

¿Necesidad de una Reforma Concursal?

Daniel Jiménez Medrano (*)

Resumen

En el presente artículo se exponen algunos retos actuales con los cuales se enfrentan las partes, abogados litigantes y jueces, en relación con la legislación concursal vigente en nuestro país, partiendo de diversas ópticas de estudio, como es el caso de: 1) Fallas del Sistema, 2) Contratos modernos y Acreedores, 3) Grupo de Interés Económico y 4) Auxiliares de Justicia dentro del proceso concursal.

Mediante el planteamiento de cada uno de estos escenarios se pretende visibilizar la necesidad de una reforma concursal, que tenga los mecanismos necesarios para responder a los requerimientos que exige la actualidad.

¿Necesidad de una Reforma Concursal?

De manera introductoria deseo destacar que el objetivo de estas palabras, será desarrollar ciertos cuestionamientos relacionados con los aspectos más básicos de nuestra legislación concursal, en comparación con los retos actuales a los cuales se enfrenta, como producto de nuevas figuras contractuales, culturas económicas más dinámicas y diversas, nuevas necesidades sociales y la influencia indirecta de la promulgación del nuevo Código Procesal Civil (Ley N° 9342)

Para nadie es un secreto, que el Derecho Concursal es una de esas ramas jurídicas que ha sido dejadas de lado en Costa Rica, muestra un rezago significativo en su desarrollo, en comparación con otras ramas del Derecho Civil y Comercial. Esta falta de interés puede ser producto de varias circunstancias; pudiese ser, que su grado de especialidad genere un sentimiento de complejidad muy alto, lo cual es originador de una

barrera de entrada para su estudio, esta falta de estudio aumenta el desconocimiento sobre la implicación social que tiene dicha materia y su importancia; esto a su vez conlleva a que sea un tema poco discutido tanto a nivel social como a nivel jurídico.

Como un ejemplo de las conversaciones sociales en torno a temas concursales, podemos indicar que la población tiene ideas muy genéricas respecto a los términos quiebra o insolvencia, y en la mayoría de los casos, son palabras utilizadas como referencia para aquellos casos en que las personas no tienen la capacidad económica suficiente para asumir el pago de las obligaciones a las cuales se comprometieron.

Ahora bien, dicha percepción solamente remite a la figura de los procesos concursales liquidatorios, sin que exista conciencia en la mayoría de los casos, de la existencia de procesos concursales preventivos, que sirven como herramientas jurídicas para la superación de las crisis económicas. Por ende, es común que la utilización de dichas figuras sea desaprovechada o subutilizada, perdiéndose de dicha manera un mecanismo de estabilización muy importante dentro de la economía nacional.

Este fenómeno social, también se ve reflejada de manera directa dentro de la cultura jurídica de nuestro país, ante la falta de interés existente en el estudio y análisis de dichas figuras. Por ende, partiendo de tales premisas, es que se pretenden desarrollar algunas ideas relacionadas a dicha materia, a efectos de promover el diálogo y la discusión de estos temas.

En primera instancia, cabe destacar que los procesos judiciales de ejecución individual, dentro de los cuales se ubican los procesos monitorios y de ejecución hipotecaria o prendaria, han tenido un gran desarrollo

(*) Juez civil, actualmente interino en el Juzgado Concursal. Profesor universitario de Juicios Universales II en la Universidad Hispanoamericana.

en nuestra legislación, por medio de los cambios originados como producto de la Ley de Cobro Judicial (ley n 8624), misma que fue publicada a partir del año 2007, entrando en vigencia en el año 2008. No obstante, los procesos de ejecución colectiva de las obligaciones dinerarias no ha tenido el mismo apoyo; su última reforma más significativa data del año 1996 por medio de la ley 7643, en la cual se realizaron ciertas modificaciones al proceso preventivo de Administración y Reorganización con Intervención Judicial.

Como dato estadístico de interés, resulta importante mencionar que de conformidad con la información reflejada por el Departamento de Planificación del Poder Judicial, se contabilizan en los Juzgados Civiles del país, que el proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial fue interpuesto en el año 1999 solo en 4 ocasiones, en el año 2000 existieron 10 procesos de este tipo, en el año 2001 se contabilizaron 8 procesos, en el año 2002 se observa otro descenso ya que solamente se interpusieron 5 casos, posteriormente, del año 2003 al 2006 solamente se interpuso 1 proceso por año, y del 2007 al 2010 no se contabilizó ninguno proceso de dicha naturaleza.¹

Las estadísticas antes mencionadas reflejan, que el proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial es un proceso que solamente existe en nuestro derecho positivo, pero que no se ve reflejado en la práctica, por lo que dicha reforma concursal no fue un elemento que sirviera de progreso en dicha área. Aparte de la reforma de interés, no se registra ningún otro cambio sustancial en la normativa concursal costarricense, situación que sucede de dicha manera en el continente Americano.

Esto se debe a que los procesos concursales preventivos, deben ser más dinámicos a efectos de promover la toma de acuerdos, donde se observen las particularidades propias de los acreedores, según la relación comercial que sostenía con la concursada. Lo anterior implica la posibilidad de ofrecer acuerdos diferenciados a cada uno de estos grupos, ya sean acreedores con privilegios sobre determinado bien, proveedores de la concursada, trabajadores, entidades bancarias, acreedores mayoristas o minoristas, o cual otra agrupación. Resulta evidente, que cada una de estas acreencias necesitan tratos diferenciados, sin que puedan ser tratados como una masa de acreedores homogénea.

Para ampliar nuestro panorama, es importante traer en a colación de manera genérica, las reformas efectuadas a la normativa concursal en América, para tal caso se puede indicar que en países como Argentina, cuentan con la ley concursal número 24.522, sancionada el 20 de julio de 1995², no obstante ha sufrido constantes modificaciones, siendo la última de estas la efectuada mediante la ley 27170, sancionada el 29 de julio del 2015 y promulgándose un decreto en el mismo año, con el número 1791/2015³. Por otro lado, en Uruguay en el año 2008 fue promulgada la ley concursal número 18.387⁴, y en México se promulgó la ley de concursos mercantiles en el año 2000, reformado por última vez en el año 2017.⁵

Como se observa, en diversos países se ha optado por crear una norma especial para regular la materia concursal e inclusive, han sido objeto de promulgación o de reformas en los años recientes.

Ahora bien, para sentar las bases a efectos de desarrollar el cuestionamiento planteado por el

- 1 Dirección de Planificación, Poder Judicial, Costa Rica, 2010, https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/images/documentos/estadisticas/judiciales/Anuario_Judiciales_2010/index.htm.
- 2 Ley 24.522, Ley de Concursos y Quiebras, Información Legislativa, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Argentina, 1995, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/textact.htm>.
- 3 Ley 27170, Información Legislativa, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Argentina, 2015, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=251563>.
- 4 Ley 18.387, Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. 2008, Poder Legislativo, Uruguay, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9365225.htm>.
- 5 Ley de Concursos Mercantiles, Justicia, México, 2000, <http://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-de-concursos-mercantiles/>.

presente artículo, resulta importante abordar diversas aristas, dentro de las que se encuentran:

Fallas del Sistema:

Las normativas de los cuatro procesos concursales regulados en nuestra legislación, siguen estando dispersos en una gran cantidad de normas, como es el caso del Código Civil, Código de Comercio y el Código Procesal Civil, sin mencionar otras leyes especiales como es el caso de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

La dispersión normativa, aunada a la falta de sistematización de dichas normas, dificulta la aplicación integral de las mismas y la existencia de un sistema congruente, que responda de manera más adecuada a sus principios rectores como es el caso del *“Par Conditio Creditorum”*, Universalidad Subjetiva y Universalidad Objetiva.

Para ejemplificar lo anterior podemos citar como ejemplo las diferencias existentes entre los presupuestos objetivos de la quiebra y el concurso civil de acreedores. La autora Bresciani expresa *“El instituto jurídico de la quiebra se fundamenta en la cesación de pagos, a diferencia del concurso civil que se fundamenta en la insolvencia...”*⁶

Aunado a lo anterior, continúa expresando dicha autora en torno al proceso de quiebra: *“En Costa Rica se sigue el llamado sistema materialista en lo que respecta a cesación de pagos, pues se considera que existe con solo que el deudor incumpla una obligación”*.⁷

Lo anterior evidencia un completo desfase en el sistema imperante en los procesos de quiebra, y dicho sistema materialista presenta grandes problemáticas. Un ejemplo de lo anterior, se da en aquellos casos en que un comerciante sea el propietario de bienes inmuebles o muebles registrables de gran valor, pero que no posea la suficiente cantidad de dinero en efectivo, y por el simple hecho de incumplir con el pago de una obligación dineraria, se tendría que decretar la

quiebra de dicho comerciante, sin entrarse a valorar la existencia de un desbalance real entre la cantidad de los activos y pasivos del deudor, que justifique realmente la apertura de un proceso concursal.

De suceder un caso como el anterior, estaríamos en contra de la razón de ser de los procesos concursales liquidatorios, ya que estos últimos procesos surgen como una respuesta social para aquellos casos en que los bienes del deudor resultan insuficientes para enfrentar las deudas pecuniarias adquiridas, ya que de tener bienes suficientes para responder por sus obligaciones, bastaría con que los acreedores accionen los procesos de ejecución individual dispuesto por ley.

Siempre ligados bajo la temática de los problemas sistémicos de los procesos de quiebra y el concurso civil de acreedores, se puede observar que en aquellos casos en que el proceso es interpuesto por un acreedor, el trámite procesal subsecuente sería emitir una prevención de pago y/o presentación de bienes, dependiendo de cada caso en concreto, para que en el plazo de tres días el deudor cumpla con dicha prevención, bajo apercibimiento de declararse la apertura del concurso; en caso de que el deudor cumpla con la prevención efectuada se procede a dar por terminado el proceso de interés; sin embargo dicho procedimiento podría irrumpir con los principios concursales que privan en la materia, como es el caso del *“Par conditio creditorum”*, toda vez que a pesar de que el deudor cumplió con la prevención efectuada, con lo cual el acreedor daría por satisfecho el derecho reclamado, esto no implica de manera automática, que el demandado se encuentre estable económicamente o que no requiera de un proceso concursal. En muchos casos, el deudor a efectos de cancelar la obligación devengada en el concurso, compromete aún más su situación económica, sin embargo, el proceso se da por terminado porque en ningún momento se entró a valorar la situación patrimonial real del deudor, siendo el acreedor accionante el único beneficiado por el pago de la obligación, inclusive en detrimento de los otros acreedores.

6 Bresciani Quiros, Stella, *Los Procesos Concuriales en el Sistema Jurídico Costarricense*, San José, C.R, Editorial Juritexto, 2010, p. 80.

7 Ibidem, p.81

Otra incongruencia sucede entre los procesos concursales liquidatorios y el proceso monitorio cobratorio. En el primer caso, el auto de traslado al deudor demandado es de tres días, mientras que en los procesos monitorios cobratorios el plazo de la resolución intimatoria es de quince días según la ley de cobro judicial número 8624, o bien de cinco días a partir del momento en que entre en vigencia el nuevo Código Procesal Civil. Si bien es cierto, el proceso concursal y el monitorio son de carácter sumarísimo, resulta ilógico que en el proceso monitorio el demandado cuente con un plazo mayor para oponerse a la demanda, mientras que en un proceso liquidatorio concursal el deudor solamente cuente con el plazo de tres días a efectos de oponerse a la apertura del concurso, a pesar de que las consecuencias jurídicas son mucho más gravosas en este último caso.

Para finalizar con los errores del sistema, resulta loable traer en colación los vacíos legales existentes para la liquidación del haber concursal, si bien es cierto la normativa concursal exige por regla general que los bienes deban ser valorados antes de su liquidación, existe fuertes cuestionamientos en aquellos casos en que se liquiden mediante la vía del remate. En estos casos hipotéticos, la normativa concursal no se refiere al procedimiento de remate por aplicar, por lo que surge la duda de si se debe aplicar el proceso establecido en la ley de Cobro Judicial supra citada. En caso de aplicarse dicho procedimiento por analogía, se deberían efectuar tres señalamiento para remate, esto implicaría que en caso de no existir postores en el primer remate, los bienes podrían ser adquiridos en el segundo o tercer remate por un valor inferior al avalúo pericial, lo cual iría en contra con el objetivo de liquidar los bienes concursales por un valor real de mercado.

Contratos modernos y Acreedores:

Es sabido que en el mundo contractual, por regirse bajo el principio de la autonomía de la voluntad, con el paso del tiempo se va creando figuras contractuales novedosas o que antes se encontraban en desuso y después toman relevancia. Lo anterior tiene una incidencia directa con los procesos concursales y sus efectos sobre los contratos suscritos por el deudor concursado.

Partiendo de lo anterior, sería absurdo pensar que las leyes concursales deban o puedan regular cada una de las figuras contractuales existentes, por ser una materia sumamente dinámica y cambiante; sin embargo sí es necesario tener una normativa genérica que permita determinar la manera en que se ven afectados los contratos según su tipo y el proceso concursal en que se encuentre. Aquí es donde surgen cuestionamientos relacionados a la manera en que estos procesos inciden en contratos de fiducia, leasing, join venture, etc.

Estas figuras contractuales también inciden en la prelación de créditos; y a efectos de desarrollar este apartado es necesario indicar que como parte del principio de universalidad subjetiva que rigen estos procesos universales, por regla general los acreedores del concursado deben apersonarse al proceso de ejecución colectiva a hacer valer sus derechos. Además, en estos procesos rige el principio de igualdad de acreedores, contemplado en el numeral 982 del Código Civil.

Bajo esta inteligencia, las normas concernientes a los procesos concursales contemplan la manera en que deben ser tratados cada uno de los acreedores, según su categoría, de ahí que se hable de acreedores con garantía real, acreedores comunes, créditos de la masa, créditos con privilegio legal, etc.

Sin embargo, las figuras contractuales modernas, generan vacíos respecto al trato que se le debe dar a ciertos acreedores, tal es el caso de aquellos supuestos en que existan acreedores fideicomisarios y/o fiduciarios; los acreedores originados en garantías mobiliarias y la prelación de los trabajadores sobre dicho créditos a pesar de tener una garantía real; o las acreencias originadas de contratos leasing, esto sin incluir otras figuras contractuales como los swap, underwriting, por mencionar algunos.

Ante todas estas posibilidades, la normativa concursal es omisa en el trato de cada una de estas, por lo que los juristas deben remitirse a la hermenéutica jurídica de las normas y a la aplicación figuras análogas, lo cual aumenta la inseguridad jurídica de los partes inmersas en el proceso.

Grupos de Interés Económico:

El tema concerniente a los grupos de interés económico es un eje central dentro de los procesos concursales, resulta innegable indicar que cuando una empresa integradora del grupo económico se somete a un proceso concursal, incide de manera directa en los demás miembros de dicho conglomerado. La legislación concursal solamente posee un artículo que hace mención a dicho aspecto, y la misma reside en el párrafo final del artículo 709 del código de rito civil, sin que realmente realice un aporte significativo dentro de dicho campo.

Son diversas las preguntas que se pueden plantear en torno a dicho tema: - Si una empresa controlada es declarada en quiebra, ¿esto conlleva de manera “*per se*” a la declaratoria de quiebra de los demás miembros del grupo económico?; ¿Resulta más adecuado extender la Responsabilidad Civil a todos los miembros del grupo de interés económico, en lugar de expandir la declaratoria de quiebra?; ¿En qué casos es que resulta adecuada expandir a los demás miembros del conglomerado financiero la declaratoria de quiebra o la responsabilidad civil?

Además de dichas interrogantes, podrían surgir muchas otras, dependiendo del tipo de proceso concursal que se esté tramitando, ya sea un proceso liquidatorio o preventivo.

Este tema resulta determinante dentro de los procesos concursales, ya que una expansión de los efectos concursales a todo un grupo de interés económico, tiene un impacto social de gran magnitud, al afectar un gran número de sinergias corporativas, la dinámica comercial de dicha industria y las fuentes de trabajo respectivas. Dichas lagunas jurídicas, obligan a las partes involucradas en este tipo de procesos, a deambular dentro de una incertidumbre jurídica de grandes magnitudes.

Auxiliares de justicia dentro del proceso concursal

En el proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial, el auxiliar de justicia designado

dentro del proceso corresponde a la figura del interventor; por otro lado en el convenio preventivo opera el nombramiento de un curador específico; en ambos procesos los honorarios son cancelados por el deudor concursado, tal y como se desprende de los artículos 735 y 759 del Código Procesal Civil, por lo que la cancelación de dichos honorarios no conlleva mayores dificultades.

Sin embargo en el caso de los procesos de quiebra y en el concurso civil de acreedores, la historia es muy diferente. El primer aspecto diferenciador, es que en ambos procesos liquidatorios, se nombran tres auxiliares de justicia, como es el caso de un curador propietario, curador suplente y notario inventariador.

En el caso de los síndicos propietarios, sus honorarios según los ordinales 883 del Código de Comercio y 926 del Código Civil, corresponde al cinco por ciento de las sumas pecuniarias que produzca el concurso. Esto origina un gran problema, como es el caso de aquellos procesos concursales liquidatorios en que no existen bienes por liquidar, ya que el sistema jurídico no dispuso ninguna solución jurídica a ese caso en concreto. Por ende, existe un desincentivo para que los curadores propietarios acepten el cargo en un proceso sin activos concursales por liquidar, toda vez que no existe ningún mecanismo que garantice la fijación de sus honorarios y una retribución económica en contraprestación del labor profesional efectuado. A su vez, esto deriva en la circunstancia de que los procesos concursales con dichas circunstancias, sufran con retrasos en la tramitación procesal de dichos procesos, ya que al no contar el proceso con un síndico propietario en ejercicio, se imposibilita la tramitación del mismo.

Además, en la normativa procesal no se define el rol específico del curador suplente ni sus funciones, siendo omiso también la manera en que se deben fijar sus honorarios. Por otro lado, en lo que respecta a la figura del notario inventariador, si bien la ley delimita sus funciones, es vaga la normativa en relación con los honorarios correspondientes a éste, teniéndose que aplicar el Arancel de Honorarios de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado vigente, por ser la normativa genérica en dicho campo,

a pesar de que no existe ninguna norma que regule dicha función de manera específica.

Conclusiones

Es una realidad que los temas antes abordados no contemplan la totalidad de cuestionamientos o lagunas jurídicas existentes en el derecho concursal, sin embargo ponen en la palestra algunos retos que existen en la actualidad en la materia concursal.

Las premisas descritas a lo largo de este texto, nos llevan a la conclusión de que no tenemos procesos concursales que respondan a las necesidades actuales, lo cual contradice el artículo 50 de nuestra Constitución Política, el cual indica que el Estado tiene la obligación de organizar y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Aunado al numeral 41 de dicha carta magna, donde se establece el compromiso de brindar una justicia pronta y cumplida para los ciudadanos que requieren de dicho procedimiento.

Así como existía una necesidad dentro de la materia civil, de crear un procedimiento jurisdiccional con marcada tendencia a la oralidad, para responder a las necesidades actuales de justicia pronta y cumplida, con lo cual se dio origen al “Nuevo Código Procesal Civil (ley 9342), también es evidente que bajo ese mismo principio, es que se requiere una reforma concursal que atienda a los requerimientos de la actualidad.

La finalidad de este trabajo, no es emitir criterio sobre la manera en que se deben regular dichos vacíos legales o contradicciones, al contrario, el único objetivo es poner de manifiesto la necesidad existente de la creación de una ley concursal que venga a responder a las necesidades actuales tanto del campo jurídico como de aquellos aspectos meta jurídicos, en los cuales se ve envuelto esta materia. Para tal efecto, se requiere un esfuerzo en conjunto de todos los sectores involucrados en dicha temática, y el primer paso se logra visibilizando y discutiendo las limitaciones existentes con nuestra legislación actual.

Bibliografía

Ley 24.522, Ley de Concursos y Quiebras, Información Legislativa, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Argentina, 1995. Consultado el 10 de noviembre del 2016. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm>.

Ley 27170, Información Legislativa, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Argentina, 2015. Consultado el 10 de noviembre del 2016. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=251563>.

Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Poder Legislativo, Uruguay, 2008. Consultado el 26 de febrero del 2017. <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9365225.htm>

Ley de Concursos Mercantiles, Justicia, México, 2000,. Consultado el 26 de febrero del 2017. <http://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-de-concursos-mercantiles/>

Dirección de Planificación, Poder Judicial, Costa Rica, 2010. Consultado el 10 de noviembre del 2016. https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/images/documentos/estadisticas/judiciales/Anuario_Judiciales_2010/index.htm.

BRESCIANI QUIRÓS, Stella, *Los Procesos Concursales en el Sistema Jurídico Costarricense*, San José, C.R, Editorial Juritexto, 2010.

Legislación:

Código Civil, Ley 30, año 1888.

Código Procesal Civil, Ley 7130, año 1989.

Código Procesal Civil, Ley 9342, año 2016.

Constitución Política de 1949.