

*Derecho comercial
y de seguros*

Los acuerdos extrajudiciales en el contexto del sistema concursal colombiano

SAÚL SOTOMONTE SOTOMONTE

SUMARIO: I. Ideas preliminares- A. El orden jurídico y los conflictos patrimoniales- B. La selección del mecanismo- C. Función del Estado- II. Evolución del sistema concursal colombiano- III. Los convenios extrajudiciales- A. Origen del mecanismo- B. Concepto y naturaleza del mecanismo- Conclusiones.

Con esta breve descripción se pretende demostrar que los acuerdos extrajudiciales con los acreedores no son ajenos al sistema concursal colombiano; que la crisis del sistema ha llevado a que se tenga en cuenta que el recurso a los mismos es recomendable no obstante la dificultad en lograrlos; que su fuerza vinculante desde el punto de vista jurídico es relativa y que el interés por ellos no puede llevar a reglamentarlos, ya que perderían su carácter de privados o extrajudiciales.

I. IDEAS PRELIMINARES

Antes de proceder al desarrollo específico del tema, queremos sentar algunas premisas a manera de introducción al mismo.

A. El orden jurídico y los conflictos patrimoniales

En todo Estado de derecho, así como existe una parte del sistema jurídico que reconoce los derechos, también existe otra que regula la manera de hacerlos valer, y esta no es otra que los llamados procedimientos.

Cuando los interesados se encuentran en conflicto, recurren al mecanismo procedimental que se ajuste a sus pretensiones, y de esta manera el orden jurídico entra a mediar y a definir el conflicto patrimonial planteado. Ahora bien, de acuerdo con la dimensión, o, mejor, con el alcance que puedan tener las controversias, el mecanismo establecido vinculará a pocos o a muchos, y los efectos de la apertura del proceso tendrá mayor o menor radio de acción.

Si se trata de un conflicto patrimonial que vincula a dos partes únicamente, el litigio, en principio, no tendrá más alcance que el que interese a esas dos partes; pero si el conflicto lleva un efecto multiplicado, la situación será distinta y por lo tanto el proceso que deba seguirse y las medidas que se hayan de adoptar tendrán que ser de mayor envergadura.

B. La selección del mecanismo

Si se mira la situación ya no como el conflicto patrimonial por tratar, sino como la situación de una empresa en crisis, los interesados en el problema, y especialmente los deudores, tendrán varias alternativas por seleccionar y escoger.

La selección o escogencia de la política o mecanismo por seguir la podemos ubicar en el orden estrictamente privado, sin intervención del Estado por medio de los diversos procesos.

En el orden privado, es posible que la situación de la empresa en crisis no revista mayor gravedad, y en tal caso las cosas se pueden corregir adoptando medidas internas, como podría ser una reorganización administrativa, una mejor política de costos, una venta de activos improductivos o subutilizados, etc.

Dentro del mismo orden de ideas, es posible que la situación sea realmente crítica, de manera que internamente no pueda ser solucionada, y en tal caso se recurre al llamado particular o general de acreedores para que, mediante un esfuerzo conjunto, se superen las dificultades y se llegue a un estado de normal cumplimiento. Es lo que se ha venido denominando concordato privado, extrajudicial o amistoso.

Por otro aspecto, si la crisis de la empresa con todos sus conflictos no ha podido ser tratada en el plano privado, los interesados tendrán que recurrir a cualquiera de los instrumentos jurídicos institucionales, como podrán ser los juicios ejecutivos, el concordato preventivo en sus varias modalidades, o la quiebra.

C. Función del Estado

Al Estado, dentro de su gran razón de ser, le corresponde la búsqueda de la armonía en la comunidad. Es decir, solucionar los conflictos que se presentan, especialmente cuando son de orden patrimonial, cuestión más imperiosa aún si se tiene en cuenta que por mandato constitucional es el supremo conductor de la economía nacional.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que a los particulares se les pueda impedir que directamente solucionen sus controversias, lo cual es positivo, siempre y cuando se haga respetando las leyes, el orden público y las buenas costumbres.

La posibilidad de que los particulares diriman directamente sus diferencias no puede ser sino algo excepcional, para circunstancias muy especiales, y reconociendo siempre que lo general y normal será la acción del Estado.

Además, de acuerdo con la tendencia moderna en materia de procesos concursales, al Estado le incumbe la gran tarea de participar en la recuperación empresarial en el beneficio de los intereses generales de la comunidad.

II. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL COLOMBIANO

A nuestro sistema concursal colombiano se le pueden anotar las siguientes particularidades:

1.^a Al igual de lo acontecido en los demás países de América Latina, Colombia recibió el influjo de la legislación española. Luego de la francesa y en alguna medida de la italiana. En este momento existen comentaristas que quisieran que se tuviera la influencia del sistema norteamericano.

2.^a Por lo anterior, el régimen concursal colombiano se inició con la quiebra. Institución que al igual de lo acontecido en la mayor parte de los países no cumplió su cometido, quizá debido a que además de lo dispendioso del mecanismo no consultaba la realidad económica, y en todo caso, al ser una institución de clase, el desaparecimiento de ésta por la generalización de la actividad comercial afectó la efectividad de la institución.

3.^a El régimen de 1887 vigente hasta 1940, establecía como modalidades de la quiebra: la de la suspensión de pagos cuando había bienes suficientes para cumplir; la fortuita; la culposa; la fraudulenta, y el alzamiento de bienes. Con la primera modalidad recogió lo que después se tomó como una opción concordataria.

4.^a Con el Decreto 750 de 1940 se reprodujo el régimen de la quiebra y allí se introdujo la opción del concordato resolutorio o dentro de la quiebra, buscando así que en circunstancias especiales el comerciante no se viera sometido al desaparecimiento que la quiebra implicaba.

5.^a Fue mediante el Decreto 2264 de 1969, reproducido luego en el Código de Comercio de 1971, que el sistema colombiano dio un gran paso, ya que a pesar de reeditar el viejo e inservible régimen de la quiebra, trajo por primera vez al país el mecanismo de los concordatos preventivos de la quiebra en dos modalidades. De una parte la tradicional, de conocimiento del poder judicial para los buenos comerciantes, y de otra, la novísima figura del concordato preventivo obligatorio, de conocimiento de una autoridad administrativa como es la Superintendencia de Sociedades, sólo para aquellas empresas más representativas para la economía nacional por su capacidad de endeudamiento y de generación de empleo. Con esta modalidad se buscó que estas empresas no desaparecieran tan fácilmente por medio del dispendioso régimen de quiebra. Lo obligatorio era buscar el acuerdo. Si no se lograba o si habiéndolo logrado se incumplía, procedía la quiebra.

Es de destacar que la filosofía que inspiró la figura del concordato preventivo obligatorio se adelantó al importante y bien logrado sistema de los indicativos de la crisis, previstos en la Ley Argentina de 1972.

6.^a Entre 1982 y 1986 Colombia sufrió una gran crisis en su estructura empresarial y financiera con la cual se puso a prueba el sistema concursal, lo que permitió concluir que éste no servía para resolver problemas de esa magnitud y que además, en lo específico del régimen, a éste lo afectaba un excesivo procesalismo y que carecía de fuentes de suministro de recursos frescos y oportunos para las empresas en crisis.

La situación llevó a que respetables entidades como la Cámara de Comercio de Bogotá propusieran la reglamentación de los acuerdos privados o extrajudiciales. Sugerencia a la que muchos nos opusimos con el argumento de que el reglamentarlos implicaba formalizarlos y por lo tanto dejaban de ser privados. La propuesta de su institucionalización no prosperó y éstos siguieron siendo posibles dentro del marco de la tradición jurídica nacional y mundial.

Ante las dificultades del sector financiero para recaudar la cartera vencida, la Superintendencia Bancaria les exigía, contra las pocas utilidades que obtenían, hacer provisiones para apalancar dicha cartera, lo que puso al sector al borde de su desaparecimiento, frente a lo cual la entidad tuvo que aceptar que si las entidades financieras presentaban acuerdos privados de refinanciación con sus deudores, no era necesario proteger toda la cartera vencida.

Además de lo anterior, la Junta Monetaria de entonces creó en el Banco de la República un fondo de recursos para descontar a un bajo costo la cartera vencida de las empresas en dificultades, con dos particularidades: que el acceso a tales recursos se basara en acuerdos privados de refinanciación del endeudamiento de cada empresa en dificultades, y que la vigencia del mecanismo fuera transitoria. Con esta modalidad se recuperaron más empresas que con los dieciséis años de vigencia del régimen concordatario.

7.^a A partir de 1989, más que facilitar los acuerdos privados, se buscó una mayor celeridad en los trámites con una menor injerencia del Estado. Para ello, mediante el Decreto 350 de 1989 se reformó el régimen de los concordatos para establecer que antes de que el funcionario procediera a la calificación y graduación de los créditos se debía celebrar una llamada "audiencia preliminar", momento en el cual las partes directamente podían dirimir sus controversias respecto de cada uno de los créditos; aceptar los extemporáneos, e inclusive acordar fórmula concordataria, la que después debía ser sometida a la aprobación de la autoridad competente. Con esta modalidad de audiencia se evacuaron muchos de los trámites que se hallaban paralizados.

Al igual de lo que se hizo en Argentina con la Ley 22917 de 1983, en Colombia con el Decreto 2155 de 1992 se estableció lo que sería una aproximación a los acuerdos privados como fueron los "acuerdos preconcursales", modalidad que en nuestro caso con la Ley 222 de 1995 desapareció.

8.^a Mediante la Ley 222 de 1995 se reformó todo el sistema concursal con las particularidades siguientes: se adoptó la fórmula de ley de concursos de Argentina; se mantuvo la audiencia preliminar y los acuerdos por fuera de audiencia; se

sustituyó la quiebra por lo que se denominó "liquidación obligatoria", y se mantuvo el trámite de los acuerdos de recuperación ante la Superintendencia de Sociedades junto con su liquidación obligatoria para las empresas más importantes y para las demás ante los jueces.

9.^a Mediante la Ley 550 de 1999 se suspendió la vigencia de la Ley 222 de 1995 en lo que tenía que ver con los acuerdos de recuperación, los que se reemplazaron por los llamados "acuerdos de reestructuración", mecanismo que buscó limitar más la injerencia del Estado en el manejo de la crisis empresarial. Para ello la ley creó la figura de los "promotores de los acuerdos", personas particulares designadas por la entidad nominadora del trámite y a las que se les encomienda la instrumentación del acuerdo, inclusive sustituyen al propio Estado en la calificación y graduación de los créditos.

10.^a Como conclusión de esta primera parte se puede afirmar que los problemas del sistema siguen siendo los mismos: la falta de celeridad y de una fuente de recursos frescos para apalancar a las empresas en crisis.

Las dificultades que el sistema tiene llevan a la conclusión de que aun en medio de todos los esfuerzos que se hagan por reformar y mejorar las instituciones concursales, el recurso a los convenios privados sigue siendo válido, razón por la cual a continuación presentaremos algunos comentarios sobre el particular, desarrollados desde la perspectiva del derecho colombiano.

III. LOS CONVENIOS EXTRAJUDICIALES

De tiempo atrás nos hemos interesado en la más antigua y primitiva de las figuras atípicas del orden jurídico, como son los arreglos directos, y, en especial, en su fuerza vinculante, cuestión que se ha dejado pasar inadvertida por los sostenedores de la institución.

Recordemos que es útil y positivo que el orden no se oponga, o mejor, no impida, por medio de reglamentaciones especiales, que los particulares arreglen directamente sus diferencias económicas, con lo cual crea un clima de armonía y de eficiencia en las decisiones.

Creemos también que, como norma general, la solución de las diferencias que surjan entre los particulares por el incumplimiento de las obligaciones a cargo, debe estar en cabeza del Estado, y que por lo tanto la excepción habrá de ser el recurso a mecanismos eminentemente privados, los que no podrán ser puestos en ejecución sino en presencia de circunstancias verdaderamente excepcionales.

Encontramos igualmente que cuando se estimulen o se sugieran los mecanismos privados como instrumentos de solución de las crisis de las empresas, se deben invocar teniendo en cuenta la relatividad de su fuerza vinculante, ya que en todo momento podrán surgir intereses de orden superior que pongan en movimiento las instituciones públicas, por encima de los intereses particulares.

La posibilidad de que los propios particulares definan y arreglen directamente sus controversias siempre ha existido; y aquellos sistemas jurídicos que no la consagran al menos no la prohíben, y lo único que se exige en todos es que el acuerdo a que se llegue no sea contrario al orden jurídico y al orden público.

Sin embargo, a medida que el Estado se fue fortaleciendo por medio de la organización de las llamadas "masas de poder público", las que necesariamente constituyen un todo, fue tomando para sí lo relativo a la solución de los conflictos de los particulares, cuestión razonable, especialmente en materia económica, en la que, si se le entrega la conducción del proceso económico, se le debe confiar también la solución de los conflictos que allí se generan.

A. Origen del mecanismo

El recurso al mecanismo privado se explica normalmente por la real o aparente falta de formalidades que este implica, lo cual se traduce, aunque no siempre, en una mayor celeridad en el tratamiento del problema; pero de todas maneras a él se recurre con mayor frecuencia en las siguientes hipótesis.

1. *Inexistencia del mecanismo institucional*

Es lógico y explicable que si no existe un sistema jurídico institucional los particulares tengan que dirimir directamente sus controversias, creando así los antecedentes de la organización jurídica moderna.

Es posible que exista un orden jurídico desarrollado, pero que en lo concerniente a la solución de las crisis empresarial no se tenga nada previsto, y en tal caso los particulares tendrán que recurrir a fórmulas de arreglo directo, como son los arreglos privados.

2. *Inoperancia del sistema institucional*

Es posible que aun en presencia de un régimen institucional de concursos comerciales, estos no operen en debida forma y los particulares tengan que recurrir a los convenios o arreglos extrajudiciales para poder solucionar los conflictos de la empresa.

No obstante la existencia del régimen formal de concursos es posible que estos no cumplan su cometido por diversas razones, como podrían ser:

- a. La ausencia de una orientación o filosofía en lo que se propone el sistema concursal en lo relativo a la protección de intereses en juego.
- b. El problema de orden procedimental que se traduce en la falta de celeridad en los procesos y la ausencia de verdaderas garantías procesales.
- c. El desconocimiento de la institución.
- d. El no consultar el sistema la realidad social y económica del momento.

Si ello es así, el empresario en crisis, así como sus acreedores, preferirán en un momento dado recurrir a los acuerdos privados, más que al orden institucional; máxime si se tiene en cuenta que los comerciantes, por su mentalidad dinámica, son muy dados a que las cosas se definan lo más rápido posible, así sea en sentido adverso a sus intereses.

3. La coyuntura económica

El estado de crisis generalizada que pueda estar viviendo una economía en un momento dado puede influir también para que los particulares prefieran los arreglos extrajudiciales a los trámites formales.

En efecto, aunque los sistemas concursales institucionales sean una verdadera aproximación a la perfección, si el momento económico es particularmente crítico y sus perspectivas inciertas, los empresarios antes que buscar una recuperación de sus empresa en crisis por medio del esquema concursal, prefieren hacer entrega de sus activos a los acreedores mediante arreglos directos, ya que no tienen interés en continuar sus actividades.

B. Concepto y naturaleza del mecanismo

La diversidad de modalidades que se pueden incluir dentro de un arreglo general extrajudicial trae como consecuencia que sea difícil definirlo, reglamentarlo y explica su naturaleza. Sin embargo, con un sentido eminentemente metodológico nos proponemos dar solución a tales dificultades.

1. Noción

A los concordatos amistosos, o arreglos extrajudiciales, o convenios privados, los podemos describir como el acuerdo directo a que llega el deudor con todos sus acreedores sin necesidad de trámite formal alguno, para solucionar el pago de las obligaciones a cargo, y asimismo evitar la desaparición de la empresa deudora o su eliminación ruinosa.

2. Características

De la noción dada y de la práctica de ese tipo de acuerdos se pueden deducir sus características así:

- a. Están desprovistos de toda formalidad y de la intervención de cualquier persona o entidad distinta de las partes y sus asesores.
- b. Deben ser aprobados por la unanimidad de los acreedores, ya que de lo contrario vincularían tan solo a una parte de estos; en tal caso se trataría de un arreglo con una parte de los acreedores, no de un concordato amistoso.

Para hacerlo general en su cumplimiento se necesita que las partes en su totalidad hayan tenido las suficientes garantías, y estas se plasman en la posibilidad que tienen de aceptar o rechazar el acuerdo.

c. El acuerdo privado se da en situaciones muy excepcionales y determinadas para cada caso en particular; razón por la cual no se puede generalizar su régimen, ya que de ser así entraría a ofrecer las mismas dificultades que el sistema institucional presenta.

d. Son muy variadas las modalidades de arreglo a que se puede llegar. Sin embargo, lo convenido no puede ser contrario a la ley imperativa, al orden público y a las buenas costumbres.

3. *Naturaleza de los acuerdos*

Si en cuanto al régimen concordatario institucional se discute por la doctrina su verdadera naturaleza, en lo relativo a los acuerdos o convenios extrajudiciales todo parece concluir en que, no obstante la diversidad de modalidades, se trata de verdaderos contratos, ya que dependen exclusivamente de la voluntad de las partes, con las limitaciones del orden jurídico establecido.

Si se acepta la naturaleza contractualista de esta clase de arreglos, no se puede enmarcarlos dentro de la noción clásica del contrato bilateral sino que debe ubicárselos en la moderna concepción, emanada del Código Unificado de Italia de 1942, noción que recoge el Código de Comercio de Colombia y que en alguna medida responde al concepto del Código Civil del país.

En efecto, el artículo 864 C. Co. colombiano establece: "El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta".

Es posible que dentro de la especialidad de los concordatos privados se dé la situación excepcional de que no exista sino un solo acreedor con el cual se define el arreglo; sin embargo, lo corriente es que sean varios los acreedores, aunque en principio todos están en posición de acreedor en igualdad de posibilidades, casi integrando una sola parte, puesto que cada acreedor tiene su propio interés y su particular forma de atender su situación. Este hecho lleva a que el acuerdo que se suscriba tenga varias partes; a no ser que expresamente se convenga que el bloque de acreedores, en cuanto al arreglo, integren una sola.

El arreglo de pago que contiene el acuerdo privado necesariamente es regulador de relaciones jurídico-patrimoniales y, además, está orientado a que, cumplido el convenio, se extingan esas relaciones.

Ahora bien, de acuerdo con el contenido del convenio, este puede tener carácter constitutivo. A cada caso en particular ofrece su propia explicación, pero lo cierto es que está dentro de la figura contractual, aunque sin tipificación específica.

Mientras el contrato representativo del convenio amistoso no se halle reglamentado por el ordenamiento legal será un contrato atípico, y es posible que permanezca así siempre, o que tome el tipo de la modalidad fundamental prevista en el acuerdo. Por ejemplo: si lo fundamental del arreglo fue una dación en pago, se llamará así; o si fue una operación anticrética, quizá se lo denomine así.

Consideramos que es importante para la dinámica de los mismos arreglos que el orden jurídico no entre a tipificarlos, ya que en el momento en que ello suceda, esta clase de arreglos empezará a padecer de vicios y enfermedades, más allá de los mínimos exigidos para la validez de todo contrato.

4. Contenido de los acuerdos

Son muy variadas las modalidades que se pueden adoptar dentro del contenido de los acuerdos privados, razón que dificulta su reglamentación, pero que también facilita su desarrollo.

Los acuerdos pueden ser de carácter liquidatorio, pueden consistir en la recuperación de la empresa mediante una refinanciación, o bien pueden contener una combinación de las modalidades anteriores.

a. Acuerdos liquidatorios

Los acuerdos liquidatorios están orientados a obtener el pago de las obligaciones a cargo, mediante la venta de los activos del comerciante deudor, generalmente a terceras personas; o mediante la cesión de bienes a los mismos acreedores, o por medio de daciones en pago con los propios activos.

La venta de los activos para el pago de las obligaciones enfrenta la particularidad de que, generalmente al conocerse la situación de dificultad que vive el propietario deudor, el valor de esos mismos bienes sufre una disminución y, por consiguiente, estos se venden en condiciones desventajosas para él.

Si la modalidad adoptada es la dación en pago, en este caso la operación se someterá al régimen del derecho civil, con las particularidades del derecho comercial; con el resultado fundamental de que la obligación se da por cancelada en un todo, salvo disposición en contrario.

En cambio, si la modalidad escogida es la cesión de bienes, la particularidad residirá en que, como principio general, con tal cesión no se entiende de por sí cancelada toda la obligación.

Por lo demás, la operación se someterá a las normas del derecho civil y a las particularidades que en cada caso consagre el derecho comercial.

Es posible también que la fórmula liquidatoria contenga las tres variantes, es decir: venta de activos, cesión de bienes y dación en pago, en cuyo caso se deberá cumplir con las exigencias propias de cada modalidad.

En la práctica se recurre también a fórmulas liquidatorias cuando la actividad del empresario deudor revela baja rentabilidad; o cuando el empresario mismo o los administradores de la empresa no ofrecen la suficiente confianza para los acreedores; o cuando los activos de la deudora son de tal naturaleza y características que exigen una rápida liquidación; o cuando los deudores, frente a una difícil coyuntura económica, o a una alta carga impositiva, a unos costos financieros y laborales demasiado elevados, prefieren acabar las empresas cuando estas todavía mantienen un valor intrínseco, para no verse abocados a atender la situación cuando se ha llegado a valores negativos.

b. Recuperación de la empresa

Dentro de un contexto económico aceptable, lo normal en esta clase de situaciones será que tanto el deudor como sus acreedores procuren la recuperación de la empresa deudora; y para ello se acude a muy variadas modalidades que permitan obtener el fin propuesto, cual es el pago de las obligaciones y la recuperación de la organización empresarial.

Esta segunda modalidad supone, necesariamente, no solo que la coyuntura económica sea buena o aceptable, sino que los deudores, sus bienes y su actividad ofrezcan la suficiente confianza y credibilidad a los acreedores. De lo contrario se terminará en la liquidación ya comentada.

El pretender recuperar la empresa deudora como un objetivo general, tan solo para que pueda pagar; o, lo que sería igual, el pretender el pago por medio de la recuperación de la empresa, supone en todo caso que se establezca una especie de moratoria, es decir, que los plazos que originalmente se habían convenido para el cumplimiento de las obligaciones sean ampliados, posiblemente con una condonación o rebaja de intereses.

Además de lo anterior, la espera en el pago se complementa indistintamente con otros mecanismos como pueden ser:

1. Nuevo capital de trabajo, suministrado por terceros o por los mismos acreedores.
2. Nuevas garantías otorgadas por los deudores o por terceros.
3. Participación de todos o parte de los acreedores en la administración de la empresa deudora durante el desarrollo y cumplimiento del acuerdo.
4. La designación de un auditor o revisor contable por los acreedores.
5. La venta parcial de activos para la obtención de un capital de trabajo, o para el pago de parte de las obligaciones.
6. La capitalización de la empresa deudora con parte de los créditos, con una posible opción de compra a favor de los deudores.
7. El establecimiento de una operación de anticresis, de tal manera que los acreedores asuman el control total de la operación hasta pagarse con los rendimientos, manteniendo el deudor los derechos que le confiere la ley (arts. 1221 y ss. C. Co.).

8. La entrega o arrendamiento de la operación de la empresa deudora a un tercero que va cancelando lo debido en la medida en que se vaya desarrollando el acuerdo.

c. Combinación de modalidades

Es factible que los acuerdos privados contengan una combinación de las dos grandes modalidades ya descritas: de una parte la liquidación parcial de los activos del comerciante deudor, y de otra la recuperación de la empresa dentro de determinado lapso de tiempo.

Así mismo es posible que se combine la venta de activos, la dación en pago y la cesión de bienes, con otras modalidades tendientes a la recuperación de la empresa deudora.

Suele ocurrir que, así como la necesidad y el rencor de uno solo de los acreedores puede impedir en algunos casos que se obtenga un acuerdo privado, en otros es tal la confianza que los acreedores tienen en su deudor, que le aceptan cualquier fórmula de arreglo, punto al cual se llega también cuando los acreedores se encuentran frente a una situación que no les ofrece confiabilidad alguna, y entonces terminan por aceptar cualquier cosa en espera de poder salvar algo.

5. *Fuerza vinculante*

Es importante determinar cuál es la fuerza vinculante de los llamados acuerdos privados, concordatos amistosos o extrajudiciales, ya que de ello depende que puedan ser tenidos en cuenta o no, especialmente por los interesados en pactarlos.

La fuerza vinculante de este tipo de convenios la presentamos teniendo en cuenta los siguientes aspectos: los requisitos de validez, los acuerdos frente al orden jurídico y la validez de las operaciones.

a. La validez de los acuerdos

Para que los acuerdos así determinados tengan validez implícita será necesario, entre otras cosas, lo siguiente:

i. Que no sean contrarios a la ley imperativa, al orden público y a las buenas costumbres.

ii. Que estén basados en el supuesto de la buena fe.

iii. Que con fundamento en la *par conditio creditorum* se haya respetado la posición y el derecho de cada uno de los acreedores.

iv. Que hayan sido aprobados con la aceptación expresa del deudor y el voto afirmativo de todos los acreedores, ya que de lo contrario habría unas minorías ausentes o disidentes cuyos derechos no serían protegidos en un ningún momento.

Esta última exigencia responde a la excepcionalidad misma de la modalidad de los acuerdos privados, ya que si no se presenta sino en situaciones muy especiales, su consolidación exige también un tratamiento muy excepcional. Cuando el acuerdo no se realiza con todos los acreedores, podrá hablarse de acuerdos particulares pero no de convenio, concordato o acuerdo extrajudicial o privado.

De llegar a aceptarse un régimen de acuerdo privado en el que la voluntad de las mayorías se pueda imponer sobre las minorías, se necesitaría aceptar la intervención del Estado en protección de estas minorías, y en tal caso dejaría de ser privado para convertirse en un trámite más.

b. Los acuerdos privados y el orden jurídico

Se plantea la inquietud en torno a si los acuerdos privados debidamente definidos enervan una posible liquidación obligatoria o un llamado a un trámite de reestructuración económica. Es decir, en qué medida estos acuerdos, una vez suscritos, permiten evadir la posible declaratoria de quiebra, o si, por el contrario, el llamado a los concursos institucionales se plantea sin consideración alguna.

Es indudable que frente a los procesos de carácter singular los acuerdos extrajudiciales producen todos sus efectos e impiden que se pueda intentar cualquier acción mientras el deudor los esté cumpliendo. Aún más: aunque no se trata de acuerdos extrajudiciales de carácter general, el acreedor que haya aceptado un replanteamiento de la situación de su crédito, mientras el deudor esté cumpliendo con lo convenido, no se podrá iniciar acción alguna.

En el caso de los procesos concursales institucionalizados las cosas no siempre se presentan de igual forma, especialmente si se considera que tales procesos, por llevar implícito el interés general de la comunidad y particularmente el interés general de la organización económica, son de orden público.

Veamos en su orden los varios eventos:

– *La liquidación obligatoria.* Creemos que si un empresario deudor ha suscrito un acuerdo extrajudicial con la totalidad de sus acreedores, mientras lo esté cumpliendo no será posible que estos puedan pedir la liquidación obligatoria de su deudor. Entre otras razones porque no solamente no se estarían dando los presupuestos formales para proceder en tal sentido, sino además y fundamentalmente porque si bien el proceso es de orden público y protege intereses generales, cuando la situación de liquidación se plantea, la forma de proteger esos intereses generales se concreta en el llamado que se hace a los acreedores, de manera que si nadie comparece al proceso este no podría seguir su curso.

Es posible que sea necesario la acción del Estado en defensa de otros intereses distintos de los llamados "acreedores en sentido obligacional" como podrían ser los consumidores, los competidores, etc., pero en tal caso esa acción no se justificará mediante una liquidación obligatoria, sino que deberá acudir a los instrumentos de intervencionismo del Estado o de simple policía administrativa.

Sin embargo, a nuestro parecer, la doctrina no es muy clara en este punto y hay quienes sostienen lo contrario.

Las cosas no son tan absolutas. Un acreedor que no haya suscrito el convenio está en posibilidad de iniciar sus propias acciones, y aun de pedir la apertura del concurso para terminar en la liquidación obligatoria si los presupuestos se dan. Así mismo, un nuevo acreedor, que no hace parte del convenio por no existir su crédito cuando aquel se suscribió, estará en posibilidad de pedirla en la medida en que las condiciones para ello se den, al igual que lo estaría un acreedor del convenio privado cuando este sea incumplido.

— *El mecanismo de reestructuración económica de la deudora.* En principio, si el empresario deudor ha suscrito un convenio extrajudicial con sus acreedores no tendrá sentido que, si se está cumpliendo con lo convenido, se pretenda el trámite de un acuerdo formal; cosa posible si el deudor encuentra que va en entrar en cesación de pagos al no poder seguir cumpliendo el convenio; en tal situación podrá recurrir al trámite de reestructuración si concurren los presupuestos necesarios para el mismo. Si el convenio se está cumpliendo los acreedores no podrán pedir el trámite con base en los créditos allí regulados, pero sí lo podrán hacer con fundamento en nuevos créditos.

La situación se modifica sustancialmente frente a la facultad que tiene la Superintendencia de Sociedades para abrir de oficio el trámite de reestructuración o de liquidación obligatoria. Entendemos que aunque la sociedad deudora haya suscrito un convenio privado con la totalidad de sus acreedores, la entidad podrá, en defensa de intereses superiores, que están por encima del conjunto de intereses individuales de los acreedores, abrir cualquiera de los dos trámites según los eventos que se estén dando.

Sin embargo, si se analiza la situación con un sentido práctico y dentro de la filosofía preventiva que inspira al régimen concursal, se tendría que si lo que se quiere es prevenir el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones, todos estarían habilitados para pedir la apertura de los trámites, no obstante haber suscrito el convenio privado.

Ahora, si habiendo suscrito el convenio privado los acreedores piden el trámite obligatorio, sería al deudor y a otros suscriptores del convenio a quienes les correspondería demostrarle al superintendente la existencia del acuerdo privado y su cumplimiento, cuestión que nos plantearía otras dificultades no fáciles de resolver; si se invoca el incumplimiento del convenio privado, al cual le adscribimos una naturaleza contractual, no sería el superintendente de sociedades el llamado a calificar el cumplimiento o el incumplimiento, sino lo jueces de la República, por las vías ordinarias, caso en el cual quizá se terminaría primero con el trámite y cumplimiento del acuerdo de reestructuración, que con el del ataque al convenio privado.

6. Firmeza de las actuaciones

Aquí se plantea el interrogante de saber cuál es la firmeza de los actos y operaciones que se hayan realizado con base en un convenio privado que posteriormente termine siendo incumplido por una u otra razón. Frente a este interrogante se nos ocurre que los actos realizados con base en un convenio extrajudicial tendrán plena validez en presencia de un posterior llamado a una reestructuración económica o a una posible liquidación obligatoria, siempre y cuando dicho acuerdo haya vinculado a todos los acreedores.

El ordenamiento jurídico colombiano no se ocupa de la cuestión por no estar reglamentado el convenio extrajudicial, pero tratándose del sistema institucional, al ocuparse del incumplimiento de los acuerdos suscritos dentro del mismo, prevé que "La resolución del concordato no afectará los actos expresamente autorizados en él".

No obstante la imposibilidad antes planteada, al no estar registrada la situación por el orden jurídico, en la práctica se pueden presentar eventos en que las operaciones realizadas con base en un acuerdo privado pierdan firmeza ante la liquidación obligatoria. Podría ser el caso de los convenios que impliquen la ejecución escalonada de determinadas operaciones mediante las cuales se empiece beneficiando a los acreedores más poderosos, quienes después de obtener sus beneficios se olvidan del acuerdo y por lo tanto con su pasividad contribuyen al perjuicio de los demás acreedores, ya que de ahí en adelante no les interesará si el convenio se está cumpliendo o no. Quizá en este caso los acreedores perjudicados sí estarían legitimados para presionar la revocatoria de determinadas operaciones, siempre y cuando se enmarque en los casos tipificados en la ley.

También podría ser el caso de acreedores posteriores al convenio privado, quienes no estuvieron vinculados al mismo, y que así como están en posibilidad de pedir la liquidación obligatoria, también podrían invocar la petición de revocatoria de determinados actos como serían: "Los pagos de deudas no vencidas hechos con posterioridad a la fecha de cesación en los pagos y durante los seis meses anteriores a la misma", etc.

Ahora bien, si las cosas se plantean teniendo en cuenta las facultades y deberes del liquidador designado, se tendría que ante la insuficiencia de bienes y para cubrir el pasivo, aquel podrá pedir la revocatoria de las operaciones relacionadas por la norma, sin consideración a si se hicieron o no con base en un acuerdo privado.

Frente a lo anterior se podría decir que tales operaciones no serían revocables por haber contado con la aceptación unánime de los acreedores cuando se realizaron; pero también se podría contraargumentar diciendo que hay intereses que por su propia naturaleza deben ser protegidos, como son el del fisco y el de los trabajadores.

7. Responsabilidades

Si el empresario deudor incumple los términos del acuerdo o convenio privado, es indiscutible que será el único responsable y que no solamente se podrán seguir contra él las acciones ejecutivas del caso, sino que también se lo podrá liquidar si se dan los presupuestos necesarios para ella.

Pero si el acuerdo privado se incumple en todo o en parte por culpa de uno o varios de los acreedores que firmaron el convenio, también es claro que estos deberán responder por los perjuicios, infortunadamente por las vías ordinarias.

De todas maneras, ante la carencia de una suficiente firmeza de los compromisos adquiridos por medio de los acuerdos privados, el deudor se encuentra en una posición de inseguridad, ya que si se incumple por una u otra razón, el primer afectado será él y cualquier decisión que la enmiende siempre será tardía.

Es obvio que siempre se deberá estar a lo que se haya previsto en el texto del convenio privado, especialmente en lo tocante a las consecuencias de su incumplimiento y a lo que el convenio representa: si es o no novación, si desaparecen o no los títulos primitivos y las situaciones iniciales, etc.

CONCLUSIONES

A título de conclusiones se puede afirmar:

1. En general, la práctica de los convenios privados no tiene consagración legislativa alguna, y cuando esta aparece desvirtúa la razón de ser de aquellos, ya que los somete a los mismos recursos e impedimentos de todos los trámites institucionales.
2. Los convenios privados no son factibles sino en condiciones muy excepcionales; solamente así se pueden garantizar los derechos de los particulares y preservar en el éxito de los pactos.
3. Las condiciones de excepcionalidad en que se desarrollan los convenios privados permiten afirmar que su utilización no es la panacea para solucionar las grandes dificultades de carácter macroeconómico, sino que tan solo facilitan en alguna medida la solución de problemas coyunturales, y especialmente de contenido microeconómico.
4. No obstante que en un momento dado la crisis del sistema económico lleve a que se estimule la práctica de los convenios privados como último recurso, ello no quiere decir que de ahí en adelante se deje de lado los mecanismos institucionales, pues ello implicaría que lo poco que queda de autonomía de la voluntad y de garantía de las partes se viera limitado, no por la acción del Estado o del sistema jurídico, sino por la voluntad de los más fuertes en términos económicos.
5. Lo que una legislación dinámica y efectiva reclama no es el desaparecimiento de las atribuciones del Estado en estas materias, sino su reforma para hacerlas más funcionales y acordes con la realidad social y económica del momento.

6. La práctica de los convenios privados como mecanismo de solución de la crisis empresarial es útil en la medida en que se realicen en condiciones excepcionales, y que se respeten los derechos de los particulares y el interés general.

7. La poca firmeza de los convenios privados frente a la quiebra y el concordato, o a la protección de intereses superiores, hacen resaltar aún más su excepcionalidad.

8. La generalización de la práctica de los convenios privados se dificulta porque los acreedores no se sienten compelidos a adoptar decisiones en uno u otro sentido, convirtiendo el mecanismo extrajudicial en algo tan lento y dispendioso como el institucional.