
DEL SUJETO PASIVO Y DEL PRESUPUESTO ECONOMICO DE LOS CONCURSOS MERCANTILES*

Francisco Manuel Salazar Gómez

Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Maestría en Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor de Derecho Canónico de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana

- * Texto de la ponencia presentada al VII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Colima (Col) México en el mes de mayo de 1991

En Colombia fue recientemente modificada la reglamentación de los concordatos preventivos de la quiebra, mediante un Decreto Legislativo, expedido por el Presidente de la república en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso.

El Decreto 350 de 1989, fechado el 16 de febrero de 1989, publicado en el Diario Oficial No. 38707 del 20 de febrero y que empezó a regir el 1o. de mayo siguiente, fue expedido en ejercicio de las facultades otorgadas en la ley 51 de 1988, reglamentó el régimen de los concordatos preventivos; derogó expresamente el título I del Libro VI del Código de Comercio y demás disposiciones que le sean contrarias, como lo dice en su artículo 61.

Aunque fue muy cuestionado el trabajo realizado por los comisionados, no nos ocuparemos de su historia. Ni tampoco de su suerte, ya que recibió una primera mutilación con sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, del 31 de agosto de 1989.

En esta sentencia la Corte estaba decidiendo de una acusación contra la constitucionalidad del decreto y recurre a un novedoso recurso que denomina **inconstitucionalidad por omisión**, aunque reconoce que técnicamente no existe un texto sobre el cual pueda recaer el pronunciamiento judicial de inexecuibilidad. Además nos encontramos con una decisión judicial que no consta sino en la parte motiva de la providencia, ya que al resolver se declara la exequibilidad de las normas acusadas.

“En verdad, el artículo 52 ordena que el concordato preventivo obligatorio se siga ante el Superintendente de Sociedades

conforme a los mismos trámites que se surte ante el juez en el potestativo con las excepciones, lógicas todas, que el mismo dispositivo señala dentro de la cuales cabe destacar la reserva expresa que se hace de la competencia judicial exclusiva para conocer de las acciones revocatorias que se instauren.

Pero resulta que dentro de las salvedades no se consagró igual reserva para la decisión atinente a las objeciones a los créditos que se susciten y a la calificación y graduación de los mismos que es función netamente jurisdiccional.

Observa la Corte que tampoco se procedió así con el respecto a las peticiones de levantamiento de embargos y secuestros practicados y que terceros hayan formulado y que obviamente no puede resolver el Superintendente de Sociedades. Respecto a lo primero, advirtió esta Corporación en sentencia de agosto 18 de 1981 (Doctor Oscar Salazar Chaves, Ponente) que en el estatuto ahora derogado, que lo es el Código de Comercio "las funciones jurisdiccionales le están reservando al juez como cuando decide las controversias que ocurren respecto a la existencia, cuantía, etc. de los créditos...". Esto es así porque ya no se trata de conducir un procedimiento de composición de intereses y de disposición de derechos transigibles sin controversia propia, sino de un verdadero litigio que no ha recibido solución por anuencia de las partes y requiere la decisión imperativa de un conflicto de pretensiones.

Desde el punto de vista de la técnica procesal en estas acciones y de la forma como ha de pronunciarse la decisión, se observa que la inconstitucionalidad planteada y que se encuentra fundada no está concedida en lenguaje expreso y afirmativo sobre el cual pueda recaer un pronunciamiento de inexecutable igualmente directo ya que, como se vio, se trata de una inconstitucionalidad por omisión en cuanto que, aunque el precepto lo haya omitido, las facultades contenidas en los artículos 15 inciso primero y 28 del Decreto sub-examine pertenecen exclusivamente al juez competente y no

al Superintendente de Sociedades. En consecuencia, en este entendimiento, se declarará constitucional el texto expreso de la norma acusada".

Para terminar esta referencia, es necesario anotar que actualmente está en curso una demanda presentada por el Dr. Jesús María Sanguino, que de lograr los pronunciamientos de inexecutable pedidos dejará prácticamente inoperante la reforma, exigiendo su inmediata actualización mediante la expedición de una nueva reglamentación.

Esta situación de inestabilidad y la importancia que tiene en esta materia lo referente a los presupuestos que dan lugar a los procedimientos concursales, es lo que me mueve a ocuparme de ellos en la forma como se encuentran reglamentados en nuestro país.

Antes de entrar en materia vale la pena advertir que en el sistema jurídico colombiano existe una dualidad *sui generis* del concordato preventivo, ya que se reglamentan dos modalidades: El Potestativo, que se tramita ante el Juez Civil del Circuito Especializado en comercio, y el Obligatorio, que es tramitado ante una autoridad de naturaleza administrativa: El Superintendente de Sociedades. Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que las entidades estatales no son sujetos de la quiebra, si no logran su concordato se recurre a un trámite especial denominado Liquidación Administrativa Forzosa.

1. DEL SUJETO PASIVO DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES (o presupuesto subjetivo de la concursabilidad)

1.1 Del Concordato Preventivo Potestativo:

El Decreto 350 de 1989 cambia el presupuesto subjetivo porque en su artículo 1o. hace referencia al empresario, y no al comerciante como dice el Código de Comercio (Art. 1910).

El concepto de Comerciante, según el Art. 1o. del Código de Comercio, corresponde a la persona (natural o jurídica) que se dedica profesionalmente a realizar actividades mercantiles. Se trata de la figura central del derecho comercial clásico, línea en la cual puede enmarcarse

el proceso concursal que se reforma. En efecto, el sujeto del Concordato preventivo según el artículo 1910 era "El comerciante".

Este concepto del comerciante es una de las grandes transformaciones que introdujo el Código de Napoleón. En su momento implicó una importante apertura del derecho comercial, que dejó de ser gremial para adquirir cierto grado de objetivización. Ya el centro del derecho comercial no estará en el sujeto, sino en la actividad, en el acto de comercio; es comerciante aquel que realice profesionalmente actos de comercio.

En la actualidad algunos propugnan por un cambio de sujeto, quieren colocar como figura central al Empresario, la persona que tiene una actividad económica organizada. En la actualidad el derecho comercial y los concursos no están ni pensados ni diseñados para tenderos (pequeño vendedor al detal), ni para los comerciantes informales.

El concepto de EMPRESA dentro del Código de Comercio es bastante amplio. En su marco caben la micro-empresa y la fami-empresa, según el pensamiento de la comisión de 1958, puesto que comprende al zapatero que ofrece proveer de calzado a un colegio o a la lechera que va a suministrar leche a un vecindario.

Aunque el Código no define en forma directa el concepto de empresario, si nos enuncia lo que considera que es una empresa, o sea la actividad que desempeña un empresario, en el artículo 25 así:

"Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio".

Al ocuparse del acto de comercio en su artículo 20, numerales 1o. a 18, se refiere también a la empresa.

"Art. 20: Son mercantiles para todos los efectos legales:
(...)

10. Las empresas de seguros (...)

11. Las empresas de transporte (...)
12. Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;
13. Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;
14. Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;
15. Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;
16. Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;
17. Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;
18. Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios, “

(Las subrayas son ajenas al texto)

Y luego de leer con detenimiento estas normas es claro para nosotros que prácticamente toda actividad económica desarrollada por un empresario está dentro de la órbita del Código de Comercio.

Esta conclusión es ratificada por el mismo legislador más adelante, al definir en el artículo 23 qué actos no son mercantiles. En el numeral 4, dedicado a predicar la naturaleza meramente civil de las enajenaciones y transformaciones que hagan los agricultores y ganaderos de sus cosechas o ganados hace una salvedad expresa: “siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa”, puesto que

si tiene la calidad empresarial dicha actividad debe considerarse como mercantil.

Ya en forma específica del empresario se ocupa el artículo 515:

“Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”. (Subrayo).

Por ello al definir lo que es una empresa se requiere de la concurrencia de varios elementos, a saber:

SUBJETIVO Titular El Empresario

OBJETIVO Actividad económica organizada

FUNCIONAL Conjunto de bienes Establecimiento de Comercio

Es sobre este trípode: Empresario (ya sea persona natural o jurídica), actividad económica organizada y establecimiento de comercio que es posible elaborar un concepto de empresa. Si falta uno sólo de estos elementos no tenemos frente a nosotros una entidad de ese tipo que es sujeto del concordato preventivo: La empresa.

Empresa es toda actividad económica organizada, que realiza un empresario a través de uno o más establecimientos de comercio.

De lo anterior se infiere que la empresa como tal es un concepto económico y muy posiblemente un bien comercial, pero carece de personalidad jurídica. Es un objeto que forma parte del patrimonio de un empresario y por consiguiente es este último el sujeto pasivo del concordato.

Tal como lo inferimos de los artículos 20, 23 y 25 antes citados, no puede concebirse un empresario que no esté sujeto a la ley mercantil lo que nos demuestra la no necesidad de la exigencia prevista en el artículo 1o. del Decreto:

“Todo empresario sujeto a la ley comercial...”

Muy al principio de las reuniones de la subcomisión el Dr. José Ignacio Narváez sugirió el cambio de sujeto del comerciante al empresario:

“En Colombia el Código de Procedimiento Civil para el concurso de acreedores remite a las disposiciones del Código de Comercio sobre el proceso de quiebra. Entonces, tal regulación no es solamente para el tradicionalmente llamado comerciante sino para quien tenga una empresa”.

(ANTECEDENTES... T. I, pag. 35)

Opinión que no fue compartida por el Superintendente de Sociedades por cuanto “el concepto de empresario en el Código es un concepto tan amplio que podría haber empresarios civiles”.

Al avocar la redacción final, se conviene en incluir expresamente la referencia a que los sujetos del concordato son los **empresarios** “sujetos a la ley mercantil” con el propósito de que la nueva regulación no desbordará el marco de la ley de facultades:

“Se plantea también la necesidad de revisar el término “empresario” para precisar a cuáles (sic) se va a referir en el decreto. El doctor MONROY CABRA manifiesta que la idea inicial era cobijar también a los deudores civiles. Pero se trae a colación la ley de facultades (51 de 1988) y se piensa que extender el régimen a los deudores civiles, tal vez constituía un exceso a dicha ley.

(...)

Habiendo quedado entendido que el régimen que se adopte no puede cobijar a deudores no comerciantes, se aclara también que por “empresario” debe entenderse tanto las personas naturales como jurídicas que tengan la calidad de comerciantes en los términos del Código de Comercio”.

(ANTECEDENTES... T. II pgs 2 y 3).

Hoy en día el derecho mercantil es el derecho del tráfico económico. El derecho concursal moderno no es para el tendero o el mercader informal, es para El Empresario.

Qué pasa con las sociedades de hecho y las irregulares? Pueden recurrir al concordato?

En principio puede pensarse que sí, ya que tienen cierto reconocimiento en la ley mercantil, ya que de todas maneras, estas pueden inscribirse en el registro mercantil (Art. 31, inc. final).

Lo que debe tenerse en cuenta en estos casos es que el titular de la empresa es una comunidad de personas que responden con su patrimonio en forma ilimitada por los negocios de empresa, y por tanto todos deben considerarse como parte de la masa concordatoria.

Para Francisco García Martínez, ello no es posible:

“Pero, no todas las sociedades comerciales pueden ampararse en el procedimiento preventivo para evitar la Quiebra. Sólo pueden hacerlo las que se encuentren legalmente constituidas, es decir, las que hayan llenado los requisitos exigidos por la ley para su constitución y estén además inscritas en el Registro Público de Comercio. Las sociedades irregulares o de hecho no pueden, pues, solicitar ni obtener un Concordato Preventivo judicial para evitar la declaración de Quiebra. Es una sanción que se impone a los organismos comerciales que funcionan al margen de la Ley. Qué motivos ha tenido el legislador para excluir del procedimiento preventivo a las sociedades irregulares? Son varios. En primer término, obligarlas a ajustarse a las prescripciones legales, bajo el incentivo del Concordato Preventivo, teniendo en cuenta el rol importante que desempeñan en la economía general. Además, porque toda sociedad irregular, por el solo hecho de funcionar en esas condiciones, está violando continuamente la ley y en consecuencia, no procede de buena fe, condición fundamental para conseguir el Concordato Preventivo. Conf Bollaffio, No. 7; Bonelli No. 858”. (El concordato y al quiebra. T. I, pág. 135).

La filosofía que inspira al actual sistema del concordato preventivo de la quiebra es la salvación de la unidad de producción económica (La

empresa), por consiguiente no encontramos inconveniente para considerar viable el concordato de las sociedades irregulares y de hecho.

1.2 EL TRAMITE CONCORDATORIO PARA LOS NO COMERCIANTES:

A pesar de lo referido antes, sobre quiénes son los sujetos del concordato preventivo, debemos aceptar que es perfectamente posible, de acuerdo con el texto del artículo 570, inciso 2o. del C.P.C., puesto que habla expresamente de “concordato preventivo”, dando lugar a una pregunta interesante: Preventivo de qué puede serlo? solo del concurso de acreedores.

En principio, al redactar el anteproyecto, esta posibilidad se admite expresamente:

“El Dr. DEVIS ECHANDIA dice que la ley de facultades extraordinarias dice simplemente que se autorice (sic) al gobierno para expedir el estatuto de concordatos preventivos, luego si comprende a los deudores civiles”.
(ANTECEDENTES... T. I, pag. 80).

Posteriormente esta posición es revaluada y se excluye como sujeto del concordato al deudor civil:

“El doctor Devis Echandía anota que como el Código de Procedimiento Civil dice que los concursos civiles se tramitan como la quiebra, hay bases para que lo que aquí se haga respecto del concordato, que es preventivo de la quiebra, sirva para los concursos que se tramitan como la quiebra. El doctor Alvarado Ortiz, por su parte, anota que el tema había sido dilucidado al señalar el sujeto del concordato, al decirse en el artículo 1o. que lo era el empresario sujeto a la ley mercantil, con lo cual se eliminaba la posibilidad de exceso en las referidas facultades, y que el hecho que el Código de Procedimiento Civil diga que el concurso civil se tramita como la quiebra, no significa que el deudor civil sea sujeto del concordato preventivo de la quiebra, y que, por el contrario, sigue siéndolo del concurso civil”.

Pero como sigue vigente la norma del Código de Procedimiento Civil, en la práctica se resuelve el caso admitiendo al concordato e incluso asumiendo el conocimiento del mismo un Juez Civil del Circuito Especializado, o juez de comercio. Es lo que ocurrió, por ejemplo, con el concordato de Luis Eduardo Sánchez Gómez, cuyo apoderado afirma en la solicitud que no es comerciante, que fue admitido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito Especializado de Medellín, mediante providencia del 11 de abril de 1991.

1.3 Del concordato preventivo obligatorio: (art. 48)

Es necesario que agoten este procedimiento, antes de llegar a un proceso liquidatorio, las siguientes empresas:

- 1) Empresas industriales y comerciales del Estado.
- 2) Sociedades de economía mixta (cuando el aporte estatal sea superior al 50% del capital) y
- 3) Las sociedades comerciales sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades que tengan:
 - a) O un pasivo externo superior a la tercera parte de sus activos (incluidas valorizaciones)
 - b) O más de cien (100) trabajadores permanentes
 - c) Si la vigilancia obedece a sometimiento voluntario, debe llevar más de un año bajo esta tutela.

Como lo dice expresamente el artículo 50, también es requisito para la solicitud de concordato el incumplimiento de las obligaciones mercantiles o el temor de llegar a dicho estado (Art. 1), pues este es el supuesto objetivo.

A diferencia de lo que ocurre con el concordato potestativo, al obligatorio solamente están sometidas personas jurídicas, salvo cuando se trate de empresas estatales. No se conservó la posibilidad que vislumbró en principio la subcomisión de someter a este trámite también a los

grandes empresarios individuales o sea aquellos que tuvieran un monto de activos mínimo igual al que constituye causal de vigilancia para las sociedades comerciales. Estos grandes empresarios que sean personas naturales sólo pueden recurrir al concordato preventivo potestativo.

Esta exclusión fue motivada fundamentalmente por la dificultad para establecer como se computaba la base de activos:

“(...) se abre un debate en el que sobresalen manifestaciones tales como que no se trata de todos los activos del empresario, sino únicamente de aquellos vinculados a sus establecimientos de comercio (...) pero se ve que ello implicaría que los concordatos se determinarían por los establecimientos de comercio y no por la empresa en sí; que un empresario puede tener varios establecimientos de comercio y aun estos estar destinados a actividades diferentes, caso en el cual no se pueden tomar todos en bloque pues las relaciones jurídicas que surjan por uno u otro establecimiento pueden ser diferentes. (ANTECEDENTES... T. II, pag. 135).

1.3 De la liquidación administrativa forzosa: Art. 4 y artículos 1933 y 1935 del C. de C.

Corresponde este procedimiento especial a:

1) Las sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, tales como bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, compañías de seguros, corporaciones de ahorro, compañías de ahorro e inversión, almacenes generales de depósito, sociedades que cumplan operaciones de Leasing, cooperativas que cumplan actividades financieras, etc. Estas empresas ni siquiera pasan por el trámite del concordato.

2) Las sociedades de economía mixta, con más del 50% en aportes estatales, y las empresas industriales y comerciales del Estado; cuando fracasan en el trámite del Concordato obligatorio, porque no logran llegar a un acuerdo, o incumplen lo pactado (Art. 48, inciso final).

1.4 De la quiebra

En principio a ella puede llegar todo comerciante, que no esté sometido a liquidación administrativa o que no deba pasar primero por el concordato preventivo obligatorio (Art. 48 y 49, inciso final)

También se ven avocados a ella quienes no logran pactar un acuerdo o aquellos que lo incumplen.

2. DEL SUPUESTO ECONOMICO

O presupuesto objetivo de la concursabilidad, que se ha convertido en uno de los temas más controvertidos del Derecho Comercial.

2.1 De la concursabilidad civil:

Según el artículo 569 del Código de Procedimiento Civil, es la insolvencia del deudor; o sea cuando no está en condiciones de satisfacer regularmente sus obligaciones.

Por insolvencia se entiende un estado patrimonial en el cual existe una deficiencia de activos para cubrir los pasivos, o sea un desequilibrio patrimonial causado por una insuficiencia de activos frente a un exceso de pasivos.

Tal como lo dice SATTÁ:

“La insolvencia es la impotencia del deudor para satisfacer regularmente sus obligaciones. Regularmente, es decir, a cada vencimiento y con los medios normales, empresario que para hacer frente a sus pagos recurre a préstamos ruinosos o vende precipitadamente sus bienes, es un empresario insolvente, aunque llegue a acallar a los acreedores de más próximo vencimiento o más apremiantes; mientras que no es insolvente el empresario que, aún no teniendo actualmente medios de pago, goza de confianza y de crédito”. (La quiebra, pag. 54).

- 2.2 De la quiebra y de la liquidación administrativa forzosa: (Arts. 1910, 1935, 1937 y 1938 del C. de C.) tienen como causa la cesación de pagos que, desde el punto de vista económico, no es más que la detención de la tesorería de una empresa.

“La Ley Francesa, de 1838 que modificó el Código de 1807, adoptó como presupuesto para la declaratoria de quiebra, la “cesación de pagos” fórmula que ha venido siendo acogida por el derecho latino y especialmente, por el colombiano”. (SANGUINO SANCHEZ, Cesación de Pagos (...) 1982).

Para explicarla desde el punto de vista jurídico, las tesis pueden agruparse en dos teorías. De la escogencia de una u otra depende el criterio para aplicar la institución respectiva.

a) **Teoría Materialista:** O del incumplimiento. Afirman que si los procedimientos concursales tutelan el crédito, como consecuencia cualquier incumplimiento atenta contra él.

Para esta escuela la cesación de pagos se da con el incumplimiento de obligaciones, sin importar para nada el estado patrimonial del deudor. Así fue como la entendieron en la Edad Media y en el Estatuto de Bolonia de 1550 (“cessato”=incumplido).

Aplicada rigurosamente, esta teoría puede implicar el llevar a concurso a quien se abstiene de realizar un pago porque tiene razones legales para ello. V. gr., nulidad, compensación, etc.

Se le ha criticado puesto que el incumplimiento puede obedecer a que el deudor no puede pagar (caso en el cual no es más que una manifestación de la insolvencia) o a que el deudor quiera pagar, teniendo con qué (porque crea que no debe o simplemente porque no quiere) caso en el cual el mecanismo adecuado para solucionar el problema es la ejecución individual.

La ejecución individual se fundamenta en el **incumplimiento**. Su finalidad es obligar judicialmente al deudor a ejecutar aquella prestación a que se ha obligado. Cuando la impotencia patrimonial del deudor se

revela con carácter general, que lo coloca en imposibilidad de pagar, los acreedores pueden hacer efectivos sus créditos mediante la ejecución universal o concursal.

El deudor que incumple sólo se debe considerar cesado en pagos cuando su situación patrimonial sea la que impida atender oportunamente sus compromisos. Si la detención en los pagos es por causa transitoria y superable, el "crédito mercantil" del comerciante no es quebrantado en forma definitiva.

A pesar de todos estos riesgos nuestro sistema jurídico se ha definido dentro de esta primera tendencia: la quiebra procede según el artículo 1937 del Código de Comercio, cuando el comerciante sobresea en el pago corriente de dos o más obligaciones comerciales.

b) **Teoría Amplia:** Para esta la cesación de pagos se determina por hechos reveladores, por manifestaciones externas, que nos indiquen un estado grave de la situación financiera de la empresa. Por tanto, podría considerarse que cumple con el supuesto aquella que está al día pero cierra intempestivamente su establecimiento de comercio o el empresario abandona súbitamente la sede de sus negocios. También pueden equipársele el empleo de medios anormales para impedir el incumplimiento, como los actos ilícitos, fraudulentos o el recurso a las alternativas ruinosas a que se refiere Satta (pago de intereses usurarios, malventa de activos, etc.)

El incumplimiento es un hecho revelador de la crisis económico-financiera de la empresa, pero no es su única o necesaria razón. Se tolera un "incumplimiento normal", usual en la actividad que desarrolle el comerciante; el incumplimiento debe tener cierta entidad, ha de afectar el tráfico mercantil de la empresa, entorpecer la debida marcha del negocio; el incumplimiento debe tener tal entidad que sea causado por un estado patrimonial de impotencia para pagar.

La quiebra y la liquidación administrativa son las medidas más extremas previstas por la ley para el deudor que se encuentra en imposibilidad de cumplir sus compromisos en razón al desequilibrio económico permanente que padece el comerciante. La expresión "cesación de pagos" significa un estado patrimonial de imposibilidad para pagar aunque

todavía no se hayan detenido los pagos (incumplimiento). Aunque en muchos casos cuando hay insolvencia el concordato puede ser beneficioso para los acreedores, al librarlos de un proceso de quiebra, más lento y costoso.

2.3 De los Concordatos Preventivos: Algunos han propuesto que los concordatos preventivos sólo deben proceder ante situaciones de iliquidez, pero otros han defendido como objetivo la flotantización de empresas aun con ciertos grados de insolvencia.

Las múltiples y razonadas críticas que se hicieron al concepto de cesación de pagos, motivaron la búsqueda de un nuevo presupuesto

“que permitiera aplicar la concursabilidad dentro de los campos de certeza, equidad y justicia y sin perturbar el orden económico que se pretendía proteger a través del concordato.

Igualmente fue objeto de un amplio análisis el presupuesto de la (...) **INSOLVENCIA**, que tampoco satisfacía (...) pues presentada la insolvencia nada se podía remediar para propugnar el mantenimiento de la actividad empresarial”. (SANGUINO SANCHEZ, Ponencia Congreso Derecho Comercial 1990).

Esta dificultad se hace mayor en períodos recesivos de la economía, en los cuales la cesación de pagos y la insolvencia prácticamente se convierten en característica común de la actividad empresarial.

En otros países se ha recurrido a la idea de “crisis económica”, pero este último concepto es difícil de precisar. El Colegio de Abogados Commercialistas propuso reemplazar la cesación de pagos por el concepto de “transitoria iliquidez” y este fue el criterio inicialmente adoptado por la subcomisión, acompañado de una presunción de su existencia cuando contra el empresario se hubieren librado 2 o más mandamientos de pago.

Posteriormente, teniendo presente que el objeto del concordato es la salvación de la empresa viable económicamente se propuso abandonar este concepto de iliquidez transitoria, puesto que necesariamente impli-

caba que en todo caso debería existir un activo mayor que el pasivo o de lo contrario el camino a seguir era el de la quiebra.

Como el estado de iliquidez no siempre equivale al de insolvencia y es posible que una empresa con pocos activos tenga un potencial económico importante que le permita superar su estado de crisis, se conviene en que el supuesto objeto puede ser que el empresario tema incumplir sus obligaciones por razón de la iliquidez u otra causa transitoria. Así se pone de presente que la causa de las dificultades económicas debe ser superable, pues si se trata de algo permanente o definitivo lo que debía hacerse es recurrir a un proceso de liquidación, como la quiebra.

“(...) el concordato lo que busca es salvar la empresa; lo que pasa es que una empresa que apenas tiene una transitoria iliquidez es salvable, pero puede haber razones para que pueda ser también salvable, a pesar de que esté en cesación de pagos”. (ANTECEDENTES... T. I, pag. 61).

Para nosotros es claro que el Decreto 350 expresamente admite la posibilidad de que pueda acogerse al trámite concordatorio un deudor insolvente, pues de otra manera no puede explicarse una de las condiciones previstas para que sean precedentes las acciones revocatorias y la responsabilidad solidaria de administradores y socios: que los bienes sean insuficientes para cubrir el total del pasivo.

Aquí nos encontramos con un cambio de “la cesación de pagos” (que haya suspendido o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, artículo 1910 C. de C.) a la “imposibilidad para cumplir” (que se encuentre imposibilitado para cumplir sus obligaciones mercantiles, o tema razonablemente llegar a dicho estado, artículos 1, 4 y 50 del decreto 350).

Buscando un criterio que no fuera el de la simple iliquidez, sino que contempla estados de cesación de pagos e incluso insolvencia, se toma como referencia la expresión prevista en la Ley Portuguesa de 1986:

“El Dr. Narváz García lee el artículo 1o. del Decreto Ley de Portugal que es la regulación más reciente, de 1986: “Toda empresa que se hallare imposibilitada de cumplir sus

obligaciones deberá presentarse al Tribunal por medio de su propietario o de cualquiera de sus administradores solicitando la adopción de alguna de las medidas previstas...".

Los comisionados sugieren poner la misma fórmula".
(ANTECEDENTES... T. I., pag. 168).

Se abandonan los conceptos de insolvencia y cesación de pagos para darle predominio al de incumplimiento, que es usualmente el supuesto de la ejecución individual.

a) Del "estado de incumplimiento":

Este supuesto es bastante gaseoso: no hay un método legal o contable para establecerlo. Hay incumplimiento con la simple mora?, el vencimiento de un plazo? Qué pasa con los plazos tácitos, con las prórrogas que suelen tomarse los comerciantes para el pago de sus deudas u otras costumbres comerciales como los cheques postfechados, que dificultan determinar con claridad el momento exacto del incumplimiento?

El nuevo requisito para solicitar el concordato debe interpretarse en un sentido amplio, ya que se trata de una imposibilidad para cumplir en sentido económico-financiero y no en el restringido del código civil.

No es muy adecuado hablar de "estado de incumplimiento" como lo hace el decreto (Cfr Art. 1) ya que éste es más bien un hecho jurídico. El estado patrimonial corresponde a la estructura económica de la empresa, el incumplimiento es un hecho que nos muestra el estado de ésta. Además el simple incumplimiento no muestra el real estado de las finanzas de una empresa, puesto que puede obedecer a transitorios problemas de tesorería. Por ello un cambio de redacción hubiese aclarado mucho; v.gr., que el decreto dijera: "llegar a dicho estado de crisis económico-financiero".

Esta imprecisión terminológica ha dado lugar a críticas bastante razonadas:

"La distinción entre "hecho" jurídico y estado, es indispensable para desentrañar la concepción del presupuesto fáctico del concordato que consagra el decreto. La cesación de pagos

comporta un hecho jurídico, (...). Es una consecuencia de algo, el que no paga, es porque no quiere o porque no puede, es un efecto no es una causa.

La "imposibilidad para cumplir las obligaciones mercantiles" la tipifica la norma como un estado, lo cual significa que el hecho del incumplimiento se produce como consecuencia de un estado de "imposibilidad". la imposibilidad sólo puede tener lugar cuando el patrimonio no responde para atender la tesorería de la empresa, lo que constituye, ni más ni menos que regresar a la teoría de la "insolvencia" alejada como presupuesto de la concursabilidad por casi todas las legislaciones del mundo. Y es evidente que si existe la imposibilidad de pagar, no puede mediar de composición y arreglo del deudor con los acreedores; pues estos, por más buena voluntad que manifiestan, no pueden convertirse en taumaturgos para hacer posible un estado que de por sí "es imposible". (SANGUINO SANCHEZ, ponencia citada).

No precisó el legislador cuántas obligaciones deben incumplirse para llegar al estado concursal: una, todas? Con una interpretación gramatical, el incumplimiento de solo parte de las obligaciones no cumpliría con el supuesto que trae el decreto 350; el deudor no está "incumpliendo con sus obligaciones" ya que cumple al menos parcialmente.

No se mantuvo la presunción que introdujo la subcomisión sobre la imposibilidad para cumplir con fundamento en la existencia de ejecuciones contra el empresario, criticable por su semejanza al concepto de cesación de pagos. Tal vez tenía algo más de sentido y relación con el estado de crisis, lo previsto por la Superintendencia de Sociedades en su Proyecto:

"Constituye cesación de pagos la mora en el pago de dos o más obligaciones por término mayor de noventa días, o la existencia de dos o más procesos ejecutivos (...) que representen, en uno u otro caso, por lo menos el 30% de los activos del comerciante".

Para el potestativo no trae ninguna medida respecto al nivel de endeudamiento, cuando si lo hace para el obligatorio: que supere la tercera parte del valor de sus activos. Aunque ya implica una referencia, puede dar lugar a dificultades en razón a que en las actividades comerciales e industriales es usual que las empresas muestren índices de endeudamiento superiores a dicha cifra. Se llegan a considerar aceptables y de riesgo normal niveles de endeudamiento del 60%.

Nada dice sobre la importancia de las obligaciones “imposibles de cumplir” volviendo, en cierta forma, a la crítica situación del régimen anterior, cuando se glosaba al legislador por su omisión, al no considerar el valor de las obligaciones sobreseídas para incurrir en cesación de pagos. La imposibilidad para cumplir obligaciones de poca entidad en relación con la magnitud de las operaciones del deudor no debe entenderse como representativo de la presencia del supuesto económico, para ello han de tener un valor relativo significativo.

Veamos lo que se dijo en la exposición de motivos del proyecto preparado por la Superintendencia de Sociedades, que fue importante documento de estudio en la comisión redactora:

“En el proyecto se plantea como hecho constitutivo del estado de cesación de pagos o la imposibilidad de atender el cumplimiento de sus obligaciones por parte de un comerciante, el que se compruebe que el empresario no esté atendiendo cumplidamente no un número determinado de obligaciones, sino créditos que representen un porcentaje verdaderamente importante de los bienes que conforman su patrimonio, los cuales en últimas siempre son los que garantizan el cumplimiento de las obligaciones”.

Nos encontramos entonces con un grave problema, ya que el sistema del concordato no articula con el de la quiebra en materia grave: los presupuestos objetivos son aparentemente incompatibles. Era más coherente el proyecto de la Supersociedades (Art. 78) al ordenar que “El concepto de cesación de pagos de que trata (...) la presente ley, será aplicable al proceso de quiebra”.

Tampoco contribuye a dar certeza y seguridad jurídica el otro supuesto, cual es el temor razonable de llegar a dicho estado, pues se trata de un supuesto en el cual tiene bastante juego la subjetividad y de muy difícil tasación en economías inflacionarias y fluctuantes, como son todas las de los países en desarrollo.

El supuesto del concurso no es ni la insolvencia, ni la iliquidez, ni la suspensión de pagos. Lo que se tiene en cuenta es la situación de crisis de la empresa y lo que se busca es salvarla. El principio rector del derecho concursal moderno es salvar a la empresa, ya no se piensa primordialmente en la defensa del crédito.

Este supuesto es traído de la Ley Portuguesa de concursos. Decreto Ley 177 de 1986: Procedimiento especial de recuperación de la empresa.

Pero según ha tenido oportunidad de explicar el Dr. José Ignacio Narváez no se trata de un presupuesto extraño en el derecho comparado, donde se encuentran mecanismos orientados a la salvación y reorganización de la empresa, muchos de los cuales inicialmente fueron promulgados para el sector financiero y luego se extendieron a otros sectores económicos, y cita como ejemplos los siguientes:

- Ley alemana de concursos
- En Italia, la ley reguladora de la administración extraordinaria: Mecanismo especial, preventivo de la quiebra, calificado como procedimiento de saneamiento programado de las empresas.

Esta ley busca no aplicar el sistema tradicional concursal, que implica usualmente la desaparición de la empresa, porque se inspira en el principio de salvar los intereses de los acreedores (defensa del crédito).

- Reforma Francesa a los concursos, hecha mediante la ley 85-98 de 1985. Esta enuncia como principales tres objetivos: conservación de la empresa, mantenimiento del empleo y satisfacción del pasivo.
- Ley Griega sobre la recuperación de la empresa en crisis.

- Ley Argentina de concursos. Aunque puede tenerse dentro de los antecedentes, es un estatuto muy tímido.
- Anteproyecto de Ley concursal Española.

b) Causas del incumplimiento:

Esa “imposibilidad para cumplir” puede tener muchas causas, las cuales deben ser fundamentalmente transitorias. Para que la empresa pueda salir de la crisis es necesario que sus causas puedan removerse, corregirse o repararse. He aquí la importancia de las memorias que expliquen las causas de los problemas, lo cual permite diagnosticar hacia dónde enfocar los objetivos de la fórmula concordataria que permita superar la crisis, a los cuales se debe ajustar también la propuesta inicial del empresario, si es seria. La memoria de las causas nos sirve como calibrador de la eficacia y seriedad del acuerdo concordatario.

El interés en que el concordato no sirviera para disfrazar quiebras era manifestado desde antes de la reforma. El Dr. Néstor Humberto Martínez Neira, Superintendente de Sociedades, expresaba en conferencia sobre las alternativas de reforma:

“La experiencia más reciente nos demuestra que el concordato ha servido para ocultar quiebras, algunas de ellas fraudulentas, y, desde luego, obviar la aplicación de las disposiciones de tal proceso (...)

El concordato debe girar alrededor del concepto de iliquidez o insolvencia transitorios. Ha de referirse, entonces, a estados de anomalía financiera efímeros o pasajeros”.

En ninguna parte la ley contempla un mínimo patrimonial o de iliquidez del negocio, que asegure el cumplimiento del Concordato Preventivo en su etapa de ejecución o el pago de un porcentaje mínimo en caso de liquidación total.

Se hecha de menos una interesante norma que fue incluida por la Superintendencia de Sociedades en su proyecto:

“Art. 74: En cualquier etapa del procedimiento, el Superintendente podrá declarar agotado el trámite concursal (...) si previo estudio financiero se demuestra de manera fehaciente que es imposible la continuidad de la empresa social y el cumplimiento del acuerdo concordatario”.

Esta disposición es a todas luces conveniente y concorde con la finalidad principal del concordato. Si éste tiene como finalidad un acuerdo que busque el restablecimiento de la empresa, es indispensable que dicho objetivo sea posible; cuando la empresa no es económicamente viable, continuar el trámite sería un ejercicio formal inútil, que más bien ocasionaría perjuicios a todos los acreedores e incluso al mismo empresario falente.

c) Naturaleza jurídica de las obligaciones incumplidas:

Inicialmente, se hace referencia a obligaciones en general, sin acompañar ningún calificativo en el entendido que serían todo tipo de obligaciones de contenido patrimonial, sin importar su causa:

“Se dice, finalmente, que debe entenderse que son todas las de contenido patrimonial y a manera ilustrativa se mencionan las civiles, comerciales, fiscales, laborales y alimentarias; de dar, hacer o no hacer; con o sin garantía”.
(ANTECEDENTES...T. II, pag. 4).

Puede inducir a equívocos el calificativo que se dio definitivamente en el decreto a las obligaciones que pueden incumplirse “mercantiles”, manteniendo el texto del C. de C.

“(...) se debate acerca del tipo de obligaciones que se tendrán en cuenta para establecer el estado de imposibilidad, encontrándose necesario precisar que lo sean las mercantiles y así se aprueba; pero a consecuencia de esto se hace necesario regresar al artículo 1o. del Decreto, para armonizar la terminología y hacer la misma precisión, quedando éste así: “Todo empresario sujeto a la ley comercial que se encuentre imposibilitado para cumplir sus obligaciones mercantiles...” (ANTECEDENTES... T. II, pag. 138).

De las obligaciones mercantiles, algunas no son de contenido patrimonial. V.gr., inscribirse en la Cámara de Comercio, no hacer competencia desleal.

En cambio el artículo 1910 al hablar de “falta de pago” implicaba necesariamente que el incumplimiento sólo pueda ser de aquellas de carácter patrimonial.

Existen muchos tipos de obligaciones mercantiles, como las previstas en el artículo 19 del C. de C., que no tienen un contenido económico directo. Es necesario interpretar al legislador aclarando que las obligaciones incumplidas que dan paso a la concursabilidad, son las que tienen contenido patrimonial.

Para precisar el alcance de esta norma del artículo 1o. ha de mirarse en armonía con el 4o. en el cual si se explicita la calidad de “obligaciones mercantiles de contenido patrimonial”, que incluso es una expresión que se introdujo a última hora en la Presidencia, ya que no figuraba en el proyecto entregado por la comisión.

Art. 4o.: (...), antes del incumplimiento de sus obligaciones mercantiles de contenido patrimonial o dentro de los sesenta días siguientes a éste”.

La utilización del adjetivo calificativo “mercantiles” parecería indicar que el incumplimiento de obligaciones meramente laborales o fiscales (que teniendo contenido patrimonial, en sentido estricto no puede calificárseles de mercantiles) no es supuesto de incumplimiento y por ende de crisis de la empresa. Esta norma ha de interpretarse en el sentido de que configura el supuesto económico el incumplimiento de cualquier obligación causada por la actividad de la empresa (Art. 21 del C. de C.).

También genera dificultades esta expresión al tratar de definir la fuerza vinculada del concordato, puesto que puede llevar a pensar que éste no vincula a los acreedores que son titulares de obligaciones no mercantiles.

3. NATURALEZA PROCESAL DEL CONCORDATO PREVENTIVO

Desde el punto de vista sustancial, se le ha tenido como un **contrato** (pues a su formación concurren varias voluntades) de **naturaleza colectiva** (ya que vincula a ausentes y disidentes).

El Decreto 350 de 1989 conserva la concepción de que el concordato no es un proceso, ya que no goza de las características de este, ni tiene su supuesto: que exista una litis que se traslada a la jurisdicción para que la desate.

El Decreto en forma repetida habla de "solicitud" no de demanda; y el legislador expresamente habla de "trámite" no de proceso concordatorio.

No hay litis, ni demanda, ni demandado, ni culmina con sentencia. Es mas, el concordato usualmente implica un mutuo acuerdo, que es el mecanismo para lograr el convenio que pone fin al trámite. Por tanto, no es necesario que la jurisdicción declare o se pronuncie sobre derechos. Esto no obsta para que ante las dificultades de la empresa se busque una solución siguiendo un procedimiento, sin que exista proceso (litis). Se trata de la actuación, o mejor de los pasos, que deben cumplirse para llegar a un acuerdo o convenio.

Esto enmarca al concordato dentro del derecho de petición, lo cual a su vez tipifica al trámite concordatorio como una actuación administrativa del juez.

Pero los mismos comisionados advierten una diferencia: el trámite en el concordato preventivo debe ser eminentemente administrativo, mientras que en el potestativo sería de naturaleza judicial. (ANTECEDENTES... T. I., pag. 157).

Todo proceso es un procedimiento, pero no todo procedimiento (v.gr., pruebas anticipadas) es un proceso. El concordato no puede enmarcarse en los principales tipos de procesos:

a) No es un proceso declarativo, puesto que no da certeza sobre un derecho. Es más, los derechos de que se ocupan las partes son ciertos.

b) No es un juicio contencioso, ya que fundamentalmente se busca un acuerdo. La razón de ser del concordato es llegar a un acuerdo negociado por las partes.

c) No es un proceso de ejecución, en razón a que por este medio no necesariamente se satisface la totalidad de la acreencia.

d) Tampoco es un proceso de liquidación. Este objetivo desdibujaría su naturaleza: No se conservaría la empresa. Para este tipo de fines existen procedimientos especiales, como la quiebra o la liquidación administrativa forzosa.

Pero para llenar los vacíos que se presenten en el trámite concordatario se puede recurrir a las normas del C.P.C. (NOTA), dando aplicación a las normas que para el lleno de vacíos trae el mismo código de comercio (Arts. 1 y 822). En cambio, para la quiebra si existe remisión expresa a las normas procesales civiles en el artículo 2010.

(NOTA) Lo reconoció expresamente el Dr. Devis Echandía en la subcomisión: "lo que no quepa (sic) en la regulación que se está haciendo, necesariamente hay que recurrir al C. de P. C." (ANTECEDENTES... T. I, pag. 154).

Según la Constitución de Colombia, la regla general consiste en que la actuación litigiosa está reservada a los profesionales del derecho, principio que se establece no en favor de los letrados, sino como protección o garantía de los representados, tal como lo desarrollan los Códigos de Procedimiento al ocuparse del problema de la debida defensa, el cual quedaría excepcionado al permitir la concurrencia personal.

El proceso exige el derecho de postulación, del cual sólo son titulares los abogados. El concordato excluye el IUS POSTULANDI, porque se manifiesta como ejercicio del DERECHO DE PETICIONse inicia por medio de solicitud y no de demanda. Esto se corrobora en los art. 4 y 5 del decreto 350, ya que la solicitud puede ser presentada personalmente por el empresario, aunque no tenga la calidad de abogado.

El concordato busca ante todo atender la solicitud de un particular; en ninguna parte se habla de demanda (puerta del proceso), sino que expresamente se dice "solicitud". O sea que el procedimiento concordatario (o trámite como dice el decreto 350) no es un proceso, puede ser solicitado personalmente por el deudor-empresario aunque no tenga la calidad de abogado. Pero si desea actuar por medio de apoderado, éste sí debe, de todas maneras, ser abogado.

Los acreedores necesariamente tienen que concurrir por apoderado abogado salvo: Entidades Públicas, la administración de impuestos y los acreedores laborales.

"El Secretario de la sesión, en punto al deber que tienen los acreedores todos del concursado de hacerse parte en el concordato, sugiere que para facilitar la presentación de los numerosos acreedores pequeños que usualmente llegan a un concordato, se permite que lo hagan por sí o por medio de apoderado, mediante una previsión similar a la que trae el artículo siguiente respecto de los trabajadores, moción que es rechazada casi en forma unánime".

(ANTECEDENTES... T. II, pag. 67).

Respecto del Concordato Preventivo Obligatorio en el artículo 60 del Decreto 350 se le da la connotación de **acto administrativo complejo**. Todos los actos que se dicten durante el procedimiento son de trámite para llegar al acto final que es la aprobación del acuerdo concordatario, la cual constituye el acto administrativo, demandable ante la Jurisdicción de los Contencioso- Administrativo. Para los efectos de esta acción debe tenerse en cuenta que el acto impugnado no puede ser suspendido provisionalmente (Art. 60 inc. 2).

El legislador no determinó los plazos para intentar la acción contencioso-administrativa (caducidad de la acción), ni estableció los criterios para determinar la legitimación en causa necesaria para promoverla. Parece ser que sólo cabe la acción de restablecimiento del derecho, puesto que con el acto siempre se afectan los derechos de particulares.

Esa fue la interpretación dada inicialmente por los comisionados, pues para el ejercicio de la acción de impugnación se requería como

legitimación que el actor “se crea lesionado en un derecho suyo por un acto u omisión de la Superintendencia de Sociedades”. En vista de que esta limitación implicaba únicamente la posibilidad de la acción de restablecimiento del derecho, pero no la de nulidad se elimina la restricción en razón a que puede acusarse de inconstitucionalidad al acuerdo, quedando, por tanto, también el recurso a la acción pública de nulidad, pero con algunas restricciones:

“requiere la opinión del doctor Narváz García acerca de un concepto según el cual siempre que de la nulidad de un acto administrativo se derive un efecto de carácter patrimonial, implica un restablecimiento del derecho; de acuerdo con este concepto, quedaría cerrada la vía para el que careciendo de interés jurídico quiera entablar demanda contra la providencia de homologación del concordato. El requerido opina que en caso de que quien ejerza la acción ante el contencioso carezca de interés, la demanda seguramente será rechazada pues, estima, de prosperar resultaría un beneficio económico para quien no ha actuado y probablemente un perjuicio para terceros; y puntualiza que lo que se persigue con el texto que ha propuesto, es que quien vaya a actuar tenga dos opciones: la acción de nulidad y la de restablecimiento del derecho”. (ANTECEDENTES... T. II, pag. 149).

Esta opinión es ratificada por una expresa constancia que dejan los comisionados sobre la legitimación para intentar la acción contra el concordato:

“se aprueba dejar una constancia acerca de la aprobación del texto presentado por el doctor Narváz García y, especialmente, del entendimiento que debe hacerse del mismo. Tal constancia es del siguiente tenor: La Comisión deja constancia de que el texto que acaba de aprobar como artículo 60 tiene el sentido de que sólo podrá demandar la providencia que homologa el acuerdo concordatario quien fue perjudicado con ella”. (ANTECEDENTES... T. II, pag. 150).

Se convertiría en un caso de acción de clase? Esto es probable, ya que la empresa con su actividad económica influye en un sector importante de la economía y en la situación de algunos sectores de la población.

Puede pensarse, entonces, que estamos frente a un nuevo derecho difuso, campo que deberá tener un importante desarrollo en los próximos años en Colombia, puesto que la reforma constitucional actualmente en estudio se ocupa de ellos, haciendo expresa referencia a las acciones populares.