
**II CONGRESO NACIONAL DE
DERECHO PROCESAL**

**JUSTIFICACION Y PROPUESTA
PARA UNA REFORMA DE LOS
PROCESOS CONCURSALES**

Alvaro Isaza Upegui

Abogado egresado de la Universidad Pontificia Bolivariana,
profesor de Post-grado Universidades U.P.B., San Buenaventura de Cali,
profesor de pregrado.

Cuando recibí la gentil invitación que me hizo el Colegio de Abogados de Medellín para participar como ponente en este importante foro, tuve dos sensaciones encontradas: una, el natural temor que produce el enfrentarme ante Uds., mis colegas, todos mucho más expertos que yo en estos temas procesales; y el otro, un gran deseo de poder expresar algunas ideas que durante los últimos quince años de mi ejercicio profesional he venido desarrollando sobre lo que deben ser los procesos concursales, en especial sobre la agilidad que ellos requieren para llegar a ser verdaderamente operantes.

No se trata de una exposición erudita de corte procesalista. Lo que pretendo es transmitir a Uds. en forma por demás simple, mis ideas relativas a una sentida reforma al proceso de quiebra, fundamentada básicamente en los cambios que, por la agilidad y avance vertiginoso del comercio, se han experimentado en otras legislaciones mucho más adelantadas que la nuestra y en mi propia experiencia vivida durante los últimos diez años cuando me he venido desempeñando como Síndico de uno de los procesos de quiebra de mayor entidad que han existido en nuestro medio.

Aspiro a crear alguna inquietud entre Uds. que sirva de fundamento para abrir al final un debate sobre este tema.

JUSTIFICACION

Uno de los factores que más inciden en el desarrollo vertiginoso del comercio es el gran avance que día a día gana el crédito, como medio propicio para la expansión de las relaciones mercantiles.

El crédito se fundamenta no solamente en la confianza y conocimiento que tiene el acreedor de su deudor, en las capacidades patrimoniales de este último, sino también en la protección que el estado le da para que aquel, en un momento dado, pueda acudir a la jurisdicción con el fin de hacer valer sus derechos, cuando se presente incumplimiento, insolvencia o crisis patrimonial de su deudor. Por eso con cierta razón se ha llegado a afirmar que si los procesos concursales no existieran el crédito no se habría desarrollado como medio de expansión del comercio.

Tradicionalmente los procedimientos concursales, en especial la quiebra, se fundamentan en un doble objetivo: **la liquidación del patrimonio del deudor y la solución de las obligaciones contraídas por éste.**

Hay que admitir que la misma transformación de las relaciones comerciales ha incidido, en forma determinante, en la evolución de los procedimientos concursales. La historia nos demuestra que desde los albores del Derecho Romano hasta nuestra época el tratamiento al deudor insolvente ha venido evolucionando de tal manera que hoy la sanción del quebrado en los términos extremos como el de la manus iniectio -**ejecución sobre la persona deudora**- o la Ley Poetilia que fijó el tránsito del sistema de ejecución personal al sistema de ejecución patrimonial, han venido desapareciendo, y que en el presente los procedimientos buscan más bien salvar la actividad empresarial, ya que si ésta se protege como fuente de empleo y de riqueza, de esa manera se le permite al deudor satisfacer plenamente las obligaciones con sus acreedores.

En el antiguo derecho romano "domina el principio privatístico: el procedimiento en caso de insolvencia del deudor era un procedimiento de autodefensa dirigido por los mismos acreedores, a quienes, con la puesta en posesión de los bienes, se les distribuye un derecho patrimonial: el de promover la venta y repartirse el dinero"¹.

En el derecho intermedio aparece la concepción jurídico-pública de la quiebra, y es en la legislación francesa y en la italiana donde coge fuerza el principio publicístico, ya que se parte de la idea de que el quebrado es un defraudador y que al Estado le corresponde reprimir el hecho ilícito de la quiebra, pero siempre con la finalidad de satisfacer las acreencias. Es bajo esta concepción, que la autoridad pública toma posesión del patrimonio para

(1) GARRIGUES JOAQUIN, "Curso de Derecho Mercantil", Tomo V, pag. 11, Editorial Temis, Bogotá, 1987

administrarlo y con el producto de su posterior liquidación procede a la cancelación de las acreencias.

En el derecho moderno la severidad del procedimiento sobre la persona del deudor ha desaparecido casi completamente, sin que con ello se pueda interpretar que el quebrado no puede ser objeto de sanción penal alguna cuando la autoridad competente determine que sus actuaciones fueron constitutivas de delito; hay que admitir pues que la finalidad del concurso se ha desplazado.

"El eje fundamental en el que se apoya la configuración del procedimiento concursal en su concepción clásica, tema que es el que en este momento debe reclamar nuestra atención prioritariamente, es el de la persecución del objetivo directo e inmediato de la quiebra: la satisfacción de los acreedores a través de la realización o liquidación universal del patrimonio del deudor común.

Esta base tradicional del régimen jurídico de la quiebra, cuya importancia destaca Derrida, ha tenido que ceder, como observa Uhlenbruck, ante las nuevas concepciones surgidas por la imposición de las exigencias de la economía del presente. La quiebra o, en general, los procedimientos concursales no pueden contemplarse simplemente desde la óptica privatística de la necesidad de facilitar a los acreedores un cauce procesal para la satisfacción de sus créditos. En los concursos de nuestro tiempo latén y se enfrentan intereses de tanta o mayor significación que los particulares de los acreedores, tales como los intereses generales del tráfico, los del mantenimiento de un cierto nivel o volumen de actividad en sectores claves de la economía, o los de defensa del trabajo y del empleo, que reclaman en la situación actual, como advierte Weber, una "atención preferente"².

Producto de esa dinámica del comercio y del interés de los acreedores de ver satisfechos sus créditos sin que en situaciones de iliquidez transitoria se vieran afectados por la declaratoria de quiebra de su deudor, surge en el derecho concursal actual el procedimiento conocido en nuestra legislación como "**concordato preventivo**", también denominado en España como "**suspensión de pagos**" o en la Argentina como "**concurso preventivo**". El fin de este procedimiento continúa siendo la satisfacción de las acreencias pero a través de la salvación de la empresa, ya que ésta como fuente

(2) JIMENEZ SANCHEZ GUILLERMO J, "Las soluciones jurídicas de las crisis económicas", pag. 205 del compendio "La reforma del derecho de Quiebra", Editorial Civitas, Madrid 1982.

generadora de riqueza y de empleo, deberá primar. Se trata de salvar lo salvable, de sanear lo saneable y no de mantener la inercia de empresas improductivas.

Al respecto podemos leer en las actas de la comisión redactora del decreto 350 de 1989, lo siguiente, expuesto por el Dr. José Ignacio Narváez García:

La expresión del "sistema concursal" comprende el conjunto de procedimientos instituidos para tratar la emergencia de la empresa en un momento determinado. Durante siglos el único establecido fue la quiebra. Pero ésta nunca ha sido el instrumento adecuado e idóneo para resolver los problemas que suscita el incumplimiento de sus obligaciones por parte del empresario ni ofreció soluciones a las crisis que se originaban en simples situaciones de iliquidez. Ante la falta de alternativas, se concibió el procedimiento del concordato preventivo. Este instituto no siempre ha conjurado el proceso universal de quiebra, pero integra el sistema concursal tradicional.

La ineficacia de la quiebra se puso en evidencia hace más o menos medio siglo por cuanto tal procedimiento fue estructurado para liquidar o eliminar empresas insolventes. Primero fue Alemania en el caso del Darmstaedter Bank, y ulteriormente otros estados europeos que no aplicaron sus normas a determinados complejos financieros, cuya liquidación hubiera generado problema al mercado o la economía general. Esos son antecedentes de procedimientos sobre salvación o reorganización de empresas, inicialmente del sector financiero y después también industriales, plasmados en Italia con las modificaciones de la Ley reguladora de la administración extraordinaria, calificada como procedimiento de saneamiento programado de las empresas; en España con el tratamiento a la crisis bancarias, y en especial del complejo RUMASA; y en Francia con la ley 85-98 del 25 de enero de 1985, cuyos tres fines son: la conservación de la empresa, el mantenimiento del empleo y la satisfacción del pasivo.

Ciertamente en los dos últimos decenios, al lado de la quiebra, del concordato preventivo, y en algunos países de la liquidación forzosa administrativa, se han ideado procedimientos para enfrentar situaciones de iliquidez, llamados "paraconcursoales", cuya finalidad primordial es la conservación y reorganización de empresas en emergencia. Desde luego, su aparición ha puesto en relieve cierta coherencia con el sistema concursal tradicional porque éste es general, a veces liquidatorio y siempre judicial, al paso que los nuevos procedimientos son especiales, conservativos y administrativizados. Y es obvio que para integrarlos al sistema conocido desde antaño, resulta indispensable un enfoque distinto para afrontar las crisis de las empresas, tomando en cuenta estos objetivos:

1o.) Un fin de equidad o legitimidad, que comporta un costo de prevención. La naturaleza de los intereses involucrados en la empresa, así como sus dimensiones y consideraciones de fuente generadora de empleo, determinan la necesidad de su conservación. Esa multiplicidad de intereses que en ella confluyen supera el ámbito particular de los acreedores. Además, la existencia de conglomerados de unidades productivas, nacionales o transnacionales, la conveniencia pública de preservar la estructura industrial de un país, la de mantener los puestos de trabajo, la de desarrollar las regiones económicamente deprimidas, en fin, el interés general, son factores que obran en favor de consolidar legislativamente el principio de conservación en etapas críticas.

2o) Reducción de costos en tres aspectos, así: a) Del número y de la gravedad o trascendencia de las quiebras; b) De los costos sociales que comporta la liquidación o la conservación y en este último evento, los de reasignación de recursos y de restauración

de fuentes crediticias; y c) Del costo de administración del procedimiento que se adopte.

En verdad la conservación de la empresa es un modo jurídico de reasignarle recursos. El procedimiento y el instante para efectuarla están previstos en la ley.

Pues bien, las empresas en crisis no pueden sujetarse a un tratamiento único, inflexible, general y uniforme porque entre ellas existen diferencias que surgen de sus respectivas dimensiones y del sector económico del cual forma parte. La hipótesis de partida consiste en que las empresas potencialmente en falencia ocupan distintas posiciones en el mercado y su importancia no puede medirse con idéntico criterio o con un rasero común. Los acreedores tampoco están en pie de igualdad cuantitativa ni de garantías, y sus intereses pueden ser contradictorios entre sí o con quienes reclaman créditos no originados en vínculos contractuales con el empresario deducido.

Ahora bien, el principio de conservación de la empresa no se aplica indiscriminadamente. Tampoco es posible establecer un criterio rígido de selección. Se dan directrices para configurar un standar de empresas conservables, en condiciones mínimas, subordinada a un plan de recuperación viable y factible. Claro que la ley no se limita a señalar determinados parámetros sino que prevé la participación del Estado en la salvación de las empresas en crisis, previa investigación y cálculo de los costos sociales que implicarán la operación y si estos se compensan con los beneficios que reportará la comunidad. A veces asume -total o parcialmente- el pasivo de la empresa, pero impone un plan de reorganización. Tal procedimiento es una forma muy peculiar de distribuir el riesgo de la efectividad empresarial y de socializar los costos. La intervención estatal puede producirse también cuando los acreedores particulares, conscientes de sus intereses involucrados, no asumen proporcionalmente el costo de la flotantización de la

empresa. Entonces el plan oficial impone la readaptación de su estructura crediticia.³

Sin embargo, hoy en día vemos cómo existen casos de empresas afectadas por graves situación de crisis en las que por medio del concordato preventivo no es posible obtener su recuperación y salvación, los acreedores y el empresario tratan de evitar, a toda costa, la declaratoria de quiebra y proceden a la aprobación de acuerdos concordatarios encaminados a liquidar ordenadamente el patrimonio social con mira a la cancelación del pasivo. Esto nos indica que el peso de los hechos de la realidad cambiante está desfasando el proceso de quiebra imponiendo así una reforma integral y coherente con la ya iniciada por el Decreto 350 de 1989.

Hay que admitir que nuestro Código de Comercio contempla la situación de quiebra del comerciante como una tensión entre el deudor insolvente y sus acreedores que pretenden la satisfacción de sus créditos, pero los hechos nos demuestran que no es la forma más efectiva para lograr dicho fin.

Hoy en Colombia existe un completo divorcio entre los procesos concursales: el concordato preventivo y la quiebra. Afirmo esto porque el gobierno nacional al reformar el régimen de los concordatos debió haber extendido igualmente su acción y haber reformado íntegramente el régimen de la quiebra y no quedarse a medias como lo hizo.

Los principios que inspiran ambos procesos son totalmente diferentes; por un lado el concordato se fundamenta en la salvación de la empresa y por otro la quiebra pretende satisfacer a los acreedores mediante la liquidación del patrimonio de la misma. Hay que ser consecuentes procediendo a armonizar el principio de "saneamiento o salvación" de la empresa con el de "liquidación" del patrimonio. Es aquí donde surge la idea de proponer la eliminación del proceso de quiebra bajo su concepción actual para ser sustituida por un "proceso concursal único" que desarrolle ambos principios inspiradores pero no en forma contrapuesta sino consecuente. El concurso debe dejar de ser solo un procedimiento de ejecución colectiva para pasar a ser un instrumento de solución de intereses diversos, se trata pues de instrumentar un procedimiento en el que la finalidad liquidatoria no sea ya una solución normal como lo es actualmente en la quiebra, sino que se posponga ante el fin prioritario de la salvación o saneamiento de la empresa: primero se salvará la empresa y si ello no fuere posible, luego, bajo el mismo

(3) *ANTECEDENTES DE LA NUEVA LEGISLACION DE CONCORDATOS PREVENTIVOS*, Tomo I, pag. 131 a 134, Ediciones Medio Siglo, Bogotá, 1990.

procedimiento, se dispondrá la liquidación del patrimonio para satisfacer las acreencias.

Deberá imperar pues en el futuro el concepto de "crisis" en sustitución del concepto de "cesación" como presupuesto para poner en marcha el procedimiento concursal y deberá hacerse, cuando se manifiesten las primeras señales de alarma que denuncien un posible desarreglo patrimonial, para permitir hacer frente a la crisis que se avecina antes de que ésta alcance una gravedad extrema que no permita conservar y recuperar la empresa. Por eso el concepto de "crisis" que actualmente recoge nuestra legislación sobre concordatos preventivos deberá conservarse y desarrollarse como base fundamental para la viabilidad concursal. Entendiendo que dicho concepto involucra en desarrollo armónico los conceptos de iliquidez, insolvencia y cesación de pagos, entre otros.

Por otro lado, la finalidad tradicional sancionatoria de la quiebra, obviamente tiene que ser replanteada y pasa a un segundo plano. No propendo porque se elimine la investigación penal en los casos en que el empresario deudor haya infringido la ley. Pretendo que, siendo consecuentes, con el principio de la especialización de la jurisdicción cualquier hecho punitivo sea instruido y sancionado por el juez penal, bajo una investigación que se adelante en forma separada y sin intervención del funcionario que tenga bajo su dirección el proceso concursal. Hay que admitir que los procesos penales bajo el cuidado y dirección de los jueces civiles, como sucede en la actualidad en la quiebra, son un fracaso porque estos funcionarios no poseen la preparación académica para atender estos asuntos relacionados con el delito y la pena. Es por ello que la parte penal en la quiebra no surte ningún efecto.

Para concluir el presente capítulo preciso las razones por las cuales se justifica la reforma propuesta para el desarrollo de un "proceso concursal único":

1. El avance del comercio y la economía actual imponen métodos más eficaces para conservar la empresa en crisis, por encima de soluciones liquidatorias, para obtener la satisfacción de los acreedores.
2. El interés del acreedor no se contrapone con la salvación de la empresa en crisis.
3. El divorcio existente entre los principios que actualmente inspiran los dos procesos concursales en Colombia, el concordato preventivo y la quiebra, han incidido notoria y definitivamente en el proceder de los acre-

dores, hasta llegar a idearse cualquier clase de solución que les evite tener que participar en procesos de quiebra para salvar sus intereses.

4. El procedimiento actual de la quiebra es lento y como tal no da plenas garantías a los acreedores para que a través de él, obtengan la satisfacción total de sus acreencias. La liquidación del patrimonio del falente necesita dotarse de mayor agilidad en beneficio de sus propios acreedores.
5. El concordato preventivo, bajo su reglamentación actual, ha demostrado en la práctica buenos resultados económicos y ha evitado la quiebra de muchas empresas con los consecuentes beneficios sociales que trae la recuperación de la misma, y por ende la satisfacción de los derechos de los acreedores.
6. El "proceso concursal único" evita duplicidad en el trámite permitiendo así que los acreedores ahorren tiempo en la etapa procesal; les garantiza a éstos tener un control sobre la empresa deudora y les da el derecho de participar en la eventual liquidación del patrimonio como último paso para satisfacer sus acreencias.

PROCESO CONCURSAL UNICO

Este "**Proceso Concursal Unico**" puede definirse como: "el procedimiento que la ley establece para que en forma ordenada, y con la finalidad de conservar y recuperar la empresa, el empresario conjuntamente con sus acreedores establezcan los medios adecuados para atender dicho fin, inicialmente mediante la celebración de un convenio que permita el pago de las obligaciones contraídas por él, y si la recuperación no fuere posible, mediante la liquidación del patrimonio vinculado a la misma empresa, siempre respetando la prelación legal y obrando en los términos económicos que sean acordes con la situación de crisis en que se encuentra la misma".

1. PRESUPUESTO DEL PROCESO

Se consideran como tales, aquellos supuestos que se deben producir para que sea viable el "proceso concursal único". Son de dos categorías: presupuestos de fondo y presupuestos formales o procesales.

Los presupuestos de fondo son: a) la empresa como sujeto pasivo; b) la existencia de un estado de crisis patrimonial o económica.

La empresa como sujeto pasivo del proceso concursal debe ser de carácter mercantil. Cabe aquí hacer una breve alusión al caso de la empresa uniper-

sonal de responsabilidad limitada, pues tengo entendido que la Superintendencia de Sociedades en el proyecto de reforma al Código de Comercio tiene incluido el tema. Se considera empresa unipersonal la afectación de un patrimonio destinado a desarrollar una actividad mercantil. Como efecto de ello al empresario que le sobrevenga una crisis económica, radicada en ese patrimonio afectado sólo estará obligado a responder a sus acreedores vinculados a dicha empresa, quedando por lo tanto a salvo los otros bienes que conforman su patrimonio y por ende sus otros acreedores no vinculados a la empresa en crisis. Como el sujeto pasivo es la empresa el "proceso concursal único" sería viable en esta clase de empresas unipersonales.

Como la crisis económica de la empresa afecta tanto al empresario, a sus acreedores, como a terceros y al comercio en general, una vez se den los síntomas que revelen la existencia del desarreglo patrimonial y se proceda por cualquiera de los legitimados a solicitar la admisión del proceso concursal, la decisión del juez sobre reconocimiento del estado de crisis deberá producir efectos que beneficien o protejan a la empresa misma. Por esto el auto del juez que admita la demanda deberá inscribirse en el registro mercantil tanto en la Cámara de Comercio en donde se encuentre el domicilio principal de la empresa como donde ésta tenga agencias, sucursales o establecimientos de comercio registrados. Igualmente considero que una vez admitido el proceso concursal se le deberá agregar a la denominación social la palabra "en concurso" cuando éste se encuentre en la primera etapa o "en liquidación" si una vez agotados los esfuerzos para recuperar la empresa se llega a la conclusión que este objetivo no fuere posible y luego de que se decreta la procedencia de la liquidación por el funcionario competente.

Los presupuestos procesales son: a) la competencia del funcionario público (Juez o Superintendente de Sociedades; y b) el conocimiento por parte del funcionario competente, de la existencia de los presupuestos de fondo para que sea viable la concursabilidad.

2. BASES O FUNDAMENTOS

El tratamiento de la crisis o desarreglo económico de la empresa se deberá desarrollar procesalmente bajo tres bases o fundamentos, a saber: 1) El convenio; 2) La gestión controlada y 3) La liquidación.

2.1. **El convenio:** Con el fin de recuperar la empresa el deudor y sus acreedores deben dirigir sus esfuerzos para llegar a un acuerdo que permita superar la crisis. Este convenio deberá plantearse por el mismo empresario deudor desde el comienzo del proceso concursal (solicitud o

demanda), acompañado de los estudios de factibilidad económica que le dan sustento y que a la postre permitirán a los mismos acreedores tener la confianza requerida para votar afirmativamente el acuerdo.

Ahora bien, para que el convenio tenga fuerza vinculante a los acreedores ausentes del concurso y a los disidentes en la solución de la crisis, es necesario que, además de establecer un quorum decisorio, aquel sea aprobado u homologado por el funcionario que como competente tiene bajo su cuidado la dirección del proceso concursal. Adicionalmente, habrán de cumplirse las respectivas inscripciones en el registro mercantil con fines de publicidad.

2.2. La Gestión controlada: Se pretende con dicha gestión que los acreedores participen en la corrección del desarreglo económico de la empresa. Esta gestión se desarrolla a través del Contralor y de la Junta de Acreedores y son ellos quienes, una vez concluyan que no es viable la recuperación de la empresa, lo informen de inmediato al funcionario competente (Juez o Superintendente de Sociedades, según el caso), para que éste convoque a todos los acreedores y empresario con el fin de declarar agotado la etapa de recuperación y se inicie la de liquidación.

2.3. Liquidación: Si por intermedio de la gestión controlada se llega a la conclusión que la empresa no puede ser salvada, se procederá de inmediato, de oficio o a petición de parte, a declarar agotada la etapa de recuperación y se ordenará liquidar el patrimonio. Actuará como liquidador quien se encuentre desempeñando el cargo de Contralor. En caso de renuncia la designación de quien ejerza funciones de liquidación estará a cargo del funcionario competente que dirija el proceso concursal, ni los socios o accionistas ni los acreedores podrán intervenir en tal designación.

3. ETAPAS DEL PROCESO

Ahora bien, el desarrollo del "proceso concursal único" se concibe bajo dos etapas plenamente identificables e independientes: la primera, que se llamaría "**etapa de recuperación de la empresa**" va desde la admisión de la demanda o solicitud hasta el auto que declare fracasado, cumplido o incumplido el acuerdo concordatario; la segunda, que se podría denominar "**etapa de liquidación**" tendría viabilidad cuando la recuperación de la empresa no fuere posible, y va desde que quede ejecutoriado el auto que declare fracaso o incumplido el acuerdo y hasta que se agote el patrimonio a liquidar o se hayan satisfecho la totalidad de las acreencias por parte de quien tenga a su cargo la liquidación.

4. COMPETENCIA

El proceso concursal único presupone no sólo la eliminación del proceso de quiebra, sino también la supresión del concordato preventivo potestativo, pues al quedar unificado el trámite procesal, en las dos etapas ya mencionadas, se produce la fusión del concordato preventivo obligatorio -denominado en el proceso propuesto como "etapa de recuperación de la empresa" con el del proceso de quiebra, llamado ahora "etapa de liquidación".

El "proceso concursal único" cumple con las dos finalidades: **recuperar la empresa** cuando ello fuere posible, y sólo cuando se encuentre demostrado que la salvación no es económicamente viable **liquidar el patrimonio** para satisfacer los derechos de los acreedores.

Por eso en razón a la competencia considero que se debe continuar con la clasificación bipartita de "proceso concursal único para la gran empresa" cuya competencia deberá estar asignada a la Superintendencia de Sociedades, en única instancia, como lo está hoy en relación con el trámite del concordato preventivo obligatorio, y del "proceso concursal único para la pequeña y mediana empresa" en la cual serán competentes, en primera instancia, los Jueces Civiles del Circuito Especializados del domicilio de la empresa, en las ciudades donde ya estuviere establecida dicha jurisdicción, o en su defecto, por el Juez Civil del Circuito, con segunda instancia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, pertinente, Sala Civil.

Hay que ser justos y reconocer que la Superintendencia de Sociedades ha demostrado gran competencia en el manejo de los procesos concordatarios obligatorios y que gracias a su diligente actuación muchas son las empresas que han salido airoas de sus crisis económicas. Así mismo, debo reconocer el profesionalismo de los Jueces del Circuito Especializados de la ciudad de Medellín, que en el poco tiempo que llevan operando, han sabido tramitar, con criterio justo y equitativo, el procedimiento concordatario potestativo.

5. LEGITIMACION

Si con el concurso se pretende la doble finalidad ya mencionada los legitimados para interponer la acción deberán ser, no solo empresario o representante legal de la empresa en crisis, sino también cualquiera de los acreedores quienes quedan facultados para solicitar la admisión del concurso. Igualmente el funcionario competente, podrá de oficio abrir el proceso cuando, por cualquier causa, determine con certeza que la empresa deudora demuestre síntomas que permiten vislumbrar una crisis económica y que a

su juicio ésta pueda ser determinante para no cumplir con las obligaciones patrimoniales con sus acreedores.

De todos modos para demandar la apertura del proceso concursal deberá ser obligatorio, para el legitimado de la acción, demostrar que se cumplen los presupuestos de fondo, ya mencionados.

6. TRAMITE

Las dos etapas en que se divide el proceso, este es, la de recuperación y la de liquidación, estarán cobijadas bajo un mismo trámite, de manera que si empresario y acreedores llegaren a la conclusión que la empresa no puede ser salvada, el funcionario competente deberá proferir un auto en que así lo reconozca y como consecuencia de ello ordenará la liquidación del patrimonio, para lo cual se investirá a quien estuviere ejerciendo, en la primera etapa, las funciones de Contralor de atribuciones para liquidar los bienes y cancelar las acreencias.

Al decretarse la liquidación del patrimonio no habrá solución de continuidad de modo que los acreedores que ya se hicieron parte en el proceso no estarán obligados a presentar nuevamente sus créditos. En esta etapa habrá lugar a que quienes se habían quedado por fuera del proceso concursal, puedan presentarse a hacer valer sus créditos, dentro del término de traslado que habrá de establecer para dicho efecto.

La liquidación del patrimonio se decretará por el juez en los siguientes casos:

- a) Cuando la recuperación de la empresa no fuere económica ni financieramente viable;
- b) cuando el concordato fracase porque el empresario y los acreedores no llegan a votar acuerdo concordatario; y
- c) cuando el acuerdo concordatario fuere incumplido por el empresario.

No obstante cuando el empresario se haya ausentado y abandonado sus negocios se presumirá que no existe interés en recuperar la empresa y, en este evento, se procederá directamente a liquidar el patrimonio para satisfacer las acreencias.

7. ORGANOS DEL PROCESO

El "**proceso concursal único**" requiere la actividad de varios órganos, con funciones claramente determinadas por la ley. Estos órganos son:

- a) **El Funcionario Competente** (Juez o el Superintendente de Sociedades, según el caso), quien será el director general y suprema autoridad en el procedimiento. Dentro de sus funciones tendrá, entre otras, la de admitir la demanda, ordenar el emplazamiento a los acreedores para que se presenten en forma oportuna a hacer valer sus derechos, aprobar el acuerdo o convenio concordatario, proferir el auto que declare la imposibilidad de recuperación de la empresa y la consecuente liquidación del patrimonio, examinar y aprobar los créditos que presenten los acreedores y decidir sobre las objeciones, declarar el fracaso, incumplimiento o cumplimiento del concordato.
- b) **El Contralor:** Será un auxiliar del juez y su función primordial en la primera etapa del proceso será la de inspeccionar los negocios celebrados por la empresa antes de ser admitida a la celebración del concurso y controlar las actuaciones posteriores a dicha admisión. En la segunda etapa las funciones del contralor estarán encaminadas a liquidar el patrimonio y a satisfacer los créditos de los acreedores. La experiencia de la contraloría durante el tiempo de vigencia del Decreto 350/89 es buena y considero que debe conservarse dicho órgano con las modificaciones pertinentes que sean consubstanciales a las atribuciones de control y liquidación asignadas a dicho funcionario en este proceso.
- c) **Junta de Acreedores:** Es en este órgano donde radica muy especialmente el fundamento del concurso a que se refiere la "gestión controlada" a la cual ya hice mención anteriormente. Deben mejorarse con miras a dicho fin las funciones de este organismo y en especial deben también establecerse en forma clara y precisa cuáles son las responsabilidades en que incurran quienes desempeñen el cargo. Se pretende que la Junta de Acreedores esté conformada por personas que conocen el negocio o actividad comercial para que con su participación pueda superarse la crisis económica de la empresa. No se pretende que la Junta ejerza funciones de cobro ante la misma empresa y mire sólo intereses particulares de los acreedores; se trata de que quienes actúen como tales miren el interés general de la empresa y de los acreedores y encaminen todos sus esfuerzos a recuperar la empresa para así permitir satisfacer las acreencias de los acreedores. En este campo me parece más viable que sean los mismos acreedores quienes elijan las personas que han de conformar la Junta y no el funcionario competente como se encuentra reglamentado en el decreto 350/89. Estoy de acuerdo que se debe conformar la junta con representantes de los distintos sectores como se hace hoy en el proceso concordatario, pero sin obligar a quienes van a desempeñar el cargo que tengan la calidad de acreedores. De esta manera, por ejemplo, el representante de los trabajadores, no tendrá que ser empleado de la empresa pues dicha elección podrá recaer en una tercera persona que

a juicio de quienes lo elijan reuna las calidades para desempeñarse en debida forma.

8. EFECTOS

Este proceso concursal produce efectos diversos frente al empresario deudor, frente a los acreedores y frente a terceros.

Los efectos más importantes son los siguientes:

En la "etapa de recuperación":

- 8.1 Admitido el proceso no podrá demandarse a la empresa en proceso ejecutivo, salvo por alimentos cuando se trate del empresario persona natural, ni operarán procesos de jurisdicción coactiva en su contra.
- 8.2 La existencia de un fuero de atracción respecto de todos los procesos de ejecución que se estén adelantando contra la empresa y la incorporación al proceso concursal de los mismos.
- 8.3 La interrupción del término de prescripción.
- 8.4 Los contratos de tracto sucesivo preexistentes a la admisión del concurso no podrán darse por terminados.
- 8.5 La gestión administrativa del empresario continúa a cargo del mismo pero bajo el control de la Junta de Acreedores y del Contralor.
- 8.6 Se decreta el embargo de los activos fijos de la empresa que se encuentren sujetos a registro. Este embargo prevalecerá sobre los otros que hubieren sido decretados por cualquier otro juez en proceso anterior a la admisión del concurso.
- 8.7 Los créditos ciertos y exigibles de carácter laboral a la fecha de la admisión del concurso deberán hacerse en este proceso y no podrán éstos acreedores acudir a la jurisdicción laboral para hacer valer sus derechos.
- 8.8 Quienes presten servicios públicos a la empresa admitida al proceso concursal no podrán suspender la prestación de dichos servicios por causa de tener créditos insolutos.
- 8.9 El vencimiento de las obligaciones a plazo se acelera y las condiciones financieras pactadas se sujetarán al acuerdo que celebren empresario

y acreedores, todo de conformidad con las condiciones económicas que se requieran para la recuperación de la empresa.

8.10 Una vez admitida la demanda el proceso concursal no podrá ser desistido.

En la "etapa de liquidación":

Cuando se decrete la liquidación de la empresa no operará ipso facto el **desapoderamiento** del empresario ni su **inhabilidad** para ejercer el comercio, pues éste deberá colaborar con el Contralor en la tarea de liquidar el patrimonio⁴.

El desapoderamiento podrá ser decretado como sanción, en los siguientes casos:

- Cuando el empresario se ausente y haya dejado abandonados sus negocios;
- Cuando se compruebe que constituyó o utilizó la empresa con el fin de defraudar a los acreedores;
- Cuando los activos que componen el patrimonio de la liquidación sean insuficientes para atender la cancelación de los pasivos y una vez requerido éste no pone el faltante;
- Cuando fuere condenado mediante sentencia proferida en proceso penal por haber sido declarado culpable de llevar la empresa, mediante fraude al estado de crisis económica, cuando no pudiese ser recuperada;
- Cuando entorpezca con su actuación la buena marcha del proceso concursal.

Cuando se dé el desapoderamiento, el Contralor sustituirá al empresario en aquellos actos que fuere necesaria su participación.

(4) *Como lo que se pretende inicialmente es salvar la empresa se considera que quien esté al frente de la misma continúe administrándola y facilitando toda la información requerida para obtener dicho fin. Por ello el desapoderamiento no debe operar ipso facto con la admisión del proceso concursal.*

La inhabilidad para ejercer el comercio por cuenta propia o ajena será igualmente decretada como sanción, por el término de 10 años, en los siguientes casos:

- Cuando el juez penal profiera condena que vincule al empresario en manejos irregulares de la empresa que sean determinantes para haber llevado a ésta al estado de crisis,
- Cuando el empresario abandone sus negocios;

El desapoderamiento y la inhabilidad deberán ser decretadas por el funcionario competente y se inscribirá en el registro mercantil para efectos de publicidad.

Para rehabilitarse el empresario deberá demostrar: a) que ya transcurrieron los 10 años de inhabilidad; y b) que el pasivo fue satisfecho o en su defecto asegurar el pago por cualquier medio aceptado por la ley.

Acción revocatoria:

La acción revocatoria en este "**proceso concursal único**", podrá interponerse sólo en la "etapa de liquidación del patrimonio", cuando se den los siguientes postulados inherentes a esta acción:

1. Insuficiencia comprobada de activos para cubrir el pasivo reconocido;
o,
2. que el empresario hubiere entorpecido la recuperación de la empresa;
o,
3. que el empresario dificulte, bajo cualquier maniobra, la liquidación de los activos y la cancelación de las acreencias.

El período de sospecha será máximo de 24 meses anteriores a la fecha en que se admita la demanda del proceso concursal.

La acción revocatoria en el "proceso concursal de la gran empresa" se tramitará ante el Juez Civil del Circuito Especializado del domicilio principal de esta, o en su defecto ante el Juez Civil del Circuito del mismo domicilio. En el "proceso concursal para la mediana y pequeña empresa" se tramitará ante el mismo juez que conozca del proceso concursal. En ambos casos se acudirá al proceso verbal, y no se suspenderá, en ningún evento las diligencias sobre liquidación del patrimonio.

Estarán legitimados para interponer la acción revocatoria el Contralor o cualquier acreedor reconocido en el proceso concursal, pero éste último en el evento de salir airoso en el ejercicio de la acción y teniendo en cuenta que con ella se benefician en general todos los acreedores, recibirá como contraprestación una participación, liquidada en dinero, correspondiente al 25% del valor que le ingrese al patrimonio como resultado de la acción revocatoria⁵.

El término para interponer la acción no deberá exceder de un año contado a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el auto que declara la imposibilidad de recuperar la empresa y ordena la liquidación del patrimonio.

Los actos revocables son los mismos establecidos en el artículo 1965 del Código de Comercio, que reglamenta esta acción en el actual proceso de quiebra, pero adecuados al nuevo procedimiento.

Extensión de la responsabilidad a administradores y socios:

Otra acción para interponerse en la "etapa de liquidación del patrimonio", y solo cuando los bienes fueren insuficientes para atender el pago del pasivo, es la **acción de extensión de la responsabilidad solidaria a los socios y administradores**, en los siguientes casos:

1. Cuando se demuestre que los socios constituyen la sociedad o la utilizaron con el fin de defraudar a los acreedores o a terceros;
2. Cuando los administradores hayan infringido la ley o cualquier estipulación estatutaria y con ella hayan causado perjuicios a la empresa, a sus acreedores o a terceros de buen fe excenta de culpa⁶.

Esta acción se tramitará en el "proceso concursal de la gran empresa" ante el Juez Civil del Circuito Especializado del domicilio principal de la empresa, o en su defecto ante el Juez Civil del Circuito del mismo domicilio. En el "proceso concursal para la mediana y pequeña empresa" se tramitará ante el mismo juez que conozca del proceso concursal. En ambos casos se acudirá

(5) *Se considera que si el acreedor no sale airoso en la acción revocatoria el juez lo debe condenar al pago de las costas, en cambio, si el contralor es quien interpone la acción y la pierde, por ser un órgano del proceso, no es él personalmente quien deberá sufragar las costas sino la empresa misma.*

(6) *Esta acción es desarrollo de la norma establecida en el artículo 200 del Código de Comercio, que dice: "Los administradores responderán de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros".*

al proceso verbal, y no se suspenderá, en ningún evento, las diligencias sobre liquidación del patrimonio.

El Contralor será el legitimado para interponer la acción de extensión de responsabilidad. El término para ejercer la acción será de un año contado a partir del día en que queda ejecutoriado el auto que declara la imposibilidad de recuperar la empresa y ordene la liquidación del patrimonio⁷.

9. OTROS ASPECTOS IMPORTANTES

Me parece de importancia tratar, antes de concluir esta intervención, algunos temas diversos que deben ser objeto de reforma para darle la agilidad necesaria al proceso concursal. Entre ellos destaco los siguientes:

9.1 Disposición y enajenación de activos: Obviamente que en la "etapa de recuperación de la empresa" los activos circulantes de la misma no podrán tener ninguna traba para su disposición por cuanto ello entorpecería el buen funcionamiento de la actividad empresarial; pero la enajenación de los activos fijos deberán tener limitaciones, tales como: a) protegerlos mediante embargo que decretará el funcionario competente en el mismo auto que admite el concurso; b) prohibir la disposición de los activos fijos sin autorización del funcionario competente, mientras no se haya celebrado el convenio entre empresario y acreedores; c) una vez celebrado el acuerdo la enajenación de dichos activos se regirá por las normas que se hagan constar en el convenio.

Si la recuperación de la empresa no fuere viable se pasa a la "etapa de liquidación del patrimonio" y los bienes que conforman éste se podrán enajenar en forma libre, sin limitación alguna, ni tener que estar sujeto a remate como sucede actualmente en el proceso de quiebra. Estas limitaciones traen consigo muchas dificultades e impiden el buen comercio de los mismos. Para su enajenación el Contralor deberá contar con la autorización previa de la Junta de Acreedores quienes a su vez deberán aprobar los precios que sirvan de base a toda enajenación. Se propone pues eliminar el avalúo judicial y la subasta pública.

9.2 Participación de los acreedores con garantía real: En general considero que debe conservarse el sistema implementado en el Decreto

(7) *La acción revocatoria y la de extensión de la responsabilidad a administradores y socios, se podrán interponer independientemente la una de la otra pues no se deben considerar que tengan el carácter de principal y subsidiaria.*

350/89 respecto a los acreedores con garantía real, en lo que hace relación a la primera etapa del proceso que es la de "recuperación de la empresa". En ella los acreedores hipotecarios o prendarios conservan la prelación para el pago pero pierden el derecho de persecución sobre el bien objeto de la garantía. Una vez declarada la imposibilidad de salvar la empresa y ordenada la liquidación del patrimonio los acreedores con garantía real recobrarán su derecho a perseguir el bien, siempre y cuando éste no haya sido enajenado por el empresario en cumplimiento del acuerdo celebrado con los acreedores. De todos modos en esta etapa también conservará su prelación para el pago.

Dejo así expuestas estas breves ideas sobre la forma como concibo un proceso concursal único que, a mi juicio, agilizaría la solución a la crisis patrimonial de las empresas sin dejar a un lado el derecho de los acreedores para recuperar sus acreencias.

FUENTES BIBLIOGRAFICAS

1. CODIGO DE COMERCIO, Bogotá, Editorial Temis, 1985.
2. CUBEROS GOMEZ, GUSTAVO, "Comentarios al nuevo régimen de los concordatos comerciales", Bogotá, Ediciones Librería El Profesional, 1990.
3. DECRETO 350 DE 1989, "Nuevo Régimen de los Concordatos Preventivos", Medellín, Señal Editora, 1989.
4. GARRIGUES, JOAQUIN, "Curso de Derecho Mercantil", Bogotá, Editorial Temis, 1987.
5. SANGUINO SANCHEZ, JESUS MARIA, "Cesación de pagos en los procesos concursales", Bogotá, Ediciones Librería El Profesional, 1982.
6. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, "Comisión redactora del nuevo régimen de los concordatos preventivos de la quiebra", Bogotá, 1989.
7. JORNADAS SOBRE LA REFORMA DEL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL, Varios autores, "La reforma del derecho de quiebra", Madrid, Editorial Civitas, 1982.
8. CERVANTES AHUMADA, RAUL, "Derecho de quiebras", México, Editorial Herrero S.A., 1982.