

LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA EN LOS PROCESOS LIQUIDATORIOS

Magda Díaz Bolaños¹

1. La empresa

En un proceso liquidatorio se puede encontrar una empresa indistintamente de la actividad que realice: comercial, industrial, agraria, agroindustrial, entre otras. Al tratarse de una realidad, se articula sujeta a una serie de factores ajenos a la ciencia jurídica, esta disciplina debe responder en estos momentos de crisis.

La empresa tiene un ciclo de vida, por ello se ha afirmado que hay que dar principal atención a la actividad, como uno de los elementos que la componen. La actividad en muchas ocasiones se puede desplegar, aún cuando hay una cesación de pagos; o bien podría continuarla parcialmente o bajo ciertos ajustes. Por tal razón la figura en comento es de vital importancia. Incluso, aunque de vieja data como se verá en las referencias doctrinarias, lo relevante, es que las diferentes crisis económicas muestran que es importante una adecuada regulación del tema.

La empresa es un fenómeno económico, que ha sido utilizado por el derecho comercial para lograr establecer el objeto de estudio, superando, en algunos casos la problemática que implicaba la poca flexibilidad de la teoría

de los actos de comercio, sea en su ángulo subjetivo como objetivo. Se considera que uno de los principales motivos que permitió plantear modificaciones en los esquemas jurídicos del derecho mercantil, fue la introducción de la máquina en el proceso de fabricación; da inicio a la denominada sociedad de consumo (Mora, 1982, p.102). El esquema jurídico que sostenía en ese momento los actos de comercio objetivos resultó insuficiente como se anotó, y se empezó a gestar una serie de debates para la regulación de la empresa (Broseta Pont, 1965, p. 88 a 90). Surge así una evolución trascendental para determinar el objeto del derecho mercantil; además se supera la teoría de los actos de comercio y se inicia la etapa de un derecho de una organización: la empresa.

Brevemente se debe indicar, en Costa Rica, el cuerpo legal vigente en materia comercial fue promulgado en 1964. Tiene en su base la teoría de los actos de comercio, tanto objetiva como subjetiva, pero con una inclinación mayor a los actos objetivos. Ello se desprende de la lectura de los numerales primero y segundo del Código de Comercio.

No obstante, existen reformas a esa normativa y leyes especiales mercantiles,

¹ Jueza integrante del Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, master en Derecho, master en Administración de Justicia enfoque Sociológico con énfasis en administración de justicia civil, especialista en Derecho Comercial y Derecho Agrario. Profesora universitaria.

particularmente en el derecho cartular y bursátil, donde se reconoce a la empresa mercantil como ente generador de títulos valores atípicos. Se considera, la creación de títulos atípicos emana de los “usos consagrados”, según la letra del ordinal 670 párrafo primero del Código de Comercio. Los usos solo pueden emanar de una actividad económica organizada, por ello se estima que hay en la norma un reconocimiento del legislador de 1990 de la empresa, como una fuente generadora de títulos valores atípicos. También hay una regulación de la figura del establecimiento mercantil a partir del numeral 478 del Código citado, como parte del perfil objetivo de la empresa.

Como se ha denotado, en Costa Rica no existe una definición emanada de las normas jurídicas sobre la empresa; tampoco una regulación expresa, sino hay una mezcla de conceptos contenidos en el Código de Comercio y teorías tendientes a delimitar el objeto del derecho comercial.

1.1 Definición

Desde la perspectiva económica la empresa es:

“la unidad básica productiva, privada, en una economía. Contrata trabajo, renta o posee capital y tierra, y compra otros insumos con el fin de fabricar y vender bienes y servicios” (Samuelson, et.al, 2010. p.688).

Como se ha indicado el derecho mercantil reconoce en la empresa la unidad básica de la economía, lo califican de fenómeno económico, que contribuye a determinar su objeto (Certad, 1988, p.168). La jurisprudencia de Costa Rica así lo ha reconocido. Entre varias sentencias, en la decisión N°7 de las 14 horas 30 minutos del 2 de febrero de 1994

de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se puede observar un desarrollo de la noción de empresa. En lo que interesa el mencionado voto reconoce: *“La figura de la empresa tiene dentro del ámbito jurídico un papel fundamental respecto de todas las relaciones referidas al proceso económico. Más que un concepto jurídico es un concepto elaborado por la economía en la época moderna para identificar a los sujetos del sistema económico...”*. De lo expresado por la Sala, es elocuente en diferentes parajes del fallo, sobre el carácter económico, la relación entre capital, trabajo y mercado, aspectos esenciales en la empresa.

En el ámbito económico, son cuatro los factores de producción: la tierra, el capital, el trabajo y los bienes productivos. La empresa es la organización de los factores de producción, principalmente el trabajo y el capital. Para su existencia es necesario un grado, aunque mínimo, de organización de los componentes apuntados (Mora, 1982, p. 122). Se trata de un ente productivo no para consumo propio, sino para la producción de bienes o servicios, para el cambio o para la intermediación. Todos esos actos deben ser dirigidos al mercado.

En cuanto al reseñado fenómeno, éste ocurre en Italia cuando se reconstruye el Código de Comercio sustentado en la empresa (Certad, 1980, p.15). Por esa razón en las diferentes argumentaciones jurídicas de fallos judiciales, se pueden encontrar referencias a esta legislación, dado que en nuestro ordenamiento jurídico, como se indicó, no hay un grupo de reglas sistemáticas sobre la empresa. Para ilustrar lo indicado, se puede consultar la sentencia N°7 de las 14 horas 30 minutos del 2 de febrero de 1994 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

La empresa, se reconoce como la unidad básica de la economía, excluyendo discusiones sobre los actos objetivos o subjetivos de comercio. Interesa en consecuencia, la regulación del fenómeno económico. Lo anterior, implica, la empresa es una universalidad, la cual ha de tener un tratamiento particular dado es una unidad patrimonial (Mora, 1982, p.116).

1.2 Elementos

La empresa, en razón del carácter económico, se considera es un concepto poliédrico, o sea compuesto por varias partes que forman el todo. Por tal razón se analizan los cuatro elementos que integran el concepto: subjetivo, objetivo, actividad y corporativo.

1.2.1. Subjetivo

El componente subjetivo se relaciona con el empresario o empresaria, o sea, quien ejercita la actividad. En este punto, es irrelevante si se trata de una persona jurídica o física, si es un empresario indirecto, oculto o representado.

Interesa el comportamiento de quien dirige la empresa; implica un nivel de organización del trabajo ajeno y del capital propio; además, asume el riesgo técnico y económico. En cuanto al riesgo técnico, es aquel inherente a todo proceso productivo; y el riesgo económico, es la posibilidad de cubrir los costos de trabajo, entendidos como salarios, y los de capital como intereses (Asquini, 1986, p. 146).

A la luz de las características expuestas, no es empresario: quien ejerce una actividad económica ajena o a riesgo ajeno; el que

realiza una actividad o labor estrictamente personal, sea de carácter material o intelectual; el simple oficio como los conductores de transporte privado a manera de ejemplo; y quienes ejercen profesiones intelectuales, tales como médicos, empresarios, a menos que cumpla con los factores de organización arriba descrito, como ocurre en el caso de farmacéuticos o veterinarios, cuando establecen paralelas al ejercicio de su actividad profesional el intercambio de bienes (Mora, 1982, p.137).

Otro detalle importante, es la actividad de quien organiza la empresa, porque debe de tener fines de producción o de intercambio de bienes o servicios, y operar en el mercado. La sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N°44 de las 14 horas 30 minutos del 15 de junio de 1994, examinó los rasgos del empresario así:

“Independientemente de analizar los elementos de la profesionalidad, el fin de lucro, los diferentes tipos de empresarios, privados o públicos, o la sustitución por medio del empresario de la vieja figura del comerciante, lo más importante es la actividad productiva. En efecto el fin respecto del cual la actividad del empresario se encuentra directamente referida es la del intercambio de bienes y servicios. Se incluye en este criterio el antiguo concepto del comerciante como “hombre de negocios” para, y por medio del empresario, ser “el productor”, pues es él quien produce bienes y servicios”.

Es apreciable reseñar que no se califica a una persona jurídica regulada en el artículo cinco del Código de Comercio, como empresaria, por estar legalmente constituida.

Será empresa al constatar la presencia de un empresario o empresaria que ejercita una actividad. A manera de ilustrar lo explicado, es menester observar lo indicado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante voto N°50 de las 15 horas 30 minutos del 9 de setiembre de 1983 donde señaló: “*La sociedad mercantil es un esquema legal organizativo de capital y trabajo para la realización colectiva de una cierta actividad que puede ser la producción de bienes o servicios dirigidos a un mercado o al mero intercambio de esos bienes o servicios*”. De lo anterior, es evidente, las figuras societarias son esquemas legales que brindan soporte a un fenómeno económico de las características apuntadas, pero no son un requisito para considerarlas como tales.

El carácter profesional de quien organiza la empresa, radica en el ejercicio de la actividad de manera continua y no ocasional. El lucro es un elemento natural, mas no esencial. Con lo anterior, debe subrayarse, no es un factor para calificar la profesionalidad el hecho que una empresa tenga lucro o no. La profesionalidad, es una actividad sistémica, estable y continua. No obstante, no pierde esta cualidad de profesional, si la actividad está sujeta a períodos (Asquini, 1986, p. 147).

1.2.2. Objetivo

Desde éste ángulo se analiza el perfil patrimonial u objetivo de la empresa. En doctrina se ha señalado, el fenómeno económico de la empresa, genera un patrimonio diferente y distinto en razón del fin que ostenta la empresa. El patrimonio de la *azienda*, según Asquini, es un patrimonio especial del empresario, complejo por las relaciones jurídicas heterogéneas, porque comprenden relaciones reales, obligatorias, activas y

pasivas, y conjugando tales relaciones con objetos también heterogéneos como: bienes materiales, muebles e inmuebles, bienes inmateriales y servicios (Asquini, 1984, p. 149).

Se caracteriza tal patrimonio porque resulta de una gama compleja de relaciones de organización, en constante movimiento por la actividad que realiza el empresario, la cual tiene la capacidad de obtener un valor económico por sí misma. La figura del patrimonio de la *azienda*, fue calificada por el autor en cita como una *universitas iurum* (Asquini, 1986, p. 149 a 150), en otros términos, debido a la forma en que los elementos que componen la *azienda* se interrelacionan, producto de la actividad ejercida por el empresario. Esos elementos son observados como una universalidad y en consecuencia tienen la posibilidad de tener un valor propio. Como se ha comentado en líneas anteriores, la organización de diferentes factores, son los que llevan a consolidar la noción de empresa, y los elementos que la componen.

La *azienda* se comprende, como el conjunto de bienes que representan la proyección patrimonial de la empresa. Es la organización objetiva en que se concreta la actividad empresarial. Además se ha afirmado, es el organismo técnico económico, mediante el cual se realiza la coordinación de los factores de la producción, percibidos por la empresa (Certad, 1988, p.81).

En Costa Rica se ha sostenido que la *azienda*, está regulada en el ordinal 478 del Código de Comercio, donde reglamenta la venta de establecimiento mercantil e industrial, al implantar con claridad la existencia de un grado de organización y en consecuencia de actividad (Certad, 1988,

p.98 a 99). Esta posición se mantenía en algunos votos de Tribunales Civiles, en cuanto a la característica de universalidad del establecimiento mercantil, por ejemplo en la sentencia N°773 de 1962 de la Sala Primera Civil (Kosolchyk, 1974, p.75). Recientemente la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en voto N°831 de las 09 horas 30 minutos del 03 de noviembre de 2000, con precisión indicó:

“El establecimiento mercantil, conocido también con el término “negocio”, puede concebirse como el conjunto de bienes, materiales e inmateriales, organizado por el empresario, sea este persona física o jurídica, como medio para obtener su finalidad económica, a saber, la producción e intercambio de bienes o servicios para el mercado. Se trata de una pluralidad de bienes heterogéneos que, si bien conservan su individualidad, forman una unidad por la función económica a la que están destinados. Es una “universalidad” que adquiere un valor en su conjunto, y como tal puede ser objeto del derecho de propiedad y también de tráfico jurídico. Nuestro Código de Comercio establece una regulación general sobre el “establecimiento mercantil” y su transmisibilidad. En su artículo 478 establece: “Son elementos integrantes de un establecimiento comercial, para los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones eléctricas, telefónicas y de cualquier otra naturaleza, el mobiliario, la existencia en mercaderías, las patentes de invención y marcas de fábrica, la contabilidad que comprende los archivos completos del negocio, de dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y los demás

derechos derivados de la propiedad comercial, industrial o artística. La venta de un establecimiento comercial o industrial comprende todos sus elementos, y cuanto forme el activo y pasivo, salvo pacto expreso en contrario”.

También está reconocida la nulidad del traspaso del establecimiento mercantil, en el voto N°281 de las 09 horas 05 minutos del 17 de julio de 2001 del Tribunal Segundo Civil Sección I, cuando se realiza en contraposición a la regla del 479 del Código de Comercio y la forma en que se genera un vicio por su inaplicación.

1.2.3. Actividad

Desde esta óptica, la empresa es concebida como un conjunto de actos organizados funcionalmente, denominados actividad. Esta noción incluye la organización, administración y ejecución de actos. Comprende la destreza de quien dirige para captar y organizar las fuerzas de trabajo y el capital. La actividad de la empresa tiene presupuestos tales como la imputación, la capacidad, y la legitimación. La imputación es la atribución a quien dirige la empresa de las situaciones jurídicas favorables o desfavorables que se producen con la ejecución de actos (Panuccio, 1974, p.103). Sin embargo se enfatiza, los actos deben de calificarse como reales y efectivos. No se podría concebir una actividad empresarial, por el simple hecho de constatarse en un pacto constitutivo, como en el caso de las personas jurídicas mercantiles. Sin embargo se ha admitido la imputación de actos por sustitución, como en el caso de los representantes; o bien la adjunta, en aquellos supuestos donde no se muestran ante terceros todos los empresarios.

Relativo a la capacidad, la empresa al constituir un fenómeno económico, deberá de contar con capacidad de actuar. En el caso de personas físicas, se debe remitir al numeral 31 y 37 ambos del Código Civil. En el numeral cinco del Código de Comercio se estatuye lo relativo a las personas jurídicas, últimas que válidamente pueden actuar al obtener su personalidad jurídica, emanada de la inscripción en el Registro Mercantil, según se deriva del artículo 20 del último cuerpo legal citado. La capacidad que se exige a quien ejerce la actividad debe ser perdurable, dado que los actos no son aislados, y se requiere mantener la capacidad durante todo el ejercicio de la actividad. Sin embargo, se ha notado el caso de empresas de diversa índole, que actúan bajo la forma de personas jurídicas, donde es necesarios, al vencer el plazo social nombrar representante legítimos para lograr resolver contiendas judiciales, en apego al artículo 266 del Código Procesal Civil.

Dentro de los principios de la actividad, se indica debe ser efectiva. Ello se verifica cuando la actividad se ejecuta de hecho. Esta efectividad demuestra el dinamismo que reviste a la actividad, y particularmente las cualidades de organización y coordinación de los elementos que confluyen en la empresa para la consecución de sus fines. Los actos a realizar por la empresa, que pueden ser de naturaleza mercantil, industrial o agraria. Según lo expuesto, no basta con que quien dirige la empresa se proclame empresario o empresaria, sino es el ejercicio material de sus actos lo que permiten a terceros de forma diáfana, identificar su actividad. Según la doctrina, la efectividad es espontánea, no puede mediar error o engaño (Panuccio, 1974, p.118), o sea, debe ser mostrada a terceros sin error o duda alguna. La aludida efectividad, debe ser continua, exceptuando

las actividades que por su naturaleza no puede realizarse, y sean temporales.

La orientación, es otro principio de la actividad, y se relaciona con la consecución de un fin, de un resultado objetivo, o los fines de la actividad (Panuccio, 1974, p.118).

En el caso de la empresa mercantil, el objeto de la actividad, debe ser económica, como creadora de riquezas y por ello de bienes, o servicios patrimoniales valorables. La empresa organiza los factores de producción: el capital y el trabajo.

Un segundo objeto de la actividad es la producción o intercambio, la cual ha de dirigirse a un mercado en general, para atender la satisfacción de las necesidades económicas de los humanos. Por último, es la *azienda* otro objeto, en tanto constituye el patrimonio de la empresa y es por medio de la actividad que se logra dar uniformidad y armonía a los diferentes elementos que la conforman.

A nivel jurisprudencial se ha afirmado que la actividad es básica en la figura de la empresa. A manera de ilustración, el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N°44 de las 14 horas 30 minutos del 15 de junio de 1994 señaló de manera enfática:

“... lo más importante es la actividad productiva. En efecto el fin respecto del cual la actividad del empresario se encuentra directamente referida es la del intercambio de bienes y servicios. Se incluye en este criterio el antiguo concepto del comerciante como “hombre de negocios” para, y por medio del empresario, ser “el productor”, pues es él quien produce bienes y servicios. La actividad no

es cualquiera, solo puede ser la producción o el intercambio de bienes y servicios”.

Del extracto anterior se puede observar, como el Alto Tribunal, da preponderancia a la actividad frente a la figura del empresario; además le da la virtud de caracterizar la tipología de empresa. En líneas anteriores se refería el criterio doctrinario, en cuanto la empresa es un concepto poliédrico. Con lo anterior, no es posible establecer una prioridad o superioridad de alguno de los perfiles sobre otro. Para reconocer una especie de empresa es necesario observar la totalidad de sus perfiles, y no de manera parcial.

1.2.4. Corporativo

En lo concerniente a este elemento, la empresa es observada como una institución, referida a la coordinación de los elementos humanos en su organización. Esa relación se verifica entre el representante del capital y el trabajo: quienes administran y las personas trabajadoras. Esta interacción es vital en la empresa moderna. Dadas las exigencias de mercado, cada vez la mano de obra debe de poseer mayores conocimientos técnicos para maximizar la producción. Además se observa, a pesar de los avances en la tecnología y la utilización de instrumentos sofisticados y de gran precisión en la industria y la agricultura, siempre se hace necesario el trabajo humano. Por lo anterior, se desea hacer énfasis en la existencia de éste perfil, que es necesario en todo estudio adecuado de la empresa.

La empresa no se trata de una mera pluralidad de personas, son por el contrario, un núcleo social organizado en función del fin

económico. Esta relación entre la empresa y esa organización con un fin social, se puede desprender del análisis de las resoluciones de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, particularmente al analizar el tema de la subordinación. Como muestra, el voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N°11 de las 10 horas 20 minutos del 06 de enero de 2010, señala como una característica de esa relación: *“el hecho de prestar funciones en locales de la empresa”*, con lo anterior se reconoce que algunas relaciones laborales se dan en el seno de empresas, más allá de percibir las como simples personas físicas o jurídicas.

2.1 Algunas consideraciones estrictamente económicas sobre la empresa

Con el fin de comprender la forma en que se desarrolla en el campo económico la empresa, se expondrán dos temas puntuales para analizar lo ideal en este campo, del fenómeno en estudio

2.1.1 Factores mínimos necesarios para que una empresa desarrolle su actividad

Al analizarse la empresa desde la perspectiva financiera, se afirma existe un ciclo en la actividad, mediante el cual se puede observar la manera en que circulan los factores de producción, los transforma el empresario y luego los coloca en el mercado (Universidad Santiago de Compostela, p.3).

Los pasos a seguir para que se puede observar el ciclo de la actividad es el siguiente (Universidad Santiago de Compostela, p.4):

- Se inicia con el acopio de los recursos financieros para el desarrollo del proyecto.
- Los recursos financieros se emplean para adquirir factores de producción que son de dos tipos:
- **factores de consumo lento:** se utilizan por más de un ciclo de explotación y forman parte de la estructura de la empresa. Se citan como ejemplos: las instalaciones industriales, la maquinaria, licencias o patentes, entre muchos otros.
- **factores de consumo rápido:** se consumen en un solo ciclo de explotación, como lo son las materias primas, la electricidad, mano de obra, entre otros.
- El ciclo de explotación de la empresa es: *“el tiempo que transcurre desde que se adquieren las mercancías y se transforman hasta que se venden como productos o servicios elaborados”* (Universidad Santiago de Compostela, p.4). Una vez que la empresa posee los factores de producción se inicia el proceso de producción para obtener el producto o servicio final para llevarlo al mercado.
- El producto o servicio obtenido es vendido por el empresario y así genera un excedente o beneficio.

Lo anterior de conformidad con el autor en cita, es definido como el ciclo económico de la empresa y paralelamente se genera el ciclo financiero. Este ciclo financiero es definido como: *“...el movimiento de fondos que se produce como resultado de los pagos de los recursos (inputs) y el cobro de las ventas (outputs)”* (Universidad Santiago de Compostela, p.5). Se indica que los ciclos en mención, no suelen coincidir en el tiempo, las empresas no cobran y pagan al contado todas las operaciones de compra y venta que efectúan.

Para que una empresa se desarrolle, es necesario se realicen planes financieros, y así obtener la mayor cantidad de información posible para operar. Una empresa necesita al menos contar con bienes –activos– que le permitirán desarrollar su actividad empresarial, considerando los costos de operación, los riesgos propios de la actividad y el mercado al cual se va a dirigir.

Lo que aspira una empresa desde el punto de vista económico es llegar al punto de equilibrio, el cual es entendido en una empresa como el: *“cálculo del umbral de ventas a partir del cual se obtienen beneficios”* (Universidad Santiago de Compostela, p.6). De acuerdo al autor en mención, el punto de equilibrio también es denominado punto muerto, porque de las ventas se logran cubrir todos los costos de producción. Cuando se supera ese punto, se obtienen beneficios y no se opera con pérdidas (Universidad Santiago de Compostela, p.18). Es de lo anterior que se comprende, una empresa debe buscar el punto de equilibrio en su actividad, y de ahí en adelante podrá obtener excedentes. Los excedentes le permitirán ampliar sus inventarios, hacer inversiones, entre otros aspectos. Amén, que es en este estado de bonanza poseerá la suficiente capacidad de pago para no entrar en una cesación de esas obligaciones.

2.1.2 La viabilidad económica de la empresa

Como se ha reiterado la empresa es un fenómeno económico, que depende de muchos factores externos a su organización para lograr obtener un punto de equilibrio, lo cual se traduce en la posibilidad de continuar en crecimiento y obtener excedentes.

La viabilidad puede ser de dos tipos: económica y financiera. La primera es cuando un proyecto de una empresa alcanza su capacidad de producción plena, y es capaz de obtener de su actividad, una vez reducidos los costos, un excedente o beneficio suficiente para hacer frente los costos de las deudas, el pago de excedentes a los accionistas y el financiamiento necesario para crecer (Universidad Santiago de Compostela, p.28). Por otra parte la viabilidad financiera se da en una empresa, cuando los recursos generados por la propia actividad como los beneficios y las amortizaciones, más otros fondos que puedan tener origen externo a la empresa, como por ejemplo los aportes adicionales de los socios o propietarios, o deudas con terceros, son suficientes para hacer frente a las necesidades financieras de una empresa (Universidad Santiago de Compostela, p.18).

Los dos conceptos anteriores muestran que tanto la viabilidad económica como financiera tienen un punto de partida común, pero como se había explicado en el acápite anterior, no siempre coinciden porque una empresa no cobra y paga de contado todas sus compras y ventas. Requiere muchas veces inyectar capital de trabajo, asumiendo deudas, lo cual no es incorrecto desde la perspectiva que muestra el autor en cita, sino que se debe, mediante el manejo de muchas variables y riesgos, lograr el punto de equilibrio ya de reiterada cita.

2 De la continuidad de la empresa en procesos liquidatorios

2.1 Significado de continuidad de la empresa en proceso liquidatorios

Como se explicó, la empresa es un fenómeno económico, que busca un espacio en el mercado, colocando los productos

o servicios que genere. Debe la persona empresaria tener la capacidad para poder oportunamente pagar las obligaciones que contraiga en el ejercicio de la actividad empresarial.

Sin embargo, cuando no logra honrar las obligaciones y éstas son exigibles, sean por causas internas como por ejemplo una indebida inversión, o externas ilustrada con una crisis económica, y no cuente con patrimonio suficiente para el pago de esas deudas o liquidez, puede entrar en una patología y el ordenamiento jurídico crea mecanismos procesales para que los acreedores puedan actuar de manera colectiva como esa masa de acreedores.

En esos periodos de crisis, pueden existir dos situaciones: la primera donde la empresa puede transitar por una situación eventual, la cual no es grave y que amerita medidas para permitirle recuperarse. Pero en otros casos la situación:

“...es sumamente grave, porque supone el desequilibrio entre los valores patrimoniales activos y los pasivos, implica la existencia de un pasivo superior al activo (desbalance), y, en definitiva, refleja la impotencia del patrimonio para solventar íntegramente las deudas contraídas” (Uría, 1996, p.1019). Ante este supuesto se está en presencia de procesos concursales liquidatorios.

En Costa Rica existen dos tipos de procesos concursales liquidatorios: la quiebra y el concurso civil de acreedores (León, pp.4 a 5). Esta tipología de procesos tiene por objeto:

“...enterrar económicamente al sujeto pasivo o fallido, pues persiguen realizar los activos y pasivos del sujeto,

para entrar a distribuir ese patrimonio, siguiendo las reglas de los privilegios y de la igualdad de los acreedores” (León, p.4). Como se denota del concepto transcrito, el estado de la empresa es tan deplorable en términos financieros, que no hay posibilidad, en principio de continuar con la actividad de la empresa. Debe tomarse en consideración que la continuación de las labores solo afectan al patrimonio comercial y no al patrimonio civil (Navarrini, 1943, p. 312).

Debe de retomarse lo comentado en cuanto al punto de equilibrio. Las empresas deben de vender sus bienes o servicios de forma tal que lleguen al punto muerto, para poder honrar todas sus deudas, siendo el punto de intersección entre los ingresos y los costes (Universidad de Santiago de Compostela, p.18). En la situación que se está explicando la empresa no posee ingresos suficientes para poder pagar a sus acreedores.

La continuidad de la actividad de la empresa en procesos liquidatorios, se presenta como una forma de proteger tanto a la masa de acreedores como al mismo deudor. Aunque la figura no es novedosa en el Derecho Concursal, si se estima hay un nuevo enfoque sobre el tema, el cual es explicado por Petgrave de la siguiente manera:

“El moderno derecho de quiebras, ha ido evolucionando y ha recurrido a un distinto enfoque, con respecto a la sobrevivencia de la empresa, aun cuando esta ha fallado en su administración. Esto se debe a que esta, no le incumbe únicamente al deudor y a los acreedores, sino más bien a la economía en general, ya que cuando desaparece una unidad

económica, se verá afectado el funcionamiento del estado en general. ... La continuación de la empresa, supone que esta se encuentre en funcionamiento y con posibilidad de salir adelante económicamente, pese a que en ese momento se encuentre atravesando una situación crítica. Debido a esto, se realiza un estudio preliminar, acerca de su viabilidad, para determinar la situación en la que se encuentra. Lo anterior, para mantener el bienestar de la colectividad y por consiguiente la paz social” (2009, pp. 214 a 215). Se destaca de lo expuesto por la jurista en cita, que interesa en la figura en estudio un interés superior, representado por la colectividad, comprendida como una parte de la economía que se ve afectada –la empresa- y por lo tanto interesa para el bienestar de la colectividad.

La continuación de la actividad empresarial en procesos liquidatorios, constituye: *“uno de los tantos medios de instrumentación de la conservación de la empresa”* según García; quien además marca la diferencia con el principio de la conservación de la empresa (1997, p. 463). Por tal razón es pertinente hacer la aclaración conceptual. Dentro de los principios de los procesos concursales se encuentra el principio de conservación de la empresa, que de acuerdo a García, no es un simple medio de reservación de los intereses de los acreedores en la ejecución colectiva. Se entiende actualmente como una solución de fondo, no como un medio para liquidar mejor la empresa, sino como una forma de solucionar una empresa. Indica el autor en cita:

“No se trata de liquidar para repartir, sino de conservar para salvar” (García, 1997, p.36).

Se muestra, como lo afirma el autor, el principio tiende al cuidado de la estructura productiva, por tal razón, no es únicamente la continuación de la actividad empresarial dado que es una de las muchas formas en que se puede manifestar el principio.

En la continuación de la actividad empresarial en este tipo de procesos, muestra que el objeto es diferente al citado principio, tal y como se expresó. Además es relevante subrayar, tampoco la doctrina o la legislación pretenden desvirtuar la propósito del proceso liquidatorio, sino aspira alcanzar un fin superior. Corolario de los anterior Petgrave lo resume de la siguiente manera:

“... es claro que la continuación de la empresa en la quiebra, no tiene por objeto reorganizar la empresa sino posibilitar que la liquidación se lleve a cabo como empresa en marcha, siempre y cuando esto resulte conveniente o en otras palabras, pagarle a los acreedores vendiendo la empresa como unidad productiva. Se continúa la empresa como un instrumento de liquidación, no de reestructuración” (2009, p.221).

Abona a la necesidad de continuar con la actividad de la empresa en proceso de liquidación, Ramírez señala, un problema práctico que se presenta con la figura en análisis porque, en el caso de la quiebra, lleva consigo la clausura del establecimiento, pero en caso de continuar la actividad lo hace por cuenta de la quiebra (1959, p. 709).

En este mismo sentido Satta señala:

“...el ejercicio provisorio determina una responsabilidad directa de la quiebra por las obligaciones contraídas durante su desenvolvimiento. Los créditos correspondientes –que se

adquieren naturalmente contra el deudor- no son concursales y, por tanto, son pagados íntegramente con el activo de la quiebra” (1951, p.365; en igual sentido Navarrini, 1943, p. 315).

Este aspecto reseñado se estima es importante citarlo dado que para los acreedores eventualmente podría no mostrar interés en que se continúe con las labores, pero se aspira a no cerrar “*de golpe la vida de la hacienda* (sic)” sino hacerlo gradualmente (Navarrini, 1943, p. 312). Sin embargo, conforme fue expuesto, la doctrina moderna, ha arribado a la conclusión, que hay un interés de la colectividad y de dignidad humana en no cesar de manera inmediata los trabajos o servicios brindados por la empresa (Fassi, et.al., 1996, p.402).

2.2 Requisitos de procedibilidad

Se considera conveniente procurar elaborar una lista de requisitos generales de procedibilidad, sustentado en la literatura especializada consultada.

2.2.1. Daño grave irreparable en perjuicio de los acreedores

El concepto de daño tiene dos acepciones según Garrone. La primera en el sentido amplio, hay daño cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo; el segundo, en sentido estricto, la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera –en determinadas circunstancias- una sanción patrimonial (1986, p.609). Por otra parte, el vocablo grave, en sentido lato, de acuerdo a la Real Academia Española, es: grande, de mucha entidad o importancia.

De lo anterior se infiere, para delimitar el concepto deberá de ser analizado en cada caso, y ponderando las situaciones que rodean a la empresa. Para Fernández el daño es imposible de definir de antemano, cuando tiene las cualidades de ser “grave” e “irreparable” porque: *“constituye una cuestión de hecho a dilucidar por el juez en cada caso concreto”* (1992, p.440). Considera el autor en mención, el juez debe tomar la decisión, en aras de evitar un “mal mayor”. Su criterio es ilustrado de la siguiente manera: *“Piénsese, por ejemplo, en la quiebra de un sujeto de derecho dedicado a la explotación agropecuaria que debe todavía levantar la cosecha, y cuyos costos (fertilizantes, combustibles, mano de obra, etc.) fueran superiores a los ingresos que, por otra vía circunstancial, pudiera tener la quiebra”* (1992, p.440). Analiza el jurista argentino, la decisión se toma sustentada en los costos frente a los gastos, y dependiendo también, si se generarían otros daños con dejar perder la cosecha sobre la superficie. Afirma, debe de mostrarse una hipótesis de equilibrio entre ingresos y egresos, pero existirán algunos eventos en que tampoco la valoración de la persona juzgadora podría inclinarse porque exista equilibrio entre los factores mencionados. Concluye con sustento en el ejemplo anterior: *“un daño grave e irreparable a la conservación del patrimonio se produciría –aun cuando nada se hubiere sembrado- si se dejaran de realizar los trabajos culturales de manutención de la tierra y alimento de animales, necesarios aun cuando ello no signifique estrictamente continuar con la explotación”* (1992, p.441).

Se afirma de lo anterior, definir el daño grave irreparable, es casuístico, ponderando no solo si es rentable o equilibrada en cuanto a ingresos y egresos; se debe acudir entonces,

a criterios complementarios, orientados a prevenir daños futuros que pongan en peligro el patrimonio del fallido y el interés general, los cuales son analizados de seguido.

2.2.2. Conservación del patrimonio

La conservación alude a la guardia o custodia; o a la reparación imprescindible de un bien (Garrone, 1986, p. 467). Ha de tenerse presente, uno de los principios del proceso concursal, ya analizado, es el de la conservación de la empresa, por lo que la conservación del patrimonio es vital en un proceso liquidatorio. El objetivo se centra en el patrimonio en tanto, éste responde por el conjunto de deudas, que en términos del profesor León, son constitutivas de otras tantos créditos a favor de una pluralidad de acreedores, y es insuficiente, al menos de momento, para satisfacer todos esos créditos en su integridad (León, p.2). De ahí deriva lo sustancial de este requisito, porque se trata de evitar una inadecuada distribución del patrimonio del deudor, lo cual responde al principio de justicia distributiva; además garantiza el derecho de persecución que tienen los acreedores sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros, muebles o inmuebles del deudor, salvo los inembargables (León, p.3).

Como se revela en las explicaciones del autor citado, el presente requisito se fortalece con la naturaleza misma del proceso concursal, en aras de obtener el mejor resultado en favor de la masa, y como se había acotado en líneas anteriores, en favor de la colectividad, dada la trascendencia de la empresa como un fenómeno de la economía, que tiene implicaciones, más allá de la relación deudor- acreedor. Este requisito, también hay que analizarlo a la luz de la situación que posee

cada empresa al momento en que se valore la continuación o no.

2.2.3. Interés general

El concepto de interés general, presenta la misma dificultad que los dos requisitos anteriores, para delimitarlo, dado que no son conceptos unívocos. Según Garrone, puede variar de lugar, época y ordenamiento jurídico que se considere (1986, p. 334 y 572). Porque lo que sería de interés general en un lugar y momento determinados puede no serlo en otros. Sin embargo, aunque el autor asocia interés general a utilidad pública, parece relevante, resaltar lo siguiente: “...*todas esas locuciones tiene un fondo o alcance común: trasuntan algo que no interesa al individuo en particular, sino a conglomerados sociales especificados o al total conglomerado social*” (1986, p. 573). De tal manera, que se puede resaltar, el interés general no es asociado únicamente al interés de la masa de acreedores, sino trasciende ese escenario. En torno a la empresa gravitan muchas relaciones políticas, sociales, culturales, entre muchas otras, por lo que la cesación de una actividad de manera abrupta podría aún más lesionar el interés general.

Para Fernández, este requisito es imprescindible en asocio con los dos anteriores, pero que es de valoración exclusiva de la persona juzgadora (1992, p.441). Además agrega: “...*Tal vez por lo inasible del concepto no se han dedicado muchas páginas a definir qué es el “interés general”. ¿Consiste en el del pueblo perjudicado por el cierre de la fábrica donde laboran sus habitantes?; ¿o en el de la comunidad toda del país? La palabra utilizada por la ley (“general”) nos inclina a pensar en la última hipótesis, aunque ello no impide*

que ambos intereses (los “particulares” y los “generales”) puedan coincidir” (1992, p.441). Nuevamente este concepto se torna en un precepto indeterminado, que solo a la luz de los hechos la persona juzgadora podrá dotar de contenido.

2.3 Sujeto que intervienen

2.3.1 El curador

Quien ejerce el cargo de curador, de conformidad con el ordinal 873 del Código de Comercio, es nombrado en la resolución que declare la quiebra. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de justicia, en sentencia N°6113-96 de las 15 horas 12 minutos del 12 de noviembre de 1996, señaló las siguientes cualidades de esta figura:

“... resulta importante indicar en concreto que el curador es un profesional que presta sus servicios dentro del proceso de quiebra, y esa sola participación en un proceso jurisdiccional además de la función de administración que realiza sobre los bienes falenciales, lo coloca en una posición en la que no solo está satisfaciendo un interés particular, con la remuneración que percibe por los servicios prestados, sino un interés general que está en la base de los procesos de ejecución colectiva y que consiste fundamentalmente en la satisfacción de los acreedores para que impere la paz social. De ahí que la función del curador, vista desde una perspectiva muy general, consiste en la administración del patrimonio de la fallida con el fin de reconstituirlo en su función de garantía de los acreedores. En ese sentido, corresponde al curador velar por una tramitación

ágil y correcta de la liquidación del patrimonio de la fallida. La realización de un fin general dentro del proceso es lo que caracteriza el hecho de que el nombramiento del curador lo haga el juez en la resolución que declara la quiebra; que para el nombramiento se necesiten ciertos requisitos, dentro de los que destaca la imposibilidad de ser designado en el cargo si tiene determinadas relaciones de parentesco con el juez y el quebrado; que sus funciones -artículo 876 del Código de Comercio- y su régimen de honorarios -883 del Código de Comercio- se encuentren definidos por ley; que por faltas u omisiones en el ejercicio del cargo se le impongan sanciones más drásticas que las que corresponden a un profesional que presta sus servicios fuera de un proceso judicial, porque la ley estima más reprochable la conducta irregular de quien está revestido de cierta autoridad. Esa finalidad general que cumple el curador también determina el que se requiera que conserve dentro del proceso una posición imparcial y objetiva. De acuerdo con lo que dispone el artículo 879 del Código de Comercio -en relación con el 1255 del Código Civil-, el curador tiene sobre el patrimonio del quebrado las facultades que corresponden a un apoderado general. El poder de administración general que la ley le atribuye, se limita, en cuanto requiere, para realizar ciertos actos, de autorización judicial otorgada luego del acuerdo de los acreedores -artículo 877 del Código de Comercio-; ese poder también se ve ampliado cuando la ley le confiere una facultad de disposición sobre

los bienes sujetos a concurso, de la que carece el apoderado general. Lo anterior ocurre cuando vende los bienes del concurso por una suma igual o mayor a la del avalúo, porque en esos casos no requiere autorización previa de los acreedores ni aprobación del juez -artículo 876 inciso j) del Código de Comercio-. De lo expuesto se deduce que el curador es el órgano ejecutivo de la quiebra que cumple funciones administrativas, procesales, informativas y de vigilancia. Como parte de la función administrativa el curador se encarga de la recuperación, ocupación, conservación -material y jurídica-, custodia, representación -negocial y judicial-, y venta de los bienes y derechos que conforman el patrimonio sometido al concurso. También está obligado a procurar que se dé una adecuada y rápida sustanciación del proceso concursal, a ejercer funciones de vigilancia y control, a rendir informes periódicos sobre su gestión, y a formular el plan de distribución de los bienes. El curador debe cumplir con diligencia los deberes de su cargo porque es responsable de su gestión, como corresponde a todo administrador o mandatario. Esa responsabilidad puede acarrear, en caso de incumplimiento o irregularidades en el ejercicio de la función, sanciones administrativas, civiles o penales...". De lo analizado por la Sala Constitucional mencionada es relevante resaltar, que posee las facultades de un apoderado general, lo cual le concede las facultades para administrar de manera general, y será de conformidad con las reglas del

mandato de nuestro ordenamiento jurídico, debe de pedir autorización para ciertos actos.

De lo anterior es evidente la persona curadora es la legitimada para solicitar la continuación de la actividad de la empresa. En principio el tema medular a debatir, y que es cuestionado por algunos autores, es la cantidad de tiempo que requiere un profesional, en derecho, probablemente sin conocimientos en el campo de la actividad de la empresa, para fundamentar la petición ante el órgano judicial competente (García, 1997, p.471 a 472).

Por otra parte la petición, deberá de contener al menos un detalle de los siguientes aspectos: económicos, financieros, administrativos, empresariales y jurídicos.

El informe deberá permitir a la persona juzgadora un panorama completo de las posibilidades excepcionales (García, 1997, p. 472), lo cual puede variar de acuerdo a la legislación de cada país. En este punto es importante retomar lo comentado en segmentos anteriores, sobre la viabilidad, la cual debe a su vez unirse, desde nuestra perspectiva, con los requisitos de procedibilidad. Abona en este tema García al indicar:

“La viabilidad de la explotación...no se significa viabilidad de ganancia, que no es el fin de la continuación, sino que la empresa no se endeude, sin posibilidad de autofinanciarse; también las reorganizaciones o modificaciones tienen relación con la continuación y con la venta en marcha...” (1997, p.472).

Otro tema de relevancia, es en aquellos casos en que el curador decide no paralizar la actividad de la empresa, desde el

momento en que asume el cargo, y mientras solicita la autorización a la persona juzgadora para continuarla. Esta posibilidad la conceden algunas legislaciones, pero se apunta, ello se observa en actividades sujetas a concesiones públicas, donde la afectación al interés general es evidente (Kleidermacher, et.al, p. 423). Otra posibilidad que la literatura jurídica contempla es cuando el quebrado tiene establecimientos comerciales, y señalan como perjudicial el cierre repentino, además de las consideraciones vinculadas con la las personas trabajadoras de establecimientos fabriles o comerciales (Sanz de Madrid, 2005, pp.214-215; en similar sentido Rivera, 2003, p.102).

2.3.2 Del empresario o sus representantes

En términos generales, sobre la participación del empresario o sus representantes es insuficiente lo mencionado en la doctrina, sin embargo, es poco probable que la persona curadora tenga los conocimientos suficientes para dirigir una actividad, máxime con la variedad de labores que hay en el mercado. Amén que el cargo no se desarrolla a tiempo completo, y en numerosas ocasiones se requiere de invertir mucho tiempo para poder dirigir una empresa.

Por tal razón, el empresario, colaboradores o administradores, continuarán con la actividad, pero bajo la dirección y supervisión de la persona curadora. Lo anterior dadas las facultades que le confiere el cargo.

Se señala como excepción a lo antes indicado, en aquellas legislaciones donde se permite a las personas trabajadoras, bajo una modalidad calificada como autogestionaria cooperativa, continuar con la actividad (Pizzi, et.al., p.58).

2.3.3. Persona juzgadora

Como ya se había adelantado dado lo excepcional de la continuación de la actividad empresarial, le corresponde al órgano judicial competente conocer de la solicitud del curador.

Para Fernández el juez o jueza puede de oficio en cualquier momento, ordenar la continuación o cese de la actividad empresarial (1992, p. 442). En igual sentido Fassi y Gebhardt, señalan:

“Sería absurdo pensar que el juez no tiene una potestad que se le concede al síndico, bien que con autorización ulterior del magistrado” (1996, p.404).

Por otra parte, es criterio de Navarrini, el curador no puede decidir a su arbitrio, y

es necesario contar con la autorización del juez o jueza; pero adiona, la importancia que los acreedores decidan continuar el comercio como modo de liquidación (1943, pp.312-313). Aspecto que coloca en debate si es necesario que la masa sea puesta en conocimiento de la petición del curador y de su informe, o bien si resulta innecesario. Esta situación también será abordada por algunas de las legislaciones que se comentaran (Fernández, 1992, p.443).

De acuerdo a Petgrave, el juez o jueza que resuelva la petición debe evaluar los elementos que justifiquen su decisión y el síndico deberá incorporar al pedido un informe que deberá contener por lo menos los siguientes elementos, los cuales se muestran en la siguiente tabla para una mejor comprensión.

1.	<i>La posibilidad de mantener la explotación sin contraer nuevos pasivos: se pretende incrementar los valores totales del pasivo frente al activo, evitar se produzca un deterioro patrimonial.</i>
2.	<i>La ventaja que resultaría para los acreedores de la enajenación de la empresa en marcha: ponderar el beneficio de obtener el valor económico de los activos en plena operatividad, lo que alejará en el tiempo una pronta liquidación, contra una distribución más rápida pero de un resultado disminuido.</i>
3.	<i>La ventaja que pudiera resultar para terceros del mantenimiento de la actividad: existe un interés abstracto de la sociedad, y considera el valor de la empresa como generadora y fuente de trabajo, por ejemplo.</i>
4.	<i>El plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado. La fundamentación será técnica, explicitándose claramente las fuentes de financiamiento necesarias para sostener las negociaciones propias de la explotación a continuarse.</i>
5.	<i>Los contratos en curso de ejecución que deben mantenerse; en su caso, las reorganizaciones o modificaciones que deben realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación; los colaboradores que necesitará para la administración de la explotación. Estos últimos tres puntos, tienen que ver con el proyecto concreto para la explotación.</i>
6.	<i>En su caso, las reorganizaciones o modificaciones que deben realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación.</i>
7.	<i>Los colaboradores que necesitará para la administración de la explotación.</i>
8.	<i>Explicar el modo en que se pretende cancelar el pasivo preexistente. Este punto es el que merece más reparo. El síndico acaba de asumir y todavía no tiene siquiera una idea plausible del pasivo exigible ya que no ha atravesado el periodo de verificación. Empieza a conocer la empresa, y puede ya saber que cerrarla implica desvalorizarla. Pero aun no sabe el valor de la empresa en marcha o su capacidad para generar utilidades.</i>

Fuente: Petgrave, 2009, pp.248-249.

2.4 Explotación de la empresa

Una vez autorizado el ejercicio de la empresa, lo ideal sería que la resolución indique de manera en que se desarrollará tal labor. Porque hay que tener presente, el juez debería ser perfectamente guiado por el curador en el informe que le presente, dado que no tendrá otra fuente de información, salvo que solicite una experticia, la cual podría tardar aún más tiempo, y con ello hacer ilusorio el evitar un grave daño irreparable.

2.4.1 Funcionario encargado de la explotación de la empresa

Para Fernández se pueden dar tres opciones: el curador; un coadministrador; el fallido o administradores de la empresa (1992, p. 444). A parte del curador, que por la naturaleza del cargo tiene facultades para realizar la actividad, con relación a las demás opciones tendría que analizarse cada legislación, para estudiar si el curador está expresamente autorizado para contratar a terceras personas; o bien si debe solicitar autorización a la persona juzgadora.

Además tendría que analizarse el tipo de relación que emana de esa delegación de funciones por parte del curador. El autor en mención, indica, que entre el coadministrador y el curador no había una relación de subordinación (1992, p.444). Al respecto señala Fernández lo siguiente:

“En la práctica, es frecuente el nombramiento de coadministrador, pues resulta difícil que el síndico pueda ocuparse full time en la tarea, teniendo en cuenta que debe atender los otros trámites inherentes al proceso de quiebra. Sin embargo la experiencia también ha demostrado que a la

hora de tomar decisiones de cierta importancia, los coadministradores consultaban a los jueces, quienes no son empresarios” (1992, p.444 a 445).

2.4.2. Obligaciones, facultades y restricciones

Como se explicó anteriormente deberá de existir un plan detallado, al menos idealmente, donde se indique la manera en que se desarrollará la actividad. El autor argentino Fernández ha señalado una serie de obligaciones, facultades y restricciones, las cuales se explican de seguido (1992, pp.445 a 448).

- Mantener la actividad o ramo principal, salvo excepciones, que según sea la legislación, se deberá solicitar autorización a la persona juzgadora.
- Realizar operaciones propias del giro ordinario. Se debe mencionar, esta actividad se va a desarrollar de manera excepcional, y como una forma de ir gradualmente liquidando la empresa. Por tal razón el juez o jueza podría limitar las facultades. Señala el autor en cita, el giro ordinario se conceptualiza económica y no jurídicamente, dado lo que interesa es lo que ocurre en la empresa, mas no en otros campos.
- Informar mensualmente sobre la gestión de la administración, porque se trata de contar con información detallada por escrito y analizar los resultados de la actividad.
- Llevar contabilidad y documentos contables, puesto que es una exigencia legal, amén de que algunas legislaciones lo contemplan en los procedimientos.
- Depositar las sumas de dinero que no sean imprescindibles para el giro ordinario, para lo cual, de acuerdo a lo

previsto por algunas legislaciones, podrían depositarse a la orden del juzgado que conoce del proceso concursal, o si hay un plan de pago, ejecutarlo de acuerdo a las prioridades establecidas.

- No disponer de los bienes sobre los que recaiga privilegio especial.
- Decidir qué dependientes deben cesar definitivamente ante la reorganización de las tareas.

2.4.3. Efectos de la explotación: gastos, ejecución de contrato, el contrato de trabajo

Dado que la actividad empresarial va a continuar ejecutándose, sin duda alguna va a generar efectos. De seguido, y conforme lo explica Fernández se menciona de manera sucinta los principales rasgos de los efectos.

	Efectos de la explotación
Del fallido	La continuación de la actividad empresarial, presupone un desapoderamiento y por lo tanto quien es fallido pierde las facultades de administrar. Aunque como se indicó en segmentos anteriores, podría brindar servicios auxiliares para la empresa.
De acreedores quirografarios	No participan en procedimiento por carecer de legitimación en el procedimiento de explotar o no la empresa. Si se prevé una audiencia podrán ser escuchados. No quedan obligados por las deudas contraídas legalmente por el curador o coadministrador, hasta la concurrencia del dividendo que les corresponda.
Acreedores con privilegio especial	Estos no postergan el cobro de su crédito por las obligaciones contraídas por la continuación de la empresa. Salvo que se trata de bienes efectuados en el concurso, como los gastos y honorarios de las personas que correspondan exclusivamente a diligencias sobre esos bienes.
Acreedores hipotecarios y prendarios	Aunque no son postergados en el cobro de los créditos por las deudas generadas en razón de la explotación, si los créditos no están vencidos a la fecha de la declaratoria de quiebra no pueden promover concurso especial para la venta de la cosa sobre la que recae el privilegio.

Fuente: Fernández, 1992, pp.450 a 455.

Relacionado con los contratos, Fernández menciona los efectos sobre algunos de

estos, los cuales también son mostrados de manera gráfica como sigue.

	Contratos preexistentes
Contratos en curso de ejecución	Si el curador obtiene la autorización para continuar laborando la empresa, los contratos pendientes, seguirán en ejecución a cargo del concurso. Sin embargo, sin que sea provista la ejecución, en algunas legislaciones se prevé que los convenios quedan resueltos. Se estima, si la empresa continúa con el desarrollo de la actividad necesita proseguir con la ejecución de determinados contratos, por ejemplo con el de alquileres y no quedar desprovisto del bien. Los contratos de arrendamiento que existiesen se mantienen con las condiciones preexistentes y la masa responde.
Contrato de trabajo	Si se continúa con la explotación de la actividad los contratos laborales no se disuelven y se reanudan, para aquellas personas que el curador decida que deben continuar trabajando.
Contrato de trabajo después de la enajenación de la empresa	Si la empresa ha continuado su explotación, el adquirente es considerado sucesor del fallido y de concurso respecto de todos los contratos laborales existentes a la fecha de transferencia a su favor. Podría pactarse que en las condiciones de la venta el adquirente asuma el pago del pasivo laboral, pero se considera esta obligación no desobliga al fallido.

Fuente: Fernández, 1992, pp.450 a 455.

Vinculado con los acreedores que se generan durante la continuación de la empresa, asumidas por el curador o el coadministrador, son por cuenta de la masa y en algunas legislaciones tiene preferencia.

Para Fernández esta obligaciones:

“no necesitan ser objeto de la verificación (deben ser atendidas como lo haría una empresa in bonis). En el caso que los fondos fueran insuficientes para afrontar todos los gastos del concurso, la distribución es a prorrata y no en el orden de los incisos...” (1992, pp. 456 a 457).

Además podrían en casos excepcionales, y con autorización del juez o jueza constituirse garantías, pero su carácter especial se debe a que son obligaciones asumidas por el concurso. Contablemente estas obligaciones y gastos generados durante la continuación de la actividad debe quedar reportado por

separado de la administración de la quiebra (Provinciali, 1958, p.432).

2.5 Cese de la explotación: reparto final y rendición de cuentas

Se ha indicado, la continuación de la actividad, tiene una orientación a liquidar el patrimonio a favor de la masa, por esta situación, y de acuerdo a la opinión de Petgrave:

“...la continuación de la empresa, se debe aprobar, por periodos cortos, no largo, y se pretende su continuación sea un éxito, sin embargo podría suceder que no fuera así y es por estos, que se nos hace necesario, poder determinar, cuando debe de terminar la “continuación”. Cuando la empresa cuya continuación se ha aprobado, empieza a producir déficit, el síndico debe informar en forma inmediata al Juez, a fin de que

éste tome las medidas necesarias” (2009, p.273). De lo anterior se pone en evidencia dos aspectos: el primero que la explotación de la actividad debe tener un plazo cierto, lo cual debería quedar indicado en la resolución de la persona juzgadora al momento de autorizar la continuidad de labores. La segunda, consiste en que es causal de cese de la explotación cuando ésta genera un déficit. En principio y como fue explicado al analizar los requisitos de procedibilidad, esta situación debe ser analizada con cuidado, dado que la ausencia de un punto muerto en las finanzas de la empresa no implica necesariamente que no pueda continuar. Pero si la expectativa del curador era que si lograra mantener un punto de equilibrio, entonces si debe pedirse al juez que ordene el cese, con los efectos ya referidos en los contratos que se estén ejecutando, con los gastos y obligaciones de la masa.

La otra manera de cesar la actividad es en el tanto que el plazo y las expectativas fijadas por el curador han quedado satisfechos, y es el momento de liquidar definitivamente lo que proceda. Además es necesaria la rendición de cuentas, que como lo expone Provinciali, son contable y financieramente separadas de las de la quiebra (1958, p. 432).

Puede también, de acuerdo al criterio de Fassi, et.al, cesar la explotación por decisión de la persona juzgadora, porque: “puede fundarse en una nueva apreciación del interés general, o en la comprobación de que la continuación de la explotación desemboca en un daño grave o irreparable para el inte-

rés de los acreedores y la conservación del patrimonio” (1996, p.404).

La distribución final, de acuerdo a Satta, solo debe darse después del cumplimiento de la liquidación del activo y de la rendición de cuentas del curador (1951, p.371), y considerando el plan de distribución que al efecto presente el curador. Salvo que se dieran distribuciones parciales, como fue arriba explicado, en razón de la existencia de un plan de pago que contemple que el transcurso de la continuidad de la empresa, para que los ingresos generadores por tal labor, directamente se paguen a los acreedores.

3. Derecho comparado

En este último segmento se procederá a realizar un análisis de tres legislaciones sobre el objeto de estudio: Costa Rica, Argentina y España.

3.1. Regulación en Costa Rica

La figura no se encuentra regulada de manera precisa y puntual, sin embargo se puede inferir de la lectura de los artículos 876 relacionado con el ordinal 877 ambos del Código de Comercio, en cuanto el inciso 5) del último numeral señala que el curador únicamente necesitará autorización para: “Continuar el negocio del quebrado”. Pero como se verá, cotejada estas normas, con la manera en que se encuentra regulada en otros países, es insuficiente. En consecuencia quedará en la pericia del curador y de la persona juzgadora poder llevar de manera adecuada la continuidad de la empresa. El primero haciendo propuestas para extender el ejercicio, mientras el segundo autorizando planes y los seguimientos que le sean informados.

3.1.2. Trámite judicial

En el Código Procesal Civil o en el Código de Comercio, no existe normativa alguna que señale el procedimiento. En la práctica, el curador presenta una solicitud, basada en la buena fe, para que autorice la continuación de la actividad. Ese requerimiento no se acompaña de un informe técnico que muestre la viabilidad, sino que el curador lo pide, y el despacho judicial procede a resolver.

El procedimiento regularmente seguido es el contenido en el ordinal 877 inciso 5) y párrafo final del Código de Comercio. Sin embargo, al no existir normativa que regule de manera adecuada la continuada, tal debe ser pedida expresamente por quien ejerza la curatela, aportando los elementos probatorios que sustenten su dicho. Esto incluiría al menos un estudio económico sobre la factibilidad y probabilidad que deba continuar el ejercicio de la empresa para minimizar los efectos perniciosos que implica la quiebra. Se considera, se debería poner en conocimiento de los acreedores apersonados, porque podrían traer datos o pruebas que ayuden a la persona juzgadora a la toma de la decisión.

Por otra parte, la resolución que la admite, amén de ser fundamentada, debería al menos señalar, el plazo de explotación, rendición de cuentas por parte de la persona curadora, vinculada con el ejercicio de la actividad empresarial, o cualquier otro detalle que permita fiscalizarla al órgano judicial.

3.1.3. Necesidad de una reforma legal

Para la jurista Petgrave es necesaria una reforma legal, dado que encuentra beneficios en la continuación de la actividad empresarial. Al respecto reflexiona lo siguiente:

“Para lograr lo anterior, se debe adicionar el artículo 877 inciso 5 del Código de Comercio abriendo la posibilidad de la continuación de la empresa quebrada. Aumentando las facultades del curador, la posibilidad de que se haga asistir de uno o dos coadministradores, tal y como ocurre con la actual intervención. Pensamos que si bien el Juez debe ser un vigilante de la legalidad y un director del proceso, no debería de tener amplísimas facultades al punto tal que se inmiscuya de manera muy activa en la intervención, esto, a nuestro juicio, podría ser contraproducente ya que constituye una desmedida limitación en la labor del curador o síndico”.

Para una reforma legal deberían además ser considerados otros aspectos como solicitar un criterio experto, que de forma sumarisima explique la viabilidad de la empresa. La posibilidad que el curador cuente con un comité asesor, en términos similares o con las bases del previsto para la Administración y Reorganización con Intervención Judicial. Es importante se tenga asesoría técnica adecuada, considerando que en Costa Rica el curador es un profesional en derecho. Establecer un plazo para la explotación de la actividad empresarial, pues se debe evitar que se utilice la figura para retrasar el proceso de liquidación en perjuicio de los acreedores. El órgano judicial debe tener una actividad mayor de fiscalización, no solo expectante, y los acreedores deben ser consultados.

3.2. Regulación en España

3.2.1. Reseña de la legislación

En España se encuentra regulada en la Ley Concursal 22/2003 del 09 de julio que

fue reformada por la Ley 38/2011 del 10 de octubre de 2011.

Este cuerpo legal se inspira en los principios de unidad legal -material y formal- de disciplina, -para deudores comerciantes y no comerciantes- y de sistema -un único procedimiento, flexible, con diversas soluciones posibles: el convenio, la liquidación y la gestión controlada, según la exposición de motivos de la ley en mención, por lo que se prevé que tanto en se aplica para cualquier tipo de deudor, artículo 1.1, pero será necesario para aplicar la figura que exista una actividad empresarial, o bien ampliando a una profesional por ejemplo de servicios profesionales.

3.2.2. Regulación de la continuidad de la empresa

En la legislación española está regulada la continuación de la actividad profesional o empresarial específicamente en el ordinal 44 de la Ley Concursal.

De acuerdo a la exposición de motivos de la ley, la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Además se advierte, aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado. Se denota que tal como se encontraba prevista desde la Ley de Enjuiciamiento Civil con esa misma finalidad, según lo señala Nararrini (1943, p. 312), pero siempre como un tema excepcional y visto con cuidado por parte de la persona legisladora.

De seguido se hace una explicación de los principales aspectos regulados:

- La declaratoria de concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que es ejercida por el deudor. Este aspecto consideramos se asienta en el principio de conservación de la empresa, en aras de proceder a un análisis previo antes de cesar la actividad, tal y como lo prevé la legislación en cita (inciso 1).
- La administración concursal es la que determina los actos y operaciones propios del giro comercial que pueden continuar (inciso 2). Lo anterior concede la posibilidad de cerrar parcialmente la actividad, y es a nuestro criterio más flexible, considerando la gran variedad de crisis por las que puede enfrentar una empresa.
- Se dan potestades a la administración concursal al indicar que se podrán realizar actos propios del giro que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, pero sujetos a las condiciones normales del mercado (inciso 2 in fine), lo que muestra que los aspectos a analizar no solo serán jurídicos, sino financieros, económicos y contables para una mejor ejecución de la actividad.
- Existe la posibilidad que el deudor continúe ejerciendo la actividad concursal, pero en el evento que se suspenda le corresponde a la administración concursal continuar con la labor (inciso 3).
- En el inciso 4 se establece la facultad a la administración concursal de acortar el plazo por el cual fue previsto en el plan de viabilidad (100.5), previa escucha en audiencia al deudor, representante de las personas trabajadoras, sea para

cerrar total o parcialmente la explotación de la actividad.

- En la reforma de 2011 se refuerzan las medidas para proteger a las personas trabajadoras, cuando la propuesta citada anteriormente, tienen a la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo (inciso 4 *in fine*).

3.2.3. Otras normas relacionadas con el trámite para continuar con la actividad de la empresa.

Órganos auxiliares: El ordinal 32 regula lo concerniente a los auxiliares delegados. En el inciso primero se establece: “1. Cuando la complejidad del concurso así lo exija, **la administración concursal podrá solicitar la autorización del juez para delegar determinadas funciones**, incluidas las relativas a la continuación de la actividad del deudor, en los auxiliares que aquélla proponga, con indicación de criterios para el establecimiento de su retribución” (lo destacado no es del texto original). Una de las preocupaciones que se comentaron en el segmento anterior al analizar la legislación costarricense, es la importancia que la persona curadora tenga conocimientos propios de la actividad que desarrolla el deudor. Esta norma da flexibilidad, en caso que la administración concursal requiera de apoyo técnico, y particularmente cuando se continúa con la actividad.

Plan de viabilidad para la continuación de la empresa: El numeral 100 regula lo concerniente al contenido de la propuesta de convenio. En el inciso 5) indica: “*Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio*

de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros”. Esta norma dotará a todas las personas involucradas contar con un documento de orden técnico para la toma de decisiones teniendo a mano información y diversos escenarios económicos, financieros, contables, legales, entre muchos otros, en aras que lo decidido beneficie a la mayor cantidad de personas involucradas.

Informe del ejercicio de la actividad empresarial y plan de pagos: De conformidad con el artículo 107 se regula lo concerniente al informe de la administración concursal, el cual se regula así:

“1. Admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el Secretario judicial dará traslado de ella a la administración concursal para que en un plazo no superior a diez días proceda a su evaluación.

2. La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen. Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe. Contra el auto que resuelva sobre estos extremos no se dará recurso alguno”.

Deriva de lo anterior, cuando se continúa con la actividad, la misma deberá estar contenida en un informe y eventualmente se ejecutará con base a un plan de pagos el cual también contiene la previsión de lo que pueda generar la continuidad de la empresa. Esa norma corresponde al canon 236 de la ley en mención, el cual tiene las siguientes cualidades:

“1. Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, en el que la espera o moratoria no podrá superar los tres años y en el que la quita o condonación no podrá superar el 25 por ciento del importe de los créditos.

*El plan de pagos se acompañará de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de **un plan de continuación de la actividad profesional** o empresarial que desarrollara” (lo destacado no es del texto original).*

3.3. Legislación de Argentina

De los tres cuerpos normativos esta es la más abundante, donde contempla muchas situaciones. Además es profuso el desarrollo doctrinario, sin embargo, son coincidentes en una gran mayoría de aspectos, que constituyen percepciones

críticas principalmente de García (1997) o Fernández (1992).

3.3.1. De la reforma Ley N°26.684

En la Argentina existe una Ley Concursal N°24.522 la cual fue reformada por la Ley N°26.684. Específicamente la continuación de la explotación de la empresa se encuentra ampliamente regulada en los ordinales 189 a 195.

La reforma citada de acuerdo a Negre de Alonso versa sobre la participación de los trabajadores en la recuperación de los medios de producción y la fuente laboral en caso de proceso concursal o quiebra, la cual fue necesaria aprobar por el cierre de fábricas, desempleo y recesión (p.1). Lo anterior es sustentado por la autor reseñada, porque el Poder Ejecutivo expresó los motivos para impulsar la reforma, el cual queda plasmado en el siguiente extracto:

“favorecer la continuidad de la explotación de las empresas que se encuentren en situaciones de crisis, por parte de los trabajadores de las mismas, que se organicen en cooperativas para permitir de esa manera, la conservación de la fuentes de producción y trabajo; priorizar la subsistencia de las empresas, para asegurar la continuidad de su producción y la generación de empleos, dando la posibilidad a las cooperativas de trabajo de existir conformadas por los mismos obreros que fueron dependientes de la empresas y/o fábricas quebradas. Ello en el entendimiento de que con el mantenimiento de la explotación, se conservan activos de la empresa muy importantes como ser, la marca, el

fondo de comercio y la fuerza laboral. Se estima que mediante la normativa propuesta frente a la pérdida de su fuente de empleo, muchos de los trabajadores podrán decidir permanecer en sus puestos laborales” (p.2). De lo anterior se revela que la legislación está orientada a procesos liquidatorios y curativos, sin embargo hay que resaltar que el salvamento que se puede leer del texto anterior, no es propio de la naturaleza de una empresa en proceso liquidatorio, aunque se entiende que se puede dar esa posibilidad pero de una forma transitoria.

El artículo 191 bis, establece, en toda quiebra que se haya dispuesto la continuidad de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos por parte de las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativas, incluso en formación, el Estado deberá brindarle la asistencia técnica necesaria para seguir adelante con el giro de los negocios. Tal norma fue incorporado por artículo 19 de la Ley N° 26.684 B.O. 30/06/2011.

3.3.2. De la regulación del procedimiento

Continuación inmediata: Contenida en el ordinal 189, prevé que el síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos, de la siguiente forma:

- Si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio, si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse o entiende que el emprendimiento resulta económicamente viable.

- También la conservación de la fuente de trabajo habilita la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos, si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, incluso en formación, la soliciten al síndico o al juez, si aquél todavía no se hubiera hecho cargo, a partir de la sentencia de quiebra y hasta cinco días luego de la última publicación de edictos en el diario oficial que corresponda a la jurisdicción del establecimiento.
- El síndico debe ponerlo en conocimiento del juez dentro de las veinticuatro horas.
- El juez puede adoptar las medidas que estime pertinentes, incluso la cesación de la explotación, con reserva de lo expuesto en los párrafos siguientes.
- Para el caso que la solicitud a que refiere el segundo párrafo, sea una cooperativa en formación, la misma deberá regularizar su situación en un plazo de cuarenta días, el cual podrá extenderse si existiesen razones acreditadas de origen ajeno a su esfera de responsabilidad que impidan tal cometido.

La continuación de empresas que prestan servicios públicos.

Se regula de forma especial, dado el interés público sobre las concesiones. Les resulta aplicable la normativa más las siguientes reglas:

- 1) Debe comunicarse la sentencia de quiebra a la autoridad que ha otorgado la concesión o a la que sea pertinente.
- 2) Si el juez decide en los términos del artículo 191 que la continuación de la explotación de la empresa no es posible, debe comunicarlo a la autoridad pertinente.

- 3) La autoridad competente puede disponer lo que estime conveniente para asegurar la prestación del servicio, las obligaciones que resulten de esa prestación son ajenas a la quiebra.
- 4) La cesación efectiva de la explotación no puede producirse antes de pasados treinta días de la comunicación prevista en el inciso 2).

Se destaca la importancia de estas empresas por razones económicas y sociales en virtud del interés común de esas explotaciones, según lo sostiene García (1997, p.469).

Procedimiento: Específicamente señalado en el ordinal 190, se muestra la forma en que se debe realizar el trámite. Se destacan los plazos, que para García siguen siendo breves aún con la reforma y en algunos casos es necesario contar con plazos razonables considerando la envergadura económica y social de muchas empresas (1997, p. 472). El procedimiento es el siguiente:

- El síndico debe informar al juez dentro de los veinte días corridos contados a partir de la aceptación del cargo, sobre la posibilidad de continuar con la explotación de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos y la conveniencia de enajenarlos en marcha.
- En la continuidad de la empresa se tomará en consideración el pedido formal de los trabajadores en relación de dependencia que representen las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales quienes deberán actuar en el período de continuidad bajo la forma de una cooperativa de trabajo.
- A tales fines deberá presentar en el plazo de veinte días, a partir del pedido formal, un proyecto de explotación conteniendo

las proyecciones referentes a la actividad económica que desarrollará, del que se dará traslado al síndico para que en plazo de cinco días emita opinión al respecto. El término de la continuidad de la empresa, cualquiera sea su causa, no hace nacer el derecho a nuevas indemnizaciones laborales

Informe del síndico: Este documento es vital para la correcta continuación de la empresa, sin embargo la norma no hace distinción si se trata de empresas grandes o pequeñas lo cual a juicio de García debió de preverse (1997, p.470). El contenido es el siguiente según el numeral 190:

- 1) La posibilidad de mantener la explotación sin contraer nuevos pasivos, salvo los mínimos necesarios para el giro de la explotación de la empresa o establecimiento.
- 2) La ventaja que resultaría para los acreedores de la enajenación de la empresa en marcha.
- 3) La ventaja que pudiere resultar para terceros del mantenimiento de la actividad.
- 4) El plan de explotación acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado.
- 5) Los contratos en curso de ejecución que deben mantenerse.
- 6) En su caso, las reorganizaciones o modificaciones que deben realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación.
- 7) Los colaboradores que necesitará para la administración de la explotación.
- 8) Explicación del modo en que se pretende cancelar el pasivo preexistente.

Además la norma prevé, en caso de disidencias o duda respecto de la

continuación de la explotación por parte de los trabajadores, el juez, si lo estima necesario, puede convocar a una audiencia a los intervinientes en la articulación y al síndico, para que comparezcan a ella, con toda la prueba de que intenten valerse.

Plazo para mantener la actividad de la empresa: El numeral 190, establece que el juez, a los efectos del procedimiento y en el marco de las facultades del ordinal 274, podrá de manera fundada extender los plazos que se prevén en la ley para la continuidad de la empresa, en la medida que ello fuere razonable para garantizar la liquidación de cada establecimiento como unidad de negocio y con la explotación en marcha.

Autorización para continuar la actividad. El canon 191, establece que la autorización para continuar con la actividad de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos será dada por el juez en caso que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización, se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse, en aquellos casos que lo estime viable económicamente o en resguardo de la conservación de la fuente laboral de los trabajadores de la empresa declarada en quiebra.

Además indica, en su autorización el juez debe pronunciarse explícitamente por lo menos sobre:

- 1) El plan de la explotación, para lo cual podrá hacerse asesorar por expertos o entidades especializadas.
- 2) El plazo por el que continuará la explotación; a estos fines se tomará en cuenta el ciclo y el tiempo necesario para la enajenación de la empresa; este plazo

podrá ser prorrogado por una sola vez, por resolución fundada.

- 3) La cantidad y calificación profesional del personal que continuará afectado a la explotación.
- 4) Los bienes que pueden emplearse.
- 5) La designación o no de uno o más coadministradores; y la autorización al síndico para contratar colaboradores de la administración.
- 6) Los contratos en curso de ejecución que se mantendrán; los demás quedarán resueltos.
- 7) El tipo y periodicidad de la información que deberá suministrar el síndico y, en su caso, el coadministrador o la cooperativa de trabajo.

El plazo para emitir la resolución es dentro de los diez días posteriores a la presentación del informe de la sindicatura previsto en el artículo 190. La resolución que rechace la continuación de la explotación es apelable por el síndico y la cooperativa de trabajo.

El régimen aplicable. De acuerdo al numeral 192, lo que haya resuelto el juez, el síndico, el coadministrador o la cooperativa de trabajo, según fuera el caso, actuarán de acuerdo al siguiente régimen:

- 1) Se consideran autorizados para realizar todos los actos de administración ordinaria que correspondan a la continuación de la explotación.
- 2) Para los actos que excedan dicha administración, necesitan autorización judicial, la que sólo será otorgada en caso de necesidad y urgencia evidentes. En dicho caso el juez puede autorizar la constitución de garantías especiales cuando resulte indispensable para asegurar la continuidad de la explotación.
- 3) Las obligaciones legalmente contraídas por el responsable de la explotación

gozan de la preferencia de los acreedores del concurso.

- 4) En caso de revocación o extinción de la quiebra, el deudor asume de pleno derecho las obligaciones contraídas legalmente por el responsable de la explotación.
- 5) Sólo podrá disponerse de los bienes afectados con privilegio especial desinteresando al acreedor preferente o sustituyendo dichos bienes por otros de valor equivalente.

En caso que la explotación de la empresa o de alguno de los establecimientos se encuentre a cargo de la cooperativa de trabajo será aplicable el ordinal arriba

citado, con excepción de lo señalado en el punto 3).

Conclusión anticipada. El juez puede poner fin a la continuación de la explotación antes del vencimiento del plazo fijado, por resolución fundada, si ella resultare deficitaria o, de cualquier otro modo, ocasionare perjuicio para los acreedores.

Ejecución de contratos. Esta ley en mención a diferencia de las otras analizadas, de manera muy puntual prevé el destino de contratos en ejecución al momento de abrir la quiebra, lo cual es mostrado en la siguiente tabla:

<p>Contratos de locación. Artículo 193.</p>	<p>En los casos de continuación de la empresa y en los que el síndico exprese dentro de los treinta días de la quiebra la conveniencia de la realización en bloque de los bienes se mantienen los contratos de locación en las condiciones preexistentes y el concurso responde directamente por los arrendamientos y demás consecuencias futuras. Son nulos los pactos que establezcan la resolución del contrato por la declaración de quiebra.</p>
<p>Cuestiones sobre locación. Artículo 194.</p>	<p>Lo relativo a la locación promueve el locador, no impiden el curso de la explotación de la empresa del fallido o la enajenación prevista por el numeral 205, debiéndose considerar esas circunstancias en las bases pertinentes.</p>
<p>Hipoteca y prenda en la continuación de empresa. Artículo 195.</p>	<p>En caso de continuación de la empresa, los acreedores hipotecarios o prendarios no pueden utilizar el derecho a que se refieren los artículos 126, segunda parte, y 209, sobre los bienes necesarios para la explotación, en los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Cuando los créditos no se hallen vencidos a la fecha de la declaración y el síndico satisfaga las obligaciones posteriores en tiempo debido. 2) Cuando los créditos se hallen vencidos a la fecha de la declaración, mientras no cuenten con resolución firme que acredite su calidad de acreedor hipotecario o prendario. 3) Cuando exista conformidad del acreedor hipotecario o prendario para la suspensión de la ejecución. <p>La norma dispone que son nulos los pactos contrarios a lo indicado en el punto 1) y 2).</p> <p>Por decisión fundada y a pedido de la cooperativa de trabajadores, el juez de la quiebra podrá suspender las ejecuciones hipotecarias y/o prendarias por un plazo de hasta dos años.</p>

4. Cuestiones finales:

La empresa es un fenómeno económico que requiere de un tratamiento adecuado a nivel jurídico. Por tal razón no bastará con el establecimiento de normas, sino que estas deberán de ser lo suficientemente flexibles para que se puedan ajustar a la realidad económica, financiera y social, indistintamente del tema o aspecto que se regule de la empresa.

En el caso de los procesos liquidatorios y particularmente cuando se trata de empresas, lo relevante es observar la importancia que le rodea, en aras que el proceso no constituya otro factor que reprima más a las personas afectadas. Por ello la propuesta de la continuidad de la empresa en los procesos liquidatorios es razonable, en tanto se consideran las diversas variables, que no serán solo en términos financieros sino sociales.

Es necesario en el caso de Costa Rica se regulen aspectos esenciales: tales como plan de viabilidad, plan de pagos, cese de la explotación, pagos, órganos asesores, entre muchos otros. La continuidad del ejercicio de la empresa debe ser excepcional, no obstante es relevante un estudio previo para analizar la viabilidad. La participación del órgano judicial debe ser proactiva en tanto debe exigir a la persona curadora más informes y detalles del ejercicio de la actividad que se realiza.

Bibliografía

Libros

Álvarez, Norma Beatriz y Ostoich, José Vicente (2012). El derecho de los trabajadores en la Ley de Concursos Ley 26.684. Recuperado en <http://ar.velex.com/vid/quiebra-439635278>

Asquini, Alberto. (1986). Profili dell'impresa. En Antología de Derecho Comercial I. Collegium Academicum: San José. Certad Maroto, Gastón (1980). La unificación del derecho privado en Italia. En Revista Judicial, año VI, N°17. Imprenta Judicial: San José.

Certad Maroto, Gastón. (1988). Temas de Derecho Comercial. Cooperativa Universitaria de Libros: San José.

Fassi, Santiago y Gebhardt, Marcelo (1996). Concurso y quiebras. Astrea: Buenos Aires. Fernández Moores, Javier E (1992). Continuación de la explotación de la empresa. En Instituciones de Derecho Concursal compilador Rubín, Miguel. Ad-Hoc: Buenos Aires.

Fernández Seijo, José María (2012). Reforma concursal. E-book. Leggio: Barcelona.

García Martínez, Roberto (1997). Derecho Concursal. Abeledo- Perrot: Buenos Aires.

Hernández Hernández, Ronald. Los órganos en la quiebra. Recuperado en poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/actuales/documents/revs_juds/rev_jud_87/005-organosdelaquiebra.htm

Kleidermacher, Arnoldo y Kleidermacher, Jaime L. (2001). Lecciones de Derecho Concursal. Ad-Hoc: Buenos Aires.

Kosolchyk, Boris, y Torralba, Octavio (1974). Curso de Derecho Mercantil. Litografía Lehman: San José.

León Díaz, José Rodolfo. Concursos. Monografía de lecciones del Seminario de Derecho Civil Sustantivo: procesos concursales. San José.

Mora, Fernando (1982). Introducción al estudio del Derecho Comercial. Juricentro: San José.

Navarrini, Humberto (1943). La quiebra. Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A: Madrid.

Negre de Alonso, Lilliana Teresita. Algunos aspectos sobre la reforma a la ley concursal N°26.684. Recuperada el 16 de octubre en www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=48917&print=2

Panuccio, Vincenzo (1974). Teoriga giuridica dell impresa. Giuffré Editore: Milano.

Pizzi, Alejandro y Brunet, Ignasi (2012). Acción colectiva, autogestión y economía social. El caso de las empresas recuperadas en Argentina. En Revista de Estudios Sociales, N°42, pp.57-70. Bogotá. Recuperado el 19 de octubre, en <http://dx.doi.org/10.7440/res42.2012.06>

Prono R. Continuación De La Empresa En La Quiebra: Análisis De La Nueva Figura En La Ley De Concursos / Ricardo S. Prono [e-book]. Buenos Aires: Ediar, 1977; 1977. Available from: Harvard Library Bibliographic Dataset, Ipswich, MA. Accessed October 19, 2013.

Provinciali, Renzo (1958). Tratado de Derecho de quiebra. Volumen II. Nauta S.A.:Milán.

Ramírez, José (1953). La quiebra. Tomo II. Bosh: Barcelona.

Rivera, Julio César (2003). Instituciones de Derecho Concursal. Tomo II. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires.

Sáenz de Madrid, Carlos (2005). Derecho Concursal. Thompson-Civitas: Navarra.

Satta, Salvatore (1951). Instituciones del Derecho de Quiebra. EJEA: Buenos Aires.

Silvina Olazabal, María (2011). La continuación de la empresa en quiebra en manos de sus trabajadores- empresas recuperadas. Recuperado el 05 de octubre de 2013, en http://www.cpba.com.ar/Consejo/Comites/Jovenes_Graduados/Noticias/2011-10-14_XV_Seminario_Provincial_Empresas_Recuperadas.pdf.

Universidad de Santiago de Compostela, La viabilidad económica-financiera de un proyecto empresarial de base tecnológica. Recuperado el 11 de octubre de 2013, .en http://www.uc3m.es/portal/page/portal/emprendeuc3m/cursos_tfg_emprende/curso_avanzado/ANEXO%201.pdf

Uría, Rodrigo (1996). Derecho Mercantil. Marcial Pons: Madrid.

Tesis de grado

Petgrave Brown, Lyannette (2009). La quiebra y la empresa. Tesis de grado para optar por el grado de doctora en Derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho: San José.

Diccionarios

Garrone, José (1986). Diccionario Jurídico Abeledo- Perrot. Abeledo Perrot: Buenos Aires.

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Unigraf: Madrid.

Sentencias Judiciales

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante N°50 de las 15 horas 30 minutos del 9 de setiembre de 1983.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N°44 de las 14 horas 30 minutos del 15 de junio de 1994.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N°44 de las 14 horas 30 minutos del 15 de junio de 1994.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N°7 de las 14 horas 30 minutos del 2 de febrero de 1994.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 831 de las 09 horas 30 minutos del 03 de noviembre de 2000.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 11 de las 10 horas 20 minutos del 06 de enero de 2010.

Tribunal Segundo Civil Sección I N°281 de las 09 horas 05 minutos del 17 de julio de 2001.

Leyes

Código de Comercio de Costa Rica. Ley N°328424 de abril de 1964 y reformas.

Código Procesal Civil de Costa Rica. Ley N° 7130 del 16 de agosto de 1999 y reformas.

Ley Concursal 22/2003 y sus reformas. España.

Ley de Concursos y Quiebras, Ley 24.522 reformada por ley 26.684. Argentina.

Expediente judicial

NUE 08-000035-958-Ci. Proceso de quiebra de H.S.F.A S.A., tramitado en el Juzgado Concursal del Primer Circuito Judicial de San José.