

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



TESIS
“LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL NUEVO
PROCESO CONCURSAL PANAMEÑO”

PRESENTADA POR
KATHIA DEL CARMEN ROJAS CRUZ

PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL

NOVIEMBRE, 2018



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
SUBDIRECCION DE POSGRADO**



TESIS

**“LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL
NUEVO PROCESO CONCURSAL PANAMEÑO”**

PRESENTADA POR

KATHIA DEL CARMEN ROJAS CRUZ

**PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

**DIRECTOR DE TESIS
DR. ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA**

SAN NICOLAS DE LOS GARZA, NUEVO LEÓN, MÉXICO

NOVIEMBRE DE 2018

Declaración de autenticidad

DECLARO QUE:

1. El presente trabajo de investigación, tema de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor (a) es original, siendo resultado de mi trabajo personal, el cual no he copiado de otro trabajo de investigación.
2. En el caso de ideas, formulas, citas completas, ilustraciones diversas, sacadas de cualquier tesis, obra, artículo, memoria, en versión digital o impresa, se menciona de forma clara y exacta su origen o autor, en el cuerpo del texto, figuras, cuadros, tablas u otros que tenga derechos de autor.
3. Declaro que el que trabajo de investigación que pongo en consideración para evaluación no ha sido presentando anteriormente para obtener algún grado académico o título, ni ha sido publicado en sitio alguno.
4. Soy consciente de que el hecho de no respetar los derechos de autor y hacer plagio, es objeto de sanciones universitarias y/o legales, por lo que asumo cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de irregularidades en la tesis, así como de los derechos sobre la obra presentada.
5. De identificarse falsificación, plagio, fraude, o que el trabajo de investigaciones haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, responsabilizándome por todas las cargas pecuniarias o legales que se deriven de ello sometiéndome a las normas establecidas y vigentes de la UANL.

AUTOR:

FECHA: NOVIEMBRE 2018

FIRMA: _____

INDICE

AGRADECIMIENTO	8
DEDICATORIA	10
ABREVIATURAS	11
1. INTRODUCCIÓN	12
2. ANTECEDENTES.....	18
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	21
4. JUSTIFICACIÓN	23
5. OBJETIVOS	24
5.1 Objetivos Generales	24
5.2 Objetivos Específicos.....	25
6. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	26
7. METODOLOGÍA.....	26
7.1. Hipótesis.....	26
7.2. Diseño de la investigación.....	27
CAPÍTULO I: MARCO INTRODUCTORIO DEL PROCESO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN	29
1.1 Antecedentes, objeto; ámbito y principios	29
1.1.1 Antecedentes del proceso concursal de liquidación	29
1.1.2 Objeto.....	32
1.1.3 Ámbito de aplicación.....	39
1.1.4 Principios	40
1.2 La declaratoria de liquidación.....	44
1.2.1 Presupuestos.....	44
1.2.1.1 Subjetivos	44

1.2.2 Procedimiento	61
1.2.3 El auto de declaración	63
1.2.4 Efectos de la declaratoria.....	70
1.2.5 Intervinientes	91
1.2.5.5 Otros involucrados	102
1.3 Las masas concursales y la calificación de la liquidación.....	103
1.3.1 Masas concursales.....	103
1.3.2 Acreedores de la masa de bienes	111
1.3.3 Calificación de la liquidación.....	113
CAPÍTULO II: CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PREVIO A LA DECLARACIÓN DE LIQUIDACIÓN	120
2.1 Procedimiento previo	120
2.2 La oposición del deudor	125
2.2.1 Motivos.....	125
2.2.2 Requisitos	130
2.2.3 Efectos	133
2.3 Consignación de fondos.....	134
2.3.1 Requisitos	135
2.3.2 Efectos	138
2.4 Acuerdo con el demandante.....	138
2.4.1 Requisitos	139
2.4.2 Efectos	140
2.5 Opción de reorganización	140
2.5.1 Requisitos	140

2.5.2 Efectos	142
2.6 El desistimiento	142
2.6.1 Requisitos	142
2.6.2 Efectos	144
2.7 Improcedencia de la demanda	145
2.7.1 Requisitos	147
2.7.1.1 Que el deudor conteste la demanda, dentro del término legal	147
CAPÍTULO III: CAUSAS ESPECIALES O EXPLÍCITAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN	152
3.1 Consideraciones previas	152
3.2 Acuerdo para solicitar el proceso concursal de reorganización	160
3.2.1 Naturaleza	161
3.2.2 Requisitos	163
3.2.2.1 Existencia de un proceso de liquidación sin importar su causa.....	164
3.2.3 Efectos	173
3.2.4 Problemas que plantea	176
3.3 La inexistencia de activos y bienes para cubrir los créditos contra la masa	177
3.3.1 Requisitos	178
3.3.1.1 Inexistencia de bienes y activos	182
3.3.2 Efectos	191
3.3.3 Problema que plantea.....	195
3.4 Insuficiencia de bienes para responder a proceso pendiente.....	197
3.4.1 Requisitos	197
3.4.1.1 Insuficiencia de bienes	198

3.4.2 Efectos	203
3.4.3 Problemas que plantea	204
3.5 Distribución Final	205
3.5.1 Requisitos	205
3.5.1.1 Liquidación de los bienes	205
3.5.2 Efectos	210
3.5.3 Problema que plantea	213
CAPÍTULO IV: CAUSAS NO ESPECIALES O IMPLÍCITAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN	214
4.1 El desistimiento	214
4.1.1 Concepto	214
4.1.2 Admisibilidad	217
4.1.3 Requisitos	221
4.1.3.1 El desistimiento debe ser de la pretensión	221
4.1.4 Efectos	226
4.2 La falta de pluralidad de acreedores	227
4.2.1 La Junta de Acreedores	227
4.2.2 Admisibilidad	228
4.2.3 Requisitos	229
4.2.3.1 Debida publicación del edicto emplazatorio	229
4.2.3.4 Efectos	235
4.3 La transacción judicial	236
4.3.1 Concepto	236
4.3.2 Admisibilidad	238

4.3.3 Requisitos	241
4.3.3.1 A de ser judicial	242
4.3.4 Efectos	246
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	248
5.1 CONCLUSIONES.....	248
5.2 RECOMENDACIONES.....	252
BIBLIOGRAFÍA.....	254

AGRADECIMIENTO

Al Dr. Arnulfo Sánchez García, por su apoyo, asesoría y disponibilidad, a pesar de la distancia.

Al Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez, por su colaboración y orientación.

A mi esposo, Dr. Alejandro A. Román, por sus consejos y paciencia.

DEDICATORIA

A Dios Todopoderoso, centro y luz de mi vida.

A mi esposo e hijos, Katherynne Yulieth, Yaell Arturo y Dásvell Alejandro,
parte integral y pilares de mi vida

A Kemely Ivanna, una bendición más a mi vida.

A mis padres y hermanos fuente de motivación.

ABREVIATURAS

Código Judicial	CJ
Código de Comercio	CdC
Código Civil	CV
Ley de Procesos Concursales de Insolvencia	LPC
Proceso Concursal de Liquidación	PCL

1. INTRODUCCIÓN

Los procesos concursales de insolvencia son los medios dispuestos por la ley para responder a la situación anómala de una sociedad mercantil o persona natural comerciante, que se encuentra en una crisis económica que potencialmente las puede llevar a desatender cabalmente sus obligaciones. La insolvencia económica no sólo es de interés o de incumbencia para el deudor y sus acreedores, por las repercusiones que ella tiene en las relaciones jurídicas entre partes. También lo es para el crédito en general, en la medida que él está fundado en la confianza y credibilidad que existe entre los agentes económicos y entre éstos y los consumidores, de manera que una empresa liquidada despierta preocupación en el sistema económico, más aún si ella es de alto perfil.

Por lo que ello significa en nuestra vida y la paz social, todos queremos vivir en un país con economía vigorosa, en crecimiento y desarrollo sostenible, estable y confiable, sin mayores contratiempos. Este escenario nos permite, en principio, desarrollar nuestras potencialidades y alcanzar nuestros sueños sin mayores traumas personales y sociales. La crisis de las empresas no es ajena a semejantes designios, por las implicaciones que pueden tener en el empleo, en el orden económico y en la libre competencia. Dadas sus consecuencias, que van más allá del mero incumplimiento de las obligaciones entre las partes, los procesos concursales de insolvencia despiertan un doble interés, público y privado, que se manifiesta en su naturaleza y alcance. El interés público se manifiesta en la intervención del Estado, a través de la administración de justicia, que pretende salvaguardar el orden económico, y la paz social, protegiendo el crédito y a los

acreedores. El interés privado se manifiesta en la participación de las partes involucradas, o sea del deudor y los acreedores.

Es por ello que los procesos concursales de insolvencia son extraordinarios, reservados para las personas naturales comerciantes y las sociedades mercantiles que experimentan problemas económicos, inatendibles por otros medios. Es una institución de interés tanto para el Derecho Mercantil como para el Derecho Procesal, dado que para el primero involucra al comerciante individual y social, y para el segundo se trata de un proceso. Son procesos cuyas normas son de orden público, por lo tanto, de obligatorio acatamiento para los interesados.

El proceso concursal de liquidación goza de características extraordinarias, con caracteres, propósitos y principios propios, que claramente lo distingue de los demás procesos de ejecución. La unión forzada de los acreedores producto del principio de colectividad, con salvadas excepciones (acreedores con crédito privilegiado: como el hipotecario y prendario, y los acreedores con procesos abiertos con más de 4 años de antelación), los compele a comparecer en el proceso como única vía posible para satisfacer sus acreencias. Están llamados a concurrir al proceso como vía legal para hacer efectivos sus créditos, determinando dicha concurrencia, por un lado, el tribunal competente, restringiendo el derecho de los acreedores a decidir cuándo y dónde acceder a la administración de justicia; y por otro lado, provoca la constitución de la junta de acreedores, como órgano de expresión de la voluntad colectiva, que prevalece sobre la voluntad individual. El interés colectivo de la masa de acreedores, como reza el artículo 2 de la LPC, se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor.

El proceso concursal de liquidación es universal¹, por lo que tiene un alcance del que carecen los otros procesos. Este principio hace que tenga efectos y consecuencias que rebasan las pretensiones individuales del acreedor solicitante y de los acreedores concurrentes por separados. Su apertura acarrea el embargo colectivo del patrimonio embargable del deudor, excepto de aquellos bienes gravados con garantía hipotecaria, pignoratícia y anticresis, cuyos titulares opten por hacer valer sus créditos privilegiados en procesos ejecutivos paralelos. De esta forma, la apertura del proceso no sólo afecta los bienes de interés para el acreedor o acreedores solicitantes, sino también los demás bienes embargables del deudor, no importa su ubicación.

El principio de igualdad o paridad de condición “*pars conditio creditorum*”² pretende el tratamiento equitativo de todos los acreedores que concurren al proceso, siendo sus créditos reconocidos por la junta de acreedores o por el juez, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos, previstas en el Código Civil, como tipo de documento, fecha de la obligación, etc. Este principio desplaza al individualismo, en favor del colectivismo. No es el que demanda o secuestra primero el que satisface por adelantado su crédito, en detrimento de los demás acreedores del deudor común. El proceso da lugar a una comunidad de pérdida, en la que los créditos serán cubiertos en función al patrimonio del deudor y a las reglas sobre graduación y preferencias de los créditos.

¹ ESCUTI A, Ignacio - JUNYENT BAS, Francisco, Derecho Concursal, Buenos Aires, 2006, p. 71.

² Sobre el sentido y alcance de este principio, véase a ESCUTI A., Ignacio - JUNYENT BAS, Francisco, ob. cit., pág. 73.

El principio de negociabilidad apunta hacia la conducta que debe prevalecer entre las partes, durante todas las etapas del proceso. Busca que las actuaciones y gestiones procesales propicien un ambiente de buena fe, donde se imponga la negociación no litigiosa y proactiva. La búsqueda del imperio de la voluntad mayoritaria, expresada en razón a los votos por personas y por capital, es garantizada a través de reglas establecidas en la Ley.

El carácter mercantil se manifiesta en la condición de comerciante que debe tener el deudor. Este proceso está reservado a las personas naturales comerciantes y a las sociedades mercantiles inscritas o no inscritas en el Registro Público de Panamá. Pero este régimen sólo opera para la apertura del proceso, ya que una vez declarada la liquidación, los acreedores sin distinción de tipo de créditos, están llamados a comparecer para hacer valer sus acreencias.

De acuerdo con el primer artículo de la Ley 12 de 19 de marzo de 2016, el régimen concursal de insolvencia tiene por objeto la protección del crédito y de los acreedores. Para tales efectos, la ley contempla el proceso concursal de reorganización y el proceso concursal de liquidación. El primero tiene como finalidad alcanzar el objeto antes mencionado, mediante la recuperación y conservación de la “empresa eficiente”³, unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. El segundo tiene como

³ El primer artículo utiliza esta expresión, a nuestro modo de ver inaceptable, en función a que el rescate de la empresa va más allá de que sea eficiente o ineficiente, siempre que sus dificultades económicas así lo permitan. Además, la eficiencia puede ser un problema de administración empresarial, que justamente la reorganización pretenderá resolver. Amén del debate que se cierne sobre el concepto y alcance de los términos eficiente e ineficiente en el mundo económico y el jurídico.

propósito alcanzar el mismo objeto, pero a través de una liquidación judicial pronta y ordenada de la “empresa ineficiente”⁴.

Semejante propósito, ceñido a los principios que estructuran la naturaleza particular del proceso concursal de liquidación, hacen que el tema de las causas de terminación del proceso sea una materia pendiente en nuestro país. Máxime cuando son escasas las normas prácticamente no existe bibliografía al respecto, siendo escasísima la jurisprudencia en relación con su antecedente inmediato: el proceso de quiebra.

Las causas de terminación del proceso le ponen fin al mismo. La Ley contempla causas específicas por las cuales el proceso concursal de liquidación concluye. Causas que finalizan el proceso, en función a que se logra su propósito, al liquidarse el patrimonio embargado del deudor y distribuirse su producto entre los acreedores, según la graduación de los créditos; o en función a la imposibilidad de alcanzarlo, debido a que no existen bienes para responder de las obligaciones reconocidas en el proceso (considerada más bien una causa de clausura del proceso).

El tema es abordado en esta investigación mediante el análisis crítico de las causas especiales expresamente establecidas, exponiendo sus requisitos y efectos, así como sus ambigüedades y vacíos. También son estudiadas otras causas de terminación no previstas en la ley, a fin de determinar su aplicabilidad, en la medida que son propias a la naturaleza del proceso concursal de liquidación, moldeada por su propósito, principios y alcances. Es decir, distinguimos entre causas de conclusión explícitas y causas de conclusión implícitas,

⁴ Vale el comentario de la nota anterior.

según si están previstas expresamente en la ley (aquellas) y sin son productos de la naturaleza particularísima del proceso (éstas).

En este sentido, es examinada la apertura del proceso concursal de reorganización, en razón a la solicitud del deudor o de la decisión de la junta de acreedores, de terminar el proceso concursal de liquidación para acogerse a dicho proceso; la inexistencia de bienes y activos para liquidar y la inexistencia de bienes para responder a proceso pendiente del deudor, causas que hacen ilusorio el propósito del proceso de garantizar la protección de los créditos y de los acreedores, mediante una liquidación judicial pronta y ordenada de la “empresa ineficiente”; y por último, la resolución del juez que declara terminado el proceso, al darse la distribución final y al haberse aprobado el informe final presentado por el liquidador.

En cuanto a otras causas no expresamente establecidas por la Ley 12, las implícitas, son analizadas el desistimiento del demandante y/o de los demás acreedores de su pretensión, la transacción y la no concurrencia de acreedores, original o sobrevenida. Estas causas no expresas, pero implícitas del proceso concursal de liquidación, son expuestas desarrollando sus características y destacando las situaciones en que son aplicables. La LPC prevé un procedimiento previo a la declaratoria de liquidación. Con antelación a las causas de terminación expresas e implícitas de conclusión del proceso, exponemos las causas de conclusión del procedimiento previo. Son éstas, la oposición del deudor, la consignación de fondos por el deudor, el acuerdo entre el deudor y el demandante, la opción de reorganización acogida por el deudor y la contestación de la demanda negando la pretensión del demandante.

2. ANTECEDENTES

Los antecedentes ponen de manifiesto las circunstancias que intervinieron o propiciaron el problema de investigación.⁵ La reciente Ley 12 de 19 de mayo de 2016, que regula el proceso concursal de liquidación, tiene como antecedente el Libro III del Código de Comercio, que regulaba la quiebra. Este libro fue derogado por la Ley 12. La regulación mercantil de la quiebra en Panamá data del año 1917, recogida en el Código de Comercio de ese año, que tuvo como modelo los códigos de comercio francés y español del siglo 19. La quiebra aparecía en el Libro Tercero del mencionado código, del artículo 1534 al 1648. Por su parte, el Código Judicial la regulaba en el Título XV (Quiebra y Concurso de Acreedores) del Libro Segundo, del artículo 1786 al 1912. El Código Judicial es de la década de los 80, habiendo sido modificado en varias ocasiones. Muchas de estas normas fueron modificadas y derogadas por la Ley 12.

Durante su vigencia, el Código de Comercio fue objeto de escasísimas modificaciones, centradas particularmente en el efecto de la declaración judicial de quiebra en relación con la persona del fallido, específicamente al impedimento de salida del país. Por muchos años, la quiebra no despertaba interés, por lo que prácticamente no mereció análisis por la doctrina y la jurisprudencia.

Sin embargo, en las últimas décadas el panorama cambió, en virtud de determinadas quiebras, que pusieron en evidencia los vacíos y contradicciones que

⁵ Sánchez, Arnulfo, Protocolo de investigación, en la obra Métodos y técnicas cualitativas y cuantitativas aplicables a la investigación en ciencias sociales, Tirant Humanidades, México, D. F., 2014, p. 51.

existían en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, mostrándose insuficientes e inadecuadas para atender y resolver las situaciones que planteaba, principalmente en torno a las causas de su terminación. Hizo falta la quiebra de tres empresas de alto perfil, para promover y desarrollar su estudio doctrinal y el debate sobre su regulación, ante la evidente necesidad de modernizar la legislación y la jurisprudencia, incorporando los argumentos, instrumentos y mecanismos que imperan en otras latitudes, con mayor experiencia y desarrollo en el tema.

El Código de Comercio y el Código Judicial establecían como causas especiales de finalización del proceso universal de quiebra, hoy día proceso concursal de liquidación, las siguientes: la demanda de reposición, que era el medio de impugnación a disposición del deudor, en contra del auto declaración de quiebra, con el fin de reponer las cosas a su estado original, con salvadas excepciones, como los actos de administración lícitamente efectuados por el curador (v.gr. la contratación del personal de custodia durante la duración del proceso). El concordato o acuerdo judicial, homologado por el juez, celebrado entre la junta de acreedores y el deudor, con el voto favorable de la mayoría absoluta de los acreedores, que representaban las tres cuartas partes del pasivo reconocido. La insuficiencia de activos para cubrir los gastos del proceso y la distribución del producto de la liquidación.

De estas cuatro causas especiales la reciente ley de procesos concursales de insolvencia sólo ha incluido las dos últimas. Excluyó la demanda de reposición en manos del deudor para impugnar el auto declaratorio. En su lugar, introduce la oposición del deudor a la demanda del acreedor, la cual tiene un fundamento más limitado, toda vez

que a primera vista se centra en la oposición del crédito reclamado (aparentemente no se centra en la procedencia de la apertura del proceso, al no darse la situación económica anómala que justifica este proceso extraordinario). También excluyó el concordato, pretendiendo reemplazarlo por la decisión de la junta de acreedores de acogerse al proceso concursal de reorganización, con los rigores, cargas y consecuencias que éste supone (como por ejemplo, el nombramiento del administrador y del supervisor del plan de reorganización, y la reapertura del proceso de liquidación sino se aprueba el Acuerdo de Reorganización).

No obstante, se han reproducido muchas de las deficiencias y ambigüedades de la legislación anterior, por lo que persisten vacíos e incertidumbres respecto a la aplicación y efectos de las causas expresamente previstas en la ley, así como incertidumbres sobre la admisibilidad de otras causas que sin ser expresas, se entienden implícitamente incluidas, dada la naturaleza particular del proceso concursal. En este sentido persisten, entre otros problemas, definir con claridad y certeza los efectos que tiene la terminación (mejor dicho clausura) del proceso por inexistencia de bienes, en los créditos y las acciones procesales, y el tiempo que puede perdurar este status. Nada se dice sobre la admisibilidad de otras causas, como la no comparecencia de acreedores en el caso de que el proceso sea abierto a instancia del deudor, o la no comparecencia de otros acreedores adicionales al acreedor petionario. La ley guarda silencio sobre admisibilidad de otras causas como el desistimiento del acreedor demandante, sin comparecer ningún otro acreedor, la transacción judicial con el ánimo de concluir el proceso sin someterse a los rigores y cargas del proceso concursal de reorganización.

Este es el escenario que sirve de antecedente a la presente tesis doctoral. La tarea no resultaba nada fácil, dada la poca referencia bibliográfica sobre el tema. Pero no cabe duda de que existe un vacío que debe ser objeto de análisis por los estudiosos del derecho, siendo el Doctorado en Derecho Procesal una tribuna propicia para semejante cometido.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema de investigación es la parte medular de cualquier trabajo científico, por lo que el investigador debe tener presente si el mismo es abordable.⁶ Para que el planteamiento del problema sea bueno es insoslayable describirlo de forma clara y precisa, señalando las causas del problema.⁷ El planteamiento del problema responde a la formulación de preguntas en relación al problema de investigación. No es necesario que todas conduzcan a respuestas. Lo importante es que el investigador las tenga claras y la formule teniendo presente los objetivos de la investigación.⁸

En este sentido, para realizar la presente investigación nos preguntamos si además de las tres causas expresamente mencionadas en la LPC de terminación del proceso

⁶ SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo, ob. cit., p. 49

⁷ SÁENZ LÓPEZ, Karla Annet Cynthia; RODRIGUEZ BURGOS, Karla Eugenia, Habilidades investigativas, en la obra Métodos y técnicas cualitativas y cuantitativas aplicables a la investigación en ciencias sociales, ob. cit., p. 88.

⁸ MUÑOZ ROCHA, Carlos I., Metodología de la Investigación, Editorial Progreso, S.A. de C.V., Ciudad de México, 2016, pp. 144 y 145

concurzal de liquidación (acuerdo para reemplazar el proceso de liquidación por otro de reorganización, la inexistencia de bienes y activos para cubrir los créditos contra la masa y la inexistencia de bienes para responder a proceso pendiente), son las únicas aplicables en el ordenamiento jurídico panameño, o si por el contrario es posible aplicar otras, teniendo presente que la lista de causas de terminación de dicho proceso es en número cerrado.

Buscamos verificar que el proceso concursal de liquidación no sólo termina por las causas expresamente mencionadas en la ley de los procesos concursales de insolvencia, cuya regulación presenta vacíos, inconsistencias y ambigüedades, sino que también son admisibles otras causas, sin que estas últimas contravengan la naturaleza del proceso, determinada por su objeto, principios y normativa.

Ante el hecho de que las causas expresas de terminación del proceso concursal de liquidación presentan inconvenientes en su aplicación, en virtud a los vacíos y ambigüedades en su regulación, y que existen otros supuestos que inciden en el curso del proceso, de manera que impiden su continuidad, el problema de investigación consiste en: exponer los vacíos e inconsistencias de las causas especiales o explícitas, aportando soluciones interpretativas; e identificar y examinar las causas no expresas, pero implícitas en la propia LPC y en el Derecho Concursal Panameño, que imposibilitan, de manera fáctica y de derecho, la continuidad del proceso. Todo ello en el marco de la seguridad jurídica y el debido proceso.

4. JUSTIFICACIÓN

La justificación como esfuerzo humano está motivada por una fuerza llamada a realizar un acto de utilidad para la sociedad.⁹ La justificación del problema de investigación consiste en explicar por qué y para qué es realizada la misma, partiendo de interrogantes tales como que se busca y cuáles son sus propósitos, cuáles son nuestras pretensiones y cuáles son sus objetivos?¹⁰ Razones y preguntas que orientan y dan sentido a la investigación.

En el pasado reciente, los jueces han sido sumamente cautos al admitir y aprobar solicitudes de terminación del proceso de quiebra. Tal proceder tenía su fundamento en vacíos, inconsistencias, y ambigüedades del Código de Comercio, las cuales en buena parte no han sido resueltas en la nueva ley de procesos concursales de insolvencia.

Esta realidad sirve de escenario y de justificación a la presente investigación para optar al título de doctorado. La necesidad de estudiar la problemática que plantea la terminación del proceso concursal de liquidación constituye la razón de ser de nuestra inclinación por el tema y de nuestro interés por contribuir a soluciones posibles, realizando una investigación pertinente, sistemática e innovadora, en búsqueda de propiciar y enriquecer el debate, pese al grave inconveniente que significa la ausencia de

⁹ Sánchez, Arnulfo, ob. cit., p. 52.

¹⁰ MUÑOZ ROCHA, Carlos I., ob. cit., p. 143.

bibliografía y jurisprudencia. Circunstancia que debe ser considerada en su justa dimensión, partiendo de la premisa de que el trabajo es un esfuerzo en la dirección correcta, ante semejante escenario, que requiere de parámetros más flexibles. Claro está que esta circunstancia hace que la investigación sea un gigantesco reto, que he asumido desde que elegí el tema.

Las causas especiales o explícitas de terminación del proceso concursal de liquidación establecidas en la Ley, no solo presentan vacíos, inconsistencias y ambigüedades que requieren alternativas de solución, sino que también son insuficientes, por lo que son admisibles otras causas no explícitas, pero si implícitas, que no contravienen a la naturaleza del proceso, determinada por su objeto, principios y normativa.

5. OBJETIVOS

La investigación tiene razón de ser si busca resolver o contribuir a resolver un problema.¹¹ Por lo tanto, es fundamental identificar el problema y establecer con claridad los objetivos que pretende alcanzar la investigación. La presente investigación tiene objetivos generales y objetivos específicos.

5.1 Objetivos Generales

¹¹ MUÑOZ ROCHA, Carlos I., ob. cit., p. 142.

- Investigar sobre la terminación del proceso concursal de liquidación, a fin de analizar y destacar las causas aplicables, mediante el estudio de sus presupuestos, elementos constitutivos y efectos.
- Contribuir al desarrollo del tema investigado, propiciando y enriqueciendo el debate, en búsqueda de posibles soluciones ante los vacíos, inconsistencias y ambigüedades que existen en torno al mismo, y ante la casi inexistente producción doctrinal y jurisprudencial.

5.2 Objetivos Específicos.

- Analizar los presupuestos, elementos constitutivos y efectos de las causas especiales o explícitas de terminación del procedimiento previo y del proceso concursal de liquidación, exponiendo los vacíos, inconsistencias y ambigüedades que presenta la legislación, proponiendo, a la vez, alternativas interpretativas de solución.
- Determinar que las causas especiales o explícitas son insuficientes para dar respuestas a supuestos que inciden en el curso del proceso concursal de liquidación, de manera que impiden su continuidad.
- Establecer y estudiar causas de terminación no especiales, o sea implícitas, que son admisibles en el proceso concursal de liquidación, sin que las mismas contravengan la naturaleza del proceso, definida por su objeto, principios y normativa.

6. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Si las causas especiales o explícitas consagradas en la LPC para la terminación del procedimiento previo y del proceso concursal de liquidación, son eficaces y suficientes, de manera que cubren las distintas situaciones que impiden la continuidad del proceso, o si por el contrario, son admisibles otras causas, que por la naturaleza particular de dicho proceso, se entienden implícitas?

En otras palabras ¿Sí la lista de causas de terminación del procedimiento previo y del proceso concursal de liquidación contenida en LPC, es cerrada o taxativa, o si por el contrario es abierta, de modo que admite otras causas que se derivan de la naturaleza de dicho proceso?

7. METODOLOGÍA

Para desarrollar la tesis doctoral utilizaremos como instrumento metodológico el enfoque analítico, inductivo y deductivo, lo que implica realizar un análisis crítico de la regulación, referente a las causas de conclusión del proceso concursal de liquidación.

7.1. Hipótesis

Las causas especiales o explícitas consagradas en la LPC para la terminación del proceso concursal de liquidación son deficientes e insuficientes, por lo que son admisibles otras causas que, dada la naturaleza particular de dicho proceso, se entienden implícitas.

Es decir, que la oposición al crédito, la consignación de fondos para pagar el crédito reclamado, el acuerdo para pagar el crédito demandado, el desistimiento del acreedor demandante y la solicitud de reorganización en el procedimiento previo, y el acuerdo de apertura del proceso de reorganización, la falta de activos y bienes para cubrir los gastos del proceso de liquidación, la falta de bienes y activos para cubrir el proceso pendiente y la distribución final para terminar el proceso de liquidación, son deficientes e insuficientes, siendo admisibles el desistimiento de la pretensión, la transacción judicial y la no pluralidad de acreedores.

7.2. Diseño de la investigación

Considerando el tipo de investigación realizada en esta tesis, el mismo nos indica que es de tipo descriptivo y analítico, que expone y examina el proceso concursal de liquidación y sus causas de terminación en la Ley 12 de 19 de mayo de 2016. Analiza y detalla, desde un punto de vista crítico, la normativa de la ley, resaltando las particularidades y generalidades que presenta, partiendo de la perspectiva de que, dada la naturaleza del proceso y las insuficiencias e inconsistencias de la ley, son admisibles no solo las causas de terminación expresamente contempladas en ella, sino también las que implícitamente se desprenden de sus disposiciones, que lejos de ser contrarias a su objeto, sentido y alcance, los fortalecen.

Para el desarrollo de la tesis utilizamos como metodología el enfoque analítico, inductivo y deductivo, lo que implica realizar un análisis crítico de la regulación de la Ley 12 de 2016, en lo referente al fenómeno estudiado. Por ende, revelamos los aspectos positivos y negativos que presenta, tanto sus fortalezas y avances, como sus debilidades desaciertos (e insuficiencias e inconsistencias).

Utilizando el método inductivo, mediante el cual a través de la observación, clasificación y examen de los hechos y pruebas particulares se obtienen conclusiones generales, revisamos aspectos que distinguen al proceso concursal de liquidación y cada una de las causas de su terminación construyendo conclusiones o proposiciones generales que complementan o integran la interpretación de la Ley 12 de 2016. Son proposiciones alternativas ante sus insuficiencias e inconsistencias.

Utilizamos el método deductivo, mediante el cual se llega a una conclusión producto de premisas que siendo válidas, implícitamente la contienen, exponemos la generalidades que destacan al proceso concursal de liquidación y a cada una de sus causas de terminación, para inferir conclusiones o proposiciones particulares que permiten construir alternativas ante las insuficiencias e inconsistencias de la ley.

CAPÍTULO I: MARCO INTRODUCTORIO DEL PROCESO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN

1.1 Antecedentes, objeto; ámbito y principios

1.1.1 Antecedentes del proceso concursal de liquidación

La quiebra es el antecedente directo del proceso concursal de liquidación en nuestro ordenamiento jurídico¹². La quiebra estaba regulada en el Libro Tercero del Código de Comercio de 1917, del artículo 1534 al artículo 1648, y en el Código Judicial, junto al concurso de acreedores, del artículo 1786 al 1912. La Ley 12 de 19 de mayo de 2016 derogó el Libro Tercero del Código de Comercio y estableció el régimen de los procesos concursales de insolvencia. También son citables como antecedentes menos directos el Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, del régimen bancario, y la Ley 12 de 3 de abril de 2012, modificada por la Ley 62 de 5 de octubre de 2012, del negocio de seguro y reaseguro. Ambas leyes establecen procesos especiales de liquidación, voluntaria o forzosa, aplicables a las entidades bancarias y a las empresas de seguro y reaseguro. Aunque la LPC deroga el Libro Tercero del Código de Comercio, la misma incorpora muchas de sus normas al nuevo régimen, sobre todo las referentes a los efectos del proceso concursal de liquidación en relación con la persona del deudor, a su patrimonio y

¹² La liquidación en el concurso de acreedores, señala Díaz Martínez, Manuel. El proceso concursal, Editorial Centro de Estudios, Ramón Areces, S.A., España, 2006, p. 199, refunde la tradicional, quiebra mercantil y el concurso de acreedores civil, configurándose como una respuesta alternativa a la del convenio, siendo una solución subsidiaria “in extremis” que solo opera cuando la solución natural del concurso, el convenio no lo logre.

actos jurídicos realizados por él, a la cesación de pago como presupuesto para declararlo y al período sospechoso; reproduciendo en buena parte las incertidumbres, inconsistencias y vacíos existentes.

A diferencia de la LPC, el Código de Comercio destinaba el proceso de quiebra a cualquier persona natural o jurídica, comerciante o no, que incurriera en la cesación de pago de una o más obligaciones provenientes de actos de comercio. De esta manera, el proceso de quiebra era aplicable a toda persona sin distinción, tuviera o no la cualidad de comerciante o sociedad mercantil, excepto a los bancos y a las compañías de seguro y reaseguro. Al igual que el proceso concursal de liquidación, la quiebra era universal, ya que afectaba todo el patrimonio embargable del deudor e incluía a todos sus acreedores, excepto los que tuvieran créditos privilegiados sobre determinados bienes.

La regulación de la quiebra presentaba muchas ambigüedades, omisiones e inconsistencias, lo que ameritaba una nueva legislación que respondiera a las necesidades actuales y a los intereses involucrados, ante la legítima preocupación, cada vez más apremiante, de destinar exclusivamente este proceso especial y extraordinario a las empresas cuyas dificultades económicas y financieras le impiden su salvamento, procurando una liquidación que satisfaga de mejor forma los créditos de los acreedores y los derechos laborales de sus colaboradores. Una regulación que evitara los excesos de la quiebra, con plazos más cortos y con presupuestos para su declaración más precisos, a fin

de imposibilitar su utilización como medio abusivo para causar daño,¹³ o como medio eficaz de gestión de cobro, desnaturalizando su carácter sui generis.

Con semejante propósito el legislador decidió reemplazar la quiebra por el proceso concursal de liquidación, haciendo algunas adecuaciones y cambios en la normativa, usando como fuente directa el Código de Comercio de 1917. La comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley utilizó como fuente el derecho comparado y la doctrina, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico aspectos novedosos como la audiencia inicial para examinar y debatir sobre la viabilidad de la apertura del proceso¹⁴.

La comisión tuvo como afán impulsar la promulgación de una nueva ley que recogiera los avances en este tema, a modo de facilitar mejores soluciones a la problemática que plantea para el deudor, los acreedores, los trabajadores, el Estado y las empresas en dificultades económicas y financieras, o en estado de insolvencia. Es notorio el propósito de recoger en una sola ley, procedimientos que en otras latitudes, en otrora, aparecían dispersos en el ordenamiento jurídico. La comisión se hizo eco del llamado de los especialistas que abogan por la unificación de los procesos concursales, como fórmula para dar un mejor tratamiento a la problemática mencionada.¹⁵ Hay un evidente interés

¹³ Román Sánchez, Alejandro, Apuntes de quiebra, Universal Books, Panamá, 2013, pág. 49

¹⁴ Para consultar sobre los antecedentes históricos de la quiebra véase Cervantes Ahumada, Raúl, Derecho de Quiebra, Editorial Herrera, S.A., México, 1971, p. 19 al 27.

¹⁵ Múltiples son las razones esgrimidas por los autores en favor de un proceso único. Para Asaza Upegui, Álvaro (La liquidación obligatoria como sustituto del proceso de quiebra, XI Congreso Nacional de Derecho Comercial, Dialnet, 5620598, 2010, pp. 141 y 142) varias son las razones que justifican la unificación, que acaba con la dicotomía de un proceso de concordato, como preventivo a la quiebra, el proceso de quiebra y el concurso de acreedores. 1. Los avances del comercio y de la economía reclaman métodos más eficaces para la recuperación de la empresa en crisis. 2. La no contraposición entre el interés de los acreedores y la conservación de la empresa en crisis. 3. La inconveniencia del divorcio entre los principios del concordato preventivo y la quiebra. 4. La lentitud del proceso de quiebra, que no satisface los intereses de los

por hacer que la LPC sea más eficiente que el Código de Comercio, incorporando normativas que hagan posible semejante y encomiable cometido.¹⁶

1.1.2 Objeto

La quiebra tenía un objeto más limitado, y por tanto, menos ambicioso que el proceso concursal de insolvencia. Si bien el interés público estaba presente a través de la intervención del Estado, había una evidente primacía del interés privado, expresado en la supremacía del interés colectivo (conjunto de acreedores) sobre el interés individual (de cada acreedor por separado). El interés se centraba en la realización de los créditos y, consecuentemente, en la satisfacción de los acreedores, mediante la liquidación y distribución del patrimonio del fallido. Poco o casi nada podía hacer el juez para salvaguardar fines públicos, como la consecución de la riqueza nacional, la protección de

acreedores. 5. La poca confianza que tienen los acreedores en el proceso de quiebra. 6. Lo positivo que había resultado el concordato preventivo.

¹⁶ La tarea de hacer más eficiente una ley concursal, según López Gutiérrez, Carlos; Torre-Olmo, Begoña; y Sanfilippo-Azofra, Sergio (Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia, *Innovar, Revista de Ciencias Administrativas y Sociales*, Vol. 21, núm. 41, julio-septiembre, 2011, pp. 127 a 137), no es nada sencilla. Sin embargo, sostienen que lo importante no es si la ley es eficiente o no. Lo importante es que si las medidas que consagra son realmente útiles para alcanzar los objetivos propuestos.

Los autores afirman que en virtud a que la legislación concursal debe armonizar el destino de la empresa con la compensación a los acreedores, su eficiencia es de tres tipos: eficiencia ex ante, eficiencia intermedia y eficiencia ex past, las cuales se relacionan con tres períodos de tiempo distintos dependiendo de la información que se tenga en cada uno de éstos. La eficiencia ex ante, que tiene que ver con el período anterior al momento en que la empresa tiene dificultades financieras, busca que el deudor no adopte decisiones en perjuicio de sus acreedores, incentivando la ley mecanismos para que los acreedores ejerzan una actividad de control. La ley castiga a los directivos responsables de la insolvencia de la empresa, una vez declarado el concurso.

La eficiencia intermedia, que se produce estando la empresa en dificultades financieras, pero sin ser parte de procedimiento legal, busca maximizar el valor de las empresas en este estado, antes de que sean declaradas en concurso. La eficiencia ex past, que se produce habiéndose declarado el concurso, en cuyo caso no hay que decidir si la empresa debe continuar o liquidarse, busca maximizar el valor de la empresa insolvente dentro del proceso concursal, por lo que deberán liquidarse cuando su valor de liquidación sea mayor que como empresa en actividad.

la libre competencia económica y la preservación de la fuente de empleo, a través del saneamiento de la empresa con dificultades económicas y financieras, pero recuperable¹⁷.

Su participación se limitaba a dar seguimiento al procedimiento previsto, sin que las normas concibieran un proceso de reorganización de la empresa. La vía para evitar la suerte final de la empresa era el concordato o acuerdo entre acreedores y deudor¹⁸, adoptado en junta de acreedores con el voto de la mayoría absoluta de los acreedores concurrentes cuyos créditos habían sido reconocidos, que representaban las tres cuartas partes del pasivo. El concordato sólo podía acordarse dentro del mismo proceso de quiebra, con los rigores que el mismo entrañaba en relación con la persona del fallido (impedimento de salida del país, obligación de comparecer al proceso cada vez el juez lo requería, etc.), en relación con su patrimonio (pérdida de las facultades de administración y disposición de sus bienes, el embargo colectivo de todos sus bienes embargables, suspensión de los intereses, etc.) y en relación con ciertos actos jurídicos realizados por él durante el proceso y dentro del período sospechoso (nulidad de los contratos gratuitos en los que traspasa bienes, en favor de parientes y otras personas; nulidad de la dación en pago de obligación exigibles; etc.)

¹⁷ El procedimiento de quiebra, señala Cervantes Ahumado, Raúl (Derecho de quiebra, Editorial Herrero, S.A., México, 1971, pág. 19 y 27) tiene por objeto, de ser posible, superar el estado de impotencia patrimonial de una empresa mercantil, que le impide cumplir con sus obligaciones por medios normales, de manera que si fuera imposible su recuperación, liquidar sus bienes para distribuir su importe entre sus acreedores. En fin, “Se llama juicio de quiebra al procedimiento a que se somete a la empresa insolvente, para superar el estado de insolvencia de la misma, o para, si ello fuere posible, liquidar su activo patrimonial y distribuir el importe de la liquidación a prorrata entre los acreedores”

¹⁸ Pereira, Rudy (Manual de Derecho Concursal Universal Externado de Colombia, Colombia, 2006, pág. 46 a 50) reconoce la importancia del concordato en la consecución del interés público de recuperar y preservar la empresa con dificultades económicas y financieras. Admite que el concordato tiene semejante objeto, pero que se diferencia de la liquidación obligatoria, en que ésta tiene por propósito la realización de los bienes del deudor, ante la imposibilidad de recuperación, para destinar su producto al pago de sus deudas. Indica que el concordato tiene como interés, el público de preservar y recuperar la empresa (interés que prevalece), la protección del crédito y el interés del deudor (protegerlo de los abusos de la justicia privada).

En proceso concursal de insolvencia tiene un propósito más amplio, donde es posible conjugar en mejor forma el interés público y el interés privado. Su objeto rebasa el interés de proteger a los acreedores y al crédito. En él hay cabida para asegurar fines más generales, en interés del Estado y de la sociedad. La Ley prevé el salvamento de la empresa económicamente recuperable, mediante el proceso concursal de reorganización¹⁹, que puede surgir de un proceso concursal de liquidación o de modo propio, a solicitud del deudor, la junta general de acreedores de un proceso de liquidación o del representante de un proceso concursal de insolvencia extranjero.

El objeto del proceso concursal de liquidación es proteger y asegurar el orden económico nacional, los acreedores, el crédito, las fuentes de empleo y el proceso de libre competencia económica, así como acrecentar la riqueza nacional, mediante una liquidación judicial pronta y ordenada de la empresa “deficiente”. Como vemos, junto al interés de proteger al crédito y a los acreedores, está el interés menos privatista de proteger la fuente de empleo, el ordenamiento económico nacional y otros propósitos. El ordenamiento económico nacional, en cuanto a que el cierre y liquidación de una empresa puede incidir negativamente en él, afectando el crecimiento económico y la paz social. La fuente de empleo, en cuanto a que el cierre y liquidación de la empresa puede incidir negativamente en ella, afectando el poder adquisitivo y la estabilidad económica y social de trabajadores.

¹⁹ En un interesante estudio teórico-jurídico realizado entre enero de 1990 a diciembre de 2002, sobre empresas con problemas de insolvencia del Reino Unido, Alemania, España y Francia se determinó una mayor pérdida de valor de dichas empresas bajo sistemas más orientados a la protección de los acreedores, siendo menos negativa la valoración en países con sistemas legales más orientados a la supervivencia de la empresa y la protección del deudor.

La libre competencia económica, en cuanto a que el cierre y liquidación de la empresa puede afectarla, facilitando el monopolio o el oligopolio en sectores sensitivos para la circulación y consumo de los bienes, y en la prestación de los servicios.

Los procesos concursales responden al derecho de persecución del que son titulares los acreedores, sobre los bienes presentes y futuros del deudor común, en razón de que el patrimonio de éste es prenda común de aquellos.²⁰ El régimen concursal pretende garantizar el ejercicio de este derecho, en condiciones que permitan la mayor protección posible de los créditos y la mayor satisfacción posible de los acreedores, teniendo en cuenta otros intereses involucrados (públicos y sociales), que a nuestro juicio, gozan de mayor prevalencia.²¹ Aunque con mucho escepticismo, debido a que la normativa vigente le escamotea al juez y al liquidador facultades para hacer valer los intereses públicos, ante la poca disposición de los acreedores de recuperar la empresa, negándoles iniciativa de oficio para aperturar el proceso de reorganización en reemplazo del proceso de liquidación, cuando las dificultades económicas y financieras así lo ameriten; y negándoles prerrogativas que le permitan impulsar y promover el acuerdo de reorganización más favorable a todos los intereses involucrados.²² No obstante, cabe

²⁰ Así lo expresa Sanguino Sánchez, Jesús María (Cesación de pagos en los procedimientos concursales, Ediciones Librería Profesional Colombia, 1982, p.17) destacando que el derecho de persecución obedece al principio universal de que todo el patrimonio del deudor es prenda común de todos sus acreedores, el cual se concreta cuando el sobresee el pago de sus obligaciones, debido a su impotencia patrimonial. Semejante situación compele a los acreedores a iniciar las acciones de ejecución universal sobre el patrimonio del deudor.

²¹ Pereira Pereira, Rudy (ob. cit. p.p. 46 a 48) alude a la prevalencia del interés público de recuperar y preservar la empresa, sobre los intereses de los acreedores y del deudor, señalando que la tendencia moderna es desplazar a estos últimos del centro gravitacional de los concursos, cediéndole este papel protagónico a los primeros.

²² La tendencia moderna de la prevalencia de los intereses públicos se refleja, nos dice Pereira Pereira, Rudy (ob. cit. p. 37) en el hecho de que la apertura y el impulso del proceso concursal no dependen exclusivamente de la voluntad del deudor y de los acreedores, aceptándose la iniciativa de oficio. Lo

anotar, que la protección del crédito y la relación acreedor-deudor son consideradas en la doctrina de orden público.²³

De acuerdo con el primer artículo de la LPC, un elemento fundamental en el objeto de ambos procesos concursales (de reorganización y de liquidación), es la empresa, toda vez que el primero está destinado a su salvamento y el segundo a la liquidación de sus bienes para satisfacer, con su producto, los créditos, bajo el principio de paridad, respetando las prevalencias entre ellos²⁴. La doctrina admite la dificultad de definirla, dada la diversidad de los elementos que la integran.²⁵ Sin embargo, el ordinal 12 del artículo 4 de la LPC establece que es la organización económica de Derecho Privado en la que concurren los factores de producción, con el fin de producir bienes o prestar servicios, de propiedad de una persona natural o jurídica, panameña o extranjera, y sus sucursales habilitadas para operar en la República de Panamá.

expuesto destaca el carácter de oficiosidad del trámite, que líricamente declara la LPC, ya que no dota al juez y al liquidador de las potestades que lo hagan operativo y eficaz.

²³ Apunta García Parra (Procesos concursales, Vol. I., del Concordato de los comerciantes, Temis, Colombia, 1992, p. 7) que tanto la relación acreedor – deudor como la efectividad en el cobro de los créditos, son de orden público en la medida que “el crédito es la sangre de la que se nutre el comercio”, de forma que “enfermo el crédito, hay un comercio anímico.” El crédito “es la sabia del comercio.”

²⁴ El salvamento de la empresa pasa por un acuerdo de reorganización entre el deudor y los acreedores concursales. Sin embargo, no siempre es la mejor alternativa. En ocasiones, es más positiva la solución vía los trabajadores o un tercero. Así lo advierte Pastor Sempere, Carmen (Concurso de acreedores y recuperación de la empresa en crisis. Posibilidades y alternativas, 2012, Dialnet, p. 9), cuando indica que “aunque parezca contradictorio puede resultar más sencillo la continuidad y asunción por parte de los trabajadores de la empresa o de la unidad productiva en el marco de la fase de liquidación, que lograr un convenio de continuidad con los acreedores de la concursada.” Sostiene la autora que los convenios de continuación incluyen la alternativa solutoria de que la empresa como unidad sea transferida a un tercero, quien asume la deuda y sustituye al concursado. El principio de conservación de la empresa no es un fin en sí mismo; es un medio para la satisfacción de los acreedores.

²⁵ Barrera Graf, Jorge (Instituciones de Derecho Mercantil, Generalidades, Derecho de la Empresa. Sociedades, Editorial Porrúa, México, 2008, p.81) reconoce la imposibilidad de definir empresa desde el punto de vista jurídico, en virtud de su carácter complejo, o presencia de elementos dispares, tales como elementos personales (el empresario y los trabajadores y los elementos objetivos (el patrimonio, es decir a la hacienda, integrada por bienes, derechos y obligaciones de diversas índoles, en la que aparece la clientela y la propiedad comercial: derecho de autor y la propiedad industrial).

A la empresa se le categoriza, entre otras cosas, como universalidad,²⁶ o por la noción de profesión²⁷ o negociación.²⁸ Lo cierto es que la empresa es un conjunto de elementos, materiales e inmateriales, subjetivos y objetivos, organizados por su titular para la producción y distribución de bienes, y la prestación de servicios, destinados para el mercado, para los consumidores y no consumidores (intermediarios). La diversidad de su composición ha dado lugar a distintas posiciones doctrinales, que la conciben como persona jurídica, patrimonio separado, universalidad, actividad y organización.²⁹

Los autores Soyla León Tovar y Hugo González García³⁰ destacan cuatro características de la empresa. La actividad de organización que es de naturaleza económica, que pone en movimiento los factores de producción, dirigida al intercambio de bienes y servicios en el mercado. El riesgo, que no es más que la exposición a pérdida y

²⁶ A la empresa se le concibe como una universidad de hecho o de derecho. Para Cervantes Ahumada, Raúl (Derecho Mercantil, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 495 y 496) la empresa “es una universalidad de hecho, constituida por un conjunto de trabajo, de elementos materiales y de los valores incorpóreos, coordinado para la producción o el intercambio de bienes y servicios destinados al mercado general.” El fin de lucro, afirma el autor, no es un elemento integrante de la empresa, ya que tienen esta condición, incluso, las organizaciones no lucrativas. La empresa carece de personalidad jurídica, la que recae en el empresario. La empresa es más que negociación entendida como hacienda o establecimiento. Todos los empleos de la empresa. Así, la empresa está integrada por la clientela (fondo de comercio), el nombre comercial, marca, patente, los contratos de arrendamiento, el mobiliario, y maquinaria, los contratos de trabajo y las mercancías, los créditos y demás bienes y valores similares.

²⁷ Para Ripert, Georges (Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tomo I, Ediciones jurídicas Labor, Argentina, 1998, p. 110), la empresa designa “los elementos necesarios para la actividad profesional.” En este sentido, la empresa se acerca más a la noción de profesión que a la comercialidad. El empresario es un profesional.

²⁸ La empresa o negociación mercantil, nos dice Barrera Graf, Jorge (ob. cit., p. 82) “consiste en el conjunto de personas y cosas organizadas por el titular, con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente lucrativa de producción o de intercambio de bienes o de servicios destinados al mercado”. Los elementos que la componen son, en primer lugar, el titular de la negociación y de la reorganización (el empresario); en segundo lugar, un conjunto organizado de personas, de bienes y derechos; en tercer lugar, una actividad de carácter económico, que consiste en la producción y distribución de bienes y en la prestación de servicios; en cuarto lugar, va dirigida al mercado, o sea al público en general.

²⁹ Sobre cada una de estas posiciones doctrinales y sus críticas, véase Rodríguez, Joaquín (Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Temis, Colombia, 1987, pp. 164 a 171).

³⁰ Derecho Mercantil, Oxford University Press, México, 2007, pp. 308 a 311.

ganancias. La sede, que es el lugar donde el empresario realiza su actividad económica. La especulación, que es ánimo de lucro, con el riesgo de ganar beneficios o tener pérdidas.

Es común la confusión entre empresa y empresario. Como hemos expuesto, el segundo es un elemento importante de la primera, pero no son lo mismo. La empresa no es una persona moral, ni un conglomerado de personas.³¹ El empresario es el titular de la empresa. Es la persona natural o la persona jurídica que es declarada en proceso concursal de liquidación, la cual se extiende a todo su patrimonio embargable, entre la que se encuentra la empresa.³²

La empresa carece de personalidad jurídica en nuestro derecho. La Ley 24 de 1 de febrero de 1966, que regulaba la sociedad de responsabilidad limitada, contemplaba la empresa individual de responsabilidad limitada, a quien le reconocía personalidad jurídica, la que se perdía en casos de fraude o quiebra fraudulenta. Se constituía mediante un acta fundacional, en la que se describía los bienes que conformaban su patrimonio y los bienes suplementarios que garantizaban sus obligaciones. Lamentablemente esta institución jurídica desapareció de nuestro derecho, al subrogarse la Ley 24 de 1966 por la Ley 4 de 9 de agosto de 2009. La derogatoria más bien fue por omisión inexcusable, debido a que el legislador no expuso los motivos de su eliminación. Solo la derogó sin mayor explicación.

³¹ Barrera Graf, Jorge, ob. cit. p. 82.

³² El concepto de empresario es básico para el Derecho Mercantil. Así lo señala Sánchez Calero, Fernando (Principios de Derechos Mercantil, Tercera Edición, MC Graw Hill, Madrid, 1998, pp. 19, 20 y 22), describiéndolo como “la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes y servicios para el mercado”. Lo resume como “la persona que profesionalmente y en nombre propio ejercita una empresa económica”. Sus notas características de reorganización (desempeño de una actividad dirigida a la organización de elementos personales y materiales, que sirven de instrumento para la producción de bienes y servicios para el mercado); actividad profesional (actividad habitual); actuación en nombre propio (el ejercicio de la actividad empresarial es en nombre propio).

A nuestro modo de ver, el legislador ignoró que la Ley 24 de 1966 regulaba ambas instituciones, centrando la nueva regulación en eliminar las limitaciones que existían sobre la sociedad de responsabilidad limitada, que obstaculizaban su desarrollo: capital social mínimo de 2 mil balboas y capital social máximo de 500 mil balboas; el mínimo de 2 personas para constituirla, y de tres de ser cónyuges, un mínimo de 3 personas y un máximo de 20 socios; el capital social íntegramente suscrito al momento de su constitución y un mínimo de 50 por ciento pagado, el resto siendo pagadero durante los siguientes 5 años. Estas condiciones eran desventajas comparativas frente a la Ley 52 de 1927, de sociedades anónimas, cuyo mínimo de socios fundadores son 2, sin importar si son cónyuges, sin máximo de socios, sin mínimo y máximo de capital social y con una suscripción mínima de una acción por fundador, sin mínimo de capital social pagado y sin límite de tiempo para pagar las acciones suscritas.

1.1.3 Ámbito de aplicación

Las normas de la LPC son de orden público y, por ende, de obligatorio acatamiento para las partes involucradas, no siendo oponibles los acuerdos privados sobre sustracción de la Ley y jurisdicción. El régimen de liquidación es aplicable a la empresa ineficiente, ya que el proceso concursal de reorganización es para la empresa eficiente, entendiéndose por tal, la que, a pesar de confrontar dificultades económicas u organizativas, es recuperable o salvable, para beneficio de todos los interesados.

Los artículos 2 y 3 del LPC se refieren al carácter de la Ley y a su ámbito de aplicación. El primer artículo mencionado dispone que sus disposiciones son de orden público y que tienen como finalidad proteger y asegurar el orden económico nacional, los acreedores, las fuentes de empleo y el proceso de libre competencia económica, al igual que acrecentar la riqueza nacional. El régimen se aplica a las personas naturales comerciantes y a las sociedades mercantiles inscritas o no inscritas en el Registro Público, no excluidas de la ley, que tengan su domicilio comercial, sucursal, agencia o establecimiento³³ en el país. Sobre el particular, más adelante nos ocuparemos sobre el tema, al tratar los presupuestos subjetivos de la declaratoria de liquidación.

1.1.4 Principios

La Ley 12 enlista cuatro (4) principios que caracterizan al proceso concursal de insolvencia, que incluye al de reorganización y al de liquidación, que son los de universalidad, colectividad, igualdad o paridad de condición de los acreedores y negociabilidad³⁴. La universalidad se manifiesta en torno a dos aspectos. Consiste en el

³³ Establecimiento mercantil o negociación mercantil alude más bien, al local donde se lleva a cabo la actividad empresarial. Sus elementos son corporales (locales, muebles, enseres y demás) e incorporarles (clientela, avío, propiedad industrial y derecho de autor). Véase Ponce Gómez, Francisco y Castillo, Rodolfo (Nociones de Derecho Mercantil, Sexta Edición, Editorial Banca y Comercio, México, 205, pp. 69 y 70).

³⁴ “Los procesos concursales -Nos dice Graziabile, Darío (Derecho Concursal, Tomo I, Lexis Nexis, Argentina, 2006 pp. 75 a 83) – son una mezcla de proceso privado y público, acentuado el carácter privado en el concurso preventivo y el público en la quiebra. Son procesos complejos donde existen pluripretensiones, plurintereses y relaciones procesales plurisubjetivas.” El proceso concursal es único e irrevocable. Lo orienta los principios de universalidad (el patrimonio del deudor queda afectado como prenda común de los acreedores), de concursabilidad (es único y conlleva la reunión de todos los acreedores del deudor en un solo proceso), de paridad entre los acreedores (por *conditio creditorum*; es una “igualdad entre iguales”, y el de oficiosidad e inquisitorialidad (el impulso y disposición procesal corre a cargo del juez y del síndico,

vínculo no voluntario que se establece entre todos los acreedores del deudor, de modo que quedan compelidos a comparecer al proceso para hacer valer sus respectivos créditos. También consiste en que el proceso alcanza a todos los bienes embargables del deudor, decretándose su embargo colectivo³⁵. La universalidad se extiende a procesos y medidas cautelares abiertas y decretadas incluso antes del proceso concursal, operando el fenómeno procesal de la acumulación. Es un proceso de ejecución colectiva y universal, que se contrapone al proceso de ejecución individual.³⁶

entendiendo la oficiosidad como proceso, y la inquisitorialidad como la disposición para ordenar investigación procesal sin que las partes la promuevan.)

Por su parte, Cervantes Ahumada, Raúl (ob. cit., pp. 29, 30 y 31) anota que los principios orientadores del Derecho Quiebra son los siguientes: el de interés público, por cuanto a que responde a los acreedores, al deudor y al público en general interesado; el de organización colectiva de los acreedores, por cuanto a que es un proceso colectivo “que tiende a agrupar colectivamente a los acreedores” para asegurarse un trato igualitario; el de igualdad de trato de los acreedores, en igualdad de condiciones; el de unicidad e integridad del patrimonio de la empresa quebrada, por cuanto a que todo el patrimonio del deudor queda sometido al proceso, con la consabidas acciones persecutorias para recuperar bienes; el de unicidad y generalidad del procedimiento, por cuanto solo hay un proceso de quiebra a la vez, siendo universal o general; y el de conservación de la empresa, por cuanto a que busca realizar el principio de conservación de la empresa, que es de orden público, por el interés de la comunidad de preservarla como fuente de empleo.

³⁵ El Principio de universalidad se manifiesta – Méndez Estébanes, Francisco Javier (Los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, En la obra El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores, 2ª Edición, Tirant To Blanch, Valencia, 2016, p. 423) – de dos maneras: La integración de la masa pasiva: que incluya a todos los acreedores del deudor común concursado (crédito con privilegio especial, privilegio general, ordinario y subordinado, sin importar su nacionalidad y domicilio; y la integración de la masa activa: que incluye todos los bienes y derechos que son de titularidad del concursado.

El principio de la *Vis attractiva* consiste en que una vez que se declare el concurso debe estar bajo el control del juez del concurso. Este principio guarda relación con el de universalidad. De este último principio se desprende aquel y el de *conditio creditorum*.

³⁶ Mientras el proceso de ejecución individual tiene su fundamento en el incumplimiento de una obligación que consta en un título ejecutivo, afirma Sanguino Sánchez, Jesús María (ob. cit. p. 17), prescindiendo del estadio patrimonial del deudor, el proceso de ejecución universal tiene su razón de ser en la imposibilidad patrimonial del deudor, que le impide cumplir sus obligaciones. La impotencia patrimonial se revela con carácter general y crítico, lo que sitúa al deudor en la imposibilidad para pagar.

El autor enumera varias distinciones entre ambos procesos ejecutivos, mencionando las siguientes: Mientras el ejecutivo singular se ánima en el principio de quien es primero en el tiempo lo es en el derecho, el ejecutivo universal se fundamenta en el principio por *conditio creditorum*; mientras el primero se sustenta en el incumplimiento sin consideración al estado patrimonial del deudor, el segundo en la insolvencia; mientras que se tramita conforme al procedimiento civil, éste en las normas del Código de Comercio; mientras en el ejecutivo individual se embargan los bienes necesarios para el pago del crédito ejecutado, sin poderse exceder, en el ejecutivo universal se embargan los bienes presentes y futuros del deudor; mientras

Ante la eventual pluralidad de procesos concursales contra un mismo deudor, debido a dos o más solicitudes presentadas por separadas en distintos tribunales, la ley señala que continua el que se presenta primero, suspendiéndose el resto. Son archivadas las demás si la primera es admitida. De lo contrario, la suspensión se deja sin efecto. La ley no indica cuáles de las suspendidas es la que reabre, pero entendemos que lógicamente será la segunda según fecha de presentación.

Si hay dos (2) solicitudes admitidas, procede la acumulación al proceso que publicó primero el auto de apertura. Una vez publicado el auto de apertura, no es admisible ningún proceso concursal paralelo.

El principio de universalidad conlleva la acumulación de todos los procesos contenciosos que involucran bienes del deudor, iniciados dentro de los cuatro años anteriores al proceso concursal. Los procesos que se inicien después de la notificación del auto de apertura del proceso de liquidación deben ser promovidos ante el tribunal de este último. Los procesos ejecutivos también son acumulados, pero si en ellos hay ejecutadas personas distintas al deudor, el tribunal de la ejecución debe suspender la tramitación

aquel no produce efectos en relación a la persona del deudor, éste sí; y mientras aquel se tramite ante el juez en función a su cuantía y naturaleza de la obligación, éste se tramita sin consideración a estos parámetros.

En un interesante trabajo de distinción entre ambos procesos de ejecución, el autor García Parra (ob. cit., pp. 10 a 11) indica que los procesos ejecutivos individuales se caracterizan porque su inicio se origina en una obligación quirografaria que consta en título ejecutivo; que el privilegio en la ejecución es haber accionado primero que el resto de los acreedores; que el deudor solo es despegado de una parte de sus bienes; que la ejecución no afecta a la persona del deudor; y que en la efectividad de la ejecución solo está interesado el particular, no el orden público. El proceso de ejecución universal se caracteriza porque su inicio tiene su origen en el estado de imposibilidad del deudor para cumplir con sus obligaciones, porque impera el principio de igualdad de condiciones entre los acreedores, porque por lo general el deudor es separado de la administración de sus bienes; porque el patrimonio del deudor queda afectado al proceso; porque el proceso es de orden público, ya que está en juego el comercio y la economía porque solo puede existir un proceso a la vez, excluyéndolas ejecuciones singulares.

solo respecto al deudor, remitir copia autenticadas del expediente, conservar para si el original de éste y comunicar el cumplimiento total o parcial de la obligación, así como el reconocimiento de cualquier excepción. La acumulación no procede en los procesos ejecutivos hipotecarios y prendarios, toda vez que el acreedor no está obligado a concurrir al proceso concursal.

El segundo principio hace referencia a la supremacía que adquiere el interés colectivo de la masa de acreedores sobre el interés individual de cada acreedor, pretendiendo asegurar la participación y el beneficio de la totalidad de los acreedores. Así, el interés de cada acreedor de cobrar su crédito sin importar la suerte de los demás créditos existentes contra el mismo deudor, da paso a una comunidad de acreedores que comparten sus venturas ante una empresa con dificultades económicas.

El principio de igualdad o paridad de condición de los acreedores busca el tratamiento equitativo a todos los acreedores concurrentes, de manera que se establece una comunidad de pérdidas, sin perjuicio de la prelación y preferencia de los créditos. La paridad no significa desconocer las reglas de la graduación y preferencia de los créditos, por lo que es posible la satisfacción de unos sin que otros corran con la misma suerte.

El principio de la negociabilidad impone a los involucrados, el deber de promover con sus actuaciones y diligencias un ambiente que fomente la concertación en el proceso. Las actuaciones y gestiones del juez, del deudor, de la junta general de acreedores y del administrador o liquidador concursal deben propiciar negociaciones no litigiosas, proactivas, informadas y de buena fe. Para tales efectos, la transparencia es fundamental

en el proceso, por lo que debe garantizarse a las partes interesadas el derecho de acceder a cualquier información necesaria para la toma de decisiones, salvo las limitaciones que determine el juez debido a la reserva y confidencialidad que el caso amerite, solicitada por el deudor.

1.2 La declaratoria de liquidación

1.2.1 Presupuestos

1.2.1.1 Subjetivos

Los presupuestos son los requisitos o elementos esenciales sin los cuales no es posible que el tribunal de justicia emita el auto de declaración de liquidación. Los presupuestos subjetivos tienen que ver con la legitimación activa y pasiva. O sea, se refieren a quiénes están facultados por la ley para solicitar la apertura del proceso (legitimación activa) y para quiénes está reservado el proceso (legitimación pasiva). El proceso no inicia de oficio. Es menester que medie una solicitud de quienes están legitimados para ello.

Pueden ser declarados en liquidación las personas físicas y las personas jurídicas.³⁷

En Panamá el proceso está reservado para la persona natural comerciante y para las sociedades mercantiles. Es comerciante el que teniendo capacidad legal realiza con

³⁷ Las personas físicas, sean comerciantes o no, y las personas jurídicas sin distinción (las sociedades de derecho, las irregulares y las canceladas, no así las uniones temporales de empresas.) Véase Nieto Delgado, Cortez (Los presupuestos del concurso de acreedores, en la obra El Derecho de insolvencia. El concurso de Acreedores, ob. cit. pp. 224 a 226)

habitualidad y en nombre propio actos de comercio³⁸. La capacidad exigida es la general, aunque para dedicarse al comercio al por menor (al consumidor), hay que ser panameño. No es indispensable que la persona se dedique en exclusividad al comercio, ni que sus ingresos provengan exclusiva o mayormente de esta actividad. El menor de edad puede dedicarse al comercio a través de su representante legal. Es válido el contrato celebrado por un incapaz (mayor de edad), cuya incapacidad no sea notoria y la contraparte esté de buena fe.³⁹

Las sociedades mercantiles en nuestro ordenamiento comercial son cinco (5), siendo éstas: la colectiva, la en comandita simple, la en comandita por acciones, la de responsabilidad limitada y la anónima. Contrario a lo que pudiera sugerir la cuarta, todas las sociedades responden ilimitadamente de las obligaciones sociales, o sea de las obligaciones contraídas por ellas. Los que responden limitadamente (hasta el límite de sus respectivos aportes) o ilimitadamente (hasta el monto de las obligaciones sociales) son los socios. Salvo las anónimas, las demás sociedades son mercantiles en función a su objeto social. El carácter mercantil deviene de su actividad, ya que se dedica a operaciones comerciales. En cambio, el carácter mercantil de la sociedad anónima proviene de su propia naturaleza jurídica, sin importar su objeto social. Además, la

³⁸ Es resaltable el carácter profesional, haciendo del comercio una ocupación ordinaria. Por ello, hay sistemas denominados realistas, que determinan la calidad de comerciante por el ejercicio del comercio de forma profesional. Otros sistemas denominados formalistas y mixtos la determinan en función al registro mercantil y a una combinación del primero con el segundo. Nuestro sistema es el realista. La inscripción en el Registro Mercantil es una obligación profesional. Sobre dichos sistemas consúltese a Romero, José Ignacio (Curso de Derecho Comercial, Parte General, Vol. I, Ediciones Depalma, Argentina, 1983, pp. 251 y 252).

³⁹ Un estudio crítico sobre los requisitos para ser comerciantes es el de Vicent Chulia, Francisco (Compendio crítico de Derecho Mercantil, Tomo I, Segunda Edición, Librería Bosch, Barcelona, 1986, pp. 53 a 61), quien cuestiona la doctrina reinante.

sociedad anónima puede dedicarse permanentemente a realizar operaciones comerciales, aunque no estén incluidas en el pacto social⁴⁰.

La sociedad colectiva es la sociedad de persona por excelencia. En ellas las cualidades personales de los socios tienen un peso importante en su conformación. Todos los socios son administradores, salvo pacto en contrario, y responden de las obligaciones sociales de forma personal, solidaria e ilimitada, pudiendo ser perseguidos por el remanente de las deudas que la sociedad no ha podido pagar. En el otro extremo está la sociedad de capital por excelencia, la anónima. Aquí el peso de la asociación entre los socios lo tiene el capital. Todos los socios responden de las obligaciones contraídas por la sociedad de forma limitada, hasta sus respectivos aportes, siendo perseguibles por los acreedores sociales por lo que adeuden a la sociedad de su aporte, siempre que el patrimonio social resulta insuficiente para cubrir su pasivo.

Entre ambos extremos están las otras tres (3) sociedades. Las en comanditas (simple y por acciones) tienen dos tipos de socios. Los que responden personal, solidaria e ilimitadamente de las obligaciones de la sociedad, reservándose para ellos la administración (los comanditados), y los que responden limitadamente (los comanditarios). En la sociedad de responsabilidad limitada todos los socios responden de esta manera ante los acreedores de la sociedad. La importancia del tipo de sociedad y del

⁴⁰ La naturaleza mercantil de las sociedades es definida en el Derecho Comercial en función a la ley de constitución (sistema formalista), adaptándose uno de los tipos que la ley contempla como mercantil, o en función a la actividad que desarrolla. (Su objeto social). Nuestro sistema la define por el objeto social, salvo la sociedad anónima. De esta forma, la distinción entre la sociedad civil y la sociedad mercantil no es la existencia o ausencia de fin de lucro (ambas lo tienen), sino por las operaciones comerciales o civiles que realizan. Sobre la distinción de ambas sociedades por el aspecto formal, consúltese a Cervantes Ahumada, Raúl (ob. cit., p. 31), a Barrera Graf, Jorge (ob. cit., pp. 61 y 254), y a León Tovar, Soyla H. (ob. cit. p. 351).

tipo de socio radica, en las consecuencias legales que tienen para unos y otros, la declaratoria del proceso concursal de liquidación, tema que tratamos más adelante.

Quedan excluidas del ámbito de la Ley 12 las entidades públicas, el municipio, las entidades autónomas, semiautónomas y descentralizadas y demás de derecho público, incluyendo las empresas mixtas con participación del Estado de al menos 51% en las acciones o en su patrimonio; los bancos, compañías de seguros, entidades reguladas por la Superintendencia del Mercado de Valores y demás entidades sometidas a régimen especial de recuperación, liquidación o intervención; y las entidades que prestan servicios públicos, mientras estén intervenidas por la entidad reguladora, que en nuestro país es la ASEP (Autoridad de los Servicios Públicos).

Según quien solicita la declaratoria del proceso, hablamos de liquidación voluntaria y de liquidación forzosa o necesaria. Están legitimados para solicitarla (legitimación activa) el deudor que es comerciante o sociedad mercantil, o quien lo represente, el acreedor de un crédito mercantil⁴¹ y el representante de un proceso de insolvencia extranjero. La liquidación voluntaria es la solicitada por el deudor o quien lo representa. La liquidación forzosa o necesaria es la solicitada por los otros dos legitimados. La documentación que se acompaña a la solicitud es distinta, dependiendo si es voluntaria o forzosa.

⁴¹ Peinado Gracia, Juan Ignacio (La protección de los acreedores en el concurso ¿Quién es el acreedor? V Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía, Universidad de Alcalá, España, 2010, pp. 1 a 50), desarrolla aspectos sobre el acreedor, tales como quién es acreedor, el principio favor creditoris y el acreedor como presupuesto del concurso, agregando análisis de casos.

La solicitud del deudor es acompañada con un número plural de documento, en ánimo de acreditar su estado económico y su haber patrimonial. Debe aportar la copia autenticada del acta de la junta de socios, u órgano social competente, en la que conste la decisión de acogerse al proceso concursal de liquidación; lista de sus bienes, en la que se indique su ubicación y los gravámenes; lista de los procesos pendientes, con la indicación de su etapa; el estado de sus deudas activas y pasivas, expresando nombre y domicilio de sus deudores y acreedores, la causa de la deuda, plazo y garantías; la planilla o listado de sus trabajadores, anotando las prestaciones laborales, provisiones adeudadas y los fueros existentes (de gravidez, sindical, etc.); la exposición de los motivos de su situación económica.

Asimismo, debe adjuntar los estados financieros auditados, correspondientes al último ejercicio fiscal, emitidos por un contador público autorizado independiente; los estados financieros interinos, correspondientes al último trimestre anterior a la solicitud, certificado por un contador público autorizado; el nombre, domicilio y calidad de los socios, a menos que el deudor sea una sociedad en comandita por acciones o una sociedad anónima, en cuyos casos es suficiente indicar el nombre y domicilio del representante legal, gerentes, dignatarios, directores y administradores; y los registros contables. Téngase presente que el deudor es sabedor de su situación económica y financiera, por lo que la documentación exigida comprueba el presupuesto objetivo invocado.

En cambio, al acreedor no tiene por qué constarle los otros presupuestos objetivos distintos a la cesación de pago, supuesta por el incumplimiento de su crédito. A él le

consta que el deudor ha cesado en el pago de su crédito, siendo exigible y ejecutable, al estar contenido en un título que presta mérito ejecutivo⁴². Sin embargo, no hay impedimento legal para que su solicitud se fundamente en otro de los presupuestos objetivos, quedando obligado en uno u otro caso a portar las pruebas que acreditan la causal o causales invocadas. En este sentido, debe adjuntar el título que presta mérito ejecutivo de su crédito de carácter mercantil y las demás pruebas, según la causal invocada. Adicional, la ley lo obliga a acompañar la certificación de depósito judicial por el monto de mil balboas (mil dólares de Estados Unidos de América), consignado en efectivo en el Banco Nacional de Panamá. Este depósito es para sufragar los gastos iniciales del proceso. Cabe anotar, que la solicitud del acreedor hipotecario o prendario exige que compruebe que los bienes dados en garantía son o han resultado ser insuficientes para satisfacer la obligación principal garantizada.

Cuando la solicitud es promovida por el representante de un proceso de liquidación extranjero, es necesario que además de acreditar su condición, cumpla previamente con el trámite previsto en la ley para el reconocimiento de procesos de este tipo. Para tales fines, el representante deberá presentar una solicitud ante el Cuarto

⁴² Según Carrasco Delgado, Nicolás (El fórum shopping y la legislación chilena sobre acción de acreedores, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLVII, Julio-septiembre, 2016, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, p. 187), el acreedor cuyo crédito ha sido incumplido cuenta con la posibilidad de optar por la tutela individual (proceso ejecutivo) o por la tutela colectiva (proceso concursal). El fórum shopping usualmente se asocia con la elección de preferir un tribunal o una jurisdicción. Una parte de la doctrina analiza la institución, en relación a la oportunidad del acreedor con crédito incumplido de elegir el procedimiento (fórum shopping procedimental), es decir de optar entre un juicio ejecutivo o un procedimiento colectivo (concurso). Estimamos que el tenor literal de la LPC parece favorecer esta tesis, por cuanto a que establece como presupuesto objetivo del proceso concursal de la liquidación, el incumplimiento de una obligación mercantil. Pese a ello, la naturaleza, los principios y el objeto de este proceso riñen con la efectividad de esta opción, tal como lo exponemos a la largo de este trabajo de investigación.

Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, peticionando el reconocimiento del proceso extranjero, acompañada de una copia autenticada de la resolución que declara abierto dicho proceso y su nombramiento como representante, y de un certificado expedido por el Tribunal extranjero, haciendo constar la existencia del proceso y su designación. En el supuesto de que no sea posible aportar estas pruebas documentales, podrá adjuntar otras pruebas que a juicio del tribunal comprueben las dos circunstancias aludidas.

Los documentos deben estar traducidos al castellano y debidamente apostillados o autenticados por el funcionario diplomático o consular de Panamá en el país de origen de éstos, o por el diplomático o cónsul de una nación amiga si Panamá carece de representación en aquel país. El representante del proceso extranjero deberá hacer una declaración sobre los procesos en el extranjero en contra del deudor, de los que tenga conocimiento. Se presume, salvo prueba en contrario, que la residencia habitual del deudor persona natural y del domicilio de la sociedad es el lugar donde tengan sus principales intereses.

Una vez reconocido el proceso extranjero, su representante está en oportunidad de solicitar la declaratoria del proceso en Panamá, o de participar en el proceso que esté abierto en nuestro país.

1.2.1.2 Objetivos

Resulta improcedente el proceso concursal de liquidación si no se cumple con el presupuesto objetivo para su apertura⁴³. Para que proceda la declaratoria solicitada por los legitimados, es ineludible que la misma se fundamente en cualquiera de los presupuestos objetivos consagrados en el artículo 80 de la Ley 12. En este sentido, es indispensable que se sustente en los siguientes supuestos: cese en el pago de una obligación mercantil; tres ejecuciones fallidas; ocultación del deudor, abandono de sus negocios o cierre de su establecimiento comercial, sin haber nombrado mandatario con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones vencidas; y cualquier otro presupuesto establecido en la ley, como la existencia de un proceso de insolvencia extranjero.

En lo que respecta a la primera causal, la LPC despierta graves incertidumbres sobre su sentido y alcance. Por un lado, define cesación de pago como la situación en que se encuentra el deudor cuando incumple una o más obligaciones vencidas que constan en

⁴³ Muchas son las teorías que tratan de determinar el presupuesto objetivo para el proceso de quiebra o de liquidación. Darío Graziabile (ob. cit., pp. 41 a 47) y Jesús Sanguino Sánchez (ob. cit., pp. 57 a 66) examinan algunas de esas teorías, mencionando las siguientes. La teoría materialista, para quien la cesación de pago es el incumplimiento de algunas de las obligaciones, sin importar las causas ni el estado patrimonial del deudor. Simplemente, la cesación de pago es incumplimiento. El mismo es de interés porque el crédito es vital para el comercio, que es lesionado cuando el deudor incumple. No examina la conducta del deudor, ni sus razones para no pagar. La crítica a esta teoría es que el deudor puede evitar incumplir recurriendo a préstamos ruinosos, agravando su situación económica.

La teoría amplia, que sostiene que la cesación de pagos se manifiesta como un estado patrimonial que se revela por diferentes hechos, que denotan la impotencia del deudor ante sus obligaciones. La teoría intermedia, para que quien la cesación de pagos es el estado patrimonial que se exterioriza mediante incumplimiento. La teoría de los equivalentes, en la que la cesación de pagos es la interrupción material y ejecutiva de pagos; sin incumplimiento no hay cesación de los pagos.

La teoría de la insolvencia, que sustituye la cesación de pagos por la insolvencia, o la consideran sinónimas o equiparables, siendo esta última el estado económico de un deudor que le imposibilite cumplir regularmente sus obligaciones. La teoría de la cesación general, en la que la cesación de pagos es “la detención total y general de los servicios de tesorería”. La crítica a esta teoría es que al deudor le bastaría comprobar que no ha incumplido una o dos obligaciones de las que tiene para evitar el proceso, aunque haya agravado su situación patrimonial procurando préstamos ruinosos, o haya vendido bienes a precios bajos.

título ejecutivo (ordinal 4 del artículo 4). Por otro lado, al determinar el presupuesto objetivo se conforma en decir que es causal del proceso concursal de liquidación el cese en el pago de una obligación que conste en título ejecutivo, resultante de acto de comercio (ordinal 1 del artículo 80). Pareciera que la LPC alude a dos situaciones distintas. A la cesación de pago, entendida como el estado patrimonial y económico del deudor, que lo lleva a incumplir una o más obligaciones vencidas. Al cese en el pago, entendido como el mero incumplimiento de una obligación vencida.

La primera como síntoma de dificultades económicas de la empresa; el segundo como un hecho aislado de importancia jurídica, por implicar el incumplimiento de un crédito u obligación, protegidos por la ley. Nótese que mientras el artículo 29 dice expresamente que la cesación de pago (definida como estado económico del deudor) es una de las tres causales del proceso concursal de reorganización, el artículo 80 establece que lo es del proceso concursal de liquidación, el mero incumplimiento de una obligación mercantil). Graso error que debe ser subsanado cuando antes, debido a que la cesación de pago⁴⁴ y el mero incumplimiento⁴⁵ de una obligación son cosas distintas. Sus elementos son diferentes⁴⁶ y los hechos que lo revelan⁴⁷.

⁴⁴ Se tiene por cesación de pago, el estado patrimonial y económico del deudor que le imposibilita cumplir con sus obligaciones al vencimiento. Dicho estado se revela de diferentes formas, ya sea por el incumplimiento o por otros como la fuga, el desequilibrio entre su activo y pasivo, etc.

El presupuesto objetivo no es el simple incumplimiento objetivo, sino el estado general de insolvencia, que le imposibilita atender sus obligaciones (García Parra, Guzmán ob. cit., pp. 37 y 38)

Para Sanguino, Jesús María (ob. cit., pp. 82, 84, 85 y 85), estamos en presencia de la cesación de pagos cuando la insolvencia se manifiesta externamente a través de hechos reveladores. La misma tiene las características siguientes: permanencia, por cuanto a que la impotencia patrimonial para satisfacer las obligaciones presentes y futuras es permanente y general, de modo que si es transitoria es un problema temporal de tesorería o de liquidez (la liquidez es de carácter temporal, la cesación de pago es de carácter permanente); la unidad, por cuanto a que el estado de cesación de pago es único, al no existir diferencias entre el período de sospecha y el estado que sirve para declarar abierto el proceso concursal. Graziabile,

La LPC reproduce el mismo presupuesto, objetivo que el Código de Comercio establecía para la quiebra. Ambas legislaciones hacen referencia al incumplimiento de una obligación mercantil, sin importar el peso que tenga en el pasivo del deudor, y si tiene marcada relevancia en su activo. El incumplimiento de una obligación puede deberse a varias causas, que incluso nada tengan que ver con la insolvencia. Es posible que el deudor incumpla por descuido o negligencia, por falta de liquidez momentánea o prolongada, por insolvencia, mala fe y la forma de llevar sus negocios. Hay comerciantes que tienen la costumbre de pagar 90 días después de recibir la mercancía, a pesar de no existir plazo de pago. Como compran en volumen, los acreedores hacen efectivo el cobro del precio en el tiempo que el comprador comerciante procesa las facturas y tramita el pago, aun cuando el artículo 773 del Código de Comercio dispone que, no habiendo término ni lugar pactados para el pago del precio, el comprador tiene la obligación de

Darío (ob. cit. p. 46), agrega la generalidad, es decir, el hecho que la impotencia debe ser general de forma que no pueda cumplir con sus obligaciones presentes y futuras.

⁴⁵ A decir de Pereira, Rudy (ob. cit. pp. 99 y 100), el incumplimiento puede ser un hecho revelador, una manifestación externa del estado crítico del patrimonio del deudor. Cuando lo es, es presupuesto para el proceso concursal, no así cuando adolezca a un mero capricho u olvido. Por consiguiente, el presupuesto objetivo no es el incumplimiento como un hecho jurídico, sino el estado financiero patrimonial.

El incumplimiento de una o más obligaciones no es igual a la cesación de pago. Ésta y aquel no son lo mismo. La insolvencia es el estado general del patrimonio que es impotente para honrar sus obligaciones por los medios normales (Cervantes Ahumada, Raúl ob. cit. p. 35).

⁴⁶ Según Graziabile, Darío (ob. cit. 48 a 53) los elementos que componen la cesación de pago son, la imposibilidad de cumplimiento (el deudor no puede afrontar sus obligaciones), el incumplimiento irregular (el deudor no atiende sus obligaciones por los medios ordinarios, sino que recurre a medios ruinosos) y la exigibilidad de las obligaciones (deben estar vencidas).

La incapacidad ha de ser grave y definitiva (Sánchez Calero, Fernando ob. cit., p. 519).

⁴⁷ El estado patrimonial del deudor se revela, de acuerdo con Graziabile, Darío (ob. cit. p. 50), a través del reconocimiento judicial o extrajudicial, la mora, la ocultación del deudor sin dejar representante con facultades y medios suficientes para afrontar sus obligaciones, la clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde desarrolla su negocio, venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago (dación en pago), la revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores y cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recurso.

hacerlo efectivo en el lugar y tiempo de la entrega de la cosa vendida. En consecuencia, entregada la cosa vendida, el comprador cae en mora si no paga el precio.

El deudor también puede incumplir por ser “mala paga”, a pesar de que posee suficiente dinero para pagar al vencimiento. Es posible que la obligación incumplida sea de un monto que no tenga mayor trascendencia en el pasivo, por ser insignificante ante los miles o millones de dólares que adeuda, cuyos compromisos de pagos los mantiene al día, excepto aquella. Es posible que la obligación incumplida sea insignificante ante los activos con que cuenta.

Ante semejantes circunstancias, le corresponde al acreedor reconocer y ejecutar su crédito en los procesos establecidos por la ley para estos menesteres (procesos ordinarios de menor y mayor cuantía, proceso sumario y proceso ejecutivos⁴⁸ simple o hipotecario o prendario). El proceso concursal de liquidación no sería el medio idóneo para hacer valer el crédito en tales situaciones.⁴⁹

Al igual que el Código de Comercio en materia de quiebra, la LPC permite que el proceso extraordinario de liquidación sea utilizado como medio efectivo de gestión de

⁴⁸ Así lo resaltan Bonfanti, Mario Alberto y Gerrone, José Alberto (Concurso y quiebras, Sexta Edición, Abeledo-Perrot, Argentina, 2000, p. 43), anotando que el incumplimiento de una obligación contenida en un título ejecutivo permite la apertura de un proceso de ejecución, pero cuando el incumplimiento asume caracteres propios del estado de cesación de pagos, procede el proceso concursal.

⁴⁹ Goldenberg Serrano, Juan L. (El problema temporal en el inicio de los procedimientos concursales, *ius et praxis*, vol. 18, núm. 1, 2012, Universidad de Talca, Chile, pp. 315 y 317), destaca la importancia de que la ley establezca incentivos positivos y negativos para que el procedimiento concursal no sea utilizado como una herramienta de amenaza o cobro, contrario a su utilidad. “Los procedimientos concursales deben servir como un medio de clausura, de última ratio, cuando ha dejado de ser prudente seguir intentando soluciones por vías normales. Si no fuese de este modo, el concurso se transformaría en un mecanismo sumamente invasivo que se resolvería en un sistema adicional de cobro de créditos. Y peor aún, en un medio de amenaza, sea en contra del deudor (especialmente por las consecuencias del procedimiento), sea en contra de los acreedores (sometiéndolos a las reglas del concurso y prelación de créditos).”

cobro, al constituir una amenaza real en manos del acreedor, con efectos extraordinarios en relación a la persona del deudor, a sus bienes y a actos jurídicos realizados por él.⁵⁰ Nuevamente permite concebir el cese de pago como el mero incumplimiento de una o más obligaciones de carácter mercantil; no como la situación económica y patrimonial en que se encuentre el deudor, que lo lleva a sobreseer el cumplimiento generalizado de sus obligaciones al vencimiento.

La situación es todavía más angustiosa en la LPC, por cuanto a que exige que el cese de la obligación mercantil provenga de una persona natural que es comerciante o de una sociedad mercantil. La naturaleza mercantil de la quiebra venía dada, en el derecho patrio y comparado, a través de cualquiera de los dos sistemas legales. Por un lado, del carácter mercantil de la obligación incumplida, siendo aplicable el proceso de quiebra a cualquier persona, comerciante o no, que incumpliera una obligación de este tipo. Por otro lado, provenía de la condición de comerciante del deudor, sin importar el carácter civil o mercantil de la obligación incumplida. La LPC exige ambas condiciones, al reservar el proceso concursal de liquidación a la persona natural comerciante y a las sociedades mercantiles, y al establecer como presupuesto objetivo la cesación de una o más obligaciones resultantes de actos de comercio.

⁵⁰ En una interesante jurisprudencia citada por Goldenberg Serrano, Juan L. (ob. p. 334), se expresa que para algunos la quiebra procede ante “la situación de impotencia de pagar, que en forma generalizada y permanente afecta el patrimonio del deudor, lo que va más allá del incumplimiento de las obligaciones, si se considera el carácter de defensa colectiva que la quiebra involucra, ella no puede ser aplicada sino en los casos en que efectivamente se presenta una situación patrimonial crítica, en la que existen diversos intereses que proteger, y no por el hecho del simple incumplimiento de parte del deudor, ante lo cual bastaría el ejercicio de las defensas individuales.”

La situación es más angustiante ahora, porque antes procedía el proceso de quiebra contra un no comerciante que incumpliera una obligación mercantil. En la actualidad el proceso de liquidación sería improcedente, dado que además el deudor tiene que ser comerciante o sociedad mercantil. En las legislaciones que utilizan el sistema subjetivo, no importa la naturaleza de las obligaciones incumplidas, de forma que el comerciante que cese en el pago de sus obligaciones al vencimiento puede ser declarado en quiebra. La Ley 12 de 2016 demanda ambos requisitos, de manera que un no comerciante o una sociedad civil pueden incumplir una o más obligaciones mercantiles producto de su insolvencia, y no por eso procederá el proceso de liquidación; hecho que en verdad hace mérito para recurrir a dicho proceso. Esto produce un contra sentido, ya que precisamente el proceso extraordinario de liquidación se justifica en casos como éste.

La LPC da lugar a negar la apertura del proceso de liquidación al comerciante que incumpla una o más obligaciones civiles, resultante de su estado de insolvencia; y al no comerciante que incumpla una o más obligaciones mercantiles, producto de igual circunstancia. Pero da lugar a concederla, cuando el comerciante incumple una obligación mercantil, sin que esté en insolvencia. Con sólo mantener al día sus obligaciones mercantiles y no así las civiles, sin importar sus importes y el peso que tengan unas y otras en su pasivo, el deudor eludirá el proceso de liquidación, con los efectos que tiene y las consecuencias penales que podrían derivarse de él.

Esto amerita una pronta reforma de la ley. Pero mientras tanto, es menester que la doctrina y la jurisprudencia hagan prevalecer el estado de insolvencia como presupuesto para abrir el proceso. Posición doctrinal y jurisprudencial que tendría

fundamento en la naturaleza extraordinaria del proceso, en sus principios y en el objeto del mismo: proteger y asegurar el orden económico nacional, los acreedores, las fuentes de empleo y el proceso de libre competencia económica, y acrecentar la riqueza nacional, mediante una liquidación judicial pronta y ordenada de la empresa ineficiente. Semejante fin justifica de mas dicho esfuerzo, haciendo aplicable el proceso de liquidación en los dos supuestos mencionados.

Los otros presupuestos objetivos son menos conflictivos que el examinado, ya que no demandan otra connotación mercantil que la condición de comerciante o de sociedad mercantil del deudor. En ellos no es indispensable que las obligaciones que dan lugar a los supuestos sean mercantiles. La ejecución fallida comprende 3 ejecuciones contra el deudor, sin que haya aportado bienes suficientes para el pago íntegro de las obligaciones pretendidas en los procesos ejecutivos. Es intrascendente la naturaleza mercantil de estas obligaciones, como también lo es ante la ocultación del deudor, el abandono de sus negocios o el cierre de su establecimiento, sin haber designado mandatario con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones vencidas. Basta que ocurran estos hechos, reveladores del estado de insolvencia patrimonial, sin consideración al tipo de la obligación causante. Igual ocurre en la apertura del proceso, en virtud de un proceso de liquidación extranjero.

El ordinal 4 del artículo 80 de la LPC 12 dictamina que el proceso concursal de liquidación también procede por cualquier otro presupuesto establecido en la ley. La LPC contempla la oposición del deudor a la apertura del proceso de reorganización, la falta de aprobación del acuerdo de reorganización, los actos ilegítimos y tentativas de fraudes

cometidos en el proceso de reorganización, y la decisión del juez debido a la recomendación del administrador concursal, consistente en que el acuerdo de reorganización no es factible, dado al monto y situación de los créditos litigiosos. Como hemos expuesto antes, el proceso de reorganización tiene el propósito de proteger y asegurar el orden económico nacional, los acreedores, las fuentes de empleo y el proceso de libre competencia económica, así como acrecentar la riqueza nacional, mediante la recuperación y conservación de la empresa eficiente; entendida como la organización económica de derecho privado, en la que concurren los factores de producción, a fin de producir bienes o prestar servicios.

Están legitimados para solicitar el proceso de reorganización el deudor, la Junta de acreedores de un proceso de liquidación, a través de su representante, y el representante de un proceso de insolvencia extranjero. Los presupuestos objetivos para la declaratoria del proceso concursal de reorganización son la cesación de pago, la insolvencia inminente y la falta previsible de liquidez. El artículo 4 de la Ley 12 define el primer y el tercer supuesto, sin hacer lo propio con el segundo, aunque si determina que es insolvencia.

Por falta previsible de liquidez la ley entiende la situación en que se encuentra el deudor comerciante o sociedad mercantil, que le permite prever la imposibilidad de cumplir sus obligaciones futuras a su vencimiento, así como el estado de insolvencia inminente provocado por dificultades financieras. Insolvencia viene a ser el estado de un deudor que le imposibilita atender el pago general de sus deudas a su vencimiento, así

como el desequilibrio económico del deudor debido a que su pasivo excede a su activo⁵¹.

De lo anterior se desprende que por insolvencia inminente debemos entender el estado del deudor que debido a dificultades económicas o al desequilibrio entre su pasivo o activo, caerá prontamente en suspensión de pago, en el incumplimiento generalizada de sus obligaciones.⁵²

La oposición del deudor al acuerdo de reorganización, habiéndose confirmado la cesación de pago, da lugar a la no continuación del trámite de reorganización y a la declaratoria del proceso de liquidación. La no comparecencia del deudor al proceso de reorganización solicitada por el representante de un proceso de insolvencia extranjero, o su silencio habiendo comparecido, faculta al juez para emitir el auto declarativo de la liquidación, previa petición del demandante dentro de los diez días siguientes al vencimiento del traslado, y previa consignación de los gastos iniciales por la suma de mil

⁵¹ Vale tener en cuenta lo afirmado por Bonfanti, Mario Alberto y Garrone, José Alberto (oc. Cit., pp. 47 y 50) de que el desequilibrio aritmético entre el activo y pasivo, denominado insolvabilidad, es intrascendente en la quiebra. Lo que importa es el desequilibrio económico entre los bienes realizables y sus obligaciones. Cuando el equilibrio económico de los negocios del deudor se rompe, de manera que se ve obligado a impagar por falta de recursos necesarios, se encuentra en imposibilidad de cumplir sus deudas, es decir en estado de insolvencia. Este estado es el que importa en el proceso concursal.

⁵² La insolvencia puede ser actual o inminente. La actual "es aquella en la que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Por el contrario, se encuentra en situación de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y prontamente sus obligaciones.

El concepto de insolvencia actual gira en torno a la imposibilidad de cumplir las obligaciones de modo regular, esto es, con los medios normales, porque si para cumplir con las obligaciones exigibles es preciso vender, por ejemplo, las máquinas en la que se producen los bienes, estaríamos en presencia de un cumplimiento irregular.

La insolvencia inminente se hace pivotar sobre la previsión de la imposibilidad de cumplir puntualmente con las obligaciones de modo que si se puede cumplir, pero de forma tardía o sistemáticamente impuntual, nos encontramos ante una situación de insolvencia inminente". (Arribas Hernández, Alberto, oc. cit., p.24).

La insolvencia actual o inminente son presupuestos objetivos en el proceso concursal voluntario, mientras que la actual lo es en el necesario. La primera es el estado en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles; la segunda es la condición en que está el deudor, que enfrenta una futura imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles (Nieto Delgado, Carlos, ob. cit., pp 235 y 236).

balboas. También está facultado el juez para emitir el auto, cuando el administrador concursal del proceso de reorganización le recomienda la terminación del proceso, en virtud de que los créditos objetados representan por su cuantía o circunstancias un verdadero obstáculo para alcanzar una reorganización eficiente. Siendo fundada su recomendación, el juez da por terminada la reorganización, quedando en libertad cualquier acreedor mercantil para solicitar la liquidación, siempre que la causa del proceso fue la cesación de pago⁵³.

El proceso de liquidación podrá declararse post-mortem, si se comprueba que antes de fallecer el deudor había cesado en el pago de sus obligaciones, es decir, que había incurrido en suspensión de pagos; en el incumplimiento generalizado de sus obligaciones. Nótese que aquí la ley habla en sentido plural y generalizado (cesado en el pago de sus obligaciones), mientras que, al referirse al presupuesto objetivo, habla en sentido singular. Del mismo modo podrá declararse la liquidación de una sucesión, cuando ésta incurriere en el sobreseimiento de una o más obligaciones comerciales. Nótese nuevamente que la ley habla incluso en sentido singular para la sucesión. La solicitud ha de presentarse antes de la adjudicación del haber hereditario. La declaratoria suspende el proceso de sucesión en cuanto a los bienes hereditarios, mientras se tramita la liquidación.

⁵³ Graziabile, Darío (ob. cit., p. 59) sostiene que la cesación de pagos como presupuesto objetivo está en crisis, ante la necesidad que existe, y para lo cual recurrimos al proceso concursal, de actuar anticipadamente al estado de cesación de pago, con el objeto de salvar a la empresa útil. Está en crisis porque se actúa cuando ya no es rescatable la empresa. Por eso, se habla de sustituirla por el de empresa en crisis o en dificultades. Es estado de insolvencia es inoperante ante el propósito de rescatar a la empresa. Se revela cuando la “enfermedad es casi incurable, y así hace llegar tarde la medicina, que puede lograr aliviarla”.

La comisión de actos contrarios a la probidad y buena fe faculta al juez para ordenar la terminación del proceso de reorganización y declarar abierta el de liquidación. Igual ocurre ante actos contrarios a los fines del proceso de reorganización, o ante cualquier tentativa de fraude procesal o colusión. La terminación de la reorganización y la apertura de la liquidación demanda previa consulta a la junta de acreedores, si estuviese constituida.

1.2.2 Procedimiento

Interpuesta la solicitud de liquidación voluntaria el tribunal la examina a fin de verificar si cumple con los requisitos de ley, siendo acompañada de la documentación requerida. De estimar que está conforme a derecho, el juez emite el auto declarando abierto el proceso concursal de liquidación, dentro de los 5 días siguientes. Si la liquidación es forzosa, el juez igualmente examina el cumplimiento de los requisitos y la aportación de la documentación correspondiente. De considerar que cumple con ambas exigencias, el juez admite la solicitud dentro de igual término, dándole traslado al deudor por el término de 20 días, plazo en el cual deberá comparecer al proceso y contestarla, adjuntando la documentación exigida para el caso de la liquidación voluntaria. Esto quiere decir, que la comprobación de los requisitos conlleva la declaratoria de la liquidación, cuando la solicitud proviene del deudor, y conlleva su admisión y traslado al deudor, cuando la solicitud es obra de un acreedor.

Al contestar la demanda del acreedor admitida, el deudor podrá oponerse a la misma, la que podrá ser igualmente contestada por la contraparte en los 3 días siguientes

al vencimiento del término de traslado. Vencido los términos indicados, el juez cita a las partes a una audiencia inicial, la que se celebra dentro de los 15 días siguientes, con las partes que comparezcan. Antes de la declaratoria, el juez puede ordenar, previa petición y bajo la responsabilidad del acreedor, medidas cautelares y medidas de protección de la integridad del patrimonio del deudor, las que pueden consistir en la inhabilitación general de éste para administrar sus bienes, en la intervención controlada de sus negocios o en cualquier otra que responda a dicha finalidad. Para concederlas, el acreedor debe dar caución suficiente para responder a los posibles daños y perjuicios.

En la audiencia inicial el juez rechazará las pruebas presentadas por el deudor para sostener su oposición, siempre que fueren inconducentes o ineficaces. Informado el deudor de los efectos de un eventual proceso concursal de liquidación, el juez procede a decidir si considera fundada o no la oposición. Estimándola fundada, declara concluido el proceso. El auto que concede la oposición del deudor es recurrible en efecto suspensivo y el que la niega en efecto devolutivo.

Si el deudor no presenta oposición a la demanda de apertura del acreedor o del representante de proceso concursal de insolvencia extranjero, o presentando la misma fuera denegada, en la audiencia inicial podrá evitar la declaratoria consignando los fondos suficientes para el pago reclamado, acordar una suspensión de la audiencia a fin de concertar un convenio de pago del crédito pretendido, o someterse a un proceso concursal de reorganización, adjuntando el proyecto de reorganización. También podrá allanarse a la solicitud de declaratoria. Sobre la realización de la audiencia inicial surge la

interrogante, de si procede más allá de que el deudor presente o no oposición a la solicitud de apertura. En el capítulo segundo nos referiremos al tema.

1.2.3 El auto de declaración

1.2.3.1 Tribunal competente

La apertura de liquidación es decidida mediante auto emitido por el tribunal competente, después de mediar solicitud de alguna de las partes legitimadas para hacerlo y de verificarse la audiencia inicial. La LPC crea nuevos tribunales para tramitar los procesos concursales de insolvencia (de reorganización y de liquidación) y los procesos de ejecución. La competencia es adscrita privativamente a los juzgados de circuito de insolvencia, quienes son los jueces de primera instancia. La ley también crea el Cuarto Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, para conocer en todo el territorio nacional, en segunda instancia, de los procesos concursales de conocimiento de los jueces de circuito de insolvencia, y de los recursos de apelación, de hecho, o consulta de los juzgados mencionados de su circunscripción. Los tribunales superiores de justicia existentes mantienen la competencia en segunda instancia de los procesos de ejecución de los jueces de sus respectivas circunscripciones.

Sin perjuicio de que posteriormente sea aumentado el número de ellos, la LPC crea en la Provincia de Panamá 4 juzgados de circuito de insolvencia en el Primer Circuito Judicial, uno en el Segundo Circuito Judicial y uno en el Tercer Circuito Judicial. En la sede

de las demás provincias es creado un juzgado de circuito de insolvencia. Los juzgados debían iniciar sus funciones a partir de la entrada en vigor de la ley, o sea de su promulgación, pero mientras se creaban, continuarían conociendo de los procesos concursales los juzgados de circuito civil. La ley faculta al Pleno de la Corte Suprema de Justicia para crear otros juzgados de circuito de insolvencia con carácter permanente o temporal, pudiendo cambiar, limitar o ampliar la competencia territorial o asignarles competencias en determinadas materias, en consideración a las necesidades del servicio o por razones de congestión judicial.

Hasta la fecha, no está funcionando la nueva jurisdicción, ya que no han sido creados los juzgados de insolvencia, ni el Cuarto Tribunal Superior, por lo que continúan conociendo de la materia la jurisdicción civil.

1.2.3.2 Contenido.

El contenido del auto declarativo del proceso concursal de liquidación viene definido en el artículo 93 y siguientes de la ley 12. La lista no es taxativa, por lo que es una enumeración básica que puede ser ampliada por el juez, según lo ameriten las circunstancias del caso concreto. Su exposición sistemática aconseja tratarlos en dos grupos: el que tiene que ver con el proceso en sí y el que tiene relación con los efectos del auto en cuanto al deudor, a su patrimonio y a las personas relacionadas con él. En este apartado revisaremos lo atinente al primer grupo.

El auto fija la fecha del estado de liquidación, buscando coincidir el económico con el judicial, siendo este último el que produce las consecuencias jurídicas que nos atañen en este estudio. La determinación del estado de liquidación es fundamental, por cuanto a que en función a él se precisa el período sospechoso y se aplican nulidades a actos realizados por el deudor, presumiblemente llevados a cabo en detrimento de su patrimonio y de sus acreedores. Al acreedor demandante ni al juez le consta a primera vista, desde que momento el deudor se encontraba en dicho estado.

Por eso, el auto lo fija en calidad de “por ahora”, haciéndolo coincidir momentáneamente con la fecha en que se concretó el presupuesto objetivo que sustenta la demanda, o sea la fecha del cese del pago, o de las tres ejecuciones fallidas y/o de la ocultación del deudor, o del abandono de sus negocios o del cierre de su establecimiento comercial, sin dejar en los tres últimos eventos mandatario con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones vencidas.

El primer ordinal equivocadamente señala que a falta de determinación especial se estima que la cesación de pago tuvo lugar el día de la presentación de la solicitud o demanda. Esto no es posible, dado que, a la apertura del proceso, la obligación mercantil debe estar vencida, por tanto, exigible e incumplida. La interposición de la solicitud durante el día de su vencimiento, en horas hábiles, contracta con el hecho de que los plazos vencen a la medianoche del último día. Al juez y al acreedor les constan, al menos, cuando fue sobreseída la obligación en que se fundamenta la solicitud, la que no es, sin duda alguna, el mismo día de su interposición. Sin embargo, la disposición en comento podría aplicar cuando sea el deudor el que solicite la apertura del proceso.

La fijación provisional habilita al juez para modificarla y establecer la definitiva en otro auto, expedido con mayor información, una vez conocida la realidad económica de la empresa, y con ella, el estado de sus pasivos y activos. La autorización tiene su límite, debido a que no podrá retrotraer el estado de liquidación a más de cuatro años, contados a partir de la fecha del auto declarativo. La variación opera a instancia de algunas de las partes y de oficio.

En el auto de declaración el juez designa al liquidador concursal y a su suplente, quienes tienen que reunir los requisitos establecidos en los artículos 149 y siguientes, tema que es tratado más adelante. El juez ordena al liquidador a incautar todos los bienes del deudor, sus libros y documentos bajo inventario, con el auxilio de la Policía Nacional. Fija sus honorarios provisionales, que corren por cuenta del demandante o solicitante. Igualmente, ordena la acumulación de todos los juicios pendientes contra el deudor cuyos resultados podrían afectar sus bienes, que se hayan iniciado 4 años antes. La acumulación no alcanza a los procesos ejecutivos especiales (hipotecarios y prendarios).

Emplaza por edicto a todos los acreedores nacionales y extranjeros, a fin de que comparezcan al proceso a hacer valer sus créditos dentro de los 20 días hábiles siguientes a la última publicación, quedando excluidos los acreedores con créditos privilegiados. El edicto emplazatorio se publica por 5 días consecutivos en un periódico de circulación nacional y permanece fijado en el tribunal por diez días. En el auto el juez ordena la adopción de las medidas complementarias, para notificar a los acreedores conocidos en

el extranjero. El artículo 94 dice erróneamente a los acreedores extranjeros, ya que en el país pueden existir acreedores de distintas nacionalidades.

El hace la primera convocatoria de la junta de acreedores, señalando el día, hora y lugar de la reunión. Comunica a la Caja de Seguro Social (entidad encargada de la seguridad social del país), a la Dirección General de Ingresos y al Municipio del domicilio del deudor de la apertura del proceso, para que se presenten al proceso si tienen créditos en contra del deudor. Advierte a los acreedores que su no comparecencia podría afectar sus créditos, por lo que deben concurrir al proceso aportando los documentos justificativos de sus créditos.

1.2.3.3 Impugnación.

Cabe decir primero, que la ley contiene varios supuestos en que el deudor podrá evitar la declaración de liquidación. Para tal fin, podrá consignar suficientes fondos para cubrir el pago del crédito demandado y sus costas; o acordar con el demandante suspender la audiencia inicial para llegar a un convenio en relación al pago del crédito reclamado, que terminará la litis sin afectar a los demás acreedores; o someterse a un proceso de reorganización, adjuntando el proyecto de reorganización. Estas opciones del deudor son válidas ante un proceso necesario, demandado por un acreedor o por el representante de un proceso de insolvencia transfronterizo, sólo que en el último caso debe cubrir los créditos reconocidos y no pagados en ese proceso.

Es precisamente la combinación de estos supuestos y el uso de la cesación de pago como presupuesto objetivo, entendida como sinónimo del simple incumplimiento de una o más obligaciones derivadas de actos de comercio, lo que incrementa la probabilidad de que el proceso concursal de liquidación sea utilizado como medio efectivo para gestionar el cobro de obligaciones vencidas, sin que el deudor esté en graves crisis económica. En vez de hacer efectivo su crédito como debe ser, mediante un proceso ejecutivo particular, el acreedor queda tentado a utilizar el proceso concursal de liquidación, con el ánimo de que, en razón a las consecuencias que tiene para el deudor y su patrimonio, él opte por pagar el crédito o hacer un arreglo, desnaturalizando el objeto, principios y caracteres del proceso concursal.⁵⁴

Aún más, como el acreedor puede desistir de su demanda, lo que impediría la expedición del auto declarativo, podría lograr el pago o un arreglo extrajudicial, en detrimento de los demás acreedores del deudor. Téngase en cuenta que el dinero o bienes que destine el deudor para honrar lo acordado, saldrán legítimamente de su activo, las cuales eran parte de la prenda común en favor de los demás acreedores.

Si el deudor no comparece a la audiencia inicial, o se allana a la pretensión del demandante, o no paga el crédito en el término fijado por el juez, previo convenio con el demandante, o fuese denegado por el juez su oposición al crédito, se procede a la emisión del auto de declaración. Este auto es irrecurrible.

⁵⁴ Véase a Román, Alejandro.

El derogado artículo 1649 del Código de Comercio preveía un modo especial de impugnación del auto de declaración: la demanda de reposición. Este tenía el objetivo de reponer al deudor al estado anterior a la expedición del auto, cuyos efectos jurídicos no quedaban suspendidos. La demanda de reposición era decidida por el mismo juez que emitió el auto impugnado. De concederla, se dejaba sin efecto el auto, salvo los actos de administración válidamente ejecutados por el curador durante el período de tiempo en que el proceso estuvo vigente. El auto que la concedía era susceptible de recurso de apelación, con efecto suspensivo, por el acreedor demandante; y el que la negaba era irrecurrible por el deudor. Esta regulación establecía una desigualdad procesal, en detrimento del deudor, ante un juez inclinado más a mantener su decisión que a revocarla.

La ley pretende corregir la situación anterior, permitiéndole al deudor a oponerse a la declaración en la audiencia inicial. No obstante, poca oportunidad tiene si aplicamos la cesación de pago como un simple incumplimiento de una obligación mercantil vencida, que consta en un título ejecutivo. Nótese que la ley habla de oponerse al crédito demandado, y no a si la condición económica de la empresa justifica una liquidación. Su oposición parece circunscribirse a si el crédito es legítimo, si el demandante está legitimado, si el monto es correcto, si es de carácter mercantil, si está vencido y exigible, y si consta en un documento que presta mérito ejecutivo.

No se centra en lo que realmente importa: si las condiciones económicas y financieras de la empresa propician un proceso concursal, sea de reorganización o de liquidación, en protección y salvaguarda no sólo del interés del acreedor demandante,

sino también del interés de los demás acreedores, los trabajadores y del país. Más todavía, cuando el artículo 90 precisa que de ser rechazada la oposición y no elegir el deudor cualesquiera de las 3 opciones antes mencionadas, el juez procederá a emitirse el auto declaratorio, sin el deber de proteger, junto al interés particular del acreedor, otros intereses sociales y públicos (mencionados al estudiar el objeto del proceso), que pueden justificar la preservación de la empresa. La ley corrige una distorsión del antiguo artículo 1649 del Código de Comercio, que como señalamos negaba el derecho de apelación al deudor y la doble instancia. El rechazo de la oposición del deudor es apelable ante el superior, en segunda instancia, pero en efecto devolutivo. La resolución que declara fundada la oposición del deudor es igualmente apelable por el demandante, pero en efecto suspensivo. De esta manera, la ley reconoce el derecho de apelación a ambas partes y, con ello, igualmente la doble instancia. El deudor cuenta con el recurso de alzada para que el superior revise el criterio del juez ad quo, inclinado a mantener su decisión, máxime en un proceso que tiene enormes consecuencias, que lo pueden hacer responsable por negligencia inexcusable.

1.2.4 Efectos de la declaratoria

Los efectos de la apertura del proceso concursal de liquidación se dan en distintas direcciones. Como sabemos, los acreedores pierden el derecho de demandar en procesos individuales al deudor, para cobrar sus respectivos créditos. Quedan compelidos a comparecer al proceso de liquidación para realizar sus acreencias, so pena de perder este

derecho. Los efectos guardan relación a la persona del deudor, a su patrimonio, a actos jurídicos realizadas por él, a las sociedades y a procesos pendientes en la que es parte.⁵⁵

Veamos en qué consisten estos efectos.

1.2.4.1 En relación con la persona del deudor concursado

La declaratoria del proceso de liquidación tiene efectos en relación a la persona del deudor concursado, en particular sobre derechos fundamentales.⁵⁶ Le es prohibido ausentarse del domicilio, sin previa autorización del juez, incurriendo en desacato. Esta prohibición genera dificultad cuando el deudor tiene varios establecimientos en distintas provincias y su domicilio personal o conyugal en otra. Como si fuera poco, el numeral 2 del artículo 93 se refiere al domicilio de la liquidación y el artículo 98 al domicilio sin especificar. Está claro que el deudor deberá mantenerse en el domicilio ubicado en la circunscripción territorial en que opera el tribunal de la causa. La prohibición es

⁵⁵ Los efectos de la declaración del concurso se proyectan sobre el deudor, los acreedores, la masa activa, la masa pasiva, los trabajadores y los contratos. (Véase Arroyo, Ignacio. Teoría y práctica de Derecho Concursal, Examen de la Ley 38/2011 y su posteriores reformas de 2014 de 2014 y 2015, Tercera Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 112 a 118).

Para facilitar las operaciones liquidatorias y de pago, algunas características de los créditos sufren cambios, perdiendo el concursado el beneficio del plazo y los créditos no dinerarios se computen en dinero (Muñoz Paredes, Alfonso, La liquidación en la obra El Derecho de la insolvencia. El Concurso de acreedores, ob. cit., p. 872) Efectos en relación a la persona del deudor (afectación a derechos fundamentales al derecho de alimento; en relación a la persona jurídica las acciones de responsabilidad de los socios, de los administradores y de los liquidadores, y su disolución); en relación a los acreedores (la integración de la masa pasiva, acciones individuales, procesos pendientes, ciertos créditos donde no hay lugar a la compensación, se suspende el devengo de intereses, la interrupción de la prescripción); en relación a los contratos (la vigencia y resolución de los contratos bilaterales pendiente parcial o totalmente de cumplimiento, los contratos de trabajo, los convenios colectivos, etc.) (Arriba Hernández, Alberto, ob. cit. pp. 145 a 197).

⁵⁶ La declaración del concurso tiene efectos en derechos fundamentales del concursado, tales como la intervención de las comunicaciones (inviolabilidad de la correspondencia la interposición del deber de residencia (libertad de circulación) y la entrada a su residencia (inviolabilidad del domicilio) (Arribas Hernández, Alberto, ob. cit., p. 146).

levantable por el juez, hecho el inventario y el embargo de los bienes, si estima que no hay justo motivo para mantenerla.

Respecto a su patrimonio embargado, el deudor queda relevado de su administración y disposición, por lo que no podrá demandar ni defenderse en demanda, que tengan que ver con aquel. Eso le corresponde al liquidador concursal. Le es prohibido a los directores, administradores, dignatarios, gerentes, liquidadores y representantes legales de la sociedad mercantil deudora renunciar o destituir a alguno de ellos, sin inscribir en el Registro Público su reemplazo. Si al declararse la liquidación la sociedad careciera de representante legal, fungieran como tal los últimos directores, administradores, dignatarios y representantes legales inscritos. Los representantes legales son responsables de cumplir las obligaciones legales impuestos a la sociedad.

La liquidación de la sociedad colectiva conlleva la apertura de la liquidación de todos sus socios; y la liquidación de la sociedad en comandita simple o por acciones conlleva la apertura de la liquidación de todos los socios comanditados. Sus liquidaciones se llevan en legajos separados, así como sus inventarios, asegurándose que no exista confusión entre las operaciones de administración y liquidación del activo y pasivo de cada uno de ellos y de la sociedad.

El artículo 259 de la LPC declara la incapacidad del deudor en liquidación para contratar con las entidades estatales. La ley guarda silencio si queda inhabilitado para ejercer el comercio desde la declaratoria de liquidación, por lo que podría argumentarse

que no queda inhabilitado, por cuanto a que los efectos son los que determinan la ley y que solo se le aplica como pena accesoria, al condenado por liquidación dolosa.

La modificación del artículo 280 y 281 del Código Penal parecen indicar, a primera vista, que la inhabilitación para ejercer el comercio es factible como pena accesoria impuesta al deudor que haya incurrido en delito de insolvencia (liquidación fraudulenta). Es decir, la inhabilitación sería fruto de una sanción penal; no de un efecto propio del régimen concursal de liquidación. Adviértase que el artículo 280 del Código Penal modificado, habla de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del comercio, sin referirse al ejercicio de ciertas funciones en el sector privado (administrador, directivo, dignatario, representante legal de sociedades mercantiles).

El artículo 33 del Código de Comercio no fue modificado ni derogado por la LPC. Este artículo preceptúa que están inhabilitados para ejercer el comercio y cualquier cargo en las sociedades mercantiles los quebrados o concursados no rehabilitados. El artículo 1633 del mismo cuerpo legal, derogado por la LPC, establecía que los fallidos de quiebra fraudulenta no eran rehabilitables, por lo que quedaban inhabilitados para ejercer el comercio por el resto de su vida. Como quiera que la ley derogó las normas sobre rehabilitación, sin regular la materia en su articulado, quedan inhabilitados quienes sean condenados por el juez penal por el delito de insolvencia (reorganización o liquidación fraudulentas). La inhabilitación es temporal. No es definitiva, como lo era en el Código de Comercio para los quebrados fraudulentos. Dura por el tiempo de la sanción impuesta por el juez penal. De esta forma, estimamos que el artículo 33 del Código de Comercio es

aplicable al deudor condenado por liquidación fraudulenta, pero sólo por el tiempo de la condena accesoria.

Sin embargo, resulta extraño que el deudor en liquidación pueda ejercer el comercio durante el proceso concursal. La declaración de liquidación trae consigo su inhabilitación, ya que pierde la facultad para administrar y disponer de su patrimonio embargable; no puede representarse asimismo en procesos de carácter patrimonial, ni como demandante ni como demandado; pierde su capacidad para contratar en relación a sus bienes y empresa; etc. En consecuencia, no podrá continuar las actividades empresariales al frente de sus negocios. Por lo tanto, uno de los efectos de la declaratoria de liquidación es su imposibilidad para ejercer el comercio, ya sea por sí mismo, o por interpuesta persona, o en representación de terceros (sociedades mercantiles). La imposibilidad producto de la declaratoria de liquidación dura mientras esté el proceso concursal. La inhabilitación producto de la condena, dura por el tiempo de la pena accesoria.

De modo que hablamos de dos situaciones claramente diferenciables, tanto en su origen como en su duración. Ambas tienen en común la existencia de un proceso concursal de liquidación contra el deudor. Sin éste no es probable ni la una ni la otra. Es decir, mientras la primera, por orden cronológico, es consecuencia de la declaratoria de liquidación, la segunda es consecuencia de la sanción penal impuesta. Mientras la duración de la primera no está determinada, pero es determinable (hasta el cierre del proceso), la segunda tiene duración determinada. Durante la primera, el deudor carece

de la facultad para administrar y disponer de sus bienes embargables; en la segunda recobra estas facultades sin poder destinar sus bienes al ejercicio del comercio.⁵⁷

Ahora bien, nos parece pertinente el señalamiento que hace Perez-Ragone, Álvaro⁵⁸ respecto a los efectos de la declaración de concurso en contra de la persona natural. El autor se pronuncia en favor de las legislaciones que conceden al deudor persona natural una segunda oportunidad. Sostiene que así como la esclavitud cedió en favor de una servidumbre personal, la que dio paso a la relación de trabajo con garantía de un salario que asegura un sustento para el deudor y su familia, el derecho concursal contemporáneo prevé que el concursado continúe trabajando y generando ingresos, de los cuales los acreedores reciben una cuota durante el período de tiempo que puede mantenerse abierto el proceso concursal (3 a 5 años), en cuyo vencimiento se da la condonación de las deudas residuales, siempre que se cumpla con los requisitos de la ley (no calificada de culposa o dolosa la insolvencia, y que el deudor haya satisfecho al menos una cuarta parte de los pasivos).

1.2.4.2 En relación con el patrimonio del deudor.

⁵⁷ Sobre los efectos de la declaración del concurso en relación al deudor consúltese Mejías López, Javier (Efectos de la declaración de concurso sobre el deudor. Persona Jurídica, en la obra El Concurso de Acreedores, ob. cit. pp. 193 a 216).

⁵⁸ La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas naturales: desde la servidumbre e infamia hasta los procesos concursales de consumidores, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLI, diciembre, 2013, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.

Múltiples son los efectos del proceso de liquidación en relación a los bienes del deudor⁵⁹. El artículo relativo al contenido del auto declarativo alude a algunos de ellos y los demás están expresados en una variedad de normas. El auto hace alusión a los siguientes: al desapoderamiento, decretándose el embargo y depósito de los bienes, libros, papeles, documentos y correspondencia relativa a la empresa; la pérdida de las facultades de administración y de disposición sobre sus bienes, manteniendo la propiedad, motivo por el cual se apercibe a los demás que no le paguen al deudor acreencias de éste, ni le devuelvan bienes que son de él pero que no están en su posesión, debiendo en uno y otro caso pagarse y entregarse al liquidador; la inscripción en el Registro Público de la resolución, para evitar actos del deudor en cuanto a los bienes inscritos y alterar el estatus de la sociedad mercantil; y la prohibición a los administradores, gerentes, directores y síndicos de disponer bienes de la sociedad o de realizar pagos o arreglos sobre sus obligaciones.

Los demás artículos hacen referencia a los siguientes efectos. El impedimento para el deudor de inscribir en el Registro Público títulos en relación a sus bienes registrados y registrables. La pérdida de las facultades de disposición y administración sobre sus bienes presentes y los que adquiera durante el proceso, agregando nosotros sobre los recuperados en virtud de las acciones revocatorias. Según el artículo 99 de la LPC, este efecto se da mientras esté en estado de liquidación, pero debe entenderse

⁵⁹ Sobre el tema, consúltese a Bonfanti, Mario Albero y Garrone, José Alberto (ob. cit. pp. 447 a 604). Los autores tratan los efectos, en relación al desapoderamiento, al período sospechoso, a relaciones jurídicas preexistentes y a relaciones jurídicas en particular. Consúltese también a Colino Mediavilla, José Luis (Efectos de la declaración de concurso sobre los créditos, en la obra El Concurso de acreedores, ob. cit., pp. 217 a 229.)

técnicamente mientras esté vigente el proceso, ya que el estado en liquidación es una situación económica que tiene importancia jurídica, cuando es declarado abierto el proceso. Dejan de correr los intereses contra la masa, excepto en los créditos garantizados con prenda o hipoteca, pero hasta donde alcance el producto de la cosa gravada.

Una vez declarada la liquidación, todas las obligaciones civiles y mercantiles del deudor son exigibles, con el correspondiente descuento de interés por vencimiento anticipado. Queda suspendido el término de prescripción de las acciones dimanantes de los créditos. Subsiste, a pesar de mediar renuncia expresa, el beneficio de denunciar bienes del deudor principal para que el acreedor se cobre primero de estos (beneficio de excusión), cuando el fiador sea el deudor en liquidación. En las obligaciones comerciales simultáneas no vencidas, los codeudores del deudor en liquidación quedan obligados a dar fianza de que cumplirán la obligación a su vencimiento. En las obligaciones comerciales sucesivas, la liquidación de un deudor no da lugar a considerar de plazo vencido y exigible la obligación de los demás deudores (obligaciones derivadas de endosos en documentos negociables).

Una de las tareas más encomiables respecto a los bienes del deudor, es la de definir la conformación de la masa activa, integrada, como ya sabemos, por los bienes embargables presentes, los adquiridos durante el proceso y los recuperados en virtud a acciones revocatorias o rescisorias. En observancia a este cometido se da el proceso de depuración patrimonial, manifestado en dos vertientes: la integración, con la recuperación de los bienes que en el pasado eran del deudor y que, en virtud de las

nulidades, vuelven a incorporarse a su patrimonio; y la exclusión, con la salida de los bienes que están en posesión del deudor y que, en razón a los derechos y reclamos de sus titulares, vuelven a los patrimonios de éstos⁶⁰. Es así como son integrados a la masa activa bienes del deudor que fueron traspasados a título gratuito a familiares, y son devueltos a sus dueños bienes dados en depósito al deudor, en comodato, en mandato, en comisión, etc.

El artículo 106 de la LPC excluye de la masa activa un conjunto de bienes, entre ellos, los que tenga el deudor en concepto de depósito o administración o por comisión de compraventa, tránsito o entrega; los documentos negociables entregados al deudor para gestión de cobro; las cantidades debidas al deudor por venta hechas de cuenta ajena y las letras expedidas en ocasión a esta transacción; los efectos vendidos al deudor no pagados, mientras subsisten embalados en los almacenes y sean identificables por marcas o números de los fardos o bultos; y las mercaderías compradas a crédito por el deudor, mientras no le hayan sido materialmente entregadas. El artículo alude a la entrega material, ignorando que el Código de Comercio admite la entrega ficta o simbólica de la cosa vendida, por ejemplo, la entrega de la llave del vehículo o del departamento, o de la llave del almacén donde se encuentren las mercaderías. Esta ignorancia pareciera darle más efecto de transferencia del dominio a la entrega ficta que a la material, puesto que

⁶⁰ La depuración, nos dice Rodríguez Rodríguez, Joaquín (Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 17ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, p. 161), se efectúa a través de acciones con finalidades opuestas. Las que pretenden integrar a la masa activa, los bienes que ocasionalmente se encontraban excluidos, pero que están afectos a las obligaciones contraídas por el deudor en liquidación. Las que persiguen su desintegración, toda vez que tienen por objeto la separación de los bienes indebidamente incluidas en el patrimonio del deudor, por lo que no están afectos al concurso.

Las acciones de integración son las que guardan relación con el cumplimiento de las obligaciones en favor del deudor, al ejercicio de las tercerías de dominio y a las acciones revocatorias y reivindicativas. Las acciones de desintegración se dirigen a la recuperación de bienes por sus legítimos dueños.

mientras la primera permitiría incluir en la masa activa del deudor la cosa vendida, la segunda permitiría lo contrario, su exclusión.

1.2.4.3 En relación con actos jurídicos realizados por el fallido.

A raíz del proceso de liquidación, algunos de los actos o contratos efectuados por el deudor antes de su declaratoria son resolvibles o rescindibles. En algunos casos, en razón de la excepción del contrato no cumplido, que exige del contratante *in bonis* sustentarla en tres supuestos: contrato no cumplido, defectuoso incumplimiento y riesgo de incumplimiento (cuando el contratante *in bonis* se niega a cumplir su prestación en contrato de obligaciones recíprocas de vencimiento, por temor fundado de que la contraparte no cumplirá la contraprestación).⁶¹ Existe un período sospechoso, en el que es probable que el deudor se vea tentado a eludir sus responsabilidades con sus acreedores.⁶² La resolución supone la conveniencia para la empresa, dada su situación legal. Las nulidades suponen actos contrarios a la buena fe, o a la debida diligencia y cuidado de un buen comerciante⁶³. Es decir, mientras aquella presume la buena fe en el acto, pero recomendable su terminación, en beneficio de la empresa y de los acreedores,

⁶¹ Bosso Hauri, Sebastián, La excepción del contrato no cumplido en materia concursal en España, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXVI, núm. I, julio, 2013, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile, pp. 29 a 41.

⁶² Para unos autores, el período sospechoso es de tiempo fijo antes de la fecha del auto. Para otros autores es desde la fecha del estado de quiebra fijado por el juez a la fecha del auto (Sanguino Sánchez, Jesús María ob. cit., p. 94)

⁶³ Sánchez Paredes, María Luisa (Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, en la obra El Derecho de la Insolvencia. El concurso de acreedores, ob. cit., p. 477) y Martínez Muñoz, Miguel (Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, en la obra El Concurso de acreedores, ob. cit. p. 235) destacan que el principio general en el concurso es la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas. La declaratoria no constituye una causa anticipada de resolución del contrato. La continuidad de los contratos favorece la preservación de la empresa. La idea es conciliar la tutela que proporciona el derecho concursal, dirigido fundamentalmente a satisfacer los créditos de los acreedores, y la tutela del Derecho Civil a los contratos bilaterales. Para que el contrato continúe es vital que sea válido y eficaz, que sea bilateral y que esté pendiente de ejecución.

debido a la liquidación, la segunda presume la culpa, negligencia o el dolo, o la sinrazón, en perjuicio de la empresa y de los acreedores⁶⁴.

Entre los actos del primer grupo está el contrato de cuenta corriente vigente al momento de la apertura del proceso. Este contrato termina en la fecha de la cesación de pago, procediéndose a su liquidación, con la compensación propia del mismo. De igual modo, terminan los contratos bilaterales no ejecutados o ejecutados parcialmente, ya sea por el deudor o por la contraparte, así como los contratos de arrendamiento de cosas o de servicios y los contratos de tracto sucesivos (de suministro, por ejemplo), solo que en los dos últimos contratos la resolución es discrecional, previo aviso requerido por las leyes civiles. Resulta incomprensible la referencia del artículo 125 de la LPC a las leyes civiles, en la medida que los contratos mercantiles de tracto sucesivo (*joint venture*, franquicia, suministro, etc.) están sujetos a sus cláusulas, a la ley mercantil y a los usos de comercio, fuentes del derecho mercantil con prelación al derecho civil.

Asimismo, terminan por resolución anticipada los contratos de mandato y de comisión, así como los contratos *intuitu personae*, puesto que se suscriben en consideración a las cualidades personales de las partes. La liquidación del mandatario y del comisionista es causal automática de resolución, no así la del mandante y del comitente. El mandante y el comitente contratan al mandatario y al comisionista, respectivamente, en función a las cualidades personales que tienen. Por eso, el

⁶⁴ Rouillon, Adolfo (Derecho Concursal, la Ley, Argentina, 2005, p. 411 a 427) estiman que la legitimación activa de las acciones revocatorias le corresponde al síndico. Le niega la legitimación al deudor, pues dichas acciones tienen un tinte sancionatorio. Sanciona con la enoponibilidad, a los terceros que, conociendo el estado patrimonial del deudor, celebran contratos con él, en detrimento de los acreedores. En consecuencia, el deudor carece de legitimación activa, porque él no se puede sancionar así mismo.

cumplimiento de sus obligaciones no es trasladable a sus herederos. La liquidación del mandante y del comitente es causal de resolución del contrato, sin que funcione automáticamente. El mandatario y el comisionista continúan velando por los intereses de sus contrapartes, hasta que los herederos determinen lo contrario. De otra manera, causarían daños y perjuicios por su abandono⁶⁵.

Del mismo modo, la liquidación es causal de resolución anticipada del contrato de arrendamiento financiero, de franquicia, de *joint venture*, de cuenta en participación, de *underwriting*, de *factoring* y otros más. La liquidación del arrendatario acarrea de pleno derecho la resolución del contrato de arrendamiento financiero. Igual sucede en la liquidación de cualquiera de los *Ventures*, siempre que el *joint venture* se haya instrumentalizado a través de un contrato, sin perjuicio de que hayan pactado seguir con los demás *ventures*. También es causal de resolución administrativa del contrato celebrado con el Estado y sus dependencias públicas.

En cuanto al segundo grupo de actos jurídicos, de las nulidades, el artículo 116 declara nulos los pagos y actos jurídicos de dominio o de administración efectuados por el deudor después de la apertura del proceso concursal, al igual que los pagos realizados a él. La acción de nulidad es ejercitable por el liquidador, mediante proceso sumario ante el juez del proceso concursal.

También son nulos los contratos a título gratuito celebrados por el deudor en los 4 años anteriores a la fecha en que el juez retrotraiga el estado de liquidación, a favor de su

⁶⁵ Arrubla Paucar, Jaime Alberto (Contratos Mercantiles Típicos, 13ª Edición, Legis, Colombia, 2012, pp. 197 y ss., 303 y ss, 439 y ss), analiza los efectos jurídicos de los contratos de mandato, comisión y cuenta corriente mercantil.

cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en el supuesto de que el deudor sea una persona natural comerciante; o en favor de los socios, accionistas, administradores, directores, gerentes, dignatarios, representantes legales, liquidadores o apoderados generales, en el supuesto de que el deudor sea una sociedad mercantil. Teníamos la confianza de que la nueva ley corregiría el exceso del Código de Comercio, de establecer un alcance de 8 años, contados hacía atrás desde la fecha del auto de declaración. Recuérdese que el juez está facultado para retrotraer el estado de liquidación hasta 4 años antes de la fecha del auto que declara abierto el proceso, por lo que el tiempo aplicable respecto a esta nulidad son hasta 4 años antes a los 4 años que puede retrotraerse la declaratoria.

Es probable que, durante los primeros años de este período, la empresa no presente síntomas de problemas económicos, o no sean objetivamente previsibles. Entonces resulta excesiva la nulidad absoluta de estos actos, realizados sin malicia, mala fe o descuido. La nulidad debería tener en cuenta el estado económico y financiero de la empresa al momento de concretarse el contrato gratuito, durante los 4 años antes a la fecha en que fue retrotraído el estado de liquidación. En otras palabras, el contrato sería nulo, sin mayor consideración, si fue efectuado durante el estado de liquidación; o durante los 4 años anteriores a éste, si la empresa presentaba una situación económica y financiera que objetivamente hiciera prever dificultades a corto y mediano plazo.

Son nulos, a solicitud del liquidador o de cualquier acreedor, los actos o contratos en que ha intervenido fraude o simulación, al declarar o afirmar las partes cosas y hechos que no son ciertos, y las enajenaciones a título oneroso o gratuito cuando el deudor las

realizó para evadir a sus acreedores. También son nulos, únicamente en beneficio de la masa de acreedores, los siguientes actos ejecutados después del estado de liquidación (erróneamente el artículo 118 dice después de la declaratoria de liquidación) o en el año anterior: los actos o contratos a título gratuito, simulados o no; la constitución de una prenda o hipoteca en favor de un crédito ordinario ya existente; la estipulación o cualquier otro acto dirigido a dotarle a dicho crédito de una garantía o preferencia de la que carecía; el pago adelantado y la dación en pago para satisfacer un crédito exigible; la repudiación de la herencia, legado o usufructo; y las reformas estatutarias o del pacto social, inscrita en el Registro Público, que disminuyen el patrimonio de la sociedad.

Lo que tienen en común estos actos es que riñen con el sentido común y con el actuar de un buen comerciante. Es inconcebible que el deudor otorgue garantía prendaria o hipotecaria o derecho de preferencia, a un crédito existente privado de dicha garantía o preferencia, gravando un bien que hasta ese momento era garantía de pago para los demás acreedores. O pague una deuda que está sujeta a plazo o condición suspensiva, ignorando tales condiciones. O salde una deuda dineraria dando en su lugar un bien que es garantía para los demás acreedores. O rechace bienes que adquirirá en concepto de herencia, legado o usufructo, que ayudarán a mejorar su situación patrimonial e incrementar las posibilidades de cumplir con sus obligaciones, en provecho de sus acreedores.

El problema es que el artículo 118 de la LPC dice expresamente que tales actos son anulables, si son realizados después de la declaratoria de liquidación, o en el año anterior. El artículo confunde la declaratoria de liquidación con el estado de liquidación. La

declaratoria procede al emitirse el auto declarativo. El estado de liquidación definitivo es fijado por el Juez en un auto posterior, pudiendo retrotraerlo hasta 4 años antes de la fecha del auto declaratorio de liquidación. La misma confusión comete el artículo 119 con respecto al primer ordinal del artículo 93, que hablan respectivamente de los actos gratuitos en favor de los parientes y de la fijación provisional del estado de liquidación respectivamente. Pese a tal confusión, no cabe duda de que los artículos se refieren al estado de liquidación, dado que resulta incomprensible que diga que son nulos dichos actos siempre que sean ejecutados o celebrados después de la declaratoria de liquidación. Resulta que no solo estos actos son nulos si se ejecutan y se celebran después de la declaratoria de liquidación, todos los actos de disposición y administración son nulos por violación a la ley. Son nulos por sí mismos, y por tanto la nulidad procede, sea en beneficio o no de los acreedores. Los actos se realizan en violación a la Ley, que establece, entre los efectos de la declaración de liquidación, la pérdida por el deudor de la facultad de disposición y administración sobre su patrimonio. Son actos de disposición. En consecuencia, en estos artículos de la ley, el legislador utiliza declaración de liquidación para referirse al estado de liquidación fijado por el juez.

La declaratoria de liquidación no tiene efectos sobre los contratos de fideicomiso y encargos fiduciarios, pero sí sobre los actos y contratos realizados por los herederos del deudor respecto de los bienes mortuorios, desde la muerte del deudor hasta la apertura del proceso concursal.

Por último, son anulables las resoluciones judiciales obtenidas dolosamente por el deudor y su contraparte procesal, a fin de detraer bienes o inventar obligaciones, en

perjuicio de los acreedores. Se trata de procesos “amarillos” donde el deudor es condenado por obligaciones inexistentes, debido a su allanamiento de la pretensión o una pésima defensa programada. La anulación es viable sólo cuando la resolución perjudique a los acreedores.

La LPC no se detiene a determinar los efectos del auto de declaración de concurso respecto a los contratos y relaciones laborales. Casi no alude a este asunto. Solo incluye entre los créditos contra la masa, las prestaciones laborales, las que de acuerdo con el Código de Trabajo son los salarios y derechos laborales como las vacaciones, décimo tercer mes, prima de antigüedad.⁶⁶

1.2.4.4 En relación con las sociedades

La mercantilidad de las sociedades deviene del cumplimiento de los requisitos de constitución y del objeto social,⁶⁷ así como de su forma o tipo.⁶⁸ Múltiples son los aspectos a considerar, al referirnos a los efectos de la declaratoria de liquidación en relación a las sociedades mercantiles,⁶⁹ es decir a la que se llama la quiebra por repercusión.⁷⁰

⁶⁶ El tema en cuestión es examinado por Llorente Sánchez –Arjona, Mercedes, Tratamiento de las situaciones de insolvencia que afectan al trabajador en la Ley concursal española, Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 17, julio-diciembre, 2013, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México, pp. 109-144.

⁶⁷ Vicent Chulia (ob. cit. p. 200)

⁶⁸ Ripert, George (ob. cit., p. 195)

⁶⁹ Consúltese a Chulia, Vicent (ob. cit., pp. 222 a 538), quien de manera exhaustiva estudia las sociedades mercantiles.

⁷⁰ Cervantes Ahumada, Raúl (ob. cit., pp. 155 a 159).

Hemos anotado que la liquidación de la sociedad colectiva y de las sociedades en comandita simple y por acciones, acarrea la liquidación individual de todos socios, en el primer caso, y de los socios comanditados, en el segundo, dada la solidaridad pasiva existente entre aquellas y éstos,⁷¹ que hacen responder al socio de forma personal, solidaria e ilimitadamente de las obligaciones contraídas por la sociedad. Empero, esta responsabilidad del socio ha de entenderse de forma restringida, de modo que no alcanza al socio que tiene responsabilidad ilimitada por causa distinta a su condición de socio colectivo o comanditado,⁷² como por ejemplo el socio comanditario que presta su nombre para que aparezca en la razón social. Esto no lo hace socio comanditado, pero lo hace responder ilimitadamente.

Ahora bien, la responsabilidad del socio colectivo y del socio comanditado en relación con las obligaciones sociales es de segundo grado,⁷³ de manera que responden cuando el patrimonio social se revela insuficiente para afrontar sus obligaciones. En las otras sociedades, de responsabilidad limitada de los socios, el concurso no libera al socio de cumplir lo que adeude en concepto de aporte. Su obligación es exigible de forma subsidiaria, cuando los bienes sociales no alcancen para satisfacer los créditos sociales.⁷⁴ Otro tanto acontece en la situación de control de una sociedad sobre otra.⁷⁵

⁷¹ Ponce Gómez, Francisco y Ponce Castillo, Rodolfo (ob. cit., p. 119).

⁷² Sánchez Calero, Fernando (ob. cit. p. 532).

⁷³ Ibidem, p. 108.

⁷⁴ Sánchez Beltrán, Emilio (Efectos de la quiebra de la sociedad anónima sobre la obligación de aportar, en Estudios de Derecho Mercantil, Tomo I, Tirant To Blanch, España, 1995, pp. 351, 357, 358 y 361), expresa que, en efecto, la quiebra no libera al socio de cumplir con lo adeudado de su aporte, pero esta obligación es exigible cuando sea necesaria para cubrir los créditos de los acreedores de la sociedad, siendo ineficaz la cláusula estatutaria sobre el plazo de pago. La subordinación de la exigibilidad del aporte a la necesidad opera, para él, cuyo plazo no esté vencido al declararse el proceso concursal y no haya sido reclamado por los

La liquidación de los socios colectivos y comanditados no conlleva la liquidación de las sociedades, a menos que hayan sobrepasado el pago de sus obligaciones. Las liquidaciones se llevan en legajos separados, evitando confusión respecto a la masa activa y masa pasiva de cada una de ellas. En las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada⁷⁶ no se producen estos efectos, ni en las sociedades en comanditas en relación al socio comanditario.

La liquidación de un socio colectivo y de un socio comanditado es causa de disolución de la sociedad colectiva y de las sociedades en comanditas. Produce sus liquidaciones si, como ya señalé, la misma sociedad ha cesado en el pago de sus obligaciones. Los acreedores particulares de los socios no participan en la liquidación de la sociedad, salvo que sus créditos sean anteriores a la constitución a la sociedad. Sólo tienen derecho a la parte que le corresponda a su deudor de la sociedad, satisfechos los acreedores sociales. Estos últimos participan en las liquidaciones individuales de los socios, junto con los acreedores particulares de cada socio.

Cuando el socio personal e ilimitadamente responsable de las obligaciones sociales forme parte de dos o más sociedades como socio de igual responsabilidad, los acreedores de la sociedad en liquidación podrán perseguir la parte líquida que le

administradores. La función del aporte cambia. De estar destinado a la realización del objeto social, cambia a la función de garantía de los acreedores. La subordinación de su exigibilidad reclama que los bienes sociales sean insuficientes para cubrir las deudas de la sociedad.

⁷⁵ La existencia de un control de una sociedad sobre otra no es suficiente para extender la responsabilidad a la sociedad controlante, por actos realizados por la sociedad controlada. Es menester que exista abuso de la sociedad controlante, que utiliza la sociedad controlada para violar la ley. Véase Rejón, Adriana Beatriz (obra Colectiva, ob. cit., pp. 81 y 82).

⁷⁶ Para un estudio de la nueva ley de la sociedad de responsabilidad limitada panameña, consúltese Fábrega, Juan Pablo (Sociedades de Responsabilidad limitada, Comentada por artículo, Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, 2010).

corresponde al socio en las demás sociedades. Los acreedores sociales pueden celebrar convenios personales con cada uno de los socios colectivos y comanditados, en cuyo caso se le devolverán sus bienes personales sin que los bienes sociales sean garantía para el cumplimiento del convenio. También pueden formar parte de convenios entre los socios y sus acreedores particulares.

Los socios comanditarios, los de sociedades de responsabilidad limitada, los de sociedades anónimas, de cuenta en participación y similares tienen derecho a participar en la liquidación de las sociedades, solo en cuanto a la diferencia entre su aporte y el crédito contra la sociedad.

La representación legal de la sociedad en liquidación la ostenta quien o quienes estén designados en el pacto social, y en su defecto por los que determina la ley. En este sentido, una vez declarada la liquidación no se admitirá la inscripción en el Registro Público de la renuncia o destitución de directores, administradores, dignatarios, gerentes, liquidadores, representantes legales y demás organismos, sin que consten sus reemplazos. La representación legal recaerá en el último representante registrado en el Registro Público. Esto asegura que las sociedades en liquidación no carecerán de representación legal. Lo mismo ocurre con los últimos directores, administradores y dignatarios. La ley faculta al juez para declarar la nulidad de las renunciaciones inscritas en el Registro Público.

Corresponde al representante legal cumplir las obligaciones que le impone la ley a la sociedad como deudor en liquidación. El liquidador concursal está habilitado para

ejercer las acciones de responsabilidad en contra de los administradores, directores, dignatarios, gerentes, representantes legales, auditores y liquidadores, sin perjuicio que también lo haga la propia sociedad. Para ello, el liquidador no necesita del previo acuerdo de la junta de accionista o de la asamblea general de socios. A petición de parte, el juez tiene la atribución de ordenar el secuestro de bienes y derechos de las autoridades antes mencionadas, si hay motivos fundados para considerar que actuaron de manera negligente o en fraude de los acreedores sociales. Semejante acción cabe contra las mencionadas autoridades que fungieron como tales dentro de los dos años anteriores a la fecha del estado de liquidación, en iguales circunstancias.

1.2.4.5 En relación con los procesos pendientes

Como sabemos, los procesos concursales son universales, por lo tanto involucran al patrimonio embargable del deudor, tanto los presentes como los que adquiera durante el proceso y los recuperados; y a todos los acreedores de él, salvo los titulares de créditos con garantía real, preferentes, quienes conservan su derecho de accionar por separado, pero hasta donde alcance el valor del bien gravado. Es por eso que se produce el fenómeno procesal de la acumulación de los procesos pendientes, en los que interviene el deudor en liquidación, cuyas resultas afectan o pueden afectar a su patrimonio, destinado, desde la apertura de la liquidación, a satisfacer los créditos concursales.

El artículo 187 de la LPC expresa que los procesos pendientes, sin hacer ninguna matización, en los que sea parte el deudor, continuarán su trámite con el liquidador, en

sustitución de aquel. A pesar de que la norma establece este efecto de forma amplia, sean contenciosos o no los procesos, tiene sus excepciones cuando se trate del ejercicio de derechos personalísimos del deudor; como la separación de hecho, el matrimonio, la adopción, la naturalización, el divorcio, la filiación, etc., toda vez que dichos derechos sólo le competen al deudor. Claro está que las resultas de estos procesos tienen o pueden tener incidencias en su patrimonio, ya que la condena al pago de pensiones alimenticias, el divorcio donde resulte ser el cónyuge culpable, el reconocimiento de su paternidad, etc. traerá consigo obligaciones pecuniarias, que incluso tienen preferencia. No obstante, el deudor no será reemplazado por el liquidador.

La acumulación alcanza a los procesos contenciosos de carácter patrimonial iniciados dentro de los cuatro años antes de la declaratoria de liquidación, entendida como la fecha de apertura del proceso concursal. El conocimiento del proceso concursal obliga a los jueces a suspender los trámites de los procesos acumulables, por lo que deben de abstenerse de todo procedimiento, salvo la práctica de medidas cautelares. Es opcional del liquidador solicitar dentro de los 20 días siguientes a la primera notificación que se le haga, que el proceso pendiente se retrotraiga al estado que tenía al declararse la liquidación, siempre que justifique que los trámites ejecutados durante este período procesal han afectado los intereses del concurso. Los embargos y las medidas cautelares quedan sin efecto, ya que los bienes ingresan al concurso, bajo el embargo colectivo.

En los procesos ejecutivos en los que haya otros ejecutados, quedan suspendidos los trámites sólo en cuanto al deudor concursal, continuándose con los mismos respectos a los demás. Para tales efectos, el juez del proceso ejecutivo remitirá al juez del concurso

copias del expediente y le comunicará el cumplimiento total o parcial de la obligación. Si la acción ejecutiva es contra el deudor para el cobro de una suma de dinero, o para el cumplimiento de una obligación convertible en dinero, el juez de la causa suspenderá los trámites, a menos que esté señalado el día de remate. En este caso no se suspenderán y el precio obtenido en el remate ingresará a la masa activa del concurso.

1.2.5 Intervinientes

1.2.5.1 El juez

Para algunos es el órgano rector del procedimiento⁷⁷, y para otros el órgano supremo, la suprema autoridad⁷⁸. La Ley 12 de 19 de mayo de 2016 le atribuye al juez de los procesos concursales de insolvencia un conjunto de funciones y potestades, con el ánimo de garantizar su objeto y sus principios, en defensa y salvaguarda de los intereses particulares, públicos y sociales involucrados. Sin embargo, es lamentable que las mismas sean insuficientes para alcanzar sus objetivos, ante un conflicto entre los intereses particulares de los acreedores del deudor, y los intereses públicos y sociales identificados como el orden económico nacional, la libre competencia económica, la riqueza nacional y la fuente de empleo. Poco puede hacer el juez para evitar la liquidación de una empresa eficiente recuperable, con dificultades económicas salvables, sin el concurso determinante del deudor y de la junta de acreedores, a quienes la ley les reconoce la iniciativa para

⁷⁷ Sánchez Calero, ob. cit., p. 524.

⁷⁸ Cervantes Ahumada, Raúl, ob. cit., p. 63.

acceder a la reorganización de la empresa, bajo el ojo vigilante del liquidador y del juez. Sobre este aspecto nos remitimos a los comentarios esbozados en el punto relativo al objeto del proceso concursal de liquidación, Capítulo Primero.

Lo cierto es que el juez cuenta con ciertas atribuciones para velar por el seguimiento y la buena marcha del proceso de liquidación. Entre sus facultades están la de nombrar y remover al liquidador y su suplente, fijar sus honorarios provisionales y decidir sobre sus responsabilidades; ordenar la exhibición y compulsión de registros contables; decidir la oposición del deudor a la demanda del acreedor, mediante la cual solicita la apertura del proceso; expedir el auto de declaración, ordenando el embargo de todos los bienes embargables del deudor y la ejecución de medidas cautelares.

También están la de determinar el estado provisional y definitivo de liquidación, retrotrayendo el mismo hasta 4 años antes de la fecha del auto de declaración; prohibir al deudor ausentarse del domicilio, sin su previa autorización; ordenar a las oficinas de correos que entreguen al liquidador la correspondencia del deudor relativa a la empresa; advertir a los deudores del deudor concursado que deben pagar al liquidador y a los que tienen bienes de éste, devolverlos al liquidador; emplazar a los acreedores del deudor para que comparezcan al tribunal a fin de hacer valer sus créditos, fijando la fecha, hora y lugar de la primera reunión de la junta de acreedores; prohibir a los administradores, gerentes, directores, dignatarios, representantes legales, socios, accionistas y síndicos disponer bienes de la sociedad; comunicar a la Caja de Seguro Social, a la Dirección Nacional de Ingresos y al Municipio del domicilio del deudor sobre la declaratoria del concurso, a objeto de que hagan valer sus créditos; comunicar al Registro Público la

apertura del proceso, a efectos de impedir la inscripción de actos de disposición de bienes registrados y la renuncia o destitución sin reemplazo, de funcionarios y autoridades de la sociedad concursada.

Adicional a las mencionadas, están la de decidir las nulidades de ciertos actos jurídicos realizados por el deudor en períodos determinados por la ley (tratados en los efectos de la declaratoria en relación con actos y contratos celebrados por el deudor), y la de aprobar la terminación del proceso de liquidación por falta de activos y por conclusión final de la distribución de los bienes. Las últimas atribuciones serán objeto de examen en la segunda parte de la presente investigación.

1.2.5.2 El deudor

Es la persona natural comerciante, la sociedad mercantil, los socios colectivos en la sociedad colectiva y los socios comanditados en las sociedades en comanditas simples y por acciones declarados en concurso de liquidación, ya sea a instancia propia (liquidación voluntaria) o a instancia de un acreedor de un crédito mercantil, o del representante de un proceso concursal extranjero. Sus principales potestades son la legitimación para proponer su propio proceso de liquidación, la de oponerse al solicitado por cualquiera de los otros dos legitimados y la de promover la terminación del proceso, mediante la proposición de un plan de reorganización de la empresa. Sobre su patrimonio recae el proceso, con efectos en relación al mismo (prohibición de ausentarse del domicilio, etc.).

En efecto, el proceso podrá iniciar a instancias del propio deudor o de su representante debidamente instruido, cuando cese en el pago de obligaciones mercantiles que constan en título ejecutivo; o tenga en su contra tres o más ejecuciones sin haber aportado bienes suficientes para el pago total; o se oculte, abandone sus negocios o cierre su establecimiento comercial, sin haber designado a alguien con facultades y recursos suficientes para cumplir sus obligaciones vencidas. En ejercicio de esta legitimación debe adjuntar el acta autenticada del órgano social, en la cual se autoriza dicha petición; lista de los bienes y pasivos; la exposición de los motivos que determinan su estado de liquidación; los registros contables y los estados financieros auditados, correspondientes al último trimestre y al último ejercicio fiscal.

El deudor está autorizado para oponerse a la solicitud de apertura que provenga de otros legitimados. De ser adverso el fallo, a interponer recurso de apelación ante el superior del juez del proceso, o sea ante el tribunal superior de justicia. Asimismo, le es factible evitar la declaratoria del proceso llegando a un acuerdo con el demandante, para el pago del crédito reclamado, o de los créditos concursales si la solicitud proviene de un proceso concursal transfronterizo.

Un fenómeno a tener en cuenta es la concentración de empresas. El mismo en realidad tiene que ver con la unión de sociedades, teniendo presente que sociedad y empresa no son sinónimos. La sociedad es la persona jurídica (empresario social) que es titular de la empresa, que es parte de su patrimonio. Por concentración de empresa se entiende la unión de dos o más empresas “tendiente a llevar a cabo una política que sea común y obligatoria para todas ellas, en relación con las actividades económicas que sean

propias de dichas empresas.”⁷⁹ Las empresas se alinean “como atraídas por una fuerza centrípeta”, ... a fin de obtener mejores condiciones de producción y de controlar los mercados de sus productos”.⁸⁰

El fenómeno tiene varias modalidades. La desaparición de una o varias empresas, integrándose en otra nueva o en una preexistente (fusión por integración o por absorción). La transmisión de una parte de la empresa (sucursal, establecimiento comercial, etc.). La adquisición del control de una empresa (controlada) por otra (controladora), mediante la apropiación de su paquete accionario.⁸¹

Pues bien, el fenómeno incide en la declaración de liquidación y en el desarrollo del proceso, por cuanto a que el mismo tiene trascendencia en la solicitud de apertura de la liquidación voluntaria, a fin de definir la legitimación de la petición (si procede del órgano con poder para ello), y en los efectos del proceso respecto a la sociedad controladora y a la responsabilidad de los directivos, gerentes y administradores, en aquellos casos en que se determine la comisión de fraude, en detrimento de los acreedores de la sociedad controlada, sujeto pasivo del proceso.

El numeral 21 del artículo 4 de la LPC establece que debe entenderse por sociedades vinculadas a un mismo grupo económico, indicando que son aquellas cuyo capital social pertenece en un 50% o más a otra sociedad del mismo grupo; aquellas donde las mismas personas integran las juntas directivas o ejercen la representación legal

⁷⁹ Barrera Graf, Jorge, ob. cit. p. 722.

⁸⁰ Cervantes Ahumada, Raúl, ob. cit., 191.

⁸¹ Chulia F., Vincent, ob. cit., 132.

de las sociedades; o aquellas en donde de cualquier forma haya un control efectivo de una sociedad sobre todas o parte de las otras sociedades.

1.2.5.3 La junta de acreedores

La normativa referente a la junta de acreedores puede responder a la idea de que son los acreedores los afectados por el concurso, razón por la cual la intervención pública es mínima, dirigida a facilitar la participación de aquéllos. La junta de acreedores es dotada de amplias facultades, con poder suficiente para pronunciarse sobre el destino de la empresa, la administración concursal, los planes de insolvencia, la terminación del proceso, etc. Pero también la normativa puede responder a la visión de que en el concurso concurren otros intereses afectados, razón por la cual a la junta de acreedores se le sustrae de decisiones sobre el modo de satisfacción de sus créditos, la solución de la crisis del deudor etc. La reducción de sus atribuciones se sustenta en el cuestionamiento a los gastos excesivos por reiteradas y dilatorias convocatorias, a la dificultad para que intereses heterogéneos se pongan de acuerdo, etc. Por ello, hay cierto sector de la doctrina que aboga por soluciones no en sede de junta de acreedores.⁸²

La junta de acreedores está conformada inicialmente por los acreedores que comparecen a la primera convocatoria hecha por el juez, habiendo presentado sus respectivos créditos, estén o no vencidos, toda vez que la declaratoria los vuelve exigibles.

⁸² Núñez Ojeda, Raúl y Aguilar Martínez, Artemio, La junta de acreedores: una visión comparada, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Vol. 19, núm. 2, 2012, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Chile, pp. 145 a 189.

Para solicitar la apertura del proceso se requiere uno o más acreedores de obligaciones mercantiles, vencidas e incumplidas. Es un órgano muy activo en el proceso y con muchas atribuciones y responsabilidades. Está facultado para reconocer los créditos, sus graduaciones y preferencias, aprobar los honorarios del liquidador y solicitar su remoción al juez. Esta potestad también es desempeñable por un acreedor, pero debe aportar las pruebas que acrediten la negligencia o los abusos cometidos por el liquidador concursal en ejercicio de sus funciones.

Siendo un cuerpo colectivo, sus decisiones se toman por mayoría. El quórum de votación es la mitad más uno de los acreedores presentes en la junta (mayoría simple). Los votos son computados por persona y por capital. Cada acreedor tiene derecho a un voto por persona y la suma de los créditos representados en la junta, dividida por el número de los créditos en ésta, da derecho a un voto por capital. Los partícipes de un crédito gozan de un solo voto por persona. Pierden su derecho a votar, los acreedores que hagan cesión de sus créditos para multiplicar su voto por persona.

La junta de acreedores podrá respaldar con el 30% de los votos por persona, la moción del deudor de someter a la empresa en liquidación a un proceso de reorganización. Luego esta moción deberá ser aprobada por la mayoría de los votos personales presentes y que representan las tres cuartas partes del pasivo. Los artículos 166 y 174 de la LPC no aclaran si la representación por capital es de todo el pasivo o del presente en la junta. Comoquiera que se trata de la mayoría simple, sería absurdo exigir la representación de todo el pasivo reconocido en el proceso. Por ende, hablamos de la mitad más uno de los acreedores que asisten a la convocatoria, y que representen las tres

cuartas partes del pasivo presente en dicha reunión. Tengamos presente que de acuerdo con el artículo 165 de la LPC, el quórum de asistencia de la junta de acreedores es la mitad más uno de los acreedores (mayoría absoluta).

Estas mayorías son solo para solicitar la apertura de la reorganización y terminar el proceso de liquidación, dado que para aprobar el acuerdo de reorganización es necesaria la mitad más uno de todos los acreedores que integran la junta de acreedores (mayoría absoluta), que a su vez representen el 66% de la totalidad del pasivo que conforma la junta de acreedores. Sería un contra sentido exigir una mayoría superior para aprobar la solicitud del proceso de reorganización, en relación con la aprobación del acuerdo de reorganización.

La junta de acreedores podrá nombrar un consejo de acreedores para que acompañe al liquidador en el cumplimiento de sus funciones. Sus opiniones son meramente consultivas, debiendo, sin embargo, el liquidador tomarla en cuenta para adoptar alguna decisión importante. Está integrado por 3 a 5 miembros y su misión es vigilar la administración del liquidador concursal. Sus reuniones ordinarias son una vez al mes y las extraordinarias cada vez que así lo dispongan sus miembros, o el liquidador las juzgue oportunas. Las reuniones ordinarias son para dar seguimiento a la administración y formular las recomendaciones que sean pertinentes.

Entre otras funciones son mencionables la solicitud de conclusión del proceso concursal de liquidación, debido a insuficiencia de bienes y activos para cubrir los créditos

concursoales. De igual manera, oponerse a la conclusión del proceso suministrando los fondos suficientes

Corresponde a la junta de acreedores aprobar la distribución final de la masa de bienes, así como el informe final del liquidador. En caso de controversia, el juez decide la suerte del informe final del liquidador. Por último, junto con el liquidador, decide el destino de los créditos y bienes no realizables.⁸³

1.2.5.4 El liquidador concursal

Mucho se ha debatido en la doctrina en torno al estatus del liquidador concursal o el síndico de un proceso de quiebra. Para uno, es el representante del concurso y como tal responde a los intereses de éste, más allá de los intereses de los acreedores y del deudor. Otros señalan que es el representante de los acreedores y otros que lo es del deudor. También, que es un funcionario público. Unas y otras posiciones doctrinales han sido cuestionadas, por cuanto a que el concurso no tiene personería jurídica, el liquidador en ocasiones entra en conflicto con los intereses de los acreedores y el deudor, y no es designado por la autoridad competente para dotarlo de la investidura de funcionario

⁸³ Recamán Graña, Eva (Los órganos del concurso, en El Concurso de acreedores, ob. cit., pp. 178 a 192) desarrolla, los órganos del concurso que incluye al juez, el administrador concursal, al Ministerio fiscal y la junta de acreedores.

público⁸⁴. Por ello, una corriente doctrinal estima que es un auxiliar de la justicia.⁸⁵ Sus funciones son diversas y de naturaleza diferente.⁸⁶

La LPC establece el perfil que debe reunir el liquidador, indicando que ha de ser licenciado en derecho o un profesional con experiencia comprobada en el sector de la actividad de la empresa; poseer idoneidad para el ejercicio de la profesión, si fuere el caso; tener estudios o experiencia en negociación o un campo a fin; haber cumplido 35 años de edad; estar en pleno goce de los derechos civiles y políticos; tener experiencia profesional al menos por 5 años; y no estar incluido en alguna de las prohibiciones del artículo 225 del Código Judicial. Los mismos requisitos le son exigidos al liquidador suplente.

El artículo 151 de la LPC enumera un conjunto de funciones, siendo éstas la de representar al concurso; administrar los bienes del concurso y hacerse cargo de los

⁸⁴ El liquidador o síndico en el proceso concursal – nos dice Grispo, Jorge D. (La sindicatura concursal en la Ley 24.522, en Derecho Concursal, ob. cit. p. 292), – no tiene la calidad de funcionario público, en razón de que la misma se adquiere por la designación de la autoridad competente para dar semejante investidura. Igualmente, por sus deberes, competencias, etc. Por consiguiente, el síndico no es funcionario ni es público, ni lo designa las autoridades que tiene competencia para otorgar semejante condición. Señala que los funcionarios del proceso son los del tribunal.

⁸⁵ El liquidador o síndico es –según Palacio, Lino Enrique (Derecho Procesal Civil, Tomo IX, Abeledo-Perrot, Argentina, 1992, p. 214)- un funcionario y empleado del concurso, encargado judicial o auxiliar externo del órgano judicial.

⁸⁶ Palacio, Lino Enrique (ob. cit., pp. 223 a 236) sostiene que el síndico, como encargado judicial o auxiliar externo del juez, ejerce funciones de vigilancia o control sobre la conducta del concursado (vigila sus actos en la administración de la empresa y el cumplimiento del acuerdo preventivo), de investigación e información técnica (las compulsas necesarias de los libros y documentos, y los informes que debe suministrar al juez sobre peticiones y situaciones del deudor), de custodia (recibo de los inventarios de los bienes del deudor), de conservación (pagar los créditos hipotecarios y prendarios con fondos líquidos para preservar el bien, las acciones dirigidas a defender la integridad del patrimonio del deudor y el ejercicio de las acciones revocatorias), de colaboración (expedir los oficios ordenados a organismos y personas, expedir certificaciones de los dependientes a la seguridad social), de liquidación y realización de los bienes (la venta de los activos y la distribución de su producto). Adicionalmente, son funciones de vigilancia la apertura de la correspondencia y de las comunicaciones dirigidas al deudor y la incautación de los libros de comercio y papeles.

registros contables, libros, documentos y correspondencia del deudor relativa a los negocios; recaudar y cobrar los créditos y rentas que sean del concurso, y cubrir los gastos necesarios para la defensa de sus derechos y la conservación de los bienes; procurar la enajenación y realización de todos los bienes; examinar los títulos justificados de los créditos y pronunciarse sobre su reconocimiento y graduación; promover la convocatoria de la junta de acreedores; nombrar apoderados con la autorización de la junta de acreedores; y solicitar medidas cautelares.

Sumadas a las anteriores, están la de inventariar los bienes del deudor, una vez tome posesión de su cargo o a más tardar dentro de las 24 horas siguientes; depositar el dinero, los documentos negociables y las alhajas en un banco, y los títulos valores en una institución registrada en la Superintendencia del Mercado de Valores; abrir la correspondencia del deudor; rendir cuenta; elaborar informe del estado general de los créditos; decidir, con la junta de acreedores, qué hacer con los créditos y bienes no realizables; continuar los procesos pendiente en los que el deudor sea parte y que no sean producto de derechos personalísimos; solicitar la retroacción de los procesos acumulados al estado en que se encontraban al declararse la liquidación, siempre que acredite la necesidad de tal medida, en beneficio del concurso; y rendición del informe final una vez aprobada la distribución final, de la masa de bienes.

Está legitimado para ejercer las acciones de responsabilidad de las sociedades en contra de sus administradores, directores, dignatarios, gerentes, representantes legales, auditores o liquidadores, sin necesidad de previo acuerdo con la junta de accionistas o asamblea de socios. Del mismo modo, está legitimado para solicitar al juez el secuestro de

bienes y derechos de las personas que hayan fungido como tales, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaratoria de liquidación, cuando exista razones fundadas de haber actuado con negligencia o fraude, en contra de los acreedores.

1.2.5.5 Otros involucrados

El numeral 21 del artículo 4 de la Ley 12 de 2016 establece que son partes interesadas, las personas cuyos derechos, obligaciones u otros intereses pueden quedar afectados por el proceso concursal, o por un incidente derivado de él. Son estimados como tales el deudor, el representante de la insolvencia, los acreedores, el socio de la empresa, la junta de acreedores, las entidades públicas y cualquier otra persona que puede verse afectada.

Entre las últimas personas podemos contar a los codeudores, fiadores, los gerentes, administradores, dignatarios, directivos, representantes legales, auditores y liquidadores de la sociedad, y las sociedades vinculadas a un mismo grupo económico, teniendo como tales las filiales o subsidiarias cuando el capital social pertenezca, al menos, en un 50% a otra sociedad del mismo grupo, o cuando las mismas personas integren las juntas directivas o ejerzan la representación legal, o cuando de cualquier manera exista control efectivo de una sobre parte o todas las demás.

1.3 Las masas concursales y la calificación de la liquidación

1.3.1 Masas concursales

1.3.1.1 Masa activa

La masa activa está compuesta por los bienes embargables del deudor⁸⁷ que tenga al momento de la declaratoria de liquidación y por los bienes futuros que adquiera durante el proceso. Sumadas a ellos, por los bienes que son recuperados debido a las acciones revocatorias⁸⁸. Estas acciones se distinguen de las acciones de nulidad, por cuanto a que no buscan invalidar el acto,⁸⁹ siendo la misma objetiva (es necesario el

⁸⁷ Anota Cervantes Ahumada, Raúl (ob. cit., p. 82) que la masa activa está integrada por todos los bienes embargables del fallido, estén o no de hecho vinculados a la actividad de la empresa, en vista que la ley no distingue entre patrimonio civil y patrimonio comercial. Simplemente, porque no hay separación entre ambos. El síndico cuenta con acciones persecutorias y los terceros interesados con acciones separatorias, a objeto de actualizar el principio de la integridad del patrimonio.

⁸⁸ El sistema legal imperante en el concurso, señala Arias Varona, Javier (La masa activa del concurso, en El concurso de acreedores, ob. cit. pp. 268 y 269), está fundado en tres principios. Se elimina el fraude como exigencia para la rescisión de los actos determinados; se recurre a un concepto objetivo “el perjuicio para la masa activa”; y se complementa el régimen como una serie de presunciones que facilitan la rescisión. La contrapartida de estas ventajas es un plazo de prescripción menor para el ejercicio de estas acciones. Las acciones rescisorias concursales no exigen acreditar la existencia del *consillium fraudis*, ni el requisito de la subsidiariedad, o sea que los acreedores no necesitan probar que no pueden cobrar por otra vía lo que se les debe.

Las presunciones *iuris et de iure* son la disposición a título gratuito, salvo las libertades de uso (otorgar garantía a favor de tercero) y el pago u otro tipo de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. Las presunciones *iuris tantum* son el acto de disposición a título oneroso a favor de personas relacionadas con el deudor concursado, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, o nuevas contraídas en sustitución de aquellas y el pago u otros actos de extinción de obligaciones con garantía real y vencimiento posterior a la declaración de concurso.

⁸⁹ La acción revocatoria en el proceso concursal, nos dice Hernández Guayambuco, Luz Dary (Aproximación teórica de la acción revocatoria concursal en el Derecho Argentino desde un estudio de sus normas y doctrina, en el marco del Derecho Concursal, Revista *Vía iuris*, núm. 13, julio-diciembre, 2012, Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia, p. 74 a 76), no busca revocar el acto y retrotraer sus efectos. Lo que busca es hacer inoponible el acto realizado por el deudor para sus acreedores. La inoponibilidad concursal funciona dentro de los límites en el perjuicio sufrido por los acreedores. La acción de inoponibilidad parte de la premisa de la validez del acto, pero no siendo oponible. La acción de nulidad, por el contrario, ataca a la validez del acto. Siendo el negocio válido para las partes, con la acción de

perjuicio a la masa) y subjetiva (además del perjuicio, es indispensable la mala fe, manifestada en el conocimiento del mal estado económico del deudor).⁹⁰

En la legislación española, la acción rescisoria concursal tiene como requisitos la causación de un perjuicio para la masa activa y la realización del acto dentro de un período definido (dentro del año o de los dos años, según legislación, anteriores a la declaración judicial del concurso). De esta manera, se abandona el sistema de nulidad absoluta de los actos de dominio y de administración posterior a la época de retroacción de la quiebra. El perjuicio a la masa concursal es visto con independencia de la intención o fraude. El demandante está dispensado de probarlo. El acto debe consistir en un desplazamiento patrimonial por ejecución de obligación. No debe ser un acto propio de la actividad ordinaria del concursado, que ha merecido una contraprestación normal. Los actos no propios de la actividad del concursado causan perjuicios a la masa activa cuando la contraprestación no es equivalente a la prestación del concursado. El perjuicio puede derivarse también de la afectación del principio *par conditio creditorum*, en un trato desfavorable. La carga de la prueba la tiene el que alega el perjuicio, salvo en los supuestos de presunciones *iuris et de iure* (actos gratuitos y pagos anticipados) y de presunciones *iuris tantum* (actos onerosos en personas especialmente relacionada con el

revocatoria el acto no tendrá efectos para los acreedores, lo que permite que el acreedor que presenta la acción solicite el reintegro de los bienes a la masa. No se requiere fraude, solo perjuicio de los acreedores. Esta exigencia no se satisface con solo el hecho que el acto afecte el derecho de prenda general de los acreedores, sino cuando incida en la insuficiencia de bienes para responder a las obligaciones.

⁹⁰ Alarcón Cañuta, Miguel Ángel, Comentarios críticos a la subordinación de créditos en las acciones revocatorias concursales, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Vol. 24, núm. 2, 2017, Chile, p. 23.

concurado, constitución de garantías reales en favor de obligaciones existentes o de nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.⁹¹

Como ya mencionamos antes al hablar de los efectos de la declaratoria en relación con el patrimonio embargable del deudor, en la tarea de conformar la masa activa concursal se produce el proceso de depuración patrimonial, el cual se da en dos caminos simultáneos y paralelos, conocidos como integración y exclusión patrimonial. En la integración son recuperados aquellos bienes que salieron del haber del deudor, a través de actos jurídicos o contratos que son nulos o son declarados nulos por disposición de la ley.⁹² En dirección contraria transita la exclusión, toda vez que salen del activo del deudor bienes que están en su poder, pero que no le pertenecen o sobre los cuales no ha pagado el precio, sin haber adquirido el derecho de dominio sobre ellos.⁹³

En este sentido, la masa activa aumenta con la integración y disminuye con la exclusión. Es así como el artículo 105 de la LPC mandata que se pondrán a disposición de los legítimos dueños, los bienes en la liquidación que no hayan sido transferidos al deudor

⁹¹ Díaz-Vales, Fernando, Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal, Universidad de Alcalá España, 2010, pp. 21 a 69.

Adicionalmente a lo expuesto, el autor señala que en el derecho español el ejercicio de la acción rescisoria tiene sus excepciones en los actos propios de la actividad empresarial o profesional realizados en condiciones normales; en los actos establecidos en leyes especiales; en las garantías constituídas a favor de los créditos de derechos público y a favor del fondo de garantía salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su ley especial; y en los acuerdos de refinanciación.

⁹² Indica Arias Varona, Javier (p. 267), la reintegración de la masa busca traer el patrimonio del deudor concursado lo que no debió salir de él, para garantía de sus acreedores. "Su necesidad obedece al hecho de que la cercanía del concurso favorece la realización de actos de desviación patrimonial o de favorecimiento de ciertos acreedores, generalmente lo más cercanos al deudor". Esta realidad demanda de normas concursales especiales que agilicen la recuperación de bienes, de forma más expedita que las normas generales (la acción pauliana).

⁹³ La reducción de la masa activa, nos dice Arias Varona, Javier (pp. 270 y 271) se da mediante 2 formas. La ejecución separada (los bienes dados en garantía real) y el derecho de separación (bienes o derechos que no pertenecen al deudor concursado. La acción puede ser restitutiva (la devolución del bien) o declarativa (se reconoce que es del actor, permitiendo el uso o goce por el concurso) cuando está dado en usufructo.

mediante un título legal e irrevocable. Semejante medida se hace efectiva previo el reconocimiento de la junta de acreedores, o por resolución judicial, vía incidente. Los bienes gravados con hipoteca y prenda pueden ser excluidos de la masa activa o ser parte de ella, a opción del acreedor hipotecario y del acreedor prendario.

De optar por realizar sus créditos privilegiados al margen del proceso de liquidación, no se beneficiarán del efecto de exigibilidad inmediata de las obligaciones, pero continuarán corriendo los intereses hasta que el valor del bien cubra los mismos y el capital. No obstante, en nuestro medio suele pactarse en estos contratos accesorios, reales y de garantía, que la insolvencia, la liquidación o el incumplimiento de una obligación distinta a la principal garantizada, da derecho al acreedor a resolver unilateralmente el contrato, sin previo pronunciamiento judicial, y exigir de inmediato su pago y ejercitar las garantías.

Son incorporados a la masa activa los bienes que a título gratuito transfirió el deudor a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, o a sus socios, accionistas, administradores, directores, gerentes, dignatarios, representantes legales, liquidadores o apoderados generales, si el deudor es una sociedad mercantil, en los 4 años anteriores al estado de liquidación, fijado retroactivamente por el juez. Igualmente son ingresados a la masa activa, los bienes que el deudor haya cedido de forma gratuita a terceros, sea porque no recibió algo a cambio o porque lo recibido es irrisorio respecto a su valor; el bien transferido en concepto de dación en pago de una obligación existente y vencida, sustrayéndolo del alcance de los demás acreedores; el dinero dado en pago de una obligación no exigible, perjudicando al resto de los

acreedores; el bien gravado con hipoteca o prenda en favor de una obligación ordinaria ya existente, afectando del mismo modo a sus acreedores; los bienes hereditarios, legados u usufructos que haya rechazado; y el dinero devuelto o pagado a los socios con motivo de una reforma del pacto social o de los estatutos, que disminuya el patrimonio de la sociedad (reducción del capital social, etc.). Todos estos actos, siempre que se lleven a cabo después del estado de liquidación o un año antes. A diferencia de los actos gratuitos en favor de los parientes y funcionarios de las sociedades, que son nulos de pleno derecho, los demás actos indicados lo son en beneficio de la masa de acreedores.

Son igualmente nulos, a solicitud del liquidador o de cualquier acreedor, sea cualquiera la fecha de su celebración, y sin que pueda alegarse prescripción, los actos fraudulentos realizados para detraer bienes del patrimonio del deudor. Se presume el fraude, cuando en el acto o contrato se afirman o declaran cosas o hechos falsos.

Pese a lo señalado, la declaratoria de liquidación no afecta los contratos de fideicomiso y encargos fiduciarios pactados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para cubrir obligaciones propias o ajenas. Agregamos nosotros, que tampoco afecta a los bienes traspasados a las fundaciones de interés privado, salvo que haya mediado fraude. La Ley 25 de 12 de junio de 1995, que regula la fundación de interés privado, dispone en su artículo 11 que los bienes de la fundación constituyen un patrimonio separado de los bienes personales del fundador, por lo que, en consecuencia, no podrán ser secuestrados, embargados ni objeto de acción o medida cautelar producto de obligaciones del fundador. Indica taxativamente que en ningún caso dichos bienes responden por obligaciones personales del fundador o de los beneficiarios. Sin embargo,

los acreedores del fundador o de un tercero podrán impugnar los aportes o transferencias de bienes en favor de la fundación, cuando medie fraude en perjuicio de los acreedores.

La acción de impugnación prescribe a los 3 años siguientes del aporte o transferencia.⁹⁴

1.3.1.2 Masa pasiva

La masa pasiva está compuesta por los créditos.⁹⁵ Dentro de los 20 días siguientes a la última publicación consecutiva (la quinta) del edicto emplazatorio en un periódico de amplia circulación nacional, deberán concurrir al proceso concursal de liquidación los acreedores del deudor, con los documentos justificativos de sus créditos, bajo el apercibimiento del tribunal de que de no hacerlo quedarán afectados los mismos. La masa

⁹⁴ Un aspecto importante a tener en cuenta a la hora de determinar la composición de la masa activa, es el relativo a los bienes dentro del matrimonio. El régimen económico matrimonial es importante al momento de definir si quedan o no efectos al concurso. Apunta Arias Varona, Javier (pp. 264, 265 y 266) que en la sociedad de gananciales se incluirán en la masa activa los bienes que deben responder de las obligaciones del cónyuge concursado. El concurso puede disolver dicho régimen patrimonial, a instancia del cónyuge no deudor. La vivienda conyugal. Si está dentro de los bienes gananciales, podrá ser excluida por el cónyuge no deudor pagando el exceso.

En lo tocante al régimen de separación de bienes, para enfrentar fraude en perjuicio de los acreedores, existen varios sistemas. La presunción muciana: lo adquirido por la mujer en matrimonio se hizo con dinero del marido. El sistema automático: esos bienes entran sin más a la masa activa. La presunción de donación: cuando se compruebe que la contraprestación provino del patrimonio del cónyuge deudor. Si no se puede probar la procedencia, se presume la donación de la mitad de la contraprestación, limitándose esta presunción a las adquisiciones onerosas efectuadas en el año inmediatamente anterior a la declaración del concurso.

Para mayor información véase Thomas Puig, Petra M., Presunciones de cotitularidad y de donación entre cónyuges casados en régimen de separación en caso de concurso de uno de ellos. La Ley concursal y Derecho Civil propio de las Islas Baleares, Revista Boliviana de Derecho, núm. 24, julio, 2017, Fundación iuris tantum, Santa Cruz, Bolivia, pp. 170-190.

⁹⁵ Romero Sainz de Madrid, Carlos (Derecho concursal, Thomson, España, p. 116) destaca la singular naturaleza de la masa pasiva, anotando que “La declaración de concurso produce la integración o formación de la denominada masa de acreedores o masa pasiva. Dicha masa aparecerá como entidad distinta de los acreedores aislados, de derecho, pues la crea la Ley, con una representación propia, y la posibilidad de adquirir derechos y obligaciones. Se puede afirmar que estamos ante un ente o entidad jurídica transitoria, que desaparece cuando finaliza el concurso”.)

pasiva está compuesta por los créditos concurrentes calificados, al haber sido reconocidos en la junta de acreedores, convocada para tales propósitos, previo informe elaborado por el liquidador concursal sobre el estado general de los créditos, junto con las pretendidas preferencias, expresando si debe aceptarse o no cada crédito, en todo o en parte, con preferencia o sin ella.

Los créditos no reconocidos por su falta de legitimidad, su cantidad o preferencia se convierten en créditos litigiosos, los cuales serán tramitados mediante incidente con el liquidador. La misma vía tiene el acreedor que se opuso en la junta de acreedores al reconocimiento del crédito, para impugnarlo. Cuando un crédito es impugnado, o se dude sobre su legitimidad, cantidad o privilegio, el tribunal de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la exhibición y compulsación de los registros contables del acreedor. De rehusarse el acreedor a presentar o exhibir sus registros contables, o alegue no llevarlos, se tomará su proceder como indicio de falta de legitimidad del crédito.

La existencia, la cantidad y la prelación de un crédito se estiman reconocidas e indisputables, cuando el liquidador las ha aceptado y la junta de acreedores las ha reconocido; y cuando habiendo sido rechazadas por este órgano colectivo o impugnadas por el acreedor que se opuso a su reconocimiento, el juez las reconoce vía incidente. Los créditos no concurrentes al proceso pero que consten en el informe del liquidador, podrán contar con reserva para su pago, para lo cual sus titulares deberán comparecer y ejercer sus derechos dentro de los 6 meses siguientes a la declaratoria de liquidación o de la distribución final. De no hacerlo, la reserva será distribuida.

En cuanto al proceso concursal de reorganización, la ley permite distinguir los créditos según el grado de avance en relación con el trámite de su reconocimiento. Esta distinción vale para el proceso de liquidación, dado que existen trámites similares. En este sentido, podemos distinguir entre créditos concurrentes, créditos verificados y créditos calificados. Los primeros son aquellos que se presentan durante los 20 días que la ley dispone para comparecer al proceso. Los segundos son aquellos cuya legitimidad, cantidad y prelación son examinadas y propuestas por el liquidador. Al hacerlo, el liquidador no puede incurrir en *ultra petitem*. Es factible que proponga menos o igual, pero no más.⁹⁶ Los terceros son los reconocidos por la junta general de acreedores. Estos últimos son pagados del producto de la masa activa, cualquiera sea su fecha, en el orden y la prelación correspondiente. Asimismo, los créditos litigiosos aprobados por el juez, así como los no concurrentes que consten en el informe del liquidador, siempre que sus titulares comparezcan dentro de los 6 meses siguientes a la declaratoria de liquidación o antes de la distribución final.

Los créditos con garantía prendaria e hipotecarias, con derecho de retención u otro privilegio especial, podrán ser pagados del bien gravado o afectado, pero hasta donde alcance su precio. Si el bien no alcanza para cubrir el crédito sujeto a un privilegio especial, su titular tendrá derecho a cobrar su excedente de los bienes de la masa activa, junto a los acreedores quirográficos. Antes de la clasificación y graduación de los créditos no podrá efectuarse pago alguno. El acreedor insatisfecho con la clasificación y prelación de su

⁹⁶ Peinado Gracia, Juan Ignacio, ob. cit., p. 51

crédito tiene derecho a reclamar vía incidente, lo que obliga al liquidador a incluir el crédito en el estado general y a reservar lo necesario para pagarlo.⁹⁷

Ahora bien, no todos los acreedores están compelidos a concurrir al proceso para hacer valer su crédito y ser parte de la masa pasiva. En otras legislaciones hay créditos que se excluyen del procedimiento concursal de una empresa deudora. En una interesante sentencia de la Corte de Apelaciones de Chile sobre el asunto, comentada por Caballero Germaín, Guillermo,⁹⁸ el acreedor del crédito excluido era el Banco del Estado de Chile, cuyo procedimiento para satisfacer sus créditos está contemplado en una ley especial, que rige por encima de la ley concursal. La ley especial regula un procedimiento incompatible con el concursal. Ante la antinomia, prevaleció la legislación especial, ya que se adopta en mejor medida a las particularidades del crédito. Para el autor, los procedimientos especiales (bancos, compañías de seguros, etc.) caen dentro de la expresión Derecho Paraconcursal.

1.3.2 Acreedores de la masa de bienes

Los acreedores de la masa de bienes son aquellos cuyos créditos son producto del proceso concursal de liquidación. Surgen del propio proceso, o sea de su funcionamiento, operatividad y administración. El proceso consume recursos y genera gastos, que deben

⁹⁷ Para conocer sobre el procedimiento de reconocimiento de créditos en el derecho español y las condiciones que derivan del reconocimiento forzoso de determinados créditos y el reconocimiento del crédito condicional, consúltese a Peinado Gracia, Juan Ignacio, ob. cit., pp. 50 a 65.

⁹⁸ Derecho Mercantil, Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 29, diciembre, 2017, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, p. 347.

ser satisfechos con los bienes del deudor en liquidación. Por eso gozan de privilegio frente a los acreedores calificados o reconocidos. Simplemente, sin ellos no hay proceso, y sin proceso no hay liquidación ni distribución del patrimonio destinado para cubrir las deudas del deudor.

El artículo 182 de la Ley 12 de 2016 enumera como créditos o gastos administrativos contra la masa de bienes del proceso: los que provienen de gastos judiciales u operaciones extrajudiciales efectuados en interés común de los acreedores, sea para la comprobación y liquidación del activo y pasivo, para la administración, conservación y realización de los bienes del deudor, o para la distribución del precio; los que se derivan de actos o contratos realizados o llevados a cabo por el liquidador, siempre que estén enmarcados dentro de la ley; las sumas recibidas por el deudor o el concurso por cuenta a cargo de ventas de valores y bienes ajenos, efectuadas por el deudor o el concurso; las prestaciones laborales de los trabajadores de la empresa en liquidación; los tributos nacionales y municipales corrientes; y los créditos derivados de los servicios de utilidad pública, como los del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN).

Los créditos y gastos de la masa no se excluyen entre sí. Como señalamos, tienen preferencia para ser pagados en primer lugar, de los bienes de la masa activa, excepto de aquellos bienes que están gravados con garantías reales. Es decir, del bien dado en garantía hipotecaria cobra primero el acreedor hipotecario. De haber un excedente en su precio, cobran los acreedores de la masa y luego los acreedores concursales.

1.3.3 Calificación de la liquidación.

La Ley 12 de 2016 excluyó del régimen concursal los presupuestos de liquidación culposa y fraudulenta, variando en este sentido la posición que mantenía nuestro ordenamiento jurídico mercantil en cuanto a la quiebra. La LPC presenta cambios notables sobre el tema. Los artículos 1557 y 1558 del Código de Comercio establecían 13 supuestos cada uno de quiebra culposa y quiebra fraudulenta, respectivamente. La LPC suprime del régimen concursal el tema y lo atribuye exclusivamente al Código Penal. La ley modifica los artículos 280 y 281 del Código Penal y cambia la denominación de su Capítulo VII, Título VII, Libro Segundo, titulándolo Insolvencias Punibles. El régimen penal anterior, en armonía con los artículos citados del Código de Comercio, establecían como delitos tanto la quiebra culposa como la quiebra fraudulenta. La LPC al modificar el Código Penal, solo incluye como delito a la liquidación fraudulenta.

La importancia de esta clasificación estribaba en el fenómeno jurídico de la rehabilitación. Mientras que la quiebra fortuita viabilizaba la rehabilitación inmediata del quebrado, una vez pagara todas sus deudas, la quiebra culposa exigía 5 años. El quebrado fraudulento no era rehabilitable. Este aspecto fue derogado del Código del Comercio, sin regularlo la LPC. Hay un vacío en cuanto a la rehabilitación del deudor concursado.

Veamos pues la calificación de la liquidación según la doctrina y la legislación vigente.

1.3.3.1 Fortuita

Aunque la ley no la contempla, no cabe duda de que existe. Los presupuestos objetivos que dan lugar a la declaración de liquidación pueden obedecer al infortunio. Dentro de las posibilidades que existen en el funcionamiento de una empresa, está el hecho de que llegue a confrontar graves problemas económicos y financieros, que le impidan cumplir con sus obligaciones a su vencimiento, debido a caso fortuito o a fuerza mayor. En su situación de crisis, nada ha tenido que ver la conducta o el comportamiento del deudor. Simplemente, no ha intervenido en ella culpa o dolo de su parte.

En Panamá hay ejemplos vividos durante la invasión de Estados Unidos de América, para ese entonces, de quiebra fortuita. Con la invasión se suscitaron días de saqueo a los comercios y empresas, perdiendo sus inventarios y dineros. Algunas de estas empresas no pudieron recuperarse, más aún cuando las compañías de seguros se negaron a cubrir las pérdidas, sobre la base de que este riesgo no estaba comprendido en las pólizas de seguro. Dichas empresas quebraron por fuerza mayor.

Otro ejemplo citable es la empresa dedicada a la exportación de un rubro en particular, que, por hechos del gobierno de turno, el país pierda la cuota de exportación asignada en un mercado determinado. Es probable que experimente grandes pérdidas, que le impidan recuperarse. Tal fue el caso de ciertos exportadores de piña a la Comunidad Económica Europea, que, por omisión imputable al gobierno de turno, el país perdió su cuota de exportación. Los empréstitos y la imposibilidad de vender su

producción en el mercado local o alternativo, motivaron mucho malestar y protestas, provocando cierres de operaciones.

Otro ejemplo de liquidación fortuita es cuando la política gubernamental de aranceles, o de cuotas de importación y exportación de materias primas, incide de tal manera en el funcionamiento y suerte de los negocios de la empresa, que le impiden continuar ofreciendo sus servicios o productos en el mercado. Muchos otros ejemplos son citables, pero vasta subrayar que la liquidación por esta causa no trae consigo consecuencias penales.

1.3.3.2 Liquidación culposa.

Al igual que la anterior, la LPC no la prevé, aunque indudablemente existe. Como anotamos, el artículo 1557 del Código de Comercio listaba 13 numerales que contenían un número plural de presupuestos de quiebra culposa. El artículo hacía mención a la incuria manifiesta, la dilapidación y la prodigalidad del quebrado con sus bienes; a los gastos personales, familiares y de la empresa excesivos en razón al patrimonio del quebrado; a la pérdida imprudente de fuertes sumas de dinero en juegos de azar; a los préstamos ruinosos; a la constitución de fianza para garantizar obligaciones exorbitantes; a la no conservación de la correspondencia relativa a la empresa; el inventario tardío; a llevar los libros contables inadecuadamente; a la declaración de quiebra por segunda vez, habiendo incumplido el acuerdo que terminó el primer proceso, sin poder alegar caso fortuito o

fuerza mayor; a la realización de actos que la ley anulaba o rescindía; a la no comparecencia del quebrado a los estrados del tribunal a solicitud del juez de la quiebra; y a la negación de brindar los datos indispensables para el proceso.

Éstos y otros más son ejemplos de liquidación culposa, teniendo presente que la quiebra fue reemplazada por el proceso concursal de liquidación. Siempre que la crisis económica y financiera de la empresa haga inviable su saneamiento, interviniendo negligencia, impericia o descuido del deudor, estaremos ante una liquidación de esta clase. Al parecer sin ninguna trascendencia legal, ya que no está contemplada como delito de insolvencia, sin normas relativas a la temporalidad de las prohibiciones y suspensiones que genera el proceso en relación al deudor, a su patrimonio y al ejercicio del comercio, y a la rehabilitación de aquel.

1.3.3.3 Liquidación fraudulenta

El artículo 1558 del Código del Comercio establecía 13 ordinales contentivos de un número plural de presupuestos de quiebra fraudulenta. La norma incluía a la inexistencia de los libros contables y de los inventarios, o su ocultación o inutilización; a la ocultación de bienes después de la declaratoria de quiebra; a la simulación de obligaciones o deudas en contra del fallido; a la simulación o exageración de gastos o pérdidas; a la contratación de seguros de vida exagerados en razón a su patrimonio, en beneficio de terceras personas; a la apropiación indebida de bienes bajo su cuidado o administración; a la

expedición de letras de cambio sin fondos; a la donación en fraude de sus acreedores; a la falsedad en el inventario; al pago anticipado en perjuicio de sus acreedores; al desbalance económico cuando el pasivo superaba una quinta parte al activo; a la obtención de quita y espera de sus acreedores, valiéndose de fraude; a la omisión maliciosa de presentar en el Registro Público documentos sujetos a inscripción; y a la condición de corredor del quebrado.

El artículo 280 del Código Penal, subrogado por el artículo 225 de la ley 12 de 2016, determina taxativamente que incurre en delito de insolvencia el deudor objeto de un proceso concursal de reorganización, o de un proceso concursal de liquidación, que, en fraude de sus acreedores, ejecute cualquiera de los siguientes hechos:

1. Simulación o suposición de deudas, enajenaciones, gastos, pérdidas o créditos.
2. Sustracción u ocultamiento de bienes que correspondan a la masa o no justifique su salida o su enajenación.
3. Sustracción, destrucción o falsificación, en todo o en parte, de los registros contables u otros documentos contables, o haberlos llevado de modo que sea imposible la reconstrucción del patrimonio o el movimiento de los negocios o, a sabiendas, presenta datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr la protección financiera en un proceso concursal de reorganización.
4. Realización de actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones, sin la autorización correspondiente, destinados a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, posponiendo el pago del resto o a conceder ventaja indebida a cualquier acreedor.

Como se colige, muchos de los presupuestos del Código de Comercio sobre la quiebra fraudulenta están incluidos en el tipo penal del artículo 280. La LPC varía la fórmula utilizada hasta la fecha, consistente en que la conducta delictiva estaba descrita por los artículos 1557 y 1558 del Código de Comercio; normas a las cuales remitía el Código Penal, por contemplar el tipo penal. Irrefutablemente, la nueva técnica legislativa es mejor que la anterior, dado que corresponde a este cuerpo legal establecer las conductas constitutivas del delito. Esta responsabilidad excedía del ámbito del Derecho Comercial.

El delito de liquidación fraudulenta es sancionable con la pena principal de prisión de 5 a 10 años, y con la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del comercio por igual período de tiempo. La pena de prisión aumenta de 6 a 12 años, si en el proceso se determina que el perjuicio ocasionado excede de un millón de balboas. El artículo no especifica a cuál proceso se refiere, si al concursal o al penal. Tampoco indica si la extensión de la pena principal implica la extensión de la pena accesoria por igual período de tiempo. Entendemos que el artículo alude al proceso penal. Primero, porque la norma es de ámbito penal y, por ende, el proceso sin especificar debe corresponder a la misma naturaleza. Segundo, porque es en el proceso penal que se debate y declara por el juez la conducta delictiva del deudor. Tercero porque debe existir un nexo causal entre la conducta delictiva del deudor (que establece el juez penal) y los perjuicios económicos. Éstos son elementos necesarios para extender la pena de 6 a 12 años. Sin conducta delictiva y sin vínculo con los perjuicios económicos, los mismos, resultan inocuos.

En lo que toca a la pena accesoria, entendemos que no es dable extenderla al mismo período que es aumentada la pena de prisión. Cabe tener presente, que en lo penal lo dispuesto en la norma es lo que corresponde entender y aplicar. No cabe sobreentender lo que la norma no contempla expresamente. Más cuando el propio artículo 280 expresamente iguala el período de ambas penas, aumentando solo la de prisión cuando la conducta delictiva del deudor causa un perjuicio económico superior a un millón de balboas. En otros términos, el monto mínimo de los perjuicios económicos es causal de aumento de la pena principal, no así de la pena accesoria. Si el legislador hubiera tenido otro sentir, así hubiera tenido que establecerlo.

Ahora bien, las penas se reducen hasta las dos terceras partes, si ocurre alguna de las causas atenuantes establecidas en el artículo 281. Las atenuantes son en favor de quien proporcione información o coopere eficazmente para evitar la continuidad o consumación del delito; de quien proporcione información o coopere para conocer el paradero o destino de los bienes objeto material del delito, o para que sean restituidos al patrimonio del deudor; y de quien restituya los bienes o una suma equivalente a su valor, para ser utilizada al pago de las obligaciones del deudor.

Las mismas sanciones serán impuestas a quien coopere con el deudor o su representante legal en la ejecución de cualquiera de las conductas delictivas transcritas. Si el deudor es una sociedad, serán aplicables a quien dé la misma cooperación a los socios, administradores, directores, gerentes, dignatarios, liquidadores o apoderados generales.

CAPÍTULO II: CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PREVIO A LA DECLARACIÓN DE LIQUIDACIÓN

2.1 Procedimiento previo

La LPC presenta un significativo avance respecto al Código de Comercio, en el que la declaración de quiebra se hacía por el juez del circuito civil inoída parte, escuchando solo el acreedor demandante o al Ministerio Público en caso de fuga u ocultación del deudor, sin dejar representante con facultades y bienes suficientes para cumplir con sus obligaciones comerciales. El tribunal declaraba la quiebra del deudor de conformidad a la petición del acreedor o del Ministerio Público, y a la documentación que aportaban.

Si bien el artículo 1545 facultaba al Tribunal para ordenar, aún sin audiencia del deudor, las diligencias previas que estimara conveniente para determinar el derecho del acreedor y la procedencia de la declaratoria de quiebra, la misma era una potestad discrecional del juez, quien pocas veces hacía ejercicio de ella, preocupado más por evitar que el deudor tuviera conocimiento antes de la expedición del auto de declaración. Prevalecía una especie de reserva del proceso, aún del propio afectado (al deudor), como si de esta forma se garantizaba la eficacia de la quiebra.

La LPC introduce un procedimiento previo a la declaración de liquidación, dirigido a establecer si la misma es procedente o no, en razón de que se cumplen los presupuestos formales (requisitos de una demanda), subjetivos (deudor que es persona natural comerciante o sociedad mercantil) y objetivos (el cese en el pago de una obligación

mercantil que conste en título ejecutivo, o 3 o más ejecuciones individuales fallidas; o la ocultación del deudor o el abandono de sus negocios, o el cierre de su establecimiento comercial, sin haber dejado un representante con facultades y bienes suficientes para cumplir con sus obligaciones; o el fracaso de un proceso de reorganización).

La LPC incluye la Audiencia Inicial, la cual ha de desarrollarse previa notificación al deudor. A pesar de que la LPC no lo diga expresamente, esta notificación debe ser personal, ya que de acuerdo con el artículo 1002 del Código Judicial, la notificación de la demanda al demandado es de este tipo. La Audiencia Inicial no es un trámite opcional o discrecional del juez. En ella él examina las pruebas aportadas por las partes y decide la oposición interpuesta por el deudor, concediéndola o negándola. En todo caso, la declaración de liquidación no se hace inoída parte.

De acuerdo con el derogado artículo 1549 del Código de Comercio, el auto de declaración de quiebra era impugnabile por el fallido mediante la demanda de reposición, cuyo objetivo era dejar sin efecto la declaración y reponer al deudor en la condición y estatus legal que tenía ante de ser declarado en quiebra. La misma cumplía con los requisitos formales de una demanda. Representaba la primera causa de terminación del proceso, abierto a raíz del auto de declaración. La denegación de la demanda de reposición no era susceptible de recurso alguno. Su concesión era recurrible por el acreedor demandante a través de recurso de apelación ante el superior, con efecto suspensivo. Con ello se mantenían los efectos del auto mientras el tribunal de segunda instancia decidía el recurso de alzada. De confirmarse el fallo del juez de primera instancia, entonces culminaba el proceso de quiebra.

La Ley 12 de 2016 eliminó la demanda de reposición y dispuso que el auto de declaración del proceso concursal de liquidación es irrecurrible para ambas partes. Como sabemos, el proceso inicia con la presentación de la demanda por el acreedor instante o el representante de un concurso de insolvencia extranjero (liquidación necesaria o forzosa), o con la petición del propio deudor (liquidación voluntaria). La Ley estableció un procedimiento previo a la declaración de liquidación, válida para la liquidación necesaria. Una vez admitida la demanda del acreedor o la solicitud del deudor por cumplir con los requisitos formales correspondientes, el juez convoca a las partes a la Audiencia Inicial, para dilucidar si procede o no la declaratoria del proceso concursal, en función a los presupuestos de ley. En la Audiencia Inicial las partes presentan sus pruebas y una vez evaluadas por el juez y oído los alegatos sumarios, el tribunal decide la controversia mediante auto, el cual es susceptible del recurso de apelación.

Al admitirse la demanda incoada por el acreedor o el representante del concurso extranjero, el deudor puede optar por 2 cosas: comparecer al proceso o no comparecer. Si opta por la segunda alternativa, se procede a emitir el auto de declaración. Si se inclina por la primera, puede elegir entre varias opciones, que podría culminar el procedimiento previo. La ley le autoriza alternativamente a consignar fondos suficientes para cubrir el crédito reclamado y las costas; a acordar con el demandante la suspensión de la audiencia, para alcanzar un acuerdo sobre el pago del crédito; a someterse al proceso concursal de reorganización; y a oponerse a la demanda. También está autorizado para allanarse a la pretensión del demandante, o simplemente comparecer sin optar por alguna de las alternativas indicadas, lo que dará motivo para emitir al auto de declaración.

En el proceso concursal voluntario una vez que el deudor presenta la solicitud, el juez la examina y de verificar que cumple con los requisitos, dentro de los 5 días siguientes declara la liquidación. Para que esto proceda en el caso de una sociedad mercantil, es necesario que la misma adjunte a la solicitud copia autenticada del acta de la junta de accionista o de la asamblea general de socios, en la que adoptaron la decisión de acogerse al proceso; lista de los bienes, lugar donde se encuentran y los gravámenes que pesan sobre ellos; relación de los procesos pendientes; informe de sus deudas y acreencias, indicando el nombre y domicilio de sus deudores y acreedores, las causas, plazos y garantías; planilla de sus trabajadores, o lista de los colaboradores, señalando las prestaciones laborales, provisiones adeudadas y fueros laborales; exposición de los motivos que hayan determinado el estado de liquidación; estados financieros auditados, correspondientes el último ejercicio fiscal, emitidos por un contador público autorizado independiente.

Además, debe adjuntar estados financieros interinos, correspondientes al trimestre anterior a la fecha de la solicitud, certificados por un contador público autorizado; nombre y domicilios de los socios y su tipo, pero si es una sociedad anónima bastará el nombre y domicilio de su representante legal, gerentes, dignatarios, directores y administradores; y los registros contables. Aunque la ley dice erróneamente que en las sociedades por acciones no hay que indicar el nombre y domicilio de los socios y su calidad, si es una sociedad en comandita por acciones será necesario desvelar el nombre y domicilio de los socios comanditados, ya que la liquidación de la sociedad conlleva la de estos socios.

El examen del juez no se circunscribe a verificar pasivamente que la solicitud está formalmente bien presentada. De comprobar con la documentación aportada que el deudor no está en dificultades económicas que ameriten la apertura del proceso concursal de liquidación, deberá denegarla. La comprobación de los presupuestos formales, subjetivos y objetivos del proceso concursal se justifican, en razón a los principios, caracteres y al objeto que persigue dicho proceso, que conjuga intereses particulares con intereses públicos y sociales, tutelados por el Estado. De manera que no basta la solicitud, es indispensable que ésta se sustente en las condiciones económicas, financieras y jurídicas sobre las cuales se cimenta el proceso concursal de liquidación.

En el proceso concursal de liquidación forzosa, en la demanda ha de invocarse la causal sobre la cual se peticiona la apertura del proceso, describiendo uno por uno los hechos justificativos y el fundamento de derecho. La demanda debe acompañarse de las pruebas que acrediten la existencia, indisputabilidad, monto, exigibilidad y carácter mercantil del crédito reclamado, que ha de constar en un título que presta mérito ejecutivo según lo dispuesto en artículo 1779 del Código Judicial. Adicionalmente, el demandante debe aportar la Certificación de Depósito Judicial por la suma de mil balboas, consignada en efectivo en el Banco Nacional de Panamá, para cubrir los gastos iniciales del proceso.

Admitida la demanda dentro de los 5 días siguientes a su presentación, el juez da traslado al deudor para que en el término de 20 días comparezca al proceso y presente su contestación, adjuntando la misma documentación exigida en la solicitud del proceso concursal voluntario. Como expresamos antes, el deudor puede optar por comparecer o

no, adoptando cualquiera de las alternativas mencionadas, con las consecuencias indicadas.

2.2 La oposición del deudor

2.2.1 Motivos

El artículo 89 de la ley 12 de 2016 le reconoce a la oposición del deudor al crédito reclamado, el carácter de causa de terminación del procedimiento previo a la declaración de liquidación, aunque erróneamente indica que de declarar el juez fundada la oposición, denegará la demanda y declarará “concluido el proceso”. Para que la oposición tenga semejante efecto, es necesario que la resolución judicial esté ejecutoriada, es decir que no sea susceptible a recurso. Si el concede la oposición al crédito reclamado, el procedimiento previo concluye, sin que haya habido la declaración de liquidación.

Diversas son las razones por las cuales es admisible la oposición del deudor al crédito reclamado, siempre que ellas guarden relación con el crédito y los presupuestos para declarar la liquidación. En este sentido, es viable que se fundamente en la falta de personería del acreedor, en la inexistencia o la nulidad del crédito, en la no indisputabilidad de comerciante o sociedad mercantil del deudor, en la naturaleza mercantil del crédito, en la extinción de la obligación por prescripción, pago, condonación, compensación, etc. Razones desconocidas por el juez al momento de admitir la demanda.

Al admitir la demanda, el juez verifica a primera vista el cumplimiento de los requisitos formales de toda demanda, contemplados en el artículo 665 del Código Judicial; y el cumplimiento de los presupuestos, subjetivos y objetivos para la declaratoria de liquidación que le sean posible, establecidos en la Ley 12 de 2016. El juez examina si la demanda contiene las generales de las partes, el tribunal a quien va dirigida, las pretensiones del demandante, la cuantía, los hechos expuestos por separado, las razones y consideraciones que la motivan y el fundamento de derecho. Asimismo, revisa si la demanda es interpuesta por el titular del crédito reclamado o su representante debidamente facultado, si el crédito es líquido y mercantil, si esta vencido y es exigible, y si consta en un título que presta mérito ejecutivo. En este momento, no le es dable pronunciarse sobre la cesación de pago, entendida como la condición económica del deudor que le impide cumplir ordinariamente con sus obligaciones. Para los efectos de la admisión, le es suficiente la apariencia fundada de que tales requisitos y presupuestos son cumplidos.

El procedimiento previo responde al propósito de corregir lo que ocurría en el Código de Comercio en relación a la quiebra, que era declarada, como ya acotamos, inoida parte. El juez emitía el auto de declaración antes de emitirse el auto declarativo, sólo en atención a la solicitud y pruebas aportadas por el acreedor y el Ministerio Público. El Código de Comercio no ofrecía al deudor la oportunidad de oponerse a la declaración, presentando sus pruebas. Este procedimiento traía consigo desastrosas consecuencias para el deudor, a quien sólo le quedaba la demanda de reposición contra el auto ya emitido; contra un hecho consumado que le afectaba personal y patrimonialmente,

pretendiendo dejar sin efectos el auto y reponer su situación patrimonial y legal a la que tenía antes de la apertura del proceso de quiebra. Cosa que casi nunca ocurría, porque el fallo se emitía mucho tiempo después, habiéndose ejecutado actos irreversibles, como los honorarios del curador y de las personas nombradas por él, los gastos incurridos para la protección y mantenimiento de la masa activa y las ventas de cosas perecederas.

Sumado a lo anterior, existía la natural resistencia del juez de revocar su propia decisión, sin que hubiera la oportunidad para que un tribunal de segunda instancia se pronunciara al respecto. El auto que denegaba la demanda de reposición era irrecurrible por el deudor, mientras que el auto que la concedía era impugnabile por el acreedor, a través del recurso de apelación. Este trato procesal desigual era discriminatorio, en perjuicio del deudor. Quizás, todo este trato en perjuicio del deudor, respondía a la vieja presunción de que el quebrado era un defraudador, una persona que perdía la confianza y fe pública.

Como ya hemos destacado, el procedimiento previo al auto de declaración busca debatir la procedencia o improcedencia de la pretensión de la demanda, por lo cual la oposición del deudor al crédito reclamado debe cernirse a este asunto. La admisión de la demanda por el juez no produce efecto de cosa juzgada, quien solo conoce la versión del acreedor, quien a su vez no tiene por qué saber y probar que el incumplimiento de su crédito obedece a graves dificultades económicas financieras del deudor. Para eso están los hechos reveladores de la insolvencia, como tres o más ejecuciones fallidas, cierre del establecimiento comercial, abandono del negocio, etc.

En la audiencia inicial el juez tendrá acceso a otros medios de prueba, que podrán acreditar que el crédito reclamado fue cancelado o prescribió; hecho desconocido por el tribunal al decidir sobre la admisibilidad de la demanda. La admisión de la demanda acredita que ésta cumple con los requisitos formales y que el acreedor se fundamenta, en apariencia, en los presupuestos para declarar la liquidación; circunstancia que será objeto de examen en la Audiencia Inicial, sin la cual no será posible emitir el auto de declaración. La admisión de la demanda es el primer acto procesal del juez sin la cual no es posible considerar la posibilidad de declarar la liquidación.

Ahora bien, la ley habla de oposición al crédito reclamado. Sin embargo, se trata más bien de oposición al crédito en que se sustenta la demanda de declaración de liquidación. En el proceso concursal el demandante no reclama el crédito. Eso es propio de un proceso ejecutivo individual. En el proceso concursal la demanda tiene la finalidad de cobrar el crédito mediante la declaración de liquidación del deudor. Su propósito es la declaración de concurso. Por eso, cuando en esta investigación hablamos de oposición al crédito reclamado, por utilizar la terminología de la ley, en realidad nos estamos refiriendo técnicamente a la oposición del crédito sobre la cual se sustenta la demanda de la declaratoria de liquidación del deudor.

El auto que niega la oposición o la concede (denegación de la oposición o de la demanda, respectivamente) es recurrible mediante recurso de apelación ante el tribunal ad quem. La apelación del acreedor se concede en efecto suspensivo y la apelación del deudor en efecto devolutivo. En otras palabras, si el apelante es el acreedor demandante por serle adverso al fallo, se suspende el procedimiento previo ante el juez ad quo. Pero si

lo es el deudor en igual circunstancia, el juez ad quo continua conociendo del procedimiento en cuanto a las medidas cautelares, solicitadas bajo la responsabilidad del acreedor, previa caución, a fin de preservar la integridad del patrimonio del deudor.

En ninguno de los dos supuestos le es dable al juez ad quem declarar la liquidación. Aún en el efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto por el acreedor, no cabe la expedición del auto de declaración por ninguna de las dos instancias, dado que precisamente la procedencia o improcedencia de la declaratoria pasa a competencia del juez ad quem. El juez de primera instancia niega la pretensión del acreedor por estimar que no está fundada en derecho y es él quien tiene competencia exclusiva para declarar la liquidación. El juez de segunda instancia se pronuncia sobre la oposición del deudor, sin estar facultado para emitir el auto de declaración. En otros términos, el recurso de alzada impide que los tribunales de primera y segunda instancia declaren la liquidación, hasta tanto por resolución en firme se niegue la oposición del deudor, o se acceda al recurso de apelación interpuesto por el acreedor, con la salvedad de que solo el juez ad quo está facultado para emitir el auto de declaración.

La decisión sobre la oposición tiene máxima prioridad, por lo menos por disposición de la ley. El último párrafo del artículo 89 así lo expresa, al señalar que su conocimiento por el tribunal ad quem tendrá prelación, por lo que le concede un término no mayor de 30 días para emitir su fallo. El término comienza a correr desde el día que ingresa el negocio a su despacho. Esta disposición es de suma relevancia, ante los efectos de las medidas cautelares adoptadas a solicitud del acreedor, para preservar la integridad patrimonial de la masa activa.

2.2.2 Requisitos

De acuerdo con el último párrafo del artículo 84 y los artículos 86 y 89 de la LPC, en el mismo término del traslado de la demanda admitida, el deudor además de contestarla, podrá presentar oposición al crédito. La ley no establece formalidad para el escrito de oposición al crédito, como sí lo hace el artículo 680 del Código Judicial respecto a las contestaciones de las demandas. Tampoco dice si la oposición al crédito podrá incorporarse a la contestación, o ser presentada en memorial aparte. Es más, no determina si es posible presentar la oposición al crédito, sin que se conteste la demanda. Al respecto, cabe responder primero, si estamos ante un mismo acto procesal; segundo si tienen los mismos requisitos formales; y tercero si son presentables por separados, dentro del mismo término del traslado de la demanda.

Aunque la ley no es clara sobre estos puntos, entendemos que son dos actos procesales distintos, si bien probablemente interrelacionados. La contestación de la demanda está sujeta a requisitos específicos, que veremos al responder a la segunda interrogante, y tiene por objeto que el deudor se allane a la pretensión del demandante, o sea a la declaración de liquidación, o se oponga a ella. La oposición a la pretensión del demandante a través de la contestación de la demanda, no implica necesariamente la oposición al crédito del acreedor demandante. Téngase presente que el proceso concursal de liquidación puede iniciarse por causa distinta a la cesación de pago. Ésta no es el único presupuesto objetivo. También están 3 o más ejecuciones en contra del deudor común,

sin aportar bienes suficientes para el pago total; la ocultación del deudor, el abandono de sus negocios o el cierre de su establecimiento comercial, sin haber designado mandatario con facultades y recursos suficientes para cumplir sus obligaciones vencidas; y cualquier otra establecida por la ley, como la liquidación por vía de consecuencia de los socios personal, solidaria e ilimitadamente responsables de los socios colectivos y comanditados, de una sociedad colectiva o en comandita en liquidación.

Como vemos, la oposición a la pretensión de la demanda va más allá de la oposición al crédito. Tienen alcances distintos, aunque ambas apuntan a la misma dirección: evitar la declaración de liquidación. De manera que la oposición al crédito reclamado es la vía correcta para impedir la declaración de liquidación, cuando la demanda es interpuesta por un acreedor con fundamento en la cesación de pago, ya que su legitimación deviene de ser titular del crédito reclamado, de carácter mercantil, liquido, vencido y exigible, que consta en un documento que presta merito ejecutivo.

Cuando la demanda se sustenta en otro presupuesto objetivo, la vía correcta para eludir la declaración de liquidación no es la oposición al crédito, sino la contestación de la demanda, oponiéndose a la declaratoria por no estar oculto el deudor, o por haber nombrado mandatario con facultades y recursos suficientes para afrontar el pago de sus obligaciones vencidas, o por haber aportado bienes suficientes para el pago de uno o dos de los tres procesos ejecutivos pendientes. En estos supuestos es intrascendente la oposición al crédito del acreedor demandante, toda vez que la demanda no se fundamenta en el incumplimiento de este crédito, sino en situaciones que van más allá de la existencia y reclamo del mismo.

En estos supuestos la legitimación activa del acreedor demandante no es fruto de su crédito en contra del deudor, de modo que invalidando dicho crédito no decaería la demanda, sustentada en otro presupuesto. Cosa que sí ocurriría si la causa de la demanda fuera el cese del crédito del acreedor demandante. Estamos ante dos actos procesales distintos, que pretenden lo mismo: la no declaración de liquidación. Por eso, mientras la contestación de la demanda no da lugar a traslado para que la parte contraria la conteste, la oposición al crédito puede ser contestada por el acreedor demandante, dentro de los 3 días siguientes al vencimiento del término del traslado de la demanda. Las opciones del deudor en la audiencia inicial para sortear la expedición del auto declarativo, previstas en los ordinales 1 y 2 del artículo 90 de la ley 12 (consignar fondos suficientes para el pago del crédito reclamado y acordar con el demandante un convenio sobre dicho crédito), sólo terminan el procedimiento previo si la demanda se cimenta en el cese de la obligación. De lo contrario, el juez debe denegar la solicitud de suspensión de la audiencia inicial y proseguir los trámites.

En cuanto a la segunda respuesta, la contestación de la demanda está sometida a requisitos formales, no así la oposición al crédito reclamado. El artículo 680 del Código Judicial establece un conjunto de requisitos formales, entre los que se encuentran la manifestación del demandado de si acepta o no las peticiones, exponiendo lacónica y específicamente sus razones, si acepta a no los hechos expuestos en la demanda, indicando las razones de su negativa y los hechos y motivos que sustentan su defensa; y si tiene excepciones o defensas a su favor. La Ley 12 no estipula nada sobre el escrito de oposición al crédito reclamado, Sin embargo, además de la identificación de las partes, del

tribunal y del crédito, el deudor debe enumerar los hechos y razones que motivan su oposición, así como su fundamento legal. Ello es así toda vez que el acreedor demandante tiene derecho a contestarlo.

Respecto a la tercera respuesta, nada impide que en la contestación de la demanda el deudor invoque su oposición al crédito, ya que la ley 12 no lo prohíbe y el artículo 680 del Código Judicial lo permite. Empero, somos del criterio que lo adecuado es contestar la demanda y en un libelo separado interponer la oposición al crédito reclamado, para darle la oportunidad al acreedor demandante a contestar la oposición, como lo prevé el artículo 86 de la Ley 12, dentro de los 3 días siguientes al vencimiento del término del traslado de la demanda. No se contesta la contestación de la demanda. La contestación a la oposición al crédito se da sin necesidad de traslado.

2.2.3 Efectos

La oposición al crédito reclamado (al crédito sobre el cual se sustenta la demanda de declaración) termina el procedimiento previo, impidiendo la declaratoria de liquidación del deudor y que sea separado de la administración y disposición de sus bienes, siempre y cuando mediante resolución en firme se conceda. También deja sin efecto las medidas cautelares y de protección adoptadas preventivamente, a petición del acreedor, previa caución, dirigidos a mantener la integridad del patrimonio del deudor. Para que tenga semejantes efectos, es menester que sea concedida por el juez de primera instancia y

confirmada por el juez de segunda instancia, de mediar apelación del acreedor demandante; o sea revocada por el juez ad quem, la decisión de primera que la niega.

La oposición al crédito reclamado no impide que otro acreedor presente una demanda en la misma dirección. El fallo tiene efecto respecto al crédito reclamado en relación al mismo acreedor, pero no respecto a otro crédito que tenga el acreedor en contra del deudor. Incluso, el mismo crédito reclamado puede ser motivo de otra demanda, si su verdadero titular lo presenta, o si el mismo acreedor lo hace subsanadas las razones por las cuales fue denegada.

Esto obedece a que la oposición puede sustentarse en la inexistencia del crédito, a la falta de personería del acreedor, al pago y a cualquier otra causa que ponga al descubierto su inexigibilidad. La oposición permite al juez enmendar un error al admitir la demanda, por lo que su decisión no está escrita en piedra, de modo que sea invariable pese a las pruebas aportadas por el deudor en la audiencia inicial. Esta tiene el propósito de que las partes cuestionen sobre la viabilidad del proceso de liquidación, en razón de sus presupuestos formales, objetivos y subjetivos, tomando en cuenta el objeto del proceso y los intereses protegidos por la ley. Por lo tanto, a pesar de la admisión de la demanda, el tema de la verificación de los requisitos no está vedado en el procedimiento previo, creado justamente para ese y otros menesteres (consignación de bienes, acuerdo con el acreedor, etc.).

2.3 Consignación de fondos

2.3.1 Requisitos

El primer ordinal del artículo 90 dispone que en la audiencia inicial, el deudor que no ha presentado oposición o fuere denegada la interpuesta, podrá consignar fondos suficientes para el pago del crédito reclamado y las costas correspondientes. De hacerlo, y pagado lo indicado, concluye el procedimiento previo.

Esta causa de finalización tiene los siguientes requisitos: 1.) Que se trate de una demanda presentada por un acreedor o varios acreedores, por el cese de una o más obligaciones mercantiles vencidas, liquidas y exigible contenidas en un título que presta merito ejecutivo; 2.) que el deudor no haya presentado oposición al crédito demandado, o de haberlo hecho el fallo le haya sido adverso; 3.) que el deudor comparezca a la audiencia, ya que es en ella donde debe hacer efectiva esta opción; 4.) que consigne en el tribunal fondos suficientes para cubrir el pago del crédito o créditos en que se sustenta la demanda y las correspondientes costas del proceso. Los fondos deben consistir en dinero, toda vez que otros bienes serían en dación en pago, beneficiando al acreedor demandante, en perjuicio de los demás acreedores. Además, constituiría una fórmula para eludir la nulidad establecida en el artículo 118, numeral 3, de la Ley 12; 5) que con el dinero consignado se pague la deuda y las costas en la fecha fijada por el juez.

Lo que resulta incomprensible son los dos primeros requisitos, por cuanto a que sugieren que la audiencia inicial es convocada una vez resuelta por el juez la oposición presentada por el deudor. Por un lado, dice el último párrafo del artículo 86, que vencido el término del traslado y la contestación, “el juez citará a las partes a la audiencia inicial, la

cual se celebrará dentro de los quince días siguientes con las partes que concurren”. Del mismo modo, el tercer párrafo del artículo 89 anota que, de haber presentado el deudor oposición al crédito, “el juez rechazará las pruebas que sean inconducentes o ineficaces y la resolverá en la audiencia, previa presentación de alegaciones sumarias”.

Por otro lado, el mismo párrafo citado del artículo 89 estipula que sí el juez “declara fundada la oposición, el tribunal denegará la demanda y declarará concluido el proceso”. De igual forma, el último párrafo de este artículo preceptúa, que la resolución que declara fundada la oposición es apelable por el acreedor demandante en el efecto suspensivo, y la que la niega por el deudor demandado con efecto devolutivo.

Si entendemos literalmente las normas citadas, las mismas serán fuente de contradicciones o contrasentidos, que poco favor le hacen al desarrollo del derecho concursal panameño. Según lo estipulado por las normas, la oposición al crédito que sustenta la demanda de declaración de liquidación es resuelta en la audiencia inicial, que tiene por objeto determinar, con las pruebas aportadas por cada parte, la procedencia o no de la declaratoria de liquidación del deudor demandado, a raíz de la demanda incoada por el acreedor demandante. Revisemos un momento lo que textualmente parecen disponer las normas.

Como quiera que, para optar por la causa de terminación en cuestión, es menester que el deudor en la misma audiencia inicial consigne en el tribunal los fondos suficientes para pagar el crédito, al cual se opone, y las costas, él deberá asistir predispuesto a la audiencia, con los fondos suficientes, ante la eventualidad de que el fallo le sea adverso.

Tal situación restringe o limita su derecho a emplear este medio de terminación en relación al ejercicio de su derecho de apelación. Si el fallo de primera instancia le es contrario, de que le valdrá haber recurrido, ya que no tendrá oportunidad de aprovecharse de un fallo revocatorio de segunda instancia, si en la audiencia inicial consignó los fondos suficientes y pagó en la fecha fijada por el juez ad quo. A menos, claro está, que la fecha de pago establecido por el juez sea posterior al auto de segunda instancia.

Si, por otro lado, el fallo de primera instancia le es favorable, el recurso de apelación del acreedor demandante suspende los efectos de la resolución, que de ser revocada por el tribunal ad quem, el deudor habrá perdido la oportunidad de consignar los fondos en la audiencia inicial, toda vez que de la misma fue concluida en la fecha de su celebración. De esta manera, la consignación de fondos tiene la naturaleza de una medida precautoria del deudor, que la lleva a cabo para prevenir cualquiera que sea el resultado de su oposición. Es decir, consigna en la audiencia inicial, aun desconociendo si el acreedor apelará la resolución que otorga la oposición, debido a que éste tiene 2 días para interponer el recurso, después de haber sido notificado de la resolución.

Sugerimos que, ante las probabilidades mencionadas, el deudor podrá consignar los fondos pese a que la audiencia inicial esté concluida. Ya sea que la resolución favorable o desfavorable sea revocada, será admisible la consignación que haga para terminar el procedimiento previo, en la fecha perentoria que fije el juez de primera instancia después de regresar a su despacho lo correspondiente al recurso de alzada. En todo caso, la fecha de pago fijada por el juez no podrá ser anterior al auto de segunda instancia, que como

sabemos debe expedirse dentro de un término no mayor de 30 días, contados desde el ingreso del negocio al despacho.

Ahora, como hemos mencionado antes, al contestar la demanda el deudor puede oponerse a la pretensión del demandante de que se declare su liquidación, por razones distintas a la oposición del crédito, que incluso puede no estar presente en la demanda, cuando ello se cimienta en la supuesta fuga u ocultación del demandado. De forma que de resultar improcedente la pretensión del demandante, el juez al denegar la demanda declarará terminado el procedimiento previo.

2.3.2 Efectos

La consignación de los fondos suficientes y el consiguiente pago del crédito sustentatorio de la demanda y las costas, terminan el procedimiento inicial e inhibe la declaración de liquidación. Al igual que la causa de terminación anterior y las siguientes, no es un obstáculo para que otro acreedor haga lo mismo, convirtiendo esta práctica en un medio efectivo y eficaz de gestión de cobro, en detrimento de todos los demás acreedores. Pago que no sería anulable a la luz de las disposiciones de la ley relativas a los efectos de la declaración de liquidación en relación a contratos y actos jurídicos realizados por el deudor, a menos que se compruebe fraude.

2.4 Acuerdo con el demandante

2.4.1 Requisitos

El ordinal 2 del artículo 90 de la ley dictamina que entre las opciones que tiene el deudor en la audiencia inicial, está la de acordar con el acreedor demandante suspender la audiencia para concretar un convenio sobre el pago de su crédito. Los requisitos son:

- 1.) Debe ser una demanda presentada por un acreedor, por el cese de una o más obligaciones mercantiles vencidas, liquidadas y exigibles, contenidas en documentos que prestan mérito ejecutivo.
- 2.) Que el deudor no haya presentado oposición al crédito sustentatorio de la demanda de liquidación, o si presentada la decisión judicial le fuere contraria.
- 3.) Que en la audiencia inicial las partes convengan en suspenderla, con el fin de alcanzar un convenio sobre el pago del crédito sustentatorio de la demanda de liquidación.
- 4.) Que las partes lleguen a un convenio sobre el pago del crédito que sustenta la demanda.

Son válidas las observaciones expuestas en la causal de oposición al crédito reclamado, en cuanto a que es inapropiada la terminología utilizada por la ley. Como también son válidas las críticas expresadas en torno a la probabilidad de que esta práctica puede convertirse en un medio efectivo y eficaz de cobrar un crédito, en detrimento de los demás acreedores, sin riesgo de ser declarado nulo el acuerdo, y consecuentemente el pago, a menos que sea en fraude de los acreedores, con la salvedad establecida al final del ordinal 2, en lo que respecta a la no afectación de los derechos de los demás acreedores.

2.4.2 Efectos

Son los mismos que los de las causas anteriores, por lo que nos remitimos a ellos. Con la salvedad de que la parte final del ordinal 2 indica que, aprobado el convenio, terminará la Litis “sin que esto afecte el derecho de los demás acreedores”. No aclara si se refiere al derecho de los acreedores a incoar sus demandas, o al hecho de que el convenio no puede afectar derechos de los demás acreedores, de manera que, de resultar perjudicial para éstos, el mismo podrá ser anulado.

Por las importantes implicaciones que pudiera tener el convenio en el patrimonio del deudor (constitución de garantías reales), en detrimento de los demás acreedores, pensamos que podría ser anulado si posterior a él se declara un proceso concursal de liquidación en contra del deudor común. Así le salimos al paso a la eventualidad de que las normas citadas sean fuentes de una mala práctica: la utilización de estas vías como método eficaz para gestión de cobro, en detrimento de los demás acreedores. Igual sería para la consignación de fondos.

2.5 Opción de reorganización

2.5.1 Requisitos

De conformidad con el numeral 3 del artículo 90 de la Ley 12, el procedimiento previo termina, y se evita la declaración de liquidación, cuando en la audiencia inicial el deudor se somete al proceso concursal de reorganización. Los requisitos de esta causal son los siguientes.

- 1.) Que se trate de una demanda presentada por un acreedor, por el cese de una o más obligaciones mercantiles, liquidas y ciertas, que consten con título que preste mérito ejecutivo; o de una demanda presentada por el representante de un proceso concursal extranjero.
- 2.) Que el deudor no haya presentado oposición al crédito sustentatorio de la demanda del acreedor, o habiéndola presentado, fuere negada.
- 3.) Que en la audiencia inicial él opte por someterse a un proceso concursal de reorganización.
- 4.) Que adjunte el proyecto de reorganización.
- 5.) Que la solicitud del deudor sea aprobada.

Aquí el espectro es más amplio que los anteriores, en la medida que el proceso concursal forzoso o necesario puede originarse de una demanda promovida por cualquiera de los dos legitimados para abrirlo. El proyecto de reorganización requiere ser viable en atención a la situación económica y financiera de la empresa. No basta presentarse. Es indispensable que no sea producto de un artificio del deudor. Corresponderá al juez hacer una evaluación preliminar sobre la viabilidad del salvamento de la empresa, pudiéndose el demandante oponer a la pretensión del deudor.

2.5.2 Efectos

El sometimiento del deudor a un proceso concursal de reorganización, como iniciativa suya para eludir la liquidación, basado en un proyecto de reorganización preliminarmente viable, termina el procedimiento previo, y con ello fenece la posibilidad de que se declare la liquidación del demandado, en razón a la demanda interpuesta. Nada impide que el juez decida mantener las medidas cautelares y de protección a la integridad del patrimonio del deudor decretadas.

2.6 El desistimiento

2.6.1 Requisitos

El Código Judicial en los artículos 1087 y siguientes regula el desistimiento, el cual ha de interponerse por persona capaz, y por escrito (personalmente o autenticado). El desistimiento puede ser expreso o tácito (en los casos expresamente establecidos por el Código), simple o condicional, del proceso o de la pretensión. Se presume *iuris tantum* que el desistimiento es simple. El desistimiento condicional demanda que sea aceptado por todas las partes. Mientras que el expreso debe ser admitido por el juez, el tácito debe ser declarado.

El desistimiento del proceso puede darse antes de la sentencia de primera instancia y exige conformidad del demandado, si se notificó de la demanda, o si hubiere

secuestro o medida cautelar contra sus bienes. El mismo no afecta los derechos del demandante, ni impide nueva demanda por la misma u otra vía. Si el demandado se opone a él, el mismo carecerá de eficacia y continuará el proceso.

El desistimiento de la pretensión implica una renuncia del demandante de sus derechos reclamados en la demanda, produciendo su extinción, la cual puede ser invocada por medio de incidente de previo y especial pronunciamiento, o como excepción en el proceso. Se presenta de la misma forma y durante el mismo tiempo que el anterior. El auto que lo decide tiene los mismos efectos que la sentencia absolutoria hubiera producido sobre los derechos renunciados. El desistimiento del proceso y el desistimiento de la pretensión exigen el consentimiento de ambas partes en los procesos de deslinde y amojonamiento, de división o venta de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades y otros análogos.

El artículo 92 de la Ley 12 de 19 de mayo de 2016 dispone que el acreedor demandante de la liquidación podrá desistir de su demanda, mientras no se haya dictado el auto de declaración de liquidación. El artículo 1101 del Código Judicial determina que, no habiendo medida cautelar contra los bienes del demandado, el demandante puede retirar su demanda antes de ser notificada. A pesar de la aparente similitud, son dos actos procesales diferentes. Aquel es un desistimiento, por lo que debe cumplir con los requisitos de esta figura procesal: constar por escrito y presentarse personalmente o por medio de memorial autenticado por el juez o el notario público autorizado. El último es el retiro de la demanda que no ha sido notificada al demandado. No produce consecuencias procesales. El desistimiento es admisible después de notificarse la demanda, incluso en la

audiencia inicial o posteriormente, siempre que todavía no se haya declarado la liquidación del demandado. Sus requisitos son los siguientes.

- 1.) Que se trate de una demanda promovida por un acreedor o el representante legal de un proceso concursal.
- 2.) Que el desistimiento sea de la demanda presentada, ya que el demandante no puede desistir del proceso concursal, en la medida que el mismo atañe a todos los acreedores del deudor común. Es un desistimiento especial, propio del procedimiento previo del régimen de los procesos concursales de liquidación. Es un medio intermedio entre el desistimiento del proceso y el desistimiento de la pretensión.
- 3.) Que se interponga por escrito
- 4.) Que se presente personalmente por el demandante, o mediante documento autenticado por el juez o un notario público autorizado.
- 5.) Que se presente desde la interposición de la demanda hasta antes de expedirse el auto de declaración de liquidación, se haya o no notificado la demanda al demandado. Ahora, desde el punto de vista estrictamente procesal, si es interpuesto después de haberse notificado la demanda, deberá darse traslado al demandado para que manifieste su oposición o conformidad.

2.6.2 Efectos

Como todos los antes expuestos, culmina el procedimiento previo e impide la declaración de liquidación. No es impedimento para que el acreedor vuelva a intentarlo, a través del mismo crédito o vía. No obstante, en la práctica el desistimiento suele ser fruto de un acuerdo extrajudicial entre las partes, coronado con la formalización en el proceso, de manera que el ánimo es archivar el expediente. En este caso, antes de que se declare la liquidación, a fin de evitar que el proceso se vuelva universal, con la participación de los demás acreedores, perdiendo el demandante la suerte del proceso, y por ende la oportunidad para decidir sobre su continuidad.

2.7 Improcedencia de la demanda

Lamentablemente los artículos 84, 86, 89, 90 y 91 de la Ley 12 de 2016 confunden la institución de la improcedencia de la demanda, con una de las causas de finalización del procedimiento previo. Establecen que, al recibir traslado de la demanda, el deudor puede optar entre contestarla o no, consignar fondos suficientes para el pago del crédito reclamado y las costas, acordar con el demandante la suspensión de la audiencia inicial para celebrar un convenio de pago del crédito, o someterse al proceso concursal de reorganización. Disponen que, de elegir contestar la demanda, solo puede optar por dos cosas: allanarse a la pretensión, en cuyo caso se emitirá el auto de declaración, u oponerse al crédito reclamado.

Como vemos los artículos confunden la oposición a la pretensión de la demanda, cual es la declaración de liquidación, con la oposición al crédito. Entre ellas hay una

relación de género a especie, en razón de que el deudor puede oponerse a la pretensión de la demanda por ser improcedente, al no cumplir con los presupuestos formales objetivos o subjetivos para declarar la apertura del proceso concursal. La oposición al crédito es una de las vías que tiene el deudor para enfrentar la demanda, con el fin de evitar la declaratoria del proceso de liquidación, atacando la subsistencia del crédito desde la perspectiva de la prescripción, del pago o de otro medio de extinción de las obligaciones; la naturaleza mercantil del crédito; la titularidad o legitimación activa; el documento que lo contiene es su carácter de título ejecutivo; etc.

La oposición al crédito no es la única vía o causa para atacar la demanda y su pretensión. Al contestar la demanda, el deudor se puede oponer a ella porque no existe el presupuesto objetivo sobre el cual se pretende sustentar la declaración de liquidación. Es decir, por ser falso que se haya ocultado, que abandonó sus negocios o cerró su establecimiento comercial, sin haber designado un mandatario con facultades y medios suficientes para cumplir con sus obligaciones vencidas; por ser falso que existan 3 o más ejecuciones en su contra, sin haber aportado bienes suficientes para el pago total, o sin haber acordado con algunos de los demandantes arreglos de pago, quedando solo uno o dos procesos pendientes de solución.

La oposición al crédito y las causas mencionadas en el párrafo anterior, son presupuestos sobre las cuales es viable fundar la oposición a la demanda, y su pretensión, de declarar la liquidación del deudor. Cada una de ellas ataca su procedencia legal, de manera que de ser declaradas fundadas, el juez debe denegar la demanda, por improcedente. A pesar de que la improcedencia de la demanda, y por ende de su

pretensión, es una sola causa de terminación del procedimiento previo, sustentable por varios motivos diferentes, decidimos examinar la oposición al crédito por separado a los demás motivos, en virtud de que la ley solo se refiere a ella como recurrible.

La improcedencia de la demanda, y consecuentemente de su pretensión, puede también fundarse en la falta de presupuesto subjetivo, atacando la condición de comerciante del deudor persona natural o de sociedad mercantil del deudor persona jurídica, o reivindicando su condición de ser persona excluida del ámbito de la ley. Del mismo modo, atacando su confuso estatus de persona con responsabilidad ilimitada, por aparecer su nombre en la razón social de una sociedad en comandita, siendo en verdad socio comanditario. El Código de Comercio hace responsable ilimitadamente al comanditario que preste su nombre para que aparezca en la razón social de una sociedad en comandita. La responsabilidad de este tipo no lo convierte en socio comanditado. Por lo tanto, la declaración de liquidación de la sociedad, no acarrea su declaración de liquidación.

2.7.1 Requisitos

2.7.1.1 Que el deudor conteste la demanda, dentro del término legal

Como anotamos antes, al recibir traslado el deudor puede contestar o no la demanda, procurar con el demandante un acuerdo de suspensión de la audiencia inicial,

para dar lugar a un convenio de pago, o suministrar fondos suficientes para pagar el crédito y las costas.

Para que proceda esta causal de terminación es vital que el deudor conteste la demanda, oponiéndose a la pretensión del demandante de que se declare su liquidación. La contestación ha de presentarla dentro de los 20 días hábiles siguientes al traslado de la demanda. Como toda contestación de la demanda es susceptible de corrección cuando tiene algún defecto u omitiere algunos de los requisitos establecidos en la ley (artículos 686 y 687 del Código Judicial), el juez podrá ordenar su corrección, teniendo 5 días el demandado para subsanar los defectos advertidos por el tribunal.

El demandante podrá advertir por escrito la necesidad de corregirla, en cuyo caso el juez tiene 3 días para resolver la objeción. No obstante, en cualquier caso, la corrección solo se ordena cuando la omisión o defecto es capaz de producir perjuicio, vicios o graves dificultades en el proceso. Los defectos de forma no invalidan el procedimiento, pese a que el juez o las partes nada hagan para corregir la contestación de la demanda.

2.7.1.2 Que se adjunte la documentación requerida

De acuerdo con el artículo 84 de la Ley 12, junto a la contestación de la demanda el deudor debe presentar la documentación listada en el artículo 82. Es la misma documentación exigida al deudor que solicita su propia liquidación. Aunque el artículo 84 no distingue, es evidente que no toda la documentación será necesaria, si el deudor

optara por oponerse a la demanda, y consecuentemente a su pretensión, ya que resultaría contraproducente para él aportar documentos que no van de la mano con sus alegaciones. Por ejemplo, exponer los motivos de su supuesto estado de liquidación, cuando precisamente está alegando en su defensa lo contrario: la inexistencia de tal estado (arreglos de pago en algunos de los 3 procesos de ejecución en trámites).

2.7.1.3 Que la oposición se fundamente en la falta de presupuesto para la declaración de liquidación

Los presupuestos para declarar el estado de liquidación son de naturaleza subjetiva y objetiva. Los primeros son la cualidad del comerciante del deudor persona natural y la condición de sociedad mercantil del deudor persona jurídica. Los segundos son el cese en el pago de una obligación mercantil contenida en título que presta mérito ejecutivo, 3 o más ejecuciones sin haber aportado bienes suficientes para el pago íntegro, la ocultación del deudor, el abandono de sus negocios o el cierre de su establecimiento comercial, sin haber nombrado mandatario con facultades y medios suficientes para satisfacer sus obligaciones al vencimiento.

La oposición a la pretensión de la demanda debe fundarse en la ausencia de los presupuestos mencionados. La ausencia de éstos hace que la demanda sea improcedente, por lo que el juez deberá denegarla.

2.7.1.4 Que aporte las pruebas conducentes

La carga de la prueba la tiene el deudor, porque en toda la ley se percibe la presunción en su contra. Además el artículo 89 señala que, presentada la oposición al crédito, el juez rechazará las pruebas que sean inconducentes e ineficaces, obviamente aportadas por el deudor; y el artículo 84 le obliga a adjuntar documentación relativa a su patrimonio y estado financiero (listado de deudas activas y pasivas, estados financieros auditados y registros contables), aun cuando haya presentado oposición, económicamente desnudándolo ante el demandante y el resto de sus acreedores.

2.7.1.5 Declaración judicial

El juez ha de resolver la oposición mediante auto, el cual será notificado a las partes (artículos 1001 y siguientes y 1131 del Código Judicial). Las partes son citadas a la audiencia inicial, que se realizará dentro los siguientes 15 días al vencimiento del plazo del traslado de la demanda. Erróneamente, el artículo 89 señala que en la audiencia inicial el juez informará al deudor acerca de la demanda; demanda que ya fue objeto de previo traslado y de contestación.

Aunque el mismo artículo sólo parece referirse al recurso de apelación en contra de la resolución judicial que resuelve positiva o negativamente la oposición al crédito, no cabe duda de que igual recurso procede en contra de la resolución judicial que decide la oposición a la demanda por cualquiera de los motivos examinados. El juez emitirá su resolución de primera instancia, correspondiéndole al Tribunal Superior decidir en

segunda instancia, por analogía, dentro de los 30 días siguientes al ingreso del negocio a su despacho. El recurso tendrá prelación en cuanto a su atención por el juez de segunda instancia.

2. Efectos

La resolución judicial en firme que deniegue la demanda, por acceder a la oposición promovida por el demandado en su contra, terminará el procedimiento previo y evitará la declaración de liquidación del deudor, por el presupuesto objetivo invocado. En consecuencia, el deudor puede ser objeto de otra demanda, fundada en otro crédito mercantil, o en otro de los presupuestos objetivos previstos en el artículo 80. La resolución que cierra el procedimiento tiene efectos entre las partes, por los motivos o causas objeto del proceso.

CAPÍTULO III: CAUSAS ESPECIALES O EXPLÍCITAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN

3.1 Consideraciones previas

El tema presenta serias dificultades a la hora de sistematizar su desarrollo y de examinar sus peculiaridades, requisitos, el procedimiento aplicable y sus efectos. La Ley lo aborda con casi imperceptible sistematización y concordancia, en escasas normas dispersas. Ni siquiera establece un listado, lo que hace difícil pero no imposible suponer si, a ciencia cierta, en el fondo de ella subyace alguna lista, ya sea en *numerus apertus* o en *numerus clausus*.

Esta incuestionable realidad legislativa contrasta con la relevancia que tiene el tema. Es notorio el poco interés que despertó en el legislador la problemática que presentaba el Código de Comercio en relación a la conclusión del proceso de quiebra, antecedente directo del proceso concursal de liquidación; como poco interés le despertó los graves inconvenientes que experimentó la jurisprudencia a raíz de los vacíos e inconsistencias del mencionado cuerpo legal mercantil.

Lejos de resultar un asunto de poca prestancia, en la práctica judicial se ha convertido en una cuestión fundamental, en función a las dificultades derivadas de la correcta conclusión del proceso y a la insuficiencia de disposiciones. De manera que “sin duda debería ser la parte más importante del procedimiento dado que los concursos se inician con la voluntad de cumplir sus objetivos, es decir de agotar todas sus fases o

estudios con el fin de dar satisfacción al objeto de la norma, que no es otro que el de ordenar el patrimonio del deudor con la finalidad de dar una completa o, cuando menos, razonable satisfacción a los acreedores por medio de un convenio o de una liquidación ordenada y gestionada por la administración concursal”⁹⁹

Existen distintos criterios utilizados para clasificar las causas de conclusión del concurso. Según su naturaleza, se distinguen las siguientes: el no ajuste de la apertura a derecho (revocación del auto); cuando se alcanza la finalidad del proceso (resolución en firme de cumplimiento del convenio); la frustración del proceso (inexistencia de bienes y derechos del concursado, y de terceros responsables); por actos de disposición de las partes sobre el proceso o sobre los derechos e intereses protegidos (desistimiento, o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos).¹⁰⁰

De estas causas la menos conocida en nuestro derecho concursal es el avenimiento. El proceso concluye a solicitud del deudor, con el respaldo de todos los acreedores verificados. Es factible desde la verificación de los créditos, hasta la última enajenación de los bienes del activo, exceptuados los créditos. Mediante esta causal cesan los efectos patrimoniales, pero se mantiene la validez de los actos cumplidos hasta ese momento realizados por el síndico o los administradores. Sus efectos son el cese del desapoderamiento, recuperación por el fallido de las facultades de administración y disposición de sus bienes, recuperación de su legitimación procesal activa y pasiva en

⁹⁹ Fernández Seijo, José María, La conclusión del concurso. La conclusión por insuficiencia de bienes, en la obra Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores, obra dirigida por Campuzano, Ana Belén y Sanjuan Muñoz, Enrique, 2ª Edición, Torant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 986.

¹⁰⁰ Gadea Soler, Enrique y otros, La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura, La Ley, España, 2009, p. 29.

relación a sus bienes, queda sin efecto la intervención de la correspondencia, son válidos los pagos al deudor, las acciones individuales contra él retoman su vigencia, vuelven a correr los intereses y se levanta la inhibición general inscrita en los registros correspondientes.¹⁰¹

Otra clasificación de las causas de terminación del proceso concursal distingue entre tres tipos de criterio. El primer criterio tiene que ver con la tipicidad, el segundo con los efectos sucesivos en relación a la apertura y el tercero con lo procesal. En el primer criterio encontramos las causas típicas (satisfacción total o parcial de los créditos, producto del convenio o de la liquidación) y las causas atípicas (las demás). En el segundo criterio están las causas que conllevan la conclusión definitiva y las que conllevan la conclusión provisional. En el tercer criterio, la conclusión opera como efecto indirecto, pero automático, de una resolución judicial firme anterior (revocación del auto declaratorio, la resolución que aprueba el cumplimiento del convenio y la que niega la oposición a su cumplimiento), y cuando la conclusión opera de forma directa producto de una nueva resolución (la insuficiencia de bienes y derechos del deudor y de terceros responsables y el desistimiento y renuncia de los acreedores)¹⁰²

Otra sistematización de las causas de conclusión de concurso apunta hacia las causas relacionadas con la inexistencia del presupuesto para su declaración (la revocación por recurso de apelación y la carencia sobrevenida de objeto, como la solvencia sobrevenida durante el concurso); las causas relacionadas con la realización de las

¹⁰¹ Bomfamti, Mario Aberto y Garrone, José Alberto, ob. cit., pp. 706 y 709.

¹⁰² Gadea Soler, Enrique y otros, ob. cit., p. 29.

soluciones típicas del concurso (cumplimiento del convenio y la terminación de la fase de liquidación); y las causas anómalas de conclusión (la satisfacción extracontractual de los acreedores y la insuficiencia de la masa).¹⁰³

Otra clasificación es la que atiende a los criterios de la procedencia o no de la reapertura del procedimiento (causas de terminación provisional o definitiva), a si el concurso cumple o no su finalidad (causas de terminación normal o anormal). Así, la revocación del auto de declaración de concurso es una causa definitiva y anormal. El cumplimiento del convenio y la íntegra satisfacción de los acreedores son definitivos y normales. La inexistencia de bienes y derechos con lo que pagar a los acreedores es provisional y normal o anormal, dependiendo si hay bienes y derechos suficientes para cubrir los gastos del procedimiento. El desistimiento y la renuncia de la totalidad de los acreedores es definitiva y anormal.¹⁰⁴

Otra clasificación distingue entre causas temporales y definitivas, según si cabe la reapertura posterior al procedimiento; entre las causas implícitas en una resolución

¹⁰³ Senent Martínez, Santiago, Conclusión y reapertura del concurso, en la obra Manual de Derecho Concursal, coordinada por Pulgar Esguerra, Juana, Wolters Kluwer, España, 2017, pp. 411 y 412.

En el caso específico del recurso de apelación nos dice Hernández Sáenz, Esther (La conclusión del concurso. El problema de la insuficiencia de masa activa, en la obra Jurisprudencia y concurso, dirigida por García Cruces, José Antonio, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1438 a 1442), se revoca la declaración indebida de concurso, pero solo opera en el concurso necesario, ya que en el voluntario cabe la reposición. Con la revocatoria cesan todos los efectos que produjo la declaración; cesa la administración concursal; decaen las restricciones al deudor en cuanto a la administración y disposición de sus bienes; se levantan las medidas cautelares; cesan los efectos sobre los créditos (vuelven a correr los intereses y el plazo de prescripción). Respecto a los créditos contra la masa, pagados a su vencimiento antes de la revocatoria, o no pagados antes de ella, afirma que el concursado debe asumir los créditos que de toda manera debía pagar por la continuación de la profesión y la actividad empresarial (salarios, créditos tributarios y la seguridad social). Los demás créditos contra la masa pagados a su vencimiento antes de la revocatoria, dan derecho al deudor de repetir contra el acreedor instante. El resto de los créditos no pagados no corren por cuenta del deudor.

¹⁰⁴ Díaz Martínez, Manuel, El proceso concursal, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., España, pp. 239 y 240.

judicial previa (la revocación del auto de declaración) y las causas que requieren de resolución expresa; entre las fundadas en razones materiales; entre los modos ordinarios o normales de terminación del concurso (el cumplimiento del convenio y la finalización de la liquidación) y los modos extraordinarios o anormales (inexistencia del presupuesto de la declaración por su desaparición sobrevenida: la falta sobrevenida de insolvencia; la resolución de la crisis al margen del procedimiento: la satisfacción íntegra o el desistimiento o la renuncia de todos los acreedores; la imposibilidad de tramitar el procedimiento concursal por insuficiencia de masa activa para cubrir los gastos generados por el propio procedimiento)¹⁰⁵

Por último, oportuno es mencionar la clasificación que se organiza en consideración así se cumple o alcanza la finalidad del procedimiento concursal de satisfacer los créditos pendientes del deudor: modo normal de conclusión (el convenio, el completo pago, consignación y satisfacción de los créditos concursales mediante una liquidación exitosa); modo anormal de conclusión (no suponen satisfacción de los créditos de los acreedores, tales como la liquidación fallida y la revocación del auto de declaración del concurso).¹⁰⁶

Para efecto de la justificación, los objetivos y la hipótesis de la presente investigación, adoptamos una clasificación simple de las causas de conclusión del concurso de liquidación, la que responde al hecho de estar expresamente mencionada en la LPC, o al hecho de desprenderse de su normativa en función a los principios que

¹⁰⁵ Hernández, Sainz, Esther, La conclusión del concurso. El problema de la insuficiencia de masa activa, en la obra *Jurisprudencia y concurso*, ob. cit., pp. 1433 y 1434.

¹⁰⁶ Fernández, Seijo, José María, ob. cit., pp. 986 y 987.

consagra, a la naturaleza que la ley le reconoce al concurso y a la remisión al Código Judicial como norma supletoria. En virtud a lo indicado, clasificamos dichas causas en dos grupos: causas especiales o explícitas (las que están expresamente mencionadas en la LPC, motivo por el cual no hay dudas de que se aplican, aunque con grados de dificultad, por los vacíos e incertidumbres que presenta su regulación, las que serán desveladas y atendidas en este trabajo; y las causas no especiales o implícitas (las que son aplicables por ser propias o consustanciales al procedimiento concursal de liquidación). A diferencia de aquellas, la aplicación de éstas genera debate, en función a que no están específicamente reguladas en la LPC, pero dadas las particularidades del proceso concursal, que lo hacen marcadamente distinto a los demás, su aparición hace nuboso e ilusorio el proceso. De ahí que suscitan posiciones encontradas, que exigen su análisis.

En los siguientes dos capítulos analizamos los dos grupos por separados, destacando sus vacíos, ambigüedades, contradicciones y su efectividad. Tarea nada fácil porque la regulación es escasísima, y pésima su redacción, al punto que en la mayoría de los casos, respecto a las especiales, solo un artículo la contempla y la describe lacónicamente. Artículo que nada o poco dicen sobre sus requisitos, supuestos, alcance, efectos y procedimiento aplicable, dejando a la doctrina y a la jurisprudencia la ardua tarea de llenar los vacíos y resolver sus extravíos. En casi todos los supuestos la ley se limita a enunciarlas.

La Ley 12 de 19 de mayo de 2016 prevé solo cuatro causas especiales de terminación de este tipo de proceso, dejando de mencionar otras que sin lugar a dudas forman parte de este selecto grupo. La ley contempla el acuerdo de la junta de acreedores

para reemplazar el proceso de liquidación por el proceso de reorganización; la inexistencia de activos y bienes para cubrir los gastos del proceso; la inexistencia de activos y bienes para cubrir procesos pendientes; y la distribución final.

En el segundo grupo analizaremos la viabilidad de aplicar causas no previstas explícitamente en la LPC, pero que implícitamente están contempladas en el Derecho Concursal de Panamá, en función a la naturaleza, principios y objeto del concurso de liquidación. Las auscultaremos teniendo en cuenta los propósitos de nuestra investigación, comprobando que su admisión no riñe con la naturaleza del concurso. En esta dirección, examinaremos el desistimiento de la pretensión, la falta de pluralidad de acreedores y la transacción judicial en la que la junta de acreedores y el deudor llegan a un acuerdo para poner fin al proceso, con la aquiescencia del liquidador concursal.

Es lamentable que en la expedición de la nueva Ley de los procesos concursales de insolvencia, derogatoria de los Títulos I, II, III, IV y V del Libro Tercero del Código de Comercio, de la Quiebra, se haya desaprovechado la ocasión para corregir males de una regulación desfasada y endémica, fuente inagotable de desvaríos, contradicciones e inconsistencias, ante una realidad que demanda una reglamentación más acorde con las necesidades de los tiempos actuales, en un país en crecimiento económico. Es lamentable que se hayan reproducidos vacíos y vicios que la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado han superado. Por ejemplo, adoptar en lugar de la insolvencia, al mero incumplimiento de una obligación proveniente de un acto de comercio, como presupuesto objetivo para la declaración de liquidación; entendida aquella como el cese generalizado en el cumplimiento de las obligaciones a su vencimiento. Lo que imposibilita

admitir como causa de conclusión del proceso de liquidación, la inexistencia sobrevenida de la situación de insolvencia. De modo que el concursado cuya fortuna económica mejora ostensiblemente durante el proceso concursal, a raíz de una herencia u otro motivo, se ve privado de lograr la conclusión anticipada de la liquidación, sin tener que someterse a los rigores de un acuerdo con sus acreedores, sometidos a reglas de quorum, pactos, designación de administradores y supervisores, etc.

Es más objetable aún, que se haya desperdiciado la oportunidad para regular de mejor manera el tema de las causas de conclusión del proceso de liquidación, haciendo más explícitas las existentes e incluyendo otras nuevas, que sin duda alguna están presente en el proceso concursal, máxime cuando la Ley 12 de 2016 es fruto, en buena medida, de la iniciativa y la participación activa de miembros del Órgano Judicial, administradores de justicia. Es innegable que en el devenir del concurso de liquidación se suceden situaciones que justifican su conclusión, por lo que no se amerita continuar el mismo. Más allá del acuerdo entre la junta de acreedores y el deudor, y la insuficiencia de masa activa para cubrir los créditos contra la masa o los créditos concursales, existen otros motivos que hacen nugatorio el proceso, sea ya porque el mismo pierde su sentido u objetivo, sea porque el mismo resultaría ilusorio.

Es por eso que en el derecho comparado cada vez más son admitidas nuevas causas, productos de la práctica judicial. Además de la revocatoria de la declaración de concurso por recurso de alzada, del cumplimiento del convenio, de la finalización de la fase de liquidación y de la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, son incorporadas el pago o la consignación de la totalidad de los créditos

reconocidos, la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (el pago íntegro por terceros renunciando a la subrogación activa), la inexistencia sobrevenida de la situación de insolvencia y el desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores.¹⁰⁷

La interrogante ante el vacío de la LPC es qué debe hacer el tribunal del concurso ante circunstancias como las mencionadas, que no están previstas en la Ley como causas de conclusión. Deberá continuar el concurso, a pesar de la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos; a pesar de la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio; a pesar de mejorar la fortuna del concursado de forma que desaparece la insolvencia; a pesar del desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores (la Ley incluye el desistimiento de la demanda por el acreedor instante, efectuado antes de emitirse el auto declarativo). Menudo problema tendrá el tribunal si se apega al criterio de que solo son admisibles las causas explícitas o especiales que a continuación estudiamos.

3.2 Acuerdo para solicitar el proceso concursal de reorganización

¹⁰⁷ Sobre estas causas de terminación del concurso consúltese a Díaz Martínez, Manuel ob. cit., pp. 240 y siguientes; Senent Martínez, Santiago ob. cit., pp. 407 a 448; y a Fernández Seijo, José María, ob. cit., pp. 1415 y siguientes. El último autor señala que, con respecto al pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio, el pago podría efectuarlo el propio deudor, a pesar de su limitación en la administración y disposición patrimonial, un tercero, un garante o avalista. Los créditos satisfechos han de ser los concursales (no los créditos contra la masa). De igual forma señala que con respecto a la inexistencia sobrevenida de la situación de insolvencia, no es necesario el pago del cumplimiento de las obligaciones; basta la capacidad del concursado de pagar, de cumplir con sus obligaciones.

3.2.1 Naturaleza

De ninguna manera es confundible esta causa de conclusión del proceso concursal de liquidación, con el convenio que es causa de conclusión del proceso concursal de reorganización, que es la alternativa a la liquidación de la empresa. Existen claras diferencias entre ambas causas. El convenio concluye el proceso concursal de reorganización a que es sometida la empresa recuperable, siempre que se cumpla el mismo. Su fracaso abre las puertas para la apertura del proceso concursal de liquidación. Estas causas tienen propósitos y requisitos claramente diferenciados.

El convenio puede definirse como el acuerdo de voluntades entre el concursado y sus acreedores, representados por una mayoría dispuesta por la ley, cuyos créditos están reconocidos en el proceso. El convenio requiere ser sancionado por el juez, teniendo por objeto la satisfacción de los acreedores.¹⁰⁸ Se erige en la solución prioritaria del concurso, como un negocio jurídico de estructura contractual, cuya eficacia está ligada a su perfección y a la aprobación judicial, por lo que sus efectos se producen a partir de la sentencia en firme que lo aprueba, o a partir de su emisión a pesar de su impugnación mediante recurso de apelación, concedido sin suspender efectos del convenio.¹⁰⁹ Negocio jurídico que si bien presenta elementos de naturaleza contractual, es “*sui generis*” o complejo porque su eficacia se alcanza cuando las partes lo acuerdan y el juez lo aprueba.¹¹⁰

¹⁰⁸ Ana Belén Campuzano y otros, en la obra Esquemas de Derecho Concursal, Tomo XXI, 5° Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 147.

¹⁰⁹ De La Cuesta Rut, José María, El convenio concursal, Editorial Aranzada, 2004, p. 194.

¹¹⁰ Díaz Martínez, Manuel, ob. cit., p. 177.

En la LPC el acuerdo de reorganización está sometido a normas sobre su iniciativa, contenido, negociación, aprobación por la junta de acreedores y el juez, sus efectos y ejecución (artículos 61 y siguientes). Es el acuerdo suscrito entre el deudor y sus acreedores con el objeto de reestructurar sus activos y pasivos. En sus estipulaciones no puede quedar excluido ningún crédito reconocido. Para constituir, modificar o cancelar gravámenes y garantías reales o fiduciarias constituidas por el concursado, o para suspender su exigibilidad o hacerlas efectivas durante la vigencia del acuerdo, es necesario el consentimiento de los acreedores afectados, incluyendo el consentimiento de los acreedores de un tercero, cuya obligación es respaldada con garantía real o fiduciaria constituida por el concursado.

Para su aprobación es indispensable que asistan la mayoría absoluta de los acreedores que integran la lista de créditos reconocidos y el voto favorable de la misma cantidad, que representen al menos el 66 por ciento de la totalidad de la masa pasiva. La junta debe ser convocada para este fin. La Ley admite la asistencia y el voto por representación. Cuando los acreedores vinculados al deudor (filiars o subsidiarias) representan más del 50 por ciento de los créditos reconocidos, se harán dos votaciones por separadas. Una para los acreedores vinculados y la otra para los que no lo son, requiriéndose en ambos casos la mayoría absoluta que representen el 66 por ciento del pasivo de cada grupo.

Sobre el convenio consúltese Juana Pulgar Ezquerro, Derecho Concursal de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal, Editorial Dilex, S.L., España, 2006, pp. 446 y ss; y a Ana Belén Campuzano, (El derecho de la insolvencia: El acuerdo extrajudicial, en la obra El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores, 2ª. Edición, Tiran lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 50 y ss.).

Como señalamos antes, existen claras diferencias entre el convenio de reorganización y el acuerdo para concluir el proceso de liquidación, con el fin de aperturar en su lugar un proceso de reorganización, con el ánimo de salvar a la empresa, por ser económica y financieramente recuperable, con mayor grado de satisfacción de los créditos. El segundo no es un negocio jurídico con elementos estructurales de un contrato. Es una decisión de la junta de acreedores que no demanda la aprobación del juez para su eficacia. Las mayorías exigidas para la asistencia y votación son diferentes, como veremos en los puntos siguientes. Es un acuerdo que no conlleva disposición de bienes y derechos, ni quita o espera. Es un acto instrumental para forzar la probabilidad de concertar un convenio entre partes, con pactos que pueden modificar, suspender o condonar obligaciones. Es una causa de conclusión provisional del proceso concursal de liquidación, en espera del resultado del proceso concursal de reorganización, del cual es su génesis.

3.2.2 Requisitos

La causal está regulada en los artículos 166 y 174 de la Ley 12 de 2016. El segundo la establece y el primero determina el quorum de votación necesario para su aprobación. Es invocable después de la verificación de los créditos por la junta de acreedores. La causal termina el proceso de liquidación, a expensas de la apertura del proceso de reorganización de la empresa, de la aprobación posterior del acuerdo de reorganización y del feliz término de éste. Sus requisitos son los siguientes.

3.2.2.1 Existencia de un proceso de liquidación sin importar su causa

Como es obvio, es menester que haya un proceso de liquidación abierto en contra del deudor. Como sabemos, sus presupuestos objetivos son el cese en el pago de una obligación mercantil contenida en un título ejecutivo; tres procesos ejecutivos fallidos, al no aportar el deudor bienes suficientes para el pago total; su ocultación, el abandono de sus negocios o el cierre de su establecimiento comercial, sin haber nombrado a mandatario con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones vencidas; y cualquier otro presupuesto dispuesto por la ley, como la liquidación de los socios de responsabilidad ilimitada, derivada de la liquidación de la sociedad.

Pues bien, para la aplicación de esta causa de terminación no importa el presupuesto objetivo que sirvió de fundamento para la apertura del proceso. Como tampoco importa quién de los legitimados para solicitar o demandar su declaratoria, lo haya hecho. Es decir, es intrascendente que la solicitud provenga del deudor, o de una demanda interpuesta por un acreedor o por el representante de un proceso concursal extranjero. Claro que resulta un tanto extraño que siendo el proceso de liquidación voluntario (a solicitud del deudor), su peticionario decida impulsar la apertura de un proceso de reorganización en su reemplazo, cuando él está legitimado para solicitar directamente este proceso, sin necesidad de iniciar aquel. No obstante, no existe impedimento legal para que así lo haga, después de constatar que buena parte de sus acreedores están dispuestos a sacrificar parte de sus acreencias, con tal de garantizar la

recuperación de la empresa, dado que esta vía resulta más favorable para la satisfacción de sus créditos; disposición que él desconocía antes de solicitar su liquidación.

3.2.2.2 Propuesta de parte

La causa de terminación no funciona de oficio. No le es dable al juez, con o sin recomendación del liquidador concursal, aplicar la misma, so pretexto de proteger los intereses particulares, públicos y sociales involucrados en el proceso. Empero, le es posible, en cumplimiento de sus deberes, propiciar con ambiente favorable que incentive el debate y la presentación de una propuesta en este sentido. Está claro entonces, que la propuesta no puede formularla formalmente él, pero nada impide que propicie un acuerdo en este sentido.

Ahora bien, cabe considerar si es factible que la propuesta sea presentada por cualquiera de las partes o sólo por el deudor. Conforme al artículo 174, el deudor podrá proponer la reorganización, siempre que cuente con el respaldo de un grupo mínimo de acreedores con derecho a voto. Hasta ese momento es una moción respaldada, que requiere ser aprobada en la junta de acreedores. A pesar de que la LPC no lo indique, nada impide que la propuesta sea una iniciativa de un grupo de acreedores, que deciden proponer la reorganización de la empresa, contando con el respaldo inicial de al menos una cantidad de acreedores con derecho a voto. Sostenemos este criterio por que la LPC no lo prohíbe, y porque es consustancial con los fines de los procesos concursales, que

reservan la reorganización para la empresa recuperable y la liquidación para la que no lo sea. Más todavía, habiéndose verificado los créditos y conociéndose la verdadera situación económica del concursado.

Es posible que el deudor esté interesado en el saneamiento de su empresa y que sean los acreedores los que asuman la iniciativa, en aras de proteger de mejor forma sus créditos. La participación de los acreedores no se reduce a la emisión del voto de respaldo. Su participación es más proactiva, impulsando y gestando la iniciativa que dará lugar a la propuesta, con la aprobación de la mayoría requerida por la LPC. Esta iniciativa preferiblemente deberá contar con el beneplácito del deudor, en la medida que la terminación del proceso de liquidación está condicionada a que en el proceso de reorganización, sea aprobado por las partes el acuerdo de reorganización. Este acuerdo reclama el consentimiento de ambas partes y la confirmación del juez.

3.2.2.3 Respaldo de un mínimo de acreedores

La iniciativa de proponer la conclusión del proceso de liquidación por la apertura de un proceso de reorganización reclama el respaldo de por lo menos el 30 por ciento de los acreedores con derecho al voto. El respaldo debe ser manifiesto y público, de forma que no haya duda sobre su propósito. La fórmula no es establecida por la ley, por lo que podrá consistir en adhesiones individuales y colectivas; o en el caso de proceder la iniciativa de un grupo de acreedores, en suscribir colectivamente la misma propuesta.

El requisito busca que la iniciativa tenga cierto grado de factibilidad, al imponer un mínimo de apoyo de quienes están llamados a participar en la suerte de la empresa. Una iniciativa huérfana del aval de los protagonistas es un intento aislado y desesperado, con poca probabilidad de éxito. El espaldarazo de más de la mitad de los votos necesarios para finalmente aprobar el acuerdo de reorganización de la empresa, en un piso sólido sobre el cual es posible edificar dicho acuerdo.

3.2.2.4 Aprobación de la junta de acreedores.

La propuesta de terminación del proceso de liquidación sea a iniciativa del deudor o de los acreedores (en ambos casos, con el respaldo de al menos del 30 por ciento de la junta de acreedores), requiere ser sometida a la aprobación de la junta de acreedores. El artículo 174, en relación al artículo 166, dictamina que la propuesta debe ser aprobada por la mayoría simple de votos personales, que representen las tres cuartas partes del pasivo presente en la reunión. Es decir, por la mitad más uno de los acreedores asistentes a la junta, que represente el 75% del pasivo en la reunión.

Lo anterior plantea dos interrogantes. ¿Existe quorum de asistencia para esta junta en especial? ¿La mayoría simple por la que se aprueba la propuesta, debe ser superior o al menos igual al treinta por ciento que respalda la moción? La respuesta no parece ser fácil. El artículo 165 de la LPC nos habla del quorum de asistencia y el artículo 166 del quorum de votación. Estas normas vienen incluidas en el Capítulo IX, titulado

Junta General de Acreedores y Examen y Reconocimiento de Créditos. La incertidumbre surge al determinar si ambos artículos son aplicables a la Junta General de Acreedores como un órgano, sin importar el asunto a tratar en la convocatoria; o si por lo contrario, solo tienen vigencia en lo relativo al examen y reconocimiento de crédito. El tema se hace más complicado, debido a que son los únicos que se refieren a los quorum de asistencia y de votación en la junta General de Acreedores, a propósito del proceso concursal de liquidación. Los otros artículos de la LPC que aluden a ambos quorum son los 61 y 67 contemplado dentro del Capítulo VI, Titulado Junta General de Acreedores y Acuerdo de Reorganización, relativo al proceso concursal de reorganización.

Podría sostenerse que los quorum de asistencia y de votación establecidos en los artículos 165 y 166 rigen para la Asamblea General de Acreedores, con independencia de cuál sea el orden del día. Esta posición se ampara en el subtítulo y en la redacción de cada norma, prescindiendo de su ubicación en la Ley. El primero es subtulado Quorum de asistencia y su texto dice, sin distinguir, cual es dicho quorum en la junta de acreedores. El segundo es subtulado Quorum de votación y su texto dice, sin distinguir, cual es dicho quorum para la toma de acuerdos válidos en la junta de acreedores.

El criterio contrario se ampara en la ubicación de los artículos en la LPC. Como anotamos antes, están incorporados en el capítulo relativo al examen y reconocimiento de crédito. Si bien en su redacción no distinguen sobre el asunto tratado en la junta, los siguientes artículos hacen referencia al examen y reconocimiento de créditos. Aunado a ello, los artículos 61 y 67 de la LPC denotan que el legislador se inclinó por tratar el tema de los quorum, en razón a asuntos específicos, como la aprobación del acuerdo de

reorganización en el proceso concursal de reorganización, y el examen y reconocimiento de los créditos en el proceso concursal de liquidación.

Nosotros apostamos por el primer criterio, no solo por las razones expuestas, sino también porque el segundo criterio es tan limitado y restrictivo, que entraña un problema mayor, de inexistencia de ambos quorum en los demás temas de competencia de la junta general de acreedores. Si aceptamos que las normas citadas solo rigen para los asuntos específicos establecidos en sus respectivos capítulos, que hacemos en los otros que requieren del pronunciamiento de la junta (aprobación de los honorarios del liquidador, del plan de distribución final, etc.) La solución es peor que el problema.

El artículo 165 expresa que el quorum de asistencia es la mitad más uno de los acreedores, o sea la mayoría absoluta. Sin embargo, en la primera junta ningún crédito se reputa reconocido e indisputable, dado que, para gozar de dicha condición, es indispensable que el liquidador lo haya aceptado y la Junta lo haya reconocido. Precisamente la reunión es convocada para ese fin. El quorum de asistencia será la mitad más uno de los acreedores que aparecen en el estado general de todos los créditos, elaborado por el liquidador, entregado al juez por lo menos 10 días antes de la reunión, y puesto a disposición de los acreedores para su examen.

Continúa expresando el artículo 165, que, si en la primera junta convocada no se obtiene el quorum de asistencia, tal circunstancia será consignada en el acta, y en los 5 días siguientes se hará una nueva convocatoria, con apercibimiento de que la junta se llevará a cabo con los acreedores que asistan. La convocatoria de la segunda junta se hará

por edicto, que permanecerá fijado en los estrados del tribunal por cinco días consecutivos, tiempo que deberá publicarse en un periódico de amplia circulación nacional.

En función a lo examinado, el quorum de asistencia en la primera convocatoria para aprobar la moción de terminación del proceso de liquidación, para acogerse a un proceso de reorganización, es la mayoría absoluta de los acreedores cuyos créditos están debidamente reconocidos, y por ende indisputables. La moción ha de ser aprobada por al menos la mitad más uno de los acreedores concurrentes en la reunión, siempre que representen al menos el 75 por ciento del pasivo presente. De no celebrarse la junta por falta de quorum, la segunda junta se desarrollará con los acreedores que comparezcan.

Es verdad que el artículo examinado literalmente dice “las tres cuartas partes del pasivo”, sin indicar si es de la totalidad de la masa pasiva o de la presente en la junta. No obstante, el mismo se refiere al pasivo representado en la junta, puesto que no tendría sentido una sesión válida con los acreedores que asistan, y exigir un elevado porcentaje de la totalidad del pasivo concursal para la toma de decisión. Aunado a ello, cuando el legislador quiso asegurar un elevado porcentaje de la totalidad del pasivo concursal así lo hizo. Véase el artículo 67 de la LPC a propósito del quorum de votación para la aprobación del acuerdo de reorganización de la empresa. De todas formas, la conclusión definitiva del proceso concursal de liquidación por esta vía demanda, al final de cuenta, que la mayoría absoluta de los acreedores que representen, al menos, el 66 por ciento de la totalidad del pasivo, se manifiesten en favor del acuerdo de reorganización, el cual deberá cumplirse para que no se reabra la liquidación.

El punto en cuestión se da, cuando en la segunda convocatoria asiste una cantidad de acreedores, cuya mayoría simple de votos sea igual o inferior al porcentaje de acreedores requerido para respaldar la moción (el 30 por ciento de los acreedores con derecho a voto). En simple matemática, de 100 acreedores que integran la junta de acreedores con derecho a voto, por lo menos 30 de ellos deberán respaldar la moción. De concurrir en la segunda convocatoria menos de la mayoría absoluta de los acreedores (50 o menos), la mayoría simple de voto estaría por debajo del mínimo de acreedores que respaldaron la iniciativa, con lo cual no tendría sentido la norma: exigir un mínimo de aprobación, inferior al de respaldo de la moción. El porcentaje de al menos 75 por ciento del pasivo no ayuda, porque es en relación al pasivo presente en la junta. Por eso, estimamos que la mayoría para la aprobación de la moción, no debe ser inferior al 30% de respaldo requerido. De lo contrario, se caerá la propuesta.

3.2.2.5 Que el proceso de reorganización tenga éxito

Una vez aprobada la iniciativa, el juez abre el proceso de reorganización en la etapa que corresponda. La conclusión del proceso de liquidación no es definitiva, por cuanto a que el mismo continúa si la junta de acreedores no aprueba el acuerdo de reorganización con el voto de la mayoría absoluta, que represente al menos el 66 por ciento del total del pasivo. Por otro lado se reabre, si el acuerdo no llega a feliz término, por imposibilidad de cumplirse o por su incumplimiento; o porque la mayoría absoluta de la junta de acreedores decide poner término al proceso de reorganización (artículo 72 de la LPC).

La aprobación del acuerdo de reorganización es fundamental en este tipo de proceso concursal. Si no se alcanza la mayoría exigida por la LPC el proceso de reorganización pierde su razón de ser, motivo por el cual decae. Por lo tanto, el cierre del proceso de reorganización abierto en reemplazo del proceso de liquidación tiene como consecuencia la continuación del segundo, en la medida que el reemplazo no fue posible. Ocurre una “suspensión” del segundo, que se reanuda en el estado en que se encontraba, con los créditos reconocidos a esa fecha. Empero, si la aprobación del acuerdo de reorganización se da, estamos ante la conclusión provisional del proceso concursal de liquidación, a expensas del cumplimiento del acuerdo.

La conclusión es definitiva, si el proceso de reorganización termina felizmente, cumpliéndose el acuerdo de reorganización. De lo contrario, opera la reapertura del proceso de liquidación, con la suma de los créditos surgidos durante la ejecución del acuerdo. Durante la reorganización de la empresa conforme al convenio pactado, es posible que aparezcan nuevos créditos, que tendrán derecho a hacerse valer en la reapertura del proceso. Sin embargo, no tendrán la caracterización de créditos contra la masa, aquellos que no están contenidos en el artículo 182 de la LPC, lista cerrada, abordada en el capítulo primero de esta investigación.

Aunque el artículo 72 habla de la continuación del proceso de liquidación si el de reorganización provino de aquel, sin distinguir entre los dos supuestos mencionados en el primer párrafo (la no aprobación del convenio y la decisión de poner término al proceso), conceptuamos que la continuación o la reapertura dependen del motivo por el que

concluye el segundo proceso. La una y la otra tienen consecuencias distintas, como lo veremos a continuación.

3.2.3 Efectos

La LPC nada dice sobre los efectos de esta causal de suspensión o conclusión provisional o definitiva del proceso de liquidación. Guarda silencio sobre las restricciones del concursado derivadas de este proceso: inhibición de sus facultades de administración y disposición patrimonial, prohibición de ausentarse del domicilio y la falta de legitimación activa y pasiva en relación a su patrimonio. Guarda silencio sobre las acciones reintegrativas y las acciones contra la responsabilidad de terceros en ejercicio. Igualmente guarda silencio sobre las acciones resolutivas de contratos en marcha y sobre la suerte del liquidador concursal.

La apertura (declaración) del proceso de liquidación y la continuación o reapertura de este proceso son situaciones jurídicas distintas, aun cuando tengan como causas la no aprobación del convenio o la decisión de la junta de acreedores de poner fin al proceso de reorganización. Desafortunadamente la Ley ignora este hecho, limitándose a decir que se abrirá el proceso de liquidación si se comprueba la cesación de pago del deudor y la junta de acreedores o un acreedor lo solicita; que se continuará con el iniciado anteriormente sin necesidad de solicitud, cuando el de reorganización surgió a raíz de aquel. En el primer caso, la apertura del proceso de liquidación produce los efectos propios del mismo, a partir del auto de declaración, después de concluirse el de reorganización. En el segundo caso, los efectos se han surtidos antes de iniciarse el proceso de reorganización, por lo

que cabe determinar que sucede con los mismos: quedan suspendidos, vigentes o concluidos mientras se da la reorganización, o hay que distinguir entre ellos.

Estimamos que hay que distinguir entre las situaciones que pueden presentarse en el proceso de reorganización. Es posible que dicho proceso decaiga por ni siquiera aprobarse el convenio, en cuyo caso hablamos de una “suspensión” del proceso de liquidación original, que continúa sin necesidad de solicitud. En consecuencia, deben mantenerse todos los efectos, ya que de otra manera podrían salir perjudicados los acreedores, quienes, confiados en la buena voluntad y disposición del concursado, apoyaron y aprobaron su moción de reemplazo de proceso, para luego constatar que el convenio propuesto no satisface sus intereses como esperaban, por no resultar más ventajosa que la liquidación judicial pronta y ordenada.

Si las partes aprueban el convenio, se entiende que hubo acuerdo de voluntades, por lo que el proceso de liquidación entra en una conclusión provisional, en espera del éxito del convenio. El fracaso da lugar a la reapertura del proceso de liquidación. Para el éxito del convenio, es menester que el deudor recobre sus facultades en relación a su patrimonio y se dejen sin efecto aquellas prohibiciones y restricciones que atentan contra la continuidad de su actividad empresarial y profesional (inhibición de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio embargable, suspensión de su legitimación activa y pasiva en relación a su patrimonio embargable, la existencia del liquidador concursal). En pocas palabras, nos inclinamos por mantener los efectos de la declaratoria de liquidación hasta tanto se aprueba el convenio. En la continuación del proceso de liquidación aparecerán solo los créditos reconocidos en él. En la reapertura

podrán comparecer créditos surgidos durante la ejecución del convenio, los cuales no tendrán la caracterización de créditos contra la masa si no están contenidos en la lista cerrada del artículo 182 de la LPC. En ejercicio de la actividad profesional y empresarial recobrada a raíz del convenio con sus acreedores, es viable que surjan nuevos créditos, que tienen derecho a ser satisfechos de los bienes y derechos del deudor, excepto si hay mala fe.¹¹¹

La causa de conclusión examinada tiene el efecto de suspender algunas de las consecuencias propias del proceso de liquidación, que no tienen aplicación en el proceso de reorganización. Se mantienen las medidas cautelares y el apremio para la colaboración del deudor. Las acciones de nulidad y de resolución de algunos contratos realizados por el deudor no son aplicables, salvo que se hubieran ejercidos antes de la aprobación de la moción. Téngase presente que la causal de terminación es aplicable después de la verificación de los créditos.

Son efectos propios del proceso de liquidación la nulidad de actos gratuitos efectuados por el deudor en favor de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; la nulidad de garantías reales constituidas en favor de crédito ordinario ya existente, para proteger y privilegiar a su acreedor; la resolución de contratos de tracto sucesivo; la nulidad de resoluciones judiciales obtenidas en fraude de los acreedores; la dación en pago en obligaciones vencidas; la repudiación de

¹¹¹ Sobre la reapertura y sus efectos, véase Valpuesta Gastaminza, Eduardo, Conclusión y reapertura del concurso, en la obra Concurso de acreedores, dirigido por Pulgar Esquerra, Juana, La Ley, Wolters Kluwer, España, 2012; y a Arribas Hernández, Alberto, Derecho Concursal, Universidad Complutense, España.

herencias; etc. Actos realizados durante el período sospechoso y que son nulos o anulados en virtud a la retroacción de la liquidación, fenómeno jurídico ajeno a la reorganización.

3.2.4 Problemas que plantea

Como causa que termina el proceso de liquidación, es cuestionable su efectividad. La misma está íntimamente vinculada al resultado del proceso de reorganización, en una relación accesoria. Por sí misma no finaliza definitivamente el proceso. Su acertibilidad depende de situaciones que se den en la reorganización, de manera que, hechos como la no aprobación del acuerdo de reorganización, el incumplimiento del mismo, o la imposibilidad de cumplirse, afectan su efectividad, reaperturándose el proceso de liquidación. Es una causa que está condicionada a hechos futuros, que mantienen a las partes en estado de alerta. La condicionalidad no está sometida a término de duración en la LPC.

Podría decirse que es una causa de finalización que se perfecciona como tal, desde el punto de vista de su eficacia, con el cumplimiento del acuerdo de reorganización. Es una causa en dos tiempos. El primero, al aprobarse la moción de acogerse a la reorganización; lo que suspende o concluye provisionalmente el proceso a la espera del resultado de la reorganización. El segundo, con el cumplimiento feliz del acuerdo de reorganización, lo que impide la reapertura del proceso de liquidación. Esta situación no libera al deudor de la tensión que le produce el estar pendiente de la suerte de su propuesta, de terminar la liquidación para, con el sacrificio de todos, lograr la reorganización de la empresa salvable. Indudablemente, este condicionamiento estará

presente en las negociaciones y en sus proposiciones para alcanzar un “objetivo común”, bajo la amenaza de continuarse el proceso de liquidación.

Semejante amenaza podría inducirlo a conceder más de lo que la empresa está en condiciones de asumir, provocando inexorablemente el incumplimiento del acuerdo de reorganización. Sin embargo, nada se puede hacer, toda vez que es natural que, de no prosperar la reorganización, se reinicie la liquidación “suspendida” o finalizada temporalmente.

Otro problema que plantea esta causal es su rigurosidad, ya que requiere para su adopción, primero que la iniciativa sea respaldada por al menos el 30 por ciento de los acreedores con derecho a voto, y segundo que la propuesta sea aprobada por la mayoría simple de los acreedores que represente al menos el 75 por ciento del pasivo presente en la sesión. Además, demanda para su efectividad, primero que la junta apruebe el acuerdo de reorganización por la mayoría absoluta que represente el 66 por ciento de la totalidad del pasivo, y segundo que la misma mayoría no decida terminar el proceso de reorganización por incumplimiento del acuerdo de reorganización, o por imposibilidad para cumplirse. Estas circunstancias hacen un tanto nubosa su efectividad como causa de conclusión.

3.3 La inexistencia de activos y bienes para cubrir los créditos contra la masa

3.3.1 Requisitos

Esta causal ocupa suma atención en la doctrina y en la jurisprudencia, quizás por ser una de las formas anormales y provisionales más crítica de conclusión del proceso concursal.¹¹² No debe confundirse con la ausencia de masa activa, en la que el deudor carece de bienes y derechos (como se conoce en el derecho español), al igual que los terceros responsables; o los que tenía fueron realizados en su totalidad. La insuficiencia de bienes y derechos, o de activos y bienes, puede ser para satisfacer los créditos contra la masa, o para cubrir los créditos concursales (acreedores del deudor). Para que la causal prospere es necesario que no haya bienes suficientes para solventar los créditos contra la masa, y no haya acción de reintegración o de responsabilidad contra terceros socios, directivos, administradores, liquidadores), o que habiéndolas, previsiblemente no tendrían ningún impacto en el patrimonio concursal, debido a que el tercero no tiene bienes o las acciones resultan ilusorias.¹¹³ El deudor puede tener bienes pero al estar gravadas con hipoteca o prenda, pueden no formar parte de la masa activa.

La causal obedece a que no tiene sentido iniciar o continuar un procedimiento que solo generará nuevos gastos y costes, sin posibilidad para hacerle frente. “Si el concurso no puede alimentarse así mismo conviene que concluya a la mayor brevedad, procediendo al pago de los créditos contra la masa ya generados hasta donde sea

¹¹² Goldenberg Serrano, Juan L. (ob. cit., p. 315) destaca la importancia de que la ley establezca incentivos positivos y negativos para que el procedimiento concursal no se solicite tardíamente, cuando no haya bienes suficientes para atender los créditos.

¹¹³ Fernández Seijo, José María, ob. cit., pp. 998 y ss.

posible”.¹¹⁴ La causal concilia la necesidad de satisfacer los intereses de los acreedores con la viabilidad de solventar los gastos derivados del concurso. Si no existe probabilidad para asumir estos últimos, entonces consecuentemente debe ser concluido el concurso, cualquiera sea su etapa, incluso en el mismo acto de su declaración.¹¹⁵

Una interesante jurisprudencia española señala de forma diáfana que: “Es frecuente el fracaso del propio concurso de acreedores, en cuanto que genera más gastos prededucibles que el valor de masa activa y da lugar a un ‘concurso de acreedores de crédito contra la masa’ dentro del propio concurso. Este ‘concurso del concurso’ provoca la necesidad de concluir cuanto antes para no generar más créditos contra la masa y ordenar el cobro de los ya vencidos.”¹¹⁶

En función de lo anterior, se afirma que en el proceso de quiebra debe incorporarse el término eficiencia, para determinar la conveniencia de establecer normas que desestimulen o desincentiven ejercitar el derecho a solicitar el proceso, o de continuarlo. Aplicando el concepto de eficiencia, el proceso concursal debería llevar a una razonable posibilidad de recuperación de acreencias, de forma que los acreedores puedan estar mejor ante el ejercicio del derecho a solicitar su apertura, que de no ejercerse el mismo. Lo indicado vale también para su terminación. El sistema legal debe consagrar mecanismos sencillos para ponerle fin al proceso en estos casos, de modo que terminen sus efectos perniciosos.¹¹⁷ De ahí que se critica a la legislación que carece de normas

¹¹⁴ Hernández Sainz, Esther, ob. cit. p. 1455.

¹¹⁵ Senent Martínez, Santiago, ob. cit. p. 419.

¹¹⁶ Hernández Sainz, Esther, ob. cit. p. 1455.

¹¹⁷ Núñez Ojeda, Raúl y Carrasco Delgado, Joaquín, La quiebra sin bienes. Una aproximación desde el análisis económico del derecho, ius el praxis, vol. 17, núm. 1, 2011, Universidad de Talca, Talca Chile, p. 155.

dirigidas a coartar la posibilidad de ejercitar el derecho de solicitar la apertura del proceso, sin bienes o insuficiencia de bienes del concursado, o que contienen normas que incentivan, aún sin desearlo, el proceso en estas condiciones, como excusa de una persecución penal del deudor, generando espacios de venganza.¹¹⁸

Respeto a la causal en comento, es oportuno indicar la distinción que pudiera alegarse, aunque sea tangencialmente, la distinción entre clausura del proceso y conclusión del mismo. La clausura se da cuando se cierra el proceso, pero es susceptible de ser reabierto cuando se dan los presupuestos establecidos en la ley para que prospere tal situación. La inexistencia de bienes y activos para cubrir los gastos y costes del proceso concursal de liquidación da lugar a su clausura, pero tan pronto aparezcan activos y bienes del deudor, opera su reapertura. Igual sucede cuando aparecen activos y bienes del deudor dentro de un término fijado por la ley (2 años en otras legislaciones), contado a partir de su cierre o clausura, no habiéndose satisfecho íntegramente los créditos concursales. Estos hechos acarrearán la reapertura.¹¹⁹

En la doctrina la conclusión del proceso se da por el desistimiento de todos los acreedores, el avenimiento, la inexistencia de acreedores concurrentes, la reposición de la sentencia, etc. El proceso termina, con todos sus efectos y consecuencias.¹²⁰ Concluido

¹¹⁸ Ibidem, p. 142.

¹¹⁹ Cervantes Ahumada, Raúl, ob. Cit., p. 107. Los acreedores posteriores al cierre del proceso que es reabierto, han de comparecer para el reconocimiento de sus créditos (p. 122).

¹²⁰ Consúltese Bonfanti, María Alberto y Garrone, José Alberto, ob. cit., p. 705.

De acuerdo a Pulgar Esquerro, Juana, (ob. cit., pp. 438 y ss.), el concurso de acreedores solo concluye cuando concurren las causas establecidas en la ley, siendo éstas la revocación en firme del auto declarativo, el auto en firme que declara el cumplimiento del convenio, el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio, la inexistencia de bienes y derechos del concursado y de terceros responsables para satisfacer a los acreedores, y la resolución

el mismo, el deudor puede ser objeto de un nuevo proceso, si incurre en algunos de los presupuestos para su declaración. Pero en todo caso serían dos procesos distintos.

Aunque no falte quien sostenga que se trata de la misma causa, la inexistencia de activos y bienes, pero en dos modalidades distintas (para cubrir los créditos contra la masa y para cubrir los créditos concursales), preferimos estudiarlas por separado, para su mejor descripción, dado que existen notorias diferencias que justifican tal separación. Aparte de que la ley las regula en diferentes artículos. La primera en el artículo 205 y la segunda en el artículo 206. Por ahora baste subrayar que las normas están huérfanas de disposiciones relativas a sus consecuencias y al procedimiento aplicable.

Según Esther Hernández Sainz,¹²¹ siguiendo la legislación española, los presupuestos para esta causa son los siguientes: comprobar que la masa activa es insuficiente para satisfacer los créditos contra la masa ya devengados o de previsible generación; que previsiblemente no es factible incrementarse la masa activa en el futuro mediante el ejercicio de acciones de reintegración, impugnación o responsabilidad de tercero, o si siendo previsible o ejercitadas, no aportaran nada a la masa activa; calcular el valor de los bienes y derechos que integran la masa activa, así como el valor de los créditos contra la masa actuales y futuros; y que el concurso no sea previsiblemente calificado de culpable. El ejercicio de las acciones de reintegración, impugnación y de responsabilidad generan más créditos contra la masa, por lo que debe valorarse si serán

en firme que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos. Las causales tercera y cuarta funcionan en cualquier estado del procedimiento y la quinta en cualquier estado del procedimiento, una vez finalizado la fase común del concurso.

¹²¹ Ob. cit., pp. 1458 y 1466.

viables y rentables. Es decir, si el incremento de bienes y derechos que producirán en la masa activa es superior a los gastos y costes que generarán.

Veamos pues cuáles son, a nuestro criterio, los requisitos que conforme a la legislación panameña prospera la causa como conclusión del proceso de liquidación.

3.3.1.1 Inexistencia de bienes y activos

Por bienes se entiende los muebles, inmuebles y semovientes con valor monetario, negociables dentro del comercio lícito de los hombres. Los activos son el dinero, los depósitos bancarios, los títulos valores, las acciones, las cuentas por cobrar y demás papeles de comercio que tienen un valor económico. Ambos conforman el patrimonio del deudor, y por ende, la masa activa del proceso de liquidación.

El artículo 205 de la LPC presenta varios desatinos que es necesario aclarar. En primer lugar, la Ley titula el artículo como la terminación del proceso concursal por no existir bienes ni activos para liquidar. En segundo lugar, en su contenido expresa que la causal se configura cuando el liquidador en su informe no presenta bienes y activos del deudor con los que satisfacer los gastos y acreencias, sin explicitar a cuáles créditos se refiere. En tercer lugar, el artículo habla de gastos, sin especificar si son los que ha generado y generará previsiblemente el proceso de liquidación.

Como ya hemos expresado, una cosa es la inexistencia de masa activa y otra es su insuficiencia para cubrir por un lado los créditos actuales y previsibles contra la masa, y

por el otro lado los créditos concursales. Inexistencia no equivale a insuficiencia, a menos que se emplee el primer término como la inexistencia de bienes y activos con el valor suficiente para solventar el primero de los créditos, el segundo o ambos. Tanto el título como la redacción del artículo son desafortunados, por cuanto a que el deudor puede ser titular de bienes y activos, solo que en cantidad y valor insuficiente para siquiera afrontar los gastos del proceso y los demás créditos contra la masa, o para afrontar los créditos de sus acreedores. En otros términos, la masa activa puede contener bienes y activos para liquidar, pero en cantidad y valor que no alcancen para solventar ambos créditos, o el segundo de ellos.

De otro lado, la norma habla de gastos y acreencias sin especificar que deben ser del proceso concursal. Igualmente, utiliza estos términos en vez de emplear créditos y gastos administrativos contra la masa activa, como lo hace en los artículos 182 y 183, los cuales enumera en lista cerrada. Los dos artículos parecen distinguir entre créditos y gastos contra la masa, indicando textualmente que tienen esta categoría, los que provengan de gastos judiciales u operaciones extrajudiciales hechas en interés común de los acreedores, para la comprobación y liquidación del activo y pasivo del concurso, para la administración, conservación y realización de los bienes del deudor y para la distribución del precio que produzcan; los que resulten de actos o contratos legalmente ejecutados o celebrados por el liquidador; la devolución que el concurso deba hacer de las cantidades que ha recibido por cuenta del precio de los valores y demás bienes ajenos, que ha enajenado el deudor o el mismo concurso; las prestaciones laborales; los tributos

nacionales y municipales corrientes; y los créditos provenientes de los servicios de utilidad pública.

Como vemos, los gastos y créditos contra la masa son de singular importancia en la aplicación de la causa de conclusión examinada. Pueden llegar a tener un valor cuantioso como es el rubro de las prestaciones laborables. No tiene mayor limitación en lo tocante a su cálculo y período de generación. Tengamos en cuenta que prestaciones laborables son salarios, vacaciones, prima de antigüedad, indemnización por despido justificado y salario caídos cuando se han causado y horas extras.¹²²

Los créditos contra la masa también son denominados créditos extraconcursoales o créditos prededucibles. Inicialmente, los créditos eran deudas contraídas por el síndico o curador al nacimiento y durante el procedimiento de quiebra, derivadas del devenir del propio procedimiento o de la administración del patrimonio del deudor. Hoy día el derecho comparado incluye créditos que antes no eran parte de los créditos contra la masa. Estos créditos son satisfechos a su vencimiento con prededucción, o sea antes de la satisfacción de los créditos concursales.¹²³

Es lamentable que el legislador en sumadas ocasiones utiliza un lenguaje para ser interpretado, en vez de ser entendido. Decir que la inexistencia de bienes y activos es en relación a los gastos y acreencias, sin mayor precisión, es suponer que el tenor literal de la

¹²² En España, por ejemplo, los salarios incluidos en los créditos contra la masa son calculados en función a una rata que establece la ley, y por un período de tiempo. Véase Montón Redondo, Alberto y Montón García, Mac El nuevo proceso concursal, Tirant Lo Blanch, España, pp. 211 a 216; y Martínez Rosado, Javier, La masa pasiva del concurso, en Derecho Concursal de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal, ob. cit. pp. 281 a 318.

¹²³ Hernández Sainz, Esther, ob. cit. pp. 324 a 327.

norma es entendible en función al pensamiento que gravita en el legislador al redactarla. La alusión a gastos y acreencias sin más es desatinada, todavía más el segundo término, porque hay varias categorías de acreencias o créditos. La responsabilidad del legislador es estructurar las normas de manera que sea lo más entendible posible. No vale redactar para que la interpreten, en vez de hacerlo para que la entiendan. No costaba nada establecer de forma diáfana que la insuficiencia de bienes para solventar los créditos contra la masa es causal de conclusión del proceso de liquidación.

Volviendo a la causal examinada, la misma estriba en la insuficiencia de bienes y activos para conformar la masa de liquidación capaz de sostener el proceso. No es imperioso que la inexistencia sea absoluta, como veremos en el siguiente requisito, por lo que resulta más apropiado hablar de insuficiencia de bienes y activos. La causa surge después de hacerse el inventario y avalúo y de verificarse la factibilidad de reintegrar bienes al patrimonio del deudor, mediante la nulidad o resolución de contratos realizados antes o después del estado de liquidación fijado por el juez. Es decir, la insuficiencia no es un estado que se determina con los bienes y activos presentes, sino también con los que en el pasado eran del deudor y que son recuperados en razón a nulidades o rescisiones, y con los que adquiera el deudor durante el proceso de liquidación.

3.3.1.2 La inexistencia ha de ser precarísima

Como indicamos en líneas precedentes, la inexistencia no requiere ser absoluta, o sea que el deudor carezca plenamente de bienes y activos. Pero si debe ser de tal magnitud que los bienes y activos que tenga el deudor no alcancen ni siquiera para lo más elemental: cubrir los créditos de la masa¹²⁴. La insuficiencia de patrimonio para satisfacer este rublo hace completamente ilusorio el proceso en lo económico, más no en los otros aspectos de trascendencia jurídica, como los efectos en relación a la persona del deudor, en relación a su patrimonio y a actos jurídicos y contratos efectuados por él, y en relación a la acción penal.

La inexistencia de masa activa se traduce en que el concursado no posee patrimonio alguno, por lo que todo esfuerzo por llevar el proceso es un desgaste del sistema, sin recuperación futura de créditos. La insuficiencia de masa activa se traduce en que el concursado posee bienes, pero su activo es precario para solventar los costos asociados al proceso. La masa activa no solo es incapaz de cubrir los créditos de los acreedores preferentes y valistas, sino también para soportar los costes del proceso. En ambas la tasa de recuperación es igual a cero.¹²⁵

Si no alcanza para satisfacer los gastos del proceso (los honorarios del liquidador, los destinados a conservar y custodiar el patrimonio), menos aún habrá para el verdadero objeto del proceso: liquidar los bienes y activos del deudor para satisfacer los créditos de sus acreedores. Ahora bien, la insuficiencia al inicio del proceso puede variar, mediante el

¹²⁴ Advierte Gadea Soler, Enrique y otros. (ob. cit., pp. 36 a 41) el término inexistencia es vago, lo que permite un número plural de supuestos. Sostiene que la inexistencia incluye la insuficiente, pero no es dable medir ambos términos por grado o magnitud: máxima, si no hay bienes y activos para cubrir los gastos del proceso; mínimo, si los hay para cubrir los gastos del proceso y parcialmente los créditos de los acreedores.

¹²⁵ Núñez Ojeda, Raúl y Carrasco Delgado, Nicolás, ob. cit., pp. 140 y 141.

ejercicio satisfactorio de las acciones concursales rescisorias en contra de actos jurídicos realizados por el deudor y por el ejercicio satisfactorio de acciones de responsabilidad e indemnizatorias en contra de los administradores, gerentes, socios, directivos y apoderados de la sociedad, responsables de la situación económica de la sociedad.¹²⁶ Por lo tanto, reiteramos, que al definirse la insuficiencia de bienes y activos, debe tenerse en cuenta no solo los que sean parte del patrimonio del deudor al momento de declararse el proceso concursal, sino también los bienes recuperados por las acciones de reintegración¹²⁷ y de responsabilidad contra terceros vinculados a la sociedad.

Cuando se habla de los terceros cuya responsabilidad pueden incidir en el haber concursal, cabe distinguir entre los codeudores y los fiadores, de los terceros responsables del descalabro de la empresa y de los daños y perjuicios causados por culpa o dolo. Los primeros, son terceros que responden ante determinados acreedores y su pago los hace formar parte del concurso, por el derecho de reembolso de la parte alícuota que le corresponde al deudor asumir. Los segundos, responden ante todos los acreedores, como los administradores, liquidadores etc.¹²⁸

¹²⁶ Gadea Soler, Enrique y otros, (ob. cit. pp. 58, 59 y 60), destacan que la masa activa incluye los bienes, derechos y pretensiones jurídicas (acciones contra los responsables: administradores de la empresa, socios, etc.) La misma se incrementa por la acción reintegradora de bienes; las acciones contra los socios por dividendos pasivos pendientes y el cumplimiento de prestaciones debida: las acciones por indemnización de daños causados a la persona jurídica por los administradores, los liquidadores y auditables; y las acciones indemnizatorias contra los administrados concursales por los daños causados a la masa.

¹²⁷ Gadea Soler, Enrique y otros (ob. cit. P. 67) subrayan que, a diferencia de las acciones rescisorias del Derecho Civil, las acciones de rescisión concursal no tienen carácter subsidiario, de modo que no es necesaria la inexistencia o insuficiencia de bienes para ejercitarlo.

¹²⁸ Ibidem, pp. 78 a 81.

3.3.1.3 Informe del liquidador

Una vez que el liquidador tome posesión de su cargo, o dentro de las veinticuatro horas siguientes, debe proceder a la formación del inventario de los bienes del deudor, con expresa referencia de su valor. En la diligencia de inventario hará constar, entre otras cosas, el número y clase de los registros contables, el estado en que se encuentren, así como la descripción de todos los bienes y efectos del deudor, excepto la ropa, vestidos, muebles y efectos necesarios para él y su familia; sin dejar de lado que el Código Judicial establece cuales son los bienes inembargables. Si el deudor es casado, aplicará a la realización de los bienes, cuando proceda, las normas legales en atención al régimen económico matrimonial que rija. La exclusión de bienes del inventario por reclamo será resuelta en audiencia por el tribunal del concurso, con participación del liquidador.

Efectuado el inventario, el liquidador verificará si existen bienes y activos suficientes para satisfacer los créditos contra la masa. Para tal fin, verificará si es viable el ejercicio de acciones de reintegración patrimonial y de rescisión de actos jurídicos y contratos; y si siendo viables, es previsible que la masa activa se incremente, producto del resultado de dichas acciones, de modo que el incremento permita satisfacer los créditos contra la masa.

La interrogante es que sucede si los bienes y activos alcanzan para sufragar los créditos contra la masa, pero son insuficientes para satisfacer parcial o íntegramente los créditos de los acreedores. ¿El juez deberá concluir el proceso cuando se haya liquidado el último bien o activo, o por el contrario podrá finalizarlo tan pronto se hayan pagados los

créditos contra la masa generado hasta su decisión? Conceptuamos que en interés de los acreedores y de los fines del proceso concursal de liquidación, el juez podrá concluirlo, siempre que los acreedores así lo soliciten. No tiene sentido impedirle a la junta de acreedores solicitar la finalización del proceso, cuya masa activa será utilizada casi en su totalidad para pagar los créditos resultantes del mismo proceso, en detrimento de sus respectivos créditos. Los acreedores recobran el derecho a ejercer sus acciones singulares, que al final de cuenta puede resultar más beneficioso para ellos, si son pocos en número. El juez tiene la facultad y el deber de ejercer, en general, las atribuciones para dirigir el proceso y hacer que se cumplan sus fines (ordinal 7 del artículo 25 de la LPC).

3.3.1.4 Anuencia de la junta de acreedores

Para que la causal prospere es vital la anuencia de la junta de acreedores. La norma no señala la mayoría requerida. Por la trascendencia del asunto y por la consecuencia de su negativa (sufragar los gastos del proceso), debe ser la misma mayoría absoluta exigida para la aprobación del acuerdo de reorganización. Aunque el artículo 166 de la LPC expresa que los acuerdos se tomarán por mayoría simple, es inexplicable que el artículo 205 obligue a los acreedores mediante esa mayoría a sufragar los gastos del proceso. Semejante responsabilidad no puede recaer en manos de una minoría en voto por persona y en voto por capital. Es dramático que los acreedores tengan que soportar pérdidas, para además cargarle los gastos del proceso. Por tal razón, estimamos que la mayoría debe ser la más representativa que establece la ley en otros asuntos de máximo

interés, como lo es, sin duda, la aprobación del acuerdo de reorganización, después de haberse acogido a este proceso, desestimando continuar con el de liquidación.

Cabe preguntarse cuál es el momento procesal para someter a consideración de la Junta de acreedores, la decisión de clausurar o continuar con el proceso, por la causal en examen, tomando en cuenta las acciones reintegrativas y las acciones de responsabilidad contra terceros. El artículo 205 de la LPC es claro al dictaminar que la causal prospera después del informe del liquidador. La norma señala que si el informe del liquidador no presenta bienes ni activos del deudor con los cuales pueda satisfacerse los gastos y acreencias, el juez podrá clausurar el proceso, previa anuencia de la junta de acreedores.¹²⁹

La conclusión del proceso en base a esta causal es un deber del juez. Sin embargo, la Ley exige el pronunciamiento de la junta de acreedores, quien podrá oponerse, obligándose a sufragar los gastos y demás créditos contra la masa. El artículo por omisión solo menciona los gastos (del proceso). No obstante que sentido y utilidad tiene continuar el proceso, sin que se asuman las prestaciones laborales, los tributos nacionales y municipales corrientes, la devolución que el concurso debe hacer de las cantidades que ha recibido por cuenta del precio de los valores ajenos que ha enajenado el deudor o el mismo concurso, y los créditos que resulten de actos o contratos legalmente ejecutados o celebrados por el liquidador. Si la junta de acreedores se niega a dar su autorización para

¹²⁹ Gadea Soler, Enrique y Otros (ob. cit. p. 62). aseguran que el momento procesal propicio para aplicar la causal, en aquel que toma en consideración “el equilibrio óptimo entre la consecución de la finalidad solutoria del mismo y la razonable duración del proceso”. Pero en la etapa inicial común del proceso concursal, el momento adecuado sería el que tenga por propósito evitar nuevas deudas o gastos.

la finalización del concurso, deberá asumir dichos créditos. De lo contrario, el juez procederá a ordenar la terminación del concurso.

3.3.1.5 Declaración judicial

Es imperioso que el juez se pronuncie al respecto, una vez obtenida la anuencia de la junta de acreedores. El juez es el competente para declarar por terminado (clausurado) el proceso, por inexistencia de bienes y activos para cubrir los gastos del proceso. Si no cuenta con la autorización de la junta de acreedores no podrá hacer tal declaración, a menos que ésta no suministre los fondos para cubrir los créditos contra la masa. En este caso, él tiene atribución para clausurarlo, pese a la renuencia de la junta de acreedores.

3.3.2 Efectos

En el derecho español múltiples son los efectos que se le atribuyen a esta causal. Entre ellas son mencionables, la imposibilidad de iniciar nuevos incidentes concursales, toda vez que el juez pierde la competencia para conocer de acciones en contra el deudor; la administración concursal cesa en sus funciones; cesan las limitaciones contra el concursado en relación a las facultades de administrar y disponer sus bienes; cesan las restricciones a los derechos fundamentales del deudor (impedimento de salida del país, etc.); quedan convalidados los actos realizados durante el procedimiento en

contravención a sus limitaciones, siempre que no hayan sido impugnados; decaen las impugnaciones no finalizadas; cesan las interdicciones legales vinculadas al concurso, como la prohibición de contratar con la administración pública; los créditos contra el deudor no satisfechos siguen siendo exigibles, recuperando los acreedores las acciones singulares; se reanuda los intereses; se reinicia la prescripción de las acciones; los créditos recuperan los plazos; las obligaciones no dinerarias recuperan su naturaleza; los contratos resueltos antes de la conclusión del concurso no recuperan su vigencia; y los contratos no extinguidos mantienen su eficacia.¹³⁰

Un particular efecto en el derecho español, en comparación con el derecho panameño, es la extinción del deudor persona jurídica. Mediante la resolución del juez se extingue la persona jurídica concursada, sin necesidad de acudir al procedimiento de disolución y liquidación de la sociedad de capital. Se ordena el cierre de la hoja de inscripción de la sociedad en el Registro. Si aparecen bienes, posteriormente, los mismos son liquidados para el pago de las obligaciones.¹³¹

A diferencia de la causal anterior, la insuficiencia de bienes y activos no está condicionada a lo que suceda posteriormente en otro proceso concursal. Clausura el proceso de liquidación, recobrando cada acreedor el ejercicio de las acciones particulares correspondientes a sus respectivos créditos. Queda sin efecto la unión forzosa de los acreedores y el embargo colectivo de los bienes embargables del deudor. El artículo 1896 del Código Judicial establecía que la insuficiencia de bienes para cubrir los gastos del

¹³⁰ Hernández Sainz, Esther, ob. cit., pp. 1494 y 1495.

¹³¹ Fernández Seijo, José María, ob. cit., pp. 1010 y 1011.

proceso de quiebra daba lugar a que de oficio, oído el dictamen del curador, el juez clausurara las operaciones de la quiebra, quedando cada acreedor en libertad para ejercer las acciones particulares, pero el deudor quedaba sometido a los efectos del proceso, pudiéndose reiniciar si aparecían bienes del quebrado. El Código Judicial no señalaba término alguno en que se mantenía este estado de cosas, lo que resultaba excesivo. Tampoco definía a que efectos se refería al decir que el deudor quedaba sujeto a los efectos del proceso. Como sabemos los efectos del proceso de quiebra guardaban relación a la persona del deudor, a su patrimonio y a actos jurídicos realizados por él.

La LPC nada indica el respecto. Ante la eventualidad de que se recuperen o descubran bienes del deudor, o adquiriera otros en el futuro inmediato, la ley no dispone lo que procede. Ante este vacío, somos del criterio que podrá reabrirse el proceso, en la medida que la causa de su clausura desaparece. La reapertura no opera de oficio, por lo que será imprescindible la solicitud de cualquier acreedor cuyo crédito fue reconocido en el proceso. Así como la apertura demanda de la petición de parte, la reapertura también.

El punto a considerar es el tiempo máximo en que habrá de ocurrir cualquiera de las circunstancias mencionadas. Aunque parezca algo extremo, el tiempo aplicable debe ser igual al máximo que tiene el juez para retroceder el estado de liquidación: 4 años contados a partir de la fecha del auto que la declara. Nos parece un término excesivo, pero ante el vacío de la ley, el mismo es correspondiente a los efectos del auto de declaración hacia el pasado. Cualquiera que sea el tiempo que se proponga, el mismo ha de ser definido. No vale mantener indefinidamente al deudor en este estado de cosas, ya que esto va en contra de la prescriptibilidad y temporalidad de las obligaciones y

prohibiciones, más aún cuando éstas afectan a derechos inalienables e imprescriptibles. No vale mantenerla por un período prolongado, en detrimento de derechos y garantías fundamentales consagradas en la Constitución Nacional, como la libertad corporal (ya que puede ser arrestado por desacato al juez concursal), la libertad de tránsito (al tener impedimento de salida del país y prohibición de ausentarse de su domicilio) y el derecho a la propiedad privada (al cesar sus facultades de administración y disposición sobre sus bienes; facultades consustanciales al derecho de propiedad).

Al derogarse el artículo 1896 del Código Judicial, la LPC suprimió de nuestro ordenamiento concursal la disposición que ordenaba mantener los efectos del proceso de quiebra. En verdad, la norma resultaba ininteligible e inaplicable, porque como mantener los efectos del proceso de quiebra en relación a la persona del quebrado, a su patrimonio y a contratos celebrados por él, y al mismo tiempo cesar al curador en sus funciones y devolverles a los acreedores el derecho a ejercer las acciones singulares de sus respectivos créditos.

La norma derogada era un contrasentido que iba en dirección contraria a la naturaleza del proceso concursal y la razón de ser de sus efectos singularísimos. Aunque era contraria a las consecuencias de la conclusión del proceso por esta vía, era una norma vigente que había que estimar en su justa dimensión. Hoy al estar derogada, queda libre el paso para que la conclusión del proceso por insuficiencia de bienes y activos produzca sus efectos, como es natural. Por ende, no hay impedimento para que los efectos expresados en el primer párrafo de este punto se den, a pesar de que la LPC no se ocupa del tema. Esos efectos son aplicables en virtud de que hay una clausura o conclusión

temporal del proceso, que se volverá definitiva si en el tiempo sugerido no hay bienes o activos que se sumen al patrimonio del deudor. Mientras tanto, cesa el liquidador en sus funciones, el deudor recobra las facultades de administración y disposición patrimonial, se reinicia la prescripción, cesa la restricción en torno a su legitimación activa y pasiva sobre sus bienes, etc.

La terminación del proceso por la vía que estamos examinando no impide la acción penal, cuando la conducta del deudor esté encuadrada en el tipo penal consagrado en el artículo 280 del Código Penal, consistente en la simulación o suposición de deudas, enajenaciones, gastos, pérdidas o créditos; la sustracción u ocultamiento indebido de bienes; la sustracción, distribución o falsificación, en todo o en parte, de los registros contables u otros documentos contables, o llevarlos de forma que sea imposible la reconstrucción del patrimonio o el movimiento de los negocios; y la realización de actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones, sin la autorización correspondiente, dirigidos a pagar a acreedores, preferentes o no, posponiendo el pago del resto, o dirigidos a conceder ventaja indebida a cualquier acreedor.

3.3.3 Problema que plantea.

Como ya señalamos, la inexistencia de bienes y activos para cubrir los créditos contra la masa plantea el problema de la falta de definición sobre el estado en que queda el deudor en relación a su persona y a la administración de sus bienes, así como al tiempo

en que permanece en dicho estado. Es decir, si la clausura o conclusión del proceso por esta causa hace cesar todos los efectos del auto declaratorio, de manera que no queda arraigado a su domicilio, que recobra su derecho a desempeñar ciertas ocupaciones (mandatario y comisionista), que se levanta la prohibición de administrar y disponer los bienes que adquiriera en adelante, etc.¹³² Además de determinarse si cesan los efectos, y cuáles, no se define por cuanto tiempo permanecen las limitaciones y prohibiciones. Sobre el particular, nos remitimos a lo sostenido respecto los efectos de esta causal.

Otro problema que plantea la causal de terminación en comento es lo que sucede en relación a la acción de responsabilidad en contra del responsable de los perjuicios causados, producto de la nulidad de un acto. El artículo 123 de la Ley 12 hace responsable ante la liquidación, a la persona que se haya beneficiado del acto declarado nulo. No queda claro si la acción sigue vigente, quien o quienes pueden ejercerla (ya que el liquidador cesa en sus funciones) y ante qué tribunal y proceso. El resultado satisfactorio del ejercicio de las acciones rescisorias e indemnizatorias eventualmente podría generar ingresos o activos a la liquidación, que permitan continuar con el proceso.

Las expectativas que crean las acciones interpuestas llevarían a reconsiderar la finalización del proceso por la causal analizada, dado que la inexistencia de bienes y activos es una estimación fundada en la carencia inmediata de los mismos, la que podría

¹³² La conclusión del procedimiento por esta vía, señalan Gadea Soler, Enrique y otros (ob. cit., pp. 158 y ss.) “no produce efectos extintivos de los créditos impagados total o parcialmente”. Razón por la cual cabe la reapertura del procedimiento sustentado en el principio de economía procesal y el de “responsabilidad patrimonial universal, que hace el deudor responsable de sus obligaciones con todo su patrimonio presente y futuro. La reapertura incluye los créditos impagos, anterior y los sobrevenidos. Con la conclusión del concurso, el deudor recobra la administración y disposición de sus bienes; los acreedores recobran sus acciones individuales; la persona jurídica se extingue; y desaparecen los órganos concursales.

ser superada por medio de la nulidad de actos y de la responsabilidad por los perjuicios ocasionados. En otras palabras, la probabilidad de recuperar bienes y activos vía la nulidad de actos, y de adquirir dinero producto de la responsabilidad por los perjuicios causados en virtud a dichos actos, hacen que la insuficiencia actual no sea suficiente para declarar la terminación del proceso, más aún cuando hay secuestros sobre bienes de los terceros responsables.

En este sentido, mientras haya acciones de nulidad y de responsabilidad pendientes en el tribunal, no prosperará la conclusión del proceso de liquidación por supuesta insuficiencia de bienes y activos. De no haber pendientes acciones en esta dirección procederá, sin perjuicio de que el mismo se reabra, y con ello, la posibilidad de ejercer la acción de responsabilidad, siempre que no haya prescrito.

3.4 Insuficiencia de bienes para responder a proceso pendiente

3.4.1 Requisitos

Esta causal tiene elementos comunes con la anterior, que hacen suponer que son dos modalidades de una misma causa. No obstante, a nuestro modo de ver son dos causas distintas, al punto que ésta es viable siempre y cuando la otra no lo sea. Es decir, solo rige si hay bienes suficientes para cubrir los créditos contra la masa, no así para el pago íntegro

de los créditos concursales una vez liquidados los existentes. Veamos pues cuáles son sus requisitos.

3.4.1.1 Insuficiencia de bienes

Nuevamente hay que señalar que la redacción del artículo no es feliz, por cuanto que presenta vacíos e imprecisiones, que dan pie a sustentar criterios que riñen con la naturaleza del proceso. A diferencia de la causal anterior, el artículo solo hace mención de los bienes, sin mencionar los activos pertenecientes al deudor. Sin embargo, estimamos que es una omisión involuntaria que no afecta el sentido y alcance de la norma. Téngase presente que es la falta de recursos económicos y financieros la que justifica el cierre del proceso.

El artículo hace mención a la “inexistencia” de bienes para responder a proceso pendiente contra el deudor, sin especificar a qué tipo de proceso se refiere. Esto puede dar margen a posiciones encontradas. Recuérdese que a raíz de la declaración de liquidación se acumulan los procesos pendientes contra el deudor, iniciados hasta 4 años antes de la declaración de liquidación. Los procesos pendientes con mayor tiempo de haberse iniciado no se acumulan, por lo tanto, continúan sus trámites. Pues bien, el artículo no se refiere a estos procesos pendientes, sino al proceso de liquidación en el que no hay bienes o habiéndose liquidados los existentes, no pueden ser satisfechos parcial o íntegramente los créditos contra el deudor. Aseverar lo contrario permitiría llegar a la absurda conclusión, de que el proceso de liquidación llega a su fin, a pesar de que exista

en su masa activa bienes por liquidar, si en cualquiera de los procesos pendientes contra el deudor no acumulados, no haya bienes con que pagar el crédito del acreedor demandante. Es poner por encima de los créditos concursales, al crédito singular pendiente de pago; es establecer prevalencia del proceso individual sobre el proceso colectivo y universal, que atañe en su conjunto a los demás acreedores del deudor.

Permitir la terminación del proceso de liquidación por inexistencia de bienes para responder a otro proceso pendiente en contra del deudor, es convertir a éste en el proceso principal y a aquel en el accesorio. Además de sentenciar que el primero sigue la suerte del segundo, se iría en contra vía de lo previsto en la ley, que le permite a la junta de acreedores continuar el proceso de liquidación, pese a la inexistencia de bienes para cubrir los gastos del proceso y los demás créditos contra la masa. En este caso, con solo asumir los gastos del proceso, el mismo continúa para efecto de las otras consecuencias jurídicas que entraña este tipo de proceso (efectos en relación a la persona del deudor, su patrimonio y actos jurídicos realizados por él). Aunado a lo expuesto, como el artículo 206 no establece cuál es el destino del proceso pendiente (si termina o continua), no tiene sentido que el de liquidación culmine y el pendiente no.

La redacción del artículo 206 es confusa, al indicar que la inexistencia de bienes para responder a proceso pendiente en contra del deudor faculta al juez para declarar terminada la liquidación, sin perjuicio de los derechos que pueda adquirir el demandante. A primera vista induce a pensar que se trata de otro proceso pendiente, por cuanto a que hablar de un concurso pendiente mientras no se ha concluido está fuera de lugar, y por

cuanto a que su conclusión no solo afecta al acreedor demandante, sino también a todos los acreedores concursales.

Al igual que la causal anterior, no es fundamental que la inexistencia sea absoluta. Basta que el deudor no tenga recursos suficientes para responder a los créditos concursales, circunstancia que queda acreditada después del inventario y avalúo del patrimonio del deudor, y de las acciones de reintegración patrimonial llevado a raíz de la nulidad de actos jurídicos realizados por el deudor; y del ejercicio de las acciones en contra de las personas responsables de los daños y perjuicios causados en virtud a los actos declarados nulos. La consideración de estos elementos determina la inexistencia (insuficiencia). No es menester que haya absoluta imposibilidad de satisfacer los créditos de los acreedores, de modo que no haya masa activa ni siquiera para el pago parcial. Es suficiente que los bienes y activos no alcancen para el pago íntegro de los créditos.

3.4.1.2 La insuficiencia de bienes ha de ser precaria

A diferencia de la causal anterior, en la que la insuficiencia de bienes y activos es de tal magnitud que los mismos no son suficientes para sufragar los gastos del proceso de liquidación y los demás créditos contra la masa, en esta causal la masa activa alcanza para satisfacerlos, pero no así los créditos contra el deudor, ya sea parcial o íntegramente. Por eso, mientras en la anterior causal la insuficiencia de bienes es precarísima, en esta es precaria. Las magnitudes son diferentes.

La conclusión del proceso de liquidación por la “inexistencia” de bienes y activos para cubrir los gastos del proceso y demás créditos contra la masa, requiere de la

anuencia de la junta de acreedores, quien podrá negar su autorización. En este caso deberá sufragar los gastos del proceso y los demás créditos contra la masa. De no hacerlo, el juez procederá a finalizar el proceso. Esto no sucede en la “inexistencia” de bienes y activos para afrontar los créditos concursales. El artículo 206 nada dice al respecto, lo que hace suponer que no es necesaria la anuencia de la junta de acreedores, quien no podrá impedir el cierre aportando los recursos para sufragar los gastos del proceso y demás créditos contra la masa.

Siendo dos causales distintas reguladas en igual número de normas de la LPC, la expresa exigencia del artículo 205 de contarse previamente con la anuencia o autorización de la junta de acreedores, permite sostener que no es necesaria en el artículo 206, que no la establece. Es lógico que así sea, porque los créditos contra la masa están cubiertos, por lo que los acreedores no se pueden oponer al cierre del proceso asumiendo lo que no impide su continuidad. En el supuesto del artículo 205, la falta de masa activa para solventar los créditos contra la masa es una circunstancia que afecta la continuidad del proceso, siempre y cuando la junta de acreedores no asuma sus costes. En cambio, en el artículo 206 la continuidad del proceso está comprometida por la falta de masa activa para cubrir los créditos de los acreedores, los que no pueden ser asumidos por la junta de acreedores para impedir la conclusión del proceso.

3.4.1.3 Informe del liquidador

Aunque la Ley no lo diga, es claro que el liquidador concursal deberá presentar un informe previo sobre la inexistencia de bienes y activos, junto con su rendición de cuentas. Los artículos 155 y 157 de la LPC imponen la obligación al liquidador de rendir cuenta al concluir la liquidación, siendo responsable de los perjuicios que cause a la masa por su incumplimiento. Antes de concluir el proceso, el juez ordenará al liquidador a rendir cuenta en el término que estime. La junta de acreedores o cualquier acreedor podrá demandarlo por los perjuicios que cause a la masa debido a su incumplimiento.

Según el artículo 207 en concordancia con el artículo 155 de la LPC, el informe final del liquidador es presentado a la junta de acreedores para su consideración. El informe debe contener una memoria de las actividades realizadas y es puesto a disposición de las partes por el término de diez días, para que expongan sus observaciones. El liquidador recibe traslado de las observaciones formales y cuenta con los dos días para pronunciarse sobre ellas. Vencido este término el juez decide sobre su aprobación mediante auto, no siendo recurrible.

El informe del liquidador sobre la “inexistencia” de bienes y activos es viable en cualquier estado del proceso, a partir del reconocimiento de los créditos. El informe debe considerar no solo el estado actual de la masa activa, sino también la posibilidad de que ella incremente vía las acciones reintegrativas y rescisorias.

3.4.1.5 Declaración judicial.

La aplicación de la causal demanda el pronunciamiento del juez. No es necesario la anuencia o autorización de la junta de acreedores. A diferencia de la “inexistencia” de bienes y activos para afrontar los créditos contra la masa, donde la junta de acreedores puede oponerse al cierre asumiendo los costes de estos créditos, en la “inexistencia” de bienes y activos para satisfacer los créditos concursales la junta de acreedores carece de semejante potestad. Ella no puede detener la conclusión asumiendo el coste de los primeros créditos, porque la masa activa los cubre, ni asumiendo los segundos, lo que sería absurdo.

Como el artículo emplea el vocablo “podrá” para establecer la facultad del juez, él está conminado a concluir el proceso cuando la junta de acreedores lo solicita. Simplemente, él no debe mantener al deudor indefinidamente en estado de liquidación, sino hay bienes que liquidar. Estaría inobservando sus deberes y funciones públicas de velar por los fines del proceso. Aun cuando no se hayan liquidado bienes, la junta de acreedores podrá solicitar la clausura, si el patrimonio concursal se va a destinar, previsiblemente, para cubrir los créditos contra la masa que generará el proceso, resultando ilusorio éste respecto a sus fines y los intereses de los acreedores.

3.4.2 Efectos

De conformidad con el artículo 206, la “inexistencia” de bienes para responder a proceso de liquidación pendiente en contra del deudor, es causal de terminación de éste,

siempre que se cumpla las condiciones antes señaladas. O sea que la inexistencia sea tal que no haya bienes y activos suficientes para satisfacer los créditos de los acreedores. De concluirse el proceso de liquidación, se producen los mismos efectos mencionados en la causa de terminación anterior, a los que por economía nos remitimos, incluyendo lo relativo a su reapertura.

3.4.3 Problemas que plantea

La terminación del proceso de liquidación por insuficiencia de bienes para responder a los créditos de los acreedores produce los mismos problemas planteados en la causal de terminación que antecede. La clausura es temporal si son recuperados bienes del deudor para liquidar. La LPC no establece tiempo máximo en que esta posibilidad es viable. Los bienes recuperados o adquiridos deben ser suficientes para sufragar los créditos contra la masa que previsiblemente generará la reapertura.

Como quiera que no debe mantenerse al deudor en una eterna zozobra, bajo el miedo de que a pesar del tiempo transcurrido será objeto de la reapertura del proceso, con los efectos que éste entraña para él, su patrimonio y familia, el estado de temporalidad debe establecerse en un período corto de 2 o 3 años. Sin embargo, ante el vacío existente, el tiempo a asimilar sería el término en que el auto de declaración tiene efecto en el pasado, al fijar el juez de forma definitiva el estado de liquidación (4 años).

La reapertura no opera de oficio, por lo que debe ser solicitada por un acreedor, quien será responsable de los gastos de la reapertura, si los bienes recuperados no lo cubren. La ley no regula el procedimiento a seguir y si el deudor puede oponerse. Tampoco regula si vuelve a fungir como liquidador la misma persona y si junto a los créditos reconocidos comparecen los créditos sobrevenidos. Estimamos que salvo impedimento o imposibilidad sobrevenida el liquidador será la misma persona y los créditos surgidos posteriores a la clausura podrán hacerse valer.¹³³

3.5 Distribución Final

3.5.1 Requisitos

3.5.1.1 Liquidación de los bienes

Es el modo normal para terminar el proceso de liquidación¹³⁴. Dentro de lo traumático que resulta en sí misma la liquidación para el deudor y sus acreedores, es un medio menos dramático para concluir el proceso. Todos esperan que se cumpla con el

¹³³ Para un estudio de la reapertura del proceso concursal consúltese a García – Lomas, Leandro Blanco, La conclusión del concurso y la reapertura, en la obra Procedimiento concursal en toda su dimensión, Dykinson, S.L..

¹³⁴ Concluida la liquidación de los bienes y derechos del concursado y la tramitación de la sección de calificación, nos dice Fernández Seijo, José María, (ob. cit., pp. 1011 y 1012), el liquidador presenta su informe final, indicando las operaciones realizadas y el hecho de que no hay acciones viables de reintegración ni de responsabilidad de terceros. El procedimiento concluye, aun cuando el deudor tenga bienes inembargables, o bienes desprovistos de valor de mercado, o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal. Cualquier acreedor podrá oponerse al cierre, lo que producirá un incidente concursal de oposición que deberá ser resuelto por el juez.

objeto del proceso, cual es una pronta liquidación de los bienes embargables del deudor y una equitativa distribución de su producto entre los acreedores, respetando las reglas de prelación de los créditos y preferencias. Hay una comunidad de pérdidas bajo el imperio del principio "*par conditio creditorum*" o igualdad o paridad de condición de los acreedores, que asegura un tratamiento equitativo a los acreedores, sin perjuicio de la prelación y preferencias de los créditos.

A partir de la toma de posesión de su cargo, o dentro de las 24 horas siguientes, el liquidador inicia la formación del inventario de los bienes del deudor, con la indicación de su valor. En la diligencia de inventario hace constar el estado de los sellos; el número y clase de los registros contables y el estado en que se encontraron; descripción de todos los bienes y efectos del deudor, con excepción de la ropa, vestidos, muebles y efectos necesarios para él o su familia; descripción de las letras, pagarés y cualquier otro efecto de comercio; la circunstancia de quedar los registros contables, libros, bienes y documentos en poder del liquidador y bajo su administración; el nombre de los que asistieron a la diligencia; la fecha y firma del juez, del liquidador y del deudor.

El dinero, los documentos negociables y las alhajas se depositan en un banco. Los valores en una central de custodia y liquidación, en un custodio autorizado o en otra institución financiera registrada en la Superintendencia del Mercado de Valores. Los bienes muebles y semovientes quedan en custodia del liquidador. Los bienes inmuebles quedan bajo el administrador de éste. En caso de que el deudor esté casado, se aplican las normas establecidas en la liquidación, teniendo en cuenta el régimen económico

matrimonial. Los reclamos para excluir bienes del inventario se resuelven en audiencia, con participación del liquidador.

Como quiera que los acreedores hipotecarios y pignoratícios están legitimados para hacer velar sus créditos dentro o fuera del proceso concursal, los bienes gravados entrarán en el inventario para ser vendidos por el liquidador, en el evento de que dichos acreedores comparezcan al proceso para satisfacer sus créditos. El liquidador también tendrá en cuenta los créditos no reconocidos por la mayoría de la junta general de acreedores (créditos litigiosos) en cuanto a su legitimidad, cantidad o preferencia. El acreedor que se opuso sin éxito al reconocimiento de un crédito está legitimado para impugnarlo mediante incidente.

En cualquier momento después de la verificación de los créditos, la junta de acreedores podrá aprobar un acuerdo de adjudicación, en el que dispondrán la forma en que serán adjudicados los bienes del deudor que no han podido ser vendidos. El acuerdo deberá ser aprobado por la mayoría absoluta que represente el 66 por ciento de la totalidad del pasivo, y ser confirmado por el juez. El acuerdo ha de respetar las prelación y garantías, y tendrá los mismos efectos que el acuerdo de reorganización.

En caso de que la junta de acreedores no adopte un convenio sobre la asignación de los créditos y bienes del deudor, los acreedores podrán optar por venderlos al mejor postor, vía remate judicial. El liquidador y los acreedores decidirán el destino de los créditos y bienes que no puedan cobrarse ni venderse.

3.5.1.2 Distribución del haber

Dentro de los 8 días siguientes a la última enajenación, el liquidador elaborará el estado del haber, especificando los bienes vendidos, su producto, los gastos causados, las cantidades depositadas, los créditos no vendidos y los que están pendientes de demandas judiciales. Asimismo, presentará un proyecto de distribución para ser considerado por la junta de acreedores. Concluida la liquidación de los bienes, se procede a la distribución final. La distribución del haber se hará conforme a la prelación y garantías existentes. Sin embargo, los primeros créditos a pagarse son los créditos y gastos de la masa, sin excluirse entre sí. Los acreedores hipotecarios y pignoratícios cobran del producto de la venta de los bienes gravados. De quedar un remanente del crédito sin satisfacer, cobran del resto del haber. De cubrirse sus créditos con el precio de venta de los bienes, el remanente de éste pasa al resto del haber para realizar los demás créditos. El acreedor cuyo derecho de prelación está pendiente de acción o recurso en su contra, o la decisión pueda afectarle, podrá recibir pago dando fianza por la cantidad recibida.

La ley permite que se hagan distribuciones provisionales a medidas que haya fondos disponibles. Estas distribuciones son posibles si son propuestas por el liquidador y los fondos disponibles no estén afectos a un privilegio. Ningún acreedor está obligado a recibir en pago de su acreencia un crédito o bien del deudor. De recibirlo, el crédito y el bien tendrán el valor determinado por la junta de acreedores. En este caso, los acreedores no responderán de la existencia, vicios, exigibilidad y pago del crédito.

Ahora bien, que sucede con los créditos sujetos a condición suspensiva o resolutive. La ley nada dice al respecto. Como son obligaciones sujetas a hechos futuros e inciertos, estimamos que, en el supuesto de la resolutive, el acreedor podrá hacer valer su crédito si la condición no ha ocurrido. En el supuesto de la condición suspensiva, deberá dar fianza por la cantidad recibida.

3.5.1.3 Rendición del informe final

Para que prospere la terminación del proceso por distribución final del haber de la masa, es imperioso que el liquidador rinda un informe final de las actividades realizadas¹³⁵. Este informe es presentado una vez aprobada la distribución final por la junta de acreedores. Del mismo, se da traslado a los acreedores y al deudor para que en el término de 10 días expongan sus observaciones o advertencias.

De formular los acreedores o el deudor observaciones o advertencias sobre aspectos contenidos en el informe final, el liquidador cuenta con 2 días para pronunciarse al respecto. Los 2 días son a partir del vencimiento del traslado del informe. El pronunciamiento del liquidador debe contemplar los señalamientos de los acreedores o

¹³⁵ Finalizada la liquidación de los bienes y derechos del concursado, y la tramitación de la sección de calificación, señala Hernández Sainz, Esther, (ob. cit., pp. 1437 y 1438), el liquidador concursal deberá dejar constancia en su informe final de la inexistencia de acciones de reintegración de la masa activa y de acciones de responsabilidad de terceros. Estas circunstancias y la justificación de las operaciones realizadas constituyen los presupuestos para que la distribución final termine el proceso, sea ya con el pago íntegro de los créditos, o el pago parcial.

Para una mayor consulta sobre la conclusión del proceso concursal, consúltese Beltrán, Emilio y Rojo Ángel, Lecciones de Derechos Mercantil, Volumen II, 15ª Edición, España, 2017; Vilota Menadas, Salvador, Manual breve de derecho concursal, España, 2014; y Macías, José María, Lecciones de Derecho Concursal, Editorial Trena, España, 2012.

del deudor, de forma que responda a cada uno de ellos, tomando en cuenta las pruebas que sustentan su informe, lo que podría devenir en una controversia.

3.5.1.4 Declaración judicial

El proceso termina cuando el juez decide aprobar el informe final del liquidador. Es él quien dirime la controversia que pudiera existir en torno al informe final, producto de observaciones o advertencias de los acreedores y el deudor. La decisión judicial es adoptada mediante auto, que no es susceptible de recurso. En otras palabras, las advertencias y observaciones del deudor y de los acreedores no impiden el cierre del proceso. El auto es comunicado al Registro Público, para que puedan inscribirse los títulos otorgado por el deudor o a él.

3.5.2 Efectos

Como expresamos antes, es el camino ordinario para terminar de la mejor manera el proceso. Si bien esta causa pone fin al proceso, nada impide que se liquiden y distribuyan bienes del concursado, encontrados después del auto que aprueba el informe final del liquidador, con o sin observaciones y advertencia de los acreedores y del deudor. El proceso termina siendo la vía ordinaria para hacerlo, quedando los acreedores sujetos a sus resultados en cuanto la satisfacción de sus respectivos créditos. Es probable que

queden insatisfechos, pero en virtud al principio "*par conditio creditorum*", están compelidos a aceptar los resultados del proceso.

En cuanto al grado de asertividad, constituye la segunda causa de forma descendente, después de la decisión de terminar el proceso para acogerse a la reorganización de la empresa, siempre y cuando ésta resulte viable y se complete. La reorganización es mejor alternativa que la liquidación. Aunque ésta sea pronta y efectiva, aquella debe significar mayor satisfacción de los créditos; además de salvar a la empresa, que es un objetivo para nada ignorable.

Concluido el proceso por esta causa, el deudor recobra sus facultades de administración y disposición de los bienes no vendidos ni adjudicados y los que adquiera en adelante. Vuelven a correr los intereses por la deuda remanente, retoma su eficacia los términos de las deudas (plazos), los créditos no dinerarios no son convertidos en dinero; cesa la admisibilidad de las acciones revocatorias; retoma el curso la prescripción, interrumpida por el proceso; el deudor recobra su capacidad procesal; los acreedores readquieren el ejercicio de las acciones individuales y cesan los órganos concursales.¹³⁶

La distribución final constituye una causa plena de terminación o conclusión del proceso, cuando se da el pago íntegro de los créditos. Alcanzando los bienes para el pago de todos los créditos verificados, créditos pendientes de resolución y los gastos y costas del concurso, se declara la conclusión del proceso, una vez aprobado el estado de

¹³⁶ Bonfanti, Mario Alberto y Garrone, José Alberto, ob. cit., p. 716.

distribución definitiva. El pago puede ser hecho por un tercero, que renuncia al derecho de ir contra el deudor,¹³⁷

En sentido técnico, el pago es el cumplimiento de la prestación objeto de la obligación,¹³⁸ de manera que el pago en moneda de quiebra no extingue los créditos en la parte no pagada, conservando los acreedores sus acciones para cobrarla en el futuro, si el deudor adquiere bienes.¹³⁹

El pago parcial o el cumplimiento parcial de la prestación nos dicen Santiago Fassic y Marcelo Gebhardt¹⁴⁰ -acarrea la clausura, que es una medida provisional. Por ello, indican estos autores que es una medida temporal, por lo que continúan los efectos en relación al deudor (sigue el desapoderamiento de sus bienes, es sujeto pasivo de la acción penal, siguen las restricciones e incapacidades civiles); en relación a los acreedores (subsisten acciones de reintegración y su calidad acreedores); y en relación al proceso (continúa el juez teniendo competencia)¹⁴¹. En el caso de Panamá, no subsisten las prohibiciones al deudor. Sin embargo, si el deudor es condenado por el delito de

¹³⁷ Fassic, Santiago C. y Gebhardt, Marcelo, Concursos y quiebras, Astrea, 7a. Edición, Argentina, 2001, p. 454.

¹³⁸ Bonnecase, Julien, Tratado Elemental de derecho civil, Volumen I, Oxford University Press, México, 2002, p. 907.

¹³⁹ Cervantes Ahumada, Raúl, ob. cit., p. 105.

¹⁴⁰ Ob. cit., pp. 457 y 458.

¹⁴¹ La reapertura del proceso procede, según Senent Martínez, Santiago, (ob. cit., pp. 444 y 445), se da cuando el concurso ha concluido por liquidación insatisfecha por falta de activo. En el caso de una persona física, procede si aparecen bienes dentro de los 5 años siguientes a la conclusión. No es imperiosa la insolvencia. Basta la aparición de bienes embargables. Se trata de la continuidad del mismo concurso. No es un concurso nuevo. En el caso de una persona jurídica, la conclusión entraña su disolución. Por su parte, Fernández Seijo, José María, (ob. cit., p.p. 1025 y 1026), sostiene que la aparición de activos del concursado persona física dentro del período de los 5 años, conlleva una nueva declaración, por lo que el auto debe cumplir con los requisitos correspondientes. Indica que la reapertura no necesariamente debe implicar la liquidación del patrimonio, dado que le es dable al deudor celebrar convenio con sus acreedores. Los créditos posteriores a la conclusión y anteriores a la reapertura son créditos contra la masa. La reapertura opera solo para la liquidación.

insolvencia dolosa, podrá ser objeto de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de comercio por igual período de la pena principal, prisión de cinco a diez años.

3.5.3 Problema que plantea

No encontramos dificultades a tener en consideración. Repetimos, es la fórmula esperada para que la liquidación llegue a buen destino, a pesar de las difíciles circunstancias económicas y financieras de la empresa, las cuales no hacían factible una reorganización con mayores niveles de realización de los créditos. Es presumible que habrá acreedores insatisfechos del resultado, pero convencido de que no había una mejor salida.

CAPÍTULO IV: CAUSAS NO ESPECIALES O IMPLÍCITAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN

4.1 El desistimiento

4.1.1 Concepto

Conforme a los artículos 1087 y siguientes del Código Judicial, el desistimiento es un medio excepcional de terminación del proceso en general¹⁴². Es el acto jurídico procesal mediante el cual a solicitud de alguna de las partes se pone fin o se deja sin efecto el proceso o un acto procesal realizado dentro de él, o se renuncia a su pretensión. El desistimiento es expreso cuando es presentado por escrito personalmente ante el juez que conoce del proceso, o es presentado por otra persona previa autenticación del escrito ante Notario Público. El desistimiento es tácito en los casos que determina el Código Judicial.

Para que sea válido es imperioso que sea hecho por una persona capaz. No pueden desistir: los incapaces, por sí o por su representante legal, a menos que el juez lo autorice mediante trámite incidental dentro del proceso; los curadores ad litem y los defensores de

¹⁴² Señala Francesco Carnelutti (Derecho Procesal Civil y Penal, Vol. 2, Publi Mex, S.A., México, 1992, p. 105.) que, desde la interposición de la demanda, el proceso queda expuesto a “aventuras del viaje” o “crisis del procedimiento”, expresado en la suspensión, interrupción y extinción.

La primera aventura es que las partes cambian de opinión. El cambio más radical es la renovación de la demanda introductiva, llamada renuncia a los actos del juicio. Cuando este acto tiene la conformidad de la contraparte, ocasiona la extinción del proceso. “Aquí la crisis, con efecto definitivo, es semejante al aborto; el proceso termina antes de que se madure la decisión”.

ausentes; los agentes del Ministerio Público; y los representantes del Estado, de los municipios y de las instituciones descentralizadas, autónomas o semiautónomas, salvo autorización del Consejo de Gabinete, del Consejo Municipal o del organismo o corporación que por ley deba darla.

El desistimiento se entiende hecho sin condición y de ser condicional requiere ser aceptado expresamente por todas las partes, por medio de memorial. Una vez presentado ante el juez, el desistimiento es irrevocable. De referirse a determinadas personas o determinados asuntos, el proceso continuará con relación a lo que no incluye el desistimiento. Pero si el fallo debe ser uniforme en cuanto a todos los demandantes, será necesario que todos lo hagan propio.

El desistimiento puede ser del proceso o de la pretensión. El primero es válido si el demandante lo presenta en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia de primera instancia. Si la demanda ha sido notificada, requiere de la conformidad del demandado, dándosele traslado por 3 días, con el apercibimiento de que su silencio supone conformidad. El demandado podrá allanarse u oponerse. Si mediare oposición el desistimiento carece de eficacia y continuará el proceso. Sí en el proceso se hubiere practicado secuestro o cualquier otra medida cautelar, se requerirá consentimiento del demandado. El desistimiento del proceso no afecta los derechos del demandante, quien puede volverlos a reclamar a través del mismo tipo de proceso, o por otro diferente.

El segundo, igualmente puede ser interpuesto por el demandante en cualquier etapa del proceso, antes de la sentencia de primera instancia. El desistimiento de la

pretensión no exige conformidad del demandado, limitándose el juez a verificar si procede en función a la naturaleza del derecho en litigio. El mismo entraña la renuncia de los derechos de la demanda, en todos los casos en que la sentencia absolutoria tendría efectos de cosa juzgada. En los otros casos, solo impedirá el ejercicio de las mismas pretensiones por igual vía procesal, a menos que el demandante renuncie a ellas. El desistimiento produce la extinción de la pretensión, la cual es factible invocarla por medio de incidente de previo y especial pronunciamiento, o como excepción en el proceso.¹⁴³

El desistimiento del proceso y de la pretensión necesita del consentimiento de ambas partes, en los procesos de deslinde y amojonamiento, de división o venta de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades y otros análogos. El auto que lo admite no tiene fuerza de cosa juzgada. El desistimiento de la demanda no impide que continúe la demanda de reconvención, salvo que entre ambas exista tal relación que no sea razonable separar una de la otra; asunto que decidirá el juez con audiencia de las partes.

¹⁴³ El desistimiento del proceso – Hernández Sainz, Esther, (ob. cit. pp. 1447 a 1451) – en nuestro derecho es un abandono del proceso por los acreedores, renunciando a título judicial de sus créditos mediante el proceso concursal iniciado. “Se abandona la posición procesal, pero sin renunciar al derecho material al ejercicio de la acción”. Pueden reclamar el pago de su crédito judicialmente o en otro proceso, incluso concursal, mientras no esté prescrito el derecho.

La renuncia (desistimiento de la pretensión) es “una declaración de voluntad por la que se abandona el derecho subjetivo material alegado como fundamento de la pretensión procesal.” La resolución que acoge la renuncia tiene efecto de cosa juzgada. “La renuncia afecta al derecho de crédito, pues provoca su extensión, de forma que no podrá reclamarse con posterioridad su pago en un nuevo procedimiento singular o colectivo”.

4.1.2 Admisibilidad.

Surge la interrogante sobre si el desistimiento del proceso y de la pretensión es admisible o no como causa de terminación del proceso concursal de liquidación. Es decir, si este medio excepcional de terminación de los procesos en general es aplicable en el proceso concursal en examen. A nuestro juicio, la respuesta es mixta, en el sentido de que uno de los dos desistimientos si lo es, siempre que esté acompañado de otro evento, no controlado por el acreedor demandante.

No le es dable al acreedor demandante desistir del proceso concursal de liquidación, por cuanto a que éste no es un proceso de ejecución particular. Es un proceso de ejecución universal y colectiva, que atañe a todos los acreedores del deudor. Una vez emitido el auto declaratorio, el demandante queda inhibido de desistir del mismo. Como examinamos en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, su desistimiento prospera antes del auto declaratorio, durante el procedimiento previo. Esto es porque hasta ese instante, solo le atañe a él y al deudor el trámite. Pero una vez declarado el deudor en liquidación, es competencia de los demás acreedores decidir la suerte del proceso.

Como vimos, el desistimiento del proceso en general se puede interponer en cualquier etapa procesal, antes de la sentencia de primera instancia. Exige conformidad del demandado si la demanda ha sido notificada y si hay secuestro de bienes y medidas

cautelares. Esto no es viable en el proceso de liquidación, aunque se cuente con el beneplácito del deudor. El proceso no es un asunto entre el acreedor demandante y el deudor demandado.

En cambio, el desistimiento de la pretensión si es un asunto entre ambas partes. Es derecho de cualquier acreedor renunciar a su crédito. Es un acto de disposición que como titular puede realizar. En consecuencia, le es dable desistir de la pretensión objeto de la demanda. El ejercicio del mismo no requiere del concurso de los demás acreedores, ni del deudor. Como eso le atañe a él y no a los demás acreedores, le es factible desistir de la pretensión, renunciando a reclamar en el presente y futuro, por esta vía u otra, el crédito que sirvió de origen al proceso de liquidación.

Ahora bien, su desistimiento por sí solo no termina el proceso de liquidación. Es imprescindible que no comparezcan otros acreedores en el proceso, a menos que los que hayan concurridos también renuncien a sus respectivos créditos. Al no existir acreedores, decae el proceso, ya que pierde su objeto y desaparece una de las partes vital para su continuidad: la pluralidad de acreedores.

Este criterio está sustentado en distintas razones. En primer término, de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la LPC, el objeto y carácter del régimen concursal es el de proteger y asegurar el orden económico nacional, los acreedores, las fuentes de empleo y el proceso de libre competencia económica, así como acrecentar la riqueza nacional, mediante la recuperación y conservación de la empresa salvable, o mediante una

liquidación judicial pronta y ordenada de la empresa insalvable. Al referirse a los acreedores no lo hacen en forma singular, si no plural.

En segundo término, los principios que imperan en el proceso concursal riñen contra la inexistencia original (conurrencia de un solo acreedor) o sobrevenida (desistimiento de todos o de salvo uno de los acreedores) de pluralidad de acreedores. La universalidad del concurso y la ejecución colectiva son contrarias al proceso donde interviene un solo acreedor, o donde no hay acreedor, debido a que todos o salvo uno desistieron de su pretensión. Esta naturaleza del proceso concursal tiene doble manifestación. Por un lado, en lo tocante al patrimonio del deudor,¹⁴⁴ decretándose el embargo de sus bienes embargable. Por el otro lado, en lo referente a sus acreedores, quienes pierden el derecho a ejercer individualmente sus acciones para hacer valer sus créditos, formándose una unión forzada. El principio "*par conditio creditorum*", fundamental en este tipo de proceso, es impracticable en procesos singulares (Artículos 103, 104, 160, 189, 190, 192, 193 y otros de la LPC).

En tercer término, tanto la insolvencia como la falta previsible de liquidez son definidas por el artículo 4 de la LPC, como la imposibilidad de atender un número plural de obligaciones. Es cierto que ellas son presupuestos objetivos del proceso concursal de reorganización. Empero, no hay lugar a duda, de que juegan un relevante papel en la liquidación, en virtud a que de no existir sería difícil su declaración, dado que el deudor no

¹⁴⁴ La clasificación de los procesos en singulares y universales tiene que ver con el patrimonio del deudor involucrado. Los singulares son aquellos "que se contraen a uno o más bienes (o derechos) de una o varias personas", y los universales son aquellos "que le corresponde o se refiere a la totalidad del patrimonio". Fábrega Ponce, Jorge, (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 2004, p. 1382).

tendría problemas económicos y financieros para satisfacer el crédito objeto de la demanda.

En cuarto término, es innegable la importancia que tiene el órgano de la junta de acreedores en el desarrollo y la suerte del proceso de liquidación. Es un órgano deliberativo y de decisión, participa activamente en el proceso. Algunas de las facultades del juez requieren de la aquiescencia de este órgano. Como tal, está concebido y conformado por un número plural de acreedores (artículo 160 y siguientes de la LPC).

El desistimiento de la pretensión ha de ser expreso e interpuesto por escrito personalmente por el acreedor, o mediante documento autenticado ante Notario Público. No cabe el desistimiento tácito. El desistimiento podrá interponerse en cualquier etapa procesal, durante el procedimiento previo y durante la liquidación. El acreedor tiene derecho a renunciar a su crédito en cualquier momento. Pero para que el desistimiento del acreedor demandante pueda terminar el proceso, deberá presentarse antes de la constitución de la junta de acreedores, toda vez que de comparecer otros acreedores y no renunciar a sus créditos, su desistimiento solo tendrá el efecto de la renuncia del crédito objeto del mismo. El proceso proseguirá con los demás acreedores y el deudor, a menos que todos desistan de sus créditos.

El desistimiento vale tanto en el proceso de liquidación voluntario, como en el necesario. En ambos supuestos ocurre lo mismo, inexistencia de acreedores con quienes seguir el proceso.

4.1.3 Requisitos

4.1.3.1 El desistimiento debe ser de la pretensión

Como hemos señalado, el desistimiento debe recaer en la pretensión que dio lugar a la apertura del proceso concursal. También puede recaer en las pretensiones de reclamo de los créditos reconocidos, siempre que fuere unánime o casi unánime (excepto el acreedor disidente).

Como expresamos en líneas precedentes, prospera tanto en el proceso concursal de liquidación voluntario, como en el proceso concursal de liquidación necesario o forzado. Es un acto a través del cual el acreedor renuncia a reclamar el pago de su crédito en este proceso u otro. Es un derecho que es válido ejercer en cualquier etapa del proceso. No es indispensable que el crédito sea reconocido e indisputable.

Como se desiste de la pretensión de hacer valer el crédito para efecto de su pago con la masa concursal activa, el acreedor de un crédito litigioso también puede desistir de su pretensión de que se reconozca su crédito, con la finalidad de lograr su satisfacción con la masa activa. El punto en cuestión es sí es imprescindible su desistimiento para que finalice el proceso por el desistimiento de todos (o excepto uno) de los acreedores con

créditos reconocidos e indisputables. Nos inclinamos por la respuesta negativa, en vista de que él está desprovisto de acción para oponerse al cierre del proceso, y nada quita que por otra vía haga acreditar su crédito, y una vez reconocido solicite la apertura de un nuevo proceso de liquidación contra el mismo deudor.

4.1.3.2 Debe ser interpuesto por el acreedor instante, o por todos o casi todos los acreedores

El Código Judicial admite el desistimiento de quien ha incoado una demanda, ha promovido un incidente o ha interpuesto un recurso. Nada impide que el acreedor instante desista de su pretensión contenida en la demanda, y que los demás acreedores concurrentes desistan de su pretensión de cobrar en el proceso sus respectivos créditos¹⁴⁵. El desistimiento de todos deja sin razón de ser la continuidad del proceso, así como el desistimiento de casi todos, menos de uno, sea del demandante o de otro acreedor. Un solo acreedor también le quita sentido al proceso y a su continuidad. En

¹⁴⁵ De acuerdo con Vilato Menadas, Salvador, (ob. cit., p. 116), no cabe el desistimiento del acreedor instante, por cuanto a que la declaración del concurso trasciende su interés particular para alcanzar a los acreedores reconocidos; como tampoco cabe el desistimiento de todos los acreedores, porque el deudor persona física puede estar interesado de que continúe el proceso, debido a que ello le permite obtener del juez la remisión de la deuda no pagada.

Resulta que, en el ordenamiento español, el desistimiento y la renuncia equivalen en el ordenamiento panameño, respectivamente, al desistimiento del proceso y al desistimiento de la pretensión. En aquel país, el desistimiento es la voluntad de no continuar el proceso, sin impedir volver a iniciar otro con el mismo objeto. La renuncia es la voluntad de abandonar el derecho, no siéndole válido al acreedor solicitar la apertura de otro concurso, con fundamento en el mismo derecho. La renuncia “implica un abandono del derecho, desplazando sus efectos más allá del ámbito procesal e impidiendo el inicio de un nuevo proceso sobre la misma pretensión.” (Senent Martínez, Santiago, (ob. cit. p. 416). Distinción que es compartida por Fernández Seijo, José María, ob. cit., p. 1019.

En lo que respecta a la negación del desistimiento de los demás acreedores, por el interés del deudor persona física de que continúe el proceso para lograr la remisión de la deuda no satisfecha, cabe señalar que en Panamá no existe una norma que lo permita.

esta circunstancia zozobra el proceso concursal, dejando la vía libre para un proceso ejecutivo singular.

Para que el desistimiento finalice el proceso es preciso que se dé cualquiera de los siguientes presupuestos: que sea del acreedor instante y que ningún otro acreedor comparezca, o que concurra solo otro acreedor; o que su desistimiento sea acompañado por todos los demás acreedores concurrentes, o casi todos menos un disidente; que sea de los demás acreedores que comparecieron, excepto del acreedor demandante o de cualquier otro.

Es oportuno preguntarse si procede el desistimiento del deudor de su solicitud de declaración de liquidación, en el concurso voluntario. Coincidimos con Vilota Menadas, Salvador,¹⁴⁶ en el sentido de negar tal posibilidad, dado el interés público del proceso y al deber del deudor de solicitar la declaración cuando está en insolvencia. Pese a la respuesta negativa, la no comparecencia de acreedores, o la comparecencia de solo uno, dará lugar a la conclusión del proceso. Su desistimiento no es aceptable, por cuanto a que al presentar su solicitud está obligado a nombrar a sus acreedores, por sus nombres y domicilio, e indicar el estado de sus deudas. A partir de su solicitud, tienen interés en el proceso los acreedores nombrados, quienes podrán comparecer o no para cobrar sus créditos. Por lo tanto, no es factible su desistimiento, negándole a los acreedores identificados el derecho a reclamar el pago por la vía solicitada por él.

¹⁴⁶ Ob. cit., p. 116.

4.1.3.3 Debe presentarse personalmente o mediante memorial autenticado ante Notario Público

El desistimiento de la pretensión ha de ser interpuesto ante el juez de la causa, personalmente por el acreedor o mediante escrito autenticado ante Notario Público. El apoderado judicial podrá presentarlo, siempre que tenga facultad expresa para ello. Si lo presenta un representante legal de una persona jurídica, ha de estar autorizado expresamente por el órgano competente, para lo cual deberá adjuntar el acta. El que desiste debe tener capacidad legal. El representante de una persona que no tiene la libre administración de sus bienes podrá desistir, si es autorizado por el juez respectivo, al estimar que el desistimiento es notoriamente ventajoso para la persona representada.

4.1.3.4 Naturaleza del derecho en litigio

El derecho en litigio debe ser de tal naturaleza, que admita el acto jurídico procesal en comento. Ejemplo, el acreedor concurrente no puede desistir del derecho a percibir pensión alimenticia, ya que este derecho es irrenunciable, como lo son el salario y demás prestaciones laborales del trabajador del concursado.

4.1.3.5 Declaración judicial.

Es vital que el desistimiento de la pretensión sea aceptado por el juez mediante auto. El juez puede rechazarlo si la naturaleza del derecho en litigio no permite el desistimiento o si se carece de capacidad para desistir. El auto no es objeto de recurso de alzada. Su aceptación por el juez no reclama del visto bueno del deudor, pues es un acto de disposición del acreedor. Sin embargo, de mediar temeridad de su parte, responderá de los perjuicios causados, siempre y cuando el juez haya decretado medidas cautelares y medidas de protección, a solicitud del acreedor instante. La caución consignada tiene la finalidad de responder de los perjuicios que cause la medida (artículo 87 de la LPC, en concordancia con el artículo 570 del Código Judicial).

4.1.3.6 Ausencia de acreedores, o falta de multiplicidad de acreedor

Para que el desistimiento de la pretensión del acreedor demandante sea causa de terminación del proceso concursal, es esencial que no concurran otros acreedores, o que comparezca solo uno, de forma que no se constituya la junta de acreedores, parte sustancial para la continuidad del proceso. Claro está que el juez no podrá inmediatamente declarar terminado el proceso, sin antes esperar el tiempo correspondiente para que comparezcan los otros acreedores.

El tiempo, salvo mejor criterio, es el término establecido en el artículo 160 en relación al ordinal 9 del artículo 93 de la Ley 12 de 2016, de 20 días hábiles, contados desde el día siguiente a la última publicación del auto de declaratoria de liquidación. Sostenemos lo expresado, porque las normas sobre el proceso de quiebra incluían entre los créditos litigiosos, lo que se presentaban al proceso después del vencimiento del término establecido para ello. La Ley 12 de 2016 no hace referencia a los créditos que se presentan después del vencimiento de los 20 días. No los incluye entre los créditos litigiosos, mencionando solo los que no son reconocidos por los acreedores y los que tenían semejante condición al momento de abrirse el proceso. Aunado a ello, las normas sobre el proceso de quiebra preveían la oportunidad del juez de conceder una prórroga para la comparecencia de los acreedores; posibilidad que no contempla la LPC.

El desistimiento produce igual consecuencia, si solo queda en el proceso un acreedor, lo que hace imposible su continuidad. Sin la junta de acreedores, no podrán adoptarse decisiones fundamentales, tales como la aprobación de la distribución final, cerrar el proceso de liquidación para acogerse a un proceso de reorganización. También produce igual efecto, si los demás acreedores desisten de su pretensión de cobrar sus respectivos créditos en este u otro proceso, ya sea que el demandante haya hecho o no lo propio (quedaría un solo acreedor).

4.1.4 Efectos

El desistimiento de la pretensión termina el proceso concursal de liquidación si se dan las condiciones y requisitos antes expuestos. De quedar un acreedor en el proceso, éste estará en libertad de realizar su crédito en un proceso de ejecución particular hasta que prescriba el mismo. Como los acreedores que desistieron de sus pretensiones renuncian irrevocablemente de ellas, no podrán iniciar otro proceso concursal fundado en los mismos créditos.

Estos efectos parecen hacer nugatoria esta causal de terminación, porque que ganaría el acreedor. El desistimiento puede tener como motivo no confesado, un arreglo extrajudicial con el deudor, o con un tercero interesado en salvar a éste, a su propia costa (un familiar, socio, amigo, etc.). El tercero adquiere el crédito sin interés de hacerlo valer en éste u otro proceso.

4.2 La falta de pluralidad de acreedores

4.2.1 La Junta de Acreedores

Tal como está concebido el proceso de liquidación en la LPC, es un órgano importante en la apertura y destino del proceso. Siendo el concurso de liquidación de carácter universal y de ejecución colectiva, la LPC le reconoce a este órgano funciones relevantes en el devenir y la suerte del proceso. Está constituido por los acreedores

titulares de los créditos reconocidos, con sus prelaciones y privilegios. Las decisiones se adoptan por mayoría, en función a un voto por persona y a votos por capital.

La junta de acreedores tiene entre sus funciones la de reconocer los créditos; fijar los honorarios definitivos del liquidador concursal; aprobar la moción de clausurar el proceso de liquidación para abrir otro de reorganización; aprobar la distribución final de la masa de bienes; solicitar la remoción del liquidador concursal; objetar el informe final del liquidador concursal; respaldar la clausura del proceso por inexistencia de bienes y activos; adoptar acciones tendientes a propiciar negociaciones litigiosas, proactivas, informadas y de buena fe con relación a las deudas y bienes del deudor.

4.2.2 Admisibilidad

Conforme a los principios, naturaleza y objeto del proceso concursal de liquidación, no es admisible continuar con él sin la concurrencia de acreedores. Téngase presente que es un proceso universal, que tiene características y presupuestos distintos al resto de los procesos civiles; que es un proceso de ejecución colectiva, de naturaleza, objeto y alcance diferente al de ejecución individual;¹⁴⁷ y que su objeto es alcanzar una pronta liquidación de todos los bienes embargables del deudor, para satisfacer en la mejor medida posible los créditos de los acreedores, sin contrariar los intereses públicos y sociales tantas veces mencionados.

¹⁴⁷ Sobre la naturaleza jurídica del proceso concursal, consúltese a Baega Ovalle, José Gonzalo, *Naturaleza Jurídica del proceso concursal*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 38, núm. 1, abril, 2011, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile, pp. 33 a 56.

Qué sentido o propósito tendría continuar con el proceso, si no hay crédito para pagar. Para qué liquidar todos los bienes del deudor, hiriendo de muerte a la empresa, y con ello contrariando los otros intereses legítimos (públicos y sociales como el orden económico nacional, la fuente de empleo, la libre competencia y la riqueza nacional), si no hay acreedor, o habiéndolo, solo hay uno que bien cuenta con la vía para cobrar su crédito, con el bien o bienes que tengan el valor suficiente: ejecución individual. No debe prevalecer el interés del único acreedor ante la resolución del proceso, por carecer éste de las propiedades que lo caracterizan.¹⁴⁸

4.2.3 Requisitos

4.2.3.1 Debida publicación del edicto emplazatorio

El proceso concursal de liquidación es un proceso universal de ejecución, que una vez abierto compele a los acreedores del deudor a comparecer al proceso, para realizar sus créditos de la masa activa, compuesta por los bienes embargables de aquel (artículo 6). Involucra todos los bienes embargables y a todos sus acreedores, excepto los acreedores con derechos reales de garantía (artículo 178). Para solicitar o demandar su apertura, basta una persona (el deudor o un acreedor), pero una vez declarada, es

¹⁴⁸ Sobre conflictos entre acreedores y la terminación del concurso, véase Aguiar-Díaz, Inmaculada y Ruíz-Mallorgui, María Victoria, Conflicto entre acreedores y resolución del concurso en España, *Universia Business Review*, núm. 39, 2013, Portal Universia, S.A. Madrid, España, pp. 50 a 65.

consustancial con el proceso que haya un número plural de acreedores, dos o más,¹⁴⁹ quienes conformarán un órgano fundamental en el devenir y la culminación del proceso: la junta de acreedores.

No es concebible un proceso concursal de liquidación con solo el acreedor que lo demandó, con solo el deudor que lo solicitó, o con solo un acreedor. De ocurrir, resulta manifiesto que el proceso es improcedente¹⁵⁰. Queda evidenciado que lo correspondiente es un proceso de ejecución individual, que atañe, por un lado, al acreedor demandante y al deudor solicitante, y, por otro lado, a los bienes de este último que cubran el crédito reclamado. Queda claro que, en esta circunstancia, la pretensión del acreedor demandante y del deudor solicitante no puede ser objeto de un proceso con el alcance y la naturaleza jurídica del proceso concursal.

Siendo ello así, es vital que los acreedores sean convocados en debida forma. La convocatoria es pública y judicial, ya que tiene que ser efectuada por el tribunal de la causa por un medio masivo de comunicación social.

Los acreedores nacionales y extranjeros son convocados mediante edicto emplazatorio, que permanece fijado en los estrados del tribunal por 10 días hábiles. El mismo es publicado por 5 días consecutivos en un periódico de amplia circulación

¹⁴⁹ Si bien no existe una norma que establezca la pluralidad de acreedores como presupuesto para la declaración del concurso, expresa Arribas Hernández Alberto, (ob. cit., p. 41), “tal requisito es consustancial al propio concurso que solo tiene sentido si concurre más de un acreedor.”

¹⁵⁰ Indica Senent Martínez, Santiago, (La reforma de la Ley Concursal y la conclusión y reapertura del concurso, Smarteca, Revista Concursal y Paraconcursal No. 16/2012), que la doctrina y la jurisprudencia han incluido a la pluralidad de acreedores como causa de conclusión del concurso, a pesar de no estar expresamente establecida. La posición es que se desprende de la ley, al referirse al deudor común como el deudor de varios acreedores. La palabra concurso hace referencia a concurrencia donde convergen varios créditos contra un mismo patrimonio.

nacional. En el auto de declaratoria el juez puede ordenar medidas complementarias, como la asistencia judicial internacional, tendente a informar de la apertura del proceso a los acreedores extranjeros.

4.2.3.2 Vencimiento del término para la presentación y reconocimiento de los créditos

Dentro de los 20 días siguientes a la última publicación del edicto emplazatorio, los acreedores deben comparecer al proceso para hacer valer sus créditos y preferencias, adjuntando los documentos justificativos de los mismos, bajo el apercibimiento de que podrán ser afectados por su no comparecencia oportuna. Cada acreedor presenta por escrito su crédito, indicando sus generales personales y la descripción detallada de los hechos en que se funda el reclamo.

El escrito contendrá el nombre y apellido, profesión, y dirección de correo del acreedor para recibir las comunicaciones del liquidador, así como el título, cantidad y preferencia del reclamo. El apoderado judicial del acreedor también debe anotar sus generales y su dirección de correo electrónico.

El escrito ha de ser acompañado de las pruebas conducentes para acreditar la existencia y legitimidad de su crédito; y de una declaración jurada de su vinculación con el deudor. Esta podrá estar incorporada en el mismo escrito o en documento aparte. La

declaración se entenderá hecha bajo juramento. La misma indicará si existe o no vínculo con el deudor, según la lista establecida en el artículo 54.

La lista hace mención al parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad entre el acreedor y el deudor, o entre uno de ellos y los accionistas, socios o asociados mayoritarios de la otra parte, o entre quienes ostentan tal calidad; el matrimonio o unión de hecho, presente o pasado; la relación laboral presente o dentro los dos últimos años, que implique el ejercicio de labores de dirección o de confianza; la copropiedad, directa o indirecta, entre el deudor y el acreedor en algún negocio; la asociación, sociedad o acuerdo similares entre dos partes; la pertenencia a un mismo grupo económico de sociedades vinculadas (filiales o subsidiarias, cuando el capital de una sociedad pertenezca al menos 50% a otra sociedad del mismo grupo; cuando tengan integradas juntas directivas o representantes legales con las mismas personas; o cuando de cualquier manera exista control efectivo de una sociedad sobre las demás o parte de ellas); y cualquier otra circunstancias que denote una vinculación relevante de intereses.

Los créditos presentados después de este plazo, pero antes de la celebración de la primera junta de acreedores, podrán ser reconocidos en la junta, previa aceptación del liquidador. Los que no obtengan el reconocimiento tendrán que formular su reclamo por separado, el que se ventilará con el liquidador.

Llegada la fecha de la primera junta de acreedores sin presentarse ningún acreedor, al proceso no podrá continuar por falta de comparecencia de acreedores. En este sentido, el término para presentar créditos se extiende a la fecha de la primera junta.

La ley no contempla la posibilidad de extender el plazo por el juez. El artículo 165 hace alusión a una segunda convocatoria cuando la primera no ha podido realizarse. Sin embargo, tal situación se da cuando no hay quorum de asistencia en la primera convocatoria, condición que no es asimilable, porque no podemos hablar de falta de quorum cuando ni siquiera hay más de un acreedor en el proceso.

4.2.3.3 La falta de pluralidad de acreedores original o sobrevenida

Si durante el término antes mencionado no comparece ningún acreedor, el proceso pierde su razón de ser¹⁵¹. La no comparecencia puede obedecer a diversos motivos. El acuerdo extrajudicial llevado a cabo por un tercero y los acreedores del deudor, mediante el cual aquel da garantía de cumplimiento de las obligaciones del deudor, o adquiere por cesión los créditos, sin interés de hacerlo valer en el proceso. Los artículos 1045 y 1046 del Código Civil establecen que un tercero puede pagar en lugar del deudor, ignorándolo o desaprobándolo éste. El pago en contra de la voluntad del deudor

¹⁵¹ Respecto a la concurrencia de acreedores, Medina Hernández, Orlando, (La pluralidad de acreedores como posible causa de conclusión del concurso, en la obra Estudios de Derecho concursal, obra coordinada por Peinado Gracia, Juan Ignacio y Valenzuela Garach, Francisco, Marcial Pons, España, p.412), anota que “si entendiéramos superada la concepción tradicional del concurso como instrumento al servicio de las crisis económicas, basado en la idea de una pluralidad de acreedores que concurren sobre el patrimonio de un deudor común, y apostáramos por el concurso como instrumento de tutela jurisdiccional reservado para aquellas hipótesis de crisis, pero sobre la base de la insolvencia como verdadero y único presupuesto material del concurso, y de la pluralidad de pretensiones de acreedores de sobre el patrimonio del deudor insolvente como columna vertebral del proceso, no será difícil concebir la falta de pluralidad de acreedor en la fase final del concurso, o incluso la falta total sobrevenida de pretensiones crediticias o ausencia total de masa pasiva, como auténticos obstáculos procesales obstativos o impeditivos de cara a la continuidad o consecución del proceso concursal, o si se quiere, como causas de terminación del mismo.”

El autor hace notar que una parte de la doctrina abandona la pluralidad de acreedores como axioma del proceso concursal, y en su lugar adopta la pluralidad de pretensiones acreedoras sobre un patrimonio, con independencia de cuántos o quiénes sean sus titulares (p. 408).

solo da derecho a repetir contra éste por aquello que le hubiera sido útil. El pago con el consentimiento del deudor da derecho a reclamar del deudor lo pagado. Si el tercero que paga no comparece al proceso evitará la continuidad del mismo, en beneficio de su socio, pariente, amigo, etc.

4.2.3.4 Declaración judicial

Es preciso que medie pronunciamiento del juez, declarando el cierre del proceso, por falta de comparecencia de acreedores. La declaración judicial opera a solicitud de parte o de oficio, ya que el proceso pierde su razón de ser, estando el juez facultado para ejercer las atribuciones suficientes en pos de dirigir el proceso y lograr que se cumplan los fines, los cuales no se alcanzarán por la circunstancia planteada. Para la aplicación de esta causal no es necesario probar la inexistencia de acreedores, o sea que el deudor no tiene acreedores en su contra. Basta que, aun teniéndolos, nadie se presente a cobrar su crédito; o presentándose varios se da la reducción sobrevenida a uno solo.¹⁵²

La causal es válida tanto en la liquidación forzosa o necesaria, como en la voluntaria. En ambas la ley impone al deudor el deber de aportar al proceso la lista de sus bienes, lugar en que se encuentran y los gravámenes que les afectan, así como el estado

¹⁵² La reducción sobrevenida a un solo acreedor es debatible en la doctrina, afirmando una parte de ella que carece de justificación seguir un proceso tan complejo cuando hay un solo acreedor, quien tiene la oportunidad de utilizar un procedimiento de ejecución singular. Hay carencia sobrevenida de objeto.

Sin embargo, hay quienes la niegan como causa de conclusión, alegando que de este modo se privaría al acreedor de las acciones de reintegración, o a la cobertura del crédito si el concurso es declarado culpable; que su admisión es considerar que el pago a todos los acreedores, menos a uno, concluye el concurso; que no está contemplada expresamente en la Ley (véase Hernández, Sainz, Esther, ob. cit., p. 452).

de sus deudas activas y pasivas, con la indicación del nombre y domicilio de sus deudores y acreedores. De esta forma, el informe indicará la existencia de los acreedores en su contra, el nombre y dirección de ellos, y el monto de sus respectivos créditos.

No obstante, nada impide que ninguno comparezca, haciendo imposible la continuidad del proceso. Los acreedores son libres de presentarse o no al proceso, solo que pierden el derecho de cobrar su crédito fuera de él. Pero al no poder continuar el proceso, tal impedimento queda sin efecto. Podría pensarse que al no comparecer no podrán hacer valer su crédito posteriormente, una vez concluido el proceso de liquidación. Así como no pierden su derecho por inexistencia de bienes y activos, tampoco lo hacen por la no concurrencia de acreedores. El trato equitativo sustenta nuestra posición. En el primer caso la causa obedece a la situación patrimonial del deudor, a lo que ellos son ajenos. Igual debe acontecer cuando el proceso concluye por imposibilidad de su continuación, por falta de acreedores. Además, la no concurrencia de acreedores puede obedecer a distintos motivos, que bien justifican la falta de interés de comparecer, como la notoria insuficiencia de masa activa, para el pago en un porcentaje mínimo aceptable de los créditos, o el excesivo coste del proceso que consumirá todo o casi todo el patrimonio embargable del deudor.

4.2.3.4 Efectos

Al igual que las otras causas, termina el proceso concursal de liquidación. Sin embargo, no hay impedimento para que sea abierto un segundo proceso, sustentado en un crédito existente al momento de cerrarse el primero. La terminación por esta causa es extraordinaria, por lo que los acreedores mantienen su derecho a cobrar sus créditos, al no configurarse unos de los presupuestos básicos para que se dé el proceso concursal: pluralidad de acreedores. Una cosa es que el proceso finalice con la liquidación de los bienes del deudor y la distribución del haber, y otra cosa es que el proceso no llegue a feliz término por carecer de los actores.

Una cosa es que, habiéndose debidamente constituido el proceso con la pluralidad de acreedores, ciertos acreedores perjudiquen su derecho a cobrar por su inanición, al no comparecer al proceso, y otra cosa es que nadie se presente, y, en consecuencia, decaiga el proceso. Ciertamente es que el proceso decae por el proceder de los acreedores, empero es una acción compartida y colegiada. Comparable con la amplia mayoría de los acreedores que, en junta, deciden dar por terminado el proceso, sin afectar su derecho a cobrar sus créditos mediante acciones individuales.

4.3 La transacción judicial

4.3.1 Concepto

Nuestro Código Civil en el artículo 1500 lo concibe como un contrato, por el cual las partes acuerdan poner término a sus diferendos, obligándose a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Más precisamente indica que “es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o poner término al que había comenzado.” El artículo 1082 del Código Judicial la incluye entre los medios excepcionales de terminación del proceso en general. La misma es extrajudicial cuando se celebra fuera del proceso y judicial en caso contrario, haciéndose constar en acta.¹⁵³

En cualquier estado del proceso, incluso más allá del límite establecido para el desistimiento, las partes pueden transigir la litis. Al igual que el desistimiento, se presenta personalmente, salvo que la firma de las partes esté autenticada ante el juez o ante Notario Público. Para transigir la litis es indispensable que el apoderado judicial este expresamente facultado y las partes tengan capacidad. De tratarse del Estado, del Municipio o de una institución pública descentralizada, autónoma o semiautónoma, el apoderado judicial requerirá de la autorización expresa del Consejo de Gabinete, del Consejo Municipal o del organismo o corporación que por ley deba otorgarla. Igual autorización será necesaria si el proceso fue promovido en virtud de la ley, un acuerdo municipal o de una resolución de la junta directiva.

La transacción puede ser total o parcial, según si recayera en todo o parte de los puntos en controversia, o de las personas involucradas en el proceso. Siendo parcial, el

¹⁵³ La transacción consiste – señala Ponce Fábrega, Jorge, (ob. cit., p. 1385) en un acuerdo entre las partes para finiquitar pleito o prevenirlo mediante concesiones recíprocas.

proceso continúa en cuanto a los puntos o personas que no son materia de la transacción. Sin embargo, cuando el fallo debe ser uniforme en relación a los distintos demandantes, la transacción será válida si todos transigen la litis.

La aprobación por el juez de la transacción tiene fuerza ejecutiva. La resolución que la aprueba termina la litis y hace tránsito de cosa juzgada respecto a los puntos sobre la cual recae.

4.3.2 Admisibilidad

El punto en cuestión es determinar si es posible que los acreedores y el deudor concluyan por común acuerdo el proceso concursal de liquidación, sin necesidad de recurrir a los artículos 166 y 174 de la Ley 12 de 2016. En otras palabras, si la única vía al alcance de la junta de acreedores y del deudor para consensuar la terminación del proceso de liquidación, es la de cobijarse bajo el régimen del proceso concursal de reorganización. En función a la respuesta a la interrogante, podrá determinarse si cabe otro medio de terminación por acuerdo, distinto al amparo del régimen de reorganización.

En favor de la respuesta negativa están los siguientes argumentos. La Ley 12 de 2016 es de orden público, y por tanto, de obligatorio acatamiento para todos. Una vez declarada la apertura del proceso de liquidación, el deudor pierde las facultades de disposición y administración de sus bienes, lo que lo inhabilita para alcanzar un acuerdo que implique de alguna forma el ejercicio de las mismas. La única vía reconocida por la ley para semejante propósito, es el acuerdo de la junta de acreedores, con la anuencia del

deudor, de acogerse al proceso de reorganización en reemplazo del proceso de liquidación, en el que se tendrá que aprobar un acuerdo de reorganización, a través del cual la ley permite consensuar actos y compromisos de disposición y administración patrimonial, en relación a los bienes y activos del deudor. Esta es pues la única vía disponible, siendo nulo cualquier acuerdo al margen de ella.

En favor de la respuesta afirmativa están los siguientes argumentos. En efecto, cualquier acuerdo celebrado entre los acreedores y el deudor al margen del proceso concursal de liquidación, que involucre compromisos sobre la masa activa es nulo, en virtud a los efectos del auto declarativo en relación al patrimonio del deudor y a actos jurídicos realizados por él, después su emisión. Pero esto no es óbice para que los acreedores y el deudor dentro del proceso de liquidación decidan simplemente dar por terminado el proceso, sin acordar cláusulas o pactos que impliquen necesariamente compromisos de disposición y administración sobre masa activa; más todavía si la transacción es el resultado del pago de un tercero, quien cubre la deuda del deudor con la condición de que las partes transijan y concluyan el proceso. La exigencia de que conlleve, como contrato, obligaciones de dar o no hacer, se satisface con el compromiso alcanzado de dar por concluido el proceso.¹⁵⁴

Si bien la vía establecida por la LPC para celebrar acuerdo entre las partes, en relación a los créditos y a la reorganización de la empresa, es la prevista en los artículos 166 y 174, no hay impedimento para que las partes opten simple y llanamente por

¹⁵⁴ Indica Ponce Fábrega, Jorge, (ob. cit. p. 1385), que el objeto de la transacción consiste en que solo pueden transigir sobre cosas y derechos que estén en el comercio. En consecuencia, puede recaer sobre el derecho a concluir por acuerdo el proceso.

finalizar el proceso, devolviéndole al deudor el control de la empresa, y con ello el control de sus bienes, sin someterse a los rigores del régimen de la reorganización. Como por ejemplo, la conformidad del acuerdo de reorganización por el juez; el nombramiento de los cargos de administrador de la empresa (encargado de la ejecución del acuerdo) y de supervisor de la ejecución del acuerdo (encargado de la supervisión del acuerdo), lo cuales generan costos y gastos que tienen preferencias sobre el resto de los créditos; la posibilidad de culminar abruptamente el acuerdo de reorganización en caso de que el administrador y el supervisor adviertan al juez sobre dificultades en su cumplimiento.

Adicionalmente, y no por eso menos importante, es el hecho de que de acuerdo con el artículo 267 de la Ley 12 de 2016, el Código Judicial es fuente supletoria en los procesos concursales de insolvencia, siendo aplicables las disposiciones de este cuerpo legal, siempre que no sean contrarias a las normas especiales de la LPC. En tal sentido, los artículos 166 y 174 de la LPC establecen una vía especial para terminar el proceso de liquidación, sin la pretensión, explícita o implícita, de constituirse en una vía exclusiva y excluyente, en la que intervenga, y sea fruto, de la voluntad de los acreedores y el deudor.

En esta dirección, los artículos 1082 y siguientes del Código Judicial la admiten como causa de terminación de los procesos en general. Adicionalmente, el Título XV del Libro Segundo del Código Judicial regula el Concurso de Acreedores, destinado para la persona natural no comerciante y las personas jurídicas no sociedades mercantiles.

Partiendo de una visión privatista del derecho concursal, que tiene su centro de gravedad en los intereses particulares de los acreedores llega la misma posición Goldemberg Serrano, Juan Luis.¹⁵⁵ Conjugando los mencionados intereses particulares con el interés general de maximizar las posibilidades de pago, es admisible que los acreedores sean los principales actores en el destino de los bienes y activos del deudor. Por lo tanto, resulta justificada la utilización de modelos incluso extrajudiciales o prejudiciales, cuando los costes de la transacción sean inferiores a los que ofrece una solución íntegramente concursal.

Apostamos por la segunda opción, o sea por la respuesta afirmativa, la cual abre la puerta para admitir a la transacción como medio excepcional para cerrar el proceso concursal de liquidación. Sin embargo, la transacción deberá reunir determinados requisitos para evitar su nulidad. Además de ser judicial, no debe ir en contra de los efectos del auto de apertura y de los intereses particulares, públicos y sociales del proceso, tales como el orden económico nacional, la mayor satisfacción posible de los créditos, la fuente de empleo, el proceso de libre competencia y la riqueza nacional. Veamos pues cuales son los requisitos.

4.3.3 Requisitos

¹⁵⁵ Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho concursal, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLII, enero-junio, 2014, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, pp. 220 y 221.

4.3.3.1 A de ser judicial

La transacción ha de ser judicial, ya que la extrajudicial no sería posible hacerla valer en el proceso, en la medida de que cualquier acuerdo entre el deudor y sus acreedores debe concertarse dentro de él. La misma se hace constar en un acta judicial, firmada por el juez. El acuerdo podrá ser adoptado en junta de acreedores o mediante la firma de adhesión de cada uno de los acreedores titulares de los créditos reconocidos. Como la ley no toma en consideración a los créditos litigiosos en trámite de incidente con el liquidador, para determinar el quorum de asistencia y de votación de la junta de acreedores en cualquiera de los asuntos del proceso, desestimamos la necesidad de ser parte de la transacción. Adicionalmente, al no ser créditos reconocidos en el proceso, no le es dable transigir la litis.

4.3.3.2 Capacidad y facultad expresa para transigir

Es vital que los acreedores y el deudor sean personas capaces y el que lo represente tenga facultad expresa para transigir. Esta es una de las facultades que no se entienden comprendidas dentro del poder especial otorgado por el poderdante. El representante del Estado, del Municipio y de las entidades autónomas y semiautónomas requiere de la autorización expresa del Consejo de Gabinete, del Consejo Municipal y de los organismos que la ley establece. Sin esta autorización no es válida la participación de

su representado en la transacción, por lo que no producirá la terminación del proceso por esta vía.

4.3.3.3 No implique acuerdo de carácter patrimonial

La transacción judicial debe circunscribirse a simple y llanamente terminar el proceso, sin que implique acuerdo de naturaleza patrimonial. La conclusión del proceso traerá consigo la devolución del control de la empresa a manos de quien todavía es su dueño, el deudor. Pero esto es fruto de la finalización del proceso, recuperando el deudor las facultades de disposición y administración de sus bienes.

El punto en cuestión es cómo los acreedores garantizarán que el deudor no transfiera bienes, una vez que recupere el control de los mismos, en perjuicio de los acreedores. Incluir pactos en esta dirección significaría rebasar el propósito de la transacción, de terminar el proceso. No obstante, esto no es obstáculo para negar la validez de la transacción judicial como causa de conclusión del proceso de liquidación, dado que ella puede ser producto de la intervención de un tercero que acuerda con los acreedores asumir o afianzar las deudas del deudor, por ser un familiar, socio, cónyuge, etc. Levantados los efectos del proceso, le es dable a las partes concretar y ejecutar acuerdos.

4.3.3.4 Que preserve los intereses protegidos por la ley

En el proceso concursal de liquidación confluyen un conjunto de intereses de distintas naturalezas, que merecen la protección de la ley, y por ende del juez. La ley le impone al tribunal el deber de proteger los intereses particulares de los acreedores, junto a los intereses públicos y sociales del orden económico nacional, las fuentes de empleo, el proceso de libre competencia económica y la riqueza nacional. En consecuencia, la recuperación de la empresa por el deudor en razón de una transacción judicial obliga a que la misma se alinee con los intereses protegidos, de manera que no solo los acreedores y créditos salgan beneficiados, sino también los demás intereses patrocinados por la ley.

De esta manera, es bienvenida la transacción judicial que beneficia la libre competencia, al mantener en el mercado a un agente económico importante para la preservación de su equilibrio. También lo es aquella que favorece la conservación del empleo y la producción de riquezas, salvaguardando el orden económico nacional y los intereses de los acreedores. La transacción como causa de finalización del proceso per se no garantiza tales intereses. Son las circunstancias en medio de las cuales prospera, las que determinan su conveniencia.

Piénsese en el concurso de una de las 3 empresas del país productoras de harina y de trigo para la elaboración del pan, cuya participación en el mercado ha favorecido la libre competencia y la empleomanía de múltiples trabajadores y el equilibrio en los precios. La crisis económica que atraviesa convenció a sus acreedores de la conveniencia para sus créditos de optar por una liquidación judicial pronta y ordenada de su

patrimonio. En el transcurso del proceso observan con preocupación que en el mejor de los casos lograrán recuperar un porcentaje mínimo de sus acreencias, muy por debajo de sus expectativas. Ante esta realidad surge un tercero que le garantiza una recuperación mayor, siempre que cierren el proceso concursal, sin someterlo a otro de reorganización, a fin de acabar con cualquier tipo de intervención o sometimiento judicial. La empresa continuará a lo mejor con ciertos ajustes económicos, financieros y laborales que serán aplicados sin la incomodidad de un administrador y un supervisor de la empresa, designados por imposición de la ley. Así la empresa continuará en el mercado, produciendo un bien que es sensitivo para la población y el orden económico y social, salvaguardando a la vez puestos de empleo.

4.3.3.5 Unanimidad

Todos los acreedores han de ser parte de la transacción. Vasta que un acreedor se excluya para que ella no logre el propósito de cerrar el proceso. La unanimidad es imprescindible, porque ella es ley entre las partes que la suscriben, resultando tercero el acreedor o acreedores que no se sumen. A diferencia del desistimiento de la pretensión, donde la culminación del proceso es consecuencia de la ausencia de acreedores, la transacción busca directamente terminar el proceso, por lo que todos los acreedores han de ser parte de ella. Pero si solo uno se excluye, el proceso terminará por ausencia sobrevinida de pluralidad de acreedores. El proceso pierde su naturaleza y fines.

4.3.3.6 Declaración judicial

La transacción judicial demanda para su validez y eficacia de la aprobación del juez. El tribunal la otorga después de verificar que cumpla con los requisitos antes expuestos. El juez constata que el acreedor es una persona capaz, que su representante está investido de la facultad expresa para transigir la litis, que no incluye pactos relativos al patrimonio del deudor; que cuenta con la aprobación de todos los acreedores titulares de créditos reconocidos; y que no es contraria a los intereses involucrados en el proceso.

4.3.4 Efectos

La transacción judicial tiene el efecto de concluir el proceso concursal de liquidación, pero hace tránsito a cosa juzgada. La transacción no versa sobre puntos del proceso, ni en relación a determinadas personas. Por eso, no es aplicable el artículo 1085 del Código judicial, que viabiliza la transacción parcial, o sea la que alude a determinados puntos o a determinadas personas del proceso.

Como quiera que la transacción no puede hacer referencia a cuestiones patrimoniales por parte del deudor, no tiene efecto de cosa juzgada respecto a los créditos y pretensiones en el proceso. Solo termina el proceso por acuerdo de las partes, sin pronunciarse sobre los créditos y los acreedores. Al tener fuerza de ley entre los

firmantes, ellos no podrán iniciar otro proceso de liquidación en contra del deudor en base a los mismos créditos. Cualquier acreedor no firmante podrá hacerlo, porque es un tercero.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

1. La Ley 12 de 19 de mayo de 2016, que derogó los títulos I, II, III, IV y V del Libro Tercero del Código de Comercio (1917), relativos a la quiebra de personas naturales y jurídicas, introduce nuevas instituciones y procedimientos en el Derecho Concursal Panameño, que sin duda alguna mejoran la regulación sobre un tema que ha merecido en el país poca atención legal, doctrinal y jurisprudencial, lo que ha sido fuente de encontradas controversias. Ante la crisis económica y financiera de la empresa que la lleva a confrontar problemas de pago y cumplimiento de sus obligaciones al vencimiento, la única respuesta contemplada en nuestro derecho concursal era la quiebra, con los dramáticos efectos que producía sobre el deudor común, su patrimonio y determinados actos jurídicos y contratos celebrados por él durante el “período sospechoso”, así como sobre los trabajadores, la libre competencia y el orden económico nacional. Como era de esperarse, esta única salida resultó insuficiente para afrontar las dificultades de la empresa, en consideración a los intereses involucrados (privatistas y públicos), constituyéndose en fuente de malestar y de propuestas de soluciones al margen del Código de Comercio (arreglos extrajudiciales, desistimiento masivo de la pretensión, etc.)
2. La LPC introduce el proceso concursal de reorganización, como una alternativa para recuperar y conservar a la empresa salvable, como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, evitando, de ser posible y conveniente, su liquidación. Este proceso responde al propósito de proteger el crédito y a los acreedores, salvaguardando la fuente de empleo, el orden económico interno, la riqueza nacional y la libre competencia entre los agentes económicos en el mercado de bienes y servicios.
3. El proceso concursal de liquidación es concebido y estructurado como la alternativa a la crisis de la empresa, que no es factible solucionar mediante su

salvamento, por lo que su liquidación se presenta como la fórmula pertinente y oportuna para garantizar de mejor manera los intereses públicos y particulares involucrados.

4. La LPC reproduce en buena medida las normas derogadas del Código de Comercio relativas a la quiebra. Encontramos semejanzas, no sin existir matizaciones y diferencias, en cuanto a los presupuestos objetivos y subjetivos para su declaración, en el contenido del auto declarativo, en los efectos jurídicos del mismo y en las causas de conclusión y clausura del proceso. Una diferencia notable entre ambas regulaciones, es la existencia en la ley vigente de la audiencia inicial, creada para dilucidar la procedencia o no de la declaración de liquidación, previa a la expedición del auto declarativo. En esta audiencia, el deudor puede oponerse a la declaración o evitarla, atacando los presupuestos de la demanda del acreedor instante, o concertando un acuerdo de pago con él.
5. Al igual que las normas del Código de Comercio derogadas, la LPC presenta serios inconvenientes a la hora de determinar cuáles son las causas de terminación o conclusión del proceso de liquidación, contempladas en nuestro ordenamiento. Si bien la nueva ley contiene el Capítulo XV, denominado Distribución de la masa de bienes y terminación del concurso, la normativa es insuficiente, inexacta e incongruente. Escasamente menciona de forma expresa tres causas de terminación del proceso: el acuerdo para solicitar el proceso concursal de reorganización en reemplazo del proceso concursal de liquidación, la inexistencia (insuficiencia, para ser más preciso) de activos y bienes para cubrir los créditos contra la masa y la inexistencia (insuficiencia) de bienes para responder a proceso pendiente. No alude de forma expresa a otras causas de terminación del proceso conocidas en el Derecho Concursal comparado, como el desistimiento y la renuncia, la falta inicial o sobrevenida de pluralidad de acreedores, la satisfacción íntegra de las obligaciones, la transacción judicial, la desaparición sobrevenida de la insolvencia, etc.
6. La legislación vigente no aborda adecuadamente la problemática que desde el proceso de quiebra el país ha venido confrontando para definir y regular

debidamente la terminación del proceso concursal, en particular el de liquidación. El legislador no aprovechó la nueva ley para resolver este delicado tema. Como señalamos, la LPC hace mención de forma específica a tres causas de terminación del proceso concursal de liquidación, que a todas luces resultan insuficientes. Además, las regula de manera deficiente, dejando vacíos. Poco o nada dice respecto al procedimiento aplicable para la tramitación de cada una, sobre sus requisitos, condiciones y efectos, período de tiempo de vigencia, etc.

7. Esta realidad no es óbice ni niega la posibilidad para que sean aplicables otras causas de terminación no mencionadas expresamente como tales en la LPC, pero que están contempladas en ella y en nuestro Derecho Concursal de manera implícita, bajo la premisa que no van en contra ni afectan la naturaleza y el propósito particularísimos del proceso concursal de liquidación y al propio ordenamiento. La admisibilidad de las mismas no violenta la LPC ni el Derecho Concursal Panameño, para quienes reconocemos que las causas de terminación del proceso concursal de liquidación es un listado disperso, pero cerrado, en número clausus. Integran el listado las causas expresamente mencionadas como tales y las causas implícitamente aludidas. Estas últimas junto a aquellas conforman la lista cerrada, ya que ambas están incluidas en el ordenamiento jurídico. En este sentido, las causas de terminación son clasificables en causas explícitas o específicamente mencionadas en la ley; y en causas implícitas aludidas en la ley, que se derivan de la naturaleza propia del proceso, de su objeto y de sus principios, todos determinados por la ley.
8. Son causas explícitas de terminación del proceso concursal de liquidación el acuerdo para solicitar la apertura del proceso concursal de reorganización en reemplazo del proceso concursal de liquidación abierto, la inexistencia de activos y bienes para cubrir los créditos contra la masa y la inexistencia de bienes para responder a proceso pendiente. Son causas implícitas el desistimiento, la falta de pluralidad de acreedores y la transacción judicial. Son admisibles estas últimas conforme a la particularidades del proceso, a sus principios y fines.

9. Como concluimos antes, lamentablemente la LPC presenta vacíos e inconsistencias. Se limita a mencionar las tres causales específicas sin indicar el procedimiento a seguir para aplicarlas, sus consecuencias y período de vigencia. Alude a la inexistencia de activos y bienes para cubrir los créditos contra la masa y proceso pendiente, cuando más bien se trata de la insuficiencia de patrimonio embargable para afrontar dichos créditos y los créditos concursales (los de los acreedores). La aplicación literal de la norma haría impracticable la misma, ya que la inexistencia de bienes y activo tendría que ser absoluta, lo que resulta contraproducente. Basta la insuficiencia para aplicar la causal. Introduce en nuestro ordenamiento jurídico el presupuesto subjetivo de la condición de comerciante del deudor, junto al presupuesto objetivo de la cesación de pago de una o dos obligaciones mercantiles, lo que conduce a negar la declaración de liquidación de la persona natural comerciante o de la sociedad mercantil, que incumple de forma generalizada obligaciones civiles, a su vencimiento, producto de su estado de insolvencia. Esto agrava más la situación anterior, que no requería que la obligación mercantil incumplida proviniera de un comerciante o una sociedad mercantil.

5.2 RECOMENDACIONES

Debido a los vacíos e inconsistencia de la Ley 12 de 19 de mayo de 2016, en lo referente a los presupuestos objetivos y subjetivos para la declaración de liquidación, así como en lo tocante a las causas de terminación del proceso concursal respectivo, estimamos que es necesario una pronta reforma de la ley que conlleve la adopción de la insolvencia como presupuesto objetivo de la declaración del proceso de liquidación, en sustitución de la cesación de pago de una o más obligaciones mercantiles, entendiendo como insolvencia el estado económico y financiero en que se encuentra un comerciante o sociedad mercantil que le impide cumplir de manera corriente sus obligaciones al vencimiento.

Una reforma que establezca una regulación más profunda de cada una de las tres causales explícitas de terminación del proceso concursal, determinando el procedimiento a seguir y sus efectos. Estas causales deben prosperar a petición de los acreedores y del liquidador concursal, incluso de oficio, siempre que el liquidador concursal presente un informe que se pronuncie al respecto, dejando en claro que no es viable acciones de responsabilidad contra terceros o de reintegración de bienes (acciones rescisorias o de nulidad), que pudieran incidir en la condición de insuficiencia. Establecer el tiempo máximo de clausura del proceso que tiene la aplicación de estas causales, de manera que no podrá reabrirse el mismo proceso transcurrido 4 años, contados a partir de la ejecutoria de la resolución judicial que concede la causal.

Determinar con mayor claridad los efectos de estas causales, en cuanto al deudor y su patrimonio. Es decir, establecer si continúan las prohibiciones y restricciones de salidas del país y en relación a la administración y disposición de sus bienes. Que persiste la obligación de comparecer al proceso cuando el juez lo solicite, para atender solicitud de reapertura o denuncia de bienes, sean de nueva adquisición o de aquellos que han sido recuperados. Si tiene algún impedimento, prohibición o limitación para ejercer el comercio mientras se mantenga en clausura temporal el proceso.

Regular detalladamente las causas actualmente implícitas de terminación del

proceso de liquidación, como el desistimiento, la falta de pluralidad de acreedores y la transacción judicial. Establecer la legitimación pasiva y el procedimiento aplicable, así como sus efectos. Y por último, regular otras causas de terminación no contempladas actualmente, ni explícita ni implícitamente. Hablamos del pago íntegro por un tercero de los créditos que componen los de contra la masa y los concursales (créditos de los acreedores del concursado), que condona las deudas o que decide adquirir como una unidad la malograda empresa. Así mismo, la desaparición sobrevinida de la insolvencia, por mejorarse las condiciones económicas y financiera del deudor concursado, al punto que resulte más favorable para el deudor y los acreedores la terminación del proceso por esta vía, que la liquidación total de la masa activa, por significar aquella mayor probabilidad de obtener mejor tasa de satisfacción de sus respectivos créditos.

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER Garum, Guillermo. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pant, Tomo I, Tirant lo Blanch, España, 1995.

ARIAS Varona, Javier (La masa activa del concurso, en El concurso de acreedores, ob. cit. pp. 268 y 269), está fundado en tres principios.

ARROYO, Ignacio. Teoría y práctica de Derecho Concursal, Examen de la Ley 38/2011 y su posteriores reformas de 2014 de 2014 y 2015, Tercera Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2016.

ARRIBA Hernández, Alberto. Derecho concursal. Universidad Complutense, Madrid, España.

ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Típicos, 13ª Edición, Legis, Colombia, 2012.

BARRERA, Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil, Generalidades, Derecho de la Empresa. Sociedades, Editorial Porrúa, México, 2008.

BELTRÁN Sánchez, Emilio. Efectos de la quiebra de la sociedad económica sobre la obligación de aportar, Estudios de Derecho Mercantil.

BELTRÁN, Emilio y **ROJO** Ángel. Lecciones de Derechos Mercantil, Volumen II, 15ª Edición, España, 2017.

BONFANTI, Mario Alberto y **GARRONE**, José Alberto. Concurso y quiebras, Sexta Edición, Abeledo-Perrot, Argentina, 2000.

BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de derecho civil, Volumen I, Oxford University Press, México, 2002.

CAMPUZANO, Ana Belén; Sebastián, Rafael y Tortuero, Javier. Esquemas de Derecho Concursal. Director Emilio Beltrán. Tomo XXI, 5º Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

CAMPUZANO, Ana Belén y Sanjuan Muñoz, Enrique, Directores. El derecho de la insolvencia: El acuerdo extrajudicial, en la obra El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores, 2ª. Edición, Tiran lo Blanch, Valencia, 2016.

CANDELARIO, Macías, María Isabel, Lecciones de Derecho Concursal, Editorial Tecnos, Grupo Amaya, S.A., Madrid, España, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal, Vol. 2, Publi Mex, S.A., México, 1992.

CASTILLO, Rodolfo Nociones de Derecho Mercantil, Sexta Edición, Editorial Banca y Comercio, México, 2005.

CERVANTES Ahumada, Raúl, Derecho Mercantil, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2007.

CERVANTES Ahumada, Raúl, Derecho de Quiebra, Editorial Herrero, S.A., México, 1971.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol. 3, Editorial Jurídica Universitario, México, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil, Volumen 4, Harla, México, 1997.

CHULIA, Francisco Vicent. Compendio crítico de Derecho Mercantil, Tomo I, Segunda Edición, Librería Bosch, Barcelona, 1986.

COLINO Medianilla, José Luis. Efectos de la declaración de concurso sobre los créditos. En la obra El concurso de acreedor, La Ley, Walters Kluwer, España, 2012.

DE LA CUESTA RUT, José María, El convenio concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal. Thomson Aranzade, Editorial Aranzade, 2004.

DÍAZ Martínez, Manuel. El proceso concursal, Editorial Centro de Estudios, Ramón Areces, S.A., España, 2006.

ETXARANDIO Herrera, Edorta J. Manual de Derecho Concursal. 2ª edición. Adoptado al Real Drecteto –Ley 3/2009 de 27 de marzo de 2009. Editorial La Ley, Madrid, España, 2009, Wolters Kluwer, España, S.A. 2009.

ECHANDIA, Hernando Devis. Compendio de Derecho Procesal Civil, El Proceso Civil, Parte Especial, Tomo III, Volumen II, Octava Edición, Biblioteca Jurídica, Colombia, 1994.

ESCUTI A, Ignacio - **JUNYENT BAS**, Francisco, Derecho Concursal, Buenos Aires, 2006.

FÁBREGA P., Juan Pablo. Sociedades de Responsabilidad Limitada, Comentada por artículo, Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, 2010.

FÁBREGA P., Juan Pablo. La recisión como forma de reorganización empresarial, la reactivación de sociedades disueltas y otras consideraciones sobre la disolución y liquidación anónimas en Panamá, Editorial Fábrega, Molino y Mulino, Panamá, 2013.

FÁBREGA Ponce, Jorge, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 2004.

FASSI, Santiago C. y **GEBHARDT**, Marcelo. Concursos y quiebras, Astrea, 7a. Edición, Argentina, 2001.

FERNÁNDEZ Seijo, José María, La conclusión del concurso. La conclusión por insuficiencia de bienes, en la obra Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores, obra dirigida por Campuzano, Ana Belén y Sanjuan Muñoz, Enrique, 2ª Edición, Torant Lo Blanch, Valencia, 2016.

GADEA Soler, Enrique y otros. La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura, La Ley, España, 2009.

GALGANO, Francesco. Derecho Comercial, Vol. I, El Empresario, Editorial Temis, S.A., Colombia, 1999.

GARCÍA Parra. Procesos concursales, Vol. I., Del Concordato de los comerciantes, Temis, Colombia, 1992.

GARCÍA – Lomas, Leandro Blanco, La conclusión del concurso y la reapertura, en la obra Procedimiento concursal en toda su dimensión, Dykinson, S.L..

GARCÍA – Cruces, José Antonio, Director. Jurisprudencia y Concurso, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2017.

GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 17ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983.

GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.

GRAZIBLE, Darío. Derecho Concursal, Tomo I, Lexis Nexis, Argentina, 2006.

GRISPO, Jorge D. La sindicatura concursal en la Ley 24.522, en Derecho Concursal.

GONZÁLEZ – Meneses, Manuel Álvarez, Segismundo, Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, 2º Edición, Dykinson, España, 2013.

HERNÁNDEZ Sáenz, Esther. La conclusión del concurso. El problema de la insuficiencia de masa activa, en la obra *Jurisprudencia y concurso*, dirigida por García Cruces, José Antonio, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

LEÓN Tovar, Soyla H. y **GONZÁLEZ** García, Hugo. *Derecho Mercantil*, Oxford University Press, México, 2007.

MARTÍNEZ Rosado, Javier, La masa pasiva del concurso, en *Derecho Concursal de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*.

MARTÍNEZ Muñoz, Miguel. Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, en la obra *El Concurso de acreedores*, ob. cit. p. 235

MARTÍN Molina, Pedro B.; del Carre Díaz – Gálvez, José María y L. López, María Antonia, Coordinadores. *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, Dykinson, S.L.

MEDINA Hernández, Orlando, La pluralidad de acreedores como posible causa de conclusión del concurso, en la obra *Estudios de Derecho concursal*, obra coordinada por Peinado Gracia, Juan Ignacio y Valenzuela Garach, Francisco, Marcial Pons, España.

MEJÍAS López, Javier. Efectos de la declaración de concurso: sobre el deudor, en la obra *El concurso de acreedores*, La Ley, Walters Kluwer, España, 2012.

MÉNDEZ Estébanes, Francisco Javier Los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, En la obra *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 2ª Edición, Tirant To Blanch, Valencia, 2016.

MONTÓN Redondo, Alberto y **MONTÓN** García, Mac *El nuevo proceso concursal*, Tirant Lo Blanch, España.

MUÑOZ Paredes, Alfonso. La liquidación, en la obra *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*.

MUÑOZ Rocha, Carlos I., *Metodología de la Investigación*, Editorial Progreso, S.A. de C.V., Ciudad de México, 2016.

NIETO Delgado, Carlos. Los presupuestos del concurso de acreedores, en el *Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*.

NUÑEZ Ojeda, Raúl y **CARRASCO** Delgado, Joaquín, La quiebra sin bienes. Una aproximación desde el análisis económico del derecho, *ius el praxis*, vol. 17, núm. 1, 2011, Universidad de Talca, Talca Chile.

PALACIO, Lino Enrique. Derecho Procesal Civil, Tomo IX, Abeledo-Perrot, Argentina, 1992.

PEINADO Gracia, Juan Ignacio. La protección de los acreedores en el concurso ¿Quién es el acreedor? V Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía, Universidad de Alcalá, España, 2010.

PEINADO Gracia, Juan Ignacio y VALENZUELA, Garach, Francisco Javier, Coordinadores. Estudios de derecho concursal, Marcial Pons. Madrid, España.

PEREIRA P., Rudy. Manual de Derecho Concursal, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2006.

PONCE Gómez, Francisco y Ponce Castillo, Rodolfo. Nociones de Derecho Mercantil, Sexta Edición, Editorial Banca y Comercio, México, 2005.

PULGAR Ezquerro, Juana; UREBA, Alfonso Alberto. Dirección Derecho Concursal de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal, Editorial Dilex, S.L., España, Madrid, 2003.

PULGAR Ezquerro, Juana, Dirección. VASPUESTA Gastamenza, Eduardo. El Concurso de acreedores. Conclusión y reapertura del concurso). La Ley Wolters Kluwer, España, S.A., 2012.

PULGAR Ezquerro, Juana, Coordinación, Manual de Derecho Concursal. Wolters Kluwer, España, 2017.

RAMÓN Morral, Soldevila y **ARROYO** Martínez, Ignacio. Teoría y Práctica del Derecho Concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas de 2014 y 2015. Tercera Edición. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.) 2016, Madrid, España.

REJÓN, Adriana Beatriz. Sociedades civiles y comerciales. Cooperativa, asociaciones y fundaciones, Editorial Juris, Argentina, 1995.

RECAMÁN Graña, Eva (Los órganos del concurso, en El Concurso de acreedores, ob. cit., pp. 178 a 192) desarrolla, los órganos del concurso que incluye al juez, el administrador concursal, al Ministerio fiscal y la junta de acreedores.

RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tomo I, Ediciones jurídicas Labor, Argentina, 1988.

RICH, Oliva, Manuel. Esquemas procesales del concurso. Ley Concursal. Ley 22/2005 de 9 de julio.

RODRÍGUEZ, Rodríguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 17ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1983.

RODRÍGUEZ, Rodríguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Editorial Temis, Colombia, 1987.

RODRÍGUEZ, Rodríguez Joaquín. La Separación de Bienes en la Quiebra, Imprenta Universitaria, México, 1951.

ROMÁN Sánchez, Alejandro, Apuntes de quiebra, Universal Books, Panamá, 2013.

ROMERO, José Ignacio. Curso de Derecho Comercial, Parte General, Vol. I, Ediciones Depalma, Argentina, 1983.

ROMERO Sainz de Madrid, Carlos Derecho concursal, Thomson, España.

ROMERO Miestalski, Vladimir. Documentos Negociables, Imprenta Universidad de Panamá, Panamá, 2009.

ROUILLON, Adolfo. Derecho Concursal, la Ley, Argentina, 2005.

SÁENZ López, Karla Annet Cynthia; **RODRIGUEZ** Burgos, Karla Eugenia, Habilidades investigativas, en la obra Métodos y técnicas cualitativas y cuantitativas aplicables a la investigación en ciencias sociales, 2014.

SANGUINO Sánchez, Jesús María. Cesación de pagos en los procedimientos concursales, Ediciones Librería Profesional Colombia, 1982.

SÁNCHEZ, Arnulfo, Protocolo de investigación, en la obra Métodos y técnicas cualitativas y cuantitativas aplicables a la investigación en ciencias sociales, coordinadores, Sáenz López, Karla Annet y Gerardo Tamez González, Tirant Humanidades, México, D. F., 2014.

SÁNCHEZ Calero, Fernando. Principios de Derechos Mercantil, Tercera Edición, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ Paredes, María Luisa. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, en la obra El Derecho de la Insolvencia. El concurso de acreedores, p. 477.

SÁNCHEZ Beltrán, Emilio. Efectos de la quiebra de la sociedad anónima sobre la obligación de aportar, en Estudios de Derecho Mercantil, Tomo I, Tirant To Blanch, España, 1995.

SENENT Martínez, Santiago, La reforma de la Ley concursal, conclusión y la reapertura del concurso, en la obra Manual de Derecho Concursal, coordinada por Pulgar Esguerra, Juana, Wolters Kluwer, España, 2017.

VALPUESTA Gastaminza, Eduardo, Conclusión y reapertura del concurso, en la obra Concurso de acreedores, dirigido por Pulgar Esguerra, Juana, La Ley, Wolters Kluwer, España, 2012

VILOTA Menadas, Salvador, Manual breve de derecho concursal, España, 2014.

REVISTAS

AGUIAR-DÍAZ, Inmaculada y **RUÍZ-MALLORGUI**, María Victoria, Conflicto entre acreedores y resolución del concurso en España, *Universia Business Review*, núm. 39, 2013, Portal Universia, S.A. Madrid, España.

ALARCÓN Cañuta, Miguel Ángel, Comentarios críticos a la subordinación de créditos en las acciones revocatorias concursales, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Vol. 24, núm. 2, 2017, Chile.

BAEZA Ovalle, José Gonzalo, Naturaleza Jurídica del proceso concursal, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, núm. 1, abril, 2011, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

BAÑULS, Francisco Alexis. La rendición de cuentas de los administradores concursales. *Anuario de Derecho Concursal*. Número 35 (Mayo – Agosto 2015), España, 2015.

BOSSO Hauri, Sebastián, La excepción del contrato no cumplido en materia concursal en España, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVI, núm. I, julio, 2013, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile.

CABALLERO Germain, Guillermo, Derecho Mercantil, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 29, diciembre, 2017, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

CARRASCO Delgado, Nicolás El fórum shopping y la legislación chilena sobre acción de acreedores, *Revista de Derecho (Valparaiso)*, núm. XLVII, Julio-septiembre, 2016, Pontificia Universidad Católica de Valparaiso, Valparaiso, Chile.

CAMPUZANO Díaz, Beatriz. Aspectos internacionales de derecho concursal, Ediciones Laborum, 2004. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. VII, 2007.

DIAZ-VALES, Fernando, Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal, Universidad de Alcalá España, 2010.

GOLDENBERG Serrano, Juan L. El problema temporal en el inicio de los procedimientos concursales, *ius et praxis*, vol. 18, núm. 1, 2012, Universidad de Talca, Chile.

GOLDEMBERG Serrano, Juan Luis, Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho concursal, *Revista de Derecho (Valparaiso)*, núm. XLII, enero-junio, 2014, Pontificia Universidad Católica de Valparaiso, Valparaiso, Chile.

HERNÁNDEZ Guayambuco, Luz Dary. Aproximación teórica de la acción revocatoria concursal en el Derecho Argentino desde un estudio de sus normas y doctrina, en el marco del Derecho Concursal. *Revista Vía iuris*, núm. 13, julio-diciembre, 2012. Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia.

ISAZA Upegui, Alvaro, La liquidación obligatoria como sustituto del proceso de quiebra, XI Congreso Nacional de Derecho Comercial, Dialnet, 5620598, 2010.

LÓPEZ Gutiérrez, Carlos; **TORRE-OLMO**, Begoña; y **SANFILIPPO-AZOFRA**, Sergio (Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia, *Innovar, Revista de Ciencias Administrativas y Sociales*, Vol. 21, núm. 41, julio-septiembre, 2011. Universidad de Colombia, Bogotá, Colombia.

LÓPEZ Gutiérrez, Carlos; García Olalla, Miriam y Torres Olmo, Begoña. Implicaciones financieras de la legislación concursal: una comparativa europea. *Revista de Contabilidad*, vol. 18, núm. 9, 2006. Asociación española de Profesores Universitarios de Contabilidad, Barcelona, España.

LLORENTE Sánchez – Arjona, Mercedes, Tratamiento de las situaciones de insolvencia que afectan al trabajador en la Ley concursal española, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 17, julio-diciembre, 2013, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México.

NÚÑEZ Ojeda, Raúl y Aguilar Martínez, Artemio, La junta de acreedores: una visión comparada, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Vol. 19, núm. 2, 2012, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Chile.

NÚÑEZ Ojeda, Raúl y Carrasco Delgado, Nicolás. La quiebra sin bienes. Una aproximación desde el análisis económico del derecho. *Ius et praxis*, vol. 17, núm. 1, 2011, Universidad de Talca, Talca, Chile.

PASTOR Sempere, Carmen Concurso de acreedores y recuperación de la empresa en crisis. Posibilidades y alternativas, 2012, Dialnet.

PEREZ-RAZONE, Álvaro, La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas naturales: desde la servidumbre e infamia hasta los procesos concursales de consumidores, Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLI, diciembre, 2013, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.

SENENT Martínez, Santiago, La reforma de la Ley Concursal y la conclusión y reapertura del concurso, Smarteca, Revista Concursal y Paraconcursal No. 16/2012.

SUÁREZ Blázquez, Guillermo. Concurso mercantil de acreedores. Vocatio in tributum La “acción tributaria” frente al dueño (empresario corrupto), Revista de Derecho, núm. 39, enero – junio, 2013. Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

THOMAS Puig, Petra M., Presunciones de cotitularidad y de donación entre cónyuges casados en régimen de separación en caso de concurso de uno de ellos. La Ley concursal y Derecho Civil propio de las Islas Baleares, Revista Boliviana de Derecho, núm. 24, julio, 2017, Fundación iuris tantum, Santa Cruz, Bolivia.

CÓDIGOS Y LEYES

Código de Comercio

Código Judicial

Ley 12 de 19 de mayo de 2016, sobre el régimen de los procesos concursales de insolvencia.