierto por medio de resolución judicial. Asimismo tiene como requisito que no se esté tramitando un proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial, todo esto según lo estipula el artículo 743 del Código Procesal Civil.

El presupuesto subjetivo se trata de personas físicas o jurídicas, comerciantes o no comerciantes.

El contenido de la solicitud se establece en el artículo 743 Código Procesal Civil, el cual indica que el deudor debe aportar una manifestación detallada de los hechos que motivan la crisis económica, el tipo de convenio y las especificaciones del mismo. Asimismo deberá agregar a la solicitud los documentos que se mencionan en el artículo 713 del Código Procesal Civil, esto es

- 1. Las declaraciones tributarias y sus anexos, que incluyan el balance de la situación y el estado de ganancias y pérdidas de los cuatro últimos años anteriores a la fecha de la petición; se incluirán los costos de explotación y los libros de contabilidad, si por ley estuviere obligado a llevarlos, los que deberían haber estado legalizados y al día, por lo menos durante todo este lapso.*
- 2. Un estado del activo y del pasivo, con indicación de nombres, calidades y domicilios de los deudores y acreedores y con el señalamiento, en su caso, de los gravámenes que afecten los bienes de la empresa. (Código Procesal Civil, vigente al 2016, s/p).*

Como último requisito deberá -en caso de haber sido declarado en quiebra o concurso con anterioridad- presentar documentos que garanticen que han pasado 5 años desde que terminó ese proceso o que ya fue rehabilitado, o bien que aun no habiendo transcurrido ese plazo, demuestre que la nueva crisis que se está afrontando y que le motiva a presentar el convenio preventivo, se debe a acontecimientos no imputables a él

Una vez presentada la solicitud el juez será el encargado de ver si la rechaza o si la admite.

Según la norma el juez deberá rechazar de plano la solicitud que no cumpla con los requisitos de solicitud, no obstante, por línea jurisprudencial se le da oportunidad de aportar lo que falte, si aun así no cumple lo prevenido el juez rechazara la solicitud y de inmediato, si ya había cesación de pagos o insolvencia declarará abierto el proceso liquidatorio.

De ser admitida la solicitud se procede conforme al artículo 746 del Código Procesal Civil, declarando abierto el proceso en forma expresa, por lo que se nombra un curador, se llama a los acreedores a legalizar los créditos (artículos



771 al 775 del Código Procesal Civil), y además se puede disponer de medidas cautelares e investigar lo que el juez estime necesario para establecer y asegurar la situación del deudor, así como para alcanzar el objeto del proceso.

Uno de los efectos del convenio admitido por el fondo es que se da un desapoderamiento atenuado, porque el deudor continuará administrando su patrimonio, pero bajo supervisión y vigilancia del curador, además de los otros efectos que señala el artículo 723 del mismo cuerpo normativo.

Cumplido el plazo para legalizar el curador debe rendir dos informes, uno relativo a las legalizaciones y otro para brindar un dictamen sobre lo aportado por el deudor en su solicitud, a fin de establecer la verdadera situación del mismo. El artículo 749 del Código Procesal Civil señala que para que el curador pueda realizar ese informe gozará de facultades de funcionario público, en este caso puede gestionar y obtener todo tipo de documentos.

El juez de oficio o a petición de parte puede declarar la insubsistencia del proceso, esto si se llega a comprobar que el deudor falseó los datos o los documentos en los que apoyó la solicitud, o que no está materialmente capacitado para enfrentar el convenio propuesto. En este caso el convenio se convierte en un proceso liquidatorio.

Posteriormente según el artículo 751 del Código Procesal Civil, en la misma resolución en donde el juez se pronuncia sobre los créditos legalizados, deberá convocar a junta, en ella los acreedores van a conocer y discutir el convenio.

En esta junta pueden intervenir también los acreedores que fueron rechazados y que están según el 775 del Código Procesal Civil a la espera de ser aprobados sus créditos. No obstante su voto queda bajo condición.

Ya en la junta deberá ser leída la propuesta del convenio, el informe del curador respecto a la verdadera situación del deudor y la parte dispositiva de la resolución en lo que refiere a las legalizaciones. Acto seguido se somete a discusión y vota el convenio propuesto.

Para que el convenio sea aprobado se tomará en cuenta el voto personal, es decir debe ser aprobado por la mayoría de los acreedores que concurran a la junta, y también el voto de capital, por lo que esa mayoría debe representar por lo menos 2/3 partes de la totalidad de los créditos legalizados.

Sobre esto,

*Los acreedores en todo momento buscarán satisfacer sus intereses hasta donde puedan, por lo que en ningún momento en el proceso podemos ver algún tipo de protección donde la ley tutele prudencialmente hasta donde pueda la supervivencia de la empresa, la cual es sin importar que sea mediana o grande factor de producción, trabajo y riqueza, y el Estado debe velar por su posible desarrollo [...] en buena medida deja a la voluntad de los acreedores el futuro o no de la empresa ( Morales, 2009, pp. 188, 189).*

En el caso de los acreedores que fueron rechazados y los que se encuentren sometidos a trámite de impugnación, el código en el artículo 752 del Código Procesal Civil establece que sus votos serán computados solo si los mismos influyen en la formación de la mayoría, en cuyo caso la homologación o no del convenio queda reservada para cuando la situación de esos acreedores esté definida en firme.

El convenio tiene la flexibilidad de que se podrán computar votos emitidos por escrito, pero solo los que coincidan con lo acordado en junta por la mayoría con voto personal, esto cuando sea necesario completar el voto de capital.

Después de 8 días de celebrada la junta el juez debe pronunciarse sobre la aprobación o improbación del convenio, en este caso si la sentencia fuere aprobando un convenio de cesión de bienes se deberá de conformar una comisión que va ser presidida por el curador, e integrada además por dos miembros o más escogidos de entre los acreedores; esta comisión va a liquidar los bienes y distribuir el producto. Sobre todo lo anterior va a informar al juzgado.

Si el pronunciamiento del juez fuere aprobando un convenio dilatorio, la administración queda en manos del deudor, pero bajo la supervisión y fiscalización del curador, quien deberá dar aviso de cualquier irregularidad que observe, bajo

pena de que si la hubiere y fuere grave, el proceso será declarado insubsistente e inmediatamente convertido en una liquidatorio.

Si la sentencia imprueba el convenio se declarará abierto el proceso liquidatorio que corresponda.

El convenio puede ser resuelto o bien declarado nulo de conformidad con el 756 del Código Procesal Civil, si se decreta la nulidad o resolución del convenio también se decretará el proceso liquidatorio que corresponda.

En el siguiente infograma se clasifican los artículos que guardan mayor relación con la aplicación del principio conservación de la empresa, se miden como favorables o desfavorables según impidan la conservación de las empresas o bien, contribuyan a la conservación de las mismas. Los argumentos explicativos para la medición operacional, se incluyen el Capítulo 4 de análisis de resultados.

### TABLA N° 3

Aplicación del Principio Conservación de Empresa en el Convenio Preventivo

Artículo	Medición
743 Código Procesal Civil	Favorable
744 Código Procesal Civil Inciso 3	Desfavorable
747 Código Procesal Civil	Favorable
749 Código Procesal Civil	Favorable
750 Código Procesal Civil	Desfavorable -Favorable
752 Código Procesal Civil	Desfavorable
753 Código Procesal Civil	Favorable - Desfavorable
754 Código Procesal Civil	Favorable

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

c) La Administración y Reorganización con Intervención Judicial

Este proceso es parte de la clasificación en preventivas de las ejecuciones colectivas, pues lo que pretende es atender la crisis económica o financiera de la empresa previo a que ésta se encuentre en un punto en donde la liquidación sea ineludible. Esa crisis empresarial debe ser entendida como “toda perturbación del estado de equilibrio dinámico del negocio, que está incidiendo en su operación y en los resultados de su gestión”. (Morales, 2009, p.58).

Para los autores Burgos y Durán (2014), este instituto es una herramienta que brinda la oportunidad de sobrevivir a empresas que pasan por una crisis económica y financiera superable.

En ese mismo sentido “procura la conservación y el saneamiento de empresas, que afronten crisis económicas superables” (Salas, 2005, p.2).

El actual proceso de administración y reorganización con intervención judicial fue modificado en 1996 por la ley 7643, los motivos de la reforma fueron varios, sobre éstos Coto (1997), consideró que el primero de ellos era la necesidad de evitar el uso abusivo de este instituto, el cual en su versión anterior tenía dentro como presupuesto subjetivo la palabra deudor, es decir, cualquier persona física y jurídica. El segundo motivo - consecuencia del primero - fue evitar un trastorno al sistema nacional, especialmente al financiero. El tercero era dejar en claro que era un beneficio al que se podían acoger solo empresas de interés social, por lo que debía ser fundamentado y un último motivo fue que el procedimiento anterior le permitía a los deudores evadir el pago de intereses.

A los motivos de la reforma mencionados por Coto se le agrega el que apunta el juez Hernández (1997), quien consideraba como fallo el hecho de que el peritaje que apoyaba la decisión del juez era facultad del juez si lo requería o no, por lo que se consideró en su momento que resultaban beneficiadas empresas que no debieron serlo.

Evidentemente los puntos referidos supra eran serias fallas del procedimiento anterior, por lo que una reforma sí era necesaria, no obstante lo cierto es que la

ley que instauró el nuevo proceso desde sus albores fue criticada por diversos juristas.

*Hoy, el peligro que existe en la ley para tratar de evitar los abusos es que se pongan una serie de requisitos para que el proceso inicie pues son tan difíciles de cumplir que muy pocos lo lograrán [...] La antigua ley ya no funcionará porque la nueva la derogó, pero esta tampoco funcionará. Es decir, es una derogatoria disimulada, no porque así fuera la intención de los redactores [...] conocí el proyecto original [...] insisto, con los parches que aquí se le agregaron, sin ser profeta, no llegaremos muy lejos [...] dolorosamente veremos cerradas empresas que pudieron haber continuado operando en beneficio de todos (Vargas, 1997, p. 23).*

Antes de conocer en detalle el procedimiento, es preciso decir que este es el único de los tres procesos estudiados en este trabajo investigativo que de forma expresa en repetidas ocasiones alude a la empresa y a su conservación.

El presupuesto subjetivo regulado en el artículo 709 del Código Procesal Civil, se refiere a que podrá acogerse a este beneficio el deudor persona física o jurídica, pero inmediatamente vincula a esta persona a una empresa, posteriormente en el párrafo siguiente restringe el acceso al procedimiento, pues exige que debe tratarse de empresas que además cumplan con el requisito de que “cuya desaparición pueda provocar efectos sociales perniciosos, sin posibilidades de fácil sustitución” (Código Procesal Civil, vigente al 2016, s/p).

Sobre esto,

*Debe observarse que este instituto fue destinado al salvamento de empresas por lo que una persona física para acogerse deberá acreditar su titularidad frente a una empresa o negocio, al igual que cualquier persona jurídica deberá comprobar que se encuentre en el desarrollo del ejercicio comercial de sus actividades (Morales, 2009, p.59)*

El presupuesto objetivo establecido en el primer párrafo del artículo 709 del Código Procesal Civil, básicamente se divide este presupuesto en tres puntos que son: primero que la empresa se encuentre en una situación económica o financiera difícil. Segundo que sea una crisis superable, y para ello no presta mayor atención a si ya existe cesación de pagos o no, siempre y cuando se trate

de una situación de hecho, y así lo dispone el último de los puntos que dice “mientras no hayan sido declaradas la quiebra o el concurso civil y no se esté tramitando ya un procedimiento de convenio preventivo” (Código Procesal Civil, vigente al 2016, s/p).

Están legitimados para solicitar el proceso según lo indica el artículo 709 párrafo 5, el deudor, cualquier acreedor y la SUGIVAL en caso de empresas con autorización de oferta pública de títulos valores (como corredoras de bolsa).

De conformidad con el 710 CPC no podrán acogerse a este proceso “empresas cuyo funcionarios, dueños o socios hayan incurrido en culpa grave o dolo con el fin de someterse a dicho proceso” (Código Procesal Civil, vigente a 2016, s/p).

Continuando con la solicitud, en caso de ser la misma a pedido del deudor, deberá contener una explicación de los hechos que dieron lugar a la crisis, además de exponer las medidas que se estiman indispensables para superar la crisis, esto es importante ya que es criterio del juez admitir o no el proceso y éste se basa entre otras cosas en aspectos como cantidad de empleados cesantes, proveedores y acreedores afectados en caso de que desapareciera la unidad productiva, etc.

Asimismo la solicitud del deudor debe acompañarse por las declaraciones tributarias, incluir balances y estados de ganancias y pérdidas de los últimos cuatro años. Sobre esto el entonces Juez Tercero Civil de Alajuela, refiriéndose al plazo de cuatro años, expresó,

*Considero excesivo, porque pueden existir empresas que tengan un año y medio, dos o tres años, que ya inclusive gocen de cierta credibilidad, pero por circunstancias totalmente ajenas, incurran en una situación de crisis financiera y económica, y lamentablemente, solo por ese hecho, no podrán ser objeto de este tipo de instituto. (Hernández, 1997, p.15).*

Continuando con la solicitud debe contener un estado del activo (indicando los bienes afectados por gravamen), y pasivo. En razón de esta obligación del deudor es que los acreedores que estén incluidos en esa lista no deben de

legalizar sus créditos, mientras que los que no estén en esa lista deben reclamar el derecho para que se les tenga como tales. Es obligación del deudor avisar a sus acreedores la gestión realizada.

También debe aportar como parte de la solicitud un plan elaborado por un profesional en administración o finanzas en donde se informe, además de la viabilidad, las medidas de reorganización que pueden permitir superar la crisis, y un cronograma de ejecución de ese plan, con señalamiento de plazo para cumplirlo. (Artículo 713 del Código Procesal Civil inciso 3). En si el contenido del plan puede consistir en lo que indica el artículo 714 del Código Procesal Civil. Básicamente el artículo ofrece diversas opciones por medio de las cuales lograr reorganizar la empresa, sin embargo es claro en cuanto a que no se debe tratar de medidas que tengan como fin extinguir la empresa.

Por otra parte cuando quien realiza la solicitud es el acreedor deberá indicar en qué motiva su solicitud y aportar pruebas que demuestren que sus afirmaciones tienen sustento, así como un documento que lo acredite como acreedor.

Cuando es el acreedor el que hace la solicitud y cumple con todos los requisitos el juez va dar plazo de 10 días al deudor para que responda de conformidad con el 717 del Código Procesal Civil, en cualquiera de las siguientes formas:

-Aceptando la crisis, y concordando entonces a su vez en ser sometido al proceso concursal de mérito, en este caso debe adjuntar lo establecido en el 713 del Código Procesal Civil.

-Negando en absoluto la crisis, por no existir, o bien afirmar que la crisis que padece es superable sin necesidad de la intervención judicial, y en ambos casos deberá de ofrecer pruebas que así lo demuestren.

-Podrá hacer ineficaz la solicitud del acreedor depositando el capital y los intereses cobrados por él.

Tanto si la solicitud proviene del deudor como si proviene del acreedor el juez antes de decidir si se admite o no el proceso deberá de ordenar un peritaje de especialistas, esto para determinar los efectos de la desaparición de la empresa y si la crisis es superable.

El hecho de que estos peritajes corran por cuenta de la empresa en crisis ha sido criticado, pues ya per se la empresa enfrenta dificultades y el proceso apenas en su fase inicial ya le significa una serie de gastos que convierten el proceso en prohibitivo. Sobre este particular, “Una de las grandes consecuencias de que la administración y reorganización con intervención judicial no prospere, consiste en que se incurre en una serie de gastos operativos, los cuales tienen que ser asumidos por la empresa solicitante” (Salas, 2005, p. 5,6).

Igual cosa opinó Hernández (1997), refiriéndose a la contratación del profesional que debe elaborar el plan que acompaña la solicitud de este proceso (713 inciso 3), el juez consideró esto como un desacierto en razón del elevado costo que tendría que desembolsar un deudor para cumplir con los requisitos de la solicitud.

Posteriormente el juez procederá a pronunciarse sobre la solicitud (artículo 719 Código Procesal Civil), y en este punto pueden suceder tres cosas. Que el juez considere que la empresa no es viable, en cuyo caso se pronunciará de forma negativa y se declarará la quiebra o concurso; que el juez considere que no existe crisis empresarial o motivo por el cual sea necesario el proceso, por lo que desestima el asunto; o bien, que el juez admita la solicitud en cuyo caso deberá instaurar el régimen de administración y reorganización por intervención judicial.

Si ese fuera el caso deberá nombrar al interventor, si el asunto fuera complejo o por el tamaño de la empresa el juez lo considera necesario, puede nombrar hasta dos asesores del interventor, que pueden ser un abogado y un administrador de empresas con énfasis en finanzas.

De igual forma serán nombrados dos representantes de los acreedores y un representante de los trabajadores de la empresa para que junto al interventor y



a los asesores de éste formen un comité para dar asesoría y fiscalizar la actuación de los administradores de la empresa.

Este proceso no produce desapoderamiento, (salvo que se den las situaciones previstas en los artículos 719 inciso 6, 721 ambos del Código Procesal Civil). Esto según Hernández (1997), constituye un acierto de este procedimiento, porque le brinda la oportunidad al empresario, que es el que conoce a fondo la empresa, de ser quien continúe operándola.

No obstante, se debe considerar lo dicho en el artículo 725 Código Procesal Civil en cuanto a que solo se pueden realizar, por parte del deudor, actos regulares de la gestión de la empresa y requerirá de autorización para los casos que indica el citado artículo entre los que se mencionan realizar actos que puedan comprometer más el estado económico y financiero de la empresa, así como ceder, permutar o dar en arrendamiento bienes inmuebles de la empresa, por ello es que se considera que hay un desapoderamiento, pero atenuado y que opera en favor del cuidado de la empresa y de los mismos acreedores.

A pesar de ser un proceso de tipo preventivo se establece el periodo de sospecha, para el caso de que por algún motivo se diera la conversión del proceso a uno liquidatorio (quiebra o concurso civil de acreedores).

Es preciso destacar el papel del interventor, en cuanto al cuidado de la empresa, entre las atribuciones y deberes de esta figura se encuentra la mencionada en el artículo 721 inciso 4 del Código Procesal Civil, ya que debe examinar apoyándose en sus asesores (si los hubiera) el plan, esto para que sugiera las modificaciones que considere necesarias para la eficiencia y salvamento de la empresa. También deben considerarse las labores que le atribuyen el 726 en el primer párrafo y el 733 del Código Procesal Civil.

Sin embargo se debe mencionar que la remuneración del interventor corre por cuenta del deudor y que es un monto elevado, encareciendo el proceso. Los honorarios corresponden a por lo menos, 5 salarios base mensuales del oficinista 1 que aparece en la relación de puestos de la Ley de Presupuesto Ordinario de la

República vigente en el año correspondiente. En caso de haber desapoderamiento estos ascienden al salario del gerente general de la empresa a intervenir.

La resolución inicial además de los efectos procesales antes mencionados va instaurar efectos formales y sustantivos.

Dentro de los formales, uno de los efectos más importantes es que la resolución que instaura el régimen de administración paraliza, de conformidad con el artículo 723 del Código Procesal Civil, las pretensiones ejecutivas individuales, comunes, hipotecarias, prendarias y de cualquier otro tipo, salvo las pretensiones de algunos acreedores ahí también contempladas, es decir, los acreedores no pueden seguir ejecutando individualmente al deudor.

Como en todo caben excepciones, por ellos hay casos en los que el legislador consideró que no se deben paralizar las ejecuciones en virtud de que no afectan en sí al proceso de reorganización, tal es el caso de que se trate de un bien que le pertenece al deudor, pero que es indispensable para que la empresa funcione de forma habitual. Sin embargo la primera de las excepciones mencionadas por el artículo 723 del Código Procesal Civil, en el inciso 1 y que se refiere a bienes sobre los cuales hubiere remate ya debidamente notificado al solicitante, en este caso se observa que el legislador no paraliza ese remate, y bien podría ser que lo rematado sea alguna maquinaria o equipo necesario para el funcionamiento de la empresa y su conservación.

Continuando con otros efectos formales que establece el mencionado artículo se encuentra que “Las peticiones de quiebra o concurso civil se suspenderán de pleno derecho si, en el momento de presentarlas, no se hubiere pronunciado la declaratoria respectiva” (Código Procesal Civil, vigente al 2016, s/p). Es decir, que el deudor es protegido también de ejecuciones colectivas presentadas en su contra, siempre y cuando que no se trate de ejecuciones colectivas de tipo liquidatorias ya declaradas.

Asimismo y como beneficio para los acreedores es que mientras estos no tengan posibilidad de ejercer su derecho, no correrá, en su perjuicio, plazo alguno de prescripción o caducidad.

Los efectos formales antes mencionados permiten observar como dentro de la Administración y Reorganización con Intervención Judicial el legislador el legislador previó diversos aspectos que podían impedir el salvamento de la empresa y buscó la forma de hacer posible la consecución del objetivo, o sea la conservación de la empresa.

Por otro lado los efectos sustantivos otorgan una serie de beneficios a las empresas que se encuentran atravesando una crisis económica y financiera, es decir se trata de una lista de beneficios que el legislador estableció con el fin de hacer posible la conservación de la empresa. Los efectos sustantivos corresponden a los establecidos en el artículo 724 del Código Procesal Civil algunos de los que guardan mayor relación con el objeto de estudio son:

Sobre inciso 1. Beneficia a la conservación porque al ser exigibles esas obligaciones le permite a la empresa incorporar su patrimonio capital fresco y libre.

Sobre el inciso 2. Esto como un mecanismo para mantener o aumentar el patrimonio de la empresa, es decir, de potenciar el patrimonio de la misma.

Sobre el inciso 3. Este efecto permite que la empresa en crisis económica y financiera tenga un respiro, y le permite acumular liquidez. Respecto a los pagos que debe realizar, lo que hace es que libera al deudor del pago completo y le permite realizar pagos parciales de acuerdo al plan presentado. Por otra parte, respecto a los intereses los reduce y estos serán adicionados al principal de la deuda para que sean cancelados cuando la empresa tenga mayor capacidad para pagar.

Sobre el inciso 4. Protege a la empresa de cláusulas contractuales que establezcan la rescisión de contratos, en caso de que sobrevenga algún proceso concursal preventivo. Es decir, impide que los contratos que la empresa ha

pactado vayan a ser rescindidos ante una crisis económica y financiera, ya que esto podría generar mayores perjuicios a la situación que ya la empresa atraviesa, por ejemplo que un proveedor de materia prima estableciera una cláusula de ese tipo y en razón de la solicitud del proceso preventivo la empresa quedara sin material necesario para funcionar.

Sobre el inciso 5. Es decir, que a la empresa no solo se le beneficia respecto a pagos o intereses, sino que también queda protegida acciones tendientes a cobrar multas administrativas o fiscales, e inclusive por cláusulas penales de tipo contractual, es decir, que mientras que esté bajo el proceso, no debe sacar recursos para hacer frente a ese tipo de créditos.

Sobre el inciso 7. Obliga a los acreedores que pretendan ejercer acciones cobratorias individuales a hacerlo dentro del expediente de la Administración y Reorganización con Intervención Judicial, esto como una forma de inmunizar y permitiéndole conservar el patrimonio que requiere para continuar la actividad.

El trámite para la discusión del plan está regulado en el artículo 729 del Código Procesal Civil, este señala que dentro del mes siguiente a la admisión del proceso el interventor y demás personas que integran el comité deberán presentar un informe detallado del plan y deberán emitir su opinión sobre el mismo. Este informe también puede ser presentado de forma individual por cada miembro del comité.

El juez puede convocar al titular de la empresa, así como a los acreedores que presentaron objeciones al plan y a miembros del comité asesor, con el fin de discutir los detalles y observaciones del plan, de esto el juez levanta acta.

Después de presentado el informe del comité y pasados los 8 días en donde el juez escuchó las objeciones, se produce el pronunciamiento sobre el plan, si lo aprueba se deberá incluir en la parte dispositiva de la resolución el contenido que haya sido autorizado, así como cualquier modificación que se haya hecho. El plan no puede excederse los tres años de duración a partir de la firmeza de la resolución que instauró el régimen de administración, salvo que tres cuartas

partes de los acreedores manifiesten estar de acuerdo en la extensión del plazo. Las partes pueden solicitar algunas modificaciones al plan.

Parte esencial en el cumplimiento del plan es la fiscalización por parte del interventor y del comité asesor, en razón de ello deberán presentar informes cada tres meses como una forma de velar que se esté cumpliendo el plan.

De conformidad con el artículo 734 del Código Procesal Civil es posible realizar modificaciones al plan siempre y cuando sean necesarias para el saneamiento y preservación de la empresa, pero sin que sobrepasen las medidas de salvamento, por ejemplo plazo del plan.

Según lo establecido en los artículos 738, 739 y 740 del Código Procesal Civil el proceso puede concluir de dos formas, normal y anormal.

Cuando se dice que el proceso concluyó de forma normal se entiende que transcurrió la totalidad del plazo establecido para la recuperación y que el plan de salvamento fue satisfactorio por lo que la situación de la empresa es normal, es decir la crisis fue superada.

No obstante, pueden surgir casos en los que el proceso concluya de forma normal, pero anticipada, esta forma sugiere que la empresa ha superado la crisis, pero lo ha logrado antes de transcurrido todo el plazo previsto inicialmente en el plan, por lo que el deudor deberá demostrarlo con balances, estados de ganancias y pérdidas.

En el caso de que se trate de una conclusión anticipada, de los documentos que sean presentados se le da audiencia al interventor y a los acreedores, para que se manifiesten al respecto (no es preciso si acreedores y deudor son los que solicitan la conclusión) y el juez se pronuncie sobre la conclusión.

Para que el proceso concluya de forma anormal debe estar en alguno de los supuestos que indica el artículo 740, este artículo deja ver la constante vigilancia que tiene el interventor sobre la empresa, además funciona como una

forma de obligar al deudor, en este caso la empresa a cumplir con todos los extremos del plan y a colaborar con la vigilancia que requiere este proceso.

Por último sobre los recursos aplicables al proceso, el Código establece que las resoluciones tienen revocatoria y apelación en los supuestos del 741 del Código Procesal Civil. Se advierte que en caso de que el superior que conoce la apelación deberá, ya sea de oficio o a petición de parte, tomar las medidas necesarias para subsanar cualquier vicio esencial en que se hubiere incurrido.

Esto es así porque la admisión de la apelación y consecuentemente el lapso que tarde el superior resolviendo no detiene el proceso, inclusive si se hubiera decretado la quiebra o concurso civil la apelación no impide la ejecución de las medidas acordadas como consecuencia de ello.

Por último el artículo 742 menciona que una empresa puede acudir a un proceso concursal más de una vez, pero si hubiera sido declarada en quiebra o concurso civil deben haber transcurrido 5 años desde la terminación del proceso que lo declaró así o de haber sido rehabilitado. A no ser que se trate de un proceso de tipo preventivo en cuyo caso lo podrá presentar antes de ese plazo, - y en este punto vuelve a vincular empresa y empresario- si acontecimientos no imputables al empresario o sus representantes han llevado a la empresa a una nueva crisis.

En el siguiente infograma se clasifican los artículos que guardan mayor relación con la aplicación del principio conservación de la empresa, se miden como favorables o desfavorables según impidan la conservación de las empresas o bien, contribuyan a la conservación de las mismas. Los argumentos explicativos para la medición operacional, se incluyen el Capítulo 4 de análisis de resultados.

## TABLA N° 4

Aplicación del Principio en la Administración y Reorganización con Intervención Judicial

Artículo	Medición
709 Código Procesal Civil	Desfavorable
710 Código Procesal Civil	Desfavorable
713 Código Procesal Civil Incisos 1 Y 3	Desfavorable
714 Código Procesal Civil	Favorable
719 Código Procesal Civil Inciso 6	Favorable
721 Código Procesal Civil Incisos 3 Y 4	Favorable
723 Código Procesal Civil Incisos 1 y 5	Desfavorable- Favorable
724 Código Procesal Civil	Favorable - Desfavorable
725 Código Procesal Civil	Favorable
730 Código Procesal Civil	Favorable
733 Código Procesal Civil	Favorable
734 Código Procesal Civil	Favorable
740 Código Procesal Civil	Favorable
742 Código Procesal Civil	Desfavorable

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

### 1.2 Marco Teórico Conceptual

#### 1.2.1 La empresa:

##### 1.2.1.1 Definición de Empresa

Actualmente no se puede negar la intervención de las empresas en la vida cotidiana, la empresa independientemente de la actividad y tamaño es parte del

día a día del ser humano. Ésta satisface necesidades de consumo, de ella obtenemos desde las necesidades más básicas hasta los caprichos más absurdos

*La empresa influye en la sociedad de diferentes formas: ofrece bienes y servicios que permiten satisfacer las necesidades de los individuos que componen dicha sociedad; realiza una importante función social al ser generadora de riqueza; posibilita el desarrollo a través de innovaciones...* (Soriano, García, Torrents, 2012, p.11).

Las unidades productivas son fuente de empleo, generan riqueza, movimientos de flujos, así como un sin fin de ventajas que se desprenden de ellas. No obstante para poder hablar de la empresa y de su conservación, es preciso conocer el término, saber su significado, así como aspectos relevantes para comprender su funcionamiento. Sobre esto,

*La empresa es un pilar fundamental dentro de la actividad económica, ya que coordina, dirige y controla el proceso productivo, aumenta la utilidad de los bienes añadiendo valor al transformar los recursos en productos que satisfacen las necesidades del mercado, además de crear empleo y generar riqueza.* (Martínez, 2013, p. 53)

Sobre el término empresa no existe una definición unívoca, ya que han sido muchos los autores que se han referido a ella. No obstante predomina el concepto económico que la define como *“La célula básica de la economía [...] el concepto fundamental de la economía es el concepto de empresa”.* (Mora, 2003, p. 196).

Confirma lo dicho por Mora Fernández, quien además le añade a la empresa una función, la cual se logra a través del empresario quien lleva la batuta sobre los distintos factores que en ella confluyen.

*La empresa es la unidad económica de producción cuya función general es la de crear o aumentar la utilidad de los bienes, es decir, dar a estos aptitud para servir a los fines del hombre [...] La empresa implica un conjunto ordenado de factores de producción bajo la dirección y control del empresario.* (Soriano, García y Torrents citando a Fernández Pirla, 2012, p.12).



Asimismo la empresa es “Un conjunto de factores productivos coordinados [...] cuya finalidad viene determinada por el sistema de organización social y económica en que se halle inmersa”. (Soriano, García y Torrents citando a Suárez, 2012, p.12).

Sobre lo mismo los autores de “Fundamentos de Economía de la Empresa” aseveran que la empresa es “La unidad económica, de producción básica [...] que tiene la función de combinar adecuadamente distintos factores (técnicos, humanos y financieros), para la producción de bienes y servicios, con el ánimo de alcanzar objetivos definidos” (González y Ganaza citando a Monllor, 2015, p.16).

Por su parte el politólogo, abogado, master en administración de empresas y profesor de derecho comercial en esta casa de enseñanza Quesada Niño considera la empresa como la organización de los tres elementos de la producción que son la naturaleza o materia prima, el capital, y el trabajo con miras a un fin determinado y lucrativo. Esta organización es llevada a cabo por la persona que ejercita la actividad económica organizada para fines de producción o de intercambio de bienes y servicios.

Confirma lo dicho por Quesada, Quevedo quien señala que “La doctrina entiende por empresa o negocio mercantil la organización de una actividad económica que se dirige a la producción o al intercambio de bienes o de servicios” (Quevedo citando a Barrera, 2004, p.27).

Por su parte Dasso apunta que “La disciplina jurídica de la empresa es disciplina de la actividad del empresario, y la tutela jurídica de la empresa es tutela jurídica de su actividad” (Dasso citando a Ferri, 2011, p.4).

Para la jueza, master en derecho y catedrática universitaria Magda Díaz (2015), la empresa es considerada como un fenómeno económico, que el derecho comercial ha tomado como un objeto de estudio. En otras palabras, es a partir del surgimiento de la empresa y del interés general que se le achaca a esta, que el derecho ha debido incorporar esta figura a la legislación, a pesar de que la empresa como tal es un término preponderantemente económico.

Sobre este particular,

*La protección de la empresa se basa en que indudablemente ésta aporta grandes beneficios al interés general [...] Debido a este reconocimiento del papel de la empresa frente al interés general es por lo que el Derecho Concursal ha querido relegar la tradicional visión individualista del mismo, para pasar a destacar a la empresa como núcleo económico-social al que debe protegerse por encima de todo. (Durán, 1987, p.133).*

En razón de esto es que cada legislación ha decidido la manera en la que lo incluye, algunas de ellas como la italiana, desarrolla este concepto a partir de la promulgación del Código Civil Italiano de 1942, por su parte la legislación nacional no la regula de forma expresa sino que, tal y como lo indica la master Magda Díaz, “No existe una definición emanada de las normas jurídicas sobre la empresa; tampoco una regulación expresa, sino hay una mezcla de conceptos contenidos en el Código de Comercio y teorías tendientes a delimitar el objeto del derecho comercial”. (Díaz, 2015, p.166).

Asimismo apunta la citada autora (2015) una definición de empresa desde la perspectiva económica: “La unidad básica productiva, privada, en una economía. Contrata trabajo, renta o posee capital y tierra, y compra otros insumos con el fin de fabricar y vender bienes y servicios” (Díaz citando a Samuelson, et, al, 2015, p.166)

La Sala Primera de la Corte por medio de la sentencia número 00104 del año 1993 se ha referido a la empresa de la siguiente forma:

*La figura de la empresa tiene dentro del ámbito jurídico un papel fundamental respecto de todas las relaciones referidas al proceso económico. Más que un concepto jurídico es un concepto elaborado por la economía en la época moderna para identificar a los sujetos del sistema económico. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1993, ¶ 13).*

Tal y como la Sala lo consideró en aquella ocasión la empresa cada día gana terreno dentro del campo del derecho, volviéndose una necesidad regular las

diferentes relaciones que en su funcionamiento surgen, parte de esto desarrolla Víctor Molina en la revista Mexicana de Derecho, quien añade:

*A la empresa se le debe considerar como el centro de las actividades económica, razón por la que la norma jurídica debe abordarla bajo el concepto de unidad fundamental de la economía nacional y a la luz de ese concepto deben ser tratados sus elementos (Aguilar citando a Barrera Graf, 2007, p.150).*

Para Dasso (2011), la empresa juega un importante papel en la economía, por ende es susceptible de regulación y tutela, esto la convierte en un polo atractivo para el nuevo derecho concursal.

Tal y como lo manifiesta el autor supra, a raíz de la importancia de la actividad empresarial varios autores han hecho hincapié en la necesidad de fomentar la conservación de la empresa como un medio para lograr la paz social y cumplir con los objetivos privados de los juicios universales.

La empresa como eje de la economía no puede ser regulada o estudiada como si se tratara de un aspecto netamente jurídico, sino que es preciso estudiarla como lo que es y para ello es preciso conocer cada uno de sus elementos, así como los aspectos económicos que en ella se conjugan, mismos que se exponen en el siguiente apartado.

#### 1.2.1.2. Elementos de la empresa

Los diversos autores que han definido a la empresa coinciden en que se trata de una unidad económica de producción, en la cual se combinan una serie de elementos o factores los cuales al estar engranados permiten el desarrollo adecuado de la actividad.

La teoría de la empresa establece que son cuatro los elementos que la conforman, la siguiente figura lo muestra.

## FIGURA N° 11

### Elementos de la Empresa



**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

#### a) Elemento Subjetivo:

Este elemento se refiere al empresario, definido por Cabanellas como “quien organiza, dirige o explota alguna empresa”. (Cabanellas, 1993, p.117).

*Lo que distingue al empresario de cualquier otra figura es su rol de constituir el activador del sistema económico, pues sin su participación éste permanecería paralizado. El empresario cumple un papel intermedio entre quienes ofrecen en el mercado capital u ofrecen trabajo y aquellos que demandan bienes o servicios. El empresario transforma o combina los medios de producción y en ese sentido está llamado a ser un creador de riqueza. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1993, Sentencia 00104).*

Según apunta Díaz (2015), ser empresario requiere de un nivel de organización no solo en cuanto a dirección de los trabajadores, sino de organización del capital de que se dispone para realizar la actividad, aunado a esto es sobre los hombros del empresario que recae el riesgo técnico y económico, por ello quien ejerce la actividad empresarial ajena o a riesgo ajeno no es empresario.

Para ser considerado empresario según lo apunta la autora previo mencionada (2015), no interesa si es una persona física o jurídica, lo que sí es preciso para ser catalogado como tal es que la actividad que organice debe tener como objetivos la producción o el intercambio de bienes y servicios, así como operar en el mercado. Al respecto la autora remite a la sentencia número 0044 del año 1994 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

*Resulta interesante el concepto de empresario introducido en el sistema del Derecho Privado italiano, en su artículo 2082, cuando señala "es empresario quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada hacia el fin de la producción o el intercambio de bienes o servicios". Independientemente de analizar los elementos de la profesionalidad, el fin de lucro, los diferentes tipos de empresarios, privados o públicos, o la sustitución por medio del empresario de la vieja figura del comerciante, lo más importante es la actividad productiva. En efecto el fin respecto del cual la actividad del empresario se encuentra directamente referida es la del intercambio de bienes y servicios. Se incluye en este criterio el antiguo concepto del comerciante como "hombre de negocios" para, y por medio del empresario, ser "el productor", pues es él quien produce bienes y servicios. La actividad no es cualquiera, solo puede ser la producción o el intercambio de bienes y servicios. (Sala Primera, 1994, ¶ 14).*

Todo lo anterior quiere decir que para ser considerado empresario no basta con figurar en el artículo 5 del Código de Comercio, sino que se debe demostrar que la persona empresaria está vinculada a una actividad de intercambio de bienes y servicios.

b) Elemento Objetivo:

*Para la realización de su actividad, el empresario individual destina un conjunto de bienes y derechos de los que forman su patrimonio, cada uno distinto y separados de los otros, sin embargo, por el destino que tienen forman, en apariencia una unidad (Aguilar, 2007, p. 152).*

Esa unidad patrimonial es también conocida como la hacienda y es precisamente a la que se refiere el elemento objetivo. Es decir que la hacienda engloba todos los bienes de la empresa (no solo materiales), que pueda necesitar para su funcionamiento.

Para la autora de “El concepto de hacienda desde las ciencias económicas y el derecho mercantil”, la hacienda es definida desde la óptica jurídica como “todos los bienes materiales, inmateriales, derechos, recursos, deudas y obligaciones que posee la empresa para desempeñar su actividad lucrativa” (Arroyo, 2012, p. 185).

Para la autora en cita (2012), la hacienda se divide en tres elementos a saber: el establecimiento mercantil, el aviamiento y los libros contables. Se explican:

El artículo 478 del Código de Comercio describe cuales son los elementos que componen el establecimiento comercial,

*Son elementos integrantes de un establecimiento comercial, para los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones eléctricas, telefónicas, y de cualquier otra naturaleza, el mobiliario, la existencia de mercaderías, las patentes de invención y marcas de fábrica, la contabilidad que comprende los archivos completos del negocio, de dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y los demás derechos derivados de la propiedad comercial, industrial o artística. La venta de un establecimiento comercial o industrial comprende todos sus elementos, y cuanto forme el activo y pasivo, salvo pacto expreso en contrario. (Código de Comercio de Costa Rica, 2016, s/p).*

Tal y como se desprende de la lectura del artículo citado el establecimiento comercial o industrial se compone no solo de los bienes materiales (activos tangibles), verbigracia la maquinaria, vehículos, terrenos, materia prima; sino que también se compone de bienes inmateriales (activos intangibles), como derechos de propiedad intelectual, patentes, cuentas por cobrar, por mencionar algunos, éstos también son parte del establecimiento y por ende de la hacienda de la empresa.

De igual forma del artículo citado se extrae que los pasivos son parte del establecimiento comercial o industrial, es decir, que las deudas y obligaciones en la que la empresa haya incurrido con el fin de lograr su actividad son parte del establecimiento comercial.

Por ello es que Arroyo (2012), apunta que el establecimiento comercial se refiere a la integralidad de la empresa, y eso incluye las condiciones reales en las que se encuentra, es decir define a la empresa de forma global.

El segundo de los elementos de la hacienda es el aviamiento, esto es todos los aspectos que son propios de la empresa y que la llevan a lograr una posición en el mercado favorable para ella.

Para lograr el aviamiento de la empresa es necesaria la destreza del empresario como encargado y director del negocio, pues él tendrá que organizar la actividad de forma tal que garantice a sus clientes la satisfacción, y con esto colocar a la empresa en una posición de ventaja frente a cualquier otra que ofrezca el mismo bien o servicio.

Por su parte Aguilar (2007) establece dos tipos de aviamiento, el subjetivo que es el que deriva de la capacidad del empresario para posicionar la empresa, y el objetivo que es fruto del ambiente favorable en que se desarrolla la empresa, por ejemplo la relación mercancía-necesidad.

En palabras de Arroyo (2012), el aviamiento es la capacidad que tiene el negocio de triunfar en el mercado, y se compone por todos los factores que le permiten alcanzar el éxito.

*No existe dentro de los estados financieros una cuenta donde se incluya un monto por concepto de aviamiento. No obstante, todos los elementos se refieren al esfuerzo que ha desempeñado el comerciante y la inversión realizada por la empresa a través de un adecuado servicio al cliente, un trabajo de calidad, una inversión publicitaria y estrategias de márketing, y además, a lo largo de los años por alcanzar dicha posición en el mercado. Pese a que no se cuantifica dentro de los estados financieros, las anteriores variables poseen un valor sumamente importante y por lo tanto, debe considerarse dentro de la hacienda de la empresa al momento de determinar el valor del negocio, ya sea para cotizar en bolsa, para vender, arrendar, heredar, fusionar, traspasar o realizar cualquier tipo de negocios vinculado con la empresa (Arroyo, 2012, p.190).*

La autora citada menciona un caso significativo para los costarricenses, y es lo sucedido con la empresa El Ángel S.A, la cual quedó destruida por el terremoto de Cinchona en enero de 2009, en este caso los socios de la fábrica deciden no despedir a ninguno de sus 300 empleados y continuar sus operaciones en una bodega propiedad de la empresa, al año logran producir al 100% tal y como lo hacían antes del desastre, exportaban y abastecían el mercado nacional. Al respecto menciona la autora Arroyo (2012), que en el aviamiento participa la fidelidad del cliente y la capacidad del empresario para recuperarse de las crisis.

Otro ejemplo de aviamiento ha sido noticia recientemente, éste es el aniversario número 90 de la Librería Universal, la empresa familiar a través de los años ha logrado posicionarse en el mercado nacional y buscar cada día mejorar, al respecto la gerente de mercadeo de la librería dijo al periódico El Financiero “recibimos diariamente a clientes cada vez más informados y a la vez más exigente y detallistas, nos ocupamos en cumplir sus expectativas y sus necesidades, al incluir en nuestra propuesta comercial, tecnología de última generación, entretenimiento y artículos novedosos” (El Financiero, 2015, ¶ 9)

Retomando, el tercer elemento de la hacienda lo constituyen los libros contables de la empresa, éstos son considerados dentro de la hacienda porque así se desprende de la lectura del artículo 269 del Código de Comercio.

Para Arroyo (2012), al hacer mención de los libros contables y la contabilidad, ellos se debe considerar en sentido amplio, entendido como toda la información financiera de la empresa, esto recobra fuerza debido a la evolución que ha tenido la contabilidad en tiempos modernos, actualmente la contabilidad de la empresa no cumple la misma función que cumplía antes, en donde era un simple medio de información para que el empresario conociera el estado del negocio, actualmente la contabilidad es usada como una forma de ofrecer información de las condiciones en las que está la empresa a grupos externos interesados en la empresa, por ejemplo inversionistas, acreedores, entidades gubernamentales, etc.



En síntesis la hacienda encierra elementos de todo tipo, y estos en conjunto dan valor a la empresa.

*El patrimonio de la hacienda, según Asquini, es un patrimonio especial del complejo por las relaciones jurídicas heterogéneas, porque comprenden relaciones reales, obligaciones, activas y pasivas, y conjugando tales relaciones con objetos también heterogéneos como: bienes materiales, muebles e inmuebles, bienes inmateriales y servicios (Díaz citando a Asquini, 2015, p.168).*

No obstante, conforme lo expresa Díaz (2015), los elementos que conforman la hacienda pueden ser considerados una universalidad, y es en razón de esto que cabe la posibilidad de que tengan un valor propio

c) Elemento Actividad:

Previamente se había mencionado que el empresario precisa de un nivel de organización, y que esa organización no solo es en torno al manejo de los trabajadores, sino a la organización del capital para desarrollar la actividad, asimismo por medio de la sentencia de la Sala Primera número 0044 del año 1994, se hizo referencia a que la actividad empresarial debía tener como fin el intercambio de bienes y servicios.

Lo dicho se relaciona con la actividad de la empresa, al respecto la jueza costarricense apunta “La empresa es concebida como un conjunto de actos organizados funcionalmente, denominados actividad [...] comprende la organización, administración y ejecución de actos” (Díaz, 2015, p. 169).

Es decir, que para que la actividad o perfil funcional sea llevado a cabo con éxito, es necesaria una buena organización y administración del capital humano y económico, de igual forma el empresario debe tener la agilidad para organizar estos elementos con el fin de intercambiar bienes y servicios.

Continuando con lo dicho por Díaz (2015), se dice que la actividad de la empresa se basa en tres presupuestos, la imputación o atribución que se hace sobre quien recae la dirección de la empresa; la capacidad es decir que la

empresa en razón de ser un fenómeno económico debe tener capacidad para actuar, ya sea a través de la persona física, o de la persona jurídica, para lo cual deberá cumplir con las exigencias que la ley estipule para poder ejercerla; y por último el tercer presupuesto es la legitimación.

Si bien es cierto al iniciar el proyecto de la empresa el empresario debe organizar una serie de elementos, esta organización es continua durante el tiempo que la empresa se encuentre operando, sobre esto “La actividad de organización, que realiza el empresario no se agota en el momento de crear el establecimiento, sino que continua a lo largo de la vida de ese conjunto orgánico de elementos” (Rojo, 2007, p.79)

Es síntesis la actividad es un elemento esencial de la empresa, se sabe que debe ir orientada a la producción para el intercambio de bienes y servicios, que constituye la dinámica de la empresa para lograr ese objetivo de producción, además no se trata de un elemento estático, sino que requiere de la astucia del empresario para adaptarla y lograr la perduración en el mercado.

d) Elemento Corporativo:

Según Díaz (2015), el elemento se refiere a la coordinación que se debe establecer con los elementos humanos, es decir los colaboradores en la actividad empresarial, quien los administra y el representante del capital y del trabajo. Es así en razón de que la empresa es un núcleo social organizado que persigue un fin económico.

Coincide en esta definición el abogado argentino Anaya, quien al respecto señala: “La faz corporativa de la empresa encara la situación de quienes colaboran en el desarrollo de la actividad, conformando un grupo social en función de un objetivo a cumplir” (Anaya, 2009, p.37).

Sobre todo lo que significa la empresa, Farina y Farina (2008), han concluido que esta es más que un conjunto de bienes, sino que se trata de una mezcla armónica y dinamizada de cada uno de sus elementos y que esta mezcla tiene

valor tanto para los particulares como para la colectividad, en razón de esto es que el derecho concursal se ha visto influenciado de contenidos éticos, morales y de solidaridad social, de forma que surge en él la idea de la conservación de las empresas, considerando a la empresa como de utilidad social por los múltiples intereses que su actividad genera.

Es decir, que cada elemento de la empresa tiene valor por sí mismo, pero que su valor al estar en conjunto se maximiza. Asimismo hay aspectos internos que afectan y le pueden generar una crisis a la unidad productiva, como por ejemplo una mala planeación financiera por parte de quien la dirige, sin embargo hay crisis que surgen a nivel externo, pero que son igual de nefastas que las que se pudieran generar a nivel interno. Sobre esto amplía el apartado siguiente.

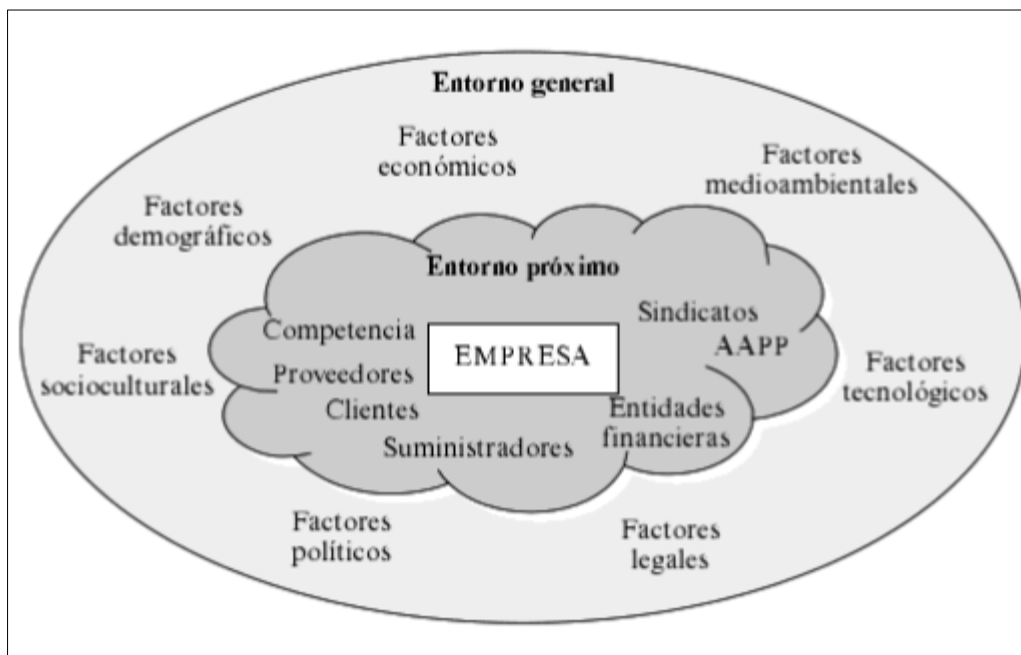
#### 1.2.1.3 El entorno de la Empresa

En la empresa se interrelacionan varios factores, algunos de ellos intrínsecos, como los estudiados anteriormente. No obstante hay componentes que no son parte de la unidad productiva, pero que inciden en su funcionamiento, a esto se le conoce como el entorno en el que se ve inmersa la empresa. Otra definición es "Conjunto de factores ajenos a la empresa que influyen sobre ella en forma de oportunidades y/o amenazas" (Sanchís y Ribeiro, 1999, p.16).

Para González y Ganaza (2015) esos factores son de dos tipos, tal y como lo permite apreciar la siguiente figura.

## FIGURA N° 12

### Entorno General y Específico de la Empresa



**Fuente:** González, Ganaza y Domingo. Fundamentos de economía de la empresa, 2015.

Los mencionados autores (2015), definen el entorno inmediato como el entorno propio en el que se ve inmersa la empresa, en él se encuentran los factores que inciden de forma directa sobre la empresa. Figuran entre esos factores, los siguientes:

La competencia, es decir las demás empresas que se dedican a la misma actividad y por lo que los clientes potenciales son los mismos; los proveedores, éstos se trata de todas las personas físicas o jurídicas que aportan un producto o un servicio para que la empresa se desempeñe con normalidad; los clientes que son la razón de ser de la empresa, es a través de ellos que la empresa recibe las utilidades; los suministradores, es decir empresas que suministran algún servicio vital para el funcionamiento de la empresa, por ejemplo la compañía de electricidad.

Asimismo dentro de este grupo se encuentran las entidades financieras; constituidas por instituciones públicas o privadas que se dedican a la intermediación financiera, de ellas la empresa obtiene el financiamiento necesario. Las administraciones públicas (AAPP), es decir instituciones estatales de índole gubernamental y administrativo, por ejemplo Ministerio de Hacienda, Seguro Social, Municipios, entre otros.

El otro entorno al que se refieren los autores (2015), es el general, en él se encuentran elementos que son externos a la empresa, pero que de igual forma inciden sobre ella. Se mencionan los siguientes:

Los factores económicos son los que afectan el poder adquisitivo del país en general, dentro de estos se encuentran la inflación, deflación, tipo de cambio, tasas entre otros. Es decir, que se conforma con aspectos macroeconómicos de los cuales el control escapa de las manos del empresario. Un ejemplo de esto es lo vivido en el país a raíz de la crisis económica del 2008 -2009.

Los factores demográficos, los cuales comprenden las características de la población; los factores socioculturales, que son las instituciones que inciden en la formación social de la comunidad y la empresa, encargadas de la transmisión de valores, creencias, comportamientos, gustos, entre otros.

Los factores políticos, en el que están las políticas nacionales que puedan afectar a la empresa. Los factores legales, es decir, toda la regulación legal de la actividad en cada país; los factores tecnológicos, juegan un papel muy importante actualmente, pues cada día surgen nuevas tecnologías y esto obliga al empresario a la innovación constante. Por último los factores ambientales, que se refieren a cualquier elemento que desarrolle su impacto en la naturaleza.

Todo lo anterior se resume en que son múltiples los elementos que llegan a afectar a una empresa, no son solo los aspectos internos los que determinan el futuro de la unidad comercial, sino que hay agentes externos que pueden generar en la empresa una crisis económica y financiera.

Sobre este particular,

*Lo más importante a destacar es que todos estos factores (endógenos y exógenos), independientemente de su carácter, convergen en el deterioro de la situación financiera de la empresa, traducida en la disminución de su activo, en la falta de liquidez y por tanto, en la carencia de los recursos necesarios para llevar adelante su normal funcionamiento, situación ésta que, además, lleva aparejado el aumento de las deudas, es decir del pasivo. (Candelario y Rodríguez, 1998, p.36).*

#### 1.2.1.4 Aspectos económicos y financieros de la empresa

La crisis económica, el desbalance de la empresa y una posible cesación de pagos tienen su origen en factores económicos y financieros propios de la actividad empresarial, en razón de esto se exponen los siguientes

Una de las consideraciones básicas que hay que tener en cuenta cuando se habla de empresas, según Díaz (2015), es la que se refiere a los factores necesarios para desarrollar la actividad. Estos se comportan como un ciclo, en donde primero se da el acopio de recursos financieros para la obtención de factores de consumo lento (son usados por más de un ciclo de explotación), y los de consumo rápido (se consumen en un solo ciclo, por ejemplo materia prima), luego viene el ciclo de explotación (tiempo que pasa desde que se obtienen materiales hasta que se transforman en bienes o servicios y son vendidos) y por último el beneficio obtenido de la venta o comercialización. A este ciclo se le conoce como ciclo económico de la empresa, la siguiente figura lo ilustra para mayor comprensión.

## FIGURA N° 13

### Ciclo Económico de la Empresa



**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

Ahora bien según Díaz (2015), paralelamente a este ciclo va a surgir otro que es llamado el ciclo financiero de la empresa, el cual comprende el movimiento de fondos que se genera como efecto de los pagos de los recursos y el cobro de las ventas. Estos dos ciclos aunque paralelos están desfasados uno del otro, no coinciden en sus tiempos, en razón de esto la empresa debe de planear financieramente toda su actividad. Es decir, debe coordinar corriente de cobros y pagos a fin de poder atender las obligaciones y para ello requiere tener liquidez.

La empresa debe buscar un punto de equilibrio o punto muerto, Martínez (2013), lo describe como un punto en donde la empresa no tiene pérdidas ni

beneficios y la empresa con la cifra de sus ventas puede hacer frente a todos sus gastos.

Según Díaz (2015), después de pasar ese punto de equilibrio es cuando la empresa va a experimentar excedentes para con ellos poder crecer, y es en ese momento en donde la empresa adquiere capacidad de pago.

De esta forma se habla de que la empresa puede ser viable de dos formas, según la citada autora Díaz (2015), la empresa es viable económicamente cuando logra una producción plena y ésta le permite conseguir excedentes o beneficios tales que puede velar por sus obligaciones, pagar excedentes a sus accionistas y obtener financiamiento para crecer. Mientras que se dice que la empresa es viable financieramente cuando genera recursos suficientes para hacer frente a las necesidades financieras de la empresa, no obstante dentro de los recursos generados por esta se consideran no los que ella genera con su actividad, sino que también se cuentan fondos de origen externo, aportes adicionales de los socios, deudas con terceros, etc.

Ahora bien, ya se sabe que las empresas cuentan con ciclos tanto económicos como financieros, que deben elaborar un plan para lograr de alguna forma acoplar ambos. Pero qué sucede cuando no lo hace, cómo se genera la crisis, para comprender esto es preciso previo comprender algunos términos.

Las empresas en su funcionamiento normal hacen uso o requieren de la formación de tres masas patrimoniales, la primera de ellas corresponde al activo, en este se engloban no solo los bienes que la empresa posee, sino también los derechos de la misma; el pasivo, que se refiere a las deudas que la empresa en su desempeño adquiere con terceras personas que son totalmente ajenas a la empresa, no se contemplan en este grupo deudas que se tengan con los propios socios de la empresa, ya que son incluidas en el tercer grupo llamado el patrimonio neto, conformado por aportes de socios, reservas de la empresa, entre otras.



Amplía esto Martínez (2013), quien señala que la masa activa a su vez se clasifica por su liquidez en corriente o circulante, el cual se compone por elementos relacionados con la actividad de la empresa, no son constantes, son bienes o derechos que la empresa pretende vender, utilizar o convertir en dinero, con la característica de que es a corto plazo, es decir a menos de un año. Mientras que la masa no corriente o inmovilizada se refiere a los bienes que están destinados a darle vida a la empresa, se caracterizan porque tienen cierto grado de liquidez y por lo general son costosos. Por ejemplo maquinaria.

Por su parte el pasivo también se clasifica en no corriente que son las deudas por satisfacer a terceros por periodos mayores a 1 año, por ejemplo préstamos a largo plazo, y el pasivo corriente que se refiere a las deudas que la empresa tiene que devolver o pagar por periodos menores al año, por ejemplo el pago a los proveedores de la materia prima.

Hay varias situaciones patrimoniales que puede enfrentar la empresa, según Martínez (2013), el equilibrio total, que es cuando el activo no corriente (maquinaria por ejemplo) y el corriente los financia el patrimonio neto (verbigracia aportes de socios); el equilibrio normal de la empresa, que es cuando el activo circulante (productos o servicios que se van a vender), y el no circulante son financiados con el patrimonio neto y con pasivo no corriente (deudas con terceros a pagar en más de 1 año).

Lo anterior explica la situación normal de la empresa, ahora bien, tal y como se ha mencionado en otros capítulos de este trabajo investigativo, la empresa puede atravesar por etapas verdaderamente críticas, las cuales le generan un desbalance, es decir, no puede cumplir con sus obligaciones en las fechas pactadas para ello, estas etapas son conocidas como insolvencia temporal y definitiva.

*La situación de insolvencia temporal es una situación de desequilibrio. Se produce cuando una parte del activo no corriente está financiado con pasivo corriente, que además, también está financiando el activo corriente, lo que puede llevar a una situación de insolvencia temporal, ya que el*

*pasivo no corriente es mayor que el activo corriente, lo que implica que las deudas a pagar a corto plazo son mayores que los activos que se han de convertir en dinero a corto plazo, por lo que no tendrá dinero para pagar al existir una falta de liquidez (Martínez, 2013, p.190)*

Sobre este particular los autores de “Fundamentos de Economía de la Empresa” mencionan,

*Una empresa que sea incapaz de producir en su actividad el dinero suficiente para atender sus necesidades cotidianas de pagos se encuentra en una grave situación que se califica de falta de liquidez, y aunque parezca paradójico esta situación puede darse aun cuando la empresa genere beneficios y sus consecuencias pueden ser nefastas. Si una empresa no paga en su momento a un proveedor, puede verse seriamente perjudicada [...] la falta de liquidez puede hacer peligrar el destino de la empresa, ya que en gran medida éste se deja en manos de un agente externo no controlable por ella, a quien no se pagó y quien puede tomar decisiones que pueden abocar a la empresa hasta la quiebra. (González y Ganaza, 2015, p.141, 142).*

Por otro lado puede haber casos en donde la situación se torna realmente grave entonces se habla de insolvencia definitiva:

*La insolvencia definitiva es donde el activo está financiado íntegramente por recursos ajenos. La empresa se ha descapitalizado por las pérdidas que ha ido sufriendo en ejercicios anteriores que han consumido el patrimonio neto, existiendo grandes problemas de solvencia. (Martínez, 2013, p.191).*

## 1.2.2 Principio de Conservación de la Empresa

Las fuentes del derecho se clasifican en dos grandes ramos, las fuentes formales y las fuentes materiales. Para el politólogo, abogado, administrador de empresas y profesor de derecho comercial en la Universidad Latina, sede Heredia, Quesada Niño por fuentes materiales se debe entender,

*Aquellas constituidas por factores, elementos o causas que contribuyen a que la norma surja [...] podrían sintetizarse este tipo de fuente del derecho*

*como aquella que responde a las demandas sociales. Es la respuesta al clamor y la petición de los representados ante sus representantes, ante sus legisladores; es la petición directa que aquellos hacen ante estos últimos como sus gobernantes transitorios que son, a fin de que legislen en su beneficio ante una necesidad o situación perentoria, o bien fundamentados en una tradición u opinión popular, o simplemente ante una manifiesta urgencia de la masa [...] tomando en cuenta que el derecho siempre, siempre ha de estar a la retaguardia de las demandas y necesidades de la comunidad. (Quesada, 2013, p.33).*

Dentro de las fuentes materiales del derecho se encuentran la doctrina, la jurisprudencia y los principios. De la lectura del numeral 1 del Código Civil nacional vigente se desprende que los principios son parte de las fuentes no escritas del ordenamiento jurídico y sirven para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas.

*Para que la conservación de la empresa represente un principio debe tenerse presente el complejo de intereses que concurren en su mantenimiento, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento –limitados a la decisión empresaria que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto, el Estado. (Richard, 2008, p.3).*

Efectivamente, en razón de los diversos intereses que convergen en la empresa es que las legislaciones han optado por realizar cambios sustanciales a sus normativas a la luz del principio de conservación de la empresa.

No obstante el legislador nacional mantiene una deuda en ese sentido con los habitantes de la República. Esto porque la legislación nacional presenta obstáculos y a veces vacíos legales que impiden en ocasiones una mejor aplicación del principio o en todo no admiten su aplicación.

El término conservar es definido como “mantener o cuidar de la permanencia o integridad de algo o alguien” (Diccionario de la Real Academia Española, 2016).

El principio de conservación de la empresa desde el punto de vista jurídico puede ser definido como “La preservación de la unidad de decisión y producción económica ante las dificultades y su devolución –saneada- al circuito económico” (Paolantonio, 1988, p. 119).

Complementa el autor citado (1988), que hay una nueva óptica respecto al destino de la empresa, la cual ya no se circunscribe solo a su situación financiera, ya no es vista solo desde el punto de vista privado y como una fortaleza para el empresario individual, sino que ahora es vista como algo que pertenece a todos, pues en la empresa no solo interesa el dinero del empresario.

Esa nueva óptica que menciona Paolantonio es precisamente la que impulsa este principio, que toma fuerza a partir de la reflexión de los beneficios que trae para la sociedad el cuidado de la empresa en sus diferentes etapas, y en especial -en lo que interesa a esta investigación- cuando se encuentra en crisis. Sobre esto,

*El principio de conservación de la empresa como razón de orden social y en especial en lo atinente al mantenimiento de las fuentes de trabajo y de riqueza, constituye un presupuesto insoslayable en una interpretación finalista de la ley. (Richard, 2008, p.14).*

Sobre lo mismo,

*Precisamente todos nos preocupamos cuando vemos que una empresa cierra y que había 400 trabajadores y por allá otro montón y, si sumamos todos los montones, nos damos cuenta del problema social que se plantea con los cierres de las empresas [...] el otro problema lo tiene el Estado, en cuanto a que no percibirá los impuestos que generaba aquella actividad y, también, eventualmente sufrirá una pérdida o fuga de divisas, porque muchas veces tendrá que importar el producto que se dejó de fabricar en el país y eso también pesará a todos. (Vargas, 1997, p.20).*

No obstante, cada legislación materializa la aplicación del principio a su realidad nacional, así se observan legislaciones que se abalanzan hacia la protección de la fuente de empleo, mientras que otras ponderan otros de los beneficios. De esta forma lo explica Rivera,

*Por un lado, la empresa es fuente de actividad económica y de generación de empleo. La legislación francesa e italiana –y sus comentaristas- han enfocado el tema desde este punto de vista. Otros, en cambio, lo ven también como un modo de maximizar el valor de los activos y con ello mejorar las expectativas de satisfacción de los intereses de los acreedores (Olazábal citando a Rivera, 2011, p.7).*

Sea cual sea la forma en que se aplique el principio, lo cierto es que de continuarse la actividad empresarial y preservarse la misma resultan beneficiados no solo los acreedores, sino que se benefician todos. Esto es uno de los puntos que Costa Rica debe considerar al aplicar este principio, reflexionando a la vez en la experiencia que ya existe en otros países, así como en la importancia que le da el Banco Mundial a la venta en marcha de la empresa como una forma de potenciar los resultados de la venta. Sobre esto,

*La experiencia ha ido demostrando que este procedimiento de venta de los bienes al mejor postor generalmente no logra satisfacer las expectativas de los acreedores y, cuando se trata de una empresa, su aniquilamiento suele producir consecuencias que afectan no solo a la masa de acreedores sino, además, al medio en donde se desenvuelve y, a veces, a la economía del país. Hay cada día mayor conciencia de que las empresas y, sobre todo, sus elementos constitutivos, no deben considerarse bienes sometidos a las reglas de la propiedad de corte romántico, al punto que en la actualidad se considera auspiciable que una fábrica o un comercio e incluso una empresa agrícola pueda seguir trabajando, a pesar de haber sido declarada la quiebra de la persona física o jurídica que fuera su titular (Farina y Farina, 2008, p. 340, 341)*

Sobre esto, la Catedrática de la Universidad Complutense de Madrid menciona,

*La finalidad solutoria del concurso no es incompatible con la conservación de la empresa y la continuidad de su actividad como fórmula que se presume tendencialmente idónea no solo para satisfacer los derechos de los acreedores sino también para la tutela de los distintos intereses confluyentes en el procedimiento (intereses generales de la economía, conservación del tejido empresarial, mantenimiento del empleo etc.). Y ello porque se trate de una empresa insolvente su valor unitario normalmente será superior al que podrían alcanzar los elementos materiales e*

*inmateriales que la componen aisladamente considerados, teniendo en cuenta, sobre todo, la potencial capacidad productiva del conjunto, esto es, de la riqueza que se supone que puede generar en el futuro, sea en manos del deudor o, sobre todo en manos de otro empresario que sea capaz de imprimir un nuevo sesgo a la explotación mediante la implantación de un diverso plan de negocio.[...] se distingue claramente la liquidación de la empresa de la liquidación del patrimonio que no implica necesariamente la primera; de ahí que con el fin de satisfacer mejor a los acreedores esta satisfacción se lleve a cabo mediante técnicas que, en la medida de lo posible, eviten la disolución, es decir, la liquidación de la empresa permitiendo la reorganización de la misma, con la sustitución del empresario, o mejor, y más en general, de aquel o de aquellos a los que, como los socios está destinado el valor neto del patrimonio de la empresa. (Alonso, 2011, p.5)*

Por otra parte para la aplicación efectiva del principio considera Durán (1987), que es precisa la separación del empresario de la empresa, ya que esta es una consecuencia necesaria del mismo, el principio implica pasar de una concepción “subjetivista individual” a una “objetivista social y Pública”.

Es decir, que para que el principio pueda lograr cumplir su objetivo de protección de las unidades productivas es necesaria la desvinculación entre la empresa y el empresario, ya que de haber esas vinculaciones propias del siglo XIII en pleno siglo XXI, se estaría impidiendo que empresas que tal vez sean viables para seguir funcionando sean arrastradas a una quiebra como un castigo para el empresario. Sobre lo anterior,

*Se trata, entonces, de aplicar un tratamiento jurídico específico a cada uno de los elementos del binomio. Por una parte deben salvarse empresas que ofrezcan garantías de seguir funcionando, y de otra, debe sancionarse al empresario que ha incurrido en conductas irregulares, sin que dicha conducta condicione el futuro de la empresa. (Durán, 1987, p.137).*

El principio de conservación de la empresa en Costa Rica no es aplicado a un solo proceso, y tampoco está escrito como una fórmula aplicada a los juicios concursales, sino que el mismo se muestra a través de diferentes normas que admiten soluciones, cuyo fin es proteger la estructura empresarial.

Los juristas costarricenses han entendido de forma general que el principio es aplicado a los procesos de tipo preventivo, pues son los que tienen o procuran conservar la empresa, ya sea a través del planteamiento de un Convenio Preventivo o por medio de la Administración y Reorganización con Intervención Judicial.

Un buen ejemplo de lo mencionado y de la aplicación de este principio en los procesos preventivos en Costa Rica lo constituye un caso reciente en donde una empresa viable, que da sustento a 600 personas estuvo a punto de la quiebra, sin embargo gracias a la solicitud y aprobación del convenio preventivo, y bajo la figura de un fideicomiso se logró salvar la empresa. El juez del caso respecto al logro del convenio reflexionó sobre las bondades del principio, así como de la necesidad de aplicarlo en los casos que la ley lo admita y siempre dentro del marco de la legalidad.

*En asuntos concursales como el presente, el derecho como ciencia social de aplicación no debe abstraerse de otras ciencias sociales que indefectiblemente confluyen con lo legal, como en este caso la visión económica, financiera y de gestión empresarial requeridas para una solución viable y útil. Así lo entendieron los acreedores que emitieron voto, quienes independientemente de la causa y naturaleza de sus créditos, reconocieron que dirigir a las concursadas a una quiebra en lugar de gestar su destino en la forma jurídica y empresarial propuesta, resultaba un demérito para la recuperación de lo que se les debe en la mayoría de los casos. En armonía con ello, la aprobación del convenio preventivo satisfará las necesidades sociales y económicas en la conservación e incentivo de las actividades económicas, la no limitación de la competencia en el mercado y el consumo, la continuidad de las actividades económicas que generan impuestos, abastecen el mercado, y sin duda alguna, coadyuva a la conservación de trabajos para sustento de sus trabajadores y bienestar de sus familias. De acuerdo con lo anterior, aunado de la legalidad estricta del acuerdo aprobado por los acreedores, en sentido lato, el convenio se ajusta a los certeros y actuales objetivos del derecho concursal. Esta perspectiva trasciende la letra pura de la ley, para aprehender que la legalidad debe ajustarse a las necesidades sociales en distintos ámbitos de la economía, el empleo, el erario público, la competencia, el consumo y los derechos subjetivos de los acreedores. (Sentencia N° 55 – 2016 del*

veintinueve de enero del dos mil dieciséis, del Juzgado Concursal de San José).

No obstante se debe considerar lo mencionado por la catedrática de la Universidad Complutense de Madrid, Juana Pulgar, quien señala que estos dos institutos concursales (convenio preventivo y reorganización), a pesar de seguir líneas paralelas presentan una serie de diferencias, mismas que se exponen seguidamente:

*En los convenios tradicionales de conservación se produce exclusivamente a través de un acuerdo cuyo contenido lo constituyen los modos de arreglo del pasivo, sin que se contemplen otras medidas de carácter económico financiero en base a las cuales lograr una reestructuración económica de la empresa. [...] en los nuevos institutos concursales reorganizativos la conservación se produce sobre la base de un plan de reorganización o reflotamiento de la empresa cuyo contenido está integrado por el tradicional contenido de los convenios [...] pero, además, abarca la posibilidad de otras medidas de carácter económico financiero en función del caso concreto, que persiguen conservar reorganizando para que la conservación no sea meramente temporal. En los tradicionales convenios, la conservación de la empresa se produce con base en la exclusiva consideración de los intereses privados de deudor y acreedores. Frente a ello, en los institutos reorganizativos se ponderan tanto intereses privados como públicos, justificándose éstos en la trascendencia social de las empresas en las que se aplican. (Pulgar, 1994, p.43, 44)*

Ahora bien, el proceso de quiebra seguida en Costa Rica y el principio bajo estudio se puede decir básicamente que se contraponen, pues la quiebra es considerada una institución de finalidad liquidatoria y el principio busca la protección de la empresa. Sin embargo, en otros países han logrado conservar empresas en quiebra realizando, además de reformas a la normativa haciendo uso de mecanismos como la continuación de la actividad empresarial. García refiriéndose a esto mencionó que es “uno de los tantos medios de instrumentación de la conservación de la empresa” (Díaz citando a García, 2015, p.174).

Es decir, en caso de la quiebra la continuación debe ser vista como una forma de mantener la empresa en funcionamiento (con el fin de evitar la daños mayores por el cierre como por ejemplo perder una línea de producción, así como



evitar que la maquinaria y activos de la empresa sufran una depreciación), esto para posteriormente poder venderla en marcha si resulta viable. Sobre esto,

*La continuación de la empresa en la quiebra, no tiene por objeto reorganizar la empresa sino posibilitar que la liquidación se lleve a cabo como empresa en marcha, siempre y cuando esto resulte conveniente o en otras palabras, pagarle a los acreedores vendiendo la empresa como unidad productiva. (Díaz citando a Petgrave, 2015, p.175).*

Sobre este particular,

*La continuación ha de tener fundamentalmente en cuenta la posibilidad de que la empresa pueda subsistir a fin de cumplir los fines para los que fue creada [...] no puede concebirse el principio conservación de empresa como si fuera el fin último de los concursos; sin perjuicio de su relevante importancia, este principio no es un fin en sí sino un medio de mejor tutela de los intereses en juego. (Lozano citando a Prono, 2004, p.173).*

Curiosamente esta figura sí se regula dentro del Código de Comercio costarricense, sin embargo no se hace con miras a una venta en marcha si no solo para evitar un daño mayor a la masa pasiva.

Ahora bien, debe estar claro que la conservación de la empresa no debe ser un objetivo a seguir ciegamente. La empresa debe conservarse cuando ofrezca condiciones para su reestructuración, cuando su revitalización sea viable. (Durán, 1987, p.134).

Concuera en ese sentido con lo dicho por Durán las autoras de “Empresas en Crisis” quien añade,

*El saneamiento como la liquidación resultan soluciones aplicables a la crisis empresarial y que no se trata de hacer prevalecer una sobre la otra, sino de elegir con inteligencia y sano criterio la solución que mejor se adecúe a las singularidades que presenta el caso concreto (Candelario y Rodríguez, 1998, p. 14).*

Asimismo consideran las autoras supra citadas (1998), que la conservación de la empresa en estos casos debe ser analizada con sumo cuidado, pues

dependiendo de cómo sea aplicado este principio podrían generarse altos costos a la colectividad, aspectos que más bien se pretende evitar.

Es decir, que no trata de pretender salvar todas las empresas, sino que se debe hacer sobre la base de la viabilidad, buscando determinar si efectivamente la empresa puede ser recuperada, y no tratando de recuperar una empresa que definitivamente está condenada a la liquidación.

*El principio de conservación de la empresa debe estar sujeto (si se pretende su aplicación dentro de los procesos falenciales), a criterios económicos elaborados por el profesional designado a tal efecto quien en un plazo breve debe aportar al expediente un informe detallado y pormenorizado respecto a la posibilidad de que el agente económico concursado se encuentre en condiciones económicas de continuar su actividad y en el presupuesto de no ser posible, la solicitud de su quiebra a efectos de la realización de los bienes del activo del fallido para satisfacer los créditos de sus acreedores. (Celi, 2014, p.143).*

Sobre este particular,

*El grado de viabilidad económico y social determinará, en definitiva, la justificación del remedio legal que procura la permanencia del giro empresarial [...] en el principio en cuestión entra tanto el interés de mantener una fuente de producción socialmente útil, como el liquidar y radiar del mercado a la empresa crónicamente deficitaria (Lozano citando a Prono, 2004, p. 173)*

En razón de lo expuesto es que Durán (1987), de forma acertada expresa que se genera un cambio del presupuesto, en donde la viabilidad de la empresa es lo que prima, y considera el autor que se debe insertar un momento procesal único para que este analice las posibilidades de vida que tiene la unidad productiva.

### 1.3 Marco Teórico Situacional

Este trabajo final de graduación persigue realizar un análisis sobre la aplicación del principio de conservación de la empresa en el derecho concursal costarricense. La normativa concursal en Costa Rica no se encuentra regulada o unificada en un solo cuerpo normativo, sino que se halla dispersa en diversos códigos, según sea el proceso a tratar, o en ocasiones normas de un proceso le son aplicables a otros.

Los tres códigos que rigen la materia concursal costarricense son el Código de Comercio promulgado en 1964, el Código Civil de 1886 y el Código Procesal Civil de 1989, sin embargo este último en cuanto a la materia en estudio fue reformado en 1996. El cambio más visible fue en el proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial, no obstante el capítulo que regula el Convenio Preventivo también sufrió cambios.

Recientemente fue aprobado y promulgado un nuevo Código Procesal Civil. Sin embargo, no introdujo derogatorias ni reformas en temas concursales, por lo que se continúan manejando los mismos procesos ya conocidos.

De esta forma se regula la quiebra en los artículos que van del 851 al 967 del Código de Comercio y en los artículos 709 al 818 del Código Procesal Civil, en los que éstos le sean compatible y el Código de Comercio omita, según lo indica el artículo 818 del Código Procesal Civil. De igual forma por tratarse de procesos de tipo liquidatorio le son aplicables las normas procesales que rigen el concurso civil de acreedores, pero solo en lo que la norma especial (Código de Comercio) no contemple.

El Concurso Civil de acreedores regulado del artículo 884 al 1000 del Código Civil y del 760 al 818 del Código Procesal Civil.

Mientras que la Administración y Reorganización con Intervención Judicial regulada del artículo 709 al 742 del Código Procesal Civil.

La competencia de los procesos concursales le atañe a los Juzgados Civiles de Mayor Cuantía de todo el país, y al Juzgado Concursal en el Primer Circuito Judicial de San José. En caso de apelaciones el superior sería, para todo el país, el Tribunal Segundo Civil de San José, en cuanto a las dos Secciones que lo conforman; y en materia de casación, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

**CAPÍTULO III**

**MARCO METODOLÓGICO**

# 1. EL PARADIGMA, EL ENFOQUE METODOLÓGICO Y EL MÉTODO SELECCIONADO

El marco metodológico es una de las partes esenciales de la investigación, permite al estudiante establecer la forma o metodología que utilizará en la recolección de la información, permite establecer el tipo de estudio que se pretende efectuar:

*Es el apartado de la investigación en donde se define dónde, cuándo, cómo y con qué se realizará la investigación. En otras palabras, aquí se toman las decisiones operativas de la investigación como la zona geográfica y la comunidad específica en donde se realizará el estudio, durante cuánto tiempo, con qué objetos de estudio y hasta con cuáles instrumentos de medición y recolección de la información. La metodología es esencial para plantear el cronograma, porque da la pauta, para luego desglosar la secuencia de acciones del plan de trabajo. (Barrantes, 2013, p. 162).*

## 1.1 El Paradigma de la Investigación

El paradigma obedece a las normas, principios, teorías reconocidas en el objeto de estudio, estos sirven de guía o modelo para la investigación. Es decir, es “*el conjunto de normas y creencias básicas que sirven de guía a la investigación*”. (Ortiz, 2000, p. 42). Otra definición sobre el particular,

*Una concepción general del objeto de estudio de una ciencia, de los problemas que deben estudiarse, del método que debe emplearse en la investigación y de las formas de explicar, interpretar o comprender, según el caso, los resultados obtenidos por la investigación. (Ramírez, Arcila, Buriticá, Castrillón, 2004, p. 36).*

Esta investigación es de paradigma naturalista o interpretativo que se caracteriza porque,

*En la tradición interpretativa se sustituyen los ideales teóricos de explicación, predicción, y control por los de comprensión, significado y acción. Su finalidad no es buscar explicaciones causales o funcionales de la vida social y humana, sino profundizar nuestro conocimiento y comprensión de por qué la vida social se percibe y experimenta tal como ocurre. El propósito de la ciencia social dentro del paradigma interpretativo o hermenéutico es revelar el significado de las formas particulares de la vida social mediante la articulación sistemática de las estructuras de significado subjetivo que rigen las maneras de actuar de los individuos. Bajo esta tradición la realidad es un constructo social: la realidad social no es algo que exista y pueda ser conocido con independencia de quien quiera conocerla. (Ortiz, 2000, p 46).*

Sobre los elementos complementarios naturalistas agregan los autores Díaz y Rosales,

*...la educación se concibe como una “realidad sociocultural, de naturaleza compleja, singular y socialmente construida, acción intencionada, global y contextualizada, regida, por reglas personales y sociales y no tanto por leyes científicas” (Arnal y otros, 1994:35-36). Dentro de este paradigma el investigar es, comprender la conducta humana desde los significados e intenciones de los sujetos que intervienen en el escenario educativo; y por ello la investigación evaluativa que se ubica en esta perspectiva va adquiriendo esa dimensión.*

*Desde la perspectiva naturalista, “el propósito de la investigación educativa es interpretar y comprender los fenómenos educativos, más que aportar explicaciones de tipo causal” (Arnal y otros, 1994, p.36); no interesa el establecimiento de generalizaciones de carácter universal, sino la aportación de elementos de comprensión de la realidad. (Díaz y Rosales, 2004, pp.10-11).*

Desde la óptica del modelo de análisis interpretativo es necesario conocer los principales elementos normativos del derecho concursal, pero no con el propósito de generar nueva doctrina, sino más bien utilizar la existente para interiorizar el significado de su aplicación.

## 1.2 Enfoque de la Investigación

La investigación mantiene en su extensión un enfoque de tipo cualitativo.

*Max Weber citado por Cuenya y Ruetti es denominado el pionero del estudio cualitativo, quien expone que en las ciencias sociales deben considerarse los significados subjetivos y la comprensión del contexto donde ocurre un fenómeno, más allá de las mediciones que se pudieran hacer sobre ellos. (Ramos, 2015, p.15).*

Sobre lo mismo,

*En lugar de tratar de describir al objeto de estudio por medio de cifras, estadísticas y números medibles, la investigación cualitativa procura comprender el objeto, no medir sus cantidades. El análisis cualitativo se aplica, especialmente a las ciencias sociales y humanas. La información se recoge mediante instrumentos como observación, descripción, reflexión y entrevista; por lo general, trabaja con muestras pequeñas pero estudiadas a mucha profundidad. Este tipo de investigación te permitirá, por ejemplo, investigar el cómo y el porqué de un evento o fenómeno. En cambio la cualitativa se concentraría en aspectos más tangibles como cuál, dónde o cuándo. (Barrantes, 2013, p.55).*

En el caso de esta investigación se utilizará información numérica, pero no constituye un fin en sí mismo; se utiliza como soporte de los argumentos propuestos y contrapuestos en relación al principio de conservación de la empresa y su manejo optativo entre las distintas modalidades aplicables dentro del derecho concursal.

## 1.3 El Método de la Investigación

Los dos métodos con los que se desarrolla el estudio es el analítico y el de campo.

*El analítico es aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos*



*para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular. Es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. Este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías.* (Ruíz, 2006, p. 120).

Es harto conocido que la complejidad normativa y de procedimientos está presente en el derecho concursal. No es viable interpretar un objeto de estudio jurídico asumiendo el carácter general del todo. Es preciso revisar las partes para comprender la esencia e importancia del principio de conservación de la empresa dentro de esta especialidad jurídica. “La investigación de campo o de terreno tiene que levantar, registrar o imprimir su información mediante la observación, la entrevista, el experimento, planificados y recogidos por instrumentos apropiados como cuadernos de notas, diarios de campo o mapas”. (Gallardo, 1991, p. 62).

En el caso específico de la propuesta investigativa por desarrollar se utiliza la entrevista semi – estructurada, y en la consulta a los sujetos fuente de información abajo incluida se solicitó la autorización para grabar las consultas en los lugares por definir. Se procedió además con visitas a distintas instituciones públicas y privadas con el fin de recabar información relevante para la investigación.

## **2. TIPOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN**

Cuatro son los tipos de investigación que se complementan en este estudio, a saber, documental, histórico, deductivo y jurídico interpretativa.

### **2.1 Tipología Histórica**

“Es la que estudia fenómenos ocurridos en el pasado. Tiene como finalidad reconstruir los acontecimientos y explicar su desarrollo”. (Barrantes, 2013, p 56).

*“Se revisan los antecedentes que dan origen a la problemática que se estudia. Son revisados los hechos, cifras, datos, documentos y argumentaciones que dan soporte a la teoría planteada”.* (Reyes, 2014, p.5).

Se incluyen antecedentes del proceso de ordenamiento normativo del derecho concursal costarricense, así como fuentes de derecho comparado Estados Unidos y Argentina en razón de cómo han tratado en sus propias realidades los asuntos relativos a los procesos concursales.

## **2.2 Tipología Deductiva**

Funciona a la inversa de la tipología inductiva, es decir se toman conclusiones generales y se explican particulares. Este método a diferencia del inductivo inicia con el análisis de leyes y principios, como lo es en el caso de esta investigación, para posteriormente aplicarlos a situaciones concretas, tal sería el caso de los grupos intervinientes en cada uno de los procesos que se exponen como parte de esta investigación.

*La deducción es el método que permite pasar de afirmaciones de carácter general a hechos particulares. Proviene de deductivo que significa descender. Este método fue ampliamente utilizado por Aristóteles en la silogística en donde a partir de ciertas premisas se derivan conclusiones...* (Ruíz, 2006, p.124).

## **2.3 Tipología Documental**

*“La investigación documental se concentra en fuentes impresas, en las cuales la información pertinente ya ha sido registrada o fijada de algún modo...La investigación documental tiene como uno de sus referentes fundamentales la biblioteca y sus diversos servicios”.* (Gallardo, 1991, p. 62).

Múltiples son las fuentes escritas utilizadas en este Trabajo Final de Graduación, a manera de resumen se indica la importancia de consultar, Códigos de Comercio, Civil y Procesal Civil, Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia costarricense y literatura especializada, entre otros.

#### **2.4 Tipología Jurídica Interpretativa**

“La investigación Jurídica es un proceso mediante el cual, con la aplicación del método científico, se pretende obtener información relevante y fidedigna para entender, verificar, corregir o aplicar el conocimiento jurídico”. (López, Montenegro y Tapia, 2006, p. 28).

La interpretación tiene que ver con el significado de los datos, así como las razones de la importancia atribuida a ciertos significados. En el caso del estudio análisis sobre la aplicación del principio de conservación de la empresa en el derecho concursal costarricense, es preciso revisar a fondo la información, la esencia del objeto y las relaciones que se dan de manera articulada para su aprehensión.

### **3. OBJETO DE ESTUDIO**

El objeto de estudio de esta investigación es la realización de un análisis sobre la aplicación del principio de conservación de la empresa dentro del derecho concursal costarricense.

## 4. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS PARTICIPANTES Y LAS FUENTES DE INFORMACION

### 4.1 Sujetos de Información

Los sujetos de información “son todas aquellas personas físicas o corporativas que brindan información” (Alvarado, 2014, p. 62).

Es importante determinar quiénes serán los sujetos que servirán de apoyo para la investigación. Los sujetos son el conjunto de personas que brindan la información de un mismo tipo, denominados población de estudio y son indispensables para la revisión de las variables.

Para el objeto de la investigación se detallan los sujetos de investigación en la siguiente tabla:

**TABLA N° 5**

Sujetos de la Investigación

<b>Institución</b>	<b>Nombre de la Persona</b>	<b>Cargo que Desempeña</b>
Poder Judicial	MSc. Christian Quesada Vargas	Juez del Juzgado Concursal del Primer Circuito Judicial de San José
Poder Judicial	Dr. José Rodolfo León Díaz	Juez Integrante del Tribunal Segundo Civil del Primer Circuito Judicial de San José
Banco Nacional de Costa Rica	Lic. Alejandro Gómez Picado	Abogado Especialista y Jefe del Departamento Legal
Consultoría Jurídica Empresarial	MSc. Carlos José Carrera Castillo	Abogado litigante y Curador en Procesos Concursales.

**Fuente:** Elaboración Propia 2016.

## 4.2 Fuentes de Información

Según lo explica Reza (1997), Es preciso que el investigador identifique con antelación las fuentes informativas en las cuales basa su trabajo de investigación, esto porque permite delimitar o establecer cuáles serán las fuentes a utilizar, ya que es frecuente en el transcurso de la investigación se descubran nuevas fuentes que no habían sido concebidas como tal.

Según Gallardo (1991), una fuente de investigación proviene de cualquier objeto, de una conversación con una persona, de una situación o fenómeno que permita que el investigador identifique y procese esa información como parte de su conocimiento sobre el tema de estudio. Es decir, que las fuentes de información no son exclusivamente fuentes escritas, sino que lo puede ser cualquier otro mensaje que permita al investigador ampliar su comprensión del tema que atañe a la investigación.

*Una fuente de información es el lugar de donde se obtienen datos o información que habrá de ocuparse como parte del trabajo de investigación. Así una fuente de información es un libro, una revista, un periódico, un programa de televisión o radio, o también puede serlo en específico, un cuadro estadístico o una gráfica. (Reza, 1997, p. 263).*

Las fuentes de información pueden ser clasificadas por el grado de información que se desprende de ellas. Para esta investigación las fuentes de información serán clasificadas en dos grupos que se detallan a continuación.

#### **4.1.1 Fuentes Primarias**

Gallardo (1991), señala que las fuentes primarias son todas aquellas que se consideran directas o de primera mano, por lo tanto son de vital importancia para la investigación en razón del valor académico que aportan. Es decir, que consiste en la *“Búsqueda y selección de la información que recurre a la comunicación de personas conocedoras del tema o a la consulta con expertos”* (López, Montenegro y Tapia, 2006, p.69)

Dentro de la información de primera mano a utilizar en esta investigación está los datos que se recopile en las consultas técnicas por realizar a los sujetos de la investigación.

#### **4.1.2 Fuentes Secundarias**

Dentro de las fuentes de segunda mano a consultar está la documentación jurídica directamente vinculada con el estudio. En esta categoría se encuentran las leyes, doctrina, antologías, informes, entre otras. *“Es la búsqueda de la información existente sobre la materia objeto del problema, desde la más general hasta la más especializada, puesto que la investigación generalmente parte del conocimiento disponible para generar nuevos conocimientos frente a un problema”* (López, Montenegro y Tapia, 2006, p.67).

## 5. LAS CATEGORIAS DE ANALISIS DE INVESTIGACIÓN

### 5.1 Matriz Metodológica

Según Alvarado “una matriz metodológica tiene cinco grandes componentes: objetivos específicos, variables, definición conceptual, definición operacional e instrumentalización. Su principal punto de partida es que las variables se desagregan de los objetivos específicos, de ahí la importancia de su correcta elaboración”. (Alvarado, 2014, p. 62).

A continuación se resumen los aspectos correspondientes a esta investigación.

#### TABLA N° 6

##### Matriz Metodológica

##### Análisis Sobre la Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en el Derecho Concursal Costarricense

<b>OBJETIVOS ESPECIFICOS</b>	<b>VARIABLES</b>	<b>DEFINICION CONCEPTUAL</b>	<b>DEFINICION OPERACIONAL</b>	<b>DEFINICION INSTRUMENTAL</b>
Examinar mediante fuentes de derecho comparado la aplicación del principio de conservación de la empresa	Principio de conservación de la empresa  Normativa de referencia Estado Unidos Argentina	La preservación de la unidad de decisión y producción económica ante las dificultades y su devolución – saneada- al circuito económico	Caracterización de los componentes	Literatura especializada Doctrina  Procesos que fomentan la conservación de la empresa

<b>OBJETIVOS ESPECIFICOS</b>	<b>VARIABLES</b>	<b>DEFINICION CONCEPTUAL</b>	<b>DEFINICION OPERACIONAL</b>	<b>DEFINICION INSTRUMENTAL</b>
Exponer la aplicación del principio de conservación de la empresa en el convenio preventivo, en la administración y reorganización con intervención judicial, y en la quiebra.	Aplicación del Principio de conservación de la empresa en el derecho concursal costarricense	.El principio conservación de la empresa puede ser definido como "La preservación de la unidad de decisión y producción económica ante las dificultades y su devolución al circuito económico	Análisis de la legislación nacional.	Doctrina Código de Comercio Código Civil Código Procesal Civil. Entrevistas
<b>OBJETIVOS ESPECIFICOS</b>	<b>VARIABLES</b>	<b>DEFINICION CONCEPTUAL</b>	<b>DEFINICION OPERACIONAL</b>	<b>DEFINICION INSTRUMENTAL</b>
Identificar los obstáculos que enfrenta el principio de conservación de la empresa en su aplicación dentro del derecho concursal costarricense.	Obstáculos Legales Culturales De Capacitación Jurídica en la materia Concursal.	En materia de los procesos de administración y reorganización con intervención judicial, convenio preventivo, y en los de quiebra propiamente tal, el análisis jurídico permite la identificación de atenuantes que no facilitan la aplicación del principio de conservación de la empresa.	Listado de atenuantes	Normativa Nacional Entrevistas

**Fuente:** Elaboración Propia. 2016



## 6. TECNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCION DE LOS DATOS

Para recolectar datos de las fuentes de información primaria será necesario recurrir a diferentes instrumentos y técnicas que ayuden o faciliten esa labor. Cuando se habla de técnicas se alude a medios para obtener datos informativos; mientras que si se habla de instrumentos se estará haciendo referencia a herramientas que le facilitan al investigador recabar la información.

Una de las técnicas que se aplicará en esta investigación consiste en la entrevista, la cual está *“orientada a establecer contacto directo con las personas que se consideren fuente de información”* (Bernal, 2010, p. 194).

La entrevista puede ser clasificada de varias formas. Para esta investigación la que se utilizará es la entrevista semiestructurada,

*La entrevista semiestructurada se centra en el planteamiento de unas hipótesis, sin que los ítems estén totalmente predeterminados, por los que permite obtener respuestas que en un principio no se habían previsto. Su mayor ventaja reside en que puede utilizar preguntas complementarias tipo prueba, de indagación o exploración, cuyo objetivo es profundizar o clarificar respuestas para obtener una información más completa y precisa, y facilitar al mismo tiempo la tarea del entrevistado.* (Arnau, Anguera y Gómez, 1990, p. 255)

Dentro de la entrevista semiestructurada se aplica el instrumento conocido como cuestionario, el cual consiste en “un sistema de preguntas que tiene como finalidad obtener datos para una investigación, no puede ser estudiado como algo aislado. El cuestionario presupone el diseño de la investigación; y la construcción del cuestionario requiere un procedimiento estricto”. (Pardinas, 2005, p.117)

Otra de las técnicas que se emplean a lo largo de la investigación es el análisis de documentos, el cual consiste en una *“Técnica basada en fichas bibliográficas que tienen como propósito analizar material impreso. Se usa en la elaboración del marco teórico del estudio”*. (Bernal, 2010, p. 194).

Por su parte el internet como técnica de investigación conlleva dos grandes ventajas, la primera de ellas es que permite al investigador obtener informaciones de diferentes países del mundo o del país, sin la necesidad de desplazarse, asimismo constituye una técnica de bajo presupuesto. Es por ello que múltiples autores se han referido al internet como una técnica accesible y que brinda presteza a la investigación. “No existe duda sobre las posibilidades que hoy ofrece Internet como técnica de obtener información; es más, se ha convertido en uno de los principales medios para recabar información”. (Bernal, 2010, p. 194).

El diario de campo o bitácora de campo constituye otra de las técnicas que este trabajo investigativo maneja, esto en razón de las facilidades que se desprenden del uso de esta técnica, ya que permite al investigador almacenar la información conforme la recolecta, y sirve como fuente de consulta en el proceso de la investigación.

*Es un instrumento que tiene una gran capacidad y flexibilidad para ser diseñado en función de las necesidades de la investigación, o del usuario que lo utiliza. Se caracteriza por ser un instrumento que nos permite recoger información sobre la problemática planteada en una investigación. El diario nos permite recoger información en una gama amplia, que va desde los hechos más anecdóticos y superficiales a una información más profunda y vivencial, en la medida que podemos acceder a un conocimiento mayor de las personas con las que investigamos y las situaciones que ellas crean e interpretan. (Lucio-Villegas, 2013, pp. 86-87).*

## 7. TECNICAS E INSTRUMENTOS PARA EL ANALISIS DE LOS DATOS

Para alcanzar los objetivos propuestos, confirmar o rechazar una hipótesis, es necesario recolectar una serie de datos, los cuales nos permitan llegar al conocimiento.

La recolección de datos es un proceso tan crucial como los anteriores y requiere de paciencia orden y prudencia. Los datos se obtienen con instrumentos capaces de captarlos tal cual son, con sus medidas apropiadas y su valor exacto. Además de instrumentos especialmente diseñados, también se puede emplear mediciones y observaciones según la naturaleza del objeto de estudio.

La palabra instrumento, en investigación, se refiere al recurso o procedimiento que se diseña para recolectar la información. No estamos hablando aquí de aparatos o tecnologías; más bien se incluyen cuestionarios, tablas de cotejo y una gran variedad de maneras de recolectar la información de forma sistemática, objetiva y veraz. “Un instrumento de medición adecuado es aquel que registra datos observables que representan verdaderamente a los conceptos o variables que el investigador tiene en mente” (Barrantes citando a Hernández, Fernández y Baptista, 2013, p.173-174).

En razón de esto como se había establecido previamente en la delimitación de esta investigación se toman en consideración cuatro personas que se mantienen en contacto con los procesos concursales. Se optó por realizar entrevistas utilizando el instrumento cuestionario y se definió criterios previos para la elección de los sujetos fuente de información.

Se considera a dos juzgadores que laboran en el Poder Judicial. Ambos están encargados de la dirección del proceso; tienen amplísima experiencia en el tema de estudio, son responsables de aplicar las normas y velar por el cumplimiento de ellas. La transmisión de la información y conocimiento de ambos especialistas es considerado por la investigadora como criterio experto, toda vez

que se conjuga un amplio bagaje conceptual y una experiencia de muchos años en el ejercicio de la profesión y en particular atendiendo asuntos relacionados con Derecho Concursal.

El MSc. Christian Quesada Vargas, se desempeña como Juez en el Juzgado Concursal desde hace 5 años, y el Dr. José Rodolfo León Díaz, cuenta con amplísima experiencia como Juez Integrante y Coordinador del Tribunal Segundo Civil, desde 1997, Tribunal que es el único competente en alzada en materia concursal en todo el país. Ambos despachos judiciales están ubicados en el Primer Circuito Judicial de San José.

En el caso del MSc. Carlos José Carrera Castillo, es abogado y notario, con una amplia experiencia como curador en procesos concursales, miembro de Tribunales de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Se ha desempeñado como profesor de derecho comercial en la Universidad Escuela Libre de Derecho y en la Universidad de Costa Rica. Actualmente es miembro del Despacho Consultoría Jurídica Empresarial.

El señor Alejandro Gómez Picado, se desempeña como abogado especialista y Jefe del Departamento Legal del Banco Nacional de Costa Rica, cuenta con 35 años de experiencia en el tema, por lo que su aporte desde la óptica del acreedor permite determinar la postura y beneficios que la banca estatal encuentra en el principio objeto de estudio.

En la siguiente tabla se describen datos relevantes de la experiencia aplicativa de las entrevistas

## TABLA N° 7

Entrevistas de la Investigación Análisis Sobre la Aplicación del Principio de  
Conservación de la Empresa en el Derecho Concursal Costarricense

<b>Número de Entrevista</b>	<b>Fecha</b>	<b>Lugar</b>	<b>Sujeto de Información</b>	<b>Forma de Aplicación</b>
N° 1	11/07/2016	San José	Lic. Alejandro Gómez Picado	Cara a Cara
N° 2	14/07/2016	San José	MSc. Carlos José Carrera Castillo	Cara a Cara
N° 3	19/07/2016	San José	Dr. José Rodolfo León Díaz	Cara a cara
N° 4	19/07/2016	San José	MSc. Christian Quesada Vargas	Cara a Cara

**Fuente:** Elaboración Propia. 2016

El instrumento empleado en las entrevistas es el cuestionario. En el siguiente infograma se detalla la información de estos instrumentos de consulta que en total suman 108 preguntas.

**TABLA N° 8****Morfología de los Cuestionarios de la Investigación**

<b>Número de Cuestionario</b>	<b>Número de Preguntas Dicotómicas</b>	<b>Número de Preguntas de Opción Múltiple</b>	<b>Número de Preguntas Abiertas</b>
<b>1</b>	2	3	18
<b>2</b>	1	7	23
<b>3</b>	0	6	21
<b>4</b>	0	6	21
<b>Total</b>	3	22	83

**Fuente:** Elaboración propia. 2016

En relación al análisis documental se elaboró un Diagrama de Gant que incluyó once meses de trabajo, divididos en la elaboración del anteproyecto entre diciembre de 2015 y marzo de 2016. El proyecto propiamente tal inició en abril de 2016 y el trabajo de campo se realizó entre junio y julio del mismo año. A lo largo de las diferentes etapas descritas se revisó más de cuarenta materiales impresos, entre literatura especializada, normativa internacional y nacional. El análisis de estos documentos se realizó en función de su tamaño y contenido, en algunas ocasiones a través de mapas conceptuales, tablas de cotejo y en otras mediante la técnica del diario de doble entrada.

## **CAPITULO IV**

# **ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN**

## 1. ANALISIS E INTERPRETACION DE LA INFORMACIÓN

A través del análisis de resultados el investigador puede de forma sistematizada dar respuesta a cada uno de los objetivos planteados en la investigación.

*El propósito del análisis es resumir las observaciones llevadas a cabo de forma tal que proporcionen respuesta a las interrogantes de la investigación. La interpretación [...] es buscar un significado más amplio a las respuesta mediante su trabazón con otros conocimiento disponibles que permitan la definición y clarificación de los conceptos y las relaciones entre estos y los hechos materia de la investigación. (Alva, 2015, p. 1).*

Esto se logra a través de la exposición de toda la información recabada a lo largo del trabajo final de investigación, por ello tanto fuentes primarias como secundarias dan pie a este capítulo.

Los datos obtenidos de acuerdo con los objetivos específicos son los que se presentan a continuación:

**Objetivo 1.** Examinar mediante fuentes de derecho comparado la aplicación del principio de conservación de la empresa.

Los primeros institutos que protegieron a la empresa surgieron en el siglo XIX, no obstante dicha protección no se fundaba en asuntos de interés general, sino todo lo contrario atendía a intereses privados, lo cual permanece así por un largo periodo hasta que comienza a surgir una corriente publicística, y ya en el siglo XX se comienzan a desarrollar convenios con el objeto de satisfacer los intereses privados y los públicos. Es ahí cuando se comienza a desarrollar la idea de conservar empresas en razón del interés público y tomando como base su viabilidad.



La aplicación del principio de conservación de la empresa históricamente ha sido precedida por crisis económicas mundiales como por ejemplo las Guerras Mundiales ocurridas en el siglo XX. Esto se explica en buena medida debido a las condiciones de incertidumbre y de recuperación a las que se ve sometida cualquier organización económico-social que haya padecido afectación durante un determinado periodo. Las unidades productoras reciben prácticamente de manera directa y bastante inmediata las consecuencias de una economía mayormente afectada en sus relaciones de oferta y demanda, de precios, de importación de materia prima, de políticas cambiarias.

No es fácil determinar las razones de cierre de una empresa por insolvencia. Generalmente el argumento más usado es responsabilizar a las fuentes cercanas del concursado. Se utiliza para tal efecto argumentos microeconómicos como inapropiada administración, estrategia de negocios poco sustentada. Pero cuando las razones son de orden macroeconómico como podría ser política inflacionaria volátil y poco controlada o un cambio en la política salarial, el asunto no se ubica en explicaciones apriorísticas.

De igual forma han propiciado esa necesidad de aplicación del principio las crisis económicas propias de un país o un sector productivo. Este es el caso de países como Estados Unidos, en donde las crisis del sector ferrocarrilero o la caída de la Bolsa de Valores en los años 30 del siglo anterior, elevó la aplicación del principio, y los norteamericanos dieron mayor énfasis a las reorganizaciones como una forma de mantener a flote la economía nacional.

De igual forma, en Argentina, en donde el detonante para la aplicación del principio es la crisis económica vivida en la década de los 90 de la centuria anterior. Desde ese entonces los argentinos casi que por método de prueba y error han ido reformando su normativa.

Con esto se quiere decir que las crisis económicas prácticamente por regla general han sido el despertar del legislador, pues es en ese punto cuando se

busca implementar medidas que tengan el cuidado del eje económico del país, o sea la empresa.

Este principio ha sido entendido por países del orbe como la preservación de la unidad productiva ¿Cómo se conserva? A través de mecanismos que buscan cuidar, sanear la empresa y devolverla al entorno económico.

Esos mecanismos pueden darse en la esfera extra judicial, ejemplo de ello son readecuaciones de la deuda o prórrogas al pago. Por otro lado estos mecanismos también pueden surgir dentro del ámbito judicial. El enfoque de este trabajo final de graduación está inclinado al estudio de los mecanismos de orden judicial.

A continuación se elabora una tabla en la que se observan varios descriptores relacionados con el principio de conservación de la empresa en dos países de América. En ella se aprecia cómo se ha desarrollado el principio por medio de mecanismos judiciales. En Estados Unidos se toma como referencia el Chapter 11 del Bankruptcy Code y en Argentina se considera la quiebra, puntualizando su continuación y enajenación en marcha. De argentina también se estudia el concurso preventivo, prestando interés al salvataje.

## TABLA N° 9

Conservación de la empresa en fuentes de derecho comparado

Descriptor	Estados Unidos de Norteamérica	Argentina	
<b>Nombre del Proceso</b>	Reorganización Capítulo 11	Quiebra o Bancarrota *Continuación y Enajenación en Marcha	Concurso Preventivo **Salvataje
<b>Referencia Legal</b>	Bankruptcy Code	Ley 24.522	Ley 24.522
<b>Año</b>	1978	1995	1995
<b>Presupuesto Objetivo</b>	Falta general de pago	Cesación de pagos y	Concurso preventivo sin conformidades

	Nombramiento del Custodian.	cualquier hecho que exteriorice la imposibilidad de cumplir obligaciones	para lograr acuerdo.
<b>Presupuesto Subjetivo</b>	Persona física o jurídica, empresario o no empresario	Personas de existencia ideal (jurídica) y persona física, comerciante o no.	Sociedades de responsabilidad limitada, sociedades por acciones, cooperativas, sociedades en que el Estado sea parte.
<b>Solicitud</b>	Voluntaria (deudor) Involuntaria (acreedor)	Por Conversión Pedido del deudor Pedido del acreedor	De oficio
<b>En qué consiste</b>	Libera temporalmente a la empresa de sus obligaciones financieras, mientras se reorganiza y acuerda un plan de pagos con sus acreedores. La compañía deudora continúa operando durante los procedimientos. Con frecuencia, la empresa vende sus activos y subsidiarias	La continuación de la explotación de la empresa en la legislación argentina funciona un como instrumento que permite evitar daños graves a los intereses de los acreedores, es así porque permite que se continúe el negocio. Se admite la continuación en manos del síndico o de la cooperativa de	El procedimiento que se implementa cuando determinados sujetos sometidos al proceso de gran concurso ven frustradas sus aspiraciones o pretensiones de acuerdo, al no presentar propuesta o al no obtener las conformidades necesarias, o cuando se admitan algunas de las causales de impugnación del acuerdo obtenido con el deudor concursado; todas hipótesis que abren la posibilidad para

	menos rentables para reunir dinero y poder cubrir sus obligaciones inmediatas.	trabajadores. Asimismo surge como una figura básica en caso de que se pretenda liquidar la empresa en funcionamiento.	que terceros adquieran las participaciones sociales de la entidad concursada
--	--	---	--

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

Con el fin de lograr un estudio más ordenado, así como de conocer las fortalezas de las fuentes expuestas, se comparan los aspectos más sobresalientes y que atañen al tema de investigación con el ordenamiento jurídico costarricense, que regula los procesos homólogos a los descritos en el infograma anterior.

#### Capítulo 11 de Estado Unidos vs Administración y Reorganización con Intervención Judicial de Costa Rica

Un primer aspecto que se debe de halagar del sistema norteamericano es la practicidad con que atienden las crisis económicas y financieras. A pesar de que en este estudio solo se consideró su Capítulo 11, el Bankruptcy Code está cargado de ideas innovadoras dignas de investigar.

Dicho esto, se debe mencionar que tanto el Capítulo 11 de Estados Unidos como la Administración y Reorganización costarricense se fundan o tienen como objetivo primordial salvaguardar empresas. Cabe destacar que en Costa Rica expresamente este es el único proceso que así lo acuña.

Una marcada diferencia entre ambas normativas es que la legislación americana como parte del presupuesto subjetivo admite a empresas grandes y pequeñas, mientras que la nacional en ese sentido, es totalmente restrictiva, haciendo una odiosa discriminación en contra de quienes conformaron un 93.7 % del parque empresarial nacional en el 2015.

Sobre el presupuesto objetivo la legislación norteamericana establece la falta general de pago, en la que se incluye cualquier hecho que dé pie para pensar que se está ante tal presupuesto, como el caso del nombramiento de custodian. Un punto que la legislación americana contempla es que no interesa el motivo que ha generado la crisis económica, mientras que esto para la legislación nacional es requisito sine qua non.

En ese sentido y de acuerdo a la finalidad del proceso, “conservar empresas”, no deben interesar los motivos que preceden la crisis – al menos no con la finalidad de conocer si el deudor es merecedor de tal beneficio – sino la viabilidad de la empresa.

El Capítulo 11 establece que la solicitud opera de forma voluntaria e involuntaria, no obstante para la forma involuntaria se establece una acreencia o monto mínimo adeudado independientemente de la cantidad y calidad de los acreedores, asimismo debe haber un grupo mínimo de acreedores solicitando el proceso, el número varía según la cantidad total de acreedores de la empresa. Es decir que cuando la solicitud opera de forma involuntaria, los acreedores deben cumplir dos requisitos para poder solicitar la reorganización.

En Costa Rica respecto a la solicitud del proceso por parte del acreedor se presta para romper con el principio de igualdad y de universalidad subjetiva, pues en ese sentido el acreedor solicitante sabiendo que la empresa presenta alguna dificultad puede acudir a la vía judicial y con una finalidad escondida solicitar se inicie el proceso. En cuyo caso el deudor queda básicamente obligado a depositar capital e intereses para que sean girados al solicitante (que bien podría ser un solo acreedor). Esta sería la primer opción del deudor o al parecer la más fácil, porque las otras de las opciones que brinda la ley son que niegue la existencia de la crisis en forma absoluta; o bien que la admita, pero que alegue que para superarla no es necesario estar sometido al proceso concursal de Administración, y en ese caso deberá aportar la prueba que confirme lo dicho, pudiendo el juez en esos supuestos designar un perito para que estudie la situación.

Es decir, la legislación norteamericana establece una serie de requisitos que deben de cumplir los acreedores para poder hacer la solicitud, de esta forma el instituto no se utiliza como una forma de compeler al pago, sino como un verdadero instrumento que pretende salvar empresas que atraviesan crisis económicas.

Cuando se trata de una solicitud voluntaria la reorganización establece un doble juicio, el primero atiende detalles de legalidad y el segundo pretende dilucidar que efectivamente los derechos del acreedor están mejor protegidos bajo esta figura. Esto constituye una fortaleza, en razón de a partir de ese momento se sabe que una liquidación no favorece.

El derecho norteamericano distingue dos grupos de acreedores, están los que deben aprobar el plan y los que no interesa que lo aprueben (aceptación negativa), El plan en esta primera fase debe ser aprobado por voto capital y personal, en cada grupo.

Ya en la segunda fase el juez homologa el plan, pero aquí ocurre algo interesante, y es el llamado cramdown, en donde el juez puede imponer la aprobación del plan sobre las categorías de acreedores que no aprobaron en primera fase. En ese sentido el juez norteamericano goza de un amplio poder discrecional.

### Quiebra de Argentina vs Quiebra de Costa Rica

La tabla supra respecto a esta figura expone detalles generales, sin embargo, el último de los descriptores hace referencia solo a la continuación y enajenación en marcha, en razón del tema que se investiga.

La legislación argentina integró por primera vez el principio en su normativa concursal en el año 1984. Es a partir de allí y hasta la fecha que ese país del sur ha ido implementando diversas medidas que permitan salvaguardar sus empresas, de esta forma actualmente en Argentina una quiebra no es sinónimo de extinción de la empresa.

Sin embargo, esto no debe ser entendido como que no hay procesos en los que se liquide el patrimonio, sino como que la ley brinda la opción de enajenación en marcha cuando se trata de empresas viables y hay interesados en ellas. Sobre este particular,

*Si pretendemos liquidar una empresa viable que solo atraviesa una crisis superable con los medios normales de los que dispone, estamos propiciando una conducta socialmente dañosa que a nadie beneficia. Si en el otro extremo, pretendemos sanear una empresa inviable manteniéndola en actividad, lo único que lograremos es prolongar una crisis terminal con perjuicio para los diversos sectores involucrados (Candelario y Rodríguez, 1998, pp. 14, 15).*

Cuando se pretende liquidar una empresa en marcha la continuación inmediata de la empresa recobra mayor importancia. Y la ley 24 522 o Ley de Concursos y Quiebra, es detallada en cuanto a las dos figuras. De esta forma dedica toda una sección al tema de la continuación de la explotación y otra a la realización de los bienes.

Esta fortaleza que tiene Argentina en cuanto a la regulación de la continuidad inmediata de la empresa, no encuentra punto de comparación con la normativa costarricense, que apenas si toca el tema de la continuación del negocio en uno que otro artículo. La enajenación en marcha dentro de la quiebra tampoco es algo que este regulado en el país, lo que se usa al llegar a la etapa de realización del activo es vender el patrimonio de forma separada y no en su conjunto, esto por lo general no satisface los intereses de todos los acreedores.

Asimismo hay que destacar que la ley de Argentina establece un trámite que es común a todos los procesos, y es que el síndico una vez que aceptó el cargo debe realizar un informe y en él debe indicar si cabe la posibilidad de continuar con la explotación de la empresa, así como indicar si es ventajoso enajenarla en marcha.

Contempla la opción de que los trabajadores por medio de cooperativas se organicen y soliciten la continuación de la empresa.

En cuanto a la forma de liquidar los bienes, como se mencionó la legislación argentina ofrece diversas opciones, sin embargo da prioridad a la enajenación de la empresa como unidad, además se contempla dentro de la normativa argentina la figura de los enajenadores, y es una labor que le destina a martilleros, bancos comerciales, intermediarios profesionales en la enajenación de empresas, en otras palabras el interventor no es quien tiene la labor de vender la empresa, pues eso recae en una figura con mayor conocimiento en el tema.

Al estudiar la regulación argentina en materia de quiebra, se evidencia que se trata de una normativa que se basa en el principio de conservación de la empresa, se denota que sus legisladores se han esforzado por buscar soluciones que permiten no solo aumentar la recuperación de acreencias, sino que han tratado de atender las crisis, pero sin omitir los beneficios de la empresa en marcha tales como la conservación del empleo, la producción de la riqueza, la generación de impuestos y divisas, etc.

Con esa idea se ve, en la legislación argentina, la conciliación de los tres intereses que busca conciliar el derecho concursal, y por ende el cumplimiento del fin del derecho concursal. Es decir, que el derecho concursal argentino es un claro ejemplo de la satisfacción de los intereses de los acreedores, de la satisfacción de los intereses del deudor; y de la satisfacción de los intereses del Estado, es decir de la economía de un país.

#### Concurso Preventivo – Salvataje- argentino frente al Convenio Preventivo costarricense

De la tabla arriba expuesta se desprenden aspectos básicos y presupuestos referidos a la figura de salvataje y no a presupuestos propios del concurso preventivo.

El concurso preventivo, es una figura argentina que guarda semejanza en diferentes aspectos con la legislación nacional relativa al convenio preventivo. No obstante la Ley 24 522 (Ley de quiebras y concursos), contiene en su artículo 48



un aspecto que debe ser destacado, esta es la figura del Salvataje, ya que ésta es vista como un último esfuerzo de la legislación por evitar la liquidación de una empresa.

El salvataje no es una figura que opere bajo solicitud de nadie, sino que es una etapa previa (de oficio), a la que el juez recurre previo a declarar la quiebra cuando esta resultara producto de una conversión (concurso – quiebra). Es decir, el salvataje se comporta como una forma de evitar la quiebra cuando un deudor no ha logrado llegar a un acuerdo con sus acreedores y está en la antesala de la quiebra.

En relación a esto la legislación costarricense establece que de ser improbadado el convenio se debe declarar de inmediato la quiebra o el concurso.

En ese sentido la legislación costarricense escapa de una realidad, y es que en ocasiones los mismos acreedores no están dispuestos a llegar a un acuerdo con quien ya no les merece confianza. Entonces en ese sentido un salvataje puede generar más opciones para que la empresa que es viable no llegue a desaparecer.

**Objetivo 2.** Exponer la aplicación del principio de conservación de la empresa en el convenio preventivo, en la administración y reorganización con intervención judicial, y en la quiebra.

Antes de entrar a analizar la aplicación del principio de conservación de la empresa en cada uno de los procesos concursales regulados por la normativa nacional, se preguntó a los sujetos fuente de información cuál es el proceso más utilizado en el país, esto como una forma de conocer cuál es el panorama actual en materia concursal.

La siguiente tabla contiene respuestas de los sujetos fuentes de información, las cuales fueron obtenidas por medio de entrevistas hechas en las fechas que se detallan: Consultoría Jurídica Empresarial el 14 de Julio de 2016, a las 15 horas. Poder Judicial el 19 de Julio de 2016, a las 15 horas.

TABLA N° 10

Proceso más utilizado actualmente en Costa Rica

¿Cuál es el proceso concursal que más se usa en Costa Rica?	MSc. Carlos Carrera Castillo	Dr. José Rodolfo León Díaz	MSc. Christian Quesada Vargas
1°	Quiebra	Quiebra	Quiebra
2°	Convenio Preventivo	Convenio Preventivo	Convenio Preventivo
3°	Administración y Reorganización con Intervención Judicial	Administración y Reorganización con Intervención Judicial	Administración y Reorganización con Intervención judicial

Fuente: Elaboración propia, 2016.

La tabla anterior permite observar que actualmente el proceso que más se usa en Costa Rica es la quiebra. Como segundo proceso más utilizado los entrevistados coinciden en que este puesto lo ocupa el convenio preventivo, y por último la administración y reorganización.

Es decir, que en el país hoy día el proceso concursal más utilizado es de tipo liquidatorio, mientras que los preventivos se encuentran por debajo de éstos. Paradójicamente la quiebra no es el proceso que tiene mejores resultados en cuanto a recuperación de acreencias para los acreedores en general, ni tampoco para el país por lo que significa el cierre de la empresa.

A esto se refirió Don Christian Quesada en entrevista realizada a las 15 horas del 19 de Julio de 2016:

*“La quiebra en la mayoría de los casos se usa como una forma de compeler al pago, hay una falsa creencia generalizada en que quebrar al deudor es un beneficio para los acreedores y como yo le decía anteriormente en la mayoría de los casos, y eso de verdad los estudios y la experiencia hace*

*que uno lo observe, en la mayoría de los casos son muy poquitos los acreedores o incluso a veces solo uno es el que consume todo el patrimonio del deudor, entonces los demás acreedores ¿qué están obteniendo dentro de un proceso concursal liquidatorio?, por supuesto que en algunos casos tal vez sí, pero no es en la mayoría de los casos”.*

Tal y como se observa en la siguiente tabla los entrevistados coinciden en que básicamente quien tiene más opción de recuperar las acreencias son los acreedores de tipo privilegiado y aun así en ningún caso se consideró como muy buena la recuperación, salvo casos aislados.

### TABLA N° 11

Recuperación por tipo de acreedor en proceso de quiebra

Recuperación por tipo de acreedor (rubros: muy buena, buena, regular, mala).	Privilegiado	Quirografario
<b>MSc. Carlos Carrera Castillo</b>	Buena, en mi experiencia Yo estuve en una quiebra que era de una industria bananera, el principal activo es la finca, esa es la unidad productiva y la unidad productiva estaba garantizada con hipotecas en primer y segundo grado al banco BCT y hay una norma en el código de comercio, creo que es el 890 que dice los acreedores hipotecarios y prendarios, entiéndase privilegiados podrán cobrar sus créditos fuera del concurso pero dentro del mismo juzgado entonces aquí lo que se hizo es que como de conformidad con el 885 la declaratoria de quiebra produce el vencimiento de todas las obligaciones, aparte de que esta estaba vencida, el acreedor hipotecario el banco BCT sacó a remate el bien, con la única diferencia que cuando se saca a remate el bien aunque se haya fijado base para	Mala, en mi experiencia no han superado el 10%

	el remate esa no rige sino que se tiene que hacer un avalúo pericial en el proceso correspondiente, saco el bien a remate eran como dos y medio o tres millones de dólares de una finca como de 250 hectáreas, sacaron el bien a remate, se lo adjudicó el mismo banco como pago a su crédito y posteriormente como dos o tres días después se lo cedieron a una empresa que les había comprado el crédito, fue el único que recuperó el 100% de su acreencia (el acreedor privilegiado), después lo acreedores quirografarios no recuperaron, entiéndase ni el 5% de su acreencia.	
<b>Dr. José Rodolfo León Díaz</b>	Buena, hay casos en que un acreedor prendario que tiene la maquinaria como prenda y el cierre de la empresa significa la pérdida del valor de la maquinaria muchas veces [...] generalmente las maquinarias que quedan dentro de las empresas que cierran no tienen cuidados ni mantenimientos, se oxidan, entonces muchas veces el acreedor prendario no tiene tan buena posibilidad, pero el acreedor hipotecario sí. Si valoramos esas situaciones sería buena, buena – promedio	Mala, yo no he visto un caso donde supere el 15%
<b>MSc. Christian Quesada Vargas</b>	Buena, eso sería una calificación promedio, porque tiene un bien que le está garantizando su deuda y es el menos perjudicado de los acreedores en principio verdad. Tal vez un 80% promedio, pero a veces hay hasta un 100%.	Generalmente mala o nula, sin perjuicio de que hay casos excepcionales sea regular, buena o muy buena.

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

Entonces en vista de lo expuesto en la figura y de lo mencionado por el entrevistado, es que adquiere mayor importancia conocer si efectivamente hay procesos dentro de la normativa nacional que reflexionando en la mala recuperación y desventajas generales que provoca el cierre de empresa viables, permitan soluciones acordes al principio en estudio, como ya se hace en otros países, tales como los expuestos en las fuentes de derecho comparado. Es por ello que a continuación se detalla en cada uno los procesos en los que se puede

ver inmersa la empresa, y cuáles de ellos regulan, aplican realmente y permiten la conservación de la misma. Es con este fin que se realizó la siguiente pregunta:

## TABLA N° 12

### Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en los Procesos Concursales Nacionales

Pregunta	Lic. Alejandro Gómez Picado	MSc. Carlos Carrera Castillo	Dr. José Rodolfo León Díaz
<p>Según la normativa concursal vigente para los procesos de Quiebra, Convenio Preventivo, y Administración y Reorganización con Intervención Judicial. ¿En cuáles de ellos se aplica el principio de conservación de la empresa?</p>	<p>Yo diría que uno lo ve más en los convenios preventivos y en los de administración y reorganización que tienden a ser procesos diseñados por el legislador como preventivos para evitar la disolución y liquidación de la empresa, para preservarla, aunque con un sacrificio generalmente para los dueños y los acreedores. Son procesos que tienden a eso.</p> <p>Eso no quiere</p>	<p>Primero que todo debo comenzar diciendo que yo pienso que desde el punto de vista doctrinario está correcto que hablemos del principio de conservación de la empresa, lo que sucede es que en Costa Rica no existe una regulación de la teoría de la empresa, nuestro Código de Comercio no sigue la teoría de la empresa, sino que sigue un criterio que es el criterio de los actos objetivos de comercio o por lo menos pretende seguir de conformidad con lo que indica el artículo 1 del C.Co la teoría de los actos objetivos de comercio.</p> <p>Hay un artículo en el 877, inciso 5 C.Co continuar el negocio del quebrado y vea</p>	<p>En la administración y reorganización por intervención judicial prácticamente toda la normativa estaría o al menos en principio dirigida a la conservación de la empresa, porque sería un procedimiento para lograr que una empresa que sea viable se pueda recuperar, ese sería el objetivo de este proceso, que esté mal regulado eso es otro problema, pero ese sería el objetivo que tiene la administración en sí.</p> <p>En el convenio preventivo en parte podría servir digamos si fuera un deudor empresario y que a través de la propuesta de convenio pretenda salvar su empresa, en este caso sería un mecanismo que un empresario podría utilizar, en algunas ocasiones para salvar su empresa a través de un plan de</p>

decir que en una quiebra no se pueda presentar y pueda disponer una junta de acreedores debidamente convocada para esos efectos y conocer alguna propuesta del deudor, aunque la quiebra tiende a ser un proceso evidentemente liquidatorio, pero yo diría que lo vería precisamente en los primeros dos procesos.

usted que el Código utiliza expresamente el negocio y no empresa por qué porque nuestro código no sigue la teoría de la empresa aunque si nosotros nos vamos al capítulo de la Administración por Intervención Judicial que creo que es el 709 y siguientes del Código Procesal Civil ahí sí encontramos un criterio de conservación de la empresa, ahí sí hay regulación. Por qué era que yo le decía a usted que me permitiera detenerme un momento ahí porque en realidad al no existir en nuestro país una regulación específica de la teoría de la empresa y ni siquiera nuestro Código de Comercio tiene una regulación sistemática, sino que anfibológicamente utiliza en algunos de sus artículos diseminado en algunos de sus artículos el término empresa y unas veces lo utiliza como sujeto, otras veces como objeto, otras veces como función, pero si nosotros entendemos la empresa como una actividad la doctrina mayoritariamente hoy

reestructuración consensuado con los demás acreedores o a través de quitas o esperas que le favorezcan y poder salir de una crisis empresarial, pero igual el convenio preventivo en parte podría no ser la salvación de una empresa, más bien todo lo contrario puede ser la liquidación de la empresa si fuera un convenio de dación en pago de bienes, depende de la propuesta el convenio podría ser dirigido a salvar empresas o podría tener otra finalidad diferente que salvar la empresa.

En la quiebra en principio lo que se busca es la liquidación del patrimonio, el sistema actual no está previsto para salvar empresas, aunque por ahí hay una norma que autoriza la continuación de la empresa aún decretada la quiebra, por lo cual cabría la posibilidad o podría existir la posibilidad de que en estos procesos se continúe la actividad empresarial y lo que sería vender la empresa en marcha, pero desafortunadamente no tenemos una regulación como la Argentina que si tiene todo un capítulo para la continuación de la

	<p>en día entiende que la empresa es una actividad y para que sea mercantil tiene que ser una actividad económica. Entonces si entendemos a la empresa como la actividad económica organizada profesionalmente por el empresario para la producción y el intercambio de bienes y servicios en un mercado de la oferta y la demanda, eso no es lo que está plasmado aquí. [...]Si se entiende que es conservar desde un punto de vista objetivo digamos que sí podríamos hablar del principio de conservación de la empresa. Entonces yo le diría que en la quiebra, en el convenio y en la administración y reorganización con intervención judicial.</p>	<p>empresa en la quiebra.</p>
--	---	-------------------------------

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016

Antes de realizar el análisis y como complemento a la figura anterior el MSc. Carlos Carrera en entrevista realizada a las 15 horas del 14 de julio de 2016 respondió, respecto al proceso de administración y reorganización con intervención judicial, la siguiente interrogante:

## TABLA N° 13

Normativa Nacional y el Principio de Conservación de la Empresa

¿Considera usted que la regulación actual para este proceso es contrario al principio conservación de empresa?	
<b>MSc. Carlos Carrera Castillo</b>	<p>Sí, es incompatible para mi gusto sí hay una incompatibilidad porque si usted analiza los procesos de saneamiento y los procesos preventivos el propósito que tienen es de carácter económico social y no solamente económico financiero, los procesos de saneamiento no solamente persiguen tutelar o beneficiar el interés del dueño o del propietario de las empresas que presentan un problema o vicisitud económica, sino que también se trata de tutelar el interés de los proveedores, el interés de los trabajadores, y el mismo interés de una cierta región, entonces por supuesto una legislación en donde los procesos de saneamiento o en donde para someterse a un proceso de saneamiento sea muy restrictivo por supuesto que son incompatibles con el principio de conservación. Porque si usted no califica dentro de la administración hay una norma que dice que lo declaran en quiebra, por eso muy probablemente las empresas que se encuentran en un estado de pre cesación de pagos o que se encuentren en problemas económicos temporales o en problemas de liquidez decidan no someterse, entonces la única solución que le queda es irse a la <u>fase concursal liquidatoria o el convenio preventivo</u> que es un “gallo gallina” que no es ni saneamiento, pero que tampoco es estrictamente liquidatorio, es básicamente un concordato en donde el deudor que se encuentra en esta dificultad económica le propone al acreedor o acreedores cómo pagarles. Normalmente hay tres tipos de convenio condonatorio o perdón (por ejemplo perdóneme los intereses y deme plazo, que en Costa Rica eso no pasa, tal vez en otras legislaciones), o un dilatorio o el de cesión, normalmente en Costa Rica la experiencia o los curadores que tenemos que sugerir, sugerimos el de cesión de bienes que en el fondo es una liquidación del patrimonio, entonces para mí y desde mi punto de vista sí es incompatible esta legislación tan restrictiva o estricta en materia de reorganización o en materia de saneamiento respecto del principio de conservación de la empresa, claro que sí.</p>

**Fuente:** Elaboración propia, 2016.

### Análisis:

Desde el punto de vista meramente normativo, si se habla de un instituto que haya surgido estrictamente con el fin de tutelar la empresa en crisis, sanarla y



reintegrarla al círculo económico, de un proceso concursal que reflexione en los intereses socio económicos, esto es algo que solo se encuentra (expresamente) dentro de la Administración y Reorganización con Intervención Judicial, ya que dentro de los procesos descritos por los entrevistados es el único que tiene y limita su presupuesto subjetivo a empresas, además de ser el único que señala que el contenido del plan no puede incluir el cierre de la empresa. No obstante debe considerarse lo que indica el MSc. Carlos Carrera en cuanto a que al ser un proceso sumamente restrictivo, ese hecho lo contrapone al fin para el que fue creado.

Ahora bien, si se considera la conservación de la empresa de una forma amplia, entendiendo que se aplica por medio de procesos que surjan con el fin de evitar una quiebra, y por ende continuar la empresa, se puede decir que el convenio preventivo (en Costa Rica), sí cumple con esa función, tal y como sucede actualmente. E inclusive ahí sí podría incluirse la quiebra, en el supuesto que menciona Lic. Alejandro Gómez. No obstante no son institutos que ponderen los intereses generales, si no que priorizan los de los acreedores, o tal y como lo señaló el MSc. Carlos Carrera son procesos de carácter económico financiero.

Partiendo de la idea de que no se aplica el principio de forma ordenada y apta, sino de que la legislación a través de algunos de sus articulados ha dado pinceladas del mismo a los procesos, se procede a estudiar uno a uno los diferentes procesos concursales, considerando las normas que pueden funcionar como medio para conservar empresas. Se exponen:

#### Aplicación en la Administración y Reorganización con Intervención Judicial

La administración y reorganización con intervención judicial, se configura dentro del derecho concursal nacional como un instituto que tiene el fin de conservar y sanear empresas que se encuentren en crisis superables, es decir, es un proceso judicial que pretende evitar la liquidación de la empresa en crisis mediante la aplicación de un plan de salvamento, permitiéndole reorganizarse para que continúe satisfaciendo las necesidades de mercado, generando empleo y aportando con su actividad riqueza al país.

A continuación se detallan una serie de artículos de la normativa nacional vigente que favorecen o desfavorecen la aplicación del principio en estudio, esto como una forma de evidenciar algunos de los artículos que armonizan con su postulado.

### TABLA N° 14

Aplicación del principio de conservación de la empresa en los procesos de administración y reorganización con intervención judicial

Artículo	Descriptor	Comentario
709 Código Procesal Civil	Desfavorable	El artículo menciona que los beneficios del proceso son para el deudor, pero no cualquiera sino para aquel que sea titular de una empresa, y que ésta se encuentre en una situación de crisis pero que sea superable, todo cual va en pro del principio en estudio, pero contradictoriamente el mismo artículo señala más adelante que el deudor desde el inicio de la solicitud debe correr con los honorarios de peritos que han de nombrarse antes de decidir si su solicitud es admisible o no para su trámite, lo cual va en contradicción con el principio porque si la empresa está en crisis económica y financiera, difícilmente tendrá dinero para sufragar esos gastos. Siempre en relación con esos peritajes, la norma también es desfavorable al principio en estudio porque mientras se cumple todo ese trámite de peritajes, la empresa queda sujeta a las ejecuciones individuales de sus acreedores, pues la inmunidad contra esos ataques no la obtiene sino con la admisión por el fondo de su solicitud, y no con la simple presentación de ésta. Consecuentemente entonces, el procedimiento se le hace de difícil acceso, con lo cual corre el riesgo de que sus acreedores

		<p>no pagados le soliciten la quiebra.</p> <p>Además, también el mismo artículo señala que los beneficios del proceso son solo para aquellas empresas cuya actividad, si desaparecen, no tienen posibilidades de fácil sustitución en el país, con lo cual deja por fuera del acceso al proceso a muchas empresas que compiten en su misma actividad con otras en el mercado, pero que sí cumplen con todos los demás requisitos exigidos por la ley y son merecedoras de tutela judicial para mantenerse a flote y beneficiando, por ende, a la economía del Estado, pero por esa norma están condenadas a ser declaradas en quiebra, y por tanto a desaparecer.</p>
710 Código Procesal Civil	Desfavorable	<p>Vincula empresa con empresario, lo cual no es acorde ni con los postulados del principio en estudio, ni con los del Derecho Concursal moderno en general. Lo anterior porque excluye de los beneficios del proceso a las empresas cuyos funcionarios, dueños o socios hayan incurrido en culpa grave o dolo, con el fin de someterse al proceso, cuando lo lógico es que si eso ocurre, se castigue individualmente a esas personas por la vía que corresponda, pero que se le dé la oportunidad a la empresa en sí, como unidad productiva, de salvarse de la crisis que padece, en el tanto sea superable, apartando de su administración y desapoderando, desde un inicio del proceso, a esos sujetos.</p> <p>Es evidente que la norma de comentario en ningún momento contempla o tiene en mente el principio de conservación de la empresa, y además, por su redacción, es contraria totalmente a todos los postulados inmersos en los demás artículos del procedimiento, que sí tienden a darle entrada y tutela al principio en cuestión.</p>
713 Código	Desfavorable	El inciso 1 restringe aún más el acceso al

Procesal Civil Incisos 1 y 3		proceso, pues parece que lo concede solo a empresas que tengan como mínimo 4 años de funcionar tributando, limitando los beneficios, del procedimiento pues no los concedería a empresas de reciente creación, pero que también, por sus características, son merecedoras de tutela concursal por la vía en comentario. El artículo señala además, en el inciso 3), que el empresario debe acompañar su solicitud con un plan que debe ser realizado por un profesional especialista en administración y finanzas, bajo pena de inadmisibilidad de la solicitud, en principio el inciso es favorable en cuanto a que pretende dar a conocer la viabilidad y plan de reorganización, sin embargo también encarece el proceso para el deudor, por lo que dificulta su fácil acceso.
714 Código Procesal Civil	Favorable	Hace referencia al contenido del plan, admite múltiples opciones de salvamento, sin establecer al efecto una lista taxativa de ellas, y el único límite que establece es que el plan no conlleve al cierre de la empresa.
719 Código Procesal Civil	Desfavorable	Es desfavorable, en cuanto al establecimiento de más figuras (dos asesores del interventor) que encarecen el proceso para el deudor, sin embargo se entiende que son figuras establecidas con el fin de ayudar al interventor en temas que él no domine.
719 Código Procesal Civil Inciso 6	Favorable	No hay desapoderamiento y si lo hay es en procura del beneficio de la empresa
721 Código Procesal Civil Incisos 3 y 4	Favorable	El interventor es una figura imparcial que está en beneficio de la conservación de la empresa, en razón de esto asesora y fiscaliza, pues se supone una persona con conocimiento específico en la rama de la actividad de la empresa.
723 Código Procesal Civil	Favorable Desfavorable	Busca hacer posible la consecución del objetivo, es decir salvar la empresa y para ello

Incisos 1 y 5		a través de los efectos formales trata de proteger los bienes indispensables para el funcionamiento normal de la empresa. No obstante se dice que también es desfavorable en cuanto al inciso 1), porque no impide la paralización de los bienes en los que ya hay un remate debidamente notificado, y bien podría darse el caso de que ese bien que ya está en proceso de remate sea indispensable para el funcionamiento normal de la empresa.
724 Código Procesal Civil	Favorable y Desfavorable	Es favorable en el sentido de que genera una serie de beneficios para la empresa, con ese artículo el legislador pretende darle un respiro al deudor, de esta forma se observa como el inciso 1 allega más capital fresco y libre al patrimonio de la empresa, el inciso 2 que busca aumentar el patrimonio de la empresa, Respecto al inciso 4 busca protege los vínculos contractuales que realiza la empresa, el inciso 5 la protege de acciones cobratorias que provengan del Estado mismo y el inciso 7 que la inmuniza de ataque cobratorios de los acreedores individuales que quieran cobrar fuera de la ejecución colectiva. No obstante conlleva aspectos no beneficiosos como los que establece el inciso 3 en su último párrafo respecto al pago de intereses, porque los dejados de pagar durante el plazo del procedimiento, se añaden al principal y deben cancelarse durante el procedimiento o una vez terminado éste, lo que podría volver a generarle una crisis a la empresa una vez recuperada.
725 Código Procesal Civil	Favorable	El fin es salvar la empresa por lo que el juez e interventor deben fungir en pro de esto, la vigilancia y control por ende son esenciales para ello.
730 Código Procesal Civil	Favorable	Es el juez quien se pronuncia sobre el plan después de haberse demostrado la viabilidad de la empresa, y haber escuchado a los acreedores. Pero la decisión final recae en el

		juez con base en la viabilidad, es decir es una decisión totalmente objetiva.
733 Código Procesal Civil	Favorable	Relativo a la dirección y supervisión del plan, en razón de los intereses en juego que son los generales, y no los del acreedor o del deudor, es que se establece la vigilancia del cumplimiento del mismo, esto porque sirve como parámetro de medición y así poder realizar cualquier ajuste al plan de salvamento con el fin de lograr el objetivo final.
734 Código Procesal Civil	Favorable	Permite modificaciones al plan ya aprobado, que sean indispensables para salvar la empresa.
735 Código Procesal Civil	Desfavorable	El proceso pretende atender empresas que enfrentan crisis económicas y financieras, y pretender que la empresa asuma una serie de gastos que en algunas ocasiones son montos elevados, no es favorable, pues puede más bien complicar la situación que ya es difícil. Por ello sería bueno que existiera un fondo dentro de las cámaras de empresarios y de industrias para que ante una crisis de estas la empresa agremiada pueda solicitar ayuda de ese fondo.
740 Código Procesal Civil	Favorable	La vigilancia del interventor es constante y en razón de ello se mantiene observante de que la crisis sea recuperable, además este artículo pretende “obligar” al deudor a cumplir los extremos acordados, pues de no ser así se dará por concluido el proceso y se decretará la quiebra o concurso.

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

Como apoyo al infograma anterior se consultó a los sujetos fuentes de información del Poder Judicial en entrevista realizada el día 19 de julio de 2016 a las 15 horas, y al sujeto fuente de información de Consultoría Jurídica Empresarial en entrevista realizada el día 14 de Julio de 2016 a las 15 horas lo siguiente:

## TABLA N° 15

Causas de la Inaplicación de la Administración y Reorganización con Intervención Judicial

Permite la Normativa Actual Relativa a la Administración y Reorganización con Intervención Judicial la Conservación de la Empresa		
MSc. Christian Quesada Vargas	Dr. José Rodolfo León Díaz	MSc. Carlos Carrera Castillo
<p>La administración es un proceso que está “muerto” está en desuso. Por varias razones, le explico:</p> <p>Es un proceso que es muy oneroso, muy caro para quien lo solicita, porque requiere la designación de dos peritajes, uno para establecer si la empresa que se quiere someter al procedimiento está en una crisis financiera superable y otro peritaje que está previsto para determinar si la desaparición de la empresa en el mercado produciría o no efectos sociales perniciosos. Y esos peritajes hay que pagarlos de una vez, y los tiene que asumir quien promueve el proceso. Muchas veces cuando es el deudor tras de que está en crisis, está pasando por una situación económica difícil y el proceso le es caro, le es oneroso, entonces eso lo desincentiva a presentar el proceso. Otro factor por el que está en desuso es porque los acreedores encuentran una vía más expedita y más efectiva para presionar el pago de los créditos, que es lo que generalmente les interesa al presentar una quiebra, en lugar de demandar a los deudores por administración y reorganización con intervención judicial , ¿por qué? Porque el efecto inmediato al</p>	<p>Coincide con don Christian Quesada y añade:</p> <p>Que se trata de un proceso absolutamente inflexible porque exige la recuperación total de la empresa para poder dar por concluida la administración de manera satisfactoria y si no se ha logrado ese objetivo va directamente para la quiebra o a un concurso civil de acreedores, entonces es muy riesgosa para un deudor.</p> <p>En la administración no se permite del todo pedir ni perdón parcial o total de intereses o capital, ni tampoco la</p>	<p>Lo que sucede es que antes de la reforma la administración por intervención judicial era muy amplia, muy liberal, era muy sencilla, cualquiera se podía someter, hasta una pulpería, era sumamente liberal, fácil someterse al régimen y daba una serie de beneficios, como la suspensión total del pago de intereses, la suspensión de las deudas por tres años, entonces alguna gente como en todo se aprovechó de la situación.</p> <p>Con la reforma se restringió demasiado la posibilidad de someterse al régimen, por eso creo que salvo la constructora Belén que lo intentó y alguna otra... lo cierto</p>

<p>presentar la quiebra es que si transcurren tres días y el deudor no paga lo declaran en quiebra. Y los deudores que no desean que se les declare en quiebra, aunque tengan problemas financieros, lo que hacen es pagar para evitar momentáneamente ir a ese proceso liquidatorio, entonces básicamente los acreedores encuentran una solución más rápida y coactiva para el deudor y presionarlo al pago en la quiebra que en la administración y reorganización con intervención judicial, otro factor que hace que este en desuso es que al menos en la literalidad de la norma del 709 del CPC la administración y reorganización por intervención judicial pareciera que está únicamente diseñada para intervenir grandes empresas y en CR más del 90% de empresas son miniPYMES, PYMES, pequeñas y medianas empresas.</p> <p>Entonces de entrada hay un filtro que impide que se pueda intervenir, que se pueda administrar y reorganizar.</p>	<p>entrega de bienes en pago que si se permite en el convenio preventivo.</p>	<p>del caso es que la administración está en desuso y por eso es que ahora vemos con mayor representatividad el convenio</p>
---	---	--

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

#### Análisis:

Se infiere que aunque en el texto de la normativa nacional se dispone de un proceso para atender las dificultades económicas de la empresa propiamente, en la práctica no es posible su utilización en razón de los diversos factores que mencionaron los entrevistados, es decir, que la deficiente regulación ha promovido que las empresas en dificultades deban de acudir a otros mecanismos o simplemente quedar desprovistas de un proceso que les brinde esa oportunidad para salir de una crisis.



Sin embargo, se debe recordar que una de las principales diferencias entre el convenio preventivo y la administración y reorganización con intervención judicial es quién toma la decisión de aceptar el plan o propuesta en el caso del convenio. Este último requiere del consenso entre el deudor y sus acreedores, pues son éstos quienes por medio de votación decidirán lo mejor, sin poder negar que estén en juego sus intereses también. Es decir que la suerte de la empresa recae en sus acreedores. Mientras que dentro del proceso de administración y reorganización con intervención judicial el interventor y los miembros del comité solo emiten su opinión, es decir no hay una votación de los acreedores, y es el juez quien va decidir en base a la viabilidad de la empresa.

La administración y reorganización actual es producto de la reforma de 1996, en aquel entonces era evidente el abuso, y era preciso realizar cambios que lo evitaran, ya que era un proceso usado en forma desmedida, no obstante al reformarla se le generaron cambios que han ido en detrimento de las empresas, y aún más preocupante es que 20 años después la ley inoperante continúa vigente.

Por lo cual respecto a este proceso se puede decir que por más que el legislador haya pretendido salvar empresas con esta normativa, su regulación parcializada y su irreflexión en los beneficios socioeconómicos de la empresa ha generado que en la práctica el instituto no se configure como una verdadera opción de conservación, o sea no es un proceso en el que se vea aplicado el principio en estudio, por más que el título de la norma así lo haga creer.

#### Aplicación del principio en el Convenio Preventivo

El convenio preventivo como instituto concursal surge como una forma de evitar que el deudor en crisis sea declarado en quiebra. Se trata de un acuerdo en donde el deudor le propone a sus acreedores una solución pactada, la propuesta es totalmente flexible, es decir, que el convenio puede servir para salvar una empresa, pero también puede establecerse como una forma de liquidar el patrimonio del deudor.

A continuación se detalla una tabla con algunos artículos que son parte de la regulación del convenio preventivo, se clasifican como favorables o desfavorables según permitan o impidan la correcta aplicación de un marco que cumpla con el fin de sanar la empresa y mantenerla en funcionamiento:

## TABLA N° 16

### Conservación de Empresa en el Convenio Preventivo

Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en los Convenios Preventivos		
Artículo	Medición	Comentario
743 Código Procesal Civil	Favorable	Porque es irrestricto en cuanto a su presupuesto subjetivo y objetivo. Es decir, de entrada no le exige tantos requisitos al deudor para que su solicitud sea admisible para su trámite.
744 Código Procesal Civil	Favorable	En si el contenido de la solicitud es bastante más sencillo en comparación con la administración y reorganización con intervención judicial.
747 Código Procesal Civil	Favorable	Este remite a un artículo que fue pensado para proteger los bienes que la empresa requiere para su funcionamiento normal, dado que hace inmune al deudor a acciones individuales de sus acreedores, por ende es una muestra de que por medio del convenio se pueden salvar empresas. Es decir que en este caso el legislador reflexionó en la protección de todos los bienes que sean necesarios para salvar y continuar las operaciones de la empresa. Además, por medio de esa remisión se protege también al deudor de otros ataques en su contra por la vía concursal, e igualmente, equilibrando la balanza, protege a los acreedores, porque mientras esté pendiente el concurso no corre en su perjuicio ningún plazo de caducidad ni de prescripción.
749 Código Procesal Civil	Favorable	El curador da un dictamen de la solicitud y de cualquier otro elemento que deje evidenciar la condición del solicitante. No obstante es preciso que el curador sea una persona que además de tener preparación académica y experiencia, haya

		<p>demostrado que tiene la capacidad y acuciosidad investigativa, además del compromiso de lograr un dictamen apegado a la realidad de la empresa, esto porque dentro del convenio preventivo el curador funciona como un “filtro”, pues es el informe que éste realiza el que será leído el día que se discuta y vote la propuesta del convenio. Es decir, que es él quien por medio de su informe determina si se trata de una empresa viable con posibilidades de ser conservada.</p>
750 Código Procesal Civil	Desfavorable Favorable	<p>Al hablar del principio de conservación de la empresa se debe tener claro que no se trata de salvar lo insalvable, es decir, no se puede forzar a conservar una empresa que ya se encuentra en un estado de insolvencia definitiva, pues esto sería en detrimento a los intereses de muchos.</p> <p>Es sabido que por aspectos culturales al deudor en Costa Rica no le gusta admitir que ha fallado y que su negocio no ha ido bien, pues sabe que de reconocerlo será estigmatizado. Ante esto es probable que busque la manera de dar la impresión de que la crisis económica y financiera que enfrenta es superable, cayendo así en acciones que constituyen delitos contra la fe pública.</p> <p>Ante la presencia de un supuesto como este, debe considerarse dos cosas: Primero si realmente la empresa es viable (con datos y documentos reales). Segundo si los datos y documentos falseados que presentó en apoyo a su pretensión constituyeron una manera de aumentar las probabilidades de obtener la aprobación de la propuesta de convenio. De ser así, siguiendo los postulados del principio de conservación de la empresa, el empresario debería de hacer frente al proceso penal correspondiente, sin que esto repercuta en la suerte de la empresa.</p> <p>Ahora bien, si se logra demostrar que sin los documentos falseados y datos alterados no hubiera sido considerada la empresa como viable, lo procedente sería declarar el proceso liquidatorio que corresponda.</p>

752 Código Procesal Civil	Desfavorable	<p>Al tratarse de un convenio precisa que exista acuerdo de voluntades, por ello la decisión de aceptar o no recae solo en lo que los acreedores por medio de las mayorías establecidas decidan, el juez en este caso vela por la legalidad de las votaciones y computa por votos para luego homologar. Esto es desfavorable porque la decisión final la toman los acreedores, y podría ser que estos no estén interesados en lograr un acuerdo con la concursada, ya sea por ser un acreedor garantizado, o simplemente porque no tiene interés en llegar a una solución que beneficie a otras personas más que a sí mismo. Y podría ser que la empresa sea viable, pero que al no lograr la mayoría requerida, el juez no tenga otra opción más que declarar la quiebra. Ante esto la legislación nacional no contempla opciones como el salvataje que si regula la normativa argentina y que significa una oportunidad más para conservar la empresa.</p>
753 Código Procesal Civil	Favorable - Desfavorable	<p>Es favorable porque permite diversas opciones de propuestas de convenio, pero a la vez desfavorece porque no impide que el acuerdo contemple el cierre de la empresa como medida de solución a la crisis, y esto a su vez sucede por varias razones, una de ellas es que no es un proceso propio de empresas, sino que admite todo tipo de deudores, además que a pesar de que en la práctica sirve como medio para salvar empresas, no es este su objetivo principal, sino que es evitar llegar a la quiebra, pero a la quiebra vista como el proceso, y eso se entiende porque admite el convenio de cesión de bienes para posteriormente liquidarlos y distribuir el producto.</p>
754 Código Procesal Civil	Desfavorable	<p>Establece la vigilancia por parte del curador sobre el deudor o sobre su administración, (como la de la administración y reorganización), cuando el convenio acordado no es de cesión inmediata de bienes.</p> <p>La única diferencia que en la reorganización esa estricta fiscalización no solo se realiza como una forma de velar que el plan se cumpla, sino también como una forma de hacerle las correcciones en caso de ser preciso.</p> <p>Asimismo al leer en el artículo 733 que es el</p>

		<p>juez quien aprueba las modificaciones al plan, está claro que ese punto no es aplicable al convenio (pues el convenio es una acuerdo de voluntades entre acreedores y deudor), y si además se continua leyendo el artículo 754 se menciona que “mientras tanto, el curador vigilará la administración que el deudor haga de sus bienes y avisará al juzgado de cualquier irregularidad que observe. Si esta fuera grave, el convenio se tendrá por insubsistente y de seguido, se declarará el concurso o la quiebra, según corresponda”. Esto hace entender que en el convenio la propuesta será ejecutada por el deudor (no hay desapoderamiento), pero que esa administración será observada por el curador para de esta forma dar aviso al juez en caso de que sea grave.</p>
--	--	--

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

Con el fin de conocer si es el convenio preventivo una figura que permite efectivamente cumplir con la conservación de la empresa, se les hizo las preguntas que se dirán a los sujetos fuente de información.

Así en, en entrevista realizada a uno de los señores jueces sujeto fuente de información, a las 15 horas del día 19 de julio de 2016, se le preguntó:

### **TABLA N° 17**

#### **Convenio Preventivo Como Solución Para las Empresas**

<b>¿Ofrece el convenio preventivo una solución a la crisis de la empresa?</b>	
<p><b>MSc. Christian Quesada Vargas</b></p>	<p>Los deudores que pretenden buscar un proceso judicial para salvarse encuentran ventajas comparativas en el convenio preventivo más que en la administración y reorganización con intervención judicial. Por ejemplo en el convenio preventivo pueden proponerle a los acreedores cualquier cosa que no esté prohibida por la ley, no tienen que elaborar un plan técnico, suscrito por profesionales en administración de empresas o en finanzas, sino que pueden hacer una proposición abierta de cualquier oferta contractual que no esté prohibida por la legislación.</p>

	<p>Además en el convenio preventivo no hay un sistema tan rígido en el sentido de que se les vaya a supervisar o sustituir en la administración a los representantes o administradores que fueron elegidos por la empresa, como sí ocurre en la Administración y Reorganización por Intervención Judicial que hay todo un aparato creado por la ley de un interventor, de asesores del interventor, de representantes de acreedores y trabajadores que va estar interviniendo, supervisando y en algunos casos administrando y pidiendo información. A ninguna empresa le gusta ,en general, sentir como esa marca de presión que sí existe en la administración y reorganización por intervención judicial y que en el convenio preventivo por lo menos no necesariamente tiene que aplicarse.</p>
--	---

**Fuente:** Elaboración propia, 2016

En entrevista realizada a las 16 horas el día 11 de Julio de 2016 al sujeto fuente de información del Banco Nacional de Costa Rica se le preguntó lo siguiente:

### **TABLA N° 18**

#### **Postura del Acreedor**

<b>¿Cuál es la postura del banco respecto a las empresas que atraviesan una crisis financiera?</b>	
<p><b>Lic. Alejandro Gómez Picado</b></p>	<p>Depende de cada caso particular de crédito, depende de la solvencia, moral del empresario y depende de la claridad y transparencia con que se dé el negocio. No es lo mismo, generalmente depende del empresario, de la claridad y transparencia que se haya manejado el asunto, por lo general el buen empresario viene y habla y expone su problema evita acudir a la vía judicial, generalmente el empresario que acude a la vía judicial, es porque ya está muy presionado y muchas veces no somos nosotros, es otro acreedor que ya está rematando, entonces lo obliga a meter el convenio, ya usted sabe que el convenio una vez que lo admite el juez se suspenden los procesos cobratorios, entonces muchas veces los empresarios, pero cuando acuden a eso generalmente lo acreedores se molestan porque ya están en incumplimiento y no pueden llegar a ningún acuerdo. Entonces tienden a verlo negativo, generalmente los empresarios si quieren conservar su empresa vienen y dan la cara. Y eso pasa muy a</p>

	<p>menudo, eso es normal, los bancos están acostumbrados a hacer arreglos de pago, readecuaciones, prórrogas, eso se hace muy a menudo, eso es algo que se hace todos los días porque todos tenemos problemas financieros.</p> <p>Ningún acreedor quiere que una empresa desaparezca si usted desaparece y me debe plata a mi usted deja de generar flujos deja de generar ingresos deja de pagarme ningún acreedor le interesa que una empresa desaparezca la preservación de la empresa la gente cree que es algo... es algo que quiere todo el mundo lo quiere el Estado por los impuestos , lo quieren los trabajadores por su puesto , lo quieren los dueños por las utilidades y lo quieren los acreedores.</p> <p>Acuérdese que una empresa es de sus dueños y de sus acreedores los acreedores, tienen una participación en la empresa, entonces obviamente tiene interés en que la empresa se preserve.</p>
--	--

**Fuente:** Elaboración propia, 2016.

De igual forma en entrevista realizada el día 11 de julio de 2016 se le consultó al sujeto fuente de información del Banco Nacional de Costa Rica lo siguiente:

### **TABLA N° 19**

#### **Ventajas del Convenio Para el Acreedor**

<b>¿Cuáles son las ventajas que representa un convenio preventivo para la institución bancaria?</b>	
<b>Lic. Alejandro Gómez Picado</b>	<p>Yo diría que ninguna, bueno es que depende,</p> <p>Ninguno porque tener que lidiar con un curador, con un trámite judicial y con un deudor que muchas veces no sabe ni qué es lo que está pasando, entonces crea una situación... tiene el problema de que el crédito se reclasifica en la categoría de E que es la de más riesgo de acuerdo con la SUGEF y que hay que provisionar 100 % el crédito, tiene el problema de que no se sabe qué va pasar y muchas veces los deudores no son muy claros en lo que quieren. Y porque muchas veces son empresas que ya están quebradas, o sea muchas veces las</p>

	<p>empresas que pretenden un convenio preventivo realmente están en quiebra, son insalvables, entonces lo que hacen es dilatar la gestión cobratoria del banco como acreedor e incrementar la carga financiera del deudor porque tiene que pagar los honorarios del curador y el costo que tiene tramitar el proceso, entonces puede que haya un proceso que le sirva en la medida que se conserve la empresa, pero mi opinión personal es que en nuestro medio cuando el deudor, los mayores acreedores son bancarios, lo que debe de hacer primero es tratar de hablar primero con los bancos, antes de gestionar un proceso en sede judicial.</p>
--	--

Fuente: Elaboración propia, 2016.

### **Análisis**

Del estudio de la normativa que regula el convenio preventivo, y considerando lo mencionado por los sujetos fuentes de información en la Tabla 12 (Aplicación del principio de conservación de la empresa en los procesos concursales nacionales), se infiere que en la actualidad y en ausencia de una efectiva regulación de la conservación de la empresa, el convenio preventivo se conforma como la única opción que tienen las empresas en crisis para buscar una solución a las mismas y es en ese sentido que se dice que aplica dentro del principio de conservación de la empresa.

Efectivamente y tal como lo menciona don Christian Quesada, el convenio ofrece “ventajas comparativas” (respecto a la administración y reorganización con intervención judicial), tales como su flexibilidad, sus reducidos costos en comparación con los otros dos procesos estudiados, además de ser irrestricto en razón de que admite todo tipo de empresas, no requiere de una serie de formalidades para presentar una propuesta, así como tampoco es necesaria la estricta vigilancia que sí presenta una administración.

Sin embargo, y pese a esta lista de ventajas, el convenio preventivo presenta fallas que impiden que pueda ser visto como un verdadero instituto de saneamiento o de conservación de empresas.



La primera de las fallas es a la vez una de sus ventajas, lo cual puede sonar contradictorio. En el convenio preventivo la flexibilidad de su propuesta admite una amplia paleta de opciones al deudor, de forma tal que no le establece ningún límite que sirva para evitar el cierre de la empresa, por ende admite que el convenio sea utilizado como un mecanismo para liquidar una empresa, y esto sucede, por ejemplo, cuando se aprueba un convenio de cesión de bienes. Asimismo, no obliga a atender el fondo de la crisis económica y financiera.

La otra falla es en opinión de la sustentante la más grave, y es que el convenio requiere de la voluntad de las partes para aprobar la propuesta respectiva, voluntad que manifiestan por medio de la votación de la propuesta, entonces básicamente se deja la suerte de la empresa en manos de sus acreedores, lo cual no es considerado como una buena práctica en tratándose de la conservación de la empresa, pues no se garantiza una decisión basada en la viabilidad.

Y así se evidenció en las respuestas dadas por el sujeto fuente de información, ya que a pesar de que tal y como lo indica don Alejandro Gómez “ningún acreedor quiere que la empresa desaparezca”, no se puede negar tampoco que el proceso les genera ciertas desventajas, además de las consideraciones que los acreedores toman, y que son propias de los orígenes del convenio, de “darle una oportunidad al empresario bueno pero desafortunado”, en ese sentido que un acreedor quiera tratar de llegar o llegar a un acuerdo con un deudor que no le merece su confianza, es sumamente difícil, de ahí que por más viable que sea la empresa no se va a poder salvar.

Entonces en ese sentido la decisión final del convenio carece de objetividad, pues el acreedor es parte de y no ajeno a, por lo que su decisión sobre si se salva o no la empresa tiene un prejuicio en relación a quien la dirige, cosa que no es propia de un instituto concursal que tenga como fin salvar la empresa.

### Aplicación del principio de conservación de la empresa en la Quiebra

Históricamente a nivel mundial el primer instituto que se gestó fue la “quiebra”. Desde sus orígenes y hasta la actualidad de forma general la acepción quiebra provoca temor no solo en el fallido, sino que también en sus acreedores, quienes ven en peligro la satisfacción de sus acreencias.

Ahora bien, ese temor puede ser extendido cuando quien quiebra es una empresa, y esto es así en razón de los diversos beneficios e intereses que se obtienen de ella.

En este punto es preciso decir que la empresa se conforma por una serie de elementos, los cuales tienen un valor en forma individual, no obstante se sabe que su valor al estar juntos se incrementa.

A esto se refirió el MSc. Carlos Carrera en entrevista realizada a las 15 horas del 14 de julio de 2016:

*“El valor decae o decrece si solo vamos a vender los bienes considerados en su valor individual es decir, no es lo mismo por ejemplo vender un inmueble, un edificio que no realiza ninguna actividad a vender un edificio donde opera un hotel o una fábrica, porque precisamente el aviamiento de la hacienda esa aptitud que tiene la hacienda para generar o producir utilidades se mantiene siempre y cuando haya dinamismo de la actividad, una empresa estática, una hacienda estática no conserva el aviamiento”.*

Lo mismo asintió el Dr. José Rodolfo León Díaz en entrevista realizada a las 15 horas del 19 de Julio de 2016:

*“Siempre con el principio de conservación de la empresa, es posible obtener un mayor producto si se liquida la empresa en marcha, segundo si no es posible la empresa en marcha se podría obtener más utilidad o ganancias vendiendo por unidades de producción o lotes de bienes y lo peor es vender artículo por artículo, por ejemplo en una ferretería vender tornillo por tornillo, va ser un problemón, en cambio si usted vende todo el stock de la ferretería, todos los bienes por categorías o vende unidades por*

*aparte es más fácil obtener un producto mayor, lo peor es ir disgregando innecesariamente los bienes para su venta”.*

El Banco Mundial ha insistido, y es que un buen marco regulatorio maximiza el valor de los activos de la empresa y permite un equilibrio entre liquidación y reorganización, permitiendo una fácil conversión de uno a otro.

Acorde a esto y al reconocimiento de la empresa como eje económico, es que toma fuerza la conservación de la empresa aún dentro de un proceso que es de carácter meramente liquidatorio, ya que se ha evidenciado que una liquidación de empresas en marcha es más ventajosa para todos.

Ahora bien, en virtud de que dentro de este tipo de procesos sí existe el desapoderamiento, es preciso establecer mecanismos que permitan no solo que la empresa continúe funcionando como una forma de evitar un daño mayor por perderse bienes, sino que esa continuación sea con miras al salvamento de la unidad productiva, en caso de que sea viable conservarla. Es en esos casos en donde se estaría frente a un marco normativo que aplica el principio dentro de sus normas liquidatorias.

Dicho lo anterior se expone una Tabla en la cual se detallan una serie de artículos que se considera pueden permitir y otros que no favorecen la aplicación del principio.

## **TABLA N° 20**

### Aplicación del Principio Conservación de Empresa en la Quiebra

<b>Artículo</b>	<b>Medición</b>	<b>Comentario</b>
851 inciso b del Código de Comercio	Desfavorable	Permite que un acreedor le solicite la quiebra a su deudor comerciante con solo que éste haya dejado de pagar una obligación, lo que es grave porque tal vez la empresa dejó de pagar esa única obligación, pero no porque está en crisis, sino porque tal vez está pasando por un problema temporal de falta de liquidez, pero

		<p>tiene valiosos bienes distintos al dinero, con los cuales perfectamente le puede hacer frente a esa obligación no pagada, pero aún así, si no logra pagar esa obligación dentro del plazo de tres días que se le dan en el requerimiento de pago que se le formula antes de que el juez se pronuncie por el fondo sobre la solicitud de quiebra, probablemente se le declarará en quiebra, y tal vez es una empresa en marcha que no merecía esa suerte.</p>
<p>863 del Código de Comercio en relación al 760 Código Procesal Civil</p>	<p>Favorable y Desfavorable</p>	<p>Es favorable en cuanto a que elimina la quiebra fulminante y brinda la oportunidad al deudor de pagar la obligación.</p> <p>Sin embargo es desfavorable en cuanto al requerimiento que ahí contempla, que es de pago únicamente y no para que el deudor presente bienes sobre los cuales hacer recaer embargo.</p> <p>Justamente ese requerimiento de pago a favorecido al mal uso de la quiebra en donde los acreedores coaccionan al deudor a pagar la obligación so pena de declararlo en quiebra, lo que hace que muchos deudores no logren pagar dentro de ese cortísimo plazo de tres días del requerimiento, y se declara en quiebra a la empresa, pudiendo quizás salvarla si, por ejemplo, la legislación concursal actual no permitiera a los acreedores acudir a ella cuando del pago incumplido de una sola obligación se trata, y en su lugar los obligara a acudir primero a la ejecución individual a cobrar ese aislado crédito no cancelado.</p>
<p>877 del Código de Comercio inciso 5</p>	<p>Favorable</p>	<p>Permite que el curador continúe con el negocio previa autorización del juez, esto favorece a la aplicación del principio de conservación de la empresa.</p>
<p>907 del Código de Comercio</p>	<p>Favorable</p>	<p>Permite la opción de que acreedores, el deudor o un tercero quieran proponer un arreglo dentro del proceso de quiebra ya abierto. Por si solo el</p>

		<p>artículo permitiría la conservación, no obstante en virtud del 913 C.CO prácticamente para cuando se puede legalmente convocar la junta de acreedores para conocer el proyecto de arreglo, ya la empresa está fuera de operaciones.</p>
913 del Código de Comercio	Desfavorable	<p>Establece que en caso de arreglo o de concordato dentro de la quiebra es necesaria la celebración de una junta, el problema es que esta debe ser posterior a la calificación de créditos, y para llegar a esa etapa del proceso ya ha transcurrido bastante tiempo.</p> <p>Esto pasa porque el artículo 763 inciso g) del Código Procesal Civil la resolución que declare abierto el proceso deberá disponer de “la concesión de un plazo para la legalización de los créditos que aún no hubieren sido legalizados, y que no podrá ser menor de un mes ni mayor de dos”.</p> <p>Posterior a la terminación del plazo para legalizar, el curador debe rendir un informe sobre el estado de los créditos reclamados, para lo cual tendrá como plazo 15 días de conformidad con el artículo 773 del Código Procesal Civil.</p> <p>Luego de esto, los acreedores contarán con 8 días para conocer ese informe y objetar lo que consideren. Para que ya por último el juez en un plazo de 5 días se refiera a la calificación de los créditos.</p> <p>El tiempo de puede incrementarse aún más en el supuesto del 775 en el párrafo segundo, es decir si el curador objetare algunos de esos aspectos del crédito o si el deudor o los acreedores presentaran impugnaciones. Todo lo anterior sin tomar en cuenta la mora judicial. Entonces se puede decir que el momento procesal en el que se da la oportunidad de discutir el concordato no es el adecuado, pues si la empresa no fue continuada para ese</p>

		entonces el deudor tendrá menos deseo de intentar reabrir la empresa.
933 del Código de Comercio	Desfavorable	Vincula empresario a la empresa, en ese caso dentro de esta investigación se ha hecho mención en diversas ocasiones que para la efectiva aplicación del principio de conservación de la empresa se le debe dar el tratamiento adecuado a cada uno de los elementos que conforman el binomio empresa – empresario. En el caso de este artículo no solo se vincula a la empresa con el empresario, sino que además los hace en base a situaciones pasadas del deudor.
934 del Código de Comercio	Desfavorable	Es desfavorable en razón de que no le está ofreciendo más opción que pagar el total de los créditos, es decir que al deudor condenado por quiebra culpable no se le está dando en sí esa oportunidad de celebrar el convenio pensando en la conservación de la empresa, pues restringe la propuesta a pagar completamente las acreencias.
935 del Código de Comercio	Desfavorable	Vincula deudor a la empresa, en este caso ya se había celebrado y acordado el convenio, sin embargo la legislación establece que el mismo queda sin efecto si se dicta sentencia condenatoria por el delito de quiebra fraudulenta. Entonces otra vez la empresa se ve afectada por asuntos que no deben de afectarle, pues para ello la legislación establece responsabilidades penales para el empresario.
947 del Código de Comercio	Desfavorable	Este artículo menciona que “Si el convenio fuese declarado nulo o resultado por falta de cumplimiento, o por cualquiera otra causa, el procedimiento de quiebra reasumirá su curso y las concesiones otorgadas quedarán sin efecto”. En ese sentido al indicar que puede ser declarado nulo por cualquier otra causa y no solo por su incumplimiento, deja abierta la posibilidad de que sea por alguna falla del deudor, por ejemplo la que menciona el artículo

		933 ibídem. “el deudor que anteriormente hubiere sido condenado por delito de quiebra fraudulenta”.
--	--	---

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

Como apoyo al infograma anterior se consultó a los sujetos fuente de información lo siguiente:

## TABLA N° 21

### Continuidad del Negocio Dentro de la Quiebra

<b>Según su experiencia profesional, ¿Conoce algún caso en el cual el curador haya solicitado la continuación del negocio en la quiebra?</b>			
<b>Lic. Alejandro Gómez Picado</b>	<b>MSc. Christian Quesada Vargas</b>	<b>Dr. José Rodolfo León Díaz</b>	<b>MSc. Carlos Carrera Castillo</b>
Conozco un caso, pero creo fue en los años 80 creo, hace más de 20 años.	Nunca he recibido un caso de estos y dice que tiene que ver mucho con que el curador es abogado por ley, aunque hay una permisión ahí excepcional que prácticamente nunca se usa, que dice que pueden ser sociedades o bancos. Si ese rol concursal lo asumieran empresas o empresarios dedicados al salvamento de empresas, o especialistas en	Tengo una referencia, pero de los años 80 y ni siquiera lo vi yo.	Yo la he solicitado, en donde son bienes percederos por ejemplo. Una vez me nombraron curador en una empresa que se dedicaba a hacer jaleas Productos Ujarrás se llamaba por cierto creo que todavía existe, la materia prima era la pulpa de mora y pulpa de no sé y están en una pailas y yo voy adonde el señor y ahí sí, ahí se pidió la continuación. Me dijo qué hacemos porque esto mañana esta malo está lleno de hormigas, de cucarachas, de lo que usted quiera, yo tomo la decisión de que continúe y yo mañana voy y presento la gestión ante el juez que me la resolvió como un mes después diciéndome que sí, pero mientras tanto qué hubiera ocurrido, son esas decisiones que usted tiene que tomar como curador. Como a los 6 meses el tribunal, era una

	análisis de viabilidad tal vez		quiebra solicitada por la CCSS, y el tribunal revocó la declaratoria de quiebra, y todas las gestiones que hicimos durante el trámite quedan sin efecto y ni le cuento que me fijaron 10 mil colones de honorarios de curador, los jueces son terribles fijando la prudencialidad.
--	--------------------------------	--	--

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016

Ante la respuesta que dieron los entrevistados en el infograma anterior se les consulto lo siguiente:

## TABLA N° 22

Motivos que Impiden el Uso de la Continuación de la Quiebra

<b>¿Porque casi no se usa la continuación en la quiebra?</b>	
<b>MSc. Carlos Carrera Castillo</b>	<p>La mayoría de los curadores no tienen conocimiento de la existencia de esto y es la verdad, no creo que sea por honorarios, es por desconocimiento y falta de iniciativa, aunque sí debería de haber un reconocimiento porque el curador asume una serie de responsabilidades.</p> <p>Para que esto funcione bien <u>habría que regular positivamente y sistemáticamente ese principio y establecer con claridad las obligaciones y deberes que asume el curador</u> y sería muy importante además, dependiendo de la naturaleza de la actividad que se encuentre, nombrarle un coadministrador al curador con facultades suficientes para que se pueda encargar de la administración y gerencia de la empresa, porque en nuestro país el curador es abogado y el abogado no necesariamente tiene conocimiento en materia financiera, en materia económica, en materia industrial mercadeo, etc, yo diría que normalmente no la tenemos entonces se hace indispensable la figura de un coadministrador para que el asunto funcione bien, porque el curador puede tener muy buenas intenciones, pero él no tiene conocimiento.</p>



<p><b>MSc. Christian Quesada Vargas</b></p>	<p>Porque la ley establece como regla automática el desapoderamiento y cierre de la empresa, y no es lo mismo continuar con una empresa o tomar la decisión de continuar con una empresa que está en funcionamiento, que haberla cerrado para luego reabrirla, si la ley no estableciera como regla necesaria en todos los casos el cierre del negocio y que luego discutamos sobre su continuidad, tal vez podríamos tener mejores resultados.</p> <p>Lo que dice don José Rodolfo (siguiente casilla), es cierto, pero es que el problema está en los abogados que no conocen la materia y que ignoran que pueden solicitar un convenio preventivo para detener la quiebra, y que en lugar de pagar o hacer una oposición dentro de la quiebra, y haciendo un pago sujeto a que no le prospere la oposición, simplemente lo que hacen es oponerse a la quiebra con argumentos jurídicos que no proceden y entonces aunque la empresa es viable, el abogado está mal asesorando al cliente y se le decreta la quiebra aunque haya viabilidad.</p> <p>Y le agrego otro factor, que los representantes o los administradores hayan incurrido en actividades delictivas presuntamente, entonces aunque la empresa todavía sea viable no se aparecen en el proceso porque han consumido parte de los bienes o han realizado negocios ilícitos o fraudulentos en beneficio propio, entonces no se defienden porque ya sacaron el provecho económico que querían, aunque la empresa eventualmente podría ser viable, entonces no lo alegan ni lo invocan porque su fin ya no es salvar la empresa, sino que es desaparecer de la justicia y no dar la cara y podría ser que sea viable todavía la empresa.</p>
<p><b>Dr. José Rodolfo León Díaz.</b></p>	<p>Yo voy a ser más tajante en la mayoría de los casos cuando ya se decreta una quiebra ahí no queda empresa que salvar, ¿por qué?, porque si yo soy un empresario o tengo una empresa y me llega la notificación de la quiebra y yo quiero salvar mi empresa, yo voy a impedir la solicitud de quiebra planteando un convenio para tratar de salvar mi empresa, o pagar si de verdad hay un interés de salvar la empresa porque hay una crisis, y que no pueda pagar yo lo que voy a hacer es paralizar la quiebra para tratar de llegar a un convenio o un arreglo, entonces muchas veces los casos en donde hay una quiebra ya en la práctica la empresa no tiene viabilidad además de que aunque tuviera alguna viabilidad el sistema de la quiebra ya no favorece la continuación de la empresa porque primero se cierra y luego habría que pedir la continuación.</p>

**Fuente:** Elaboración propia, 2016.

Asimismo y con el fin de conocer si es posible la conservación de la empresa dentro de la quiebra se les consultó lo siguiente:

### TABLA N° 23

#### Convenio dentro de la quiebra

¿Conoce algún caso en donde la quiebra haya concluido por concordato?	
<b>MSc. Carlos Carrera Castillo</b>	<p>Por concordato, sí. Este convenio sí lo conozco, de toda mi labor como curador solo en un caso se ha logrado el concordato, en donde pagó un tercero, no son muy usuales, eso si se lo puedo decir pero sí tengo la experiencia de haber participado.</p> <p>En cualquier estado del juicio y antes de su distribución final el quebrado y sus acreedores podrán celebrar los convenios que estimen convenientes, es decir que el quebrado puede decir yo estoy en quiebra, pero les voy a pagar, o les voy a pagar parcialmente o el 50%, y si los acreedores están de acuerdo se hace un concordato se le presenta al juez, y si el juez lo estima procedente lo homologa, se llama la homologación del convenio, y si el fallido o un tercero le pagó las acreencias a todos y por supuesto pagó los honorarios del curador, se acabó.</p> <p><u>En este caso la empresa nunca estuvo cerrada porque se dio la continuación del negocio,</u> vea usted que si en este caso la empresa se hubiera cerrado quién iba a tener interés, porque este fue un tercero pero del mismo grupo del quebrado que le dijo ok usted está quebrado, entonces yo que no estoy quebrado y que soy del mismo grupo, voy a ir a negociar con todos los acreedores, les pagó su acreencia, y no fue total, fue parcial, inclusive a mí no me pagaron la totalidad de los honorarios, pero yo accedí con la finalidad de que el proceso se terminara y ellos pudieran continuar libremente, entonces ellos me pidieron un sacrificio y yo acepté como curador.</p>
<b>MSC. Christian Quesada Vargas</b>	<p>No nunca, dentro de la quiebra, además que ese convenio tiene una traba y es que la ley admite el convenio ya dentro del concurso liquidatorio (Quiebra), una vez, por lo menos en la literalidad de la</p>

	norma, una vez verificados los créditos, entonces muchas veces se decreta la quiebra y hay posibilidades de salvamento todavía no ha pasado mucho tiempo y se pretende llegar a un acuerdo, pero pareciera que la ley lo impide.
--	--

**Fuente:** Elaboración propia, 2016.

### **Análisis:**

Al hablar de la quiebra en Costa Rica lo primero que se debe tomar en cuenta es que se trata de un instrumento liquidatorio, y que como objetivo principal tiene realizar el patrimonio del fallido.

Ahora bien, a través del estudio de la normativa se lograron identificar algunos artículos que de una u otra forma podrían servir como medio para evadir la quiebra si se ven de forma aislada, porque al verlos dentro del proceso como un todo la realidad es otra, y lo cierto es que continuar la empresa y más aún lograr salvarla de la liquidación, es casi imposible, porque la misma normativa no está diseñada para tal cosa.

Un aspecto que impide que se pueda salvar una empresa que ha sido declarada en quiebra es que dentro de la quiebra surge la figura del desapoderamiento, es decir, la empresa es cerrada y deja de operar. A pesar de la existencia de una norma que admite la continuación del negocio, esta continuación no es usual.

Aunado, cada día que pasa la empresa sin funcionar pierde valor, en ese sentido si se quisiera implementar la conservación de la empresa sería preciso instaurar una administración dinámica por parte del curador y ya no solo pensando en evitar un daño mayor al acervo común, sino pensando en la enajenación en marcha, tal y como sucede en el caso de la legislación argentina.

La legislación costarricense establece la opción de los concordatos dentro de la quiebra, pero lo que sucede es que para cuando se llega a esa etapa del proceso tal y como indicaba el entrevistado, ya nadie va tener interés en ella, por lo mismo que se mencionaba, porque no se continuó, ya son bienes que tienen un grado de depreciación, sumado a esto en el momento procesal en el que puede

surgir la opción del concordato no favorece a que se pueda conservar la unidad productiva.

En síntesis la regulación de la quiebra no tiene una estructura diseñada para que se pueda conservar una empresa, la quiebra en el país se comporta como un instrumento de liquidación, aspectos tales como la poca regulación de figuras como la continuidad, admisión de soluciones pactadas ya entrado en el proceso, aunado a la lenta tramitación judicial, desconocimiento de parte del operador del derecho, son solo algunos factores que impiden decir que la quiebra aplique el principio de conservación de la empresa, en razón de esto parece que la liquidación de una empresa por más viabilidad que tenga es imposible de revertir, una vez entrada en el proceso falencia

**Objetivo 3.** Identificar los obstáculos que enfrenta el principio de conservación de la empresa en su aplicación dentro del derecho concursal costarricense.

No cabe duda de que la efectiva aplicación del principio de conservación de la empresa en Costa Rica tiene que sortear obstáculos de diversa índole, pues el país avanza a pasos muy lentos en ese sentido, por no decir que camina en reversa.

Los sujetos fuente de información se refirieron a los principales obstáculos. En entrevista realizada a las 15 horas del 19 de Julio de 2016 el sujeto fuente de información, Dr. José Rodolfo León Díaz, señaló que como principales retos por superar están la mentalidad y la legislación nacional.

A través de las diferentes entrevistas los sujetos fuente de información refirieron a diversas situaciones que impiden u obstaculizan la efectiva aplicación del principio en el derecho concursal costarricense. Básicamente los obstáculos

pueden ser clasificados culturales, normativos, y por último de conocimiento del proceso o tramitación. Se expone inmediatamente las respuestas brindadas por los sujetos fuente de información y que permiten dilucidar este objetivo, para posteriormente realizar el análisis.

### **Obstáculos Culturales:**

Con el fin de conocer en qué consisten esos obstáculos culturales, se preguntó a los sujetos fuente de información de Consultoría Jurídica Empresarial y del Poder Judicial, en entrevista realizada el 14 y 19 de julio de 2016 respectivamente, lo siguiente:

#### **TABLA N° 24**

Obstáculos Culturales para aplicación del principio conservación de empresa en Costa Rica

MSc. Carlos Carrera Castillo	MSc. Christian Quesada Vargas
<p>En nuestro país y vernáculo de nuestras latitudes los procesos concursales son vistos como una sanción. En estos países incurrir o sujetarse o someterse a un proceso concursal es sinónimo de fracaso, es sinónimo de malos manejos en la empresa. En Costa Rica y en nuestras latitudes se ve el proceso concursal como una sanción, no ocurre lo mismo en los países anglosajones donde se encuentra más desarrollado el proceso concursal, acá hace no mucho, como unos dos años, recibimos aquí los curadores una capacitación del Banco Mundial en conjunto con el Colegio de Abogados y la Corte Suprema de Justicia en donde vinieron funcionarios del BM radicados en Londres, a contarnos los diferentes procesos concursales modernos que existen, y del poder que se le otorga al juez concursal para dictar procesos que ellos llama umbrela los procesos de protección de la empresa para garantizar la continuación de la empresa.</p> <p>En nuestras latitudes se sataniza la quiebra, la quiebra se ve como una sanción, usted vera que en</p>	<p>El latinoamericano y no solo el costarricense, al deudor que está en crisis piensan que hay que aniquilarlo lo más pronto posible, y eso es un reto muy grande.</p> <p>Porque también a la hora de proponer una ley pro salvamento de empresas viables hay muchos sectores de acreedores que no les gusta, y no se observa que es en beneficio de la economía, para la sociedad y para ellos mismos, sino que lo que se pretende es nada más voy a buscar</p>

<p>Estados Unidos o los países anglosajones, no sé si usted ha tenido oportunidad de estudiar el Capítulo 11 en el Código de Comercio de USA, según el Capítulo 11 muchas empresas se someten, Donald Trump creo que se ha sometido como 3 o 4 veces a esos procesos concursales y hoy es candidato a la presidencia de USA, y nadie le va decir mire es que usted quebró 3 o 4 veces, yo le aseguro que si aquí alguien quebró aunque sea una pulpería y se propone como presidente, siempre le van a decir algo. Porque la quiebra en nuestros países tiene un estigma, están estigmatizados se ven como una sanción, en los países anglosajones no, por eso están más desarrollados.</p>	<p>mi beneficio individual, y muchas veces los representantes, los jefes de instituciones públicas manifiestan que son contratados para buscar el beneficio de quien los contrata y que se sienten como atados de manos a sacrificar la empresa.</p>
---	--

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

Además del anterior, otro de los obstáculos que surgen en la aplicación del principio dentro de los procesos concursales costarricenses es la normativa, en los diferentes procesos al realizar el estudio detallado se constató que hay normas que son totalmente opuestas a la conservación de la empresa, por ejemplo, las que restringen el acceso al proceso, las que establecen altos costos económicos para lograr salvar la empresa, entre otras.

Aunado a los obstáculos propios de cada proceso, se encuentran dos aspectos que impiden que se dé una efectiva regulación en pro del salvamento y conservación de las empresas, sobre estos refieren los sujetos fuente de información consultados el día 14 de julio y 19 de julio ambos del años 2016 lo siguiente:

### **Normativos:**

A los aspectos normativos se refirieron los sujetos fuente de información en entrevistas realizadas el 14 de julio y 19 de julio de 2016.

## TABLA N° 25

### Regulación de la empresa

En materia de derecho concursal, ¿guarda relación la normativa nacional con el principio de conservación de la empresa? ¿Afecta esto la aplicación del principio?	
<b>MSc. Carlos Carrera Castillo</b>	En materia concursal y en materia mercantil no existe regulación de la teoría de la empresa, entonces al no existir regulación de esto uno tiene que extraer de algunas disposiciones normativas este principio de conservación, pero no es un principio que esté claramente definido.
<b>MSc. Christian Quesada Vargas</b>	Pues sí y no, ciertamente el Código de Comercio está diseñado bajo una doctrina o teoría subjetiva y objetiva de los actos de comercio, pero no bajo una tesis de la empresa o de la actividad empresarial, independientemente de los actos aislados de donde estén regulados o de quienes sean las personas que participan. La empresa está más ligada a la actividad habitual de bienes y servicios inserta en un mercado y no a aspectos de donde están regulados los actos que realizan o quiénes son los que lo realizan, entonces eso trae algunas inconsistencias en el derecho concursal, sobre todo en los procesos liquidatorios, porque ahí nos hablan de comerciantes y no comerciantes y no de empresas, y las soluciones no están diseñadas técnicamente para atender situaciones empresariales o lo que decía don José Rodolfo que ni siquiera existe una regulación de la continuidad de la empresa o de mecanismos legales para la reestructuración de una empresa. Dije que sí y no porque la administración y reorganización por intervención judicial no habla de comerciantes, ahí sí se habla de empresas y aunque no le da contenido, pero entonces de alguna manera ahí si nos permitiría aplicar de una manera directa la tesis de la empresa en la administración y reorganización con intervención judicial como no ocurre en los otros procesos.
<b>Dr. José Rodolfo León Díaz.</b>	A lo que menciona don Christian añade:  La administración tiene un desfase histórico (en Costa Rica), el último instituto concursal que se introdujo fue la administración y reorganización, ya después se le hizo una reforma, pero siempre partió en la administración de que era la administración de una empresa y que sometía el empresario a su empresa a una administración, entonces en

	<p>ese proceso se tiene como presupuesto la existencia de una empresa y el objetivo es recuperar la empresa, los otros no, por eso es que dije que hay un retardo y se dice que sí y que no.</p> <p>La tesis de nosotros (Costa Rica) no es fundada en la empresa y eso sí va perjudicar, es perjudicial para la regulación de las soluciones concursales de la empresa.</p>
--	--

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.

Asimismo en entrevista realizada el 19 de julio de 2016 se les consultó a los sujetos fuentes de información del Poder Judicial lo siguiente:

## TABLA N° 26

### Desvinculación empresa empresario

En relación al artículo 710 CPC. ) ¿Considera que en nuestro país aún existe una vinculación entre empresa - empresario y que esto obstaculiza la aplicación del principio de conservación de la empresa?	
<b>Dr. José Rodolfo León Díaz</b>	Muchas veces sí, pero más que todo cuando se vincula o no la continuación o no de la empresa por las faltas del empresario, entonces no debería valorarse una conversión a quiebra en una administración y reorganización por intervención judicial cuando un empresario cometa faltas si la empresa de todas maneras podría salvarse porque hay viabilidad, entonces si se ligan las faltas del empresario a la viabilidad o no de la empresa en esos casos yo sí creo que se está vinculando. También cuando dice que no procederá la administración por intervención cuando la solicitud la haya planteado con la finalidad de someterse a.... y en esos casos si la empresa está en crisis y es viable no importa porqué fue la solicitud, hay que salvar la empresa y vaya a la cárcel si cometió un delito, pero si lo que se quiere es de verdad salvar la empresa no hay porqué vincular una cosa con la otra.
<b>MSc. Christian Quesada Vargas</b>	Conuerdo con don José Rodolfo, y a eso yo le agrego que ciertamente el Código Civil y el Código de Comercio que de manera asistemática porque vemos que el derecho mercantil en Costa Rica se rige por la teoría del acto de comercio, o del comerciante y no por la empresa, el Código de Comercio entonces a veces refiere el término empresa como persona y a veces como actividad, entonces es cierto que no ayuda y que genera conflicto. En el Código de Comercio es más clásico porque a veces aunque de manera sistemática menciona la empresa, a veces se está refiriendo al empresario y a veces a la actividad.

**Fuente:** Elaboración Propia, 2016.



### Obstáculos De Conocimiento y Tramitación:

En entrevista realizada al sujeto fuente de información a las 15 horas del 14 de julio de 2016 se le preguntó:

#### TABLA N° 27

Factor Tiempo

¿Cuál sería la razón por la que es lenta la tramitación de este tipo de procesos?	
<b>MSc. Carlos Carrera Castillo</b>	<p>Le voy a explicar la razón en Costa Rica solo tenemos un juzgado especializado en la materia, el Juzgado Concursal de San José es el único, que conoce un poquito más porque se ha tenido que ir especializando a puro golpe y porrazo, pero la quiebra no se encuentra centralizada y la conocen todos los juzgados civiles del país, por competencia territorial, entonces usted se encuentra con todo respeto, en el juzgado de Santa Cruz de Guanacaste, procesos de quiebra que no los saben ni siquiera tramitar, el funcionario judicial sabe de civil, materia de cobro, instruir un abreviado, un ordinario, etc, pero un proceso de quiebra no, no tiene experiencia, es más ven aquello como algo que, será lo último que se ve, a mí me sucede, hay una serie de procesos preventivos en San Carlos, ahora que sucedió la crisis de la industria hotelera y Chico Luis presentó como 30 convenios preventivos, no caminan y mucho de ello deriva de primero que todo es un juzgado mixto, conoce de materia laboral, materia civil, yo creo que familia no pero bueno, conoce varias materias, pero no tienen los conocimientos ni la especialización, entonces los procesos concursales tienden a ser muy lentos, esa es una crítica, aquí no tanto en el concursal porque aparte que tienen menos circulante se dedican solo a eso, solo a esa materia, claro mientras el juez está aquí (refiriéndose a juzgados no especializados) resolviendo un interdicto, después le llega un proceso de quiebra, entonces como que se confunden.</p>
<b>Lic. Alejandro Gómez Picado</b>	<p>Depende del juzgado, nosotros tenemos convenios preventivos que se presentaron en 2009 en San Carlos y no han avanzado no ha llegado ninguna junta de acreedores. Y el año pasado tuvimos una aquí en San José, el de Yanber, y en cuestión de 6 meses se llegó a la junta de acreedores. Los de San Carlos empezaron en el 2009 con la crisis financiera del 2009 y al día de hoy estamos en</p>

	<p>el 2016 y no ha habido junta de acreedores. Entonces depende mucho del juzgado, depende mucho del trabajo del juzgado, depende mucho de la importancia del proceso, el juez de Yanber le dio mucha importancia al hecho de que eran 600 empleados que se iban a quedar sin trabajo. Además la intervención de un juez y un curador en nuestro medio lo que tiende es a agravar la situación de la empresa porque al curador hay que pagarle y porque la administración de justicia en este país no es pronta y cumplida como establece el artículo 41 de la Constitución Política, entonces la única forma que yo he visto de que se pueda preservar la empresa es en el caso de una reorganización extra judicial en algunos casos pero si la empresa acude al proceso de quiebra es muy difícil que salga</p>
--	--

**Fuente:** Elaboración propia, 2016.

### **Análisis:**

Al hablar de la aplicación del principio de conservación de empresa se puede creer erróneamente que los únicos obstáculos que se enfrentan son los que implican cambios normativos. No obstante, uno de los más difíciles de enfrentar son los que están impresos en la sociedad costarricense, es decir, los culturales.

Tal y como lo indicaron los entrevistados los procesos concursales están “estigmatizados”, tal y como lo indicó el MSc. Carlos Carrera, o bien, hay tendencias “aniquiladoras”, en palabras del MSc. Christian Quesada. Negar que esto influya en ambos extremos es negar una realidad.

Por un lado, el deudor que, frente al estigma, evita acudir, a solicitar ayuda o lo hace de forma tardía, cuando sus opciones son reducidas a la liquidación de su empresa. Del otro lado el acreedor que en ocasiones se vuelve “egoísta”, buscando su único beneficio sin ponderar intereses más generales.

Otro de los obstáculos y que básicamente es el que impide que se regule efectivamente el principio, es que la normativa nacional, tal y como han hecho hincapié los entrevistados, no contempla o no se basa en la teoría de la empresa, sino que por medio de algunos artículos introduce la figura, ya que en su lugar sigue la teoría de los actos subjetivos y objetivos de comercio, y es por ello que en

parte no se ofrecen verdaderas soluciones pensadas en atender las crisis económicas y financieras de las empresas.

Asimismo es el obstáculo anterior el que origina que básicamente a través de cada uno de los institutos concursales se observe la vinculación de la empresa y el empresario, esto ha provocado que la suerte del empresario repercuta en la empresa, y esto no es acorde al principio de conservación, ya que la conservación debe ser considerada sobre la base de la viabilidad y supeditada al interés general que se obtiene de su conservación.

Es necesario que el legislador tome cartas en el asunto, que se proponga regular la empresa y que establezca mecanismos acordes con el principio, que brinde verdaderas opciones de salvamento, que los empresarios en crisis tengan múltiples opciones a las cuales acudir y que estas no tengan restricciones que impidan que sean utilizadas.

Se debe destacar que, además de los problemas de conocimiento en la materia (por parte de curadores, abogados, funcionarios judiciales), referidos por los sujetos fuente de información a lo largo de las entrevistas, se debe considerar que cuando se trata de una crisis empresarial las soluciones deben ser efectivas y prontas, esto no solo porque se generan pérdidas económicas para quienes penden del proceso, sino porque se debe procurar su conservación, por lo que una intervención oportuna es vital, y en ese punto tal y como lo señalan los entrevistados juega un papel importante el órgano judicial, quien debe evitar que se den tramitaciones excesivamente lentas, tal es el caso de lo que refirieron los sujetos fuente de información en relación a los convenios preventivos presentados en San Carlos.

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

## 1. CONCLUSIONES

El propósito de esta investigación está circunscrito a la realización de un análisis de la aplicación del principio de conservación de la empresa en el derecho concursal costarricense.

*Las conclusiones se siguen mediante la articulación o cotejo coherente de los resultados expuestos en el cuerpo central del informe con los objetivos de la investigación.*

*Podemos distinguir así entre la discusión (articulada resultados y objetivos), las conclusiones (conocimientos que se siguen firmemente del material estudiado y que se expresan clara, concisa y, si es posible, ordenadamente) y las recomendaciones, que son sugerencias del autor del informe acerca de las futuras tareas que se desprenden del conocimiento aportado en las conclusiones o de las dificultades que para su obtención se pusieron de relieve en la discusión. (Gallardo, 2002, pp.205-206).*

La presentación de este apartado final de la investigación se realiza considerando los elementos encontrados en los distintos objetivos de la investigación, pero de manera continua, es decir, exponiendo una a una las conclusiones, pero sin referir cuales corresponden a cada objetivo.

- El derecho concursal actual aboga por la conciliación de tres intereses que son el interés de los acreedores, el interés del deudor y los intereses de la colectividad, es decir, los intereses socioeconómicos que se derivan de la conservación de la unidad productora de riqueza.
  - Las crisis empresariales pueden ser originadas por aspectos internos de la empresa, como por ejemplo, una deficiente administración o una mala coordinación de los elementos que la integran, así como también pueden provenir de aspectos que se encuentran en su entorno exógeno y que influyen en ella como amenazas, o bien como oportunidades.
- Por principio de conservación de la empresa, se entiende que es toda medida que pretenda cuidar y mantener en funcionamiento a la unidad productora de riqueza en el tiempo. Dichas medidas pueden surgir en el

ámbito extrajudicial, o bien estar establecidas dentro de diversas normativas que tengan como fin cuidar la empresa y mantenerla en buen estado.

- El principio de conservación de la empresa actualmente se configura dentro de los procesos concursales como un mecanismo que permite a la empresa en crisis, pero viable, reorganizarse para ser reinsertada al mercado de producción e intercambio de bienes y servicios. Es decir, que se trata de una solución de fondo a la crisis económica y financiera que atraviesa la empresa.
- La conservación de empresa ofrece ventajas, no solo para que los acreedores puedan recuperar sus acreencias, sino que beneficia al país en general, ya que permite la continuación de la fuente laboral, da pie a la generación de divisas y tributos, contribuye a la seguridad y a la paz social del país, y todo lo cual lo recubre de significado especial.

-El estudio del Capítulo 11 del Bankruptcy Code de Estados Unidos, como parte de las fuentes de derecho comparado, permite observar algunas de las fortalezas que el país norteamericano incluye en su normativa, tales como que se trata de un marco regulatorio el cual admite dentro del presupuesto subjetivo tanto a grandes como a pequeñas empresas, contrario a esto la legislación costarricense establece que el proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial, ideado supuestamente para el salvamento de empresas, pero viables, es restringido solo a empresas cuya desaparición pueda provocar efectos sociales perniciosos y sin posibilidades de fácil sustitución, es decir, que la legislación nacional es discriminatoria considerando la conformación del parque empresarial del país, el cual está constituido en su mayor parte por pequeñas y medianas empresas.

-Otra de las fortalezas que se destacan de la reorganización estadounidense es que establece requisitos a los acreedores que pretendan solicitar la reorganización, en este caso la ley establece una

acreencia mínima, y una cantidad mínima de acreedores. Lo cual en relación a lo existente en la normativa costarricense podría servir como mecanismo para evitar solicitudes con propósitos escondidos y que rompen con principios concursales tales como la igualdad y la universalidad subjetiva.

- En relación a la normativa concursal argentina, se destacan fortalezas tales como el salvataje dentro del concurso preventivo, el cual permite que ante la negativa de los acreedores a aceptar la propuesta la empresa no sea declarada en quiebra. Asimismo se destaca que la legislación argentina cuenta con una amplia regulación en cuanto a la enajenación en marcha y la instauración de figuras especializadas en ese campo, como enajenadores.
- En lo referente a la normativa nacional, esta no regula de una forma ordenada el principio conservación de empresa, sino que por medio de algunos de sus artículos da una luz al operador del derecho para que pueda a duras penas salvar algunas empresas viables en crisis.
- El proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial es el único que menciona de forma expresa la empresa, y nace con el objetivo de conservar las unidades productivas. Sin embargo, desde su reforma en 1996 ha sido imposible que alguna empresa nacional calce dentro de sus presupuestos para ser admitida a sus beneficios, o que estando en crisis pueda solventar los fuertes costos que este proceso requiere para su tramitación. En razón de esto se afirma que no constituye un proceso que refleje la en la práctica la aplicación del principio de conservación de la empresa, pues no le genera realmente una ayuda a la empresa en crisis.
- El convenio preventivo se contempla, en principio como la única opción del empresario nacional en crisis para lograr salvar su empresa, debido a lo prohibitivo e inaccesible de la administración y reorganización con intervención judicial.
- No obstante, el convenio preventivo por el sistema de votación calificada que exige para aprobar la propuesta de convenio que plantee el deudor, no

es un mecanismo idóneo para conservar empresas, porque deja en manos de los acreedores la suerte de la empresa.

- La quiebra en Costa Rica funciona como un proceso concursal de tipo liquidatorio, su normativa no tiene como fin, ni es apta para conservar empresas.
- En la práctica, no hay en Costa Rica un verdadero instituto concursal que tenga como único objetivo, socorrer a la empresa en crisis con viabilidad para recuperarse, sino que de forma rudimentaria se atiende esta necesidad por medio de los convenios preventivos.
- Uno de los obstáculos a los que se enfrenta la aplicación en Costa Rica del principio objeto de estudio, son los culturales, los cuales impiden en muchas ocasiones que los deudores soliciten la ayuda necesaria en el momento oportuno, asimismo pensamientos egoístas por parte de los acreedores que solo persiguen sus propios intereses, impiden que en ocasiones la empresa pueda ser conservada, sin importar que esta tenga viabilidad y opción de continuar en el mercado de la producción de bienes y servicios.
- La vinculación entre la empresa y empresario es visible en diversas normas de tipo concursal en la legislación nacional, lo que constituye otro obstáculo para en determinado caso hacer prevalecer el principio de conservación de la empresa.
- La normativa vigente en materia concursal requiere de cambios que permitan y no obstaculicen la aplicación del principio objeto de estudio.
- En torno al derecho concursal existe, en nuestro medio, un ambiente negativo por parte de los operadores del derecho, quienes intentan evadir el estudio del mismo, esa circunstancia ha propiciado que ante la crisis de la empresa el asesoramiento legal por parte de los abogados sea deficiente, y en ocasiones inadecuada.
- El desconocimiento de los abogados y de los curadores, la justicia lenta, la mala tramitación y el abandono de expedientes judiciales de naturaleza



concurzal, generan un menoscabo e impiden la efectiva tutela de la empresa.

## 2. RECOMENDACIONES

A la Asamblea Legislativa

En el largo plazo:

1. Creación de una ley especializada que integre todos los procesos concursales, que esa misma ley estime pertinente instituir, y que además esté inspirada en el principio de conservación de la empresa. Lo anterior porque a la fecha los procesos concursales existentes se encuentran regulados de forma dispersa, en diferentes leyes.
2. La ley a crearse debe promover la prevención de las crisis en dos formas:  
La primera, exigiéndole al empresario cuya empresa se encuentra en una eventual crisis económica y financiera, exponerla ante un ente estatal con competencia y conocimientos suficientes para asesorarlo en la solución y superación de la crisis, ente que la misma ley debe designar. En tal caso el ente estatal sería el Ministerio de Economía Industria y Comercio.  
La segunda forma es por medio de controles cruzados a partir de la creación de una plataforma, (no pública) a cargo del mismo ente señalado en el punto anterior, en la cual diversas instituciones financieras y empresas deben reportar a las deudoras que han venido presentando problemas con el pago, esto con el fin de que sean intervenidas a tiempo.
3. Que dentro de esa ley se establezca una fase previa y única en donde se analice la viabilidad de la empresa, para la cual deberá existir un departamento especial dentro del Poder Judicial, con especialistas en la materia, el cual será el encargado de determinar si la empresa tiene opción de ser conservada o no.
4. Determinada la viabilidad se debe establecer el remedio legal que se ajusta a la situación económica y financiera de la empresa.

5. Asimismo la ley debe contemplar aspectos como el salvataje, la continuación del negocio y la enajenación en marcha de las empresas.

En el corto plazo:

1. Reformar del artículo 851 inciso b) del Código de Comercio, para que en su lugar se establezca que procede la quiebra cuando el deudor ha dejado de pagar dos o más obligaciones distintas, por un mínimo en conjunto de x salarios bases.  
Esto como una forma de evitar que la quiebra en el corto plazo siga siendo utilizada como mecanismo para compeler al pago.
2. Reformar el artículo 852 del Código de Comercio, para que se establezca que procede la declaratoria de la quiebra, cuando sean dos o más quienes la soliciten, cumpliendo además con el requisito del inciso b) del 851 del Código de Comercio.
3. Reforma al artículo 877 inciso 5 del Código de Comercio para que se establezca que de darse la continuidad del negocio, lo será para procurar en primer término su enajenación en marcha, y no para facilitar la liquidación del patrimonio del deudor, como se establece hoy día en el artículo 908 inciso c) del Código de Comercio, y la empresa deberá ser vendida por una persona con experiencia en el tema. Por lo que al curador le correspondería únicamente liquidar empresas que no continuaron en funcionamiento.
4. Reforma del artículo 709 del Código Procesal Civil, suprimiendo el segundo párrafo y estableciendo como presupuesto subjetivo del proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial, que se trate de empresas viables.
5. Derogatoria del artículo 710 del Código Procesal Civil por ser contrario al principio de conservación de la empresa.
6. Creación de un artículo 753 bis en el Código Procesal Civil, el cual integre la figura del salvataje dentro de los convenios, en donde el

deudor no logró la mayoría requerida para la aprobación de su propuesta de convenio.

#### Al Poder Judicial

1. Promover una mayor capacitación a los auxiliares judiciales con el objetivo de lograr un mejor manejo de los procesos concursales expuestos en esta investigación.
2. Promover una mayor capacitación a los jueces de la República que por competencia atienden la materia concursal, la capacitación debe ir dirigida a la actualización de los conocimientos en general en esa materia, y en específico en relación al principio de conservación de la empresa.
3. Instar al Poder Judicial para que en la lista oficial de curadores solo designe a profesionales que demuestren tener estudios o capacitación específica en materia concursal, pero además deberá de tratarse de profesionales acuciosos y comprometidos con la labor encomendada.
4. Brindar cursos de actualización en procesos concursales a los curadores que componen la lista oficial de curadores, en base al principio estudiado.
5. Que en la mayor brevedad posible nombre más juzgados concursales especializados en cada una de las siete provincias del país.

#### A la Cámara de Comercio y a la Cámara de Industrias.

1. Facilitar a sus afiliadas asesorías ante crisis y trámites judiciales.
2. Que establezcan vínculos con organizaciones afines de países cuyos ordenamientos jurídicos ya hayan incorporado y desarrollado las figuras legales aquí esbozadas.

3. A mayor brevedad, crear un fondo que tenga como fin contribuir con los gastos de la concursada afiliada, cuando atraviesa un proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial.

## BIBLIOGRAFÍA

### Consultada

- Aguilar Molina, Víctor Rafael (2007) *Empresa, México*, Revista Mexicana de Derecho, n°9, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas
- Alonso Ledezma, Carmen (2011) *La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal*, España, Universidad Complutense de Madrid
- Alvarado Castro, Douglas (2009), *La reorganización empresarial de los Estados Unidos de América*, El Cid Editor.
- Anaya, Jaime (2009) *El marco jurídico de la empresa, Tratado de la Empresa*. Buenos Aires, Argentina.
- Arias Sosa, Luis Albán (2014), *Los otros modos de terminación de la quiebra*, Costa Rica, Revista Judicial N° 114.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (1997) *Serie de Actos y Debates Legislativos N° 26 Nueva Ley de Administración y Reorganización con Intervención Judicial*, Primera Edición. San José, Costa Rica
- Banco Mundial (2005) *Principios para Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de Acreedores*.
- Barrantes Echeverri, Rodrigo (2013), *Métodos de estudio a distancia e investigación: módulo de investigación: a la búsqueda del conocimiento científico*. (Primera edición), Costa Rica, EUNED.
- Blank, Leland y Tarquin, Anthony (1988) *Ingeniería Económica*. México, McGraw-Hill/International.
- Bresciani Quiros, Stella (2003), *Los Procesos Concursales en Sistema Jurídico Costarricense*, San José, Costa Rica, CONAMAJ.
- Candelario Macías, María Isabel y Rodríguez Grillo, Luisa (1998) *La empresa en crisis, Derecho actual*, España, Ediciones Ciudad Argentina.

- Chávez Carmona, Héctor (2006) *Revista de Ciencias Jurídicas N° 111 Acuerdos Dentro de la Quiebra*, Costa Rica.
- De la Madrid, Enrique (2009) *Análisis de derecho comparado en materia concursal de cinco legislaciones*. Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado n° 95.
- Díaz Bolaños, Magda (2015) *La continuidad de la empresa en los procesos liquidatorios*, Costa Rica, Revista Judicial N° 116.
- Díez Canseco, Alfredo Ferrero (1993). *Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial*. Perú.
- Durán Mantilla, Juan Guillermo (1987) *Revista de Actualidad Jurídica N°1 El Presupuesto Subjetivo Conductual en el Concordato Preventivo de la Quiebra*, Colombia, Universidad de la Sabana Editor.
- Farina, Juan M. y Farina, Guillermo V. (2008) *Concurso Preventivo y Quiebra, Tomo I y II*. Argentina, Editorial ASTREA.
- Ferrell, O.C; Hirt, Geoffrey A; Ferrell, Linda; Adriaenséns, Marianela; Ramos Garza, Leticia; Flores Cárdenas, Miguel Ángel. (2010) *Introducción a los negocios en un mundo cambiante*, México, McGraw-Hill/Interamericana Ediciones.
- Gallardo Martínez, Helio (2002), *Elementos de Investigación Académica*. (vigésimotercera reimpresión), Costa Rica, EUNED.
- García Parra, German (1992) *Procesos Concursales Volumen 1. Del concordato de los comerciantes*. Colombia, Editorial TEMIS.
- Gómez Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo (2011). *El derecho de quiebras, Tomo I* (Segunda ed.), Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- González Domínguez, Francisco José y Ganaza Vargas, Juan Domingo (2016) *Fundamentos de economía de la empresa*, Madrid, España, Ediciones Pirámide.
- Landeau, Rebeca (2007), *Elaboración de trabajo de Investigación*, (primera ed.), Venezuela, editorial Alfa.

- Lozano Chang, Leyla Kristel (2004) *El curador como órgano auxiliar en los procesos concursales liquidatorio*. Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A
- Paolantonio, Martin Esteban (1988) *Algunas propuesta de reforma legislativa en aras de la operatividad del principio de conservación de la empresa*, Buenos Aires, Argentina, Editorial lecciones, Facultad de derecho y ciencias sociales departamento de publicaciones Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Pulgar Ezquerro, Juana (1994) *La reforma del derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)* España, Editorial Civitas S.A
- Quesada Mora, Óscar, Fuente Leiva, Ingrid, Masís Quirós, Raquel (2015), *Estado de situación de las PYME en Costa Rica 2014*. (tercera ed.), Costa Rica, Ministerio de Economía, Industria y Comercio.
- Quesada Niño, Miguel Ángel (2013) *Derecho comercial 1*. San José, Costa Rica, 1era Edición, litografía Morales.
- Ramírez, José A. (1959), *La Quiebra, Tomo I*, Barcelona, España, Editorial Bosch
- Ramírez, José A (1998), *La Quiebra Tomo II*. 2da edición. España, Editorial Bosch
- Ramírez Robledo, Libia Elena, Arcila Adriana, Buritica, Luz, Castrillón, Jairo (2004), *Paradigmas y Modelos de Investigación*. (segunda ed.), Colombia, Fundación Universitaria Luis Amigó.
- Rascón Garcia, Cesar y Garcia Gonzalez, José María (2003). *Ley de las XII Tablas estudio preliminar, traducción y observaciones de Autores*. (Tercera edición), España, Editorial Tecnos.
- Reyes Ponce, Agustín (2004) *Administración Moderna*, México, Editorial Limusa
- Richard, Efraín Hugo (2008) *Notas en torno a la conservación de la empresa ¿principio concursal o del derecho societario?* Argentina, Editado FESPRESA.

- Rivera, Julio Cesar (1997) *Instituciones de derecho concursal, Tomo II*, Buenos Aires, Argentina, Editores Rubinzal Culzoni
- Rodríguez Moguel, Ernesto (2005), *Metodología de la investigación. La creatividad, el rigor del estudio y la integridad son factores que transforman al estudiante en un profesional de éxito*. México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín (1988) *Derecho Mercantil*, México, Editorial Porrúa S.A.
- Romero Sanz de Madrid, Carlos (2005) *Derecho Concursal*, España, Editorial Arazandi
- Salas Mejías, Rigoberto (2005) *La administración Controlada en Costa Rica*, San José, Costa Rica, ULACIT.
- Sanguino Sánchez, Jesús María (1999). *Nuevas orientaciones del derecho concursal*. Honduras, Graficentro Editores.
- Satta, Salvatore (1951) *Instituciones del derecho de quiebra*, Buenos Aires, Chile. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Soriano Lobera, Juan Manuel, García Pellicer, María Carmen y Torrents Arévalo Antonio, Juan Antonio (2012) *Economía de la Empresa*, España, Editorial Universitat Politècnica de Catalunya
- Uría, Rodrigo (1992) *“Derecho Mercantil”* decima novena edición. Madrid, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A
- Vargas Soto, Francisco Luis (1986) *Análisis del proyecto de Código Procesal Civil 1985 en el campo de los procedimientos concursales*. Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica.

#### Jurisprudencia

- Sentencia número 00104, del 03 de setiembre de 1993 emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- Sentencia número 0044 del 1994 emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.



- Resolución número 401 del 2003 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José.
- Resolución número 46 del 2005 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José.
- Resolución número 293 del 2007 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José.
- Resolución número 55 del 29 de enero de 2016 del Juzgado Concursal de San José).
- Resolución número 271 de 2004, del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José.
- Resolución número 148 de 2006, del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José.
- Resolución número 110 de 2009, del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José.

#### Normativa

- Código Procesal Civil de Costa Rica, vigente a noviembre de 2016
- Código de Comercio de Costa Rica, vigente a noviembre de 2016
- Código Procesal Civil de Costa Rica, vigente al 2016
- Código Penal de Costa Rica, vigente al 2016
- Constitución Política de Costa Rica, vigente al 2016
- Ley 24 522 de Argentina vigente a noviembre de 2016
- Bankruptcy Code de 1978, vigente a noviembre de 2016
- Código de Bustamante de 1928

#### **Webgrafía**

- <http://espanol.doingbusiness.org/about-us> Consultada el 09 de enero de 2016 a las 7: 00 pm.
- <http://espanol.doingbusiness.org/methodology/resolving-insolvency> Consultada el 09 de enero de 2016 a las 7:10 pm.

- [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54551998000200001](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54551998000200001) Consultada el 11 de enero de 2016 a las 8:25 pm.
- <http://dle.rae.es/?id=aBuhX28> Consultada el 10 de abril de 2016 a las 11:20pm.
- [http://interwp.cepal.org/cepalstat/Perfil\\_Nacional\\_Economico.html?pais=CRI&idioma=spanish](http://interwp.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Economico.html?pais=CRI&idioma=spanish) Consultada el 14 de abril de 2016 a las 11:25pm.
- [http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs\\_juds/rev\\_jud\\_87/005-organosdelaquiebra.htm](http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/rev_jud_87/005-organosdelaquiebra.htm) Consultada el 24 de abril de 2016 a las 12:30mn.
- <http://www.flmb.uscourts.gov/faqs/espanol.htm> Consultada el 12 Mayo de 2016 a las 8: 00 am
- <http://dle.rae.es/?id=APSYcwO> Consultada el 18 de Mayo de 2016 a las 8:00 pm
- [http://www.bufetebaro.com/pubdocs/DERECHO%20CONCURSAL/GRAZIA\\_BILE-Fundamentosde-Derecho-Concursal.htm#\\_ednref1](http://www.bufetebaro.com/pubdocs/DERECHO%20CONCURSAL/GRAZIA_BILE-Fundamentosde-Derecho-Concursal.htm#_ednref1) Consultada el 23 de mayo de 2016 a las 9:00 am
- [https://www.insol.org/files/Fellowship%202015/Session%203/Chapter\\_11\\_Overview.pdf](https://www.insol.org/files/Fellowship%202015/Session%203/Chapter_11_Overview.pdf) Consultada el 1 de Agosto de 2016 a las 10: 00am
- <http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-11-bankruptcy-basics> Consultada el 5 de Agosto de 2016 a las 3:35 pm.
- [https://www.sec.gov/investor/espanol/bankruptcy\\_esp.htm](https://www.sec.gov/investor/espanol/bankruptcy_esp.htm) Consultada el 5 de Agosto de 2016 a las 4:00pm.
- <http://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2015/03/17/la-reforma-a-la-lcq-por-la-ley-26-684-cooperativismo-y-revolucion-tecnologica/> Consultada el 8 de Agosto de 2016 a las 8:45 am.
- [http://www.academia.edu/9996794/El\\_concepto\\_de\\_Hacienda\\_desde\\_las\\_ciencias\\_econ%C3%B3micas\\_y\\_el\\_derecho\\_mercantil](http://www.academia.edu/9996794/El_concepto_de_Hacienda_desde_las_ciencias_econ%C3%B3micas_y_el_derecho_mercantil) Consultada el 7 de Agosto de 2016 a las 2:27 pm.

- [http://www.unsj.edu.ar/unsjVirtual/comunicacion/seminarionuevastechnologias/wpcontent/uploads/2015/06/04\\_analisdatosinterpretacion1.pdf](http://www.unsj.edu.ar/unsjVirtual/comunicacion/seminarionuevastechnologias/wpcontent/uploads/2015/06/04_analisdatosinterpretacion1.pdf) Consultada el 05 de setiembre de 2016 a la 1:30 am
- [http://www.elfinanciero.com/negocios/Universal-expansion-tiendas\\_por\\_departamentos-aperturas\\_0\\_985701441.html](http://www.elfinanciero.com/negocios/Universal-expansion-tiendas_por_departamentos-aperturas_0_985701441.html) Consultada el 18 de junio de 2016 a las 3:19 pm

### Citada

- Bisbal Mendez, Joaquín (1986) *La empresa en crisis y el derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)* España, Publicaciones del Real Colegio de España.
- Burgos Gómez, Elio y Durán Sosa, Roxana (2014) *Administración por intervención judicial: alternativa para superar una crisis económica o financiera de la empresa.* Costa Rica, Revista Nacional de Administración.
- Casado Abad, Jesús y Alonso Ledesma, Carmen (2000) *La liquidación concursal de la empresa en las sociedades de capital: apertura, efectos y operaciones de liquidación.* Madrid, Editorial Universidad Complutense de Madrid.
- Espina Montero, Álvaro (1999) *Crisis de empresas y sistema concursal. La reforma española y la experiencia comparada.* España, Editorial Consejo Económico y Social (España).
- Fontquerni Ayensa, Pol (2014). *La venta de unidades productivas en concurso de acreedores.* Trabajo de fin de grado. Universidad Abat Oliba CEU. España
- García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto y Pulgar Ezquerro, Juana (2003) *Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal.* España, Editorial Dilex, S.L

- Gómez Leo, Osvaldo (1992) *Introducción al estudio del derecho concursal (antecedentes históricos y derecho comparado)* Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma
- Iborra, M., Dasí, A., Dolz, C y Ferrer C. (2006) *Fundamentos de dirección de empresas Conceptos y Habilidades directivas.* España Editorial Paraninfo
- Jiménez Ramírez, Jorge (2009) *La unificación de los procesos concursales en Costa Rica*, Tesis para optar por el grado de Doctor en derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Rodríguez, Mónica Sofía (2007) *Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur ¿Una quimera o una necesidad?* Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Thompson, Arthur; Peteraf, Margaret; Gamble, John; Strickland, A.J (2015) *Administración estratégica Teoría y casos*, México, McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A De C.V.

## **ANEXOS**

## ANEXO 1



### Anexo N.º 1

## ENTREVISTA AL LICENCIADO ALEJANDRO GÓMEZ PICADO, ABOGADO EN BANCO NACIONAL DE COSTA RICA

### I. Introducción

Como estudiante de la carrera de Derecho de la Universidad Latina de Costa Rica, Campus Heredia, en el nivel de Licenciatura en Derecho, se está realizando un trabajo final de graduación el cual tiene como título: Análisis sobre la aplicación del principio conservación de empresa en el derecho concursal costarricense

En razón de lo anterior, de la manera más atenta, solicito su colaboración para atender las consultas incluidas en el siguiente cuestionario y de antemano se agradece la disposición y el tiempo que concede para realizar esta entrevista. Se le recuerda que la información recabada es de estricto uso académico y confidencial.

### II. Instrucciones generales

A continuación, se presenta una serie de preguntas sobre el tema de interés.

Se le solicita que por favor responda con la mayor claridad de acuerdo con su sana crítica.

El propósito del trabajo final de graduación culmina con la presentación de un informe final que será defendido ante un tribunal examinador.

### III. Información general

Nombre del entrevistado: Lic. Alejandro Gómez Picado

Razón Social para la que Labora: Banco Nacional de Costa Rica

Cargo que ocupa: Abogado Especialista Jefe

Lugar: Banco Nacional de Costa Rica

Fecha: 11 de Julio de 2016.

Hora de Inicio: 16:00

Hora de finalización: 16:45

### IV. Cuestionario

1. ¿Hace cuantos años labora usted para la institución bancaria?

- 1 a menos de 10 años
- 10 a menos de 20 años
- 20 a menos de 30 años
- Otro. Especifique 35 años

2. ¿Desde hace cuantos años labora usted para este departamento?

- Menos de 5 años
- 5 a menos de 10 años
- 10 a menos de 15 años
- Otro. Especifique 35 años

3. Según su experiencia, ¿Cuál es el proceso concursal más usado en Costa Rica? ( Marcar en orden 1 2 3 4)

- Convenio Preventivo
- Proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial.

Quiebra

Concurso Civil de Acreedores

4. De los procesos mencionados anteriormente en su opinión, ¿Cuáles aplican el principio conservación de empresa?
5. En su criterio el principio de conservación de empresa, ¿Diluye la protección de los acreedores y favorece la protección del deudor?
6. ¿Por qué?
7. Según su experiencia, Que beneficios encuentra usted a el principio Conservación de empresa?
8. ¿Cuáles serían las desventajas que el principio conservación de empresa tiene para los acreedores?
9. Según su conocimiento y experiencia lo usual en un proceso de quiebra, ¿Es que el banco logre recuperar el total de las acreencias?  
 Si  No
10. ¿Por qué?
11. Y Cuál sería la razón por la que es lenta la tramitación de este tipo de procesos?
12. Según su experiencia profesional, Conoce algún caso en el que el curador haya solicitado en una quiebra continuar con el negocio?  
 si  no
13. Qué beneficios considera usted que tiene que el curador continúe con el negocio en un proceso de quiebra
14. Ante la presencia de una empresa que es totalmente viable, pero declarada en quiebra por una mala administración, ¿Considera usted que existirían mayores beneficios para todos los intervinientes en el proceso si se liquida la empresa como un conjunto y funcionando.
15. ¿Es favorable la conservación de la empresa en un proceso de quiebra
16. Según su experiencia profesional a quien favorecen los convenios preventivos?



17. Cuáles son las ventajas que representa un convenio preventivo para la institución bancaria?
18. ¿Cuánto tiempo tarda el proceso antes de lograr el acuerdo?
19. Según la experiencia de la institución en la participación de convenios preventivos, ¿Cómo calificaría la efectividad de los mismos?
20. Ha participado el banco como acreedor en un proceso de administración y reorganización con intervención judicial?
21. Basado en su conocimiento considera usted que el proceso de administración y reorganización con intervención judicial aplica el principio conservación de empresa?
22. Afecta a los intereses del banco este tipo de procesos?
23. ¿Cuál es la postura del banco respecto a las empresas que atraviesan una crisis financiera?

## ANEXO 2



### Anexo N.º 2

## ENTREVISTA AL MÁSTER CARLOS CARRERA CASTILLO, ABOGADO LITIGANTE Y CURADOR

### V. Introducción

Como estudiante avanzada de la carrera de Derecho de la Universidad Latina de Costa Rica, Campus Heredia, en el nivel de Licenciatura en Derecho, se está realizando un trabajo final de graduación el cual tiene como título: Análisis sobre la aplicación del principio conservación de empresa en el derecho concursal costarricense

En razón de lo anterior, de la manera más atenta, solicito su colaboración para atender las consultas de uso académico y confidencial.

### VI. Instrucciones generales

A continuación, se presenta una serie de preguntas sobre el tema de interés.

Se le solicita que por favor responda con la mayor claridad de acuerdo con su sana crítica.

El propósito del trabajo final de graduación culmina con la presentación de un informe final que será defendido ante un tribunal examinador.

## VII. Información general

Nombre del entrevistado: MSc. Carlos José Carrera Castillo

Razón Social para la que Labora: Consultoría Jurídica Empresarial

Cargo que ocupa: Abogado y Curador en procesos concursales

Lugar: Consultoría Jurídica Empresarial, Los Yoses.

Fecha: 14 de Junio de 2016

Hora de Inicio: 3:40PM

Hora de finalización: 5:15pm

## VIII. Cuestionario

1. ¿Hace cuantos años labora usted como litigante?

- 1 a menos de 10 años
- 10 a menos de 20 años
- 20 a menos de 30 años
- Otro. Especifique

2. ¿Desde hace cuantos años forma usted parte de la lista oficial de curadores?

- Menos de 5 años
- 5 a menos de 10 años
- 10 a menos de 15 años
- Otro. Especifique

3. ¿Cuál es el promedio anual de procesos concursales en que es nombrado como curador?
4. Cuál es el proceso concursal más común que se aplica en Costa Rica. ( Marcar en orden 1°, 2°, 3° 4°)  
 Convenio Preventivo  
 Proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial.  
 Quiebra  
 Concurso Civil de Acreedores
5. De los procesos mencionados anteriormente en su opinión, ¿Cuáles aplican el principio conservación de empresa?
6. Entonces ¿qué debe entenderse por conservar la empresa?
7. ¿En cuales diría usted que sí se aplica ese principio?
8. En su criterio el principio de conservación de empresa, ¿Diluye la protección de los acreedores y favorece la protección del deudor?
9. ¿Por qué?
10. ¿Cuáles serían las desventajas de este principio para los acreedores?
11. Según su conocimiento y experiencia en un proceso de quiebra, ¿Cómo calificaría la recuperación de la acreencia para un acreedor privilegiado?  
 Muy buena  
 Buena  
 Regular  
 Mala
12. Según su conocimiento y experiencia en un proceso de quiebra, ¿Cómo es la recuperación de la acreencia para un acreedor quirografario?  
 Muy buena  
 Buena  
 Regular  
 Mala
13. Un acreedor quirografario, ¿Qué porcentaje logra recuperar?  
Aproximadamente

14. Cuál sería la razón por la que es lenta la tramitación de este tipo de procesos?
15. Basado en su experiencia, ¿Considera usted que la forma en que se liquidan los bienes incide en la recuperación de los créditos?
- \_\_\_\_ si \_\_\_\_ no
16. ¿Considera usted que el remate por activos es efectivo para todos los intervinientes del proceso? Explique.
17. ¿Ha participado en un proceso de quiebra en donde el bien rematado se venda por menos de lo que indica el avalúo?
18. Usted calificaría la quiebra como un proceso:
- \_\_\_\_ Muy costoso
- \_\_\_\_ Costoso
- \_\_\_\_ Poco costoso
- \_\_\_\_ De bajo costo
19. ¿Conoce algún caso en el que el curador (o usted como curador) haya solicitado en una quiebra continuar con el negocio?
20. ¿Qué beneficios considera usted que tiene la continuación del negocio por parte del curador en un proceso de quiebra?
21. ¿Por cuál motivo considera usted que casi no se utiliza? (La continuación de negocios).
22. ¿Puede solicitar ayuda de un especialista?
23. Según su experiencia profesional, ¿Conoce algún caso en el que la quiebra haya concluido por medio de convenio al que refiere el artículo 933 del Código de Comercio?
24. ¿Entonces si se evita el cierre de la empresa?
25. ¿Cuál es la utilidad del principio conservación de empresa?
26. Según su experiencia, ¿Cómo calificaría la efectividad de los convenios preventivos?
- \_\_\_\_ Muy alta \_\_\_\_ Alta \_\_\_\_ Media \_\_\_\_ Baja

27. ¿Ha participado en un proceso de administración y reorganización con intervención judicial?
28. ¿Usted considera que la regulación actual para este proceso es contrario al principio conservación de empresa?
29. Del artículo 710 CPC considera usted que en Costa Rica se vincula al empresario con la empresa aun. Es decir que por el empresario incurrir en una falta se pena a todos los demás que intervienen.
30. En materia de derecho concursal, ¿considera usted que la legislación costarricense se encuentra actualizada en relación al principio conservación de empresa?
31. ¿Cuál sería el mayor obstáculo que encuentra el principio en su aplicación?

## ANEXO 3



### Anexo N.º 3

## ENTREVISTA AL DR. JOSÉ RODOLFO LEÓN DÍAZ JUEZ DEL TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL

### I. Introducción

Como estudiante avanzada de la carrera de Derecho de la Universidad Latina de Costa Rica, Campus Heredia, en el nivel de Licenciatura en Derecho, se está realizando un trabajo final de graduación el cual tiene como título: Análisis Sobre la Aplicación del Principio Conservación de Empresa en el Derecho Concursal Costarricense

En razón de lo anterior, de la manera más atenta, solicito su colaboración para atender las consultas incluidas en el siguiente cuestionario y de antemano se agradece la disposición y el tiempo que concede para realizar esta entrevista. Se le recuerda que la información recabada es de estricto uso académico y confidencial.

### II. Instrucciones generales

A continuación, se presenta una serie de preguntas sobre el tema de interés.

Se le solicita que por favor responda con la mayor claridad de acuerdo con su sana crítica.

El propósito del trabajo final de graduación culmina con la presentación de un informe final que será defendido ante un tribunal examinador.

### **III. Información general**

Nombre de los entrevistados: Dr. José Rodolfo León Díaz

Razón Social para la que Labora: Poder Judicial

Cargo que ocupa: Juez Civil

Lugar: Poder Judicial San José, Centro de Apoyo a la Función Jurisdiccional.

Fecha: 19 de julio de 2016.

Hora de Inicio: 3: 00pm

Hora de finalización: 4:10pm

### **IV. Cuestionario**

1. ¿Hace cuantos años labora usted para el Poder Judicial?

- 1 a menos de 10 años
- 10 a menos de 20 años
- 20 a menos de 30 años
- Otro. Especifique \_\_\_\_.

2. ¿Desde hace cuantos años forma usted parte de este tribunal?

- Menos de 5 años



\_\_\_\_\_ 5 a menos de 10 años

\_\_\_\_\_ 10 a menos de 15 años

\_\_\_\_\_ Otro. Especifique \_\_\_\_\_.

3.Cuál es el promedio anual de procesos concursales que se inician en el juzgado?

4.Cuál es el proceso concursal más común que se aplica en Costa Rica.

\_\_\_\_\_ Convenio Preventivo

\_\_\_\_\_ Quiebra

\_\_\_\_\_ Administración y reorganización con intervención judicial.

5. Según la normativa concursal vigente para los procesos anteriormente mencionados. ¿En cuáles de ellos se aplica el principio conservación de empresa?

6. ¿Permite la legislación nacional vigente relativa a la reorganización y administración por intervención judicial la conservación de las empresas?

7. ¿Ofrece el convenio preventivo una solución a la crisis de la empresa?

8. En su criterio, ¿considera usted que la regulación de la empresa en Costa Rica se encuentra apenas diseminada en algunos artículos y que esto dificulta la aplicación del principio?

9. En su criterio el principio de conservación de empresa, ¿Diluye la protección de los acreedores y favorece la protección del deudor?

10. Según su experiencia, ¿qué beneficios encuentra usted en este principio?

11. ¿Cuáles serían las desventajas de este principio para los acreedores?

12. En el actual contexto nacional para la empresa en crisis independientemente de la actividad y tamaño ¿Dónde se puede ver aplicado el principio conservación de empresa?

13. Según su conocimiento y experiencia en un proceso de quiebra, ¿Cómo calificaría la recuperación de la acreencia para un acreedor privilegiado?  
\_\_\_ Muy buena \_\_\_ Buena \_\_\_ Regular \_\_\_ Mala
14. Un acreedor privilegiado ¿Qué porcentaje logra recuperar? Aproximadamente
15. Según su conocimiento y experiencia en un proceso de quiebra, ¿Cómo es la recuperación de la acreencia para un acreedor quirografario?  
\_\_\_ Muy buena \_\_\_ Buena \_\_\_ Regular \_\_\_ Mala
16. Un acreedor quirografario, ¿Qué porcentaje logra recuperar?  
Aproximadamente
17. Basado en su experiencia, ¿Considera usted que la forma en que se liquidan los bienes incide en la recuperación de los créditos?
18. Usted calificaría la quiebra como un proceso:  
\_\_\_ Muy costoso \_\_\_ Costoso  
\_\_\_ Poco costoso \_\_\_ De bajo costo
19. ¿Conoce algún caso en el que el curador haya solicitado en una quiebra continuar con el negocio?
20. ¿Por qué considera usted que no se usa la continuación del negocio por parte del curador en un proceso de quiebra?
21. Según su experiencia profesional, ¿Conoce algún caso en el que la quiebra haya concluido por medio de convenio al que refiere el artículo 933 del Código de Comercio?
22. Considera usted que la quiebra está siendo utilizada como una forma de compeler al pago?
23. Según su experiencia, ¿a quién favorecen los convenios preventivos?
24. Considera usted que el proceso de administración y reorganización con intervención judicial es restringido en razón de que solo se pueden beneficiar empresas que su desaparición provoque efectos perniciosos y que no sean de fácil sustitución?
25. En su opinión esa restricción, ¿es contraria al principio conservación de empresa?

26. De conformidad con el artículo 710cpc, ¿considera usted que en nuestro país aún existe una vinculación entre el empresario - la empresa y que afecta esto la aplicación del principio?
27. ¿Cuál sería el mayor obstáculo que representa la aplicación del principio?

## ANEXO 4



### Anexo N.º 4

## ENTREVISTA AL MSc. CHRISTIAN QUESADA VARGAS, JUEZ DEL JUZGADO CONCURSAL

### V. Introducción

Como estudiante avanzada de la carrera de Derecho de la Universidad Latina de Costa Rica, Campus Heredia, en el nivel de Licenciatura en Derecho, se está realizando un trabajo final de graduación el cual tiene como título: Análisis Sobre la Aplicación del Principio Conservación de Empresa en el Derecho Concursal Costarricense

En razón de lo anterior, de la manera más atenta, solicito su colaboración para atender las consultas incluidas en el siguiente cuestionario y de antemano se agradece la disposición y el tiempo que concede para realizar esta entrevista. Se le recuerda que la información recabada es de estricto uso académico y confidencial.

### VI. Instrucciones generales

A continuación, se presenta una serie de preguntas sobre el tema de interés.

Se le solicita que por favor responda con la mayor claridad de acuerdo con su sana crítica.

El propósito del trabajo final de graduación culmina con la presentación de un informe final que será defendido ante un tribunal examinador.

## **VII. Información general**

Nombre del entrevistado: MSc. Christian Quesada Vargas

Razón Social para la que Labora: Poder Judicial

Cargo que ocupa: Juez Concursal

Lugar: Poder Judicial San José, Centro de Apoyo a la Función Jurisdiccional.

Fecha: 19 de julio de 2016.

Hora de Inicio: 3:00 pm

Hora de finalización: 4: 10 pm

## **VIII. Cuestionario**

1. ¿Hace cuantos años labora usted para el Poder Judicial?

\_\_\_ 1 a menos de 10 años

\_\_\_ 10 a menos de 20 años

\_\_\_ 20 a menos de 30 años

\_\_\_ Otro. Especifique \_\_\_\_\_.

2. ¿Desde hace cuantos años forma usted parte de este tribunal?

\_\_\_ Menos de 5 años

\_\_\_\_\_ 5 a menos de 10 años

\_\_\_\_\_ 10 a menos de 15 años

\_\_\_\_\_ Otro. Especifique \_\_\_\_\_.

3. ¿Cuál es el promedio anual de procesos concursales que se inician en el juzgado?

4. ¿Cuál es el proceso concursal más común que se aplica en Costa Rica.

\_\_\_\_\_ Convenio Preventivo

\_\_\_\_\_ Quiebra

\_\_\_\_\_ Administración y reorganización con intervención judicial.

5. Según la normativa concursal vigente para los procesos anteriormente mencionados. ¿En cuáles de ellos se aplica el principio conservación de empresa?

6. ¿Permite la legislación nacional vigente relativa a la reorganización y administración por intervención judicial la conservación de las empresas?

7. ¿Ofrece el convenio preventivo una solución a la crisis de la empresa?

8. En su criterio, ¿considera usted que la regulación de la empresa en Costa Rica se encuentra apenas diseminada en algunos artículos y que esto dificulta la aplicación del principio?

9. En su criterio el principio de conservación de empresa, ¿Diluye la protección de los acreedores y favorece la protección del deudor?

10. Según su experiencia, ¿qué beneficios encuentra usted en este principio?

11. ¿Cuáles serían las desventajas de este principio para los acreedores?

12. En el actual contexto nacional para la empresa en crisis independientemente de la actividad y tamaño ¿Dónde se puede ver aplicado el principio conservación de empresa?

13. Según su conocimiento y experiencia en un proceso de quiebra, ¿Cómo calificaría la recuperación de la acreencia para un acreedor privilegiado?  
\_\_\_ Muy buena \_\_\_ Buena \_\_\_ Regular \_\_\_ Mala
14. Un acreedor privilegiado ¿Qué porcentaje logra recuperar? Aproximadamente
15. Según su conocimiento y experiencia en un proceso de quiebra, ¿Cómo es la recuperación de la acreencia para un acreedor quirografario? \*\*\*  
\_\_\_ Muy buena \_\_\_ Buena \_\_\_ Regular \_\_\_ Mala
16. Un acreedor quirografario, ¿Qué porcentaje logra recuperar? Aproximadamente
17. Basado en su experiencia, ¿Considera usted que la forma en que se liquidan los bienes incide en la recuperación de los créditos?
18. Usted calificaría la quiebra como un proceso:  
\_\_\_ Muy costoso \_\_\_ Costoso  
\_\_\_ Poco costoso \_\_\_ De bajo costo
19. ¿Conoce algún caso en el que el curador haya solicitado en una quiebra continuar con el negocio?
20. ¿Por qué considera usted que no se usa la continuación del negocio por parte del curador en un proceso de quiebra?
21. Según su experiencia profesional, ¿Conoce algún caso en el que la quiebra haya concluido por medio de convenio al que refiere el artículo 933 del Código de Comercio?
22. ¿Considera usted que la quiebra está siendo utilizada como una forma de compeler al pago?
23. Según su experiencia, ¿a quién favorecen los convenios preventivos?
24. ¿Considera usted que el proceso de administración y reorganización con intervención judicial es restringido en razón de que solo se pueden beneficiar empresas que su desaparición provoque efectos perniciosos y que no sean de fácil sustitución?
25. ¿En su opinión esa restricción es contraria al principio conservación de empresa?

26. De conformidad con el artículo 710cpc, ¿considera usted que en nuestro país aún existe una vinculación entre el empresario - la empresa y que afecta esto la aplicación del principio?
27. ¿Cuál sería el mayor obstáculo que representa la aplicación del principio?