

LOS PRESUPUESTOS DEL CONCURSO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA*

1. LAS SIETE PARTIDAS

ANTECEDENTES

Con este nombre se conoce la obra legislativa de don Alfonso el Sabio, que fue concebida el 23 de junio de 1256, pero entró en vigencia cien años después por disposición de su autor. Debido a la gran claridad y sabiduría en cada uno de sus preceptos fue aplicada por jueces y abogados en España hasta el año de 1889, fecha en que entró a regir su Código Civil. Entre nosotros esta regulación tuvo aplicación hasta 1853, año en que se expidió el primer Código de Comercio Nacional.

El sometimiento de nuestras colonias a España no solo fue militar y económico, sino también a nivel político y jurídico; fue por esto último que las instituciones, normas y legislaciones se trasladaron de la metrópoli a nosotros. Por lo anterior, durante el período colonial se puede observar la presencia de legislaciones españolas aplicables a América y más concretamente al Nuevo Reino de Granada, tal es el caso de las siete partidas en la cual se admitía la posibilidad de un convenio de “quita y espera”, tema que será desarrollado mas adelante.

REGULACIÓN NORMATIVA

Ley V: “Como cuando alguno es debdor de muchos, e les ruega que le esperen por el debdo, e los unos le otorgan, e los otros non; qual razon deue ser cabida”.

“Debdor seyendo vn omne de muchos, si ante que desamparasse sus bienes, los juntasse en vno, e les pidiesse, que le diesen vn plazo señalado, a que les pagasse: si todos no se acordasen el vno a otorgárselo, aquel plazo deue auer, que otorgare la mayor parte dello, maguer los otros non gelo quisieren otorgar. Aquellos, dezimos, que se due entender que son mayor parte, que han mayor quantia en los debdos. E si fuese desacuerdo entre los vbos, queriendo otorgarle el plazo, e los otross, diciendo que gelo non otorgarian, mas que pagasse, o desamparasse los bienes; entonces si fueren yguales en los debdos e en cantidad de personas, deue valer lo que quieren aquellos quel otorgan el plazo: porque semeja, que se mueuen a fazarlo por piedad que han de el. E si por auentura fuesen eguales en los debdos, e desiguales en las personas, aquello que quisiere la parte do fueren mas personas, esso deue vale”.

La ley VI establece:

* Este artículo fue presentado a la Revista el 4 de abril de 2005 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 14 de junio de 2005, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

Ley VI: “Como, quando alguno es debdor de muchos, e les ruega que les esquiten algo. E los vnos lo otorgan, e los otros non; qual razon deve ser cabida”.

“Rogando el debdor a aquellos a quien deuisse algo, ante que les desaparece sus bienes, que le quitassem alguna partida de lo que les deuida, e que les pagaría lo otro; si por aventura fuesse desavuerdo entre ellos queroendo los vnos quitarle alguna cosa, e los otros non, aquello deve valer, e ser guardado, en razón del quitamiento pues en todas las cosas que diximos en la ley antes desta, en razon del plazo que pidiesse. E aun dezimos, que maguer alguno de aquellos a quien deuisse algo nonesuriesse delante, quando los otros le quitassem alguna partida del debdo; que con todo esso deve valer lo que fizieren, e non lo puede reuocar aquel solo”.

“Fueras ende, si la cuantía que el deuía auer del debdo, fuesse mayor que la de todos los otroa: ca estondo non empeceria lo que nin el fiziesen. E otrosi dezimos, que si algunos que quiessen a recibir algo de su debdor, le quitasen alguna partida del debdo, e non fuesse y presente, quando fiziessen este quitamiento, alguno otro, a quien fuesse obligado señaladamente alguna partida de los bienes del debdor, o touesse alguna cosa suya señaladamente en peños, que le non empeceria el quitamiento de los otros le fiziessen. Ca en saluo de finca su derecho en aquellos bienes que fuesen obligados o empeñados”

DOCTRINA

Para proceder a analizar las dos leyes anteriores nos basamos en los comentarios hechos por el profesor Darío Londoño S. en su libro *“El Concordato Preventivo”*. La partida V trata del derecho de los contratos, y regula instituciones como la cesión de bienes a los acreedores, el convenio preventivo extrajudicial y la formación de la mayoría de la masa.

Esta ley regula la formación de las mayorías, considerando diferentes supuestos:

- a. Si concediese la espera una mayoría computada teniendo en cuenta la cantidad de los importes de las deudas, debe concederse la espera que otorga la mayoría de los acreedores, *“maguer los otros non gello quisiesen otorgar”*.
- b. Si hubiere igualdad en el importe de los créditos y en personas en la votación, *“deve valer lo que quieran aquellos quel otorgan el plazo”*
- c. Si se empatase la votación computada por importe de los créditos y hubiere desigualdad en la votación computada por personas, *“aquello que quisiere la parte do fueren mas personas, esso deve vale”*

Por otro lado tenemos la Ley VI anteriormente transcrita. Esta ley trata el problema del convenio cuando el deudor pide quita, dice que esta puede ser otorgada por las mismas mayorías que se mencionan en la Ley V; pero dejando a salvo los acreedores privilegiados que hubieren estado ausentes, quienes conservarían sus derechos sobre aquellos bienes que fuesen obligados o empeñados.

En las anteriores dos leyes, se encuentran los inicios de lo que hoy es el concordato preventivo en sus dos modalidades: convenio dilatorio y convenio remisorio entre acreedores y deudores, autorizando la concesión de quitas, concediendo esperas y consagrando el régimen de las mayorías.

Por otro lado, se admitía la posibilidad de un convenio de quita y espera, pero sin determinarse un procedimiento a seguir para lograr tal efecto. La quita y la formación de la masa mayoritaria para decidir y obligar a los disidentes, ya era conocida y aplicada por los romanos en los procesos sucesorios. Es muy posible que haya sido de allí de donde el rey Alfonso El Sabio, quien creo la obra legislativa de las Siete Partidas, tomó esos principios y los adoptó al régimen de las obligaciones.

COMENTARIOS

De las disposiciones contenidas en la Ley V y en la VI, podemos ver como estas se basan en un criterio objetivo; ya que se parte de la idea de que el deudor debe estar en una situación de cesación de pagos a sus acreedores, para que se tomen las medidas a que haya lugar, mediante la celebración de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores.

En esta época no se precisaba el concepto de cesación de pagos; si bien es cierto, se regula la forma en que los acreedores debían aprobar la celebración de un concordato con el deudor, esto es, mediante el sistema de las mayorías anteriormente expuesto, no se establecía la forma en que debía darse el incumplimiento del deudor respecto de sus obligaciones, para que procediera la celebración de este acuerdo.

Por otro lado, la celebración del concordato aquí regulado estaba condicionada a la voluntad del acreedor. Esto quiere decir, que para que el deudor pudiera celebrar un concordato con sus acreedores, dependía directamente de si ellos lo aceptaban o no, mediante el sistema de las mayorías; no bastaba con que el deudor se encontrara en una determinada situación, como anteriormente se estudió, para que este se celebrara, sino que estaba sujeto a lo que los acreedores decidieran.

Lo anterior nos muestra, que en aquella época los intereses de los deudores estaban sometidos a la voluntad de los acreedores y así mismo se descuidaba el interés general frente a la protección que se le otorgaba a los intereses de los acreedores.

2. ORDENANZAS DE BILBAO

Las Ordenanzas de Bilbao en su capítulo XVII contemplaban *“al comerciante que, teniendo solvencia, “se atrasaba” en los pagos y por **convenio** los satisface*

después en breve tiempo” (negrillas fuera de texto). Como podemos observar, ya desde esta época se contemplaba la posibilidad de acuerdos entre deudores y acreedores, pero aunque no bajo la denominación de acuerdos concordatarios, como los conocemos actualmente, sino bajo el nombre de “suspensión de pagos”, pero en donde mas que un acuerdo de pago, lo que se realizaba era un convenio de “*quita y espera*”, conforme al cual se le concedía al comerciante una prórroga para el pago de su obligación, sin solucionarse el problema de la imposibilidad del deudor para atender sus acreencias.

3. PRIMER CÓDIGO DE COMERCIO NACIONAL

Hasta la expedición del Primer Código de Comercio Nacional con la ley del 1 de junio de 1853, rige en Colombia la suspensión de pagos establecida por las Ordenanzas de Bilbao pues de manera expresa el artículo 1110 de esta normatividad las deroga y en su lugar consagra en el Libro I disposiciones relativas a la quiebra y específicamente en el Título X del mismo, reglamenta “Del convenio entre los acreedores y el quebrado” pero dentro del proceso del quiebra; consagrando así por primera vez el llamado concordato resolutorio.

4. CÓDIGO DE COMERCIO DEL ESTADO DE PANAMÁ

ANTECEDENTES

El 12 de octubre de 1869 se expide el Código de Comercio del Estado de Panamá, el cual se ratifica y adopta para toda la República por ley 57 de 1887. Esta normatividad en su artículo 178 se refiere a un acuerdo concordatario cuyo cumplimiento era presupuesto para la rehabilitación del deudor, en los siguientes términos: “*a los quebrados de primera y segunda clase bastaría para que obtengan rehabilitación, que justifiquen el cumplimiento íntegro del convenio aprobado que hubieren hecho con sus acreedores. Si no hubiere mediado convenio, estarán obligados a probar que con el haber de la quiebra o por entregas posteriores, si este no hubiere sido suficiente, quedarán satisfechas todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento de quiebra*”, es decir se está refiriendo al concordato en su forma resolutoria. Como se puede observar, la ley nuevamente abre la posibilidad de que medie un acuerdo entre deudor y acreedor pero de manera posterior a la declaratoria de la quiebra, de manera que esta sea una herramienta, como lo denomina la ley, de rehabilitación para el quebrado, pero aún no se ha abierto el camino a un acuerdo que entre a operar antes de que el deudor ingrese a un procedimiento de quiebra.

REGULACIÓN NORMATIVA

El Título V del Código de Comercio Terrestre en sus artículos 121 a 181 desarrolla el tema de la quiebra, en cuyo capítulo 1 trata de las definiciones, y es precisamente en el artículo 121 donde se encuentran los supuestos para entrar

en quiebra : “ ... a todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones, y se halle en incapacidad actual y declarada de cubrirlas, ... ”[†]

Entonces, un primer supuesto para entrar en quiebra era ser comerciante, por lo que es necesario acudir al artículo 9[‡] del Capítulo 1 que trata sobre la “*Calificación legal de los comerciantes*” del Código de Comercio Terrestre; señala a quiénes se consideran comerciantes, manifestando que “*se reputan en derecho comerciantes, todas las personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se ocupan ordinaria y profesionalmente en algunas ó algunas de las operaciones que corresponden á esa industria, y de que se trata el presente código*”.

Esto tiene gran importancia porque quien no tenía capacidad legal y se dedicaba al comercio, pues no era comerciante según la definición legal, y como tal no podía acudir a la institución de la quiebra, a falta, precisamente, del presupuesto de ser comerciante. Por eso, más adelante en el punto referente a la doctrina, Félix Cortés expone las condiciones para que se produzca la quiebra, y concluye que “ *quien no puede ser comerciante, por incapacidad u otra causa, no puede ser sometido a las normas del código del comercio, sobre quiebras.* ”[§]

DOCTRINA

Félix Cortes con respecto a la quiebra manifiesta : “*Sobreseer equivale a desistir, cesar en el cumplimiento de las obligaciones, dejar de atender los pagos ; pero no basta la suspensión del pago; ésta debe surgir de la incapacidad de hacerlo. Las dos definiciones agregan un tercer elemento, la declaración de esa suspensión de conformidad con la ley*”. (...).

Una cosa es, pues, la insolvencia de hecho, y otra el estado jurídico de la quiebra, que para que se produzca exige la ocurrencia de estas condiciones: a) que se trate de un comerciante; b) que haya la insolvencia o incapacidad de atender el cumplimiento de las obligaciones; c) que estas sean de carácter comercial; y d) que recaiga una declaración judicial ”^{**}

Por consiguiente, la cesación en el pago se debía a una incapacidad de hacerlo y no a la suspensión del mismo. Aquí es necesario entender la diferencia existente entre el cese y la suspensión de pagos, el primero se refiere a la imposibilidad absoluta de pagar porque no se tiene con que hacerlo, pues la persona se encuentra insolvente, esta se presenta cuando los pasivos son mayores a los activos; mientras que en la segunda se está en iliquidez, cuando no hay suficiente

[†] Código de Comercio Terrestre. Edición Oficial. Imprenta de Pizano. Bogotá 1886

[‡] Este artículo pertenece al Libro Primero del Código de Comercio Terrestre que trata “ *De los comerciantes y agentes del comercio* ”, Título Primero “ *Comerciantes y asuntos de comercio*.”

[§] CORTES Felix, *Comentarios al Código de Comercio Terrestre*. Tipografía Moderna. Bogotá. 1933. Pág 64– 65.

^{**} CORTES Felix, (..) ob cit nota 4

flujo de caja para cubrir las obligaciones sin que el deudor haya dejado de ser solvente^{††}.

Entonces, el artículo 9 del Código en estudio al hablar de sobreseer en el pago apunta al cese y no a la suspensión del mismo, y aunque la norma como tal no menciona la insolvencia,^{‡‡} como ya se explicó con anterioridad, el cese se refiere a ésta.

Por otro lado, se diferenciaba el estar en estado de insolvencia y ser declarado judicialmente en quiebra, el primero se entendía como un estado de hecho, y para acudir al segundo se debía cumplir con las condiciones que Félix Cortés enumera. En caso que no se cumpliera con alguno de ellos no habría lugar a solicitar la declaración de quiebra, al respecto anota el autor “si falta una de estas condiciones se producirá una cesación de bienes, una ejecución o un concurso de acreedores, regidas por las disposiciones del derecho común^{§§}, no del mercantil”^{***}.

COMENTARIOS

El supuesto que presentaba este código se acomodaba a un criterio objetivo en la medida que exigía que el deudor cesara en el pago de sus obligaciones.

Ahora, se requería que la incapacidad de pago fuera actual, entendiendo por esta que hubiera sobrepasado 6 días, ya que el artículo 137 del Código de Comercio Terrestre imponía que era “*obligación de todo comerciante que se encuentre en estado de quiebra, ponerlo en conocimiento del Juez de comercio de su domicilio, ó del que haga sus veces, dentro de los seis días siguientes al en que hubiere cesado el pago corriente de sus obligaciones, por incapacidad de cumplirlas*”.

El mismo artículo 137 imponía esa obligación al comerciante de acudir a la justicia cuando se encontrara en la situación objetiva de cesación de pago, solo hasta ese momento, no antes.

Consideramos que el plazo exigido por la norma en comento era corto, un tanto riguroso, porque no permitía establecer el grado de incapacidad de pago del comerciante, ya que se podía tratar de una situación momentánea, y por ese simple hecho estaba en la obligación de acudir a la justicia para ser declarado quebrado.

^{††} Hoy día con el Acuerdo de Reestructuración, Ley 550 de 1999; bajo el supuesto de la iliquidez se busca que el deudor obtenga liquidez necesaria para pagar.

^{‡‡} La misma norma no especificaba que se tratara de insolvencia, pero así lo entendió la doctrina como Félix Cortés. Quizás en la práctica judicial se llegó a ello.

^{§§} Debe tratarse de las normas del derecho civil, teniendo en cuenta que se refiere a aspectos propios de esta materia.

^{***} CORTES Felix, (..) ob cit nota 4

Se trataba de una normatividad que buscaba la protección del acreedor, similar a una medida cautelar, pues se quería evitar conductas del quebrado que fueran en contra de los intereses de los acreedores, pero que a la vez favorecía al deudor, según lo comenta Felix Cortés, doctrinante de la época “fija la ley el término de 6 días, dentro del cual debe hacerse tal manifestación bajo las sanciones de que ya se ha hablado , en beneficio del mismo quebrado y de sus acreedores. El estado anterior a la declaración de quiebra es en extremo peligroso para esos intereses, pues el comerciante entonces está expuesto, para evitar la quiebra, a echar mano de recursos que muchas veces no impiden el desastre sino que lo aumentan; natural es, pues, que la ley señale un termino corto para que se haga la debida presentación de la quiebra”⁺⁺⁺ (subrayado fuera de texto).

Con base en lo anterior, se puede decir que el término de seis días beneficiaba al acreedor y al deudor, en la medida que el primero tenía poco tiempo antes de recurrir a la justicia de hecho, y el segundo no realiza actos en contra de los intereses del acreedor.

La declaración de quiebra podía ser solicitada por el quebrado o por el acreedor, según consta en el artículo 136 del Código de Comercio Terrestre daba la posibilidad de que la declaración de quiebra fuera solicitada por el quebrado o por el acreedor, así, “La declaración formal del estado de quiebra se hace por providencia judicial, a solicitud del mismo quebrado, o a instancia del acreedor legitimo, cuyo derecho proceda de obligaciones mercantiles.” (Subrayado fuera de texto).

Ahora, el hecho de que se permitiera la solicitud de la declaración del estado de quiebra por parte del deudor podría dar lugar a confusiones, al pensarse en la existencia de un factor subjetivo, en la medida que él mismo es quien acude a la justicia, sin embargo, este factor al admitir el autodiagnóstico del deudor, busca que éste se acoja a un proceso tempranamente y de manera preventiva antes que su situación empeore. Lo que muy por el contrario no ocurre aquí, ya que para solicitar la declaración de quiebra el deudor debe encontrarse en un estado de insolvencia, incurriendo por lo tanto en el cese de pago de sus obligaciones.

José Gabino Pinzón hace algunas críticas a la quiebra del Código de Comercio Terrestre original, manifiesta que la exigencia conjunta de la cesación en los pagos y de la insolvencia o incapacidad de cubrirlas “desfiguraba fundamentalmente la institución de la quiebra, porque, además de dificultar la comprobación del estado de quiebra aseguraba de antemano la inutilidad del proceso de ejecución, ya que este solo podía iniciarse cuando el deudor estaba en condiciones de no pagar, esto es cuando ya no podía conseguirse fácilmente la finalidad de pagarse a los acreedores”. O sea que, se desdibujó el sentido de la quiebra, pues muy seguramente, tal como lo plantea José G. Pinzón, el acreedor

⁺⁺⁺ CORTES Felix, *Comentarios al Código de Comercio Terrestre*. Tipografía moderna. Bogotá. 1933 Pág 67.

poco va a satisfacer sus intereses al estar insolvente el deudor, ya que este no le puede pagar aun bajo el proceso de quiebra.

5. DECRETO 750 DE 1940

ANTECEDENTES

Hasta el año de 1940 la institución de los concursos había estado regulada de forma muy deficiente por el Código de Comercio de 1887, es por esto que el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso a través de la Ley 54 de 1939, expide el decreto 750 de 1940 que en su artículo 51 deroga expresamente el Código de Comercio vigente hasta ese momento; este decreto o " Ley sobre quiebras"⁺⁺⁺ nuevamente hace referencia al concordato resolutorio, sustituyendo^{§§§} los artículos 121 a 181 del Código de Comercio Terrestre de 1869; así mismo, se ocupa de reglamentar por completo la institución de la quiebra^{****}.

La comisión revisora del Código de Comercio, presidida por Antonio Rocha, en la exposición de motivos al proyecto de ley sobre quiebras, manifestó las razones por las cuales se hizo necesaria la expedición de una nueva regulación de la materia, que derogó por completo el régimen anterior. Fundamentalmente se debió a las prácticas fraudulentas en las que estaban incurriendo los comerciantes, " (...) *las causas que llevan a la quiebra, y entre ellas el humano intento de defraudar a los acreedores por procedimientos conocidos ab-initio con el nombre de fraudes paulianos, sustrayendo del conjunto de bienes un patrimonio que queda a salvo a favor del comerciante y su familia*"⁺⁺⁺⁺ (subrayado fuera de texto).

Así, se habla de una desmoralización en el gremio de los comerciantes, "(...) *como lo pone de presente el clamor general de las cámaras de comercio, la desconfianza de los industriales y comerciantes de otros países para la provisión a crédito de mercancías y valores en Colombia, y el estado ya intolerable de burla y de sarcasmo que pregonan ciertas colonias de comercio minoritario, (...), respecto de la ineficacia de nuestra ley para sancionar la connivencia, el dolo y el fraude organizados en beneficio familiar o de las mismas colonias, (...) exige la*

⁺⁺⁺ Así se le conoce al Decreto 750 de 1940, tanto en el proyecto como en la exposición de motivos al mismo, se hace alusión a " Ley sobre quiebras ".

^{§§§} El artículo 51 del Decreto 750 de 1940 dispuso " *Quedan derogados el título V del libro I del Código de Comercio.*"

^{****} " (...) *el que ha de suministrar, a través de su desordenado e incompleto articulado, los elementos materiales y formales de la institución de la quiebra.*" ^{*****} PINZÓN, José Gabino. *Derecho Comercial*, Volumen 1 Cuestiones generales y quiebras. Editorial Temis. Bogotá.1957. Pág 361.

⁺⁺⁺⁺ Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. *Proyecto y exposición de motivos al proyecto de ley sobre quiebras*, año 1940, números 337 – 339, Pag 22.

necesidad de reaccionar con una legislación más eficaz, previsiva y drástica, que ejemplarice y moralice y que no sirva más de escudo para que la ley sea letra muerta y amparo y negocio de los deshonestos.⁺⁺⁺ (Subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que se buscaba contrarrestar esa situación de fraude a través de una norma más rígida, porque en últimas, el comportamiento de los comerciantes afectaba la economía del país ya que estaba creando desconfianza en el ámbito extranjero, haciendo que, como indica la exposición de motivos, se evitara la provisión a crédito de mercancías y valores en Colombia. Entonces, fue lógico crear un ambiente de seguridad al crédito^{§§§§} y por ende a quien los concede, o sea el acreedor; quien tiene derecho a ver satisfecha su acreencia.

Entonces la legislación nuevamente prescinde de regular la figura del concordato preventivo; en esta ocasión, la comisión encargada de elaborar este decreto alude a una razón eminentemente técnica para no regular la dicha institución, en cuanto a que existía duda sobre el momento en que debía concedérsele al deudor la posibilidad de proponerlo, **antes de cesar en el pago de sus obligaciones o dentro de un término contado desde la cesación**. La comisión consideraba que si se optaba por la primera opción podía perjudicarse al deudor llevándolo posiblemente a un estado de quiebra, y por otro lado si se adoptaba la segunda alternativa, se propiciaba un motivo más de mora y aplazamiento dentro del ya extenso procedimiento de quiebra, además de incumplirse la obligación del comerciante consistente en darle aviso al juez de su estado de cesación de pagos; obligación que consultaba, según la opinión de la comisión, no solo los intereses del deudor sino los del mismo comercio^{*****}.

Igualmente, este decreto introduce la figura del concordato suspensivo, estableciendo de esta manera la posibilidad de que acreedores y quebrado acordaran suspender transitoriamente el proceso de quiebra por medio de una solicitud al juez; permitiéndose así la restitución del status de comerciante a quien había sido declarado en quiebra, aunque esto no suspendía la investigación por hechos ilícitos anexos a su anterior estado de cesación de pagos, caso en el cual sería competencia del juez penal la investigación de los hechos, según lo contemplaba el artículo 13 de la normatividad.

REGULACIÓN NORMATIVA

De la Quiebra:

⁺⁺⁺ Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. (...) ob cit nota 13, Pag 23.

^{§§§§} " La comisión ha deseado dar seguridad al crédito, severidad en el castigo del fraude (...)".
Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. (...) ob cit nota 13, Pag 24.

^{*****} Revista del Colegio de Nuestra señora del Rosario, No. 337-338. p. 42, citado por GABINO PINZÓN, José. Derecho Comercial. Vol. I. Bogotá: Temis. 1957. p. 558.

Como ya se refirió, el decreto 750 de 1940, compuesto por 52 artículos, trata en su totalidad la institución de la quiebra, que ahora reformada por el decreto en mención; continuó en el Título Quinto del Libro Primero.

Con relación a los supuestos para entrar al proceso judicial de quiebra, que es el tema en estudio; el artículo 1 de dicho decreto, establece que “ *Se halla en estado de quiebra todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones (...)* ”⁺⁺⁺⁺

De la lectura del artículo se puede decir que son dos los supuestos que exigía la ley sobre quiebra, primero, el sobreseimiento de pagos por parte del comerciante, y segundo, una cualificación, ser precisamente comerciante. Sin embargo, José Gabino Pinzón agrega un tercer supuesto, la mercantilidad de la obligación.

Se omitió en dicho artículo referir acerca de hallarse en incapacidad actual y declarada de cubrir el pago corriente de las obligaciones.⁺⁺⁺⁺

Por otro lado, en la exposición de motivos de la ley sobre quiebras, dentro del acápite de las características que presentaba el proyecto, la primera hace referencia a esa cesación de pagos, y señala “*Se ha dado la manera fácil de probar la cesación de pagos, inclusive por presunciones en casos agudos reveladores de mala fe, como la fuga notoria o la venta de activos y cambios de nombre del comerciante sin dejar quien atienda el pasivo anterior*”^{§§§§}.

Con respecto al comentario último, es cierto que el Decreto 750 de 1940 en su artículo 10 acoge unas presunciones de cesación de pagos, manifestando antes que “ *Para declarar la quiebra sin iniciativa del deudor es indispensable que conste la cesación de pagos del quebrado. La cesación de pagos puede probarse sumariamente con letras y otros instrumentos negociables exigibles y no pagados, con cheques acompañados de constancia del girado sobre la falta de provisión para pagarlos, con declaraciones de nudo hecho, con certificación de autoridad, de cámara de comercio o de banco establecido en Colombia, y en general por todos los medios probatorios admitidos por la ley. (...)* ”

La declaración del estado de quiebra se hacía a solicitud^{*****} del deudor, del acreedor y de la Cámara de Comercio,⁺⁺⁺⁺⁺ recordemos que la anterior regulación

⁺⁺⁺⁺ El artículo 1 no varió al que se encontraba en el proyecto de ley sobre quiebras que dice “ Se halla en estado de quiebra todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones (...) ” Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. (...) ob cit nota 13, Pag 8.

⁺⁺⁺⁺ El que se haya omitido este aspecto no significa que no se exigiera la declaración, ya que una cosa es encontrarse en estado de quiebra, se refiere a una situación de hecho; y otra distinta es la declaración que hace el juez de dicho estado. El artículo 6 de la ley de quiebras, señala: “ *La declaración del estado de quiebra se hace judicialmente (...)* ”.

^{§§§§} “ Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. (...) ob cit nota 13, Pag 24.

^{*****} Artículo 6 del decreto 750 de 1940

⁺⁺⁺⁺⁺ Artículo 6 del decreto 750 de 1940

tan solo facultaba al deudor y al acreedor para hacer dicha solicitud; sin embargo, según la mencionada norma, cuando la solicitud provenía del acreedor y de la Cámara de Comercio, “ *para declarar la quiebra sin iniciativa del deudor ...* ” (Subrayado fuera de texto), era indispensable, entendido como obligatorio, que constara la cesación de pago del quebrado. Dicha constatación implicaba presentar una prueba sumaria⁺⁺⁺⁺⁺ de la cesación de pagos, a través de cualquiera de los medios indicados en el artículo o por otros medios legales,.

La Comisión Revisora del Código del Comercio en la exposición de motivos señala, “ *En el artículo 10 se propone la comisión a facilitar los medios de probar que el comerciante ha cesado en sus pagos, y para el efecto enumera por vía de ejemplo varios documentos que puede servir para este fin, y que ordinariamente están a manos de quien pretende obtener la declaración de quiebra* ” (Subrayado fuera de texto). Queda claro entonces que, existía libertad probatoria para obtener la declaratoria de quiebra a solicitud de un tercero no deudor y que, la lista incluida en la norma era enunciativa.

Ahora, posteriormente el mismo artículo 10 establece unas presunciones de cesación de pagos, estas son “*(...) los comerciantes que se fugan u ocultan, cerrando sus oficinas, establecimientos o almacenes, sin dejar personas que en su representación atiendan (sic?) sus negocios y cumpla (sic?) sus compromisos . Se presume asimismo cesación de pagos en el comerciante que mediante el cambio de nombre con que hace el comercio, enajenación del activo, transformación, fusión, absorción, deja de responder de sus obligaciones sin que su nuevo nombre o la firma que toma el activo por compra, transformación, fusión, absorción u otro procedimiento semejante, se haga expresamente cargo de todo el pasivo anterior*”^{§§§§§}.

Igualmente, la Comisión Revisora del Código de Comercio expuso sus razones para incluir conductas que dan lugar a la presunción indicada “*(...) Pretende así la Comisión impedir hasta donde sea posible, que esas maniobras reprobables se generalicen y acrecienten la desconfianza que poco a poco acabará con el crédito, que es la base principal del comercio*”^{*****}.

De nuevo, la Comisión deja ver su preocupación por reprimir las conductas del deudor, que afectan la confianza que el acreedor deposita en éste al concederle un crédito, y no se vean afectados sus derechos. Es así como al referirse a dichas presunciones manifiesta que con ellas se burlan los derechos de los acreedores, continuando los deudores con sus negocios fuera del alcance de aquellos, sin mayores peligros y a la vista del público.

+++++ Artículo 6 del decreto 750 de 1940

§§§§§ Artículo 10 Decreto 750 de 1940

***** Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. (...) ob cit nota 13, Pag 36.

La Ley se volvió más estricta y a la vez más objetiva, al punto que parte de presunciones que indican el cese en los pagos del comerciante, fruto de las conductas realizadas por éste en la búsqueda de su insolvencia.

Aquí, el sobreseimiento en el pago de las obligaciones también se entiende como un cese o incapacidad absoluta de realizarlo. Vale entonces, lo explicado sobre este punto en el análisis del Código de Comercio Terrestre de 1869, al cual los remitimos.

Con respecto al segundo de los supuestos para entrar al proceso judicial de quiebra, como es el de ostentar la calidad de comerciante, “(...) se funda en el carácter esencial de la institución de la quiebra”⁺⁺⁺⁺⁺. Este supuesto no varió, pues anteriormente se exigía igual calidad, además, para saber quién es comerciante se recurre de nuevo al artículo 9 del Código de Comercio que indica “se reputan en derecho comerciantes, todas las personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se ocupan ordinaria y profesionalmente en algunas o alguna de las operaciones que corresponden a esta industria”, entonces la calidad de comerciante se determina por la ejecución de actos de comercio.

Los autores del proyecto adoptado como decreto 750, dijeron con respecto al artículo 4⁺⁺⁺⁺⁺ del mismo, que este se explica “con saber que **el procedimiento de quiebra únicamente es aplicable a quienes ejercen el comercio y no a personas ajenas a él**”^{§§§§§§} (negrilla y subrayado fuera de texto). Claro es que, solo a quien según las normas de Comercio reúna los requisitos para ser catalogado como comerciante, se le aplica la ley sobre quiebras.

DOCTRINA

En este acápite se referirá especialmente al tercer supuesto que José Gabino Pinzón, denomina como “la mercantilidad de las obligaciones”^{*****}. Según este autor, la quiebra es una institución esencialmente mercantil por dos razones; la primera, la calidad de comerciante del deudor, y la segunda, por el carácter mercantil de las obligaciones cuyo pago ha cesado. El artículo 4 del Decreto 750 de 1940 establece “todo procedimiento sobre quiebra se ha de fundar en obligaciones comerciales, sin perjuicio a acumularse a él las deudas que por otro concepto tenga el quebrado”[”].

⁺⁺⁺⁺⁺ PINZÓN José Gabino, *Derecho comercial*. Volumen 1 Cuestiones generales y quiebras. Editorial Temis. Bogotá, 1957, Pag 379.

⁺⁺⁺⁺⁺ Este artículo reza “ Todo procedimiento sobre quiebra se ha de fundar en obligaciones comerciales, (...) ”

^{§§§§§§} Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. (...) ob cit nota 13, Pag 35.

^{*****} PINZÓN José Gabino. Ob cit nota 24 pag 335 - 336

Hay que diferenciar entre las obligaciones de los comerciantes⁺⁺⁺⁺⁺ que se “refieran a las operaciones mercantiles” y “las contraídas por personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”, según José Gabino Pinzón, se debe advertir que son solamente las primeras las que pueden servir de fundamento a una declaración de quiebra.

Dejando claro que, ambas son operaciones mercantiles, sin embargo como para que se declare la quiebra se requiere que el deudor sea comerciante, las obligaciones del segundo grupo⁺⁺⁺⁺⁺, no pueden configurar esta declaración, si dejan de cumplirse oportunamente. Es el caso de una persona que asegure una obligación mercantil sin tener la calidad de comerciante, no se le podía adelantar proceso de quiebra en caso que cesará en el pago de las obligaciones que como fiador adquirió, ni aunque sea codeudor o haya pacto de solidaridad con el deudor, porque faltaba uno de los supuestos necesarios de la acción, cual es ser comerciante.

Entonces, la mercantilidad de la obligación como supuesto para ser declarada judicialmente la quiebra, se fundamenta en la conexión que existe entre la obligación mercantil y el ser comerciante. Por lo que la mercantilidad de la obligación no era suficiente para dicha declaratoria, pues la condición principal radicaba en tener la calidad de tal.

COMENTARIOS

Una primera cuestión importante es entender que el Decreto 750 de 1940 o Ley de quiebras lo que busca es devolver la confianza en el crédito, protegiéndole de tal forma que desarrolla una norma más rígida, implementando una serie de medidas para hacerle frente a las maniobras fraudulentas en las que estaban incurriendo los deudores para evadir el pago de la acreencias, desconociendo los derechos de sus acreedores.

Y no es para menos, ya que como la misma Comisión Revisora del Código de Comercio manifiesta en varias oportunidades, el crédito es parte esencial del comercio, así, se hacía necesario implementar una normatividad que evitara un colapso en la economía del país, en caso de que el crédito se contuviera con base en la desconfianza que por la época reinaba en las relaciones mercantiles.

Ahora, teniendo en cuenta la relación inescindible acreedor – crédito, la protección al segundo hace que en última, se proteja de igual manera al primero, en la medida que a quien le interesa que éste no se desconozca es al acreedor.

⁺⁺⁺⁺⁺ El artículo 21 del Código de Comercio Terrestre reza “ Son asimismo actos de comercio todas las obligaciones de los comerciantes no comprendidas en el presente artículo , que se refieran a operaciones mercantiles , y las contraídas por personas no comerciantes, para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales ”

⁺⁺⁺⁺⁺ Aquellas cuya conexión con actos de comercio es solo indirecta, a través de las obligaciones aseguradas.

Sin embargo, esta protección se extrema, al punto que el deudor se convierte en un sospechoso permanente de la ley de quiebras, pues el que se esté atento a su comportamiento no debería implicar que se le juzgue bajo el entendido de un factor “peligrosista”^{§§§§§§§§}, como ocurría con esta ley. Tanto así, que la quiebra se clasifica en culpable e inculpable ^{*****}, pero en todo caso existe una presunción de quiebra culpable, que le corresponde al deudor desvirtuar, “(...) *el quebrado deberá demostrar la ausencia de culpa*”^{††††††††}.

Los supuestos para entrar en quiebra no variaron, se exige cesar en el pago de las obligaciones y ser comerciante, bajo el mismo entendido de la regulación anterior.

Cuando el deudor cesa en sus pagos tiene la obligación, al igual que en el régimen anterior, de ponerlo en conocimiento del juez de su domicilio dentro de los seis días siguientes a aquel en que hubiere cesado el pago,^{††††††††} para proceder a declarar su estado de quiebra. De nuevo^{§§§§§§§§} se responde a un criterio objetivo, pues hay lugar a la declaratoria de quiebra por una circunstancia externa que pone en evidencia una situación difícil del deudor, cual es la cesación de pagos. Sin embargo, consideramos que la simple cesación de pagos no pone en evidencia la situación real en que se encuentra el deudor, en este aspecto la norma es vaga pues no establece una condición más precisa de lo que se puede entender por cesación de pagos, ni ningún otro elemento relevante para establecer el verdadero estado de crisis.

“Esta norma refleja la rigidez de la que se habló con anterioridad, a favor de los acreedores, sus créditos y la economía, colocando a los deudores en inferioridad ya que es seguro que aunque no se encontraran en una situación crítica, como los que están ilíquidos se les daba inicio a un proceso de quiebra en caso de incurrir en una de las presunciones que relaciona el artículo 10, y a pesar que se trataban de presunciones de cesación de pagos, no todas se fundamentaban en conductas que llevaran directamente a pensar en dicha cesación, porque mas que ser de este tipo, eran presunciones de comportamientos fraudulentos por parte de los comerciantes deudores”^{*****}.

Ahora, es cierto que para la redacción del Decreto 750 de 1940 se tuvo en cuenta la realidad comercial de la época, en la que sobresalía la conducta fraudulenta de algunos deudores, sin embargo, las presunciones que se han mencionado se apresuran en señalar la mala fe del comerciante deudor bajo unas conductas, que si bien pueden estar inmersas en ese supuesto también puede que no lo estén.

§§§§§§§§ Haciendo una analogía con el derecho penal, en donde bajo el entendido de este postulado, hoy en día revaluado, se incriminaba al individuo por una cualidad suya. En nuestro caso, la cualidad era ser deudor.

***** Artículos 2 y 3 del Decreto 750 de 1940.

†††††††† Inciso final, artículo 2 del Decreto 750 de 1940.

†††††††† Artículo 3 del Decreto 750 de 1940

§§§§§§§§ En el Código de Comercio Terrestre de 1869 también respondía aun criterio objetivo.

***** PINZÓN José Gabino. Ob Cit nota 24 pag. 361

Tal como se presentaba dicha situación, la normatividad no se acomodaba a la naturaleza propia de la quiebra, que comúnmente se entiende como una situación económica insostenible, porque la persona ya no cuenta con ningún tipo de respaldo financiero. Por el contrario, como ya se expresó; se declara en quiebra a un sujeto que posiblemente no se encontraba en cesación de pagos. Pero, si se buscaba asegurar el pago del crédito antes de que el deudor se insolventara; a propósito consideramos que se debieron prever otros mecanismos, digamos que cautelares, para evitar dicha conducta; y no hacer de la quiebra una medida cautelar.

Por último, cabe anotar que la doctrina,⁺⁺⁺⁺⁺⁺ manifiesta como la institución de la quiebra cayó en desuso: “(...) Esta complejidad del derecho de la quiebra, es lo que ha dificultado la interpretación de la legislación vigente⁺⁺⁺⁺⁺⁺, especialmente por las graves deficiencias técnicas de que ésta adolece. Y esa mala interpretación, que es casi general e increíble algunos aspectos, es lo que a hecho de la quiebra una institución en desuso, ya que los civilistas – que han impedido (...) el mismo desarrollo del derecho comercial - se limitan generalmente a ser simples terceristas en ejecuciones comunes contra comerciantes que, en razón de su condición de profesionales del comercio, están legalmente sometidos a un procedimiento distinto y a sanciones especiales de carácter penal”.

6. DECRETO 2264 DE 1969

ANTECEDENTES

Ante el fracaso de las diferentes comisiones designadas con la finalidad de revisar el Código de Comercio vigente, el Gobierno Nacional celebra un acuerdo por el término de dos años con una comisión que se encargaría de elaborar un proyecto de Código de Comercio. Posteriormente, el decreto 750 de 1940 es declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 29 de mayo de 1969 por vicios de forma; ante esta situación, el gobierno nacional pone en vigencia mediante decreto 2264 de 1969, el título 1° del libro VI del Proyecto de Código de Comercio de 1958, elaborado por la comisión. Constituyéndose este decreto, como diría HILDEBRANDO LEAL, en “la piedra angular de los concordatos en Colombia”^{§§§§§§§§}.

Esta nueva regulación constaba de 99 artículos, de los cuales veinte se referían a los concordatos preventivos en sus modalidades potestativo y obligatorio,

⁺⁺⁺⁺⁺⁺ PINZÓN José Gabino. Ob Cit nota 24 pag. 361

⁺⁺⁺⁺⁺⁺ La legislación vigente ra el Decreto 750 de 1940

^{§§§§§§§§} LEAL PEREZ, HILDEBRANDO. Los Procesos Concursales y los Acuerdos de Reestructuración Empresarial. Bogotá: LEYES. 2001. p. 60.

introduciéndose por primera vez en nuestra legislación esta figura en el artículo 2° de la citada disposición, al establecerse: *“El comerciante que tema cesar en el pago corriente de sus obligaciones podrá dirigirse al Juez competente para conocer del proceso de quiebra en solicitud de tramitación de **concordato preventivo** con sus acreedores (...)”* (negrillas fuera de texto). Sin embargo se sigue dejando en cabeza del juez la competencia para conocer del trámite de esta figura.

Merecen recordarse los antecedentes de este decreto. En el Proyecto inicial elaborado en el año de 1954 se exigía, en cuanto a los concordatos preventivos, el cumplimiento de ciertas condiciones objetivas para acceder a este mecanismo, como el poseer bienes suficientes para el pago de sus acreencias; con lo cual se pretendía que el establecimiento de esta clase de convenios facilitara un pago efectivo de las obligaciones, sin que con ello se propiciara la prolongación de un estado de insolvencia del deudor, que en últimas repercutiría negativamente en los intereses de los acreedores y más bien constituyera una herramienta para el favorecimiento del buen comerciante, que a pesar de encontrarse en dificultades económicas para atender oportunamente sus obligaciones, desea dar cumplimiento a las mismas.

De igual forma, a este proyecto lo inspiró la idea de darle a la tramitación del concordato preventivo una agilidad que se adecuara a sus objetivos, evitando así el establecimiento de trámites innecesarios que entorpecieran su normal desarrollo, con lo cual se vería obstaculizado injustificadamente el tráfico comercial, más aún cuando existe una verdadera voluntad de las partes de dar cumplimiento a lo convenido. Por este motivo, surge la idea de encomendarle el trámite de estos convenios preventivos a las Cámaras de Comercio, tomando como fundamento la Ley 28 de 1931 que en su articulado establece, entre las funciones legales de estas instituciones, la de *“prestar sus buenos oficios a los comerciantes que lo soliciten para hacer arreglos entre acreedores y deudores (...)”*. Esta idea es retomada, como lo veremos más adelante, por los integrantes de la comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio del año de 1958.

Posteriormente en el año de 1958 se integra una nueva comisión encargada de elaborar un nuevo proyecto de Código de Comercio. Esta comisión a fin de superar los obstáculos que afrontó la comisión redactora del Decreto 750, que desembocaron en la no reglamentación del concordato preventivo, encuentra en el artículo 2222 del proyecto la forma de dar solución a dichos inconvenientes, al establecer que: *“solo pueden ser admitidos a la celebración del concordato preventivo los comerciantes que sean merecedores de ese beneficio, en razón de sus antecedentes personales y de la forma en que puedan asegurar el pago de sus obligaciones, sea porque tengan activos suficientes, o porque den garantías reales o personales a sus acreedores, o porque éstos tengan plena confianza en el deudor”*, retomando los postulados que inspiraron a la comisión del año de 1954.

Con esto, según la comisión, se ofrecían dos ventajas: “un estímulo para el buen comerciante, que cuando las condiciones de sus negocios no le permitan atender oportunamente sus compromisos, puede evitar un juicio que no sólo puede afectar su posición comercial, sino que puede llevar a la realización de sus activos en circunstancias desfavorables para él y para sus acreedores y representa, al mismo tiempo, una medida de protección para los acreedores, ya que éstos pueden, en armonía con su deudor, tomar medidas enderezadas a facilitar el pago de sus créditos o la seguridad de los mismos, pues la liquidación o la ruina del deudor no es siempre la mejor defensa de los acreedores^{*****}”.

Más adelante, la comisión continúa refiriéndose a las ventajas que ofrece esta figura dentro del ordenamiento jurídico al considerar, que “no puede desconocerse la ventaja que implica para la misma economía nacional esa protección de la empresa o actividad organizada del comerciante, que en caso de circunstancias adversas de los negocios, si es persona que merezca o deba merecer la confianza o crédito de sus acreedores, no se ve condenada irremisiblemente a la liquidación, sino que puede subsistir en beneficio de la economía y sin que por ello se afecten gravemente los derechos de los acreedores⁺⁺⁺⁺⁺”. La comisión pone nuevamente en evidencia la inutilidad que suponía limitar la aplicación de esta figura, por considerarse que podía afectar los intereses generales del comercio y con ello los de los propios acreedores; claro, con una limitante, que establece la misma reglamentación, atinente a la exigencia de ciertas calidades que debe reunir el comerciante que quiera acceder a dicho mecanismo. Con esto la comisión reglamenta, lo que a nuestro entender es un precedente de lo que hoy la ley 550 de 1999 regula como mecanismos de recuperación, en donde se buscan soluciones que no solamente salven al deudor sino a la empresa y con ello se beneficie a la economía en general. Este es un avance muy importante en la materia, porque hasta ahora estos mecanismos se habían consagrado únicamente en función del deudor, sin tener en cuenta el efecto que en la economía de un país tiene la liquidación de una empresa, que acarrea no solo una pérdida para el empresario sino para todos aquellos sujetos que tienen una relación con éste, lo que hoy llamamos efecto multiplicador en la economía.

El proyecto le encomienda nuevamente la misión de la dirección, aprobación y vigilancia del acuerdo a las Cámaras de Comercio⁺⁺⁺⁺⁺, dándole continuidad a lo ya establecido en el proyecto de 1954 pero con importantes mejoras, constituyendo este un verdadero antecedente legislativo de la desjudicialización de los concursos de acreedores, pues se establece la posibilidad de delegar funciones que le correspondían de manera privativa al juez, a entidades que aunque de naturaleza privada desarrollan, por expresa autorización legal, ciertas

***** COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Proyecto de Código de Comercio. Tomo II. Bogotá, Julio de 1958, p. 667-668.

+++++ Ibid., p. 668.

+++++ En este punto la Comisión aclara, que es evidente que a unas Cámaras de Comercio como las actuales no podrían atribuirse dichas funciones y que el proyecto estaría en este sentido, condicionado hasta cierto punto a una reforma substancial de la organización y régimen de las Cámaras de Comercio.

funciones públicas. Aunque con la salvedad de que es el juez quien principalmente ejercería dichas funciones, como ya vimos.

El proyecto nuevamente se refiere al concordato que se tramita dentro del proceso de quiebra y que se dirige a suspender los efectos del mismo, es decir el denominado concordato suspensivo, al determinarse en el Capítulo VIII “Del concordato dentro del Proceso”, en su artículo 70 que: *“Vencido el término que tienen los acreedores para hacerse parte en el proceso, el síndico, el quebrado o cualquier número de acreedores que represente el cincuenta por ciento o más de los créditos reconocidos, podrán pedir al juez que convoque a reuniones generales de los acreedores y del quebrado, con miras a celebrar concordato. El juez deberá convocar a dichas reuniones cuantas veces se le solicite; los miembros de la Junta Asesora podrán concurrir a ellas (...)”*. Aunque suspende el procedimiento, se establece la salvedad de que podrá reabrirse el juicio si el concordato no es cumplido o si por la ocurrencia de nuevas circunstancias en relación con el quebrado o con sus bienes, resulta imposible su cumplimiento. Como se puede observar no se trata más que de un mecanismo que busca aliviar transitoriamente al acreedor, pero igualmente no abandona su naturaleza judicial.

REGULACIÓN NORMATIVA

Artículo 2.222: “El comerciante que haya suspendido o vaya a suspender el pago corriente de sus obligaciones podrá solicitar se le admita a la celebración de un convenio o concordato con sus acreedores si concurren en su favor las siguientes condiciones:

1. Tener activos por valor del doble, por lo menos, del total de sus deudas, o si es inferior el valor de tales activos, ofrecer garantías reales o personales satisfactorias para asegurar el pago íntegro de sus obligaciones, o estar coadyuvada la petición por no menos de la tercera parte de los acreedores relacionados en el inventario que debe presentar el deudor, siempre que dicha mayoría represente el ochenta por ciento de los créditos. por lo menos.
2. No haber sido sancionado por delitos, contra la propiedad, la fe pública, la economía nacional, la industria y el comercio, o por actos de competencia desleal, contrabando y usurpación de derechos sobre la propiedad industrial.
3. Estar cumpliendo debidamente sus obligaciones legales en cuanto al registro público de comercio y a la contabilidad de sus negocios
4. No haber sido declarado anteriormente en quiebra, o habiéndolo sido, haber sido legalmente rehabilitado.
5. No haber sido admitido antes a la celebración de concordatos preventivos o, habiéndolos celebrado, haberlos cumplido satisfactoriamente”.

DOCTRINA

Como lo dice el autor Hildebrando Leal Perez en su libro “ *Contratos Mercantiles*”, en este proyecto de Código de Comercio se exigían ciertas condiciones relacionadas con el pago del deudor, teniendo siempre presente que el concordato además de ser útil para el deudor lo es también para los acreedores. Por lo anterior se exigía, según el artículo 2.222 anteriormente citado en su numeral primero, que el deudor tuviera bienes suficientes para el pago, para facilitarlos, por ejemplo en los casos de suspensión de pagos producidos por razón de la iliquidez que ha sido más o menos crónica en la vida comercial colombiana; y a falta de esos bienes, que se ofrecieran garantías reales o personales suficientes y satisfactorias, o que la solicitud fuera coadyuvada por la tercera parte, por lo menos, de los acreedores relacionados en el inventario presentado por el deudor, siempre que esa mayoría representara no menos del ochenta por ciento de los créditos. Lo anterior refleja que el proyecto contenía unas condiciones objetivas exageradas que debía reunir el deudor que quisiera acogerse a la celebración de un concordato con sus acreedores, que más que ser un medio de facilitar la insolvencia del deudor, era un instrumento legal de regulación de un pago posible.

La regulación contenida en el proyecto favorece a la economía nacional en el sentido que protege a la empresa, ya que en caso de que pase por circunstancias desfavorables en sus negocios no se ve amenazada a ser liquidada, sino que puede subsistir en beneficio de la economía y sin que ello implique menoscabo a los derechos de los acreedores.

COMENTARIOS

La regulación de concordato contenida en este proyecto se inspira en un criterio mixto, ya que como lo dice el Art. 2222: “*El comerciante que haya suspendido o vaya a suspender el pago corriente de sus obligaciones podrá solicitar se le admita a la celebración de un convenio o concordato con sus acreedores...*” (el subrayado es nuestro). Lo anterior indica que no solo el deudor que haya cesado en los pagos a sus acreedores puede acogerse a la figura de concordato, sino también aquellos que teman incurrir en esta situación.

1. En cuanto a los derechos de los acreedores a pedir, ya sea la ejecución singular sobre los bienes del deudor, o la ejecución colectiva, el concordato preventivo es una medida de favor que otorga la ley al buen comerciante que esté atravesando por una difícil situación económica. Por lo anterior la solicitud del concordato es un derecho que solo le corresponde al deudor por cuanto es él, quien conoce de la situación de sus negocios.
2. El permitir que los acreedores, titulares de un determinado porcentaje de los créditos puedan impetrar el concordato o coadyuvar la solicitud de un comerciante cuando no reúna los requisitos que se exigen en el artículo 1910 del Código, hace que se atente contra el interés general de la comunidad que espera el respeto por la normatividad al respecto; además se podría llegar a premiar al comerciante deshonesto y el concordato

preventivo dejaría de ser prerrogativa del comerciante honorable. Con lo anterior, un interés privado subsanaría la omisión de cumplir deberes que la ley prescribe

Por último, los principales propósitos que inspiraron la iniciativa del concordato preventivo, en materia de presupuestos del concurso, se alteraron de la siguiente forma:

1. La eliminación de las condiciones objetivas, contempladas en el numeral primero del artículo 2.222, que se exigían para llevar a cabo la celebración del concordato. Esto es, tener activos por valor del doble, por lo menos, del total de sus deudas, o si es inferior el valor de tales activos, ofrecer garantías reales o personales satisfactorias para asegurar el pago íntegro de sus obligaciones, o estar coadyuvada la petición por no menos de la tercera parte de los acreedores relacionados en el inventario presentado por el deudor, siempre que dicha mayoría represente por lo menos el ochenta por ciento de los créditos.
2. La introducción de la figura del concordato obligatorio para las sociedades comerciales citadas en el Art. 1928 del Código de comercio.

Lo anterior se verá reflejado en la regulación contenida en el actual código de comercio como a continuación estudiaremos.

7. CÓDIGO DE COMERCIO DE 1971

ANTECEDENTES

En el año de 1971 mediante decreto 410 se promulgó el Código de Comercio y se sustituye el decreto 2264 de 1969; derogándose en el artículo 2033 las normas existentes sobre la materia, al determinarse: *“Este código regula íntegramente las materias contempladas en él. Consiguientemente, quedan derogados el Código de Comercio Terrestre y el Código de Comercio Marítimo adoptados por la ley 57 de 1887, con todas las leyes y decretos complementarios o reformativos que versen sobre las mismas materias (...).”*

Dicha normatividad se ocupa, a partir del artículo 1910, de reglamentar por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el concordato preventivo en sus dos modalidades potestativo y obligatorio, dentro del Libro Sexto, títulos primero y segundo, respectivamente; modificando de forma sustancial el proyecto del año de 1958, en tres aspectos, a saber: En primera medida elimina la exigibilidad de condiciones objetivas que junto al cumplimiento de ciertas condiciones personales conformaban los requisitos para acudir a un mecanismo de concordato preventivo, lo que en opinión de los doctrinantes fue un gran error, en razón a que dicho requisito constituía una medida sana no solo para el deudor sino para los mismos

acreedores, quienes acudirían a celebrar un convenio sobre una empresa en la que era aún posible su salvación; en lugar de esto, se limitó el estudio de los requisitos a simples condiciones personales del deudor; lo cual, en la mayoría de los casos, en lugar de posibilitar un arreglo favorable para las partes, se convertía en una herramienta de fraude a los acreedores, pues el deudor al entrar en concordato ya no podría ser objeto de medidas de carácter individual. Como segunda medida, se introduce el concordato obligatorio para las sociedades comerciales establecidas en el artículo 1928. Finalmente, se establece el conocimiento del proceso por los mismos jueces competentes para conocer de la quiebra.

De la misma forma, se introduce la competencia de la Superintendencia de Sociedades para conocer del concordato preventivo obligatorio, con lo cual se abrió paso a una controversia sobre la naturaleza de estos concordatos, así como de la de los actos que esta corporación emitía; discusión que solo hasta la expedición de la Constitución de 1991 se resolvió de manera definitiva.

Esta reglamentación presentó enormes deficiencias lo que llevó a la elaboración de una diversidad de proyectos que buscaban su reforma.

REGULACIÓN NORMATIVA

Del Concordato Preventivo Potestativo

Art. 1910: “El comerciante que haya suspendido o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, podrá solicitar se le admita a la celebración de un convenio o concordato con sus acreedores, si concurren en su favor las siguientes condiciones:

1. Estar cumpliendo debidamente sus obligaciones legales en cuanto al registro mercantil y a la contabilidad de sus negocios
2. No haber sido sancionado por delito contra la propiedad, la fe pública, la economía nacional, la industria y el comercio, o por actos de competencia desleal, contrabando y usurpación de derechos sobre la propiedad industrial
3. No haber sido declarado anteriormente en quiebra o habiéndolo sido, hallarse legalmente rehabilitado
4. No haber sido admitido antes a la celebración de concordatos preventivos o, habiéndolos celebrado, haberlos cumplido satisfactoriamente;
5. No estar legalmente sujeto a concordato preventivo obligatorio o a liquidación administrativa forzosa, y
6. Estar autorizada la solicitud conforme a los estatutos cuando el deudor sea una sociedad”.

Del Concordato Preventivo Obligatorio

Art. 1928: “Las sociedades comerciales sometidas al control de la superintendencia de sociedades que tengan un pasivo externo superior a cinco millones de pesos o mas de cien trabajadores permanentes y que no estén comprendidas en las excepciones indicadas en el artículo 1935, no podrán ser declaradas en quiebra sino cuando se hayan agotado los trámites del concordato preventivo sin haberlo celebrado, o cuando este no haya sido cumplido, conforme a lo previsto en el capítulo anterior”.

Para una mayor comprensión del contenido del artículo anterior, se transcribirá a continuación el artículo 1.935:

Art. 1.935: “ Lo dispuesto en este título no se aplicará a los establecimientos de Crédito, cualquiera que sea su denominación, a las compañías de seguros, a las sociedades administradoras de inversión, a las sociedades de capitalización y ahorro y a las demás que estén sometidas a un régimen especial de liquidación administrativa, las cuales no estarán sometidas a concordato preventivo ni a la declaración de quiebra”.

Del Concordato Resolutorio

Art. 1.989: “Las decisiones que fueren objeto del concordato solo podrán adoptarse con el consentimiento del deudor y el voto favorable de acreedores aceptados que representen no menos del ochenta por ciento del valor de los créditos reconocidos.

Los créditos por salarios y prestaciones sociales no se tomarán en cuenta para determinar la mayoría indicada, pero si fueren exigibles, deberán ser pagados antes de ejecutar cualquier decisión concordataria.

Si hubiere obligaciones condicionales o sometidas a litigio, en el concordato se harán las reservas correspondientes para atender a su pago en caso de exigibilidad.”

De La Quiebra

Art. 1.937: “Se considerará en estadio de quiebra al comerciante que sobresea en el pago corriente de dos o mas de sus obligaciones comerciales.

La muerte del deudor o su retiro del comercio hallándose en cesación de pagos, no impedirán la declaración de quiebra, pero esta no podrá pedirse sino dentro del año siguiente a la muerte o retiro.

Las sociedades mercantiles podrán ser declaradas en quiebra hasta el vencimiento del año siguiente a la fecha de la inscripción de su liquidación en el registro mercantil”.

DOCTRINA

Siguiendo al profesor Horacio Montoya Gil en su libro: “*De los concordatos y la quiebra de los comerciantes*” vamos a dividir nuestro estudio en dos partes. Primero trataremos los presupuestos del concordato; el concordato preventivo en sus dos modalidades: preventivo y obligatorio así como también el resolutorio, y como una segunda parte estudiaremos los presupuestos de la quiebra.

Del Concordato Preventivo Potestativo

La iniciativa para proponerlo la tiene únicamente el comerciante deudor, con las excepciones establecidas en la ley. Esta legitimación para promover el concordato no la tienen todos los comerciantes por el solo hecho de encontrarse en dificultades económicas. Es indispensable que se den y comprueben determinados requisitos de orden personal y moral por parte del deudor que se quiera acoger a este beneficio. Se debe tratar de comerciantes que hayan cumplido cabalmente con los deberes que la ley le impone, como son: estar inscrito en el registro público, llevar contabilidad al día, no haber sido sancionado por cometer determinados delitos, estar rehabilitados si antes habían sido declarados en quiebra, haber cumplido el concordato anterior en caso de haberlo celebrado, etc. El Código ha reservado este beneficio a los comerciantes honorables y diligentes.

A continuación se analizará el contenido del artículo 1910 del Código de Comercio anteriormente transcrito:

En primer lugar tenemos que: “*El comerciante que haya suspendido o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, podrá solicitar se le admita a la celebración de un convenio o concordato con sus acreedores, si concurren en su favor las siguientes condiciones (...)*”.

Como podemos ver el primer enunciado del artículo contempla dos supuestos de hecho, los cuales son que “*haya suspendido*” o “*tema suspender*”; el alcance de cada uno es distinto, ya veremos porque. La expresión “*haya suspendido*” implica un hecho objetivo, es decir, el comerciante se encuentra en una situación en la que dejó de cumplir con el pago corriente de sus obligaciones, es un hecho concreto que sus acreedores dejaron de recibir el pago de sus acreencias por parte del deudor-comerciante, esta situación en la que se puede ver inmerso el comerciante se denomina “cesación de pagos”, que es el resultado de encontrarse en una situación en la que no cuenta con los recursos necesarios para el oportuno cumplimiento de sus obligaciones, pero esta situación debe ser producto de una situación de iliquidez, es decir que no tenga los recursos en un momento determinado pero que los pueda generar más adelante, pues de nada serviría prolongar la agonía de una empresa incapaz de generar los activos necesarios para el pago de sus obligaciones, es decir una empresa que incumple por un estado de insolvencia, y no de iliquidez, que implica no tener recursos en un momento determinado pero tiene la posibilidad de generarlos más adelante; este punto lo desarrollaremos detenidamente posteriormente.

Por otro lado tenemos la expresión “*tema suspende*”, la cual denota una situación en la que el comerciante puede estar cumpliendo con sus obligaciones, pero basándose en hechos concretos supone que más adelante puede verse inmerso en una situación de cesación de pagos. Este supuesto es un gran beneficio para el comerciante, pues no tiene que esperar a verse en medio de una situación de cesación en los pagos para acogerse a la celebración de un concordato, sino que también cuenta con la posibilidad de acogerse a esta figura, cuando tema de manera fundada el hecho de que más adelante puede encontrarse en una situación de cesación de pagos, con respecto a sus obligaciones mercantiles. Como actos de comercio el Código de Comercio refiere:

Art. 20._ Son mercantiles para todos los efectos legales:

1o) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;

2o) La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos;

3o) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés;

4o) La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos;

5o) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones;

6o) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos;

7o) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;

8o) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras;

9o) La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje;

10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;

- 11) Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados;
- 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, y
- 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.

Siguiendo con el análisis del artículo, podemos ver que el mismo contiene 6 numerales, los cuales se explicarán a continuación:

1. Estar cumpliendo debidamente sus obligaciones legales en cuanto al registro mercantil y a la contabilidad de sus negocios.

Este es un requisito que responde a la obligación que debe cumplir todo comerciante. No obstante este requisito ha sido criticado en cuanto a que el concordato es un procedimiento para el comerciante y el registro no es el que le imprime tal calidad, por lo tanto no debería exigirse. En cuanto al término para proceder al registro nada se dice, lo cual indica que puede hacerse en cualquier momento siempre que se haga antes de formular la solicitud. Lo mismo puede decirse de la contabilidad.

2. No haber sido sancionado por delito contra la propiedad, la fe pública, la economía nacional, la industria y el comercio, o por actos de competencia desleal, contrabando y usurpación de derechos sobre la propiedad industrial

En este acápite se comenta que el legislador se quedó corto en la enumeración de los delitos que impiden la celebración del concordato, pues dejó por fuera otros

igual o más graves que los enunciados, y que también son atentatorios del patrimonio.

3. No haber sido declarado anteriormente en quiebra o habiéndolo sido, hallarse legalmente rehabilitado.

Parece haber sospecha en un comerciante que ya haya sido declarado en quiebra, es por esto que el legislador le quitó el beneficio del concordato. Claro que frente a los comerciantes honestos que se han rehabilitado del estado de quiebra, la ley es condescendiente y le permite que soliciten el concordato. La rehabilitación procede cuando median causales de irresponsabilidad y de justificación del hecho consagrados en el Código Penal; por el transcurso del tiempo (10 años contados a partir de la fecha de la sentencia); y luego de haber cumplido todas sus obligaciones y cumplido la condena. Con lo anterior se reconoce que el comerciante rehabilitado ya no ofrece desconfianza ni peligro alguno a la comunidad, por lo tanto es deber del Estado asegurarle que pueda continuar con su vida normal.

Se dice que la ley debería imponerle sanciones más drásticas al comerciante que reincida, impidiéndole la posibilidad que vuelva a ejercer el comercio.

4. No haber sido admitido antes a la celebración de concordatos preventivos o, habiéndolos celebrado, haberlos cumplido satisfactoriamente;

El concordato se entiende como un beneficio a los comerciantes honorables, no sería de recibo otorgarle tal beneficio al comerciante que no cumpla el concordato que ha celebrado con sus acreedores

5. No estar legalmente sujeto a concordato preventivo obligatorio o a liquidación administrativa forzosa.

Dependiendo de la calidad que tenga el deudor, se aplicará lo regulado en el artículo 1910 o 1928 del código de comercio anteriormente citados; Ya que si el deudor reúne las calidades que regula el artículo 1928, estará sujeto a la celebración de este concordato no del concordato preventivo regulado en el artículo 1910 del Código de Comercio.

6. Estar autorizada la solicitud conforme a los estatutos cuando el deudor sea una sociedad

Si se trata de una persona jurídica es necesario que en sus estatutos se contemple la posibilidad de celebrar concordatos, ya que ésta solo puede realizar aquellos actos o contratos que le están permitidos por la ley o los estatutos, a diferencia de la persona natural que puede hacer todo lo que no le esté prohibido.

Del Concordato Preventivo Obligatorio y Liquidación Forzosa Administrativa

Las sociedades indicadas en el artículo 1928 del Código de Comercio, y por aplicación extensiva de estas normas las empresas comerciales del Estado y las de economía mixta, quedaron sometidas a esta figura en caso de que suspendan o teman suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles.

En cuanto a los presupuestos que deben concurrir para que una sociedad quede sometida al concordato obligatorio, están los siguientes:

- a) Que la sociedad esté sometida al control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.
- b) Que tenga un pasivo externo superior a cinco millones de pesos.
- c) Que tenga más de cien trabajadores permanentes.
- d) Que no esté comprendida entre las excepciones consagradas en el Art. 1935 del Código de Comercio.

Hay que tener presente que es indispensable que se trate de una sociedad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, y que no esté comprendida dentro de las excepciones; es suficiente que tenga un pasivo externo superior a cinco millones de pesos o más de cien trabajadores permanentes a su servicio, no es necesario que estas dos últimas circunstancias concurren, pues con la sola presencia de una es suficiente.

Se resuelve el interrogante acerca de si por el hecho de darse los presupuestos del Art. 1928 la Superintendencia se encuentra obligada a tramitar el concordato. Respecto de esto se dice que: “Este artículo hay que entenderlo teniendo en cuenta todas las disposiciones que regulan el concordato, es decir tanto las normas que regulan el potestativo como las que regulan el obligatorio, así lo prescribe el Art. 1928 y el Art. 1930 que ordenan al superintendente tramitar el concordato preventivo obligatorio en la forma y terminos previstos en el capitulo que regula el concordato preventivo potestativo. De tales preceptos se puede concluir que no es suficiente que la sociedad sometida a vigilancia tenga un pasivo externo superior a cinco millones de pesos o mas de cien trabajadores, para que la superintendencia esté obligada a tramitar el concordato preventivo obligatorio cuando la sociedad o cualquier acreedor se lo solicite (Art. 1929 C de Co.) es necesario que se cumpla con los requisitos exigidos por el Art. 1910 del Código de Comercio excepto los numerales 2, 5 y 6 se exceptúa el numeral 2 ya que las sociedades comerciales no pueden ser sujeto activo de delito, sin perjuicio de la responsabilidad penal de los administradores de la misma ; en cuanto al numeral 5, según el cual para tramitar un concordato se requiere no estar legalmente sujeto a concordato preventivo obligatorio o a liquidación forzosa administrativa, se deduce que este requisito no se refiere a las sociedades de las que habla el Art. 1928, ya que alude a sociedades que no se encuentran sometidas a inspección estatal, ya que si se trata de sociedades controladas, debido a la obligatoriedad de celebrar el concordato antes de que sea llevada a la quiebra, no es necesario

que el tramite del concordato este previsto en sus estatutos para que se pueda llevar a cabo.”§§§§§§§§§§

Por lo anterior, es necesario que el comerciante cumpla con los requisitos establecidos en los numerales 1, 3 y 4 del Art. 1910 del Código de Comercio.

Del Concordato Resolutorio

De conformidad con el artículo 1.989 anteriormente citado, son presupuestos para la validez del concordato los siguientes:

1. Que el deudor, en forma expresa, acepte las cláusulas del acuerdo.

Esto tiene una razón lógica, y es que él siendo una de las partes del convenio debe expresar su consentimiento.

2. Que el acuerdo sea votado favorablemente por un número de acreedores aceptados que representen no menos del ochenta por ciento (80%) del valor de los créditos reconocidos.

Cuando el Código se refiere a “*créditos reconocidos*” podría entenderse que como el reconocimiento solo puede hacerse en la sentencia, los créditos que se reconocen cuando ya se ha dictado sentencia no quedarían cobijados por este beneficio.

3. Que el convenio tenga el carácter de general y no implique exclusión de algún acreedor reconocido, o su indiscriminación injustificada.

Se ha considerado que estas decisiones no tienen el carácter de general cuando con ellas se rompe el principio igualitario de los acreedores, cuando las mayorías quieren imponerse a las minorías, acordando privilegios en perjuicio de los más débiles económicamente en el concurso. Todas estas circunstancias debe tenerlas presente el juez antes de aceptar o negar el acuerdo, ya que para el juez no es obligatorio aceptar el acuerdo, a pesar de que se reúna la votación necesaria.

De lo anterior podemos concluir que a diferencia del concordato preventivo, en el resolutorio nos encontramos con que la situación de dificultad económica, en este caso la insolvencia del deudor, la conoce un juez quien será el encargado de aprobar o no el acuerdo o convenio entre el deudor y sus acreedores con miras a solucionar el estado de quiebra y suspender temporalmente el proceso *****.

§§§§§§§§§§ Auto OC-0193 de Abril 14 de 1.980.
***** Artículo 1.988 del Código de Comercio.

Ningún proceso busca aniquilar al deudor, es por esto que el de quiebra puede suspenderse si deudor y acreedor celebran un acuerdo para superar dicho estado, acuerdo que tendrá que ser aprobado por el juez quien velará por el interés de las partes.

De la Quiebra

Los presupuestos del estado de quiebra son los supuestos de hecho que deben darse para la constitución jurídica de ese estado mediante declaración judicial. Estos son de dos categorías: de fondo y formales o procesales. Los primeros, que van a ser objeto de nuestro estudio, se refieren a las condiciones de orden sustantivo indispensables para la declaración, y los segundos a la competencia del juez y demás aspectos formales.

Para que proceda la declaratoria de quiebra es necesario que aparezcan establecidos los siguientes supuestos de hecho:

- a. Calidad de comerciante en el presunto quebrado.
- b. Suspensión o cesación de pagos.
- c. La cesación de pagos debe provenir de obligaciones mercantiles.

a. Calidad de comerciante.

Desde cuando se empezó a regular la quiebra se consideró como una institución de carácter mercantil, aplicable únicamente a quienes ejercían el comercio como su profesión habitual; tal como se contempla en el Artículo 1.942 del Código: “Para declarar la quiebra deberá acreditarse plenamente la calidad de comerciante en el deudor (...)”.

Aunque en la mayoría de los estatutos vigentes se contempla la calidad de comerciante como uno de los presupuestos para la declaratoria de quiebra, en los últimos tiempos se ha visto una tendencia a ampliar su aplicación a toda clase de deudores ya sean civiles o comerciales. Hoy todas las actividades que tienen que ver con la economía se inspiran en un criterio mercantilista, y no se ve razón para que tengan que adoptarse procesos ejecutivos concursales diferentes. El interés colectivo se manifiesta en toda ejecución colectiva, no importa que el deudor sea o no comerciante⁺⁺⁺⁺⁺..

b. Suspensión o cesación de pagos

Es posible que una persona en un momento determinado no se halle en condiciones de solventar sus deudas debido a múltiples circunstancias. Ese

⁺⁺⁺⁺⁺ Horacio Montoya Gil, en su obra “De los concordatos y la quiebra de los comerciantes”. Pag 157.

estado, cuando se traduce en un efectivo no pago de las obligaciones, se denomina “cesación de pagos”.

El antiguo Código de Comercio, en su Art. 121, exigía como presupuesto para poder declarar la quiebra probar la insolvencia del deudor, ya que se decía que se consideraba en estado de quiebra a todo comerciante que sobreseyera en el pago corriente de sus obligaciones, y se hallase en incapacidad actual y declarada de hacerlo. Como la prueba de la insolvencia era demasiado difícil, los redactores del decreto 750 de 1.940 introdujeron al sistema un cambio de criterio y adoptaron el de “cesación de pagos”, la cual se ha considerado como un preámbulo entre la vida corriente y normal del comerciante y su estado anormal de quiebra.

La incapacidad económica para cubrir las obligaciones era un estado del deudor difícil de probar, ya que los comerciantes al verse en esta situación acudían a diferentes procedimientos tal como es el de llevar doble contabilidad, ocultando así su verdadera realidad económica. Es por esto que en el moderno derecho comercial, la sola demora en cumplir oportunamente las obligaciones, se considera como sospechosa e indicativa de que algo anormal se está presentando en el patrimonio del deudor.

En el artículo anteriormente transcrito se dice que el presupuesto es que el comerciante “sobresea en el pago”, nada dice acerca de si debe ser insolvente y mucho menos consagra la obligación de probarlo; claro que para que prospere la declaratoria de quiebra y no otra cosa, como la celebración de un concordato, es necesario que el motivo que lleve al comerciante a una cesación de pagos sea la impotencia de su patrimonio para satisfacer sus obligaciones, es decir que se encuentre en una situación de insolvencia y no de iliquidez. A continuación se precisarán estos dos conceptos: Insolvencia es “la incapacidad de pagar una deuda”; iliquidez hace referencia a “la falta de dinero en caja o de bienes fácilmente convertibles en dinero”*****

Al respecto señala Broseta: “(...) la insolvencia presupone un estado o una situación patrimonial de carácter especial en la que se encuentra el deudor en cuya virtud no puede satisfacer a sus acreedores, en el momento en el que éstos pueden exigirle el cumplimiento de sus obligaciones.” Y como lo afirma Ferrara: “Es insolvente no solo el deudor que no puede pagar a ningún acreedor, sino también el que puede pagar a unos dejando insatisfechos a otros acreedores, el que puede pagar todas las deudas pero sólo parcialmente, o quien puede pagarlas íntegramente, pero en un momento distinto a de su vencimiento.” Por lo anterior, puede afirmarse que la insolvencia es una especial situación patrimonial del deudor que afecta a todos sus acreedores, y que lleva al incumplimiento de sus obligaciones total o parcial al momento de su vencimiento. No sobra decir que en el moderno derecho comercial no basta con poder pagar, sino que es necesario pagar al vencimiento.

***** Diccionario De La Lengua Española..

La insolvencia puede ser provisional o definitiva. Es provisional la que transitoriamente impide pagar al deudor debido a una situación de iliquidez, a pesar de que el valor de sus bienes (normalmente no dinerarios) supera al de sus deudas. Será definitiva cuando el valor total de los bienes del deudor es inferior al importe de sus deudas, de tal modo que con sus bienes patrimoniales propios le es imposible cumplir puntualmente sus obligaciones. Cuando es provisional, es porque el deudor está atravesando una simple situación de iliquidez, mientras que en el segundo caso, la situación del deudor es de déficit.

La distinción de estos dos conceptos proviene de las ordenanzas de Bilbao, pasando de allí al Código Español de 1.929 que aplica la quiebra cuando la situación sea la insolvencia del deudor, y la cesación de pagos para la iliquidez. En nuestro Código se distingue entre el comerciante que cesa definitivamente en sus pagos (insolvente) y aquel otro que solo cesa temporalmente por una circunstancia pasajera (atrasado).

La suspensión o cesación de pagos, como presupuesto de la acción de quiebra, esta consagrada en el artículo 1.937 del código, en el cual se exige que esta cesación se debe predicar de dos o mas obligaciones mercantiles: “(...) *que sobresea en el pago de dos o mas de sus obligaciones comerciales (...)*”

c. La cesación de pagos debe provenir de obligaciones mercantiles.

Otro de los presupuestos para la procedencia de la acción proquiebra hace referencia a la cesación de pagos de obligaciones de naturaleza mercantil, tal como se contempla en los arts. 1.937 y 1.940 del Código. Art. 1937: “Se considerará en estado de quiebra al comerciante que sobresea en el pago corriente de dos o mas de sus obligaciones mercantiles...” Art. 1.940: “La declaración de quiebra puede pedirse por el acreedor de una o mas obligaciones mercantiles...” (el subrayado es nuestro).

El hecho de que se exija el carácter mercantil de las obligaciones sobreseídas no obstaculiza la concurrencia de las obligaciones civiles. Por lo anterior, la quiebra tiene carácter de universal, es por esto que dice el Art. 1945: “La declaración judicial de la quiebra conlleva (...)”. “La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo, sean comerciales o civiles...”

Lo anterior, porque nuestro ordenamiento restringe la aplicación de la quiebra solo para quienes tengan calidad de comerciantes, y como la profesión solo afecta al sujeto y no al motivo del crédito, tanto las obligaciones civiles como mercantiles pasan a formar parte de la masa pasiva del comerciante, con la sola limitación de que la cesación de pagos debe provenir de una pluralidad de obligaciones de carácter mercantil. Es decir una vez declarada la quiebra, debido a la cesación de pagos de dos o más obligaciones mercantiles, todas las obligaciones del comerciante van a entrar a ser satisfechas en lo posible, sean civiles o mercantiles.

COMENTARIOS

I. La regulación en el actual Código de Comercio sobre concordato y quiebra difiere en los siguientes puntos:

- 1) Respecto del concordato podemos ver la aplicación de un criterio mixto, en la medida que da la posibilidad tanto al deudor que ha suspendido el pago de sus obligaciones mercantiles como al que tema suspenderlas, de celebrar un concordato con sus acreedores evitando así una declaratoria de quiebra. En cuanto a la regulación de quiebra se parte del presupuesto objetivo que el comerciante cese en el pago de sus obligaciones mercantiles, para que proceda su declaratoria.
- 2) El concordato supone una suspensión el pago de las obligaciones debido a una situación de iliquidez por parte del deudor; en cambio, en la quiebra se habla de una suspensión en el pago por motivo de insolvencia definitiva del deudor. En otras palabras, la insolvencia que da lugar a la suspensión de pagos, puede ser temporal o definitiva, la provisional supone siempre iliquidez y la definitiva implica déficit o inferioridad del activo frente al pasivo del deudor. En Colombia, una situación de iliquidez conduce al concordato y una situación de insolvencia definitiva conlleva a la declaratoria de quiebra.

II. El concordato es un procedimiento a través del cual se busca un acuerdo entre el deudor quien se encuentra en un estado de crisis patrimonial, y sus acreedores con el fin de prevenir la quiebra, tratándose de un concordato preventivo, o de recuperarse de ella, tratándose del resolutorio, de tal manera que dicha situación resulte menos lesiva para el deudor, acreedor y para el interés general, refiriéndose aquí a la empresa como unidad económica vital, fuente de trabajo y de creación de riqueza.

8. DECRETO 350 DE 1989

ANTECEDENTES

Por medio de la ley 51, promulgada el 21 de noviembre de 1988, el Congreso le otorga facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar lo concerniente a los concordatos preventivos, en sus modalidades potestativo y obligatorio, establecidos en el Título primero del Libro Sexto del Código de Comercio; para ello se integró una comisión de siete miembros a fin de estructurar una nueva reglamentación para la materia.

Dentro de la exposición de motivos^{§§§§§§§§§§§§} que realizó la comisión para justificar la reforma del régimen vigente, cabe destacar lo referente a que: “El procedimiento es largo; prácticamente no tienen término reuniones con los acreedores. No existe un control eficaz para la empresa y para los actos del deudor. Nuestra ley no extiende la responsabilidad a los socios o a las sociedades dueñas, cuando éstas o aquellos tienen responsabilidad en la situación económica de la empresa, hay fallas en los mecanismos, se exigen muchos documentos que no tienen sentido ni valor, se permite el abuso del derecho”. Y continúa diciendo: “Este sistema traiciona la razón de ser del concordato y en el fondo no es más que la disposición maliciosa de los bienes del comerciante en favor de algunos acreedores y en detrimento de otros que deberán reclamar sus derechos ante un deudor que cuando entre a dialogar con ellos no tendrá más que historias y promesas para pagar sus deudas”. Es evidente la inconformidad imperante dentro de la doctrina en general con el sistema concordatario vigente, se considera que el procedimiento establecido no responde adecuadamente a las necesidades cambiantes del comercio, siendo obsoleto para afrontar los problemas del día a día. Como diría la comisión: “la principal falla de nuestra legislación, está en que su orientación no encuadra en las concepciones modernas del sistema concursal”.

Se empieza a evidenciar un cambio en la mentalidad frente a la función que cumple el concordato, en donde ya no se busca un objetivo individual de protección al deudor sino que, como se afirma en la exposición de motivos, “hoy se admite que el concordato está establecido para proteger la supervivencia de la empresa. Defendiendo ésta, el Estado defiende sus mercados. El número de las empresas, disminuye la competencia. La supervivencia de la empresa está por encima de los intereses del deudor y del acreedor. Con la defensa de la empresa se defiende el proceso productivo, se protege el nivel de empleo en una economía. Los problemas que afectan a una empresa grande, desde el punto de vista de la actitud de los demás agentes productivos, pueden ser traumatizantes para la economía en general”. Es decir, se busca la protección de la empresa como unidad económica esencial para el desarrollo de cualquier sociedad.

Como resultado de las labores de la comisión, se reglamentó lo concerniente al concordato resolutorio y preventivo en sus modalidades potestativo y obligatorio; en donde se sustituye la figura del “comerciante” como sujeto del concordato por el de “empresa”, al considerarse este un término que se acogía más a la finalidad de la institución, la cual buscaba soluciones que trascendían del ámbito individual (acreedor – deudor) al del mundo del comercio y la economía mundial. Pero igualmente se desliga el concepto empresa de la persona del empresario, estableciéndose esta de forma independiente a los sujetos individualmente considerados.

^{§§§§§§§§§§§§} Exposición de motivos de la Ley 51 de 1988, proyecto de ley número 79 de 1987 “por medio de la cual se confieren facultades al Gobierno Nacional para modificar el Libro VI del Código de Comercio (Decreto 410 de 1997)”.

Se le delega por completo en esta reglamentación, el conocimiento de los concordatos preventivos obligatorios a la Superintendencia de Sociedades, con excepción de lo correspondiente a las acciones revocatorias cuyo conocimiento sigue en cabeza del juez Civil del Circuito.

Finalmente, se cambia la expresión “*suspensión de pagos*” por “*imposibilidad*” para cumplir con las obligaciones mercantiles como presupuesto del concordato, entendiéndose por imposibilidad “*el estado de crisis financiera de la empresa, su iliquidez transitoria o temporal*”*****.

REGULACIÓN NORMATIVA

Artículo 1: “Todo empresario sujeto a la ley comercial que se encuentre imposibilitado para cumplir con sus obligaciones mercantiles, o tema razonablemente llegar a dicho estado, podrá solicitar la admisión al trámite de un concordato preventivo potestativo (...)”

Artículo 48: “Estarán sometidas al trámite del concordato preventivo obligatorio:

1. Las sociedades comerciales sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y que tengan un pasivo externo superior a la tercera parte del valor de sus activos, incluidas las valorizaciones o más de 100 trabajadores permanentes a su servicio.

No obstante, cuando se trate de sociedades comerciales que se encuentren sometidas a dicha inspección y vigilancia exclusivamente por voluntad de sus socios o accionistas, además de las condiciones exigidas en el presente inciso, será necesario que hayan estado en tal situación durante todo el año anterior a la solicitud del concordato;

2. Las sociedades de economía mixta con aportes estatales superiores al cincuenta por ciento del capital social;
3. Las empresas industriales y comerciales del Estado.

Las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado a que se refiere este artículo no podrán ser declaradas en quiebra. Cuando no pueda celebrarse concordato, o este sea aprobado o no se cumpla, serán disueltas y liquidadas por la Superintendencia de Sociedades conforme a las reglas prevista en el Código de Comercio para la liquidación de sociedades por acciones (...).”

DOCTRINA

***** Hildebrando Leal Pérez, “*Concordatos Mercantiles*”, pag. 4.

Respecto del concordato preventivo de la quiebra, podemos ver que son tres los presupuestos del concordato preventivo: Que quien lo solicite tenga la calidad de empresario; que haya o pueda haber incumplimiento de obligaciones mercantiles; el carácter mercantil de las obligaciones.

a) Ser empresario

En la anterior legislación de concordato se hablaba de comerciante, entendiendo por este, las personas naturales o jurídicas “(...) *que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles (...)*”⁺⁺⁺⁺⁺ mientras que ahora se habla de empresario, tomándolo como titular de la empresa, la cual está concebida legalmente como “(...) *toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios(...)*”^{#####}.

Respecto de este cambio de denominación en el sujeto hay que tener en cuenta que se presentan las siguientes imprecisiones:

1. Al ejecutivo se lo facultó para que legislara sobre el concordato preventivo de la quiebra, y en ninguna parte la ley tiene prevista la declaratoria de quiebra para el empresario, la regula para el comerciante tal como lo podemos ver en los Arts. 1937 y ss del Código de Comercio Actual, y que se analizaron en su oportunidad.
2. La Ley no dice que el término comerciante se asimila al de empresario.
3. La Ley no define el concepto de empresario, tampoco consagra la manera de probar esta calidad. Lo que si nos dice es que la empresa se desarrollara a través de uno o varios establecimientos de comercio. Por lo anterior, habrá que argumentar que el concordato preventivo de la quiebra lo celebran los comerciantes, que los empresarios son comerciantes y tienen empresa, y que la prueba de su calidad radica en tener establecimientos de comercio.

A pesar de lo anterior la comisión redactora del decreto, aclaró que por “*empresario*” debería “(...) *entenderse tanto las personas naturales como jurídicas que tengan la calidad de comerciante (...)*”^{#####}.

Identificado de esta manera el sujeto, habrá que estudiar si es de aquellos que se halla imposibilitado para cumplir sus obligaciones mercantiles o que teme razonablemente incurrir en dicho estado, para con esto saber si es de aquellos que puede solicitar la admisión del concordato preventivo de la quiebra.

⁺⁺⁺⁺⁺ Código de Comercio, Artículo 10.

^{#####} Código de Comercio, Artículo 25.

^{#####} *Antecedentes de la nueva legislación de concordatos preventivos*. Superintendencia de Sociedades, Ediciones Medio Siglo, Bogotá, 1989, tomo I, pag.36, y tomo II, pag. 3.

b) Que haya o pueda haber incumplimiento de sus obligaciones mercantiles.

En el derogado artículo 1910 se hacía referencia al hecho de haber suspendido o temer suspender el pago de sus obligaciones, situación que se conoce con el nombre de “cesación de pagos”. Y en el decreto se habla de “imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones”.

Lo anterior trae importantes cambios en los presupuestos del concordato. Porque no es lo mismo hablar de cesación de pagos que de imposibilidad en el cumplimiento de los mismos, el segundo es más general en cuanto abarca tanto la situación de suspensión de pagos como la cesación de los mismos. La cesación de pagos, “es la situación en que se encuentra el comerciante o empresario desde el momento en que deja de cumplir una o varias obligaciones mercantiles”^{*****}. Comúnmente se habla de suspensión de pagos respecto de los comerciantes, cuyo activo no es inferior al pasivo, y aún así no pudieron cumplir sus obligaciones de manera puntual. En estricto sentido, la suspensión de pagos no es lo mismo que la cesación de los mismos. Porque la cesación hace referencia a una situación de incumplimiento definitivo, mientras que la suspensión se refiere a un incumplimiento temporal de las obligaciones del comerciante. En cuanto a la primera tenemos que se presenta cuando el comerciante aún teniendo activos superiores a sus pasivos no cumple con sus obligaciones de manera puntual, es decir, se presenta un incumplimiento temporal, ya que el hecho de no cumplir puntualmente no implica que este imposibilitado para hacerlo después. Mientras que si se encuentra en estado de cesación de pagos, el incumplimiento es definitivo, no está en posibilidad de cumplir con su obligación en ningún momento. Cuando se da la cesación en estos términos estamos frente a un estado de insolvencia, que es aquel estado propio del deudor a quien le es totalmente imposible atender el pago de sus obligaciones.

Por lo anterior, el estado de insolvencia definitiva o de cesación de pagos no puede confundirse con el estado de suspensión, ya que mientras el primero es duradero y permanente, el del segundo puede ser temporal, relacionado con la suspensión de pagos.

Como se ha señalado, la normatividad derogada consagra la “suspensión de pagos” como presupuesto del concordato preventivo. Con el Decreto se cambia la denominación a “imposibilidad de cumplir con las obligaciones mercantiles”. Con esta nueva denominación se abarcan muchas más situaciones para que prospere la solicitud del concordato. Lo anterior por cuanto “(...) la imposibilidad no solo abarca la suspensión, sino también la cesación de pagos”⁺⁺⁺⁺⁺. Lo anterior tiene su razón de ser:

***** Hildebrando Leal Pérez, en su libro “Concordatos Mercantiles”. Pag 63.

+++++ Hildebrando Leal Pérez, en su libro “Concordatos Mercantiles”. Pag. 63

- La imposibilidad es una calidad de lo imposible, lo que materialmente no se puede hacer. Por lo anterior, la cesación y suspensión de pagos, bien pueden quedar inmersas en este criterio. Parece que la nueva legislación lo abarca en el fenómeno de la imposibilidad. En desarrollo de esta idea hay que decir que la “cesación de pagos” es un estado de hecho, el cual consiste en la imposibilidad del deudor de cumplir con el pago de sus obligaciones, que sirve de fundamento para crear una situación de derecho que es la declaratoria judicial de este estado.

Estamos frente a una situación de cesación de pagos, cuando el deudor se encuentra en imposibilidad de atender el pago de sus obligaciones. De lo anterior surge el concepto de insolvencia “(...) como el estado jurídico del patrimonio impotente para satisfacer las deudas vencidas y las que están por vencerse (...)”*****.

Entonces, la cesación de pagos es un estado de hecho, que se expresa por la imposibilidad de un patrimonio para hacer frente a las obligaciones, por lo tanto es la respuesta a un estado de insolvencia definitiva. Cuando la insolvencia se manifiesta externamente, como es dejando de cumplir las obligaciones, la fuga del deudor, el cierre intempestivo de sus establecimientos de comercio, estamos en presencia de cesación de pagos. La ocurrencia de un solo hecho de los anteriormente citados u otros, puede significar el estado de insolvencia. Hay que tener presente que no todo incumplimiento se equipara a cesación de pagos, ya que en muchas ocasiones los incumplimientos del deudor no son debidos a su impotencia patrimonial sino por otra causa.

En conclusión, la cesación de pagos no es sinónimo de suspensión de los mismos. La cesación de pagos es un estado definitivo y en ocasiones irremediable, en este evento, estamos frente a un estado de insolvencia definitiva, es decir el estado propio del deudor a quien le es totalmente imposible cumplir sus obligaciones. Por lo anterior no es lo mismo hablar de incumplimiento que de estado de insolvencia, ya que el primero puede ser temporal, transitorio, mientras que el segundo es duradero y permanente, tal como se explico anteriormente. Por esto el estado de insolvencia no puede confundirse con el estado de incumplimiento.

Los comisionados que redactaron el decreto dedicaron prolongados debates para diferenciar los términos de “insolvencia” e “iliquidez” y entre “cesación” y “suspensión”, pero optando finalmente por la expresión “incumplimiento de obligaciones mercantiles”, por considerar que esta abarca mas situaciones en las que se puede encontrar una empresa en dificultades.

- c) Que las obligaciones sean mercantiles.

***** Hildebrando Leal Pérez, en su libro “Concordatos Mercantiles”Pag. 64.

Las obligaciones que incumpla o tema incumplir deben ser de naturaleza mercantil.

Como sabemos las obligaciones pueden ser de naturaleza civil o mercantil, y el empresario puede contraer cualquiera de estas dos obligaciones, pero solo respecto del incumplimiento de las obligaciones de carácter mercantil procede el concordato preventivo de la quiebra.

Lo que interesa aquí es saber qué obligaciones tienen el carácter de mercantil. Para ello nos remitimos al artículo 20 del Código de Comercio actual, ya que tienen el carácter de mercantil, las obligaciones que recaen sobre actos u operaciones enunciados en este artículo; en cuanto a los actos que no son mercantiles tenemos el Art. 23 del mismo Código, que hace una lista expresa de los mismos.

Todos los actos realizados por comerciantes, para ejecutar, para realizar actividad mercantil, que no sean de los enumerados en el Art. 23, también son comerciales, ya que se tiene la presunción de que estos actos se ejecutan para poder adelantar la actividad mercantil, y por lo tanto deben ser considerados como actos de comercio.

Teniendo en cuenta lo anterior, otro criterio que se plantea para señalar la mercantilidad en las operaciones, es la calidad de comerciante. Según el Art.10 del Código: *“Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupen en alguna de las actividades que la ley considera como mercantiles”*. Entonces es comerciante quien se dedique profesionalmente a la realización de actos mercantiles. Respecto de las personas naturales hay que entrar a estudiar si ha ejecutado actos mercantiles de forma profesional, es decir haciendo de esta actividad una profesión habitual. Esto se dificulta. Claro que nuestro Código consagra una presunción de que es comerciante quien está inscrito en el registro mercantil, quien tiene establecimiento abierto al público, etc., pero de todas maneras falta indagar si realiza la actividad en forma profesional y no ordinaria. Se repite, la prueba no es fácil, lo que hay que observar en cada caso es si la persona hace del ejercicio de estos actos un verdadero modo de vida, si se dedica de manera permanente al ejercicio de los actos que la ley señala como mercantiles. Una vez comprobada que la persona está haciendo del ejercicio de los actos mercantiles una profesión, estamos frente a una de las formas que indican la mercantilidad en las operaciones.

En caso de que se trate de personas jurídicas las cosas se facilitan mucho más, ya que en el objeto de la sociedad se señala claramente cual es su actividad. Entonces si la actividad es de las enunciadas en el Art. 20 del Código de Comercio actual, la sociedad será mercantil. Por lo anterior, solo es necesario consultar los estatutos para saber cual es su objeto social y por ende si su actividad es mercantil o no.

Del Concordato Obligatorio:

El nuevo régimen de concordato obligatorio actualizó los presupuestos del trámite, ya que establece que esta modalidad es para las sociedades que además de estar sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, tengan un pasivo externo superior a la tercera parte del valor de los activos, incluidas las valorizaciones, o más de 100 trabajadores permanentes a su servicio.

Los presupuestos para acogerse a este concordato son:

1. Ser una sociedad comercial sujeta a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

Este presupuesto obedece a la importancia que se le da a la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, hasta el punto que el legislador ordenó su sometimiento obligatorio a la celebración de un concordato preventivo de la quiebra, ya que los efectos de esta traerían graves consecuencias para la economía nacional.

Respecto de este punto el decreto también somete a concordato obligatorio a las sociedades comerciales que se encuentren sometidas a dicha inspección y vigilancia exclusivamente por voluntad de sus socios. Aquí es importante hacer una observación. Con el amparo de la legislación anterior no fueron pocos los casos de sociedades que decidieron pedir de manera espontánea la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades con el único propósito de quedar sujetas a concordato obligatorio y dilatar los procesos de ejecución en su contra, como también cualquier declaratoria de quiebra. Por lo anterior es que en el decreto se dice que no procederá la obligatoriedad del concordato sino un año después de producido el sometimiento.

2. Que tengan un pasivo externo superior a la tercera parte del valor de sus activos, incluidas las valorizaciones, o más de cien trabajadores permanentes a su servicio.

Estos dos criterios de ponderación obedecen a un capricho legislativo, como en el régimen anterior que se exigían más de cien trabajadores o cinco millones de pasivo.

En cuanto a la exigencia de tener un pasivo externo superior a la tercera parte del activo, es más una voz de alerta respecto de la situación económica de la empresa, que el hecho de que la misma no pueda cumplir por encontrarse en esta situación. Teniendo en cuenta que la empresa es núcleo esencial de la economía, el legislador prefirió prevenir o mitigar las consecuencias nocivas que representa la insolvencia de una empresa, ya que no dispuso que ésta se encuentre en un estado donde sus pasivos sean superiores a sus activos, sino que sean superiores a la tercera parte de sus activos; este requisito nos deja ver claramente el interés del legislador por proteger a la empresa cuya situación incida directamente en la

economía nacional. Otro ejemplo claro de este interés lo encontramos en el requisito de que la empresa debe tener más de 100 trabajadores; esta exigencia debe entenderse en el sentido que se protege a la empresa de gran tamaño cuya situación influye directamente en la economía del país. Por lo anterior, para que proceda la celebración de un concordato preventivo obligatorio es necesario que tenga un pasivo externo superior a la tercera parte del valor de sus activos y esté vigilada por la Superintendencia en mención, y se debe entender como un elemento ajeno el de los cien trabajadores, ajeno porque éste no se necesita para que proceda el concordato, basta con los dos anteriores.

Por otro lado, en el artículo que estamos estudiando no se exige que la empresa se encuentre imposibilitada o tema razonablemente llegar a dicho estado, como si se exige en los presupuestos del concordato preventivo; simplemente debe estar sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y tener un pasivo superior a la tercera parte de sus activos.

COMENTARIOS

1. En el decreto se conserva la aplicación de un criterio mixto respecto del concordato preventivo potestativo, en la medida que tanto el empresario que haya incumplido como el que tema incumplir con sus obligaciones, puede acogerse a la celebración de un concordato preventivo de la quiebra. No sucede así con el concordato preventivo obligatorio, ya que en los presupuestos no se contempla dicho requisito, como se dejó anotado anteriormente.
2. Se habla de incumplimiento de obligaciones mercantiles, incumplimiento que puede ser temporal o permanente, haciendo referencia en el primer caso a una situación de suspensión, y en el segundo a una situación de cesación de pagos.
3. Si bien es cierto, en este decreto encontramos una regulación protectora de la empresa como fuente de trabajo y capital, tomando como sujeto al “*empresario*” como titular de la misma, creemos que el haber reemplazado el término “*comerciante*” por “*empresario*” fue algo improvisado. En la medida que la ley en ninguna parte asimila estos términos o les da el mismo tratamiento, haciendo que se presenten inconsistencias como es la que se establece el concordato preventivo de la quiebra para los empresarios, cuando la quiebra solo procede para comerciantes. Bien sabemos que las facultades otorgadas al ejecutivo solo fueron para legislar sobre el concordato no sobre la quiebra, esto no es razón para que se legisle sin mantener una armonía y concordancia entre las disposiciones de la quiebra y concordato.
4. El concordato preventivo se constituyó para tutelar a la empresa, entendida esta como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo.

Esta protección presenta unas variaciones importantes, pues será de mayor grado para empresas a las cuales el legislador les ha dado una importancia especial hasta el punto de ordenar que su sometimiento al trámite no dependa de la voluntad del empresario sino de la ley. Lo anterior, porque tratándose de grandes empresas se tiene en cuenta el efecto de “concatenación de patrimonios”. Este consiste en que si la empresa se encuentra en una mala situación económica, esta no va a ser la única afectada, ya que esta situación también va a producir efectos sobre los demás patrimonios. Esto lo podemos evidenciar con un ejemplo: Si una empresa debido a su mala situación económica cesa en sus actividades, es decir, deja de adquirir materia prima, producir y distribuir, esta situación no solo la va a afectar a la empresa sino a otras que se encuentran relacionadas económicamente con la misma, ya que estas la proveían de materia prima, o le compraban lo que producía; también se ven afectados sus trabajadores, porque en este caso la empresa muy seguramente recurrirá a despidos masivos, viéndose involucradas también sus familias, y así sucesivamente hasta afectar a un gran número de la población colombiana. Con lo anterior pretendemos mostrar al lector, que cuando una empresa se encuentra en dificultades económicas no es la única perjudicada, sino que su crisis va a producir un efecto sobre otros sectores de la cadena productiva, por virtud del efecto de concatenación de patrimonios. Es por esto que el legislador prevé una protección de mayor grado a esta clase de empresas, consagrando para ellas la celebración de un concordato preventivo obligatorio. Y será de menor grado si el trámite depende de la voluntad del empresario siempre y cuando se cumplan unos requisitos mínimos señalados en la ley para la admisión al concurso.

9. LEY 222 DE 1995

ANTECEDENTES

El proyecto de la ley 222 de 1995 es el resultado del trabajo desarrollado por la Superintendencia de Sociedades en asocio con un grupo de expertos en Derecho Mercantil, y con la colaboración de algunos gremios como la ANDI y las Cámaras de Comercio.

Este proyecto implica la reforma al actual código de comercio expedido en 1971, en materia de sociedades y procedimientos concursales; abarca de manera integral lo relacionado con los principales sujetos que intervienen en la vida mercantil, es decir, regula su relación desde su nacimiento, funcionamiento y hasta su extinción. No sobra decir que el régimen de sociedades contenido en el Código de Comercio de 1971 fue bastante bueno y fue de gran utilidad durante el

tiempo que estuvo vigente, pero debido a que siempre van a existir circunstancias constitucionales, económicas y de hecho cambiantes con el pasar del tiempo que hacen indispensable la elaboración de un nuevo régimen en esta materia, acorde con la realidad del país.

Como se dijo anteriormente, se reconoce la eficacia de la regulación contenida en el Código de Comercio de 1971 en lo referente a los procesos concursales, lo anterior, por cuanto introdujo la figura del concordato como mecanismo de protección y recuperación de las empresas. A raíz de las implicaciones tan graves que el proceso de quiebra generaba al comerciante, se concluyó que debía establecerse un proceso que le permitiera al empresario de buena fe presentar junto con sus acreedores una fórmula de salvación de la empresa. Lo anterior se dio no como una forma de proteger a la empresa, entendida esta como unidad de explotación económica, sino como consecuencia del modelo estatal y económico proteccionista del momento, en donde el Estado debía estar presente en la regulación de las relaciones con los particulares, supliendo de esta manera la voluntad del particular; puesto que se consideraba que así se protegía sus derechos. En cambio con el decreto 350 de 1989, se protege a la empresa pero con otro fundamento, esto es la importancia que implica la empresa en la economía nacional, puesto que esta se concibe como aquella unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, con importantes repercusiones en la economía de un país.

Debido al actual modelo económico y a la necesidad de agilizar el desarrollo del comercio mediante la eliminación de formalidades innecesarias y la participación activa de los particulares en la regulación de las relaciones que entre ellos surgen y con ocasión de la existencia de un contrato social, se hace necesaria e imperiosa la reforma al régimen societario del país.

Lo anterior por cuanto que una legislación societaria que no atienda las necesidades del comercio no cumple una función adecuada dentro de un Estado de Derecho; por lo cual se hace necesario que el Estado adopte políticas y mecanismos de protección y conservación de la empresa que le permitan una recuperación garantizando su existencia.

La Constitución de 1991 introdujo unos principios que modificaron las funciones de los diferentes órganos del Estado; permitiendo de esta manera una mayor participación de los particulares en la actividad económica, sujetándose a unos principios establecidos en el ordenamiento jurídico; es así como el artículo 333 de la Constitución Nacional contiene los lineamientos que deben regir la actividad económica en Colombia, en donde se destaca la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia; por otro lado, podemos ver que se consagra a la empresa como base del desarrollo y con una función social importante, lo cual justifica una protección mayor y el fortalecimiento de mecanismos recuperatorios como el concordato. Lo anterior por cuanto no es suficiente permitir el fácil acceso a constituir empresa, sino también generar mecanismos que permitan su conservación. Debido a la importancia que implica la función social que cumple la

empresa en materia de desarrollo económico y como fuente de empleo exige que se establezcan mecanismos eficaces para su salvación, cuando ello fuere posible y en caso contrario la consagración de un trámite ágil que garantice el pago de las acreencias, esto por cuanto que tampoco es útil llegar al extremo de salvar a una empresa cuya viabilidad sea nula o cuando sea imposible seguir desarrollando su objeto social.

En el proyecto de ley podemos ver que se recogen una serie de principios constitucionales; se le dio un importante desarrollo al principio constitucional de buena fe, presumiéndola en toda actuación que adelanten los particulares. Concretamente podemos ver este desarrollo al consagrar mecanismos recuperatorios para el comerciante de buena fe cuya situación encaja en los supuestos de trámite de quiebra, figura consagrada en el Código de Comercio de 1971 y que se suprimió en la Ley 222 de 1995. Lo anterior permitió que en lugar de entrar a liquidar inexorablemente a la empresa por cuanto se reúnen los supuestos de la quiebra sin entrar a estudiar otros aspectos como es la buena fe del comerciante, se abre la posibilidad al empresario de que presente una fórmula junto con sus acreedores, buscando la recuperación de la empresa y su continuación en el tráfico mercantil.

Otro principio del proyecto de ley es la unificación del trámite concursal con la que se busca eliminar las diferencias en el tratamiento de los distintos tipos de deudores, puesto que se establece un solo trámite que se inicia en forma común para las empresas que se pueden recuperar y para aquellas que por diferentes razones deben liquidarse; de esta forma se ahorran grandes esfuerzos, pues anteriormente se veían en la obligación de acudir a procesos diferentes y ante autoridades distintas, esto es, en el caso de concordato debían dirigirse a la Superintendencia de Sociedades y en caso de quiebra ante el juez, mediando entre uno y otro un período largo que deterioraba aún más la situación económica del deudor, haciendo que en muchas oportunidades fuera nugatorio el derecho de los acreedores y terceros en el proceso.

Con el proyecto de ley se buscó cobijar la actividad tanto de los sujetos comerciales como de quienes carecen de dicha calidad; también se profesionaliza la figura del contralor del concordato pues se busca que la persona jurídica o natural designada, sea experta en materia empresarial gerencial ya que cumple una labor de suma importancia en la recuperación de las empresas.

Es importante señalar cómo el derecho comercial se justifica en cuanto refleja la realidad económica del Estado, por lo tanto es esencial que se adopten instrumentos para su desarrollo, protección y recuperación.

REGULACIÓN NORMATIVA

Art. 91: "SUPUESTOS. La autoridad competente admitirá la solicitud del trámite concursal cuando el deudor se encuentre en los siguientes eventos

1. En graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las mencionadas obligaciones;
2. Si teme razonablemente llegar a cualquiera de las dos situaciones anteriores.”

De la Liquidación Obligatoria

Art. 150: “Apertura. El trámite de liquidación obligatoria se abrirá:

1. Por decisión de la Superintendencia de Sociedades adoptada de oficio o como consecuencia de la solicitud de apertura de un proceso concursal.
2. Por terminación del trámite concordatario por falta de acuerdo o por incumplimiento de este.
3. Cuando el deudor se ausente y haya abandonado sus negocios.”

DOCTRINA

En materia de procesos concursales se introducen los siguientes cambios:

Del Régimen Concordatario:

1. Se unifica el régimen civil y el mercantil, puesto que se establece un régimen único de concursos que se aplica tanto a quien tiene la calidad de comerciante como a quien carece de ella. Esto demuestra que se dejó atrás el pensamiento acerca de que solamente la actividad de quien es comerciante repercute directamente en la economía; ya que como sabemos, hay quienes no tienen esta calidad por no encuadrar en la definición de comerciante que trae el Código de Comercio^{§§§§§§§§§§§§§§§§}, y su actividad igualmente trae efectos en la economía. Lo verdaderamente importante aquí, es velar por la estabilidad de la economía nacional y por ende el interés general, dar cobertura legal a aquellas situaciones que podrían afectarla sin importar de donde provengan las mismas; es decir, si proviene de la actividad de quien es comerciante, de quien no lo sea, si es persona jurídica o natural.

En cuanto al concordato, se conservó la filosofía que orientó la elaboración del Decreto 350 de 1989, es decir que se busca la recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. Al establecer un trámite igual para todas las personas jurídicas.

§§§§§§§§§§§§§§§§ Artículo 10 del Código actual de Comercio: Artículo 10: “ Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles(...)”

2. Se termina la distinción entre concordato potestativo y obligatorio. Con la Ley 222 de 1995 se unifican los procesos concursales a través de un trámite único el cual tiene dos objetos: Un concordato o acuerdo de recuperación de la empresa o la liquidación obligatoria del patrimonio del deudor, figura que reemplaza totalmente a la de la quiebra. Lo anterior porque dada la reciente expedición del Decreto 350 de 1989 y de los resultados positivos que había dado en materia de concursos, se propuso conservar su estructura, haciéndole esta modificación.

De la Liquidación Obligatoria:

En cuanto a la liquidación, proceso que reemplaza en su totalidad al de quiebra consagrada en el Código de Comercio de 1971, se puede destacar, respecto de los supuestos de la misma, un cambio fundamental, y es que el trámite es común para personas naturales o jurídicas, comerciantes o no, tal como lo dice la Ley en su Art. 150: “*El trámite de liquidación obligatoria podrá ser solicitado por el deudor (...)*” como podemos ver se utiliza la expresión “*deudor*” sin hacer referencia a la calidad que éste debe tener, por lo que podemos concluir esta expresión abarca tanto a quienes sean comerciantes como a quienes no lo sean, a las personas naturales y también a las personas jurídicas. En cambio en el Código actual la quiebra solo procede para comerciantes, tal como lo contempla el artículo 1937 del mismo: “*Se considerará en estado de quiebra al comerciante que (...)*” (el subrayado es nuestro).

Todo lo anterior refleja que la Ley 222 de 1995 contiene disposiciones inspiradas en la realidad de nuestro país, tal como lo contempla la exposición de motivos de la misma: “*La reforma tiene como propósito fundamental que la legislación societaria atienda a la realidad colombiana, es decir que sea una normatividad autóctona. Aunque se incluyen figuras ampliamente desarrolladas en legislaciones extranjeras, se estructuraron atendiendo las necesidades y características propias de nuestro tráfico mercantil. En su mayoría la modificación recoge las conclusiones producto de la experiencia doctrinaria y jurisprudencial del país*”

Adentrándonos en los supuestos del concurso objeto del presente trabajo, se expondrán los cambios que introdujo el artículo 91 de la Ley 222 de 1995:

1. Hablamos de “*deudor*”, sea persona natural o jurídica, ya no de empresario o comerciante; expresión que abarca tanto a quienes sean comerciantes como a quienes no lo sean, lo cual refleja la preocupación del legislador por evitar situaciones que afecten a la economía nacional independientemente de la calidad que tenga la personas de quien se deriven tales situaciones.
2. Como consecuencia de lo anterior, se elimina la clasificación de concordato potestativo y obligatorio, y se establece un solo trámite para ambas, reuniéndolas en la denominación de “*concordato*” regulado en el artículo mencionado.

3. Introduce cambios en los supuestos de procedencia del concordato y elimina la figura de la quiebra para reemplazarla por el trámite de la liquidación obligatoria.

Por razones que más adelante se explicarán, a continuación se presenta el análisis de los supuestos del concurso contenido en el proyecto de la ley 222 de 1995 y no se toman los supuestos contenidos en el artículo 91 de la misma ley. Lo anterior, para que comprendan el sentido que se pretendía darle al artículo en mención y que no se logró debido a su incompleta redacción, lo que representó un grave vacío en materia de supuestos del concurso.

En el proyecto de ley que a la postre dio lugar a la Ley 222 de 1995 se establecen tres eventos en los que de encontrarse el deudor procede el concurso. Estos son:

- a. Incumpliendo el pago regular de sus obligaciones de contenido patrimonial.

Ya no se habla aquí, como si lo hacía el decreto 350 de 1989 de que debe estar *“imposibilitado para cumplir con sus obligaciones mercantiles, o tema razonablemente llegar a dicho estado (...)”* simplemente dice que debe estar incumpliendo con el pago regular de sus obligaciones de contenido patrimonial; si tenemos en cuenta la exposición de motivos de la Ley, ésta dice que se conserva la orientación contenida en el régimen concordatario contenido en el Decreto mencionado; entonces podemos decir que el sentido que se le quiere dar a esta expresión es el mismo que se le dio a la de estar *“imposibilitado para cumplir”*, expresión que fue explicada anteriormente.

- b. En graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las mencionadas obligaciones.

Esta hipótesis nos sugiere que el deudor aunque esté cumpliendo oportunamente con sus obligaciones, su situación económica le indica que puede verse inmerso en dificultades para seguir cumpliendo. Aquí podemos observar una real prevención de situaciones que pueden perjudicar la economía, ya que le dan la posibilidad al deudor de celebrar un concordato, aún estando incumpliendo con sus obligaciones. Esta posibilidad disminuye los efectos nocivos de la mala situación del deudor frente a sus acreedores y al interés general.

La importancia de este literal radica en que el legislador, teniendo en cuenta el principio del interés general, brinda la posibilidad al empresario de no esperar hasta la llegada de una situación irremediable para su empresa, esto es, que se vea en la imposibilidad de recuperarse, sino que en el evento de verse en dificultad en el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, le da la solución de acogerse a un concordato con sus acreedores. No tiene que esperar el deudor a estar en medio de un escenario de incumplimiento del pago de sus obligaciones sino en dificultades para su cumplimiento.

Las dos situaciones anteriores nos muestran cómo el legislador conserva la estructura del régimen concordatario contenido en el Decreto 350 de 1989, lo que nos lleva a afirmar que ésta nueva disposición se guía por un criterio mixto en la medida que contempla la posibilidad de celebrar un concordato tanto al deudor incumplido como al que tema llegar a este estado.

- c. Si teme razonablemente llegar a cualquiera de las dos situaciones anteriores.

Temer razonablemente indica tener una idea fundada en hechos concretos. Hechos que demuestran de manera real y fidedigna que el deudor puede verse inmerso en serias dificultades para cumplir oportunamente, o peor aún va a incumplir con el pago regular de sus obligaciones de manera inexorable. Esta hipótesis es aún más preventiva de los efectos nocivos que trae la mala situación económica del deudor, hasta el punto de no poder cumplir con sus obligaciones. Lo anterior es el reflejo del interés del legislador por mantener estable la economía, previniendo a toda costa cualquier situación que la amenace.

4. La ley 222 de 1995 elimina la quiebra para reemplazarla por un trámite de liquidación obligatoria, que facilite tanto la protección del patrimonio del deudor como la satisfacción de las acreencias. Es por esto que respecto de este cambio introducido por la Ley en mención, si es necesario realizar un estudio acerca de los supuestos de esta figura, ya que son diferentes a los Código de Comercio de 1971 establecía para la quiebra.

En la Ley encontramos la liquidación obligatoria regulada en el Artículo 497:

Art. 150: "Apertura: El trámite de liquidación obligatoria se abrirá:

1. Por decisión de la Superintendencia de Sociedades adoptada de oficio o como consecuencia de la solicitud de apertura de un proceso concursal.
2. Por terminación del trámite concordatario por falta de acuerdo o por incumplimiento de este.
3. Cuando el deudor se ausente y haya abandonado sus negocios."

A continuación se analizará uno por uno de los numerales del artículo 150 de la Ley 222 de 1995:

1. Por decisión de la Superintendencia de Sociedades adoptada de oficio o como consecuencia de la solicitud de apertura de un proceso concursal.

Aquí podemos ver cómo el legislador le da la facultad a la Superintendencia de declarar la liquidación de oficio sin señalarle unos lineamientos para ello. Esto nos indica que le otorga gran discreción para determinar cuándo es conveniente su declaratoria. Parece ser que es la Superintendencia quien siguiendo su criterio

acerca de la conveniencia de la declaratoria, lo hará o no. No vemos en la Ley unos lineamientos que debe seguir la Superintendencia para que la declare.

Este numeral continúa diciendo “*o como consecuencia de la solicitud de apertura de un proceso concursal*”. Lo que nos indica que es el deudor quien lo solicita y para ello debe reunir los presupuestos que se requieren para su declaratoria; pero debido a que la Superintendencia no ve viabilidad a la celebración del mismo, decreta la liquidación. De lo anterior concluimos que no se establecen unos requisitos para que la Superintendencia la pueda declarar, pero si se establecen para el deudor en caso que se declare por su solicitud. Con lo anterior no queremos decir que estamos en desacuerdo con que se le exija al deudor unos requisitos para que proceda la liquidación, todo lo contrario, estamos totalmente de acuerdo; lo que no entendemos es el porque se le deja tan amplia discreción a la Superintendencia cuando sea ésta quien la declare de oficio.

2. Por terminación del trámite concordatario por falta de acuerdo o por incumplimiento de este.

En este numeral también vemos dos hipótesis. Por un lado tenemos que la liquidación procede por la terminación del trámite concordatario por falta de acuerdo y, por otro lado, por incumplimiento del concordato. En las dos hipótesis partimos de la base de que el deudor debe reunir los presupuestos del concurso; pero debido a que no se llegó a un acuerdo con los acreedores respecto del pago de las deudas o llegando a éste no se cumplió, se procede a la liquidación.

3. Cuando el deudor se ausente y haya abandonado sus negocios.

En este numeral la Ley concluye que debido a que el deudor o dueño de la empresa abandone la actividad ordinaria de la misma, se sitúa en otra situación que determina la liquidación. Lo anterior es lógico, ya que si no hay nadie quien responda por la actividad ordinaria de la empresa, se configura la hipótesis en que la Superintendencia debe declarar la situación de abandono de la empresa por parte del deudor y consecuentemente decretar la liquidación de la misma.

COMENTARIOS

- I. La ley 222 de 1995 consagra en su artículo 91 una norma incompleta. Pues si leemos el artículo, éste en ninguna parte señala cuáles son las obligaciones a las que hace referencia, simplemente dice en el numeral primero: “(...) *las mencionadas obligaciones (...)*” sin antes mencionarlas; el numeral segundo también es confuso pues dice: “*si teme razonablemente que llegue a las dos situaciones anteriores*”. Por un lado, el artículo en ninguna parte consagra dos situaciones, y la situación que describe en el numeral primero carece de fundamento y sentido, como anteriormente se señaló. Lo anterior tiene una explicación que a continuación se expondrá:

El texto del artículo 91 de la ley 222 de 1995, en el proyecto de la misma ley constaba de tres numerales, el primero decía: *“por el incumplimiento de dos o mas obligaciones mercantiles de contenido patrimonial por un plazo mayor a 180 días”*^{*****}. El Presidente de la República objetó este numeral fundamentándose en dos razones a saber: Que no se tenía en cuenta el monto de dichas obligaciones; y consagraba una causal injusta en la medida en que dos o tres obligaciones incumplidas no necesariamente representan un incumplimiento regular del deudor. Cuando el proyecto regresó a trámite de objeciones, el Congreso simplemente suprimió el numeral primero objetado y dejó iguales los dos siguientes. Por lo anterior el artículo 91 es una norma confusa que deja un vacío en la ley, pues no se sabe cuál es la situación que debe estar atravesando el deudor para acogerse a la celebración de un concordato con sus acreedores.

No obstante, el gobierno trató de corregir esta falta aprovechando las facultades extraordinarias conferidas para reestructurar la Superintendencia de Sociedades (Ley 222 de 1995. Art. 226) y estableció lo siguiente: *“las personas jurídicas a que se refiere el artículo 23 de este decreto, que se encuentren incumpliendo el pago regular de sus obligaciones de contenido patrimonial, o en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las mencionadas obligaciones, o teman razonablemente llegar a cualquiera de las dos situaciones anteriores, deberán por conducto de sus administradores o del revisor fiscal, si lo hubiere informar a la Superintendencia de Sociedades la ocurrencia de dichos supuestos, a fin de que ésta determine el ejercicio de las funciones que la atribución de control le confiere”*⁺⁺⁺⁺⁺. Sin embargo, la Corte Constitucional⁺⁺⁺⁺⁺ declaró la inconstitucionalidad del mencionado artículo 27, quedando en definitiva un vacío legislativo en materia de supuestos del concurso. La Corte explicó el alcance de las facultades que el artículo 226 de la ley 222 de 1995 le otorgaba al Presidente de la República, señalando que estas se circunscribían a determinar la estructura, administración y recursos de la Superintendencia de Sociedades, con el fin de que esta cumpla adecuadamente las funciones que se le fijan en la presente Ley. Por otro lado, agrega la Corte, que la imposición de deberes es algo completamente ajeno a la materia enunciada, pues sobrepasa el campo de la estructura, administración y recursos del indicado organismo.

Siguiendo con los argumentos por parte del ejecutivo de suprimir el primer numeral del artículo 91 tenemos lo siguiente: *“(...) está por fuera de la filosofía y la orientación del trámite concursal que se establece en el resto del articulado. Esta causal solo tiene en cuenta el estado de dos obligaciones individualmente consideradas y no el estado general del comerciante, el cual es el que realmente interesa. En efecto, la filosofía inicial del proyecto*

***** comentario al artículo 91, envío No.12, septiembre 2001, Código de Comercio

+++++ Artículo 27 del Decreto Extraordinario 1080 de 1996

+++++ Sentencia C-254 del 28 de mayo de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

buscaba tomar como causal genérica para ingresar al tramite del proceso concursal el hecho del “incumplimiento regular de las obligaciones” con lo cual se creaba la posibilidad del ingreso al tramite por causas de iliquidez o por causas de insolvencia. Este objetivo no sería posible en los términos de la causal aprobada, pues la misma solo hace referencia a una situación de iliquidez que bien podría solucionarse mediante otras medidas diferentes a las del proceso concursal (...)§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§.

Con lo anterior, se puede decir que el ejecutivo objeto el hecho de que con este primer numeral se estaba contrariando la filosofía del concurso; situación que no ocurría con la redacción del proyecto anterior al que le pasaron al presidente para sanción presidencial, el cual decía en el numeral primero: “*por el incumplimiento de dos o mas obligaciones mercantiles de contenido patrimonial*”, lo cual permitiría a la doctrina y a la jurisprudencia un mayor desarrollo sobre el punto, adaptable a las circunstancias económicas de cada época, sin la rigidez de la causal contenida en el proyecto final.

Por otro lado, el ejecutivo se percató del riesgo que implicaba para el sector empresarial este primer numeral, puesto que fácilmente cualquier empresa puede estar bajo este supuesto y cualquier acreedor podría obtener ciertos beneficios bajo la amenaza de llevar a la empresa a un trámite concursal.

Por ultimo, esta causal podría representar grandes injusticias, pues no necesariamente el hecho de que una empresa tenga dos o tres obligaciones incumplidas presenta un incumplimiento regular de sus obligaciones; entonces, aun cuando no exista incumplimiento regular, el simple hecho de incumplir dos o más obligaciones podría llevar a la empresa al extremo de una liquidación obligatoria, que podría perjudicar también a los demás acreedores.

- II. En el artículo 91 de la ley bajo estudio, se trata de introducir tanto el criterio subjetivo como el objetivo. Pues si nos remitimos al numeral primero del artículo, vemos que éste consagra una situación objetiva, la cual es que el deudor se encuentre “*En graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las mencionadas obligaciones. (sic)*”, obligaciones que no sabemos cuáles son, pues la ley guarda silencio al respecto, pero lo que se expresa es esa situación objetiva de estar en graves y serias dificultades, disposición que resulta de la aplicación del criterio objetivo, criterio que en paginas anteriores se explicó debidamente. Y en cuanto al criterio subjetivo, vemos que éste se aplica en el numeral segundo, pues se dice: “*Si se teme razonablemente que llegue a cualquiera de las dos (sic) situaciones anteriores*”. Dos situaciones anteriores dice el numeral segundo, sin entrar a explicar cuáles son éstas situaciones, pero lo que se quiere mostrar es que el legislador intentó aplicar el criterio subjetivo al utilizar la expresión “*teme razonablemente*”, que hace referencia a la esfera interna del deudor,

§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§ Envío de la Presidencia de la Republica, 08-30-95; Dirección General Política Jurídica

a la convicción que tiene de que es muy posible que pueda llegar a incumplir. La aplicación de este criterio en los supuestos del concurso es de gran beneficio para todos los que se pueden ver afectados en el evento en que el deudor efectivamente incurra en incumplimiento, pues se toman medidas anticipadas que hagan menos gravosa su situación. No obstante, este artículo no cumple esta importante función debido a su incompleta redacción, quedando así un vacío en la materia como anteriormente se explicó.

- III. No obstante la importancia que representa tener claridad sobre cuáles son los supuestos del concurso, para que de esta forma un deudor sepa si su situación encaja en la que describe la norma, y así poder acogerse a los beneficios que su celebración representa, el artículo 91 es confuso e incompleto dejando un grave vacío en la Ley. Lo anterior, implica que el deudor que con el régimen anterior al de la Ley 222, régimen contenido en el Decreto 350 de 1990, estaba protegido, con la Ley 222 no lo está. Pues al no tener claridad sobre cuáles son los requisitos que debe cumplir para acogerse a la celebración de un concordato con sus acreedores, no puede cumplirlos.
- IV. El proyecto de ley en su artículo 432 consagra los supuestos del concurso que son tres, punto anteriormente desarrollado. Al omitir el primer numeral se desnaturaliza por completo el espíritu de la norma, dejando un artículo definitivo incompleto e inservible.

10. LEY 550 DE 1999

ANTECEDENTES

A raíz de la crisis financiera vivida tanto en el sector público como privado, se expide esta ley con el propósito de establecer mecanismos que permitieran sacar a flote las empresas y a su vez promovieran la inversión tanto nacional como extranjera. Se trata de un mecanismo contractual que no deroga el régimen concordatario previsto en la Ley 222 de 1995, sino que lo suspende por el término de vigencia de esta ley, término que a su vez se prorrogó por 2 años más a partir del 31 de diciembre del 2004^{*****}.

REGULACIÓN NORMATIVA

A. Presupuesto Objetivo.

***** Ley 922 del 29 de diciembre de 2004.

Artículo 6: “(...) En las solicitudes de promoción por parte del empresario o del acreedor o acreedores, deberá acreditarse el incumplimiento en el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones mercantiles contraídas en desarrollo de la empresa, o la existencia de por lo menos dos (2) demandas ejecutivas para el pago de obligaciones mercantiles. En cualquier caso el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del cinco por ciento (5%) del pasivo corriente de la empresa”.

DOCTRINA

La Ley 550 de 1999 circunscribe los supuestos de inicio de la promoción al criterio objetivo tradicional de la cesación de pagos, que a su vez se concreta:

1. En el incumplimiento dos o más obligaciones mercantiles por un término superior a 90 días.

Respecto a este primer supuesto encontramos que el mismo debe cumplir ciertas características:

- a) Un incumplimiento plural: en la medida en que dicho incumplimiento se debe concretar sobre 2 o más obligaciones.
- b) Deben ser obligaciones mercantiles: Con la salvedad, sin embargo, de que cuando la Ley habla de “obligaciones mercantiles” no solo cubre aquellas que se encuentran sujetas al Código de Comercio sino que comprende todas aquellas obligaciones surgidas con ocasión del desarrollo del objeto social de la empresa, tales como las obligaciones laborales, fiscales, parafiscales, gastos operacionales, etc.
- c) El incumplimiento de dichas obligaciones debe ser superior a 90 días: Término que obedece a la práctica comercial de los empresarios colombianos de despachos y vencimientos a 30, 60 y 90 días⁺⁺⁺⁺⁺.

2. O en la existencia de dos demandas ejecutivas para el pago de obligaciones mercantiles, sin que se requiera que las mismas tengan un vencimiento superior a 90 días.

La Superintendencia de Sociedades a este respecto se pronunció diciendo que dicho requisito se consagró “con la finalidad de obtener, mediante la intervención estatal, el cumplimiento de las relaciones jurídicas de carácter obligatorio que existan entre los particulares, de suerte que se logre la ejecución forzada de la prestación por parte del deudor. (...) De este modo, en

+++++Cfr. JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA Y JORGE PINZÓN SÁNCHEZ. “El Acuerdo de Reestructuración: Una alternativa no judicial que permite al deudor recuperarse”. Ponencia presentada al Segundo Congreso Iberoamericano de Insolvencia y Cuarto Congreso Nacional de Derecho Concursal. Argentina, Octubre del 2000. Colombia, p. 6.

caso de existir en contra de una compañía que pretende promover un acuerdo de reestructuración en los términos de la ley 550 de 1999 dos o más procesos ejecutivos en su contra, y en uno de estos, o en todos, se dictó la sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución, es claro que se cumple a cabalidad el presupuesto que exige el artículo 6 de la ley 550 de 1999 para dar comienzo a la negociación.

*Efectivamente, la sentencia que se dicta dentro del proceso ejecutivo determina la existencia de una obligación a cargo de la compañía, que ésta deberá pagar, so pena de sufrir las consecuencias del cumplimiento forzado. Pero lo anterior no impide la negociación de un acuerdo de recuperación, todo lo contrario, confirma su necesidad, y en caso de ser aceptada la respectiva solicitud y de comenzar así la promoción, se producirán los efectos contemplados por el artículo 14 de ley de reactivación empresarial y más concretamente, se suspenderán los procesos ejecutivos que se encuentren en curso en contra de la empresa”+*****.*

De lo anterior, concluimos que la existencia de demandas ejecutivas en contra del deudor, no impide la iniciación del acuerdo de reestructuración+*****, sino que por el contrario pone en evidencia la necesidad de que el deudor entre en un proceso de negociación con los acreedores, en donde se incluirán no solo aquellos que han trabado la litis procesal sino todos los que demuestren su legitimidad para actuar dentro del acuerdo, claro, actuando en igualdad de condiciones.

Finalmente, encontramos que en ambos supuestos, la Ley exige que el monto total de las obligaciones vencidas sea superior al 5% del pasivo corriente de la empresa, el cual es definido por las normas contables colombianas como aquel que debe satisfacerse en el mismo año+***** , por lo cual podemos concluir que el simple incumplimiento o la existencia de dos demandas ejecutivas no es un hecho que *per se* pone en movimiento el acuerdo de reestructuración, sino que se

+***** SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto N° 2001-01-011512 del 12 de marzo de 2001.

+***** Máxime si tomamos en cuenta que uno de los efectos de la iniciación del acuerdo de reestructuración, es la de la suspensión de todos los procesos ejecutivos que cursen en contra del empresario a partir de la iniciación de la negociación, es decir a partir de la fecha en la que se fijan en las oficinas del nominador el escrito que informa acerca de la promoción del Acuerdo en los siguientes términos: *Artículo 14: “ A partir de la fecha de iniciación de la negociación, y hasta que hayan transcurrido los cuatro (4) meses previstos en el artículo 27 de esta ley, no podrá iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario y se suspenderán los que se encuentren en curso, quedando legalmente facultados el promotor y el empresario para alegar individual o conjuntamente la nulidad del proceso o pedir su suspensión al juez competente (...)”.*

+***** Cfr. JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA Y JORGE PINZÓN SÁNCHEZ. “El Acuerdo de Reestructuración: Una alternativa no judicial que permite al deudor recuperarse”. Op. Cit., p. 7.

requerirá que dicho incumplimiento represente al menos el 5% del pasivo corriente del deudor.

La Ley limita su aplicación a las personas jurídicas⁺⁺⁺⁺⁺, por lo que excluye de su aplicabilidad a las personas naturales⁺⁺⁺⁺⁺, lo anterior en razón a que la Ley 550 fue creada con la finalidad de intervenir en la actividad de aquellas empresas que se encontraban atravesando una difícil situación económica. Entonces, la Ley, de acuerdo a lo establecido en su artículo 1, se aplica a los empresarios con excepción de las personas jurídicas vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que ejerzan actividad financiera de ahorro y crédito, las vigiladas por la Superintendencia Bancaria, las bolsas de valores, y de los intermediarios sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Valores. Entonces *a contrario sensu* podríamos afirmar, que la Ley se aplicaría a aquellas personas jurídicas vigiladas por entidades diferentes a las que expresamente señala el artículo 1, como por ejemplo las sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

De igual forma, se resalta que la Ley amplía el margen de los sujetos a los cuales les es aplicable, en la medida que permite su aplicación a toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional que sea realizada por cualquier clase de persona jurídica ya sea nacional o extranjera, de carácter privado, público o de economía mixta; para los entes territoriales y, para las sucursales de sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Colombia.

+++++ Es del caso anotar, que la Ley 550 de 1999 no distingue entre personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, por lo que entendemos que se aplica en los dos casos, salvo claro las excepciones que expresamente haga la ley.

+++++ Esta limitación que hace la ley respecto a su aplicación a las personas naturales, fue demandada por inconstitucional ante la Corte Constitucional, la cual se pronunció declarando su exequibilidad, fundamentándose en que *“Para la Corte, la razón del legislador para consagrar esa distinción, fue la de garantizar que los esfuerzos del Estado para lograr la reactivación económica, se dirigieran a las empresas y, de esta forma, evitar que se favorecieran intereses particulares totalmente ajenos a la actividad empresarial. Entonces, lo que se trata de lograr con la ley de reactivación empresarial es establecer mecanismos idóneos para la celebración de acuerdos a favor de las empresas, con el fin de que se corrijan las deficiencias que presenten en su capacidad de operación, y puedan cumplir con sus obligaciones pecuniarias, de tal suerte que dentro de los plazos y previo cumplimiento de las condiciones que establece la ley, pueda la empresa como base del desarrollo, cumplir con su función social, generando riqueza y propendiendo por el desarrollo del Estado Social de Derecho.*

(...) Hechas las anteriores precisiones, considera la Corte que no le asiste razón al demandante, al afirmar que las expresiones demandadas del artículo 1º de la Ley 550 de 1990, conculcan el derecho a la igualdad pues, el hecho de que el Legislador haya consagrado que los mecanismos de reestructuración empresarial solamente se apliquen a las personas jurídicas parece claro, en el sentido de que se pretende evitar que el patrimonio de la empresa se confunda con la del empresario como persona natural, pues se desvirtuaría la finalidad misma de la ley, cual es, permitir el cumplimiento de la función social de la empresa como tal, en beneficio de todas las personas”. Corte Constitucional, Sentencia C-1551-00, del 21 de noviembre de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Expediente D-3133.

prestar el servicio de salud, lo que implica realizar muchos de aquellos actos y operaciones considerados actividades empresariales, para poder cumplir con las funciones y cometidos propios de una entidad aseguradora del servicio de salud.

*(...) Ahora bien, y luego de dicho lo anterior, advierte la Corte que según el artículo 48 del Estatuto Superior, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado. A su vez el artículo 49 del mismo señala que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Así pues, es claro que las entidades promotoras de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, prestan un servicio público que, como ya fue evidenciado, constituye uno de los ámbitos en los que el Estado puede intervenir por mandato expreso de la Constitución”*****.*

COMENTARIOS

1. Se trata en nuestro concepto de un mecanismo mucho más ágil que el establecido en la Ley 222 de 1995, máxime si tenemos en cuenta que ésta ley en el tema de los supuestos no fue lo necesariamente clara, pues al establecer la cesación de pagos como el incumplimiento regular de las obligaciones de contenido patrimonial, dejó en manos del juez la discrecionalidad de determinar cuando existía incumplimiento regular o irregular, lo cual daba lugar a abusos por parte de este.
2. A pesar de las bondades de la Ley, también es claro que tiene inconvenientes, como el hecho de que para acreditar el cumplimiento de estos supuestos se requiere que la solicitud de apertura del acuerdo, sea que provenga del deudor o del acreedor, reúna la documentación necesaria que pruebe su estado de crisis, lo cual en la práctica se traduce en la elaboración de maniobras fraudulentas por parte del deudor, tendientes a evitar la apertura del acuerdo o en algunos eventos a apresurarla.
3. El acuerdo es la última opción del empresario por lo que en la práctica antes de acudir a éste siempre buscará otros mecanismos como la negociación con sus acreedores, o la venta de activos, o la búsqueda de garantías, entre otras salidas y, es por ello que consideramos que la Ley 550 de 1999 constituyó un gran avance en materia de supuestos para acudir a un procedimiento concursal, en comparación a la reglamentación confusa de la Ley 222 de 1995, pues con el establecimiento de supuestos como el incumplimiento de dos o más obligaciones mercantiles o la existencia de dos demandas ejecutivas para el pago de obligaciones mercantiles, se permite que entren al procedimiento empresas que se encuentran en verdadera incapacidad de atender con sus obligaciones y no en simples dificultades para su satisfacción, pues se trata de

***** Corte Constitucional. C 867-01. Sentencia del 15 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente D-3402.

un estado verdaderamente indicador de que la situación en que se encuentra la empresa no es normal.