



UNIVERSIDAD NACIONAL
MAESTRIA EN ADMINISTRACION DE JUSTICIA ENFOQUE SOCIO-JURÍDICO

BASES PARA UNA REGULACIÓN MODERNA EN CUANTO A LA EXTENSIÓN
DE LOS PROCESOS CONCURSALES A GRUPOS ECONÓMICOS EN LA
LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

CINTHYA PÉREZ MONCADA
JAZMÍN NÚÑEZ ALFARO

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN PRESENTADO COMO REQUISITO FINAL
PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MÁSTER EN ADMINISTRACIÓN DE
JUSTICIA CON ÉNFASIS EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (ÉNFASIS
DERECHO CIVIL)

San José, Costa Rica
Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de Sociología
Agosto 2016



UNIVERSIDAD NACIONAL FACULTAD
DE CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ENFOQUE SOCIO-
JURÍDICO

Este Trabajo Final de Graduación fue aprobado por la Universidad Nacional como requisito parcial para optar al grado de Máster en Administración de Justicia con Énfasis en Administración de Justicia (Énfasis Derecho Civil)

Dr. José Rodolfo León Díaz

TUTOR

MAP Álvaro Navarro Vargas

LECTOR

Cinthy Pérez Moncada

SUSTENTANTE

ESCUELA DE SOCIOLOGÍA

Jazmín Núñez Alfaro

SUSTENTANTE

Los derechos de propiedad intelectual son exclusivos de las personas que suscriben el presente documento.

DEDICATORIA

A nuestras familias que, con su amor y apoyo, nos dieron las fuerzas para seguir adelante y llegar a la meta.

AGRADECIMIENTO

A nuestro Dios que nos dio la vida y la capacidad de sacar adelante esta tarea. A nuestras familias por la paciencia y la comprensión que nos mostraron en todo el camino para poder hacer realidad nuestro sueño. Y un especial agradecimiento a nuestro querido profesor y tutor, don José Rodolfo León Díaz; gracias por el amor y entrega a su profesión y a sus estudiantes, por ver en nosotras el potencial para lograr más de lo que imaginamos poder lograr. Sin su apoyo, ayuda y motivación no hubiese sido posible.

CONTENIDO	
RESUMEN EJECUTIVO	IX
INTRODUCCIÓN	9
1. Justificación	11
2. Planteamiento del problema	11
3. Contexto teórico	16
4. Objetivos	28
5. Enfoque metódico	28
CAPÍTULO I. LA EMPRESA	30
1.1 La actividad comercial por medio de grupos de grupos de empresa	30
1.2. La empresa	30
1.3. El empresario	32
1.4. La "azienda"	33
1.5. Los grupos de interés económicos y los procesos concursales	33
1.6. Grupo o agrupamiento de la actividad empresarial	34
1.7. Los Grupos de Intereses Económicos	35
1.8. Precisiones conceptuales	36
1.9. Elementos constitutivos de un grupo de interés económico	38
1.9.1. Una relación de subordinación	38
1.9.2. Una dirección unificada	38
1.9.3. Autonomía Jurídica	40
1.10. Concepto de grupos de interés económicos	40
CAPÍTULO II. LOS PROCESOS CONCURSALES EN COSTA RICA	43
2.1. Historia y evolución de los procesos concursales	43
2.1.1. Introducción	43
2.1.2. Evolución de los procesos concursales	44
2.2. El principio de conservación de la empresa	45
2.3. Acerca de los procesos concursales en general	46
2.3.1. Ejecuciones singulares y concursales	46
2.4. Instituciones Concuriales en Costa Rica	47
2.4.1. Los procesos preventivos	47
2.4.2. Los procesos liquidatorios	47
2.5. Los procesos concursales preventivos	48

2.5.1. El proceso de administración y reorganización con intervención judicial.	48
2.5.2. El convenio preventivo.	54
2.6. Los procesos concursales liquidatorios.	57
2.6.1. El Concurso Civil de Acreedores.	57
2.6.2. El proceso de quiebra.	60
CAPÍTULO III. LA PROBLEMÁTICA DE LOS GRUPOS ECONÓMICOS Y LOS PROCESOS CONCURSALES.	66
3.1. La extensión de los procesos concursales.	68
3.2. Supuestos para la extensión de los procesos concursales.	69
3.2.1. Actuación en interés personal.	69
3.2.2. Abuso de la situación de control.	70
3.2.3. Confusión de patrimonios.	70
3.3. Elementos.	71
3.3.1. Instituto concursal.	71
3.3.2. Concomitante.	71
3.3.3. Excepcional.	71
3.3.4. Sujeto diverso o distinto del concursado.	71
3.3.5. Comprobación del factum.	72
3.3.6. Sanción.	72
3.3.7. Resarcitorio.	72
3.3.8. Ejecutivo o liquidatorio.	72
3.3.9. Extremo.	72
3.3.10. Independencia.	72
3.4. La extensión de los procesos concursales liquidatorios.	73
3.4.1. Definición.	73
3.4.2. Formas de liquidación.	74
3.4.3. Extensión de la quiebra en la legislación Argentina vigente (Artículos relevantes).	75
3.5. La extensión en los procesos preventivos.	77
3.6. Sobre la extensión de los procesos concursales a grupos económicos en el derecho costarricense.	78
3.6.1. En la legislación vigente.	78
3.6.2. En la jurisprudencia nacional.	79

3.6.3. El proceso de extensión en Costa Rica.....	81
3.7. Tratamiento de los Grupos de Sociedades en la Guía Legislativa sobre el régimen de Insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.....	87
3.7.1. Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia.....	87
CAPÍTULO IV. BASES PARA UNA REGULACIÓN MODERNA DE LA EXTENSIÓN DE LOS PROCESOS CONCURSALES A GRUPOS ECONÓMICOS EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE.....	91
4.1. Aspectos generales.....	91
4.2. Propuestas.....	93
CONCLUSIÓN.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	103

RESUMEN EJECUTIVO

La economía mundial se ha vuelto cada día más compleja. Complejidad que responde, en parte, a la ampliación del fenómeno empresarial individual al grupo o conjunto de empresas o sociedades, con la finalidad de intentar acaparar cada vez mayores porciones de mercado y reducir costos.

En el mercado hay diferentes tipos de participación de sujetos, diferentes tipos de relaciones entre personas físicas, jurídicas, sociedades, etcétera, así como la existencia de grupos económicos encaminados a la realización de distintas actividades comerciales. Esa figura ha sido un fenómeno que ha marcado importancia relevante en las diferentes áreas del derecho, siendo una de ellas la materia concursal, en el caso que, alguno de los miembros integrantes que forman ese grupo económico, se encuentre en cesación de pagos, insolvencia o crisis económica o financiera.

Es entonces, que, así como la sociedad se ha abierto a estas nuevas relaciones comerciales, es un deber del Estado proveer una regulación adecuada a fin de procurar el mejor uso de las nuevas tendencias y tratar de paliar los perjuicios a terceros por el mal uso de una figura que se posicionó para buscar mayores beneficios económicos, pero no a costa de los acreedores. Por esa razón vamos a recomendar algunas bases para esta importante y necesaria regulación, a fin de que todos los participantes de estos complejos negocios jurídicos cuenten con los mecanismos legales suficientes y apropiados para hacer valer sus derechos.

INTRODUCCIÓN

Poco hemos escuchado hablar sobre el tema de grupos societarios y el proceso concursal, sin embargo resulta fascinante poder escarbar en tierras desconocidas con el objetivo de llenarnos de conocimiento, pero no cualquier tipo de conocimiento, sino uno amplio y crítico. El hecho de que en nuestro país se hable poco de este tema no es casualidad, ya que el fenómeno se debe a la casi nula regulación que existe al respecto, situación que sin duda reduce las posibilidades de discusión.

Con este trabajo pretendemos adentrarnos en el estudio del tema de las empresas, su concepto, organización, funcionamiento y proyección; plantear el tema de los grupos de interés económico. Así como los procesos concursales en Costa Rica. Dándole una definición adecuada al concepto de grupos de sociedades, grupos de interés económico, así como determinar los elementos que los configuran y las situaciones que los caracterizan.

Es un gran reto poder ilustrar a los lectores, sobre este tema tan importante pero poco valorado en Costa Rica, lo que dificulta extendernos aún más detalladamente en él. No obstante lo anterior, en el derecho comparado el tema si ha sido tratado con mayor relevancia, por lo cual analizaremos la regulación de otros países como Argentina, que nos servirán de parámetro de comparación con nuestra, como ya dijimos, escasa regulación.

También vamos a estudiar cómo, lamentablemente, algunos empresarios se han aprovechado del sistema para tomar ventaja y asegurar bienes por medio del abuso del derecho y en algunos casos del abuso de la personalidad jurídica de una sociedad mercantil, que es todavía más grave, ya que no se está abusando de un derecho por ejemplo para un contrato, sino que se está creando una persona para dañar a terceros, para esconder bienes y para eludir obligaciones. Vamos a analizar las potestades y procesos con los que contamos los operadores de justicia costarricense para paliar esta práctica fraudulenta, así sea con la poca regulación que existe en la actualidad. Análisis que nos permitirá determinar si

será necesaria una reforma en esta materia, pero pensándolo mejor no sería una reforma sino más bien una legislación nueva, ya que a la fecha no existe casi ninguna.

La economía mundial se ha vuelto cada día más compleja. Complejidad que responde, en parte, a la ampliación del fenómeno empresarial individual, al grupo o conjunto de empresas o sociedades, con la finalidad de intentar acaparar cada vez mayores porciones de mercado y reducir costos.

En el mercado hay diferentes tipos de participación de sujetos, diferentes tipos de relaciones entre personas físicas, jurídicas, sociedades, etcétera, así como la existencia de grupos económicos encaminados a la realización de distintas actividades comerciales. Esa figura ha sido un fenómeno que ha marcado importancia relevante en las diferentes áreas del derecho, siendo una de ellas la materia concursal, en el caso que, alguno de los miembros integrantes que forman ese grupo económico, se encuentre en cesación de pagos, insolvencia o crisis económica o financiera.

Es entonces, que, así como la sociedad se ha abierto a estas nuevas relaciones comerciales, es un deber del Estado proveer una regulación adecuada a fin de procurar el mejor uso de las nuevas tendencias y tratar de paliar los perjuicios a terceros por el mal uso de una figura que se posicionó para buscar mayores beneficios económicos, pero no a costa de los acreedores. Por esa razón vamos a recomendar algunas bases para esta importante y necesaria regulación.

1. Justificación.

La finalidad del trabajo en estudio, es contribuir a la creación de un marco jurídico eficaz y eficiente para regular la situación de los Grupos de Interés Económicos en los Procesos Concursales, construyendo un instrumento de referencia con bases doctrinarias internacionales al que puedan recurrir las autoridades judiciales y los órganos legislativos al preparar nuevas leyes y reglamentos.

Su aporte consiste en abordar la necesidad de resolver con la mayor rapidez y eficacia las cuestiones que son peculiares a esos procesos y que afectan tanto a las empresas de esos grupos, como a sus acreedores, de igual manera determinar el tratamiento del activo y el pasivo de dos o más empresas de un grupo como si formara una única masa de patrimonio.

El estudio pretende centrarse en las personas físicas o jurídicas con problemas económicos, y específicamente en grupos de empresas con miras a resolver las cuestiones que son particulares a esos grupos con mayor eficiencia procesal y no abordar cuestiones concretamente relacionados con procesos concursales sin vinculación o dependencia significativa en su capital social.

No se pretende construir o proponer cambios en la legislación costarricense sino más bien, esbozar en ellas las cuestiones fundamentales que sería conveniente abordar en ese derecho, algunas recomendaciones orientadas a unificar conceptos y criterios acordes a nuestra legislación concursal. Por lo que consideramos se ajusta la investigación, a los recursos y el tiempo disponible. Es muy lamentable, y mucho más aún preocupante, que en nuestro país exista tan poca –por no decir ninguna- regulación en materia de grupos económicos y la extensión de los procesos concursales a estos grupos.

2. Planteamiento del problema.

En un mundo globalizado, donde todo avanza a pasos gigantescos en temas de comercio y relaciones comerciales, el derecho como tal debería avanzar al mismo ritmo que las necesidades sociales y comerciales. Es necesario tener bases ciertas, que nos permitan regular este tipo de situaciones que se pueden presentar en cualquier momento en las instancias judiciales nacionales.

En Costa Rica encontramos únicamente dos artículos que se refieren indirectamente al tema, como lo es el artículo 30 del Código de Comercio y el artículo 709, último párrafo del Código Procesal Civil. Y decimos que se refieren indirectamente, ya que únicamente hacen alusión a la existencia de grupos de interés económico pero no profundizan en el tema ni en los parámetros de aplicación.

El artículo 30 antes mencionado se refiere a la forma en que podrá aumentarse el capital social y en su párrafo antepenúltimo establece que las sociedades no podrán invertir total ni parcialmente su propio capital en participaciones sociales **de la sociedad que las controla, o en otras sociedades sometidas al mismo control.** La norma hace mención a cuestiones de grupos, habla de sociedades controladas pero no desarrolla el tema.

Por su parte el artículo 709, se refiere a la administración por intervención, señalando que para que sea admisible la apertura del proceso, la solicitud deberá comprender todas las entidades relacionadas, las personas físicas o jurídicas que, de hecho o de derecho, **pertenezcan al mismo grupo de interés económico,** incluyendo también las unidades que realicen actividades fuera del territorio nacional, independientemente de su nacionalidad y forma legal. Como vemos esta norma nos habla nada más de que deben estar comprendidas en la misma administración todas las entidades, de hecho y de derecho, que pertenecen a un grupo de interés económico con lo cual abre el tema de la existencia de los grupos, mas no dice cuáles son los parámetros para determinar si estamos frente a un grupo ni que trato debe dársele a éste tipo de asuntos.

La Superintendencia General de las Entidades Financieras (SUGEF) ha desarrollado un poco el tema de grupos pero lo ha hecho para efectos financieros, donde se ha encargado a través de la creación de acuerdos y reglamentos de introducir el tema de los grupos de interés económico pero no sus implicaciones.

Por su parte, jurisprudencialmente, tampoco se ha ahondado el tema, y si bien las Salas de la Corte Suprema de nuestro país se han referido al tema, ha sido de forma muy superficial y sobre todo de manera conceptual.

La inercia de la legislación y la jurisprudencia en la regulación acerca de los procesos concursales y los grupos de interés económico, ha generado que éstos sean utilizados con fines fraudulentos y en perjuicio de terceros de buena fe, por lo general acreedores.

Es por esta razón que se requiere una pronta regulación, con el objeto de impedir que terceros sean perjudicados por la utilización anómala de los grupos de interés económico.

Pese a que existen diversos criterios y modos de resolver estas cuestiones, el eje central para una resolución efectiva es que el régimen de la extensión de los procesos concursales a éstos grupos se defina con suficiente detalle, estableciéndose claramente el procedimiento que debe seguirse en todo asunto relativo a los grupos, para que todo interesado que intervenga en operaciones comerciales con dichos grupos pueda obrar con la seguridad jurídica debida.

Justamente es lo que pretendemos con este trabajo, poder sentar las bases para una regulación moderna y acorde con las necesidades de nuestra sociedad.

Es así entonces que pretendemos dar respuesta a las siguientes preguntas-problema:

1. ¿Puede el artículo 709 párrafo final del Código Procesal Civil regular todos los aspectos concernientes a la problemática de los grupos de interés económico en los procesos concursales?

El título y el tema elegido reclaman alguna explicación, en especial en cuanto al contenido y sus alcances en general, vinculados al Procedimiento Concursal y la disciplina de los Grupos con Interés Económico.

Lo que se pretende es una sencilla exposición de algunas de las principales cuestiones que aparecen en el ámbito del tratamiento de los problemas financieros, relacionado principalmente con la extensión de los procesos concursales a grupos de interés económico, figura que hoy en día, carece de una regulación sustantiva en la normativa costarricense, que dé respuesta a cuestiones de tal naturaleza, planteadas en el marco del procedimiento concursal.

El tema que desarrollaremos en esta investigación, tratará de transformar la carencia de una ley en materia concursal, sobre la extensión de los procesos concursales a los grupos de interés económico.

En nuestra legislación encontramos varios procesos concursales, algunos de naturaleza preventiva o precautelar, y otros liquidatorios. El proceso concursal se da cuando, por alguna situación, se presenta "*un patrimonio enfermo*", lo que hace necesario que todos, o la mayoría de sus acreedores deban asistir a un único proceso en protección de sus intereses.

Dentro de estos procesos se deberá aplicar un principio fundamental que es el de responsabilidad patrimonial de todo deudor, y que en el caso de nuestra legislación, se encuentra contenido en el artículo 981 del Código Civil, el cual establece que todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas. Es claro entonces que éste tipo de proceso necesita tener despejado, cuál es el patrimonio del deudor así como cuales son los acreedores que ejercerán el derecho de perseguir esos bienes, ante la crisis económica del obligado.

Nuestra legislación cuenta con los procesos de administración y reorganización con intervención judicial, el convenio preventivo, el concurso civil de acreedores y la quiebra.

Los procesos de administración y reorganización con intervención judicial y el convenio preventivo son de naturaleza preventiva; a diferencia de los procesos de liquidación; utilizados en el caso de que el patrimonio del deudor no tenga salvación. En los Proceso de Administración y Reorganización con Intervención Judicial, ese patrimonio se encuentra en una situación, de la cual se puede salir adelante si se reorganiza adecuadamente su administración.

En el caso del convenio preventivo estos también se caracterizan, al darse cuando el patrimonio aún tiene posibilidad de recuperación, pues lo que se pretende es evitar los procesos liquidatorios, pero en ese caso mediante una solución negociada entre el deudor y los acreedores.

El proceso de quiebra está previsto para aquellos casos donde el patrimonio se encuentra en una situación malsana e irrecuperable, éste es un instituto

concurso específico para las personas que sean comerciantes, a diferencia del concurso civil de acreedores que se aplica a quienes no ejerzan el comercio. Según nuestra jurisprudencia para su procedencia, deben darse dos presupuestos: la cesación de pago y la condición de comerciante del deudor.

El fin del instituto jurídico de la quiebra será, satisfacer a la mayor cantidad de acreedores con el patrimonio del comerciante, cuando este debe ser liquidado y distribuido para satisfacer las deudas contraídas por el comerciante.

Este tipo de regulación cada vez goza de más reconocimiento a nivel mundial debido al interés de los estados de contar en sus legislaciones con mecanismos sólidos y eficaces ante las crisis financieras. Los procesos regulados por nuestra legislación, no solo pretenden la quiebra del fallido y su desaparición, por el contrario la era actual y los mecanismos internacionales apuestan por la recuperación y el ofrecimiento de incentivos viables que animen a las empresas en crisis a adoptar medidas para hacerle frente, ya que el hecho de que esas empresas se declaren en quiebra acarrea un costo en los niveles de desarrollo económico de los estados.

En el caso concreto de nuestra legislación los procesos concursales contienen una serie de afectaciones legislativas dada la segregación de su normativa en varios de sus códigos, sin embargo consideramos que otra de las grandes deficiencias en nuestra regulación del tema se refiere, a que la mayor parte de lo relativo a estos procesos, son asociados en función de la empresa individual. Panorama que hemos visto evolucionar a niveles internacionales pues con el fin de alcanzar mayores objetivos y metas se ha utilizado a nivel comercial las agrupaciones de sociedades, y son cada vez más, las sociedades que están actuando, tanto en el plano nacional como en el internacional, mediante grupos de empresas, a veces muy grandes, en los que las sociedades están interconectadas por diversas formas de propiedad y control, permitiéndoles desarrollar sus actividades de una forma más competitiva y maximizando los recursos que poseen al adquirir más fuerza económica con la agrupación.

Sin embargo nuestra legislación costarricense carece de normas jurídicas en materia mercantil que regulen lo concerniente a estas agrupaciones con

intereses económicos y la dificultad para descubrir la realidad económica de esas uniones empresariales, lo que provoca una descoordinación con la eficiencia de los procesos en materia concursal, donde se presentan esos grupos de interés económico.

3. Contexto teórico

Al igual que la mayoría de las figuras jurídicas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, el proceso concursal de quiebra tiene su origen en Roma; según Pérez Álvarez (2004), dicha figura nace en el ámbito del Derecho honorario en el siglo II a.C. (p. 5).

Dentro de la esfera del Derecho Romano, en sus inicios, la figura de la quiebra como proceso concursal suponía no solo que el deudor debía responder con la masa de los bienes que constituyeran la totalidad de su patrimonio, sino que mediante estos procesos el acreedor tenía la potestad de exigir inclusive la restricción a la libertad del concursado, llevando el proceso cobratorio hasta la muerte de este.

En nuestro país el tema (de la quiebra) se encuentra regulado en los artículos 851 y siguientes del Código de Comercio. Y acerca de los concursos se encuentra regulado en los artículos 709 a 818 del Código Procesal Civil, que por disposición del artículo 818, párrafo 2º le son también aplicables a la quiebra.

Si de darle una definición se trata, cabe destacar lo señalado por Rosales Cruz (2002), quien define el proceso de quiebra en el ordenamiento jurídico como “un procedimiento de ejecución colectiva dirigido a resolver la anormalidad en el cumplimiento de las obligaciones del deudor provocada por su insolvencia, con el fin de liquidar el patrimonio y distribuir el producto en forma equitativa entre sus acreedores” (p. 1).

Desde el punto de vista teórico, los sistemas judiciales de los concursos han surgido en todos los países –o al menos en la mayoría- con el propósito de cumplir con al menos dos objetivos básicos:

a) Establecer los medios legales para obligar a los deudores incumplidos al pago de sus obligaciones.

b) Establecer un mecanismo de rehabilitación o de salida para aquellas empresas que enfrentan problemas financieros.

Lo ideal sería poder alcanzar una combinación de ambos objetivos, aunque no en todas las legislaciones se logra.

Es claro, en relación al tema concursal, lo que se pretende con éstos procesos es intentar satisfacer los intereses de los acreedores mediante la liquidación de sus bienes y la repartición de lo producido. No obstante en algunos casos el producto de la liquidación da un resultado insuficiente lo que hace que los créditos queden parcial o a veces totalmente impagos.

Esto se agrava cuando, en sujetos jurídicamente distintos al fallido, no deudor de la obligación de éste, han intervenido *in bonis* responsabilidad ilimitada y mediante alguna culpa reprochable, o dolo, causando un daño al patrimonio del fallido.

Este tipo de situaciones, ya previstas por nuestra legislación, establece la extensión de responsabilidad; sin embargo, esa responsabilidad sólo es para los administradores, mandatarios, representantes de negocios que con dolo o violación de la ley, produjeran quiebra fraudulenta, agravando la disminución patrimonial del deudor o su insolvencia. Esta acción sería de tipo personal fundada en el dolo o culpa, así establecido en nuestro Código de Comercio.

Si el tema ya nos parece complejo, lo es más aún cuando le agregamos una situación tal como la extensión a los grupos de interés económico, sociedad controlante, sociedad controlada, entre otros y que van de la mano con el tema puntual que pretendemos tratar en este trabajo.

Con la extensión se causaría una incorporación de nuevos patrimonios al proceso concursal, donde el patrimonio del sujeto a quien se amplía el proceso responderá por todas las obligaciones del fallido principal, al ser la solidaridad pasiva prolongable a todo el patrimonio del sometido a quien se extiende, esto genera una notable diferencia con la extensión por responsabilidad, ya que mientras en los procesos concursales por extensión se responde por todas las obligaciones del fallido, en la extensión por responsabilidad sólo en la medida del

daño causado. En el caso de los procesos preventivos es necesario que intervengan en la posible solución de la crisis todos los que pertenezcan al grupo.

Esta extensión puede darse por distintas causas, el objetivo del presente trabajo es desarrollarlas y analizarlas en torno a los procesos concursales, principalmente los relacionados con los grupos de interés económico; y es que en la actualidad por el desarrollo del comercio, se han necesitado de formas de agrupación de sociedades más complejas que las acostumbradas, las cuales permiten alcanzar el desarrollo de éstas y darle una utilidad aún mayor a los recursos con los que se cuenta para alcanzar la posición de competitividad deseada en el ambiente económico que se desenvuelven.

A manera introductoria es necesario desarrollar entonces –para ir comprendiendo el tema, cuestiones referentes a los grupos de interés económico. Grupos de sociedades o grupos de interés económico: Conceptos fundamentales.

Para Miguens, por grupos societarios debemos entender:

Es una estructura empresarial multiarticulada, constituida por dos o más sujetos de derecho (de cualquier tipo, pero generalmente sociedades) en el que hay una política empresarial unificada o unitaria al servicio de un interés social del grupo, política que se ejerce mediante un conjunto de relaciones de subordinación o control jurídico-económico de los sujetos dominantes (o madres o incorporantes) respecto de la existencia y funcionamiento de otros sujetos denominados dependientes (o subordinados o subsidiarios o incorporados o filiales o hijos), interés social que prima sobre todos los demás intereses sociales de todos los integrantes del grupo, sean dominantes o dominados, con una vocación empresarial común. (Miguens, 1998, p. 41)

Como podemos ver de la definición anteriormente indicada, un grupo de sociedades consiste en varias sociedades, todas propiedad en forma directa o indirecta de los mismos accionistas, las cuales funcionan en forma conjunta y bajo una dirección única, pero donde cada sociedad conserva su personalidad jurídica propia. Esta definición presenta dos elementos esenciales que se contraponen entre sí: todas las sociedades que conforman el grupo tienen personalidad jurídica propia pero están controladas por una misma persona o grupo de accionistas.

En derecho comparado, el artículo 42 inciso 1 del Código de Comercio Español determina que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Señala también este artículo, algunas situaciones en las que se presumirá que existe control de una sociedad, que se calificará como dominante, en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente.

En nuestro país no se encuentra regulada una definición del concepto de grupo de sociedades o grupos societarios, a pesar de que ciertos artículos de nuestra legislación se refieren a ellos (artículo 30 del Código de Comercio y artículo 709, último párrafo del Código Procesal Civil).

El concepto que más manejamos en nuestro país es el de grupos de interés económicos; la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), en su reglamento sobre grupos de interés económicos indica en el artículo 8 que: “un grupo de interés económico estará conformado por el conjunto de dos o más personas que mantengan relaciones financieras, administrativas o patrimoniales significativas entre sí, identificadas según los artículos 4, 5, 6 y 7 de este cuerpo normativo, así como por las personas por medio de las cuales se constituyan las relaciones administrativas y patrimoniales según el inciso a) del artículo 6 y el inciso b) del artículo 7 de este Reglamento. Las personas que formen parte de un grupo de interés económico podrán estar o no vinculadas a la entidad. Para las personas vinculadas, adicionalmente a lo dispuesto en este Reglamento, regirá lo dispuesto en el “Reglamento sobre el Grupo Vinculado a la Entidad”.”.

De la definición anterior, podemos determinar que un grupo de interés económico resulta similar a los grupos de sociedades en su esencia, no obstante consideramos admite cierta diferencia.

De la comparación de los conceptos de grupos de sociedades y de grupos de interés económico, resalta como diferencia el hecho de que los grupos de interés económico resulta ser un concepto más amplio que incluye tanto a las personas jurídicas como a las personas físicas, en cambio por su parte los grupos de sociedades se restringe a las personas jurídicas, según nuestro entender.

En materia de grupos, se pueden presentar varias situaciones. La agrupación puede ser horizontal cuando tenemos varias empresas en un mismo nivel normalmente competitivas entre ellas. También puede tratarse de una agrupación vertical cuando se encuentran en nivel de proveedores o clientes. O también podría ser lo que se conoce como el conglomerado, donde las compañías tienen intereses empresariales en una amplia gama de productos y servicios inconexos, atendidos frecuentemente mediante sociedades filiales. Como podemos ver, en los conglomerados en realidad son diferentes empresas, que pueden tener actividades diferentes o tal vez algunas conexas, pero pueden ser empresas de diferente índole con diferente actividad, pero todas pertenecientes a un único empresario, a una única empresa, pero con diferentes actividades entre sí. (Fabio Arias, Simposio internacional sobre derecho concursal, Costa Rica, mayo del 2015).

La doctrina en el derecho alemán, en cuanto a la clasificación de los grupos, señala la existencia de grupos por subordinación y grupos por coordinación o de estructura paritaria.

En los grupos de subordinación hay una relación de dominación o dependencia entre las sociedades integradas en el grupo, además de la política empresarial unificada. En los grupos de coordinación o de estructura paritaria no hay una relación de dominación o dependencia entre las sociedades integradas en él. Son grupos donde hay dirección unitaria sin relación de dependencia societaria. (Miguens, 1998, p. 50)

El punto de la subordinación o dominación marca la pauta a fin de poder determinar el tipo o grado de control que ejerce una empresa sobre otra.

Del estudio que hemos hecho hasta el momento sobre el tema de los grupos de sociedades y su clasificación, podemos determinar una serie de características particulares de estos grupos, las cuales desarrollaremos a continuación:

- Relaciones de subordinación, dominación o control: Debe existir una vinculación entre las empresas, no es posible hablar de un grupo cuando son empresas independientes.

- Unidad de decisión: Existe una dueña del grupo o también llamada una entidad controlante, que es la que va a dictar el fin o el interés del grupo antes que el interés social de cada una de las empresas.
- La participación accionaria: En este caso se refiere a cuando las mismas personas sean físicas o jurídicas tienen participación accionaria en varias sociedades, con lo cual podría existir algún tipo de vinculación entre sí que permita considerarlas como integrantes de un grupo de sociedades. Sin embargo, en la práctica nacional se ha dificultado en gran manera la demostración por parte de terceros de esta participación accionaria, ya que no tienen a disposición los elementos probatorios necesarios, además de que el sistema de control de los registros de accionistas resulta ser muy informal lo que genera que la información no sea confiable y sea de fácil manipulación o alteración.

La relación de dependencia o control societario, según Miguens “Consiste en el dominio de un sujeto por otro a tal punto de que aquél tiene la potestad de formar la voluntad social de éste bajo cualquier punto de vista y la potestad de ejecutar su voluntad”. (Miguens, 1998, p. 27)

Se habla de relación de dependencia cuando hay una empresa que es dueña y es quien determina el interés de cada empresa en razón del interés de la empresa dominante.

La doctrina alemana habla también de situaciones frente a las cuales el legislador podría presumir una relación de dependencia tales como influencias dominantes y decisivas.

A. Justificación económica de los grupos de sociedades.

Básicamente consiste en realizar el fin o interés social de todo el grupo. Estas empresas o sociedades se agrupan en la mayoría de las ocasiones por cuestiones económicas, ya que de esta forma logran los fines para los que fueron creadas, lo anterior con mayor eficiencia, que se refleja en el ahorro de recursos y de medios de producción.

B. Fuentes normativas sobre los grupos de sociedades.

Son muy pocos los sistemas jurídicos que regulan este tema de una forma integral y completa, lo que ha generado que se acuda a sistemas tales como la

analogía que no siempre resulta ser la más apropiada para la solución de los asuntos. Así mismo se ha tenido que echar mano del derecho comparado, ya que ni la propia jurisprudencia costarricense ha desarrollado, ni siquiera superficialmente, el tema en la mayoría de los casos.

De la extensión de los procesos concursales a grupos de interés económico.

Es un instituto de naturaleza mercantil que nació en la edad media y que aún se encuentra en desarrollo. En aquella época histórica, la extensión de la quiebra era concebida como una medida cautelar, en la que, conjunta y simultáneamente con otras, se disponía, luego de decretada judicialmente la quiebra, una serie de medidas coercitivas y cautelares de naturaleza penal y ejecutiva de diversa gravedad. Entre estas medidas encontramos la extensión de la quiebra, a los hijos, a los socios y a la esposa del quebrado, también con la finalidad de reintegración de la masa o a modo de acción revocatoria concursal. Todas ellas tenían como común denominador el ser un medio de presión para obligar el pago, dando implícitamente por cierto que el deudor tenía otros bienes, quizá ocultos, o englobar otros patrimonios que pudieran responder por las deudas concursales.

Aunque doctrinalmente se manejan varias definiciones, nos inclinamos – por su claridad- por la que nos da Miguens (1998), nos dice que por extensión de la quiebra debemos entender:

Es un instituto concursal concomitante con otro proceso concursal, de naturaleza excepcional, que consiste en la declaración del concurso de un sujeto diverso o distinto del previamente concursado, siempre dentro del proceso de quiebra liquidatoria, una vez comprobado el acaecimiento del <<factum>> de la respectiva norma que la establece, como sanción resarcitoria frente a una conducta típica, antijurídica e imputable a título de dolo o culpa y con el fin de proteger el crédito de los acreedores concursales que de otro modo se vería injustamente disminuido por esa conducta antijurídica y también asegurar la vigencia de instituciones de orden público concursal. (p. 9)

Respecto de este instituto todavía queda mucho por hacer, es decir, carece de un desarrollo doctrinal exhaustivo y orgánico o sistemático.

Sin embargo con el desarrollo moderno del tráfico jurídico, la globalización y de la doctrina mercantil, se ha producido una práctica repetida del abuso de la personalidad jurídica. Progresivamente más conscientes y preocupados de esto, los operadores de derecho de muchos países e incluso la UNCITRAL, han pretendido aclarar lo relativo a este tema el cual consideramos se trata de una cuestión de gran complejidad y con diversos enfoques jurídicos, lo cual se ve reflejado en las diversas discusiones doctrinales entre las cuales sobresalen las siguientes:

1. La doctrina del empresario oculto.

Esta tesis desarrollada por el italiano Walter Bigiavi consiste en afirmar la conveniencia de la extensión de la quiebra al sujeto de derecho o persona jurídica que ha utilizado en provecho propio los bienes para su actividad empresarial, pero que orgánicamente no tiene responsabilidad patrimonial por las deudas de la empresa. Se concibe en estos casos y en particular en la doctrina italiana, que el verdadero empresario oculto bajo estructuras societarias emerja a la realidad y contribuya con su propia quiebra si es necesario al pago del pasivo concursal, con todos sus bienes.

Aquí la controversia se da según Miguens (1998), porque algunos consideran que el acreedor conserva la posibilidad de dirigirse contra el auténtico inspirador del negocio cuando éste se hubiere realizado por su cuenta, aunque el que aparezca contratado sea una persona diferente, otros consideran la posibilidad de accionar pidiendo la declaración de insolvencia de cualquiera de los dos comerciantes ya sea el aparente o el oculto.

El problema consiste en determinar si ha de ser declarado en quiebra el comerciante aparente o el que se oculta y actúa a través del otro, o bien podría contra ambos a la vez. (Miguens, 1998).

2. La doctrina del “*maitre de l’affaire*”.

En esta teoría el empresario efectivo o real que domina toda la política empresarial del sujeto concursado, que en principio no responde por las deudas sociales en virtud de estructuras jurídicas personalistas o societarias, pero que deberá de responder con su propia quiebra al pago del pasivo concursal.

Se trata de un supuesto en donde la sociedad fallida no es una mera fachada sino que es real, pero está totalmente dominada por una o varias sociedades que actúan en provecho propio.

La controversia en esta tesis se refleja en cuanto a que algunas jurisprudencias como la argentina específicamente en el caso Celcar S.A., 1990, en su punto b) (Miguens, 1998), establecen que la mera situación de dependencia societaria o la situación de grupo es causa suficiente para extender la quiebra. Miguens considera que eso es confundir los negocios empresariales propios de un grupo de sociedades con el abuso del poder dentro del tal grupo societario.

La doctrina italiana del "socio tirano" utiliza el mismo fundamento y establece que aquel que ha determinado omnímodamente la política empresarial debe responder por tales acciones, cuando por su culpa o dolo ha ocasionado la situación falencial de otro sujeto de derecho.

La doctrina de la utilización de los bienes como si fueran propios.

Es muy parecida a la doctrina maitre de l'affaire, sin embargo, se diferencia de la otra en cuanto a que, para esta teoría otro sujeto de derecho, ha utilizado en provecho propio los bienes del concursado, por lo que tal desviación teleológico-patrimonial debe ser restablecida o equilibrada, aunque para ello sea necesaria su propia quiebra.

3. La doctrina del "levantamiento del velo societario".

Esta doctrina consiste en corregir los abusos que se producen cuando la personalidad jurídica de la sociedad se utiliza como cobertura para eludir el cumplimiento de obligaciones consiguiéndose un resultado injusto o perjudicial para terceros y contrario al ordenamiento jurídico.

Existen varias controversias doctrinales en esta tesis por lo que citaremos algunas de ellas y no todas, suficientes para comprender lo controversial que es.

Algunos autores y muchas legislaciones como la argentina son partidarias de esta tesis que busca dejar de lado los atributos que surgen de la calidad de sujeto de derecho autónomo que ostenta una sociedad, para penetrar en ella y determinar individualmente a aquellas personas que abusando del velo o cortina societaria han violado las leyes o incluso sin violarlas, han perjudicado a terceros.

El gestor de esta teoría es el tratadista alemán Rolf Serick, quien considera que el corrimiento del velo societario tiene su fundamento en el abuso del derecho, de tal forma que el juez podrá rasgar el velo que cubre a los socios para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue.

Ricardo González Mora; en el Segundo Congreso Panamericano de Derecho Societario y Concursal 2014, en el Colegio de Abogados de Costa Rica, señala que algunos autores opinan que no es necesaria ni conveniente la construcción de una doctrina sobre el levantamiento del velo societario, cuando la pretendida búsqueda de la verdad real puede lograrse, con el mismo resultado, a partir de figuras ya conocidas dentro del conocimiento jurídico.

Sin embargo cita también a favor del sometimiento del levantamiento del velo societario que varios autores sugieren que las reglas generales sobre simulación ilícita, abuso de derecho y fraude de ley, vienen a constituir el sustento jurídico esencial para explicar la teoría del levantamiento del velo societario. (Levantamiento del velo societario: delimitación conceptual, segundo Congreso Panamericano de Derecho Societario y Concursal 2014, en el Colegio de Abogados de Costa Rica).

Contrario a lo que para autores como Miguens (1998) consideran que uno de los problemas de esta tesis es su origen anglosajón, lo cual la convierte en provisional, precaria, asistemática, inorgánica, basada fundamentalmente en la equidad que caracteriza la naturaleza de los tribunales norteamericanos, donde el juez tiene mayores facultades decisorias. Mostrando que la controversia en esta tesis es sumamente amplia.

4. El fraude a terceros, frecuentemente acreedores de una de las sociedades dominadas del grupo en situación concursal.

Hay sistemas jurídicos como el argentino y el francés que toman como fundamento para la extensión de la quiebra el hecho de que se haya actuado en fraude a terceros, supuesto en el cual por lo general el tercero es el acreedor de una de las sociedades del grupo, sin embargo la legislación argentina realiza esa extensión de la quiebra con fraude a terceros no en forma autónoma sino conjunta con otros elementos o requisitos como, el de usar los bienes como si fueran

propios para disminuir el activo concursal de la sociedad en provecho propio y en perjuicio de los acreedores concursales. Mientras que el antecedente francés sobre este punto aplicable a grupos de sociedades, exigían solamente el fraude como requisito necesario para configurar la extensión de la quiebra. (Miguens, 1998, p. 23)

Miguens critica esa doctrina francesa ya que opina que difícilmente la sola existencia de fraude justifica la extensión de la quiebra dentro de un grupo de sociedades, por la magnitud de la desproporción entre el factum de la norma y su consecuencia, que incluso puede perjudicar a los acreedores de ambos concursos (el principal y el declarado por extensión) en tiempo útil y en cantidad para cobrar sus créditos, además del exorbitante sobrante de bienes pertenecientes a los fallidos, una vez pagadas las deudas concursales que habrían perdido gran parte de su valor al no haber podido continuar con la actividad empresarial unificada.

5. El abuso de control societario dentro de un grupo de sociedades.

Otro fundamento señalado en la doctrina Argentina es el abuso del control societario ejercido por la sociedad dominante del grupo respecto de las sociedades dominadas. Es el abuso del control de la situación de dependencia societaria el que las perjudica patrimonialmente y termina por dejarlas en situación de insolvencia patrimonial o de cesación de pagos.

Es indispensable definir claramente –según Miguens- temas tales como ¿qué significa abuso de control?, ¿qué tipo de abuso de control habilitaría la extensión? y además definir para este tipo de supuestos el concepto de gestión empresarial imprudente del sujeto que ejerce la dirección empresarial unificada que genera de modo necesario y suficiente la insolvencia o cesación de pagos de la dominada.

Hay quienes, en este último caso, no justifican la extensión, sino una responsabilidad patrimonial de la dominante frente a los acreedores concursales de la dominada.

6. La confusión patrimonial inescindible.

Exclusivamente en el derecho concursal argentino se ha extendido la quiebra intragrupo en algunos casos jurisprudenciales ante la existencia de una confusión patrimonial inescindible.

En el sistema norteamericano ésta es causa de la aplicación de la institución de la consolidación sustancial o procesal, parcial o total.

En algunas legislaciones se ha preferido la segunda como solución más válida, económica y adecuada respecto de la extensión de la quiebra.

La doctrina concursalista ha entendido que para que se configure la confusión patrimonial inescindible es necesario que se dé tal grado de promiscuidad simultáneamente en la mayoría de los activos y pasivos, que no puedan diferenciarse.

Una parte de la doctrina no está de acuerdo con tamaña rigurosidad: respecto de los bienes registrales, siempre será posible separarlos por titulares; y pueden los pasivos estar en cabeza de una sola sociedad o de algunas de ellas, aunque los activos formalmente separados sean utilizados indistintamente por el socio controlante. Nos parece que aquí lo relevante no es la cuestión de la titularidad formal de distintos patrimonios, sino su aprovechamiento promiscuo por la sociedad.

7. La doctrina de la unidad económica como principio rector de la atribución de autoría empresarial y de extensión de la quiebra.

La unidad económica de una empresa multisocietaria propia de los grupos de sociedades ha sido utilizada tanto en casos de obligaciones sin mediar una situación concursal, como criterio de información hacia terceros y en casos concursales, especialmente en los casos de confusión patrimonial inescindible.

No debe confundirse la unidad o conjunto económico con la dirección empresarial unificada, elemento que junto con la subordinación constituye necesaria y suficientemente el concepto de grupo de sociedades. En otras palabras: en todo grupo de sociedades existe unidad de dirección empresarial pero no necesariamente unidad o conjunto económico ni tampoco, como un caso particular, confusión patrimonial.

La discrepancia surge por cuanto hay quienes consideran que por el sólo hecho de existir unidad o conjunto económico se debe extender la quiebra y otros como el sistema argentino que consideran que junto a la unidad debe haber presencia de fraude a los acreedores.

4. Objetivos.

General.

Analizar la normativa, jurisprudencia y doctrina nacional e internacional que enmarcan los procesos concursales a fin de establecer las bases para una regulación moderna en cuanto a la extensión de esos procesos a grupos económicos en la legislación costarricense.

Específicos.

- a) Puntualizar el concepto de empresa, sociedades y grupos de interés económico así como establecer sus características principales.
- b) Señalar cuáles elementos, son determinantes en la constitución de un grupo de interés económico, con el afán de conocer su estructura.
- c) Desarrollar las principales teorías establecidas en la doctrina –nacional e internacional- en relación con los grupos de interés económico y la extensión de los procesos concursales a estos grupos.
- d) Proponer las bases –o principios- para una regulación moderna en cuanto a la extensión de esos procesos a grupos económicos en la legislación costarricense.

5. Enfoque metódico.

Se utilizó para realizar esta investigación una metodología de tipo comparativo- deductivo- inductivo.

En este sentido se inician los estudios explorando los institutos puestos a examen para luego llegar a conclusiones críticas concretas, con las cuales estableceremos las bases para la regulación requerida en materia concursal y en relación con la extensión de los procesos concursales a los grupos de interés económico.

Los insumos que se utilizaran para la presente investigación serán básicamente la doctrina, leyes, reglamentos, tesis y artículos que tratan el tema. De la misma manera, se hará uso de la normativa nacional e internacional, con el fin de obtener la mayor cantidad de información sobre el tema y compararla con nuestra escasa legislación.

Asimismo, se estudiarán los fallos judiciales para establecer criterios jurisprudenciales sobre los temas tratados en el presente trabajo, con lo cual sustentaremos la investigación en el método deductivo al analizar esa jurisprudencia junto con la legislación actual de nuestro país, identificando los problemas que genera en la práctica la falta de regulación de las figuras jurídicas en estudio.

Con el método inductivo, ya identificados los problemas prácticos que presenta estas figuras jurídicas, específicamente en los procesos concursales, se pretende llegar a conclusiones generales que serán las bases necesarias para un nuevo ordenamiento jurídico en relación a la extensión de los procesos concursales a los grupos de interés económico.

CAPÍTULO I. LA EMPRESA.

1.1 La actividad comercial por medio de grupos de grupos de empresa.

Es necesario previo a desarrollar el tema que nos ocupa en este trabajo de investigación, partir de ciertos conceptos medulares del Derecho Comercial, para poder comprender los fenómenos sociales y culturales que han posibilitado la evolución y transformación de las recientes figuras jurídicas que han transformado el derecho comercial, como lo son los grupos de interés económico.

Nuestro derecho comercial ha surgido a través de la historia, como el derecho de los comerciantes. En el caso costarricense, nuestro Código de Comercio se encuentra basado en los actos de comercio y los comerciantes. Esto tomando en cuenta el tenor literal de su artículo 1, que sin ninguna duda lo ubica como un código de actos de comercio, aunque esta es una posición que se ha venido abandonando o ampliando para abarcar la actividad industrial y la prestación de servicios.

Sin duda alguna el derecho comercial regula la actividad de los empresarios, pero no regula todas las actividades de los empresarios, sino solo aquellas consideradas empresariales, y no lo hace en forma exclusiva tampoco, puesto que también está expuesta a las regulaciones de otros derechos (tributario, laboral, por ejemplo).

Sin querer entrar en posición o contraposición de los que consideran que nuestro código sea un código de empresa; aunque si estamos claros de que no hay una disciplina general de la empresa, del empresario, ni de la “azienda” que le dé sustento y marco a tal supuesta regulación de la empresa, consideramos importante abarcar esos tres términos, debido al modo que se han incorporado en el derecho en general y su importancia en el derecho concursal, ya que en cierto modo la figura del comerciante ha sido sustituida por la del empresario, siendo frecuente su uso en distintos ámbitos.

1.2. La empresa.

Desde el punto de vista de los procesos concursales es importante conocer el término de empresa según la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de Insolvencia, en la cual se denomina “Empresa”; a toda entidad, cualquiera que

sea su forma jurídica, que ejerza una actividad económica y a la que, llegado el caso, sea aplicable el régimen de insolvencia. Eso se debe a que; la tercera parte de esa guía legislativa de las Naciones Unidas se concentra, en el hecho de que la entidad realice alguna actividad económica y pertenezca a la clase de entidades conceptuadas como empresa y no al criterio adoptado como deudores individuales, ni a los consumidores, ni a entidades de carácter especializado como los bancos.

De forma general la empresa es actividad y organización, factor esencial que produce efectos y consecuencias importantes en el desarrollo económico de un estado y en la economía moderna.

Esto, por cuanto al hablar de la empresa, desde un punto de vista económico; como es nuestro interés, se describe como una organización de medios, dirigida a la producción de bienes y servicios para ser puesto en el mercado, persiguiendo claro está, un fin de lucro.

Si buscáramos nuestra propia definición de la Empresa podríamos asegurar que esta es: un conjunto de bienes materiales e inmateriales, organizados por un sujeto; que es el empresario, para la realización de una actividad productiva e incorporar al mercado bienes y servicios.

Definida la empresa de esa manera comprendería, no solamente la actividad comercial estrictamente considerada y la actividad industrial, las cuales tradicionalmente han colmado el contenido del derecho mercantil, sino también la actividad de consumo.

Por otro lado, encontramos también en ese concepto, un criterio de la doctrina mercantil más reciente, que, al estudiar la empresa como una unidad económica orgánica, separa el aspecto subjetivo, del aspecto objetivo, lo que produce la distinción de la actividad del sujeto organizador, de los medios instrumentales que este organiza, todo esto con el fin de marcar la diferencia de los conceptos de empresa o empresario con el de la “azienda” también conocido como establecimiento mercantil.

Desde esta perspectiva, la empresa como actividad económica está compuesta por dos elementos esenciales: un elemento objetivo de la empresa o

elemento de producción llamado “azienda” y un elemento subjetivo que viene a ser el empresario, la persona que ejercita y desarrolla la empresa.

1.3. El empresario.

La empresa como forma de actividad económica organizada, necesita de un sujeto que organice y ejercite esa actividad, ese elemento subjetivo de la empresa lo forma el empresario.

El doctor Rodrigo Uria define al empresario como: “...persona física o jurídica que por sí o por medio de delegados ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad en el mercado constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad.” (Uria, 2002)

Ese término de empresario nos describe al sujeto encargado de coordinar los factores de la producción, sean los recursos materiales, trabajo y capital para producir bienes y servicios con la finalidad de obtener ganancias.

Muchas veces se une este concepto, al de empresa de una forma tan natural en la práctica de los negocios, en la jurisprudencia, en la doctrina, e incluso en las leyes, que no se distingue uno del otro. El hecho de esa tendencia se debe a que el empresario personaliza a su empresa.

Para el Catedrático en Derecho Mercantil, Rodrigo Uria, el concepto y la figura jurídica del empresario cobran especial relieve e importancia en la disciplina del derecho mercantil, convirtiéndose en el concepto ordenador central, en torno al cual giran los demás conceptos e instituciones jurídico-mercantiles; y de ahí también que, en definitiva, el Derecho Mercantil, no sea más que el derecho del empresario y de su actividad en el mercado.

La tendencia del derecho comercial moderno ha hecho desarrollar el término de empresario como equivalente al clásico de comerciante, sin embargo, la visión legal del comerciante como empresario envuelve también al sujeto que opera el campo de la producción y el del intercambio de bienes y servicios.

Es así como podemos considerar que el empresario puede ser persona física o jurídica, que de un modo profesional y con capacidad legal, combina capital y trabajo con el objetivo de producir bienes y servicios para ofrecer en el

mercado, con lo cual se estaría realizando una actividad económica, con el fin de obtener beneficios para una empresa.

1.4. La "azienda".

Hechas las referencias de empresa como actividad económica y el sujeto que la realiza, ahora nos queda por exponer el siguiente elemento, conocido en la técnica jurídica italiana como "azienda", sin embargo, en Francia se conoce como "fonds de commerce" y en la española con los nombres de "establecimiento comercial o industrial".

La expresión "azienda" abarca según la doctrina italiana, todo el patrimonio y el conjunto de bienes destinado al ejercicio de una empresa, los cuales varían según el ejercicio de cada empresa. Lo normal es que el empresario no pueda desarrollar su actividad sin el auxilio instrumental de ese conjunto de bienes y de servicios por él coordinados y dispuesto del modo más adecuado a la finalidad peculiar de su empresa.

Es así como por lo general la azienda está compuesta de bienes muebles e inmuebles, corporales e incorpóras, consumibles y no consumibles, derechos reales y de crédito, de propiedad industrial y comercial, o de aquellos servicios que tengan un valor patrimonial; como es el caso de los servicios del personal que prestan su trabajo a la orden del empresario. Es decir, la "azienda" está constituido por el conjunto de bienes organizados que se destina al desarrollo de cualquier actividad propia de la empresa, de lo cual una primera consideración a tener en cuenta es que la "azienda" es tan sólo uno de los elementos que conforman la empresa.

1.5. Los grupos de interés económico y los procesos concursales.

Una vez conceptualizada la empresa y dos de sus elementos más significativos, el empresario y la "azienda", tenemos como propósito vincular el tema que antecede y el que desarrollaremos a continuación, sea la disciplina de los grupos de interés económicos, con los procedimientos concursales, para desembocar en la extensión de la quiebra de esos grupos, todo esto con el fin de proponer bases para una regulación donde se consideren aspectos como, si es conveniente o no tramitar los procesos concursales de nuestro país; en el caso

de existir grupos de interés económico, incluyendo de manera conjunta a todos los miembros del grupo.

1.6. Grupo o agrupamiento de la actividad empresarial.

Actualmente la empresa ha sido protagonista de un fenómeno mercantil que ha venido surgiendo a través de los años, en los inicios del comercio la actividad mercantil estuvo en manos de empresarios individuales o del comerciante individual, pero con el desarrollo económico y comercial esas fuerzas individuales se volvieron insuficientes, las cargas sociales y riesgo económico de esos empresarios, así como el desarrollo de la economía hizo que las fuerzas aisladas de éstos no fueran apropiadas para dirigir por sí solos todos los complejos elementos que componen la explotación de una empresa. Y es que principalmente el asumir ese riesgo económico que supone el ejercicio del comercio a gran escala hace que surja en el derecho mercantil el fenómeno asociativo, dando lugar al nacimiento sociedades mercantiles que en la actualidad acaparan el comercio mundial.

Es por eso muy común señalar que las sociedades son el vehículo por excelencia de la actividad empresarial, y esto es porque la sociedad de capital es una creación jurídica que sirve para la realización del quehacer empresarial. En esta materia se considera que uno de los grandes avances del derecho mercantil, fue el nacimiento de la persona jurídica dotándola de autonomía patrimonial con lo que también se limitaba la responsabilidad de quienes aportaban capital.

La evolución frente al interés de los inversionistas tentados ante ese desarrollo que ha generado el desenvolvimiento del comercio y la industria y las ventajas que les dejaba esa autonomía patrimonial que limita los riesgos empresariales, hizo que la sociedad anónima y de responsabilidad limitada se convirtiera en una de las figuras de mayor importancia en el desarrollo económico.

Empero, ese cambio constante del derecho y la sociedad ha generado la aparición de un comercio más organizado que encontrándose enmarcado en la globalización, logro desarrollar en las últimas décadas, nuevas estructuras productivas para hacer frente a una sociedad cada vez más competitiva y compleja.

Ante una evidente presión de competencia en el comercio mundial ciertas actividades económicas han producido enormes concentraciones de capital y la expansión del mismo, mediante fusiones, adquisiciones y toda suerte de combinaciones jurídicas y comerciales.

Ahora en el mundo moderno las figuras societarias no se conformaron con la unión individual de comerciantes o empresarios, sino que han evolucionado ampliando el fenómeno societario individual, al grupo o conjunto de sociedades o empresas que aportan mayor capital. El fenómeno grupal se ha vuelto un tema trascendental en la economía de casi todos los países del orbe.

Hoy en día nos encontramos con distintas formas de agrupación, con las que se pretende alcanzar mayor concentración económica y que les permita competir con mayor eficacia en el mercado.

Entre esas formas de agrupación ha surgido una especie, la de los grupos de interés económico, debido a esa necesidad de los empresarios de contar con un instrumento que permita realizar de una manera más eficiente sus actividades económicas.

1.7. Los Grupos de Interés Económico.

En este apartado abordaremos una sencilla exposición de algunas de las principales cuestiones a desarrollar sobre el tema de los grupos de interés económico, donde nos encontraremos con un moderno fenómeno jurídico que incrementa la productividad y eficiencia de las empresas, y que ha ido revolucionando la actividad comercial.

Estos grupos de empresas constituyen un fenómeno de concentración empresarial que se crean, para cumplir con las exigencias de adaptación a las estructuras de producción y ante las necesidades de mercado, con el fin de reducir costos, riesgos y responsabilidades, logran además abarcar un mayor campo de actuación optimizando el funcionamiento de las empresas.

El tema de los grupos de interés económico es muy frecuente en el derecho comercial, sin embargo es evidente la falta de regulación de estos grupos en nuestro ordenamiento jurídico, ya que si bien es cierto, se han regulado ciertas situaciones, desde el punto de vista tributario, laboral, financiero entre otras, no

han sido regulaciones que aclaren el panorama en general, por lo que sigue siendo objeto de análisis, para enfrentar los diversos problemas que su existencia genera, y principalmente desde el ámbito del derecho concursal, donde se considera de importancia a nivel internacional que sea analizado en las legislaciones actuales para su debido tratamiento.

1.8. Precisiones conceptuales.

El término “grupos de interés económico” abarca distintas formas de organización económica edificadas por dos o más entidades jurídicas independientes entre sí, y que a diferencia de la fusión de sociedades donde prevalece solo una de ellas y las otras desaparecen, esta figura se caracteriza por mantener la autonomía jurídica de las sociedades o empresas integradas en el grupo, sin fusionarse o formar una nueva y distinta persona jurídica.

Es evidente que si a los inversionistas en determinado momento de la historia del derecho mercantil le fue muy atractivo la creación de una persona jurídica limitando la responsabilidad de quienes aportaban capitales a las actividades mercantiles; como comentamos anteriormente, con más razón les es atractiva la idea de agruparse en una figura, donde se mantiene intacta la personalidad individual de cada uno de sus miembros, con la posibilidad de reducir el riesgo comercial y de mejorar el rendimiento financiero, ya que permite que el grupo maximice los recursos con los que cuenta, permitiendo implementar diversas secciones de producción o servicios afines, o de distribuir sus actividades comerciales.

Encontrarse en un grupo, permite compartir gastos, atraer capital hacia un sector de negocios determinado, y reduciendo riesgos de responsabilidad jurídica, a determinado miembro del grupo, y así proteger de ese riesgo a los demás integrantes del grupo.

Es importante considerar que esas concentraciones pueden darse ya sea por agrupaciones de sociedades o por agrupaciones empresariales y que es muy común utilizar ambos términos sin hacer distinción. Sobre este tema Miguel Ángel Y María Laura Raspall señalan que: *“la expresión empresa en estos casos, está utilizada en un sentido impropio y genérico, comprensivo tanto de las uniones*

entre sociedades, como de éstas con empresarios individuales, también solo entre estos últimos". (Raspall, 2014).

La concentración empresarial y la concentración societaria pueden constituir un grupo de interés económico, con el fin de diversificar riesgos. También es importante tomar en cuenta que la dimensión y la complejidad de los grupos de interés económico, hace que su clasificación sea muy variada, lo que dificulta muchas veces distinguirlas. Al respecto el autor Fernando Sánchez Calero nos señala que; *"desde el punto de vista jurídico es tradicional las uniones de sociedades según la naturaleza del vínculo que las une, ya así se habla de agrupaciones constituidas por medio de un vínculo de naturaleza real (como es el que resulta de la titularidad por una sociedad de las acciones o participaciones de otra, de manera que tiene el control sobre ella o simplemente una influencia relevante, que puede ser recíproca) y de agrupaciones constituidas por un vínculo de naturaleza obligacional (que nace de un contrato o un acuerdo.* (Calero, 1998). Como es sabido, la concentración de empresas puede llevarse a cabo a través de diversos mecanismos económicos, siendo frecuente encontrarnos agrupaciones con estructuras sencillas o lo contrario con estructuras muy complejas, con estructuras jerárquicas verticales donde importa la dominación o control sobre una o más empresas subordinas o dependientes; que serán materia de nuestro estudio. O también podemos encontrar estructuras jerárquicas horizontales donde el grupo está integrado por varias sociedades o empresas hermanas, que funcionan con políticas de coordinación o del mismo nivel.

Existen tal variedad de agrupaciones como los diversos tipos de alianza cuya estructura varía según el sistema de gestión imperante, basados quizás en vínculos bancarios, órganos rectores interrelacionados, alianzas de propietarios, intercambios de información, empresas conjuntas y carteles, todos esto enmaraña la identificación y clasificación de estas agrupaciones.

En nuestro país esto se complica más al no existir una regulación adecuada sobre los grupos de interés económicos que los distinga de otras figuras. Sin embargo, existen características comunes en los grupos de interés económicos, que los diferencian de otras agrupaciones.

1.9. Elementos constitutivos de un grupo de interés económico.

En cuanto a las características que podemos deducir de los grupos de intereses económicos, al igual que el doctor Héctor Miguens, doctrinario argentino, consideramos que existen tres elementos constitutivos, aunque diferimos en uno de ellos, pero que consideramos, que ante la ausencia de alguno de los que señalamos a continuación, no podemos afirmar que estamos ante un grupo de interés económico, pues debe entenderse que existe un grupo de interés económico cuando se presenta un vínculo de subordinación entre los integrantes del grupo, autonomía jurídica en cada uno de ellos y exista además entre las entidades, unidad de propósito y dirección.

1.9.1. Una relación de subordinación.

Ese vínculo de subordinación se da cuando un sujeto se encuentra sometido al dominio y dependencia de otro y se manifiesta de todas las formas de pérdida de autonomía del subordinado, ya sea económica, financiera o administrativa.

Esa dominación se manifiesta a través de mecanismos ya sea internos o externos, pero con tal intensidad que sus efectos influyen en la organización interna de una o varios de las unidades del grupo, normalmente esa dominación se extiende en el tiempo, con lo cual se alcanza ese control y la dependencia de las unidades sometidas.

El control puede obtenerse mediante participaciones en el capital social o mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control.

Es así como se caracterizan por ser sociedades con personalidad jurídica propia que aparecen sometidas a la dirección económica unificada de otra sociedad o empresa. Dicho sometimiento se hace posible, por lo general, mediante la obtención del control de una o varias sociedades (dependientes) por otra (dominante) gracias a diversas técnicas jurídicas.

1.9.2. Una dirección unificada.

El Grupo tiene una dirección común o unitaria, una dirección económica unificada que ejerce la sociedad dominante sobre las restantes sociedades del

grupo, es decir, ejercida por medio del control societario o relación de dependencia societaria. Se erige un centro de decisión externa que impide que cada empresa individual tenga capacidad decisoria propia, limitándose ésta sólo a los aspectos ejecutivos y secundarios, y a cumplir con las directrices determinadas por la sociedad dominante.

Este elemento es una característica esencial en los grupos de interés económicos, del cual resulta la pérdida de independencia económica de las sociedades del grupo. Esto significa que una serie de competencias necesarias para decidir sobre los sectores o ámbitos integrantes de la actividad de la empresa han sido cedidos a la sociedad dominante del grupo.

Miguens nos habla sobre dos concepciones una restringida y otra amplia. La restringida considera que habrá dirección unitaria solo cuando se extienda a todos los sectores de la actividad de la empresa o sociedades sometidas a ella. Miguens considera que esto sería insuficiente, al quedar fuera del grupo las empresas sin conexión económica-productiva entre sí. La otra tesis amplia sugiere que solo basta con que exista una mera coordinación de la actividad de las sociedades o empresas agrupadas alrededor de las cuestiones más importantes de la política empresarial del grupo, para que haya dirección. Esta teoría, Miguens la considera vaga y genérica.

Esto quiere decir que, en sentido restringido, la dirección unificada se lleva a cabo sobre la totalidad de las actividades de la empresa dominada, sin dejarle el más mínimo margen de capacidad decisoria. En referencia al sentido amplio, se regula solamente, las cuestiones más importantes relativas a la política empresarial del grupo, para que sean las empresas integrantes de él quienes dispongan las medidas de ejecución pertinentes.

También nos señala Miguens, la estructura empresarial unificada, considerándola como un elemento diferenciador y que consiste en que se resalta el interés grupal antes que el interés individual de cada integrante del grupo, incluso frente al interés de la dominante. Es una estructura unificada diversa de las que contiene cada una de las partes del grupo y que se conforma por un interés propio que prima sobre el interés de cada miembro integrante. Sin embargo, este

es un elemento importante de destacar dentro de la dirección unificada, ya que se considera el propósito marco de la dirección unificada.

1.9.3. Autonomía Jurídica.

En nuestro país al igual que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se reconoce la figura de la “sociedad mercantil”, entidades a la que se confiere personalidad jurídica propia, situación que diferencia a los grupos de interés económico constituidos con sociedades que pueden adquirir derechos y contraer obligaciones y responsabilidades. En cuanto a los grupos de interés económico en Costa Rica, estos grupos no gozan de personalidad jurídica y su constitución no da nacimiento a una persona distinta a la de los miembros que lo integran, ya que a pesar de que son controlados por un tercero; ocasionando la pérdida de su autonomía de gestión empresarial, sus integrantes conservan su personalidad jurídica.

Esto hace la diferencia entre los grupos de interés económico y la fusión de sociedades, ya que, al no perderse la personalidad jurídica de las integrantes del grupo; como si sucede en la fusión, se continúa siendo un sujeto de derecho individualizado, conservando su propio objeto y denominación.

Lo característico del grupo consiste, en mantener la personalidad jurídica de las sociedades del grupo, aunque se encuentre bajo una dirección económica unificada.

1.10. Concepto de grupos de interés económico.

Expuestos esos elementos comunes en los grupos de interés económico es importante tener un concepto claro del mismo, revisamos para eso también algunos otros conceptos.

Aunque Héctor Miguens, lo denomina grupos de sociedades es interesante su definición desde el punto de vista general y de nuestro interés, es así como señala que los grupos de sociedades son:

Una estructura empresarial multiarticulada constituída por dos o más sujetos de derecho (de cualquier tipo, pero generalmente sociedades) en el que hay una política empresarial unificada o unitaria al servicio de un interés social del grupo, política que se

ejerce mediante un conjunto de relaciones de subordinación o control jurídico-económico de los sujetos dominantes (o madres o incorporantes) respecto de la existencia y funcionamiento de otros sujetos denominados dependientes (o subordinados o subsidiarios o incorporados o filiales o hijos), interés social que prima sobre todos los demás intereses sociales de todos los integrantes del grupo, sean dominantes o dominados, con una vocación empresarial común. (Héctor José Miguens, 1998)

La Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), en su reglamento sobre grupos de interés económicos indica en el artículo 8 que: *“un grupo de interés económico estará conformado por el conjunto de dos o más personas que mantengan relaciones financieras, administrativas o patrimoniales significativas entre sí, identificadas según los artículos 4, 5, 6 y 7 de este cuerpo normativo, así como por las personas por medio de las cuales se constituyan las relaciones administrativas y patrimoniales según el inciso a) del artículo 6 y el inciso b) del artículo 7 de este reglamento. Las personas que formen parte de un grupo de interés económico podrán estar o no vinculadas a la entidad. Para las personas vinculadas, adicionalmente a lo dispuesto en este reglamento, regirá lo dispuesto en el “reglamento sobre el grupo vinculado a la entidad”.*

Fernando Sánchez Calvo, define:

Las agrupaciones de interés económico como las sociedades mercantiles carentes de ánimo de lucro que tienen por finalidad el facilitar los resultados de la actividad de sus socios, de forma que su objeto exclusivo será el desarrollo de una actividad económica auxiliar y diversa de la de éstos. (Fernando Sánchez Calvo, 1998.)

En la tercera parte de la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de Insolvencia, se determina el término “Grupo de Empresas”; como dos o más empresas vinculadas entre sí por alguna forma de control o de participación significativa en su capital social.

Por nuestra parte analizando los elementos anteriormente indicados y revisados los anteriores conceptos, así como las generalidades expuestas en este

tema, podemos considerar estar ante un grupo de interés económico, cuando se conforme por un conjunto de personas físicas o morales con personalidad jurídica autónoma, sin fusionarse y sin formar una nueva y distinta persona, que tengan intereses afines realizados en forma conjunta para lograr un objetivo común, con una dirección unificada o unitaria destinada a la satisfacción del interés del grupo sobre el de las partes, que lo conforman con una política de control, ejercido por uno o varios sujetos dominantes, sobre otro sujeto o sujetos dominados, creando vínculos directos o indirectos entre los miembros del grupo que suponen la ausencia de independencia económica y originando toma de decisiones dependientes que impiden la operación autónoma.

CAPÍTULO II. LOS PROCESOS CONCURSALES EN COSTA RICA.

2.1. Historia y evolución de los procesos concursales.

2.1.1. Introducción.

La economía global ha evolucionado en tres diferentes etapas, a lo largo de la historia. La primera de ellas, estaba basada en la producción agrícola y en los factores productivos de tierra, capital y recursos, la segunda, identificada con la revolución industrial, estaba basada en la producción de masas y finalmente la tercera y actual, que está basada en el conocimiento y la tecnología; y no es de sorprenderse que esta era del conocimiento y la tecnología siga tomando terreno de una manera absoluta.

Esta situación no debe de asombrarnos, ya que el hombre por su misma naturaleza está condenado a evolucionar, o por lo menos, a transformar su forma de vida y su destino, resultando imposible que logre mantenerse estático.

Hoy en día, está generalmente aceptado, a pesar de los vertiginosos cambios de los que hemos sido testigos en las últimas décadas, que las empresas constituyen todavía y se constituirán por lo menos por unos años más, en el motor del desarrollo de un país, porque su desempeño afecta, no solamente a sus accionistas, empleados o contratistas sino también, por su función social, al Estado y a la comunidad en general.

Sin duda alguna la crisis o la dificultad de las empresas debe tenerse como una posibilidad dentro del desarrollo común del tráfico comercial. Casi puede sostenerse que toda empresa lleva, al menos en potencia, su propia ruina. Así como en el ciclo de la vida; es natural que una empresa que fabricaba carruajes hubiera tenido que cerrar con el auge de la industria automotriz. Igualmente es natural, aunque parezca cruel, que las empresas pequeñas sean aplastadas por las grandes empresas que entran a tomarse un mercado.

En aras de tutelar el principio de conservación de empresas en crisis, a través de los años se han ingeniado diversos mecanismos político-jurídicos para enfrentar el problema. Estos mecanismos parten de los preceptos estatutarios

acogidos por el Código Napoleónico, en los cuales se mantenía el tratamiento severo e incluso cruel del deudor propio del Derecho Estatutario de la Edad Media; hasta los preceptos de mediados del Siglo XX, cuando el derecho concursal influenciado por un cambio teleológico, se orientó hacia la protección del crédito en forma indirecta, sin penalidad a la persona del fallido, con objetivo prioritario de proteger al ente que emerge después de la primera guerra mundial: la empresa.

Los procesos concursales cobran importancia ya no solamente como una alternativa de extinción de la empresa, ahora se pretende lograr ya sea la terminación y liquidación de una empresa, o la continuidad de la misma si ésta se considera jurídica y económicamente viable. En este último caso, los procesos concursales se constituyen como un salvavidas para las empresas que desafortunadamente han padecido o padecen de malos manejos fraudulentos o negligentes, o que simplemente han sido víctimas de ciclos económicos decrecientes.

2.1.2. Evolución de los procesos concursales.

Para nadie resulta un secreto que, por mucho tiempo, la quiebra tuvo como fin único liquidar los bienes de los deudores incapaces de cumplir con sus obligaciones crediticias y repartir todo aquello que resultare de la liquidación entre los acreedores.

Bisbal Méndez (citado en Rubín, 1992, p. 25) estudió la evolución de los procesos concursales identificando tres métodos, como los llama el autor. El método de mercado, el método gubernativo y el método de mercado corregido. El primero de ellos hace referencia a que todos los deudores resultan iguales, o al menos sin diferencias de tal envergadura que requieran un tratamiento diferenciado. El segundo método hace una distinción entre los quebrados, reconociendo que no todos son iguales, existiendo aquellos que interesan a la comunidad dada la actividad insustituible a la que se dedican, la cantidad de trabajadores contratados o inclusive por su relevancia económica. Por último, el método de mercado corregido, donde por resultar la crisis reversible, es necesario ajustar los procedimientos a ésta especial situación del deudor, por lo que el fin

único y preferente del proceso concursal ya no sería la liquidación del deudor sino más bien, de ser posible, su recuperación.

Es necesario tener claro y poder distinguir cuando estamos ante un deudor cuya situación económica es salvable resultando necesario implementar mecanismos que permitan sacarla adelante; de aquellos deudores cuya situación sea insalvable y tratar de conservarla ocasionaría más perjuicios que beneficios.

2.2. El principio de conservación de la empresa.

De acuerdo con Rubín (1992) “La empresa es mucho más que los bienes que la integran. La combinación armónica y dinámica de los elementos subjetivos y objetivos (personas, elementos materiales y tecnología) tiene un valor para los particulares, y un valor –también- para la sociedad” (p. 27), es de esta manera que se abre camino a la conservación de las empresas, ya que dejan de considerarse únicamente como bienes que responden por deudas y se convierten en empresas que resultan socialmente útiles, lo que determina la importancia de tratar de conservarlas.

Hay un cambio de paradigma, en el que ya no importa solamente que los acreedores puedan ver satisfechos sus derechos, sino que también importa intereses de otros participantes que se ven afectados por la crisis como por ejemplo trabajadores o inversionistas, esto motiva un cambio de planteamiento importante. Hay una tendencia evolutiva hacia la función social de la empresa y en esos planteamientos el tradicional derecho concursal resulta escaso e insuficiente porque si un deudor no puede satisfacer a sus acreedores, esto no afecta solamente a los acreedores afecta al propio mercado, a los inversionistas, a los trabajadores e inclusive a otros sectores transversales jurídicos que entran en interferencia con el derecho concursal.

Pero no se trata de conservar por conservar, sino más bien de conservar aquellas empresas cuya liquidación resulta más perjudicial que la crisis misma. Como ya se mencionó en el punto anterior, para optar por salvar la empresa se debe tomar en cuenta aspectos tales como que la actividad sea insustituible, la cantidad de empleados y la relevancia económica, pero por sobre todo que sea viable.

2.3. Acerca de los procesos concursales en general.

2.3.1. Ejecuciones singulares y concursales.

Los procesos concursales, por su naturaleza, se ubican en el campo del cumplimiento forzoso de las obligaciones crediticias. El incumplimiento de estas obligaciones da paso a que los acreedores puedan perseguir los bienes del deudor con la finalidad de pagarse.

El artículo 981 del Código Civil costarricense, establece que todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas, lo que conocemos como responsabilidad patrimonial del deudor donde el patrimonio del deudor es prenda común de sus acreedores. No obstante a lo anterior, hay excepciones, como en todo; hay parte de los activos que no entran en este juego y tenemos que pueden haber bienes inembargables por su propia naturaleza jurídica, por disposición de la ley o que la ley permite que por voluntad de las partes no lo sean.

Los derechos de uso de habitación, que son patrimoniales, por su naturaleza no son embargables. Otro ejemplo es, los derechos de autor, mientras el autor no haya dispuesto poner en el tráfico jurídico o económico una obra, no se puede embargar, el famoso derecho inédito, que mientras está inédito es inembargable.

En nuestro sistema hay dos tipos de ejecuciones, las singulares y las concursales. En las ejecuciones singulares es un solo acreedor el que busca cobrar su crédito persiguiendo un bien determinado del deudor o inclusive todos aquellos que resulten necesarios para satisfacer su deuda. Como tales encontramos en la legislación de nuestro país el proceso monitorio, hipotecario y prendario según la ley de cobro judicial vigente en este momento.

Respecto de las ejecuciones concursales o también llamadas colectivas, de acuerdo con Bresciani Quirós (2003) “se ejercitan para la colectividad de acreedores y en las cuales se persiguen todos los bienes legalmente embargables de una persona” (p.20), este tipo de ejecuciones la conforman la quiebra, el concurso civil de acreedores, el convenio preventivo y la administración y reorganización con intervención judicial.

Para poder determinar a qué tipo de proceso se debe acudir –singular o concursal- se debe determinar la situación económica del deudor. Si el incumplimiento resulta de una situación aislada y temporal, se debe acudir a una ejecución singular pero si se trata de que el deudor no puede pagar a la generalidad de sus acreedores entonces se debe optar por la ejecución concursal, ya que de lo contrario si estando el deudor en incapacidad general de pago se acude a una ejecución singular solo se verían satisfechos ciertos acreedores resultando injusto para los demás.

2.4. Instituciones Concursales en Costa Rica.

En nuestro país encontramos cuatro instituciones concursales, dos de ellas preventivas y las otras dos liquidatorias. El convenio preventivo y la administración y reorganización con intervención judicial, son preventivas; la quiebra y el concurso civil de acreedores, liquidatorios.

2.4.1. Los procesos preventivos.

Este tipo de procesos está previsto para aquellas personas sean físicas o jurídicas, comerciantes o no comerciantes o bien un grupo de interés económico, que se encuentran en una situación económica difícil pero superable si se toman las medidas pertinentes y necesarias para salir de la crisis, como sería una nueva administración o un acuerdo con los acreedores.

2.4.2. Los procesos liquidatorios.

Contrario a los preventivos, los procesos liquidatorios están previstos para los casos en que la crisis económica es de tal magnitud y gravedad que no es posible rescatarla, salvarla, siendo necesario liquidarla para así repartir el resultado entre los acreedores y evitar causar mayores perjuicios a los involucrados. En el caso de la quiebra, está prevista para personas sean físicas o jurídicas comerciantes y el concurso civil de acreedores para sujetos no comerciantes.

Podríamos, entonces, señalar como una diferencia entre los procesos preventivos y los liquidatorios, que los primeros buscan salvar el patrimonio y los segundos por el contrario, destruirlo.

2.5. Los procesos concursales preventivos.

2.5.1. El proceso de administración y reorganización con intervención judicial.

El proceso de administración y reorganización con intervención judicial es un proceso bastante nuevo, ya que es hasta el año 1990 que se introduce esta figura, con la promulgación del Código Procesal Civil y se encuentra regulada en los artículos que van del 709 al 742.

2.5.1.1. Objetivo del proceso.

Como ya señalamos anteriormente, con los procesos preventivos se busca que el deudor pueda salir de la crisis que enfrenta, continuando con su actividad mediante un plan de saneamiento y además permitir que los acreedores tengan una recuperación mayor y más adecuada de sus créditos.

De acuerdo con Bresciani Quirós (2003) “La figura de la administración y reorganización con intervención judicial debe tener como objetivo el saneamiento de la empresa (persona física o jurídica) para que, superada la crisis económica, continúe con el giro normal de sus operaciones” (p, 30). Esta situación no refleja otra cosa que la corriente moderna de rescatar a la empresa, dada su trascendencia tanto como fuente de trabajo como fuente económica del país.

2.5.1.2. Presupuestos.

El párrafo primero del artículo 709 nos señala los presupuestos bajo los cuales un sujeto puede optar por este proceso. Dice textualmente el párrafo mencionado “Procedencia. Podrá acogerse a los beneficios de un proceso de administración y reorganización de su empresa con intervención judicial, la persona física o jurídica que se encuentre en una situación económica o financiera difícil, con cesación de pagos o sin ella, que sea superable, mientras no hayan sido declarados la quiebra o el concurso civil y no se esté tramitando ya un procedimiento de convenio preventivo”.

Al existir una tendencia evolutiva hacia la función social de la empresa, no se puede desechar ésta –la empresa- de buenas a primeras ya que si un deudor no puede satisfacer a sus acreedores, esto no afecta solamente a los acreedores, si no que afecta también al propio mercado, a los inversionistas, a los trabajadores

e inclusive a otros sectores transversales jurídicos que entran en interferencia con el derecho concursal. Es por esta razón que el artículo 709 continúa diciendo en el párrafo segundo que “Los beneficios de este procedimiento serán únicamente para las empresas cuya desaparición pueda provocar efectos sociales perniciosos, sin posibilidad de fácil sustitución”.

No obstante lo anterior, el artículo 710 del ya citado Código Procesal Civil, establece que no se podrán someter a este tipo de proceso las empresas cuyos funcionarios, dueños o socios hayan incurrido en culpa grave o dolo, con el fin de someterse al proceso; y el 711 excluye de este procedimiento a las entidades bancarias sean públicas o privadas sometidas a la fiscalización directa de la Superintendencia General de Entidades Financieras, las que se rigen tanto por la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional como por la del Banco Central de Costa Rica.

Es indispensable, para poder optar por la administración y reorganización con intervención judicial, que la crisis económica y/o financiera sea difícil pero superable y además que la cesación de pagos no supere los seis meses caso contrario deberá haber anuencia de los acreedores (párrafo tercero, artículo 709 del Código Procesal Civil).

Serán excluidas las empresas que se hayan sometido a procesos liquidatorios en los anteriores cinco años. Y también, serán excluidas de este procedimiento, aquellas empresas que hayan concluido procesos preventivos en el mismo plazo señalado anteriormente pero que hayan entrado en una nueva crisis por razones atribuibles a sus adiestradores (artículo 742 del Código Procesal Civil).

2.5.1.3. Legitimación.

De conformidad con los artículos 713 y 716 del Código Procesal Civil, la Administración y Reorganización con Intervención Judicial, puede ser solicitada tanto por el deudor (artículo 713) como por los acreedores (artículo 716).

En su solicitud el deudor deberá exponer los hechos que motivan la crisis económica y financiera, así como las medidas que consideren indispensables para vencerla. Además de lo anterior deberá indicar si anteriormente ha sido declarado

en quiebra, concurso civil o si ha sido beneficiario de un procedimiento preventivo concursal y, en su caso, de las fechas de conclusión del proceso respectivo (párrafo primero, artículo 713). A su solicitud, el deudor, deberá anexar documentos tales como:

1. Declaraciones tributarias de los últimos cuatro años.
2. Un estado del activo y del pasivo, indicando el nombre, calidades y domicilio de los deudores y acreedores, así como el señalamiento de los gravámenes que afecten los bienes, de ser el caso.
3. Un plan, elaborado por un profesional en administración o en finanzas que debe contener las razones que amparan la viabilidad económica y financiera de la empresa así como las medidas de reorganización que deberán adoptarse para superar la crisis. Deberá aportar además, un cronograma de ejecución del plan así como el plazo para cumplirlo.

Puede adjuntar, además, cualquier otro documento necesario para apoyar su gestión, en caso de que no pueda acceder a ellos deberá indicar donde se encuentran, a fin de traerlos a los autos (párrafo segundo, artículo 713). Para la elaboración del plan, el deudor, podrá seguir el contenido que señala el artículo 714 del cuerpo de normas que estamos estudiando.

De conformidad con el artículo 715, presentada la solicitud, el deudor estará obligado a dar aviso a todos sus acreedores de dicha gestión así como del juzgado ante el cuál se presentó; con acuse de recibido en todos los casos.

Cuando la gestión sea solicitada por los acreedores, éstos deberán expresar los motivos que evidencian una posible crisis así como la prueba necesaria para su demostración. Además presentarán, como fundamento de su derecho, un título ejecutivo o cualquier documento privado que, aunque no tenga esa condición, pueda ser considerado verdadero a criterio del juzgado, sin que necesariamente la obligación este vencida (artículo 716).

Si de los autos se desprende que la empresa carece de viabilidad por resultar la crisis insuperable, se decretará de una vez la quiebra o el concurso civil de acreedores según corresponda. Si por el contrario, la desestimación se debiera a que la empresa no está en la situación de crisis denunciada entonces se

ordenará archivar las diligencias, con la condena de daños y perjuicios a cargo del acreedor gestionante del proceso (artículo 719).

2.5.1.4. Apertura del proceso.

La resolución que dicta la apertura del proceso deberá contener, de conformidad con el artículo 719 del Código Procesal Civil, lo siguiente:

1. La instauración del régimen de administración por intervención judicial.
2. El nombramiento del interventor y los asesores, estos últimos si resultase necesario.
3. La designación de dos representantes de los acreedores.
4. Fijará el monto de la remuneración y la forma de pago al interventor.
5. Señalamiento de hora y fecha para llevar a cabo una asamblea general de empleados de la empresa para escoger a un representante de los trabajadores.
6. La separación de los administradores cuando sea necesario.
7. Fijación del período de sospecha.
8. Convocatoria a todos los acreedores para que se apersonen a reclamar sus derechos.
9. Orden de anotación al Registro respectivo, para que se anote la existencia del proceso.
10. Cualquier otra medida que el juzgado considere necesaria para garantizar los derechos e intereses de las partes y el resultado del proceso.

2.5.1.5. Efectos de la resolución que aprueba el plan.

De conformidad con los artículos 723 y 724 del Código Procesal Civil, la resolución inicial de la Administración y Reorganización con Intervención Judicial, tiene efectos formales (723) y efectos sustantivos (724).

La resolución que declare válidamente presentada y admitida la solicitud, señala el citado artículo, provocará la paralización de las pretensiones ejecutivas individuales, comunes, hipotecarias, prendarias y de cualquier otro tipo. A excepción de:

1. En las que hubiere remate ya debidamente notificado al solicitante.
2. Cuando los bienes no pertenezcan a la intervenida.

3. Las alimentarias.
4. Las laborales.
5. Bienes que no sean indispensables para la actividad empresarial.

Además no podrá promoverse ningún otro procedimiento concursal, mientras no exista resolución firme que la rechace de plano. En cuanto a los procesos concursales liquidatorios sin apertura decretada se suspenderán.

Resulta muy importante el contenido del párrafo final del artículo 723, en el sentido de que mientras los acreedores no tengan la posibilidad de ejercitar su derecho, no correrá, en su perjuicio, ningún plazo sea de prescripción o de caducidad.

En cuanto a los efectos sustantivos del artículo 724 del Código Procesal Civil, la resolución se ejecutará inmediatamente, a partir de la firmeza en todos sus extremos y producirá estos efectos:

1. La ejecución provisional del plan –salvo respecto a intereses-.
2. Exigibilidad de aportes suscritos no pagados.
3. El no pago de dividendos.
4. La reducción de los intereses a la tasa básica pasiva o prime rate.
5. Nulidad de cláusulas de resolución por someterse al proceso concursal.
6. La inexigibilidad de multas administrativas, fiscales o privadas.
7. La posibilidad de demandar la invalidez de las obligaciones a título gratuito de los actos o contratos.
8. Ejercicio del derecho de acreedores afectados solo dentro del proceso.

Además, se podrá conceder autorización judicial para enajenar inmuebles y muebles, siempre que no correspondan al giro empresarial, que tengan un valor mayor al salario básico del puesto de conserje 1 de la Ley de Presupuesto de la República vigente. Podrá también ceder, permutar o arrendar bienes inmuebles de la empresa, así como para realizar actos que puedan comprometer, aún más, estado económico y financiero de la empresa (artículo 725 del Código Procesal Civil).

2.5.1.6. Discusión, aprobación del plan y conclusión del proceso.

En el auto de apertura se le concederá audiencia a los acreedores por un plazo de quince días para hacer valer sus derechos así como para que hagan las observaciones que consideren pertinentes en cuanto al plan, una vez transcurrido el plazo el juzgado tendrá como acreedores del proceso a quienes no fueron impugnados en su oportunidad, a quienes resultaren victoriosos una vez resuelta la impugnación y aquellos que fueran admitidos.

El interventor y los demás miembros del comité, dentro del mes siguiente a la admisión del procedimiento, deberán presentar un informe pormenorizado acerca del plan así como su opinión en cuanto al mismo.

Cuando el juzgado lo considere necesario convocará a las partes a una comparecencia donde se discutirá todo lo referente al plan y a las observaciones que se hayan hecho del mismo. En la resolución final el juzgador podrá aprobar el plan con o sin modificaciones o por el contrario, ordenar la conversión al proceso liquidatorio que corresponda.

Si el juez determina la aprobación del plan, se sustituirá entonces el plan provisional por el aprobado, quedando los acreedores sujetos a lo que en el plan aprobado se haya dispuesto. Resulta importante destacar lo señalado en el último párrafo del artículo 731 del Código Procesal Civil, en el cual se dispuso que los intereses que los acreedores –a efectos del plan- dejen de percibir serán adicionados al principal de la deuda. Sin embargo no generan a su vez intereses. No se debe creer que el acreedor pierde el derecho a cobrar estos intereses, ya que la empresa los deberá cancelar cuando tenga una mayor capacidad de pago y así se disponga judicialmente.

El plazo del plan no puede superar, en ningún caso, los tres años, salvo pacto en contrario por escrito de al menos las tres cuartas partes de los acreedores (artículo 732 del Código Procesal Civil).

Por así autorizarlo el artículo 724 del mismo cuerpo de leyes, el juzgado podrá modificar el plan, una vez escuchados a los interesados, y siempre y cuando resulte necesario para la recuperación y preservación de la empresa y no se sobrepasen las limitaciones legales dispuestas para las medidas de salvamento.

En cuanto a la conclusión, el proceso concluirá, de pleno derecho, una vez transcurrido el plazo del plan y dejará de producir sus efectos; o anterior al vencimiento del plan cuando el deudor demuestre que ha superado la situación económica y financiera difícil. También se podrá decretar la conclusión del proceso cuando se compruebe que la crisis económica y financiera que lo originó, se ha tornado insuperable, así como cuando se incumpla con las obligaciones adquiridas en el plan.

2.5.2. El convenio preventivo.

El convenio preventivo de nuestra legislación se encuentra basado en el convenio preventivo de la legislación italiana. Con la reforma de 1969, al entonces vigente Código de Procedimientos Civiles, se introduce esta figura que se encuentra regulada en los artículos que van del 743 al 759 del actual Código Procesal Civil.

2.5.2.1. Concepto.

Bolaffio Rocco y Vivante (citado en Bresciani 2003) sostiene que:

El concordato preventivo significa la solución amistosa de un desequilibrio comercial en reemplazo de la declaración de quiebra. Esta declaración puede conducir también al concordato (posterior o de quiebra) pero con demoras y gastos inadecuados. El procedimiento de concordato preventivo tiende, principalmente, a salvar al deudor de la catástrofe de la quiebra que es su ruina completa económica y moral... (p. 44)

Por su parte el artículo 743 del Código Procesal Civil establece que el deudor que se encuentre en crisis económica y financiera o en una situación de hecho que, según la ley, permita someterlo a ejecución colectiva, podrá proponer un convenio a sus acreedores, siempre y cuando no esté declarado en quiebra, en concurso civil ni esté tramitando un procedimiento de administración y reorganización con intervención judicial.

2.5.2.2. Finalidad.

La aplicación del convenio preventivo lo que busca es evitar llegar a un proceso liquidatorio, sea la declaratoria de quiebra o el concurso civil de

acreedores. Se procura, entonces, una solución por medio de un acuerdo entre acreedores y deudor, que permita una mejor y más ajustada solución a la crisis.

2.5.2.3. Presupuestos.

Pueden optar por el convenio tanto las personas físicas como jurídicas, comerciantes o no comerciantes siempre y cuando no sean entes controlados o tengan menos de cinco años de haber finalizado un proceso liquidatorio. En caso de que con anterioridad se hayan sometido a un proceso preventivo podrán volver a optar por éste siempre y cuando la crisis no sea imputable al deudor o sus representantes (artículo 742 del Código Procesal Civil).

El deudor deberá estar en una situación de insolvencia, en caso de ser no comerciante, sea no cuenta con bienes embargables para el pago de los acreedores con créditos vencidos; o con cesación de pagos, para el caso del comerciante, lo que quiere decir el no pago de una o más obligaciones.

2.5.2.4. Legitimación.

En el convenio preventivo, al contrario que en la administración y reorganización con intervención judicial, el único legitimado para su solicitud es el deudor. Claramente dispone el artículo 743 del Código Procesal Civil que en caso de crisis económica y financiera el deudor podrá proponer un convenio a sus acreedores. Lo que quiere decir que ningún deudor puede ser obligado a convenir con sus acreedores aunque se encuentre en crisis.

En el caso de que el deudor sea una persona jurídica para que proceda la gestión el representante de la sociedad deberá demostrar que cuenta con la debida autorización del órgano competente de conformidad con el artículo 855 del Código de Comercio.

2.5.2.5. Fases del convenio preventivo.

Para un mejor estudio, el convenio preventivo se puede separar en cuatro etapas o fases: 1. Admisibilidad, 2. Determinación del pasivo, 3. Celebración del convenio y 4. La ejecución del convenio.

En cuanto a la primera etapa, la solicitud deberá cumplir con los requisitos que señala el artículo 744 del Código Procesal Civil sea: 1. Una exposición detallada de los hechos que dieron origen a la crisis, el tipo de convenio que

propone y sus especificaciones. 2. Deberá presentar los documentos que se exigen para la administración en los incisos 1 y 2 del artículo 713 respecto a las declaraciones tributarias, el estado del activo y del pasivo indicando los nombres, calidades y domicilios de los deudores y acreedores así como apuntar los gravámenes que afecten los bienes de la empresa. 3. Si el deudor ha sido sometido con anterioridad a un proceso concursal deberá demostrar que se encuentra dentro del supuesto del artículo 742 del código en estudio. Cuando el deudor haya presentado la solicitud deberá comunicarlo a los acreedores según se señala en el artículo 715 según remisión expresa del artículo 745, ambos del Código Procesal Civil.

En el caso de que la solicitud no cumpla con los requisitos señalados anteriormente será rechazada de plano y en el mismo auto se declarará la quiebra o el concurso según corresponda y sólo en los casos en que se desprenda de la solicitud que el deudor se encuentra en la situación prevista por la ley para proceder con la declaración (Artículo 745 del código ya indicado).

Si por el contrario, de conformidad con el artículo 746 del Código Procesal Civil, la solicitud cumple con todos los requisitos procede, entonces, su admisión. En la resolución de admisión se declarará abierto el proceso, se nombrará curador, se emplazará a los acreedores y se dispondrá el cumplimiento de las medidas cautelares y de investigación pertinentes para alcanzar el objeto del proceso. En cuanto al tema del emplazamiento de los acreedores, éste será por el plazo de quince días, cuya comunicación se realizará mediante aviso que se deberá publicar por una sola vez en un periódico de circulación nacional. Dentro de este plazo los acreedores deberán apersonarse a legalizar su crédito.

Una vez superada la etapa de admisión, pasamos a la determinación de los pasivos para lo que es necesaria la legalización de créditos por parte de cada uno de los acreedores y dentro del plazo señalado en el párrafo anterior. Una vez vencido el plazo de emplazamiento de acreedores el curador cuenta con ocho días para rendir un informe acerca del convenio propuesto y la verdadera situación económica y financiera del deudor, así como deberá pronunciarse sobre los créditos que fueron legalizados. Lo anterior por disposición expresa del artículo

749 del Código Procesal Civil. Del informe del curador se le dará audiencia por el plazo de ocho días a los acreedores. Vencida la audiencia el juez resolverá lo que corresponda para lo cual deberá tomar en cuenta lo manifestado por los acreedores (artículo 774 del Código Procesal Civil).

En esa misma resolución, se convocará a los acreedores a una junta con el fin de poder conocer y discutir el convenio propuesto. La hora, fecha y lugar señalado para llevar a cabo la junta se publicará, con al menos ocho días de anticipación, por una sola vez en el boletín judicial. Es en este punto donde entramos a la etapa tercera, la celebración de la junta (artículo 751 del Código Procesal Civil).

La junta dará inicio con la lectura del convenio que el deudor propone a los acreedores, luego se dará paso a la lectura del informe emitido por el curador y por último la lectura de la parte dispositiva de la resolución que se refirió a los créditos e, inmediatamente, se procederá a someter la propuesta a discusión y votación.

Según lo prevé el artículo 752 del Código Procesal de la materia, el convenio quedará aprobado, por una mayoría de los acreedores concurrentes, que represente por lo menos dos tercios de la totalidad de los créditos legalizados.

En la cuarta etapa, sea la de ejecución del convenio, el juzgado dentro de los ocho días posteriores a la junta, resolverá sobre la aprobación del convenio propuesto. En caso afirmativo se ejecutará según lo acordado y en el caso de que se impruebe el convenio, deberá declararse, de una vez, el concurso o la quiebra del deudor. En contra de la resolución se podrán oponer recurso de revocatoria, apelación y casación según corresponda de acuerdo a la cuantía (artículo 758 del Código de Procesal Civil).

2.6. Los procesos concursales liquidatorios.

2.6.1. El Concurso Civil de Acreedores.

La quiebra como el concurso civil de acreedores tienen muchos aspectos en común, ya que ambos son procesos concursales liquidatorios que van dirigidos a resolver las circunstancias anormales que se dan en el cumplimiento de las obligaciones por parte de los deudores.

El concurso civil de acreedores se encuentra regulado en el Código Procesal Civil en sus artículos 760 a 818, en relación con los artículos 884 y siguientes del Código Civil.

2.6.1.1. Presupuestos.

En el concurso civil de acreedores el presupuesto subjetivo es que se trate de una persona no comerciante y como presupuesto objetivo tenemos la insolvencia sea insuficiencia de bienes embargables para el pago de los acreedores con créditos vencidos o también denominada insuficiencia patrimonial que, según el artículo 886 del Código Civil se presume por el hecho de que el deudor no presente bienes suficientes en el Registro de la Propiedad.

2.6.1.2. Legitimación.

De conformidad con los artículos 886 del Código Civil y 760 del Código Procesal Civil, el concurso civil puede ser solicitado por dos o más acreedores o por el propio deudor.

Del estudio de los artículos señalados en el párrafo anterior se desprende que es necesaria la existencia de por lo menos dos acreedores para que haya concurso, de lo contrario no procedería la solicitud; y además las ejecuciones pendientes contra el deudor deben ser originadas en títulos y acreedores diferentes.

2.6.1.3. Procedimiento.

Una vez presentada la solicitud –por parte de los acreedores- y comprobada la insuficiencia de los bienes del deudor, se requerirá de pago; si en plazo de tres días no paga o en su defecto presenta bienes suficientes para practicar embargo, se procederá con la apertura del proceso.

En el caso de que la solicitud sea presentada por el propio deudor, deberá acompañarla –la solicitud- de un detalle de su activo y pasivo, así como sus libros, si los llevare.

Cuando proceda la declaración del concurso, la resolución deberá contener lo dispuesto en el artículo 763 del Código Procesal Civil, que literalmente establece:

a) La apertura del concurso.

- b) El señalamiento de la fecha en la que hubiere comenzado el estado de insolvencia.
- c) El nombramiento de un curador propietario y un suplente, que deberá recaer en abogados de los tribunales. El juez no podrá nombrar en dichos cargos a parientes suyos o del concursado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o de afinidad, ni a quienes estén ligados del propio modo con jueces del mismo lugar del que decreta el concurso. Procurará, además, que los nombramientos recaigan en personas que representan, con imparcialidad, los intereses de todos los acreedores y los del deudor.
- ch) Prevención del deudor de que no abandone su domicilio ni salga del país sin autorización judicial, bajo el apercibimiento de que, si lo hiciere, podrá ser juzgado por desobediencia a la autoridad. Se comunicará a la Dirección General de Migración.
- d) La ocupación, inventario y depósito de los bienes del fallido, para lo cual el juez podrá comisionar a un notario.
- e) La comunicación al Registro Público de la declaratoria y su fecha, para que se abstenga de inscribir títulos emanados del insolvente, con posterioridad a ella.
- f) Comunicación de dicha declaratoria a la Dirección General de Correos, a fin de que envíe al juzgado la correspondencia.
- g) 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, el cual empezará a correr desde la última publicación a que se refiere el inciso j). En cuanto a acreedores extranjeros, se otorgará el plazo fijo de dos meses establecido en el párrafo segundo del artículo 771.
- h) Prohibición de hacer pagos y entregas de efectos al deudor insolvente, y que en caso contrario no quedarán descargados de la obligación.
- i) Prevención a todas las personas en cuyo poder existan pertenencias del insolvente, cualquiera que sea su naturaleza, que dentro del plazo que el juez fije, hagan al curador o al juez manifestación y entrega de ellas, bajo la pena de ser tenidos como ocultadores de bienes y responsables de los daños y perjuicios. Los

tenedores de prendas y demás acreedores con derecho de retención, tendrán la obligación de dar noticia al curador o al juez, bajo la misma pena.

j) Prevención al deudor de señalamiento de casa u oficina donde atender notificaciones.

k) La publicación de la parte dispositiva de la resolución, por una vez, en el Boletín Judicial y en un periódico de circulación nacional.

A la resolución que decrete la apertura del proceso podrá ser recurrida ya sea por medio de la revocatoria, de la apelación o de la casación, éste último cuando sea procedente según la cuantía. En cambio, si la resolución rechaza la apertura del proceso sólo será recurrible por medio del recurso de revocatoria y apelación de conformidad con el artículo 764 del Código Procesal Civil.

El artículo 767 del ya citado Código Procesal Civil establece el fuero de atracción en caso de procesos pendientes y posteriores, señala dicho artículo que serán atraídos por el concurso:

1) Los procesos ejecutivos establecidos contra el fallido, antes de la declaratoria de concurso, salvo los hipotecarios y prendarios en que haya señalamiento para remate.

2) Los procesos ordinarios y abreviados pendientes en primera instancia contra el fallido, que afectaren expresa y directamente bienes que estén o deban estar en el concurso.

3) Todos los procesos ordinarios y abreviados que se establezcan contra el concurso.

En los artículos 796 al 801 se contempla la posibilidad de que el concursado solicite una convocatoria para tratar de llegar a un acuerdo con los acreedores; y el artículo 799 señala el valor de cosa juzgada material de la sentencia que apruebe o impruebe el convenio.

2.6.2. El proceso de quiebra.

Se encuentra regulado en los artículos 851 y siguientes del Código de Comercio. También le son aplicables las disposiciones sobre Concurso, previstas en el Código Procesal Civil, artículos 709 a 818. Lo anterior por así autorizarlo el artículo 818, párrafo segundo, del Código Procesal Civil al indicar que las

disposiciones del procedimiento previsto para la declaratoria de concurso le son aplicables a la quiebra.

El profesor, Garrigues (1987), define este instituto liquidatorio de la siguiente manera:

(...) en sentido económico quiebra significa la situación en que se encuentra un patrimonio que no puede satisfacer las deudas que sobre él pesan. “Estar en quiebra” quiere decir no poder pagar íntegramente a todos los que tienen derecho a ser pagados: es un estado de desequilibrio entre los valores realizables y los créditos por pagar (p. 5).

2.6.2.1. Presupuestos.

En la quiebra, al contrario que en el concurso civil de acreedores, el presupuesto subjetivo es que se trate de una persona –sea física o jurídica–comerciante.

Como presupuesto objetivo tenemos la cesación de pago; sea el no pago, por parte del deudor, de una o más obligaciones. Siendo su presupuesto la cesación de pago, en nuestro medio, basta el incumplimiento de una obligación para que pueda admitirse la quiebra (artículos 851 y 852 del Código de Comercio).

Según Bresciani (2003) la cesación de pago desde el punto de vista de la quiebra, es:

... un estado en que se encuentra el deudor, es el incumplimiento de las obligaciones por parte de este frente a sus acreedores. Se considera que es un estado porque es una situación general, el incumplimiento de una de sus obligaciones hace suponer que seguirá incumpliendo las demás (p. 63).

Como podemos ver, para que haya cesación de pago no es necesario que el deudor tenga más pasivos que activos; podría ser el caso de que el deudor tenga suficientes bienes pero no tiene liquidez, lo que genera el no pago de las obligaciones.

2.6.2.2. Legitimación.

De conformidad con los artículos 852 y 854 del Código de Comercio, la quiebra puede ser solicitada por el (los) acreedores o por el propio deudor. Cuando

sea solicitada por un acreedor, deberá demostrar que el comerciante o sociedad ha dejado de pagar una o varias obligaciones vencidas, o que ha cesado en el pago de obligaciones en favor de otras personas. Deberá también demostrar su calidad de tal, presentando el respectivo título y comprobando que la obligación es líquida y exigible con la excepción de cuando estamos frente a los casos de los incisos b, c, d, e, f y g del artículo 851. En el caso de la quiebra la ley no exige que haya cesación de pago a dos acreedores o más.

En el caso de que el deudor sea una persona jurídica, para poder solicitar la quiebra, deberá demostrar que está autorizado por los socios para realizar la solicitud (artículo 855 del Código de Comercio). Cuando el deudor solicite su quiebra deberá acompañar la gestión, de conformidad con el artículo 854, de:

- a) Un balance fechado y firmado, bajo protesta de ser exacto, el cual contendrá la descripción y estimación de todos sus bienes muebles e inmuebles, el estado de sus obligaciones con el nombre completo y domicilio de cada uno de los acreedores, causa de la deuda, plazo, intereses convenidos, garantías, cita de los asientos de sus libros en que conste la obligación con la fecha de cada uno de ellos, referencia de los asientos respectivos de la cuenta en los libros del acreedor, si tuviere ese dato;
- b) Estado de los créditos a su favor, indicando nombre completo, domicilio de cada uno de los deudores, plazo, intereses y garantías;
- c) Exposición clara y detallada de las causas que a su juicio hayan determinado el estado de cesación de pagos;
- d) Estado general de los negocios junto con un cuadro demostrativo de las pérdidas y ganancias, así como la cuenta mensual de sus gastos personales y los de su familia durante los últimos dos años;
- e) Fecha en que cesó pagos; y
- f) Contabilidad, comprensiva de todos los libros, comprobantes, facturas y correspondencia activa y pasiva.

Los tribunales tienen la tarea de cuidar el cumplimiento riguroso de los requisitos que se han mencionado; en el caso de que haga falta alguno no darán trámite a la solicitud de quiebra pedida. Cualquier información falsa o dato inexacto

de los requeridos por este artículo, será motivo bastante para declarar la quiebra fraudulenta.

2.6.2.3. Procedimiento.

Una vez planteada la solicitud y verificados los requisitos, el juzgado requerirá de pago al deudor. Si bien este trámite se encuentra previsto únicamente para el concurso civil, jurisprudencialmente, se ha autorizado que se utilice también para la quiebra, estimándose necesario como medio de comprobar irrefutablemente la cesación de pago y así evitar declaratorias de quiebra innecesarias. Lo anterior a nuestro juicio lo autoriza el artículo 818 del Código Procesal Civil al establecer que las demás disposiciones de este título –Concurso de Acreedores- también se aplicarán a la quiebra, en cuanto no estén previstas en el Código de Comercio.

2.6.2.4. Declaratoria del estado de quiebra.

Cuando la solicitud la hace el acreedor, una vez efectuado el requerimiento de pago y vencido el plazo sin que se realizara el pago, se decretará la quiebra si se cumplió con los requisitos y así corresponde.

Cuando es el propio deudor quién hace la solicitud de quiebra, de conformidad con el artículo 862 del Código de Comercio, se decretará la misma sin más trámite siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos de ley.

La resolución que decreta la quiebra debe ser motivada y deberá contener los requisitos exigidos por el artículo 863 del Código de Comercio y 763 del Código Procesal Civil. Como vemos, el contenido de la declaratoria del concurso civil es casi idéntico al de la quiebra y su régimen de impugnación, por vía de recursos, es el mismo.

De conformidad con el artículo 885 del Código de Comercio, 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. Los acreedores comunes se pagarán a prorrata, sin distinción de fecha.

2.6.2.5. Efectos de la quiebra.

A) Efectos en cuanto al patrimonio del fallido.

1. El desapoderamiento.

Al deudor se le suspende a partir de ese momento pero temporalmente – solo por el tiempo que dure el proceso- el poder de administrar y disponer de sus bienes (Artículo 899 del Código Procesal Civil).

2. El periodo de sospecha.

Según Bruseta Pont (1983), el proceso de quiebra va dirigido a:

(...) ejecutar el patrimonio del deudor, para con el importe obtenido de su liquidación, pagar, en la medida de lo posible, los créditos de sus acreedores. Mas para ello es indispensable ocupar todos los bienes del deudor; administrarlos para conservar su valor; impedir que el quebrado pueda enajenarlos, ocultarlos o depreciarlos; reintegrar al patrimonio concursal los que a pesar de las precauciones adoptadas hubieran salido de él ilícitamente en perjuicio de sus acreedores; restituir a sus legítimos propietarios los bienes de ajena pertenencia indebidamente ocupados; y finalmente, ejecutar los bienes resultantes para obtener su valor metálico (p. 675).

Para poder hacer esto efectivo existe el período de sospecha que es aquel lapso de tiempo comprendido entre la fecha de la declaratoria judicial de quiebra y la cesación de pagos. Los actos realizados en este espacio de tiempo pueden ser declarados inoponibles a los acreedores.

Para que los acreedores del concurso puedan obtener la invalidez o ineficacia de los actos y contratos celebrados por el deudor en perjuicio del concurso de acreedores, debe probarse que estos han sido realizados dentro del período de sospecha.

El período de sospecha se determina en la resolución que decreta la quiebra por así ordenarlo expresamente el artículo 868 del Código de Comercio.

B) Efectos patrimoniales de la quiebra frente a los acreedores.

1. Suspensión –por el tiempo que dure el proceso- de su derecho de accionar individualmente respecto de los acreedores comunes. Todos los acreedores están obligados a reclamar su crédito dentro del proceso de quiebra.
2. En cuanto a los acreedores quirografarios los intereses dejan de correr, pero esto no quiere decir que el deudor se libere de la obligación de pagarlos. Además para éste tipo de acreedores, con la declaratoria de quiebra, se produce el vencimiento de todas las obligaciones del deudor (Artículo 885 del Código de Comercio).
3. Impide la compensación de créditos entre el fallido y uno de los acreedores, ya que así lo dispone el artículo 941 del Código Civil.

2.6.2.6. De la conclusión de la quiebra.

Tal como se desarrolló en el apartado del período de sospecha, el proceso de quiebra se dirige a liquidar el patrimonio del deudor y del resultado pagarle a los acreedores. Es entonces que podemos decir que esa es la forma normal de terminar con el proceso de quiebra, sea una vez cumplido su objetivo. No obstante, de conformidad con el artículo 933 del Código de Comercio, en cualquier estado del proceso, pero después de la calificación de crédito y antes de la distribución final, el fallido y sus acreedores podrán llegar a los acuerdos que consideren convenientes.

El autor Vargas Soto (1980) señala en cuanto a este tema:

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 aquél a causa del concordato celebrado entre acreedores y deudor (p. 233).

CAPÍTULO III. LA PROBLEMÁTICA DE LOS GRUPOS ECONÓMICOS Y LOS PROCESOS CONCURSALES.

En el mercado hay diferentes tipos de participación de sujetos, diferentes tipos de relaciones entre personas físicas, jurídicas, sociedades, etcétera, y en principio no son ilícitas y no deben ser consideradas como ilícitas.

Puede haber relaciones estratégicas empresariales, relaciones de colaboración, entre otras. La misma normativa mercantil tradicional permitía que un sujeto, ya sea persona física o jurídica, pudiera tomar parte de su capital y separarlo a través de una sociedad o varios sujetos ponían aportes para una sociedad y se separaba la responsabilidad de manera tal de que, si iba mal esa actividad, se afectaría solo el capital invertido y no el capital personal o que estaba dedicado a otras labores empresariales. No se puede decir que tener vínculos o relaciones entre empresas este malo, ya que son cosas normales, situaciones que se dan y que forman parte de las reglas del juego que se establecieron. No obstante, comienzan a darse reacciones en contra de este tipo de prácticas cuando, utilizando algunos mecanismos como la creación de personas jurídicas, mantenerse oculto detrás de personas jurídicas o los grupos de control, se tratan de obtener fines diferentes a los previstos por el ordenamiento jurídico por ejemplo tratar de obtener como fin burlar en fisco; en lugar de tenerse una empresa se tienen dos o tres que se están dedicando a lo mismo y entonces con eso juego con las bases impositivas.

La otra posibilidad es cuando se utilizan figuras para poder obtener beneficios que el ordenamiento jurídico no da. Cómo por ejemplo, dada la prohibición del sistema bancario de otorgar más crédito que el autorizado para una persona, entonces hay empresas donde pide préstamo la empresa por un lado, los socios por otro lado y hasta crear otras empresas para lograr obtener la suma deseada. Es ahí donde el Estado, por medio de la SUGEF, en respuesta a estas prácticas, determina que en estos casos y para fines de créditos van a considerar a estas empresas como un grupo económico.

En materia laboral se da que hay varias empresas, una reporta los trabajadores pero no tiene bienes, otra tiene bienes pero no reporta trabajadores. Cuando se da el despido de algún trabajador, la empresa que lo contrató no tiene bienes para responder por los extremos de la demanda laboral, entonces a través del contrato realidad que rige la materia laboral se puede determinar que esa sociedad o empresa forma parte de un grupo y como tal a todas ellas las vamos a considerar patronos y todas van a ser responsables frente al trabajador.

Otro ejemplo resulta de tratar de limitar la responsabilidad civil de una actividad única dividiéndola en diferentes personas, como cuando se tienen varias empresas de autobuses y en realidad solo se está dando el servicio de una línea, esto con la intención de evadir responsabilidades en caso de colisiones o de otros daños. Es ahí donde se hace necesario determinar si hay abuso de la personalidad de las personas jurídicas y las medidas a tomar.

No se pretende satanizar a los grupos económicos porque la agrupación como tal no es nociva dadas las relaciones estratégicas; inclusive el ordenamiento jurídico permite restringir responsabilidades, lo que no permite es hacerlo en forma fraudulenta porque en ese caso sí sería abuso del derecho con fines ilícitos.

Se debe poder definir cuándo se está frente a un grupo económico y además poder definirlo objetivamente, tal como son, y no sesgarlos como si todos los grupos económicos fueran iguales (con fines ilícitos).

Si las reglas del juego son normales no hay porque meterse en los problemas de la extensión de la responsabilidad, de la quiebra o de los procesos concursales. No obstante, cuando ya existe un aspecto que se puede identificar como abusivo de la personalidad jurídica o del derecho entonces es cuando se puede plantear el problema de la extensión.

Un primer problema surge a la hora de determinar ¿Cuáles son los casos de abuso? Bueno, como se ahondará más adelante, hay abuso cuando hay confusión o unidad patrimonial, cuando hay actuación en interés personal y

cuando hay control abusivo; si estamos frente a un grupo económico debemos preguntarnos si se dan estos supuestos de abuso.

Una vez determinada la existencia de abuso, según los supuestos del párrafo anterior, surge un segundo problema en cuanto a ¿La extensión de qué? La responsabilidad o el proceso del concurso.

Cuando se extiende las responsabilidades esas personas –extendidas– responden es decir se pueden embargar bienes, etc., pero no quiere decir que haya que concursarlas. Concurrar significaría declararlas también en quiebra, insolvencia o concurso con todas las medidas que ello conlleva. Es así que ya no se va a tener un sujeto quebrado, sino dos o más sujetos quebrados; cada uno con sus acreedores y cada uno con sus bienes.

Al quebrar a aquel sujeto que no está en crisis o en cesación de pago, surge el problema de que se entre en una situación más complicada empresarialmente hablando, porque se tendrá que decidir si se cierran las empresas, o que otra alternativa es viable. En el caso donde solo él responde podría ser que no cause tanto daño a las empresas extendidas. Sin embargo, en este trabajo trataremos la extensión de los procesos concursales y no así de la responsabilidad.

3.1. La extensión de los procesos concursales.

Cuando se desarrolla el tema de grupos de interés económico, es necesario desarrollar también el tema de los procesos concursales, ya que alguna de las empresas que lo conforman podría, eventualmente, enfrentar una crisis económica y financiera que requiera la instauración de estos institutos. Como ya lo desarrollamos en el capítulo anterior, en Costa Rica contamos con cuatro procesos concursales, dos preventivos y dos liquidatorios. Doctrinalmente, en cuanto al tema de la extensión a grupos de interés de económico, este ha sido tratado más extensamente en cuanto a la extensión de los procesos concursales liquidatorios (más que todo la quiebra); no obstante, consideramos que la extensión puede ser aplicada a los procesos concursales preventivos con algunas particularidades.

Por extensión de los procesos concursales debe entenderse como la incorporación de nuevos patrimonios al proceso, ya sean para ser liquidados como ocurriría con la quiebra y el concurso civil de acreedores o para procurar la salvación de la empresa como ocurriría en el caso del convenio preventivo y la administración y reorganización con intervención judicial.

Miguens dice que debe ser diferente la extensión si son concursos preventivos o liquidatorios, porque se puede llamar a una empresa por ejemplo a una administración y reorganización con intervención judicial y decirle, hay grupos vinculados con ustedes, entonces ¿Qué van a aportar esos grupos? ¿Van a participar en el plan de salvamento? ¿Qué participación se les va a pedir a ellos en un convenio preventivo o en una administración? No es, entonces, lo mismo hablar de extensión en concursos liquidatorios que en concursos preventivos.

3.2. Supuestos para la extensión de los procesos concursales.

Doctrinal y normativamente, se han señalado tres casos en los cuales procede la extensión de los procesos concursales.

3.2.1. Actuación en interés personal.

En este supuesto se extenderá, a toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude de acreedores (Artículo 161 inciso 1 de la Ley de Concursos y Quiebras de Argentina).

Al respecto Montesi (1991) nos amplía indicando que en la norma citada la extensión descendía de la sociedad fallida a una persona de existencia física o ideal, siempre que se diera en apariencia de la sociedad; que esa actuación se haya realizado en interés personal; que se haya dispuesto de bienes sociales como propios y en fraude de acreedores. En este caso es justamente el ilícito la causa de la extensión de la quiebra (p. 61 y 62).

Es muy importante tener claro que para que se pueda dar la extensión son requisitos esenciales que la actuación haya sido en interés personal y con la finalidad de defraudar a los acreedores, ya que si alguno de estos falta no

podríamos hablar de extensión del concurso sino más bien de extensión de la responsabilidad.

3.2.2. Abuso de la situación de control.

El segundo caso que señala la legislación argentina es cuando hay abuso de la situación de control. El inciso segundo del citado artículo 161 de la Ley de Concursos y Quiebras, determina la posibilidad de extensión de la quiebra a toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

Para Montesi (1991) son requisitos indispensables para poder extender la quiebra en este supuesto, que se dé lo siguiente: a) que exista una persona controlante; b) que exista una sociedad controlada fallida; c) que exista una dirección unificada por la controlante, puede ser control jurídico o económico; d) que utilizando ese control se haya desviado indebidamente el interés social de la controlada en perjuicio de ella, la cual configura abuso del derecho y es causa de responsabilidad; e) que esa desviación de interés social de la controlada lo haya sido en interés de la controlante o su grupo. (p. 77)

3.2.3. Confusión de patrimonios.

Ya por último, el inciso tercero del artículo en estudio, establece como presupuesto de extensión a toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.

En este tema además de la confusión también podría darse la situación de unidad patrimonial que propiamente, no es un grupo, sino que ha sido utilizado en nuestro país por las sociedades anónimas o las sociedades mercantiles como una mampara para ocultar bienes y de esta forma evadir obligaciones tanto comerciales como laborales o familiares. En estos casos, sin duda estamos ante la posibilidad de la extensión. En este supuesto debe darse como requisitos el concurso de una persona física o ideal y la confusión de patrimonio al punto de

que no se puede dividir. Y en el supuesto de la unidad patrimonial se debe dar la comprobación de la vinculación de las sociedades como grupo.

3.3. Elementos.

En la extensión se encuentran presente los siguientes elementos que lo caracterizan.

3.3.1. Instituto concursal.

Para poder iniciarse un proceso de extensión, se requiere como requisito indispensable que exista declaración previa de un concurso judicial. La extensión surge a raíz del proceso judicial que ya se ha iniciado o que se pretende iniciar en contra del deudor, por lo que no es posible pretender una extensión si previo no se configura el proceso concursal en contra del deudor.

3.3.2. Concomitante.

Este elemento viene a reforzar el criterio del elemento anterior. Por concomitante debemos entender que la extensión siempre debe ir junto con la declaración concursal, aunque no necesariamente a la inversa.

3.3.3. Excepcional.

La extensión se caracteriza por ser excepcional, ya que el presupuesto necesario y suficiente de la declaración concursal, que es el estado de cesación de pagos, el estado de insolvencia o la crisis financiera o económica, no necesariamente se encuentran presentes en el sujeto al que se pretende extender el concurso. Es justo por medio de este elemento que se da la posibilidad de romper la regla general de que para decretar el concurso deba darse a fuerza los supuestos del concurso en la propia persona, ya que la cesación, insolvencia o crisis del deudor son suficientes para que se dé el instituto de la extensión.

3.3.4. Sujeto diverso o distinto del concursado.

El sujeto pasivo de la extensión es un tercero, sea una persona distinta al que se encuentra concursado. Este elemento es lo suficientemente claro per se, por lo que es innecesario profundizarlo.

3.3.5. Comprobación del factum.

La extensión puede darse, siempre y cuando se dé la comprobación de los hechos que la norma establece para poder proceder con la misma. La doctrina señala previamente bajo que supuestos se puede declarar la extensión del concurso, por lo cual debe de demostrarse que hay abuso.

3.3.6. Sanción.

El sujeto pasivo de la extensión debe ser imputable de una actividad antijurídica tipificada por la ley o expresamente prohibida por ella, a título de dolo o culpa. Un ejemplo sería el abuso en el uso de la personería jurídica.

3.3.7. Resarcitorio.

Este elemento tiene que ver con la causa final del instituto de la extensión, que lo que busca es proteger a los acreedores de conductas abusivas de los empresarios para evadir el pago de sus obligaciones.

3.3.8. Ejecutivo o liquidatorio.

Lo que se pretende con la extensión es poder ejecutar o liquidar el patrimonio del sujeto pasivo que se utilizará para logra la finalidad mencionada en el desarrollo del elemento anterior. O en el caso de los procesos preventivos para procurar la salvación de la empresa.

3.3.9. Extremo.

La extensión es considerada como la solución última al conflicto, se busca que los operadores de justicia no hagan un uso indiscriminado del instituto y se convierta en la regla en lugar de la excepción.

3.3.10. Independencia.

Como ya se indicó en el punto 3.2.3. la extensión implica una excepción a los supuestos necesarios para la declaración concursal, por lo que se considera que hay una independencia en ese sentido.

Misma independencia existe sobre la posibilidad de aplicar otros medios de protección de los créditos dentro de la sede concursal. Lo que nos dice que no se excluyen entre sí.

3.4. La extensión de los procesos concursales liquidatorios.

Como ya señalamos anteriormente la quiebra es aplicable únicamente a las personas, sean físicas o jurídicas, comerciantes y en el caso de los no comerciantes el proceso que procede es el concurso civil de acreedores. No obstante lo anterior, dado que ambos procesos son bastante similares en su forma y en su fondo, los podemos estudiar en forma conjunta.

3.4.1. Definición.

En la doctrina encontramos varias definiciones de extensión de la quiebra, de los cuales vale la pena resaltar para los efectos de este trabajo, los siguientes:

Montesi (1991), señala: “Hay aquí incorporación de nuevos patrimonios a la quiebra: la solidaridad pasiva se hace extensiva a todo el patrimonio de la persona a quien se extiende la quiebra, por todas las obligaciones del fallido principal” (p. 4).

Fassi & Gebhardt (1997), indican: “Por el mecanismo que se examina, se incorporan nuevos patrimonios para responder a la deuda de un primer sujeto al que se le ha decretado la falencia”. (p. 372)

Miguens (1998) define la extensión de la quiebra como:

Es un instituto concursal concomitante con otro proceso concursal, de naturaleza excepcional, que consiste en la declaración del concurso de un sujeto diverso o distinto del previamente concursado, siempre dentro del proceso de quiebra liquidatoria, una vez comprobado el acaecimiento del <<factum>> de la respectiva norma que la establece, como sanción resarcitoria frente a una conducta típica, antijurídica e imputable a título de dolo o culpa y con el fin de proteger el crédito de los acreedores concursales que de otro modo se vería injustamente disminuido por esa conducta antijurídica y también asegurar la vigencia de instituciones de orden público concursal (p. 9).

De estas tres definiciones transcritas, consideramos que la más integral resulta ser la del señor Miguens, la extensión de la quiebra no es solo la posibilidad de incorporar nuevo patrimonio para responder por las deudas de un sujeto

distinto, sino que además tiene la particularidad de que con el grupo se pretende eludir las obligaciones de una de las empresas que lo integran, en perjuicio de los acreedores. Este último punto resulta vital, ya que no se trata de extender por extender, sino de ponerle un alto al abuso que se genera del mal uso de los grupos de sociedades o empresas.

3.4.2. Formas de liquidación.

Existen dos posibilidades:

1. Hacer una unificación, es decir tener como quebrado a todos los sujetos juntos. Es así que entonces se procede a sumar el patrimonio y los acreedores de todos los sujetos y repartirlos hasta donde alcance. Esto sería un macro concurso.

2. Extender pero quebrar primero a cada uno de los sujetos por aparte. Cada uno tiene su patrimonio y cada uno tiene sus acreedores.

Resulta que la primera empresa que quebró no tenía patrimonio porque precisamente era la abusada, pero si tenía muchos acreedores; entonces en la primera repartición a los acreedores no les va a tocar nada o casi nada porque no se van a encontrar bienes para liquidar. La otra empresa como era una de las controladoras va a tener muchos bienes y pocos acreedores, entonces en la primera ronda esa empresa le paga a sus acreedores y lo que sobra se queda ahí como patrimonio para responder a una segunda liquidación. Igual pasaría con una tercer empresa, ya sea que le sobre y quede para responder a la segunda liquidación o más bien le falte por tener más acreedores que bienes.

Se hace entonces una segunda repartición, no van a ser los mismos resultados si se hace una mezcla, a que si se hace una repartición primera y una repartición segunda. Es así, que solo con lo que sobra de cada empresa se le pagará a los que hayan quedado insatisfecho en la primera liquidación.

3.4.3. Extensión de la quiebra en la legislación Argentina vigente (Artículos relevantes).

Ya analizamos los casos y requisitos de la extensión de la quiebra según las disposiciones del artículo 161 de la Ley de Concursos y Quiebras de Argentina, por lo que nos vamos a centrar en el resto de la normativa vigente.

Como se adelantó en la introducción a este capítulo, en Argentina se promulgo la ley 24.522 Concursos y Quiebras en el año 1995. Esta ley dedica el capítulo tercero a la extensión de la quiebra, grupos económicos y responsabilidad de terceros. La sección primera trata el tema de investigación de este trabajo. Vamos desarrollar los temas que nos parecieron más relevantes.

3.4.3.1. Competencia.

De conformidad con el artículo 162 el juez que interviene en la quiebra es competente para declarar la extensión, luego prosigue el juez cuya jurisdicción posea la quiebra con activo más importante. Si existen dudas se entiende el juez que intervino.

3.4.3.2. Legitimados a pedir la extensión.

De acuerdo al artículo 163 la extensión puede pedirla el síndico o cualquier acreedor dentro del siguiente período de caducidad:

- Seis meses posteriores al informe general.
- En caso de voto negativo del acuerdo preventivo, hasta seis meses después del período de exclusividad o del periodo de salvataje, en su caso de conformidad con los artículos 43 y 48 inciso 4 de esta ley.
- En caso de no homologación, incumplimiento o nulidad de acuerdo preventivo hasta seis meses posteriores a la fecha en que quedó firme la sentencia respectiva.

3.4.3.3. Medidas precautorias.

Este trámite se encarrila por el juicio ordinario y de acuerdo al rito de cada lugar. Las partes son: el síndico de la quebrada o acreedor solicitante como actor y por la demandada la empresa a quien se pretende extender la quiebra principal o el síndico de un concurso preventivo en su caso. El juez puede dictar las medidas

precautorias del artículo 85 como inhibición general del fallido, intervención de sus negocios u otra adecuada. (Artículo 164)

3.4.3.4. Masa Única.

El artículo 167 señala que la sentencia que decreta la extensión fundada en el artículo 161, inciso 3, dispondrá la formación de masa única, al igual cuando la extensión ha sido declarada por aplicación del Artículo 161, incisos 1 y 2 y se comprueba que existe confusión patrimonial inescindible.

3.4.3.5. Masas Separadas. Remanentes.

Continúa el artículo 168 refiriéndose a las masas separadas y al remanente. Dice: En los casos no previstos en el artículo anterior, se consideran separadamente los bienes y crédito pertenecientes a cada fallido.

Los remanentes de cada masa separada, constituyen un fondo común, para ser distribuido entre los acreedores no satisfechos por la liquidación de la masa en la que participaron, sin atender a privilegios. Sin embargo, los créditos de quien ha actuado en su interés personal, en el caso del artículo 161, inciso 1 o de la persona controlante en el caso del artículo 161, inciso 2 no participan en la distribución del mencionado fondo común.

3.4.3.6. Efectos de la sentencia de extensión.

Los efectos de la quiebra declarada por extensión se producen a partir de la sentencia que la decreta de conformidad con el artículo 171.

3.4.3.7. Grupos Económicos.

La existencia de grupos económicos, conjunto o agrupamiento económico no significa que la declaración de quiebra de algún integrante implique la extensión de los demás. Sólo puede haber la sanción legal en caso de configurarse algunos de las causales de extensión (actuación en interés personal, control abusivo y/o confusión patrimonial) o bien en caso de fracaso de concurso preventivo por agrupamiento o quiebra indirecta de algunos de los miembros si optaron por la propuesta unificada.

De la ley y artículos señalados lo más relevante no es el contenido como tal, sino más bien el hecho de que exista la normativa para el caso en concreto de la extensión. Los legisladores costarricenses deberían seguir el camino del pueblo

argentino –en este punto en concreto- y disponerse a solventar la carencia de normativa en este tan importante e interesante tema de la extensión de los procesos concursales a grupos de interés económico.

3.5. La extensión en los procesos preventivos.

Como ya hemos venido estudiando, a lo largo de este trabajo, la extensión del concurso a otras personas se da como sanción por el abuso del recurso técnico de la personalidad jurídica societaria, en fraude de sus acreedores. Y lo que se busca es atraer e incorporar bienes de terceros a quienes se hace la extensión.

El proceso de administración y reorganización con intervención judicial y el convenio preventivo responden al interés del legislador de crear una figura cuyo fin es el fortalecimiento de la empresa para tratar de salvarla.

Para que se abra la opción de la administración o el convenio, la empresa debe estar frente a una situación económica o financiera difícil pero superable y en el caso de la administración que además la desaparición de esa empresa provoque efectos sociales nocivos que no resulten de fácil reemplazo.

El párrafo último del artículo 709 del Código Procesal Civil establece, para la administración, para que sea admisible la apertura de este tipo de procesos, la solicitud deberá comprender todas las entidades relacionadas que pertenezcan al mismo grupo de interés económico, por lo que no es procedente dejar por fuera a ninguna empresa que conforme el grupo. Igual exigencia se debe pedir en el caso del convenio, aunque la ley expresamente no lo prevé. No obstante, ya sabemos que el problema resulta ser, justamente, poder identificar cuando estamos ante un grupo económico.

Lo que se pretende entonces con la extensión de éstos procesos a los otros miembros del grupo económico es poder considerar a estos miembros en las medidas que se deban tomar para lograr la recuperación económica del deudor.

Entre las medidas para la administración, según Campos, A. y Monge, J. (1997) podrían ser:

1. La fusión entre miembros del grupo de interés económico.

2. La disolución de sociedades pertenecientes al grupo.
3. Obligar a los socios a la venta de acciones.
4. Inyección de capitales.
5. Reorganización de funciones y actividades dentro del grupo.

Campos, A. y Monge, J. (1997). *Extensión de los Procesos Concursales a los Grupos de Interés Económico*. (Tesis de Licenciatura). Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.

También es importante destacar que a la hora de dictaminar la situación económica y financiera del deudor, se hará tomando en cuenta a todos los miembros que forman parte del grupo económico; y con base a los resultados que se arrojen se determinará el plan a seguir.

En cuanto al convenio preventivo se deberá determinar, qué participación se les va a pedir a aquellas empresas que están vinculadas a la empresa que está en crisis y que forma parte del grupo económico, que van a aportar al convenio.

3.6. Sobre la extensión de los procesos concursales a grupos económicos en el derecho costarricense.

Es muy lamentable y preocupante, que en nuestro país exista tan poca – por no decir ninguna- regulación en materia de grupos de interés económicos, los procesos concursales y su extensión. En un mundo globalizado, donde todo avanza a pasos gigantescos en temas de comercio y relaciones comerciales, el derecho como tal debe avanzar al mismo ritmo que las necesidades sociales y comerciales o al menos tratar de seguirle el paso. Es necesario tener bases ciertas, que nos permitan regular este tipo de situaciones que se dan a diario y que se pueden presentar en instancias judiciales.

3.6.1. En la legislación vigente.

En Costa Rica encontramos únicamente dos artículos que se refieren indirectamente al tema de grupos económicos, como lo es el artículo 30 del Código de Comercio y el artículo 709, último párrafo del Código Procesal Civil. Y decimos que se refieren indirectamente, ya que únicamente hacen alusión a la existencia de grupos económicos pero no profundizan en el tema, no dan los parámetros de

aplicación, mucho menos desarrollan el tema de la extensión y sus supuestos de aplicación.

El artículo 30, antes mencionado, se refiere a la forma en que podrá aumentarse el capital social. En su párrafo antepenúltimo establece que las sociedades no podrán invertir total ni parcialmente su propio capital en participaciones sociales de la sociedad que las controla, o en otras sociedades sometidas al mismo control. La norma hace mención a cuestiones de sociedades controladas pero no desarrolla el tema.

Por su parte, el párrafo último del artículo 709 del Código Procesal Civil, se refiere en cuanto a la administración y reorganización con intervención judicial, que para que sea admisible la apertura del proceso, la solicitud deberá comprender todas las entidades relacionadas, las personas físicas o jurídicas que, de hecho o de derecho, pertenezcan al mismo grupo de interés económico, incluyendo también las unidades que realicen actividades fuera del territorio nacional, independientemente de su nacionalidad y forma legal. Como vemos esta norma nos habla nada más de que deben estar comprendidas en la misma administración todas las entidades, de hecho y de derecho, que pertenecen a un grupo de interés económico con lo cual abre el tema de la existencia de grupos económicos, mas no dice cuáles son los parámetros para determinar si estamos frente a uno, ni las pautas a seguir en esos casos.

La Superintendencia General de las Entidades Financieras (SUGEF) ha desarrollado un poco el tema de grupos económicos pero lo ha hecho para efectos financieros, donde se ha encargado a través de la creación de acuerdos y reglamentos de introducir el tema de los grupos de interés económico en relación al Sistema Bancario.

3.6.2. En la jurisprudencia nacional.

La Sala Primera ha tocado el tema de los grupos de interés económico y el cómo debe ser conceptualizado, como por ejemplo en la sentencia 001565-A-S1-10 del veintitrés de diciembre del dos mil diez, donde señala: ***“IX. Primero. Grupo de interés económico (holding). La preocupación por la existencia de grupos económicos surge a raíz de asuntos de naturaleza fiscal, responsabilidad y***

quiebras (“disregard” en el derecho de los Estados Unidos). También, aparece en el derecho anglosajón la doctrina “to lift the veil” (levantar el velo), con el propósito de descubrir conglomerados de empresas, creadas con el fin de evadir responsabilidades. En estas, generalmente los propietarios del capital accionario son las mismas personas y existe una compañía (que se denomina “madre”) que controla el grupo (“holding”). Se buscó regular las concentraciones de capital y poderío económico. En los años noventa tomó importancia el tema en torno a la figura de los grupos financieros bancarios, y además se tomaron en cuenta los conjuntos de empresas en el derecho del trabajo. Solo de esta manera, era posible explicar cómo a una sociedad se le puede hacer responder ilimitadamente por pérdidas de otras, o se pueda tener un grupo de compañías mercantiles, como una unidad económica y social respecto a sus trabajadores. Las agrupaciones de interés económico, suponen la existencia de varias empresas que, conservando su entidad jurídica y patrimonios propios, están unidas por vínculos diversos, en virtud de los cuales, una de ellas, la sociedad controladora (“madre”), gobierna la gestión de una o más filiales.”

La Sala Segunda, por su parte, se ha pronunciado al respecto indicando: “...Esta Sala ya ha resuelto que en materia de grupos de interés económico, la persona trabajadora puede optar por demandar a una o a todas las personas físicas o jurídicas involucradas ya que *“lo importante sería la determinación de un interés económico común, que une a las empresas y se concreta en la existencia de un fondo económico con capacidad suficiente, para atender los reclamos formulados por los trabajadores. Estos grupos se caracterizan por los intereses en común de varias empresas, que formalmente aparecen como sociedades distintas...”* (Sentencia 479 del 28 de mayo del 2014)

Como vemos estas Salas de la Corte Suprema de Justicia han reconocido en materia laboral la posibilidad de la extensión del reclamo laboral a las otras empresas o sociedades que formen parte del grupo de interés económico y en buena teoría en materia de procesos concursales debería aplicarse la misma posibilidad.

En el apartado siguiente trataremos ya propiamente el tema de la extensión del concurso a los grupos de interés económico y como se han tratado en Costa Rica.

3.6.3. El proceso de extensión en Costa Rica.

Según se adelantó en el apartado anterior, en Costa Rica no contamos con la normativa integral y adecuada para hacerle frente a las situaciones que, de grupos de interés económico, deriven la necesidad de extender la quiebra o cualquier otro proceso concursal. Así como tampoco existe ningún tipo de normativa respecto del procedimiento a seguir en estos casos. Nos surge entonces el cuestionamiento, ¿A qué proceso deben recurrir los acreedores en procura de sus intereses? Jurisprudencialmente se han manejado dos tesis, llamaremos a una de acumulación o interna y a la otra de separación o externa, ambas respecto a la extensión del concurso.

3.6.3.1. Tesis de la acumulación o interna.

En la tesis de la acumulación, reconoce el Tribunal Segundo Civil, la posibilidad de gestionar la extensión dentro del mismo proceso concursal del deudor, en dos supuestos:

1. Cuando el mismo grupo solicita, se decrete como tal.
2. Cuando se da la existencia de confusión o unidad patrimonial.

En el supuesto del punto 1, el mismo grupo se está reconociendo como grupo de interés económico y en esa condición solicita se decrete la apertura del concurso para todas las personas, sociedades o empresas que lo integran. El punto de determinar la existencia del grupo económico se vuelve un punto no controvertido, por lo tanto se puede conocer dentro del mismo proceso.

En el supuesto del punto 2, la Sección Segunda, del Tribunal Segundo Civil, en el voto 195, de las nueve horas veinte minutos del veintinueve de julio de mil novecientos noventa y siete, establece:

“II. En general se había sustentado el criterio de que no es posible tramitar, en forma acumulada, la quiebra de distintas personas, salvo que posean un patrimonio común. No obstante, este mismo Tribunal, en un proceso de administración, dictó la resolución número 275 de 9 horas del 23 de julio de 1996,

en donde entre otras cosas, se indicó lo siguiente: "... En medio de una economía que pretende crear las condiciones de una producción o de una distribución en masa, es la concentración del poder económico la única que permite acrecentar el poder de una o más empresas, a fin de permitirles producir o distribuir en forma más masiva, y por tanto, más racional y más económica. La concentración se manifiesta principalmente mediante un signo inconfundible: unidad de decisión; es decir, la reunión de todos los elementos de mando o dirección empresaria a través de un centro de operaciones, y se exterioriza mediante dos movimientos básicos: el de subordinación y el de colaboración. Las formas de agruparse las sociedades para realizar estos fines pueden ser distintas, y el cauce jurídico adoptado por las agrupaciones varía. Las formas de agrupación más conocidas son: el cartel o ententes, el trust, el grupo y el holding company. Interesa destacar esta última, la cual se define como una sociedad de participación o de control, y su objeto consiste en controlar otras empresas, sin ejercitar directamente por sí ninguna actividad industrial o mercantil, y la intervención y el dominio en las otras empresas se consigue jurídicamente mediante la compra de acciones, y se caracteriza por su voluntad de dominio sobre otras sociedades. Es el ejemplo típico de la dominación por subordinación de una empresa a otra. Además de todo lo expuesto, debe tenerse en cuenta que, en el fenómeno que se da en la concentración de empresas, se da una interdependencia pasiva de los patrimonios sociales del grupo, con la consecuencia de que los unos han de ser tenidos como asumiendo deudas de los otros. Sin embargo, las sociedades que se agrupan, pierden su autonomía económica, para transferir el poder de decisión a un órgano que les es común, a fin de obtener una unidad de dirección, pero la unidad de dirección se ejerce sin que la personalidad jurídica de las sociedades agrupadas se vea afectada, y sin que su patrimonio sea objeto de transferencia. (Tomado del libro "Extensión de la Quiebra" de Rafael Azerrad. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, páginas de la 151 a la 201)..." Más adelante esa misma resolución añadió: "... Aplicando toda la doctrina que se ha expuesto, este Tribunal concluye que las empresas que piden en este proceso la aplicación del procedimiento de administración controlada, constituyen un grupo de interés económico, cuyas

empresas trabajan en colaboración para coordinar sus actividades dedicadas principalmente a la compra y venta de mercadería en todos los supermercados de que son propietarias, y bajo la subordinación de una sociedad que actúa como órgano contralor. Siendo así las cosas, se hace necesario que el procedimiento de administración se aplique a todas ellas, precisamente por la interdependencia que se da en el grupo..."

Tal posición jurisprudencial se reforzó con la entrada en vigencia de la ley número 7643 de 17 de octubre de 1996, que modificó el proceso de administración por intervención judicial, llamado ahora administración y reorganización con intervención judicial. El precepto 709 del Código Procesal Civil vigente establece, en su último párrafo, lo siguiente: "Para que sea admisible la apertura del proceso, la solicitud deberá comprender todas las entidades relacionadas, las personas físicas o jurídicas que, de hecho o de derecho, pertenezcan al mismo grupo de interés económico, incluyendo también las unidades que realicen actividades fuera del territorio nacional, independientemente de su nacionalidad y forma legal". Con esta disposición se disipó cualquier duda sobre la factibilidad de tramitar, de manera acumulada, la quiebra de distintas personas, siempre que entre ellas conformen un grupo de interés económico. Esto es así por cuanto la administración y reorganización con intervención judicial eventualmente puede desembocar en una quiebra, de conformidad con lo señalado por el artículo 719 del Código Procesal Civil. En todo caso, como se indicó, ya este Tribunal era del criterio de incluir dentro de un único proceso concursal a todas las personas físicas o jurídicas que formen grupos de interés como los señalados, aún en asuntos anteriores a la reforma introducida por la Ley 7643, situación en la cual se encuentra este proceso."

Al existir la imposibilidad de dividir el patrimonio, resulta como única opción decretar el concurso a todas aquellas empresas que se encuentren en la situación de confusión patrimonial.

3.6.3.2. Tesis de la separación o externa.

En los casos donde no se dan los presupuestos señalados en la tesis anterior, sea la solicitud por parte del grupo económico o la confusión patrimonial,

el Tribunal Segundo Civil, ha señalado que la extensión se debe resolver en forma separada del concurso del deudor y por medio del proceso ordinario o abreviado según corresponda.

De igual forma, a manera de ilustración vamos a transcribir la sentencia de la Sección Primera, voto 335, del once de setiembre del dos mil doce. En lo que interesa dice:

“IV. La ampliación de la quiebra respecto a las empresas, Brodersen Plantations, S.A. y Fiona Flower, S.A.; deberá revocarse. Este Tribunal y Sección, en el voto número 304-2011 de las 13:40 horas del 10 de octubre de 2011 claramente estableció, que en este tipo de proceso no es posible dictar una extensión como la que pretende la parte promovente, en razón de que, ni el Código de Comercio ni el Procesal Civil contemplan dicho procedimiento. Por otro lado, porque la vía para hacer tal determinación es la ordinaria y no ésta, cuya finalidad es la ejecución colectiva, en forma expedita, de un comerciante o sociedad, si se encuentra en alguno de los casos previstos en el artículo 851 del Código de Comercio. En el sub iudice, la solicitud de ampliación presentada se fundamenta, en que las sociedades Brodersen Plantations, S.A. y Fiona Flower, S. A., fueron personas jurídicas creadas para ocultar los bienes de la fallida y así hacer inaccesibles estos a sus acreedores, en ese tanto, deben considerarse parte de un mismo grupo de interés económico para que respondan con sus bienes en este proceso liquidatorio, pese a que no aparecen como deudoras en el título ejecutivo que dio origen a la quiebra de Brodersen Exótica, S.A. Como se aprecia, la conducta y hechos que se reprochan a las empresas dichas, requieren ser analizados en un proceso más amplio que no resulta ser el presente. En ese mismo sentido, se ha pronunciado la Sección Segunda de este Tribunal, quien en el voto N° 140 de 9:20 horas del 24 de abril del 2009, en lo que interesa indicó: "...V.- Este Tribunal y Sección, en el voto número 195 de 1997, pero con otra integración, consideró que era posible tramitar en forma acumulada la solicitud de quiebra contra personas que formen parte de un mismo grupo de interés económico. Sin embargo, en otro antecedente posterior, concretamente en el voto número 214 del 2001, y en donde la especie fáctica era muy similar a la

que ahora se discute en autos, pues ahí se pretendía someter a un proceso de quiebra a una persona que no había suscrito el documento base de la acción, pero se alegaba que junto con la firmante de ese título conformaba un mismo grupo de interés económico y por ende estaba obligada por el mismo título, este Tribunal y Sección estableció que en ese supuesto la vía concursal no es la idónea para dilucidar esa situación (existencia o no de un mismo grupo de interés económico), y por ende tampoco para adentrarse en el análisis del tema del levantamiento del velo societario, sino que todo eso debe discutirse en la vía plenaria, tesis que este Tribunal, con su integración actual, comparte y mantiene (...) El proceso de quiebra no está previsto para discutir los aspectos alegados por el recurrente en su recurso, como sería la pretendida existencia de un abuso por parte del accionado de una persona jurídica (...) Discutir si existe o no un abuso de la persona jurídica, si existe unidad entre el accionado y ésta, o un fraude en contra del actor, queda fuera de lo que es la apertura de un proceso de quiebra, pues esta no puede decretarse si el título que la fundamenta no puede en principio imputársele al presunto fallido (...) En consecuencia, se revocará la resolución apelada, para en su lugar rechazar la solicitud de ampliación de quiebra presentada.”

Tal como se desprende del extracto anterior, en razón de que ni el Código de Comercio ni el Código Procesal Civil contemplan el procedimiento aplicable a este tipo de pretensiones, no es posible conocerlo dentro del procedimiento concursal común, si regulado por ley. En asuntos que no tienen previsto un procedimiento, la ley a determinado que se conozcan en la vía ordinaria, ya que el punto de determinar la existencia de un grupo de interés económico, requiere ser analizado en un proceso más amplio que la ejecución colectiva, que en Costa Rica, como se adelantó, corresponde a la vía ordinaria.

3.6.3.3. Posición propia.

Como es de esperarse, en un terreno donde no existe normativa alguna –y aun existiendo- es común encontrar varias posiciones respecto a temas como el que nos ocupa.

A fin de poder determinar el procedimiento adecuado es necesario que el juez valore cada caso en concreto y la situación particular que se presenta, para así poder determinar el camino correcto de solución.

La jurisprudencia ha señalado que los derechos si pueden ser delimitados, lo cual significa que la persona que figura como titular debe ejercitar su derecho a través de ciertas condiciones y en determinadas circunstancias, de lo contrario se incurre en un ejercicio abusivo e ilegítimo del derecho y este abuso no puede ser avalado por los tribunales de justicia.

El artículo 21 del Código Civil establece que los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe y el 22 del mismo cuerpo de normas establece: La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte dará lugar a la correspondiente indemnización **y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso** (El destacado no es del original).

Basados en estos principios de buena fe y del no abuso del derecho, es que consideramos que el juez debe valorar cada caso en concreto, los hechos puestos en su conocimiento y las circunstancias especiales de cada proceso, para así poder determinar la vía adecuada para dar la respuesta que requieren las partes.

No nos parece razonable que los acreedores tras de estar frente a una situación patrimonial desventajosa, también sean víctimas de abuso del derecho por parte de los deudores y tengan que acudir a otra vía a discutir lo que puede discutirse dentro del mismo proceso, evitando indefensión a las partes y ahorrando tiempo y dinero por el hecho de la falta de regulación sobre el particular. No obstante, mientras se mantenga el vacío normativo; el texto resaltado anteriormente del artículo 22, faculta la adopción de medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso, por lo cual esperamos que los administradores

de justicia echen mano de las medidas judiciales necesarias para detener cualquier intento de abuso.

Bajo este principio, si el juez detecta un uso indebido y abusivo de los grupos de interés económico -sea con el fin de esconder bienes o eludir obligaciones en perjuicio de terceros- debe detener el abuso y determinar la extensión del proceso concursal que corresponda, sea dentro del mismo proceso –como sería lo ideal- o en uno diferente como el ordinario o el abreviado.

3.7. Tratamiento de los Grupos de Sociedades en la Guía Legislativa sobre el régimen de Insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es un órgano subsidiario de la Asamblea General. Prepara textos legislativos internacionales para ayudar a los Estados a modernizar el derecho mercantil y textos no legislativos para facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales.

La Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La iniciativa tuvo su origen en una propuesta formulada a la Comisión en 1999 en el sentido de que la Comisión realizara trabajos ulteriores acerca del régimen de la insolvencia, concretamente la insolvencia de las sociedades mercantiles, a fin de promover y alentar la adopción en el derecho interno de regímenes eficaces en esa materia.

3.7.1. Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia.

En esta guía se toca el tema que estamos estudiando en el presente trabajo. Propiamente, desde el tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia; este tema resulta ser tan enmarañado que la misma Comisión reconoce en su estudio que el tema es sumamente complejo, y aclaran que el examen que se realiza, no es más que una breve introducción a algunas cuestiones.

La Comisión en esta guía desarrolla tres puntos específicos. Un primer punto introductorio y en los otros dos puntos desarrolla, en uno el tema de la responsabilidad del grupo por deudas externas y en el otro las deudas internas.

3.7.1.1. Introducción.

Reconoce la Comisión que es frecuente que varias sociedades constituyan grupos de empresas y que operen conjuntamente sin perder su personalidad jurídica propia. En caso de insolvencia de una de las empresas integrantes de un grupo, el tratamiento que debe dársele como persona jurídica independiente puede plantear problemas generalmente complejos y difíciles de resolver.

La guía señala tres cuestiones que requieren especial atención en un procedimiento de insolvencia que afecte a una empresa perteneciente a un grupo, las cuales son:

- a) La responsabilidad de alguna de las otras empresas del grupo respecto de las deudas externas de la empresa insolvente (teniendo presente que todas las deudas son de la empresa insolvente, salvo las que haya contraído con las empresas integrantes del grupo, es decir, las “deudas internas”);
- b) El tratamiento de las deudas internas (los créditos que tengan las empresas del grupo contra la empresa deudora); y
- c) La apertura de un procedimiento de insolvencia por una empresa del grupo contra otra empresa conexas de éste.

Hay distintas maneras en que los regímenes permiten que se levante el “velo” de la responsabilidad limitada. Hay un criterio prescriptivo, donde se determinan rigurosamente las circunstancias en que una empresa conexas puede ser responsable de las deudas de una empresa deudora también integrante del grupo. Como ya se dijo este no es el único criterio, hay otros regímenes que siguen criterios menos rigurosos y restrictivos donde se permite que los tribunales evalúen las circunstancias desde una perspectiva más discrecional. No obstante a lo anterior, pese a las diferencias señaladas en cuanto a las circunstancias y su apreciación, ambos criterios coinciden, según la guía, en que se fundamentan para tratar el tema, en la relación que existe entre la empresa insolvente y las demás

empresas pertenecientes al grupo, en función de quién controle el capital y la gestión de aquélla.

En el análisis del tema, la Comisión pareciera que nos habla directamente a nosotros, el pueblo costarricense. Indica que pese a que existen diversos criterios y modos de resolver estas cuestiones, el eje central para una resolución efectiva es que el régimen de la insolvencia defina con suficiente detalle el procedimiento que deba seguirse en todo asunto relativo a los grupos de sociedades, para que todo interesado que intervenga en operaciones comerciales con dichos grupos pueda obrar con la seguridad jurídica debida.

Coincidimos totalmente con este criterio de la Comisión, cuán urgente y necesario es que se regule clara e integralmente el tema de los grupos de sociedades y empresas, así como la extensión del concurso a ellos como parte del conjunto. Siempre en busca de la justicia y la seguridad jurídica de quienes participan, ya que con reglas claras todos sabrán a qué atenerse.

3.7.1.2. Responsabilidad del grupo por deudas externas.

Es necesario determinar cuándo y por qué, una empresa o sociedad conexas o integrante de un grupo debe hacerse responsable de las deudas externas de las otras empresas del grupo.

Según la guía, son factores determinantes de esta cuestión: el grado de vinculación entre la administración, los negocios y las finanzas de las empresas; la conducta de la empresa conexas frente a los acreedores de la empresa insolvente; la convicción de los acreedores de que tenían tratos con una sola entidad económica, y no con dos o más empresas del grupo; y el grado en que la situación de insolvencia pueda imputarse a los actos de la empresa del grupo.

Dependiendo del resultado del análisis por parte de los tribunales –si logra acreditar si se actuó en forma individual o como grupo- podrá ordenar que se consoliden o mancomunen el activo y el pasivo de las empresas. Esta unificación de activos y pasivos presenta la ventaja de ayudar a la reorganización del grupo y hasta podría evitarse llegar al punto de decretarse una quiebra de la empresa deudora o del grupo en su totalidad.

La importancia de dictar o no la consolidación recae en poder llegar al convencimiento de que si no se dicta los acreedores sufrirían un perjuicio mayor que el que sufrirían las empresas insolventes y los acreedores disconformes si lo hacen. En algunos ordenamientos se permite por razones de equidad la consolidación parcial, eximiendo los créditos de ciertos acreedores, que se saldan con determinados activos (a los que no se aplica la orden de consolidación) de una de las empresas insolventes. Las dificultades que entraña un proceso de compensación de esta índole han hecho que raramente se dicten esas órdenes en los países cuyos regímenes las autorizan.

3.7.1.3. Deudas internas.

Las deudas internas entre las empresas de un grupo pueden regularse de diversos modos. En algunos regímenes de la insolvencia, las operaciones efectuadas entre empresas de un grupo pueden estar sujetas a acciones de anulación. En algunos regímenes que prevén la consolidación, las obligaciones internas cesan cuando se dicta una orden de consolidación.

Otro criterio consiste en clasificar las operaciones realizadas entre empresas de un grupo en una categoría distinta a la de las operaciones que se lleven a cabo entre partes no vinculadas entre sí (por ejemplo, puede considerarse que una deuda es una aportación de capital, y no un préstamo dentro del grupo), lo que supondrá que las obligaciones entre empresas de un grupo tendrán un grado de prelación inferior al asignado a las mismas obligaciones entre partes no vinculadas. (Guía p. 328 y 329).

CAPÍTULO IV. BASES PARA UNA REGULACIÓN MODERNA DE LA EXTENSIÓN DE LOS PROCESOS CONCURSALES A GRUPOS ECONÓMICOS EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE.

4.1. Aspectos generales.

La economía mundial se vuelve cada día más compleja. Complejidad que responde, en parte, a la ampliación del fenómeno empresarial individual al grupo o conjunto de empresas o sociedades, con la finalidad de intentar acaparar cada vez mayores porciones de mercado y reducir costos.

En el mercado hay diferentes tipos de participación de sujetos, diferentes tipos de relaciones entre personas físicas, jurídicas, sociedades, etcétera, así como la existencia de grupos económicos encaminados a la realización de distintas actividades comerciales. Esa figura ha sido un fenómeno que ha marcado importancia relevante en las diferentes áreas del derecho, siendo una de ellas la materia concursal, en el caso que, alguno de los miembros integrantes que forman ese grupo económico, se encuentre en cesación de pagos, insolvencia o crisis económica o financiera.

Es entonces que, así como la sociedad se ha abierto a estas nuevas relaciones comerciales, es un deber del Estado procurar una regulación adecuada a fin de procurar el mejor uso de las nuevas tendencias y evitar paliar los perjuicios a terceros por el mal uso de una figura que se posicionó para buscar mayores beneficios económicos pero no a costa de los acreedores.

En Costa Rica no existen normas legales diseñadas para la tutela de los grupos de interés económicos, por el contrario, lo que sí existe es un profundo abismo, entre la realidad empresarial de esos grupos y el Derecho costarricense. Derecho que está impregnado de una falta de regulación jurídica adecuada para afrontar debidamente los graves problemas planteados al ordenamiento en las diferentes materias jurídicas, por la formación y la actividad de los grupos de interés económico. Esto a pesar de la importancia y el crecimiento de esta figura a nivel mundial; la cual ya hemos venido comentando, y a las abundantes normas que, en los últimos años, aluden parcialmente a esta figura en el derecho

comparado no solo de los países europeos, sino también en países de América del Sur.

En cuanto al trabajo que hemos venido desarrollando, creemos que es evidente la necesidad de una ley que opte, precisamente, por un derecho concursal que regule los mecanismos para procesos tanto preventivos como liquidatorios cuando figura un grupo de interés económico. Lo que se pretende es proteger los derechos de acreedores de estas empresas que conforman un grupo y que se encuentran ya sea en cesación de pago, insolvencia o crisis económica o financiera; sin olvidarse de facilitar las posibilidades de subsistir y superar las dificultades transitorias de esos grupos, con ayuda de sus acreedores y con miras a permanecer como unidad productiva en el tiempo y no precisamente la liquidación, que significaría la desaparición de la empresa y posiblemente del grupo como tal.

Sin duda, necesitamos una ley que marque el camino a seguir en situaciones donde una empresa que forma parte de un grupo se encuentra dentro de alguno de los supuestos que prevé la ley para un proceso concursal; no obstante, dejando a un lado los procedimientos concursales con miras a liquidar el patrimonio del deudor y repartir lo producido entre los acreedores y enfocarse en los nuevos hechos sociales que han venido surgiendo en la actualidad, dándole un enfoque diferente al utilizado de solo darle prioridad a la satisfacción de esos acreedores y contemplando; como lo han venido haciendo en otros países, el salvataje de las concursadas atendiendo a fines económicos y sociales. Una forma de fortalecimiento es determinar en el régimen, con suficiente detalle, el procedimiento que debe seguirse en todo asunto relativo a los grupos económicos, para que todo interesado que intervenga en operaciones comerciales con dichos grupos pueda obrar con la seguridad jurídica debida.

La UNCITRAL; principal órgano jurídico de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, elaboró las leyes modelos y las guías legislativas para orientar a los países en cuanto a la creación de leyes en materia concursal. Con relación a esa Ley modelo y la Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre el

Régimen de la Insolvencia; en lo que nos interesa, en su tercera parte se refiere al trato que debe dársele a los grupos de empresas en situaciones de cesación de pagos.

Con la ayuda de esa guía nos proponemos, abordar el tratamiento de los procesos concursales de nuestro país, en el esquema complejo de los grupos de interés económicos.

No pretendemos, por no ser el objetivo de este trabajo, presentar una propuesta de ley. El tema resulta ser tan enmarañado y sumamente complejo, que solamente realizaremos una breve introducción a algunas cuestiones que consideramos son básicas pero esenciales respecto a una futura regulación en este tema.

4.2. Propuestas.

1. Grupos económicos. Siendo que las situaciones grupales alcanzan mucha amplitud y flexibilidad, no consideramos conveniente dar una definición en este sentido. Lo que pretendemos es que el juez tenga un extenso margen para poder analizar y determinar si está frente a un grupo económico o no.

No obstante lo anterior, si es conveniente realizar una enumeración (no taxativa) de las características que por lo general presentan este tipo de agrupaciones; con la posibilidad de incorporar legislativamente otros grupos que no estén dentro de las características generales de los grupos de interés económico pero de igual forma si entran en concurso exista la posibilidad de aplicarles lo aquí dispuesto.

Base 1. Los grupos económicos serán aquellos que, entre otras que determine el juzgador, presente alguna de las siguientes características:

- Hay una empresa dominante y otra (s) dominada (s).
- Hay una relación de subordinación o relación de dependencia.
- Hay dirección unitaria.
- Confusión patrimonial.

1. Las empresas, formen parte de un grupo o no, pueden caer en cesación de pago, insolvencia o crisis, como parte del riesgo normal y propio de todo negocio económico, sin que medie una situación anómala o reprochable, ya sea a la misma empresa o a sus administradores. Pero, existe también la posibilidad de que ese estado de cesación de pago, insolvencia o crisis responda a una situación ya no normal del negocio sino que se deba a abuso, control indebido o negligencia empresarial de una empresa hacia otra del grupo. Es entonces necesario determinar el tratamiento que se va a dar en estos casos, propiamente en cuanto a la posibilidad de extensión del proceso concursal al resto de los miembros del grupo.

Base 2. Los procesos concursales se extenderán:

- A toda persona física o jurídica que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude de sus acreedores.
- A toda persona física o jurídica controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.
- A toda persona física o jurídica respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.
- A toda persona física o jurídica que haya actuado con negligencia empresarial, entendida ésta como un actuar recriminable a la empresa dominante, donde ésta haya producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor.

2. Otro punto importante es determinar el proceso a utilizar en los casos de extensión concursal. En Costa Rica, siendo que no es, obligatoria la inscripción de los grupos ante algún registro del Estado; ni normativa que obligue identificarse como tal, ha provocado situaciones de incerteza para determinar si se está en

presencia o no de un grupo, obligando al Tribunal Primero y Segundo Civil de San José a establecer la forma de tratamiento. Ha señalado el Tribunal, que en los casos donde los integrantes del grupo acepten pertenecer a un agrupamiento de interés económico, la extensión se conocerá dentro del mismo proceso sumario pero en el caso contrario, cuando se rechace ser un grupo el asunto se deberá discutir en la vía declarativa.

Base 3. La extensión concursal debe ser tramitada dentro del proceso principal por vía incidental.

3. Otra de las disyuntivas, en cuanto a la extensión, resulta del tratamiento del pasivo y el activo. Es necesario tratar esta cuestión haciendo una diferenciación en cuanto a los procesos concursales preventivos y liquidatorios.

En cuanto a los procesos preventivos, tenemos a una empresa dominada que se encuentra en crisis económica o financiera en los supuestos que enmarca la ley para poder optar ya sea por un convenio preventivo o por una administración y reorganización con intervención judicial. Lo que se pretende, entonces, con la extensión de estos procesos a los otros miembros del grupo económico, es poder considerar a estos miembros en las medidas que se deban tomar para lograr la recuperación económica del deudor. Resulta importante, para estos efectos, dictaminar la situación económica y financiera del deudor tomando en cuenta a todos los miembros que forman parte del grupo económico; según los resultados que se arrojen determinar el plan a seguir, así como la forma de participación en la recuperación de la empresa por parte de los otros miembros del grupo. En palabras más sencillas, que va a aportar cada empresa al proceso.

Por otro lado, en los procesos liquidatorios se vuelve necesario determinar de qué forma se va a liquidar el patrimonio de las empresas así como la repartición del mismo. En doctrina existen dos posiciones respecto de las masas, unos partidarios por unir las y otros por separarlas.

Para los efectos de la extensión de procesos concursales preventivos, proponemos:

Base 4. Cada uno de los miembros del grupo deberá presentar al concurso un plan de salvamento; es decir, deberá indicar y especificar la forma en que participará en el proceso y en la rehabilitación del deudor.

- Para los efectos de la extensión de los procesos concursales liquidatorios, proponemos:

Base 5. Los bienes y créditos pertenecientes a cada empresa se consideran separadamente, salvo en los casos de confusión patrimonial en los que se considerarán masa única.

En los casos que se considerarán como masa separada, se liquidarán los bienes de cada empresa y primeramente se cancelaran los pasivos propios, en caso de que hubiera excedente, éste constituirá un fondo común para pagar los saldos insolutos de las demás empresas.

5. Para que la extensión sea procedente las empresas deben, no solo formar parte de un grupo sino además, encontrarse en los supuestos de la base número dos, caso contrario no sería procedente la extensión concursal.

Base 6. Cuando dos o más personas formen grupos económicos, aun manifestados por relaciones de control pero sin las características previstas en la base número dos, los procesos concursales de una de ellas no se extienden a las restantes.

6. Los grupos de interés económicos pueden estar conformados por personas físicas o jurídicas y por ende cada uno de ellos goza de su personalidad jurídica independiente de quien o quienes controlan la agrupación, esta es una de las características más destacables de los grupos de interés económicos. Manteniendo la autonomía de la voluntad de cada miembro del grupo, equivale a tener diversas personas de derecho, con sus propios patrimonios y acreedores, integrados de manera tal que pueden disfrutar de las ventajas que proporciona dicha personalidad, al mismo tiempo que se disfrutan las ventajas que surten de la agrupación como tal, sin necesidad de fusionarse.

Sin embargo, la reglamentación de los grupos puede estar basado también en otro criterio, crear un nuevo sujeto de derecho dándole personalidad jurídica al grupo, la cual es utilizada en algunos países y se inscribe al grupo en determinado registro, pero en este caso no se estaría en un concurso grupal o por agrupamiento; si tuviéramos que aplicar la ley concursal, sino ante un concurso de empresa individual.

La UNCITRAL, por otra parte nos habla sobre otro criterio, el de la empresa única, en atención a la integración económica efectiva de las empresas de un grupo, concibiendo al grupo como una unidad económica única que desarrolla su actividad comercial al servicio de los intereses del grupo en cuanto tal, o al servicio de los intereses de la dominante del grupo, pero no al servicio de cada miembro en particular. En este caso puede ser que los acreedores lo sean pero del grupo y no de cada miembro, por lo que cabe la posibilidad también de que en estos casos un miembro del grupo que se encuentre en una situación económica difícil pueda ser auxiliado por el grupo como tal. Esto otorgaría mayor protección a los acreedores.

Base 7. Respetar la identidad jurídica separada de cada miembro del grupo de interés económico, tomando en cuenta algunas excepciones a la aplicación estricta de ese criterio, como por ejemplo en las participaciones cruzadas en el capital social de las empresas, cuando un miembro del grupo ha dirigido o controlado la actividad mercantil de otro miembro, cuando la dominante otorga a una subordinada alguna ventaja financiera, como en el caso de que le perdone una deuda, o cuando se transfieran acciones a favor de la controlada por una subordinada, el endeudamiento de una subordinada, en beneficio de otros integrantes del grupo, etc. En estas situaciones o algunas parecidas, puede darse la posibilidad de que los miembros del grupo sean perjudicados al ser tratados como personas jurídicas independientes.

7. Es conveniente en algunos casos de tratamiento excepcional en virtud del cual el pasivo y el activo de dos o más deudores vinculados entre sí o partícipes en un mismo Grupo de Empresas se entienden y tratan como parte de una única

masa. Siendo necesario dejar determinados las circunstancias específicas en que procedería, por ejemplo uno de los casos podría ser luego de tramitarse un proceso preventivo donde se solicitó la inclusión del grupo como tal, y no siendo posible rescatar a ese grupo de la cesación de pagos o la insolvencia pasar al proceso de liquidación, siendo necesario también proporcionar facultades al juez para determinar si esos patrimonios serán consolidados, cuando se está en uno de los presupuestos de extensión de la quiebra.

Base 8. Se podrá recurrir a la consolidación patrimonial, sin embargo, se deberán precisar las circunstancias en que proceda la misma.

8. Es importante que dentro de las legislaciones se deje la posibilidad de que los planes de recuperación o saneamiento sea individual o grupal, dando la posibilidad de preparación de un plan global del grupo, basado en la masa patrimonial de todos sus miembros. Esto porque en algunos casos, es posible que encontremos grupos donde su estructura no arroja vinculación en las actividades que realizan o en los patrimonios de los miembros del grupo por lo que pueden ser administrados por separado.

En otros casos, por el contrario, puede presentarse una estructura de grupo tan integrada y con un alto grado de interdependencia entre sus componentes, dando como resultado que los bienes de los miembros y las deudas de éstos están estrechamente vinculados, lo que podría causar dificultades financieras en todos los miembros si no se administran los integrantes del grupo de manera conjunta.

Ya nuestro código procesal civil al regular los supuestos para la procedencia de la Administración y reorganización con intervención judicial, señala que para que sea admisible la apertura del proceso de reorganización por intervención, la solicitud deberá comprender todas las entidades relacionadas, las personas físicas o jurídicas que, de hecho o de derecho, pertenezcan al mismo grupo de interés económico, incluyendo también las unidades que realicen actividades fuera del territorio nacional, independientemente de su nacionalidad y forma legal.

Es evidente que lo que se pretende es evitar la desaparición de un grupo de empresas, cuya importancia económica es trascendental para la economía del país ya que al desaparecer una empresa por quiebra es posible que otras que estaban ligadas a ellas también se vean condenadas a desaparecer, al no encontrar; por ejemplo, materia prima u otros que le brindaba la empresa cuya desaparición se produciría con su quiebra.

Base 9. La estructura del procedimiento, deberá contener los procesos preventivos y el proceso de liquidación, los cuales serán utilizados según sea la condición de la o las concursadas, previendo mecanismos para evitar que se utilice abusivamente alguno de los dos procedimientos, por ejemplo, solicitando una reorganización para evitar o retrasar la liquidación. Lo que implicaría el deber de realizar un análisis riguroso para la acreditación del grupo, sería entonces una situación ante todo fáctica, debiendo ser acreditada por los interesados.

9. Con el fin de facilitar el examen requerido para decretar la apertura de un proceso y reducir los costos procesales del mismo, algunas legislaciones han apostado por la solicitud conjunta de apertura. Esta tiene como finalidad que las empresas integrantes de un grupo, que reúnan las condiciones para solicitar la apertura de un procedimiento, presenten su solicitud de manera conjunta y acompañada con la información de las relaciones entre los miembros del grupo, dando la posibilidad al tribunal prima facie, de enterarse que se encuentra frente a un grupo de interés económico y posibilitando establecer una fecha común de apertura para cada uno de los miembros del grupo afectados.

Base 10. Dos o más miembros del grupo podrán presentar conjuntamente la solicitud de cualquier proceso concursal, cuando cada una de ellas se encuentre dentro de las condiciones requeridas para un proceso concursal, pretendiendo que la tramitación del mismo se haga extensible a todo el grupo. Esta solicitud puede darse en un solo escrito o por escritos separados.

También podrá esa solicitud ser presentada por algún acreedor, pero solo respecto de los miembros del grupo que fuera acreedor.

Un miembro del grupo que no haya participado en la apertura del procedimiento, podrá adherirse al mismo, cuando el procedimiento le cause afectación desfavorable, o si se estima que su participación voluntaria en el concurso, sería provechoso para el grupo en su conjunto.

10. La solicitud conjunta de apertura puede llevar prevista también una solicitud de coordinación procesal, facilitando la decisión del tribunal competente.

La coordinación procesal tiene por objeto aumentar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos procesales, a la vez que proporciona herramientas al tribunal para obtener de manera rápida y eficaz la información completa sobre las operaciones comerciales de los miembros vinculados al grupo de interés económico y sometido a un procedimiento concursal.

Tiene por objeto aumentar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos y puede facilitar no sólo la obtención de información completa sobre las operaciones comerciales de las empresas del grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia, sino también la valoración de los bienes y la identificación de los acreedores y de otras partes con intereses jurídicamente reconocidos, así como evitar la duplicación de esfuerzos.

CONCLUSIÓN

Ante la ausencia de una regulación en materia concursal sobre la extensión de la quiebra en los procesos concursales donde intervienen grupos de interés económico y ante la necesidad de un articulado que implemente mecanismos que definan con suficiente detalle los procedimientos que deben realizarse en todo asunto relativo a esos procesos concursales; tal y como la propone la UNCITRAL, con el fin de dotar de seguridad jurídica a los terceros que intervengan en operaciones financieras o contrataciones con dichos grupos o con algunos de los integrantes de esos grupos, es que se ha realizado el presente trabajo de investigación y como consecuencia del mismo, hemos concluido con la propuesta de una normativa que permita regular esas necesidades que deben ser cubiertas en esos procesos concursales, y que al mismo tiempo se pueda impedir la concreción de maniobras fraudulentas a su amparo.

Como vimos en el desarrollo de este trabajo hay temas que necesitan ser clarificados y/o regulados; por cuanto, la ausencia de normativa al respecto permite situaciones irregulares que pueden perjudicar, o en su caso beneficiar a unos y a otros. Nuestra propuesta en primer lugar es que se regule este instituto de agrupamiento económico en materia societaria, como una nueva modificación a introducir en nuestra legislación, dando así luz a los vacíos legales que fuimos analizando a lo largo de éste trabajo, de manera tal que el juzgador tenga los elementos necesarios para poder aplicar la ley con acertado criterio en su máxima expresión.

Entre los puntos importantes a los que concluimos necesarios incluir en esa legislación, fue la propuesta de mantener en las integrantes del grupo el principio de personalidad jurídica separada, establecer las condiciones en las que convendrá realizar la consolidación, establecer quiénes pueden solicitarla, definir los efectos generales de la orden de extensión de la quiebra, la definición del período de sospecha, que sea uno sólo para varios miembros del grupo, el modo de resolver el conflicto de intereses, la cooperación y la coordinación procesal y

la posibilidad de que el Grupo pueda atender la materia de reorganización con intervención judicial.

Ante estas propuestas podría surgir una ley que admita un rango de comunicación y coordinación entre los procesos, para que el grupo pueda desarrollar cuando sea pertinente una estrategia de reorganización y saneamiento del conglomerado, bajo dos presupuestos, uno es conservando la independencia de la personalidad jurídica de sus miembros concursados, o sea sin producir confusión de activos y pasivos y otro cuando así sea requerido por motivos establecidos, con la consolidación patrimonial de los integrantes del grupo como excepción. Esa consolidación con motivos establecidos, se permitiría tanto en los procesos de reorganización como en los liquidatorios.

BIBLIOGRAFÍA

- Miguens, H. J. (1998). *Extensión de la Quiebra y la Responsabilidad en los Grupos Societarios*. Argentina: Ediciones Depalma Buenos Aires.
- Pérez Álvarez, M.d. (2004). *Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 5.
- Rosales Cruz, J. (2002). *La quiebra en los grupos de interés económico*. San José: Tesis de licenciatura no publicada.
- Bresciani Quirós, S. (2003). *Los Procesos Concursales en el Sistema Jurídico Costarricense*. San José: Escuela Judicial.
- Bruseta Pont, M. (1983). *Manual de Derecho Mercantil* (Quinta ed.). Madrid: Tecnos.
- Campos Aragon, A., & Monge Calderón, J. (1997). *Extensión de los Procesos Concursales a Los Grupos de Interés Económico*. (Tesis de Licenciatura). Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.
- Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil* (séptima ed., Vol. V). Bogotá: Temis.
- Rubín, M. (1992). *Instituciones de Derecho Concursal*. Buenos Aires: AD-HOC SRL.
- Vargas Soto, F. L. (1980). *Contribuciones al Estudio del Derecho de Quiebra Costarricense* (Segunda ed.). San José: Trejos Hermanos Sucs.

Normativa

Código Procesal Civil Costarricense.

Código de Comercio Costarricense.

Reglamento sobre grupos de interés económicos de la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) de Costa Rica.

Código de Comercio Español.

Internet

Fabio Arias. Concursos y grupos de sociedades. Levantamiento del velo social.

<https://www.youtube.com/watch?v=DDDs--3v1IU> HYPERLINK "https://www.youtube.com/watch?v=DDDs--3v1IU&index=20&list=PLxGx6q3akm8VFNVn9Rd-UhXXkHyY11xov"& HYPERLINK "https://www.youtube.com/watch?v=DDDs--3v1IU&index=20&list=PLxGx6q3akm8VFNVn9Rd-UhXXkHyY11xov"index=20 HYPERLINK "https://www.youtube.com/watch?v=DDDs--3v1IU&index=20&list=PLxGx6q3akm8VFNVn9Rd-UhXXkHyY11xov"& HYPERLINK "https://www.youtube.com/watch?v=DDDs--3v1IU&index=20&list=PLxGx6q3akm8VFNVn9Rd-UhXXkHyY11xov"list=PLxGx6q3akm8VFNVn9Rd-UhXXkHyY11xov

Segundo Congreso Panamericano de Derecho Societario y Concursal 2014, en el Colegio de Abogados de Costa Rica.